

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA



Euskadi
2 0 1 2

EUROPEAN INKLINGS (EU*i*)

NÚMERO 4, 2014

LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA

Directores
Ricardo Alonso García
Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena



Antolatzaileak/Organizadores



Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

EUROPEAN INKLINGS (EUi)

Director

Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (UPV/EHU)

Consejo Editorial

Alberto ALEMANNO (HEC París)

Ricardo ALONSO GARCÍA (Universidad Complutense de Madrid)

Mikel ANTÓN ZARRAGOITIA (Secretaría General de Acción Exterior. Gobierno Vasco)

Javier DíEZ-HOCHLEITNER (Universidad Autónoma de Madrid)

Marta IGLESIAS BARRIO (IVAP)

Henry LABAYLE (Université de Pau et des Pays de l'Adour)

Isaac MERINO JARA (UPV/EHU)

Santiago RIPOI CARULLA (Universidad Pompeu Fabra)

Alejandro SAIZ ARNAIZ (Universidad Pompeu Fabra)

Consejo Asesor

Gurutz JÁUREGUI BERECIARTU (UPV/EHU) (Presidente)

Jokin ALBERDI BIDAGUREN (UPV/EHU)

Joxerramon BENGOTXEA CABALLERO (UPV/EHU)

Manolo CIENFUEGOS MATEO (UPF)

Edorta COBREROS MENDAZONA (UPV/EHU)

Juana GOIZUETA VÉRTIZ (UPV/EHU)

Pablo GONZÁLEZ SAQUERO (Universidad Complutense de Madrid)

Daniel INNERARITY (Ikerbasque, UPV/EHU)

Eugenia LÓPEZ-JACOISTE (Universidad de Navarra)

Dunia MARINAS SUÁREZ (UPV/EHU)

Carmen MARTÍNEZ CAPDEVILA (Universidad Autónoma de Madrid)

Mariela MORALES-ANTONIAZZI (Max Planck Institut, Heidelberg)

Maitena POELEMANS (Université de Pau et des Pays de l'Adour)

Daniel SARMIENTO (Universidad Complutense de Madrid)

Maite ZELAIA GARAGARZA (UPV/EHU)

Secretaria

Ana M. SAN MIGUEL OSABA (PIC UPV/EHU)

Índice

Relación de autores	5
Presentación del cuarto número de los «European inklings» (EUi 4) Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena	8
«La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea» Ricardo Alonso García	9
«Noción de órgano jurisdiccional a los efectos de plantear una cuestión prejudicial» Manuel Cienfuegos Mateo	28
«La cuestión prejudicial europea. Facultad/obligación de plantearla» Joaquín Huelin Martínez de Velasco	44
«La decisión de plantear la cuestión prejudicial y su control por el TJUE (Un diálogo iniciado por el juez <i>a quo</i> y presidido por la utilidad para éste, aunque no sólo...)» Carmen Martínez Capdevila	61
«La autonomía de la cuestión prejudicial europea ante el Derecho interno» Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena	80
«Prejudiciales especiales. Auge y fenomenología de los regímenes atípicos de la cuestión prejudicial europea» Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero	104
«Efectos de la sentencia prejudicial» Edorta Cobreros Mendazona	122
«La cuestión prejudicial y la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario» Diego Córdoba Castroverde	142
«Cuestión prejudicial y política judicial» Javier Díez-Hochleitner Rodríguez	164

«Epílogo: la novedosa opinión consultiva del Protocolo número 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» Ricardo Alonso García	179
--	-----

Anexos

1. RECOMENDACIONES del TJUE a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, DOUE 6.11.2012 (2012/C 338/01) . . .	188
2. PROTOCOLO número 16 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	198

Relación de autores

ALONSO GARCÍA, Ricardo

Catedrático de Derecho Administrativo y de la Unión Europea, y Director del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (Universidad Complutense de Madrid). Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Doctor Honoris Causa por las Universidades argentinas de Buenos Aires y Empresarial Siglo 21. Codirector de la *Revista Española de Derecho Europeo* (Thomson Reuters-Civitas), y Vocal del Consejo de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo* y de la *Revista de Administración Pública*, editadas por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CIENFUEGOS MATEO, Manuel

Catedrático acreditado de Derecho Internacional Público y Derecho de la Unión Europea de la Universitat Pompeu Fabra. Director Adjunto del Observatorio de Relaciones con América Latina (ORLA-UPF). Entre sus numerosas publicaciones relacionadas con el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de la integración, cabe destacar, por su relación con esta investigación, «Juez nacional-Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial», en Beneyto Pérez, J.M. (Dir.) y Maillo González-Orús, J. y Becerril Atienza, B. (Coords.), *Sistema jurisdiccional de la UE*, tomo 5 del *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 549-624.

COBREROS MENDAZONA, Edorta

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) y Director de la *Revista Vasca de Administración Pública*, es profesor de Derecho Administrativo y de Derecho de la Unión Europea, ámbitos en los que ha publicado diversos trabajos.

CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego

Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid en 1981. Juez por oposición desde diciembre de 1983. Magistrado especialista de lo Contencioso-administrativo por oposición restringida desde junio de 1988. Juez de diversas localidades (Benidorm, Getafe). Magistrado de lo Contencioso-administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y en la Audiencia Nacional. Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. En enero de 2013 fue nombrado Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Ha desempeñado otros cargos como el de Magistrado-Jefe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (de mayo de 2000 a noviembre de 2004); Letrado del Tribunal Constitucional (de septiembre de 1990 a septiembre de 1993). Profesor Asociado de Derecho Administrativo en la Universidad de Alcalá de Henares durante seis años. Miembro del Consejo de Redacción de varias revistas jurídicas (*Revista Española de Derecho Europeo*, *Revista Cuadernos de Derecho Local*, entre otras), coordina en la actualidad la sección administrativa de la *Revista de Jurisprudencia El Derecho-Editores*. Ponente en numerosos cursos y conferencias jurídicas. Coautor de varios libros. Autor de más de treinta artículos sobre diversos temas relacionados con el Derecho administrativo, constitucional y comunitario.

DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier

Catedrático de Derecho Internacional Público y titular de la Cátedra «Jean Monnet» de Instituciones de la UE de la Universidad Autónoma de Madrid. Antiguo Decano de su Facultad de Derecho. Autor de numerosos trabajos sobre distintos ámbitos del Derecho Internacional, del Derecho de la Unión Europea y del Arbitraje internacional de inversiones, es codirector de la *Revista Española de Derecho Europeo*. Ha sido Jefe Adjunto de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores, Subdirector General para Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Estado para la UE y Socio de Uría Menéndez Abogados. Actualmente es *Of Counsel* de Baker & McKenzie.

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín

Es miembro de la Carrera Judicial española, con la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo. Su destino actual es la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Ha ejercido la función jurisdiccional como juez en los juzgados de Torrelavega (Cantabria), Cangas del Narcea (Asturias) y Arévalo (Ávila), entre los años 1983 y 1987; y, como magistrado, en las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de la Audiencia Nacional. Ha sido también Magistrado-Jefe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y Letrado del Tribunal Constitucional, así como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ha sido profesor de diversas instituciones públicas (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Universidad Carlos III, Escuela Judicial) y privadas (Escuela Libre de Derecho y

Economía). Ha participado en numerosos congresos de Derecho Constitucional, Derecho Comunitario y Derecho Administrativo, habiendo realizado varias publicaciones en diversas materias, siendo un especialista en Derecho europeo.

MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen

Profesora Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Madrid. Entre sus publicaciones destacan los libros: *Las declaraciones en el Derecho comunitario. Estudio de las declaraciones a los Tratados y al Derecho derivado* (Tecnos, 2005); *Los acuerdos internacionales de la Unión Europea en el tercer pilar* (Thomson-Civitas, 2009); y *Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios* (McGraw-Hill, 2001, con J. Díez-Hochleitner). Es Secretaria académica de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales y de la *Revista Española de Derecho Europeo*.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, Daniel

Profesor Titular de Derecho Administrativo y de la Unión Europea en la Universidad Complutense de Madrid y letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio

Catedrático acreditado de Derecho Constitucional y de Derecho de la Unión Europea en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). Director del Máster Oficial y del Programa de Doctorado sobre «Integración política y económica de la UE» de la misma Universidad.

Presentación del cuarto número de los «European inklings» (EUi 4)

Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena

Nos complace presentar el cuarto número de nuestra colección de obras de carácter monográfico *European Inklings*, colección que versa sobre determinados temas relativos a la Unión Europea de especial actualidad, y que, en esta ocasión, tiene su origen en las ponencias presentadas durante las Jornadas sobre *La cuestión prejudicial europea* celebradas en San Sebastián, los días 6 y 7 de febrero de 2014, en el Centro Carlos Santamaría (CCS) del Campus de Gipuzkoa de la UPV/EHU, bajo la dirección del profesor Ricardo Alonso García y de mí mismo. De esta forma seguimos manteniendo la vocación inicial de esta colección de monografías, que pretendemos sean el reflejo o el resultado de una serie de conferencias, jornadas o seminarios donde ponentes del más alto nivel exponen sus conclusiones en materias de interés, fomentando la participación con otros compañeros, estudiosos, y público en general, que de este modo pueden tener la ocasión de acercarse a sus aportaciones también a través de esta publicación que se ofrece tanto en formato digital como en papel (<http://www.ivap.euskadi.net/r01-2362/es>).

Deseamos agradecer, en primer lugar, a todos los participantes en las Jornadas su contribución al éxito de las mismas y sus valiosas aportaciones al tema que hoy nos ocupa y que quedan recogidas en esta publicación. Unido a ello, tenemos que reiterar aquí, una vez más, nuestro agradecimiento al Instituto Vasco de Administración Pública por su apoyo tanto a la colección de los *European Inklings*, en esta ocasión al número que ahora presentamos, como a las mencionadas Jornadas que le anteceden, las cuales se han desarrollado, asimismo, en el marco de las actividades del Grupo de Investigación del Gobierno Vasco GIC IT675-13 («Derechos Fundamentales y Unión Europea»), del Proyecto de Investigación subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad DER 2011-25795 («La eficacia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: cuestiones avanzadas») y de la Unidad de Formación e Investigación UFI 11/05 («Integración política y económica en la UE»), así como con la colaboración del IDEIR (Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional de la Universidad Complutense de Madrid). Para terminar, queremos dejar constancia, igualmente, de nuestra gratitud hacia Juana Mari Astigarraga Zulaika y Ana María San Miguel Osaba por la eficaz ayuda prestada en todo lo relativo a la preparación y celebración de las Jornadas, y a esta última, además, por su contribución a esta publicación con su labor de corrección y cuidado de los textos que en la misma se recogen.

Donostia, 17 de febrero de 2014

La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea

Ricardo Alonso García

1. «La remisión prejudicial», reza la primera de las *Recomendaciones del Tribunal de Justicia a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales*¹, «es un mecanismo fundamental del Derecho de la Unión Europea, que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros los medios para que la interpretación y la aplicación de este Derecho sean uniformes en la Unión». Y es que, efectivamente y como ya señalara hace más de treinta años Robert Lecourt, cuarto Presidente de la Institución entre 1967 y 1976, la «piedra angular» de la Comunidad no es, sin más, una «misma norma común», sino una norma «interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados miembros»².

Se distingue así la cuestión prejudicial, por su finalidad misma, de la prejudicialidad que, bajo la denominación de «opinión consultiva», acaba de nacer hace apenas unos me-

¹ Publicadas en el Diario Oficial de la UE, Serie C, n.º 338, de 6 de noviembre de 2012.

² LECOURT, R., *La Cour de Justice des Communautés Européennes vue de l'intérieur*, en *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit – Geburtstag von H. Kutscher*, Nomos, Baden-Baden, 1981, p. 271. El propio Tribunal de Justicia, en la línea de quien fuera su Presidente, calificaría de «verdadera piedra angular del funcionamiento del mercado interior» el sistema de remisión prejudicial en su *Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea* (publicado en las Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, n.º 15/95), «puesto que resulta fundamental para preservar el carácter comunitario del Derecho instituido por los Tratados y para garantizar en toda circunstancia a ese Derecho el mismo efecto en todos los Estados miembros de la Unión». También esa línea siguió el *Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas*, elaborado para la Comisión y presentado en enero de 2000 con vistas a las negociaciones de Niza. El Informe, tras recalcar que «la gestión de las cuestiones prejudiciales es, sin duda, la cuestión más importante planteada hoy en día a la jurisdicción comunitaria», sostuvo que «por el diálogo directo que permitió instaurar en cada jurisdicción nacional y el Tribunal de Justicia, órgano jurisdiccional supremo de la Comunidad, por la autoridad y seguridad de las respuestas que ofrece a las cuestiones planteadas y por su simplicidad, el sistema actual de cuestiones prejudiciales ha demostrado constituir el instrumento más eficaz para garantizar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en todo el territorio de la Unión y, por ello, ser la “piedra angular” del ordenamiento jurídico comunitario».

ses en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, concretamente de su Protocolo n. 16 firmado el 2 de octubre de 2013: aun cuando tanto la una como la otra persiguen concienciar al juez nacional de su condición de juez europeo, la cuestión prejudicial responde esencialmente, como acabamos de ver, a la búsqueda de la uniformidad en el funcionamiento del ordenamiento jurídico de la Unión (una norma común, la europea, comúnmente interpretada y aplicada en todos los Estados miembros), mientras que la opinión consultiva está presidida, tal y como expresamente recuerda el Preámbulo mismo del Protocolo n. 16, por el reforzamiento del principio de subsidiariedad³, entendido en el sentido de que «la labor de asegurar el respeto de los derechos garantizados por el Convenio descansa, en primer lugar y ante todo, no tanto en el Tribunal europeo como en las autoridades de las Partes Contratantes»⁴.

También difiere la cuestión prejudicial de los controles incidentales de constitucionalidad previstos en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros, incluido el español⁵. Así, mientras que la cuestión prejudicial europea cubre tanto la interpretación como la validez del Derecho de la Unión⁶, «la cuestión de inconstitucionalidad no puede ser instrumentada al modo de un cauce consultivo mediante el cual la jurisdicción constitucional vendría a despejar las dudas que abrigara el órgano judicial no ya sobre la constitucionalidad de un precepto legal, sino sobre cuál fuera, de entre las varias posibles, su interpretación más acomodada a la Constitución»⁷.

2. La importancia de la cuestión prejudicial en el sistema jurídico de la Unión Europea se refleja, asimismo, en el hecho de que, pese a nacer, sobre el papel, como una vía limitada exclusivamente a la interpretación del Derecho comunitario, excluyéndose así, en principio, cualquier pronunciamiento acerca del Derecho de los Estados miembros, ello no ha impedido que, con el paso de los años, se haya convertido no en una, sino en la primordial

³ Implícitamente consagrado en el artículo 1 del Convenio, e implementado en los artículos 13 y 35.1 del mismo (cfr., p.e., STEDH de 26 de marzo de 2006, *asunto Scordino v. Italia*, n. 36813/97).

⁴ Cfr. *European Court of Human Rights. Interlaken Follow-up. Principle of Subsidiarity. Note by the Jurisconsult (8 July 2010)*, p. 2.

⁵ Para una primera aproximación a los sistemas constitucionales de los Estados miembros que contemplan tales vías incidentales de control, puede consultarse la obra, editada por el propio Tribunal europeo de Justicia, *Les juridictions des États membres de l'Union Européenne. Structure et organisation*, Luxemburgo, 2009; o el estudio comparado de la Comisión de Venecia sobre el acceso del individuo a la justicia constitucional (*Study on Individual Access to Constitutional Justice. Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session, Venice, 17-18 December 2010*).

⁶ Cfr., p.e., la STJCE de 13 de mayo de 1981 (66/80), *asunto International Chemical Corporation*: «El objeto esencial de las competencias atribuidas al Tribunal de Justicia por el artículo 177 [actual 267 TFUE] es garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales. Dicha aplicación uniforme se impone no solamente cuando el órgano jurisdiccional nacional esté ante una norma de Derecho comunitario cuyo sentido y alcance necesitan ser precisados, sino igualmente cuando haya de hacer frente a una controversia sobre la validez de un acto de las Instituciones».

⁷ STC 222/1992, de 11 de diciembre, en la línea de la STC 157/1990, de 18 de octubre.

vía de control por el Tribunal de Justicia, bien que indirecta, de la compatibilidad de los Derechos nacionales con el de la Unión.

En efecto, ya en el célebre *asunto Van Gend & Loos* (1963)⁸, el Tribunal de Justicia abonaría el terreno para una máxima explotación de las posibilidades que abría el entonces artículo 177 TCEE con relación a los incumplimientos de los Estados miembros, al afirmar que «la vigilancia de los individuos afectados en orden a proteger sus derechos equivale a una efectiva supervisión que se suma a la confiada por los artículos 169 y 170 [actuales 258 y 259 TFUE] a la diligencia de la Comisión y de los Estados miembros».

Lo cual ha conducido, en la práctica y como señalaba, a cuestiones prejudiciales de interpretación en las que el juez remitente solicita abiertamente un juicio de conformidad del Derecho nacional (incluida la jurisprudencia) con el Derecho de la Unión⁹, y a sentencias, también dictadas en el marco del artículo 267 TFUE, en las que el Tribunal de Justicia, sin referirse abiertamente a la concreta normativa nacional¹⁰ (o incluso haciéndolo¹¹), realiza tal juicio de conformidad¹².

⁸ STJCE de 5 de febrero de 1963 (26/62).

⁹ Juicio de conformidad que incluso en algunas ocasiones se refiere a la compatibilidad de la legislación nacional con el propio mecanismo de la cuestión prejudicial. *Cfr.*, p.e, los *asuntos Melki y Abdeli*, resueltos por STJ de 22 de junio de 2010 (C-188 y 189/10), en los que la Corte francesa de Casación se dirigió al Tribunal de Justicia en los siguientes términos: «¿Se opone el artículo 267 [TFUE] a una normativa como la de los artículos 23-2, párrafo segundo, y 23-5, párrafo segundo, del Decreto legislativo n.º 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, introducidos por la Ley orgánica n.º 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, por cuanto obligan a los órganos jurisdiccionales a pronunciarse con prioridad sobre la remisión al *Conseil constitutionnel* de la cuestión constitucional planteada ante ellos, en el caso de que dicha cuestión se refiera a la supuesta falta de conformidad con la Constitución de una disposición de Derecho interno, derivada de la oposición de esta última a las disposiciones del Derecho de la Unión?».

Encontramos asimismo ejemplos en los que el juicio de conformidad se refiere abiertamente, también en relación con el propio mecanismo de la cuestión prejudicial, a la compatibilidad de éste con una *jurisprudencia* nacional. Es el caso, p.e., del *asunto Akerberg*, resuelto por STJ de 26 de febrero de 2013 (C-617/10), en el que, con palabras del propio Tribunal de Justicia, el juez sueco remitente le solicitó «que dilucide si es compatible con el Derecho de la Unión una práctica judicial nacional que supedita la obligación del juez nacional de no aplicar ninguna disposición que infrinja un derecho fundamental garantizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al requisito de que dicha infracción se deduzca claramente de dichas normas o de la jurisprudencia en la materia».

¹⁰ *Cfr.*, p.e., los términos en los que el Tribunal de Justicia contestó a las cuestiones prejudiciales planteadas en *Melki y Abdeli* y en *Akerberg*, citados en la nota anterior.

¹¹ Como, por ejemplo, en su Sentencia de 29 de noviembre de 1978 (21/78), *asunto Delkvist*, en cuyo fallo el Tribunal declara que «una disposición legal como la del artículo 78 del Código Penal danés debe considerarse como una disposición válidamente adoptada por el Estado dentro de los límites de la Directiva».

¹² De hecho y desde una perspectiva procedimental, el Tribunal no ha dudado, en algunos casos, en acumular acciones por incumplimiento con cuestiones prejudiciales a los efectos de las Conclusiones del Abogado General o del juicio oral, como en los *asuntos Rewe* (278/82) y *Comisión v. Alemania* (325/82), o en los *asuntos Factortame* (C-221/89) y *Comisión v. Reino Unido* (C-246/89).

Un buen ejemplo de ello, vinculado al ordenamiento jurídico español, es el *asunto Transportes Urbanos* (2010)¹³, en el que el Tribunal Supremo se dirigió al Tribunal de Justicia en los siguientes términos: «¿Resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta doctrina hecha por el Tribunal Supremo del Reino de España en [la jurisprudencia controvertida] a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando se funden en actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional, de aquellos que se funden en aplicaciones de una norma declarada contraria al Derecho [de la Unión]?»¹⁴.

A dicha cuestión prejudicial respondió el Tribunal de Justicia declarando contraria al Derecho de la Unión la doctrina del propio Tribunal Supremo que otorgaba un trato menos favorable al administrado en relación con las acciones de responsabilidad por leyes *antieuropeas*, si comparado con el régimen aplicable a las acciones de responsabilidad por leyes *inconstitucionales*: «El Derecho de la Unión», falló el Tribunal de Justicia, «se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia dictada con arreglo al artículo 226 CE [actual 258 TFUE] sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente»¹⁵.

¹³ STJ de 26 de enero de 2010 (C-118/08).

¹⁴ La doctrina del Tribunal Supremo en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales, particularmente en relación con leyes inconstitucionales de naturaleza tributaria, podía sintetizarse de la siguiente manera: 1) el punto de partida sería la debilidad del administrado frente a la Ley (incluidos sus actos de aplicación) en términos reaccionales; 2) tal posición de debilidad a la hora de intentar eliminar los efectos lesivos que para el administrado derivaran de la aplicación de la Ley, debería compensarse a través de una interpretación generosa de la acción de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios vinculados a la ley declarada inconstitucional; 3) tal interpretación generosa pasaría por diferenciar el objeto de las acciones de anulación y de responsabilidad, de manera que serían aquéllas, y no éstas, las afectadas por los límites derivados de la doctrina del acto consentido (por el administrado) o confirmado (por los tribunales).

Así las cosas, el referido razonamiento elaborado en relación con las leyes inconstitucionales no podría extrapolarse, según doctrina del propio Tribunal Supremo, al terreno de las leyes «anti-europeas», habida cuenta de que no existiría posición de debilidad, en términos reaccionales, frente a actos dictados al amparo de leyes que se reputen contrarias al Derecho de la Unión, ya que el administrado podría solicitar, y el juez decidir por su propia autoridad (*i.e.*, y por hipótesis, sin mediar cuestión prejudicial alguna), la anulación de tales actos, dejando inaplicada, incluso de oficio, la ley considerada como antieuropea.

¹⁵ Con otras palabras, el Tribunal de Justicia consideró que la única diferencia existente entre dos reclamaciones, consistente en que las infracciones jurídicas en las que se basarían habrían sido declaradas, en un caso, por el Tribunal de Justicia, y en otro, por una sentencia del Tribunal Constitucional, no bastaría, a la luz del principio europeo de equivalencia, para establecer una distinción entre ambas reclamaciones.

3. No debe extrañar por ello, habida cuenta del rol esencial que la cuestión prejudicial desempeña en el sistema de la Unión, el hecho mismo de que el Tribunal estime oportuno emitir unas *Recomendaciones*, antes mencionadas y herederas de la *Nota informativa* que el mismo Tribunal difundió por vez primera en 1996¹⁶, a los efectos de «orientar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento prejudicial y proporcionarles indicaciones prácticas sobre la forma y los efectos de tal procedimiento»¹⁷.

Dichas Recomendaciones, que como ellas mismas advierten «no tienen carácter obligatorio», pretenden no obstante «completar¹⁸ el título tercero del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia»¹⁹, sobre la base de la doctrina emanada del propio Tribunal a lo largo de sus más de sesenta años de existencia²⁰.

A lo largo de ellas, se va instruyendo al juez nacional sobre cuestiones vinculadas a: la función del Tribunal de Justicia dentro del procedimiento prejudicial²¹; la decisión de plantear una cuestión prejudicial²²; el momento adecuado para plantear una cuestión prejudicial²³; la forma y el contenido de la petición de decisión prejudicial²⁴; los efectos de la remisión prejudicial en el procedimiento nacional²⁵; las costas y la asistencia jurídica gratuita²⁶;

¹⁶ Año en el que el Tribunal de Justicia remitió a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, a través de las autoridades nacionales competentes, una nota informativa sobre el procedimiento prejudicial. Visto que la nota resultó de gran utilidad en la práctica, el Tribunal de Justicia decidió actualizarla en el año 2005 teniendo en cuenta la experiencia adquirida, considerando conveniente divulgarla mediante su publicación en la Serie C del Diario Oficial de la Unión Europea. Desde entonces, la bautizada como «Nota informativa» sufrió diversas adaptaciones hasta la última de 2011, sustituida y rebautizada en noviembre de 2012 como «Recomendaciones», con el fin de recoger las innovaciones que, introducidas por el nuevo Reglamento de Procedimiento adoptado el 25 de septiembre de 2012, pudieran incidir tanto en el propio principio de la remisión prejudicial al Tribunal de Justicia como en las modalidades de tales remisiones.

¹⁷ Cfr. apartado 6.

¹⁸ Como es sabido, el *soft law* europeo puede en ocasiones actuar a modo de complemento del *hard law*, en cuyo caso el Tribunal de Justicia tiende a acentuar su particular aptitud para servir de herramienta hermenéutica privilegiada de interpretación de este último.

¹⁹ Que bajo la rúbrica «De las cuestiones prejudiciales», abarca los artículos 93-118 del nuevo Reglamento, adoptado el 25 de septiembre de 2012. Entre los principales objetivos pretendidos por la reforma, figura precisamente, según su Exposición de Motivos, el de «atribuir a las cuestiones prejudiciales el lugar que les corresponde en el Reglamento de Procedimiento».

²⁰ Aunque instalado solemnemente en Luxemburgo el 10 de diciembre de 1952 como Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, no emitió hasta dos años después, el 21 de diciembre de 1954, sus primeras sentencias (en los *asuntos Francia v. Alta Autoridad*, 1/54, e *Italia v. Alta Autoridad*, 2/54).

²¹ Apartados 7-8.

²² Apartados 9-15, a lo largo de los cuales se instruye acerca de quién puede activar la cuestión prejudicial (i.e., la noción de «órgano jurisdiccional» a que se refiere el artículo 267 TFUE), la naturaleza de la cuestión en cuanto prerrogativa del juez nacional (i.e., «independientemente de que las partes del litigio principal lo hayan o no solicitado»), y la facultad/obligación de plantearla en función de que la misma verse sobre la interpretación/validez del Derecho de la Unión.

²³ Apartados 18-19.

²⁴ Apartados 20-28.

²⁵ Apartados 29-30.

²⁶ Apartados 31-32.

y la correspondencia entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales²⁷. Las Recomendaciones finalizan con una serie de orientaciones específicas relativas a las peticiones de decisión prejudicial que tienen carácter urgente²⁸.

4. Tampoco debe extrañar, por la misma razón, que el Tribunal de Justicia se haya mostrado reacio a desconcentrar su protagonismo en el diálogo entablado vía prejudicial con los jueces nacionales.

En efecto, recordemos que la reforma de Niza incluyó la posibilidad (a actualizar en su caso por el Estatuto del Tribunal de Justicia), mantenida por la reforma de Lisboa, de romper el monopolio del Tribunal, existente desde los orígenes de éste, para conocer de las cuestiones prejudiciales.

«El Tribunal General», establece en la actualidad el artículo 256.3 TFUE en su primer párrafo, «será competente para conocer de las cuestiones prejudiciales planteadas en virtud del artículo 267, en materias específicas determinadas por el Estatuto». Remisión, pues y como adelanté, al Estatuto, que hasta el momento ha guardado silencio al respecto.

En relación, concretamente, con la posibilidad de atribuir al Tribunal General competencia prejudicial en materia de marcas²⁹, se pronunciaría el Tribunal de Justicia con ocasión del *Proyecto de Modificación del Estatuto del Tribunal de Justicia y de su Anexo I*, remitido al Presidente de turno del Consejo el 28 de marzo de 2011³⁰. Y lo hizo en términos negativos, argumentando que una tal encomienda al Tribunal General «entraña el riesgo de crear más dificultades que ventajas», habida cuenta de que: 1) «los principios aplicables a la remisión prejudicial como tal» afectan a una «materia delicada que se sitúa en la frontera entre las competencias del Tribunal de Justicia y las de los tribunales nacionales, es decir, entre las competencias de la Unión Europea y las de sus Estados miembros»; y 2) «el reparto de las cuestiones prejudiciales entre ambos Tribunales podría además generar confusión en los tribunales de los Estados miembros y desalentar el planteamiento por su parte de cuestiones prejudiciales, en particular a causa de la duración que tendría el procedimiento si el Tribunal de Justicia reexaminara la resolución del Tribunal General»³¹.

²⁷ Apartados 33-35.

²⁸ Apartados 36-46.

²⁹ A la luz de los documentos e informes sobre el futuro del sistema judicial europeo elaborados con vistas a la reforma de Niza, podría apuntarse que las cuestiones prejudiciales destinadas al entonces Tribunal de Primera Instancia, de llegar a hacerse algún día realidad, se enmarcarían en ámbitos muy especializados del Derecho de la Unión (como el contencioso de la propiedad intelectual o el relacionado con el sistema de excepciones legales a las reglas del Derecho de la Competencia).

³⁰ Cfr. Expediente interinstitucional: 2011/0901 (COD); Bruselas, 7 de abril de 2011 (11.04).

³¹ Recuérdese que, según establece el artículo 256.3 TFUE, en su tercer párrafo, «las resoluciones dictadas por el Tribunal General sobre cuestiones prejudiciales podrán ser reexaminadas con carácter excepcional por el Tribunal de Justicia, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto, en caso de riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión».

5. La importancia de la cuestión prejudicial en el sistema jurídico de la Unión Europea también se ve reflejada en los Informes que el Tribunal de Justicia elabora anualmente resumiendo sus actividades (así como las del Tribunal General y el Tribunal de la Función Pública).

En efecto, y por ceñirnos al año 2012³² (significativo no sólo por ser el más reciente, sino también por coincidir con el sesenta aniversario de la constitución del Tribunal), los datos que aporta son bien elocuentes en términos cuantitativos: el número de cuestiones prejudiciales³³ representa, con mucha diferencia, la cifra más elevada de entre los procedimientos iniciados ante el Tribunal de Justicia a lo largo de dicho año: 404 cuestiones³⁴, frente a los 136 recursos de casación y los 73 recursos directos.

Y otro tanto cabe decir en relación con los asuntos terminados: frente a los 117 recursos de casación y los 70 recursos directos, el Tribunal se pronunció en ese año sobre 326 cuestiones prejudiciales (de las cuales 249 terminaron por sentencia, y 77 por auto).

En fin, en cuanto a los asuntos pendientes a 31 de diciembre, figuran 537 cuestiones, frente a 205 recursos de casación y 134 recursos directos.

6. La elevada significación de la cuestión prejudicial en el sistema jurídico de la Unión Europea no sólo se traduce en términos cuantitativos, sino también cualitativos.

En efecto, baste con recordar que los principios «constitucionales» sobre los que giran las relaciones entre el ordenamiento jurídico de la Unión y los ordenamientos de sus Estados miembros, tienen, todos ellos, un origen completamente judicial, en el sentido de que no sólo proceden de sentencias del Tribunal de Justicia, sino de sentencias, además, dictadas en el contexto de diálogo entablado vía prejudicial con los tribunales nacionales.

³² Recordemos una vez más que también en 2012 se adoptó el nuevo Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, entre cuyos principales objetivos figuró, precisamente, «atribuir a las cuestiones prejudiciales el lugar que les corresponde en el Reglamento de Procedimiento», explicado en su misma Exposición de Motivos en los siguientes términos: «Aunque el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de los años, su estructura no ha experimentado cambios fundamentales desde la fecha de su adopción inicial, el 4 marzo de 1953. El Reglamento de Procedimiento de 19 junio de 1991, actualmente en vigor, continúa reflejando la preponderancia inicialmente atribuida a los recursos directos, mientras que, de hecho, la mayoría de los recursos de ese tipo son en la actualidad competencia del Tribunal General, y el principal grupo de asuntos, en términos cuantitativos, de entre los que se someten al Tribunal de Justicia son las cuestiones prejudiciales presentadas por los tribunales de los Estados miembros. Es preciso tener en cuenta esta realidad y, por consiguiente, adaptar la estructura y el contenido del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia a la evolución de los litigios de que conoce».

³³ Que es el segundo mayor en toda la historia del Tribunal de Justicia, solo superado por el alcanzado el año anterior, con 423 cuestiones prejudiciales.

³⁴ De las cuales 16 proceden de tribunales españoles, número notoriamente inferior si comparado con los dos años anteriores, en los que se superó la veintena (concretamente, 22 en 2010 y 27 en 2011), y con las 68 y 65 cuestiones prejudiciales procedentes, respectivamente, de tribunales alemanes e italianos (la comparación con los números procedentes de Francia y Reino Unido arroja, en cambio, cifras similares: 15 en el primer caso, y 16 en el segundo).

Es el caso, desde luego, de los principios de eficacia directa y primacía, proclamados en las célebres sentencias *Van Gend & Loos* y *Flaminio Costa*, dictadas en respuesta a las cuestiones planteadas, respectivamente, por la *Tariefcommissie* neerlandesa (Tribunal de lo contencioso-administrativo competente en materia fiscal) y por el *Giudice Conciliatore* de Milán. Pero también lo es del principio de responsabilidad de los Estados miembros frente a los particulares por los daños y perjuicios derivados de las infracciones del Derecho de la Unión, proclamado en la sentencia *Francovich e.a.*, y desarrollado en *Brasserie du Pêcheur* y *Factor-tame*, en respuesta a las cuestiones planteadas por las Preturas de Vicenza y de Bassano del Grappa, y por el *Bundesgerichtshof* alemán y la *High Court of Justice* del Reino Unido.

Pero situémonos en el rol mismo «constitucional» del Tribunal de Justicia, centrado, en su núcleo duro, en la resolución de controversias relativas al reparto de prerrogativas en el ejercicio del poder público, y a los límites de dicho ejercicio frente al individuo.

Si bien en lo que concierne a las primeras, tanto en su vertiente horizontal (*i. e.*, las reglas de juego interinstitucional en el escalón de la propia Unión, en donde el problema de la elección de la base jurídica³⁵ asume un especial protagonismo) como vertical (*i. e.*, el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, y su puesta en práctica), son los procesos directamente abiertos ante el Tribunal de Justicia (principalmente, vía recurso de anulación y de incumplimiento) los que suelen desempeñar un papel estelar³⁶, no sucede lo mismo con la segunda categoría de conflictos, donde dicho papel se reparte por igual con el diálogo entablado vía prejudicial con los jueces nacionales.

En efecto, si nos atenemos a la base de datos del Tribunal de Justicia, los números que de ésta se desprenden en cuanto a sentencias dictadas en 2103 por el Tribunal de Justicia

³⁵ Esto es, el concreto artículo de los Tratados que en cada caso ampara la intervención de la Unión, así como el procedimiento que ésta debe seguir a la hora de hacerla efectiva.

³⁶ Así, y por lo que respecta al reparto horizontal de poder en conexión con la elección de la base jurídica, son célebres los pronunciamientos del Tribunal en los asuntos *Comisión v. Consejo* (45/86), y de nuevo *Comisión v. Consejo* (C-300/89, también conocido como «*asunto dióxido de titanio*»). El primero, por cuanto marcó un punto de inflexión en su jurisprudencia, vinculado a la entrada en vigor del Acta Única Europea, a partir del cual el Tribunal de Justicia comenzó a intensificar su control sobre la elección de la base jurídica (habida cuenta de que con anterioridad al Acta Única, la diversidad de procedimientos en la que podía desembocar la elección de una u otra base jurídica, de por sí muy limitada al desempeñar el Parlamento Europeo un papel absolutamente residual, había resultado reducida a su mínima expresión como consecuencia del uso cotidiano que se dio al Compromiso de Luxemburgo, avalando la posibilidad de que los gobiernos nacionales bloquearan en el Consejo negociaciones que, *de iure*, estaban presididas por el sistema mayoritario de voto). Y el segundo, al conceder al principio democrático, identificado en el mayor rol del Parlamento europeo en el proceso decisorio, un protagonismo sobresaliente a la hora de elegir una de entre varias bases jurídicas *a priori* posibles, pero finalmente incompatibles en términos procedimentales.

Y respecto del reparto vertical de poder, también en este terreno son los recursos directos los protagonistas principales. Así por ejemplo, fue el asunto *Comisión v. Consejo* (22/70, también conocido como «*asunto AETR*») el primero en el que el Tribunal de Justicia manejó abiertamente la doctrina de los poderes implícitos en conexión con el principio de atribución de competencias; y el *asunto Comisión v. Francia* (C-265/95) es un caso paradigmático de plena justiciabilidad del principio de cooperación leal vertical, trasladado de la fundamentación al fallo mismo de la sentencia.

y por el Tribunal General en las que aparece citada, en su fundamentación y/o parte dispositiva, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, son los siguientes: de un total de 89 sentencias, 45 responden a cuestiones prejudiciales, y 44 tienen su origen en acciones directamente ejercitadas ante Luxemburgo.

La explicación de tal reparto de protagonismo se encuentra en que la Carta no sólo vincula a las instituciones, órganos y organismos de la Unión (lo que se traduce en las 44 referidas sentencias, dictadas casi todas ellas³⁷ en recursos interpuestos por particulares contra la actividad de la propia Unión), sino también a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión³⁸ (en cuyo contexto, al que responden las 45 referidas sentencias de origen prejudicial, los tribunales nacionales se dirigen al Tribunal de Justicia vía cuestión de interpretación de la Carta, a los efectos de dirimir la compatibilidad con ésta del Derecho nacional aplicable al litigio ante ellos pendiente).

7. La importancia de la cuestión prejudicial en el sistema jurídico de la Unión Europea se ha visto, por lo demás, también reflejada en la naturaleza de los interlocutores nacionales, con la progresiva incorporación al diálogo con Luxemburgo de los Tribunales Constitucionales³⁹, incluidos aquellos que, como el italiano o el español, se habían auto-desmarcado, hasta tiempos recientes, del mismo.

La trayectoria de la *Corte Costituzionale* partía del Auto n. 536/1995, de 15 de diciembre, en el que expresamente se auto-excluyó de su consideración de «órgano jurisdiccional» a los efectos de activar la cuestión prejudicial. Un parcial *overruling* vino de la mano de su Auto 103/2008, de 13 de febrero, en virtud del cual se dirigió vía prejudicial, por vez primera, al Tribunal de Justicia⁴⁰; *overruling* que, señalaba, fue parcial, al constreñir su legitimación para activar la cuestión prejudicial al contexto de los recursos directos de inconstitucionalidad (habida cuenta de que, razonó el Tribunal Constitucional, «en tales procesos de constitucionalidad, a diferencia de lo que sucede en los promovidos vía incidental, este Tribunal es el único juez llamado a pronunciarse sobre la controversia»; y «en consecuencia, si se negara la posibilidad de activar la cuestión prejudicial europea en los procesos de constitucionalidad promovidos vía principal, resultaría lesionado el interés general de la aplicación uniforme del Derecho comunitario, a la luz de su interpretación por el Tribunal de Justicia»). Tal constricción, no obstante, sería superada en su Auto n. 207/2013, de 3 de julio,

³⁷ Salvo alguna que otra resolviendo un recurso de casación interpuesto por el Consejo o la Comisión, o un recurso de incumplimiento contra algún Estado miembro.

³⁸ Cfr. artículo 51.1 de la Carta.

³⁹ Particularmente prolífico se muestra el Tribunal Constitucional belga (antaoño Corte de Arbitraje). Aunque en menor medida, también el Tribunal Constitucional austríaco simpatiza con la vía prejudicial. A ellos se sumaría el Tribunal Constitucional lituano en el año 2007, así como, recientemente, el Consejo Constitucional francés (*asunto Jeremy F.*, C-168/13 PPU) tras verse reconocida su competencia para efectuar controles de constitucionalidad *ex post*.

⁴⁰ *Asunto Regione Sardegna* (C-169/08).

en el que volvió a dirigirse vía prejudicial a Luxemburgo⁴¹, y en el que, tras limitarse a recordar que en su Auto 103/2008 había ya «planteado una cuestión prejudicial de interpretación en el marco de un proceso vía principal», se limitó, asimismo, a añadir que «debe sostenerse que este Tribunal también tiene la naturaleza de "órgano jurisdiccional nacional" en el sentido del artículo 267 TFUE, tercer párrafo, en los procesos vía incidental».

En el caso del Tribunal Constitucional español, su auto-desmarque se remonta a su Sentencia 28/1991, de 14 de febrero⁴², en la que rechazó la pretensión del Parlamento Vasco de plantear la cuestión prejudicial, sobre la base de que ésta sólo sería operativa «en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo», ajenos a la jurisdicción constitucional (habida cuenta de que «la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria»).

Y en esas se mantuvo el Tribunal Constitucional hasta que en su Auto 86/2011, de 9 de junio, se decidió finalmente, sin mayores explicaciones en cuanto a su giro jurisprudencial, a dirigirse por vez primera a Luxemburgo⁴³. Podrían existir dudas acerca de si ello fue fruto de una decisión meditada del Tribunal Constitucional de no quedarse fuera de un diálogo que, tras el protagonismo adquirido con la reforma de Lisboa por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, afectaría a su propio núcleo duro de competencias vinculado al recurso de amparo⁴⁴, o si pesó lo suyo, aun sin descartar lo anterior, el simple temor a que su doctrina maximalista en torno al artículo 24 de la Constitución en conexión con la Decisión marco sobre la euro-orden, objeto del Auto, fuera cuestionada ante el Tribunal de Justicia por la jurisdicción ordinaria española⁴⁵. Sí es seguro, en todo caso, que existen motivos para

⁴¹ *Asunto Napolitano e.a.* (C-418/13).

⁴² Cuya doctrina reiterarían, p.e., las Sentencias 372/1993, de 13 de diciembre; 143/1994, de 9 de mayo; y 265/1994, de 3 de octubre.

⁴³ *Asunto Melloni* (C-399/11).

⁴⁴ Recordemos que en la misma Sentencia 28/1991, tras declarar que el Derecho comunitario no integraba el canon de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional matizaría seguidamente que «problema ligeramente distinto sería que la contradicción aludida [entre Derecho comunitario y legislación interna] sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, puesto que las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10-2 CE)"» (supuesto éste, aclararía el Tribunal, en el que, no obstante, «tampoco se convertiría *per se* el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional»).

⁴⁵ De hecho, el propio Presidente del Tribunal Constitucional llegó a admitir que la opción del Tribunal de mantener su doctrina, tal cual y sin activar la cuestión prejudicial, concerniente a la euro-orden (doctrina que, concretamente, rechazaba en términos absolutos su ejecución respecto de condenas emitidas en ausencia del imputado), «aparte de dejar entrever un cierto desinterés por el diálogo jurisdiccional con el Tribunal de Justicia, no neutralizaba el riesgo cierto de que los órganos judiciales acabaran solicitando del Tribunal de Justicia una deci-

festejar, como hiciera el Magistrado Pérez Tremps en su, ello no obstante, Voto Particular, «el hecho novedoso de que el Tribunal Constitucional español se sum[e] a ese proceso jurídico que se ha denominado el «diálogo de los tribunales» o “diálogo judicial europeo”» (particularmente, que no exclusivamente⁴⁶, en materia de derechos fundamentales⁴⁷).

Mención aparte, en fin, merece el Tribunal Constitucional Federal alemán, que en su reciente Auto de 14 de enero de 2014⁴⁸, se ha decidido también, finalmente, a entablar el «diálogo» vía prejudicial con Luxemburgo (en entrecomillado la expresión «diálogo», porque de una primera lectura de los términos del planteamiento, y, sobre todo, de su extensa fundamentación, podría asimismo deducirse que estaríamos, más bien, ante un «monólogo» en busca de una adhesión inquebrantable).

El Auto plantea la validez de una Decisión del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo de 6 de septiembre de 2012, relativa a determinadas características técnicas de las operaciones de compraventa simple del Eurosistema en los mercados secundarios de deuda soberana⁴⁹, a la luz de los artículos 119, 123 y 127.1 y 2 TFUE, así como de los artículos 17 y 24 del Protocolo sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo.

Alternativamente, y para el supuesto de que el Tribunal de Justicia considerara que la Decisión OMT no fuera susceptible de control judicial en términos de validez, dada su naturaleza programática y la ausencia hasta el momento de efectiva aplicación, amén de su reflejo formal en un simple comunicado de prensa, el Tribunal Constitucional plantea, en términos de interpretación, si los mismos artículos del Tratado y del Protocolo n.º 4 avalarían un comportamiento del Eurosistema en el sentido descrito en la primera cuestión en términos de validez.

Aunque no sea ni el momento ni el lugar para profundizar en la cuestión, baste con advertir que el Tribunal Constitucional Federal, en una línea que, sin activar entonces el artículo 267 TFUE, ya había apuntado *obiter dictum* en su Sentencia de 12 de septiembre de

sión acerca, precisamente, de la compatibilidad de la doctrina constitucional con la Decisión Marco [relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros]». Cfr. SALA SÁNCHEZ, P., «La prejudicialidad en la Unión Europea. La perspectiva del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional españoles», en J. Díez-Hochleitner e.a. (coord.), *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea / Recent Trends in the Case Law of the Court of Justice of the European Union (2008-2011)*, La Ley, 2012, p. 75.

⁴⁶ Sin ir más lejos, a los efectos de concretar el alcance de la cláusula de «identidad nacional» a la que se refiere el artículo 4.2 TUE en cuanto límite a la integración (cláusula que, aun correspondiendo en última instancia al Tribunal de Justicia definir en función del caso concreto, al ser un concepto «autónomo» del Derecho de la Unión, no podría ser por éste definida a espaldas de los respectivos intérpretes supremos de cada Constitución nacional; cfr., no obstante, el reciente Auto del Tribunal Constitucional Federal alemán al que me refiero a continuación)

⁴⁷ Entre otras razones, porque la propia Carta se encarga de recalcar, en su artículo 52.4, que «en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones».

⁴⁸ Asuntos acumulados 2 BVR 2728/13, 2729/13, 2730/13, 2731/13 y 13/13.

⁴⁹ OMT Decision, en sus siglas en inglés —*Outright Monetary Transactions*—.

2012⁵⁰, parte de la asunción de que la Decisión del BCE objetada excedería de las atribuciones de dicha Institución (limitada al mantenimiento de la estabilidad en el marco de la política monetaria europea: artículo 127 TFUE), al perseguir objetivos de política económica (neutralizar los diferenciales de deuda soberana de determinados países de la eurozona sometidos a fuertes tensiones financieras) cuya responsabilidad recae, principalmente, sobre los Estados miembros (artículo 119 TFUE). Además, y en segundo lugar, la compra por el BCE de bonos en los mercados secundarios para respaldar la deuda pública de tales Estados miembros implicaría una vía indirecta de eludir los límites impuestos por el Tratado («medida funcionalmente equivalente»), que prohíbe al BCE y a los bancos centrales nacionales la concesión de cualquier tipo de crédito en favor de los Estados, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda (artículo 123 TFUE).

Como alternativa a la declaración de invalidez, el propio *Bundesverfassungsgericht* ofrece la posibilidad de una interpretación de la Decisión del BCE conforme con los Tratados, en el sentido de que en ningún caso podría debilitar la condicionalidad de los instrumentos de asistencia de los Mecanismos Europeos de Estabilidad (i.e., incluido el de Estabilidad Financiera), y de que estaría limitada a respaldar, y solo a respaldar, las políticas económicas en la Unión. Lo cual, teniendo en cuenta los límites del artículo 123 TFUE, exigiría excluir las quitas, así como las compras ilimitadas de deuda pública en los mercados secundarios.

Al margen del tono contundente (por no decir amenazante) del Auto de planteamiento (reservándose el Tribunal Constitucional la última palabra, en función de la respuesta de Luxemburgo, sobre si la Decisión del BCE y su implementación podrían también suponer una violación de la «identidad constitucional» alemana), interesa aquí resaltar, una vez más, la magnitud de la cuestión prejudicial en términos cualitativos, como vía idónea para delimitar, también, el reparto vertical de poder en el seno de la Unión, precisando el exacto alcance del marco constitucional de la Unión Económica y Monetaria.

8. Dada la trascendencia de la cuestión prejudicial en el Derecho de la Unión, resulta por ello, asimismo, trascendente su buen manejo por parte de los jueces y tribunales nacionales; en especial, y puesto que acabo de referirme a los Tribunales Constitucionales, en aquellos supuestos en los que el planteamiento de la cuestión prejudicial por la jurisdicción ordinaria nacional puede llegar a entrecruzarse con vías incidentales de intervención, en el mismo proceso principal, de la jurisdicción constitucional interna.

Así lo advirtió el propio Tribunal de Justicia en los *asuntos Melki y Abdeli*⁵¹, donde destacó que «antes de que pueda efectuarse el control con carácter incidental de la constitucionalidad de una ley cuyo contenido se limite a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la Unión, en relación con los mismos motivos que afectan a la validez de una directiva, los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean suscepi-

⁵⁰ Asuntos acumulados 2 BVR 1390/12, 1421/12, 1438/12, 1439/12, 1440/12 y 6/12. Cfr. FJ 278.

⁵¹ Citados *supra*, nota 9.

bles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están, en principio, obligados en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, a preguntar al Tribunal de Justicia sobre la validez de dicha directiva, y a deducir a continuación las consecuencias que deriven de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial, salvo que el mismo órgano jurisdiccional que promueva el control de constitucionalidad con carácter incidental haya planteado esa cuestión al Tribunal de Justicia con fundamento en el párrafo segundo del citado artículo».

Ello implica, al pronto, que el Tribunal de Justicia reconoce abiertamente la condición de los Tribunales Constitucionales en cuanto «órganos jurisdiccionales» a los efectos de remitirle cuestiones prejudiciales, incluso en el marco de controles incidentales de constitucionalidad⁵² (lo cual, según vimos, hizo realidad, desmarcándose de su doctrina anterior, el Tribunal Constitucional italiano mediante Auto n. 207/2013).

No llegó el Tribunal de Justicia hasta el punto, en cambio, de imponer la activación de la cuestión prejudicial con carácter previo a la cuestión de inconstitucionalidad, al admitir expresamente, como acabamos de ver, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional, en el marco de una cuestión de inconstitucionalidad, tuviera él mismo que activar la cuestión prejudicial al no haberlo hecho el juez ordinario que le remitió aquélla.

Lo que no conduce, en modo alguno, a negar que una exigencia en tal dirección (i.e., la imposición del previo planteamiento de la cuestión prejudicial a los efectos de poder activar la cuestión de inconstitucionalidad) pueda venir de la mano de los propios ordenamientos jurídicos nacionales.

⁵² Ya en el *asunto Dior*, resuelto por Sentencia de 4 de noviembre de 1997 (C-337/95), el Tribunal de Justicia había sostenido, respondiendo a una cuestión remitida por el Tribunal Supremo neerlandés, que el Tribunal de Benelux, encargado de velar por la uniformidad en la aplicación de la normativa común a los tres Estados del Benelux, era «órgano jurisdiccional» a los efectos de activar la cuestión prejudicial ante Luxemburgo en un contexto procesal en el que éste, a su vez, estuviera interviniendo vía prejudicial activada por los órganos jurisdiccionales nacionales de dichos Estados. «En efecto», sostuvo el Tribunal de Justicia, «no existe ningún motivo válido que justifique que tal órgano jurisdiccional [el Tribunal del Benelux] común a varios Estados miembros no pueda plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, tal como lo hacen los órganos jurisdiccionales de cada uno de dichos Estados miembros. A este respecto, es preciso prestar especial atención al hecho de que el Tribunal del Benelux tiene por misión garantizar la uniformidad en la aplicación de las normas jurídicas comunes a los tres Estados del Benelux, y al de que el procedimiento que se desarrolla ante él tiene la naturaleza de un incidente en los procesos pendientes ante los órganos jurisdiccionales nacionales, a cuyo término se establece la interpretación definitiva de las normas jurídicas comunes al Benelux». Y añadió: «En la medida en que no existe recurso judicial alguno contra la decisión de un órgano jurisdiccional como el Tribunal del Benelux, que zanja definitivamente las cuestiones de interpretación del Derecho uniforme del Benelux, un órgano jurisdiccional de este tipo puede estar obligado, cuando se plantee ante él una cuestión de interpretación de [una] Directiva, a someter la cuestión al Tribunal de Justicia, con arreglo a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 177». De hecho, sería el propio Tribunal de Benelux el que se dirigiría directamente al Tribunal de Justicia en el *asunto Campina Melkunie* (C-265/00), resuelto por Sentencia de 12 de febrero de 2004. Y mientras que en el *asunto Dior* el Tribunal Supremo neerlandés, competente en el litigio principal, efectuó una remisión simultánea al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Benelux, optando éste por suspender el procedimiento en espera del fallo de aquél, en *Campina Melkunie* el Tribunal Supremo prefirió dirigirse solamente al Tribunal de Benelux, que a su vez decidió activar la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

En efecto, mientras que supeditar la activación de la cuestión prejudicial al previo planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad afectaría a la plena autonomía de la vía incidental europea (como destacó el Tribunal de Justicia en *Melki y Abdeli*), el supuesto inverso afectaría exclusivamente a la autonomía de una vía puramente interna de control incidental de normas asimismo internas sobre la base de parámetros también internos, cuestión sobre la que el ordenamiento jurídico nacional tendría la última palabra.

De hecho, la referida exigencia fue sostenida por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Auto de 4 de octubre de 2011 (1 BvL 3/08), al afirmar que en caso de duda acerca de si el Derecho de la Unión admitiría margen de maniobra a la hora de ser transpuesto en el Derecho interno, y de ser así, hasta dónde llegaría dicho margen, el juez ordinario alemán, con independencia de que su decisión fuera o no susceptible de ulterior recurso, estaría inexorablemente obligado a obtener al respecto, vía prejudicial, una respuesta de Luxemburgo, con carácter previo a la activación de la cuestión de inconstitucionalidad, en relación con la ley interna de transposición, por vulneración del catálogo alemán de derechos fundamentales⁵³.

En cuanto al ordenamiento jurídico español, y en espera de lo que en un futuro nos pudiera deparar una posible doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, creo indiscutible que en aquellos supuestos en los que el juez ordinario considere, fuera de toda duda razonable, que la ley aplicable al litigio es contraria al Derecho de la Unión, resultaría improcedente activar la cuestión de inconstitucionalidad; como también resultaría en tal caso improcedente, no ya porque yo lo crea, sino porque así lo ha declarado, como veremos, el Tribunal de Justicia, imponerle la activación de la cuestión prejudicial como *conditio sine qua non* para inaplicar la ley.

9. La trascendencia del correcto manejo de la cuestión prejudicial, por lo demás, no sólo concierne a jueces y tribunales nacionales, sino también al propio Tribunal de Justicia, el cual, lejos de estar por encima del bien y del mal, también ha incurrido alguna que otra

⁵³ Lo que condujo al Tribunal Constitucional Federal a inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad, por vulneración del principio de no retroactividad, en relación con una ley que, adoptada en *diciembre* de 1998, prohibía las subvenciones a determinadas inversiones realizadas a partir de septiembre de ese mismo año. La ley en cuestión tenía por objetivo adaptar el ordenamiento alemán a una decisión de la Comisión que excluía que tales inversiones pudieran beneficiarse del régimen europeo de ayudas; decisión que, adoptada en julio, dejaba a las autoridades alemanas un plazo de 2 meses (*i.e.*, hasta *septiembre*) para proceder a la referida adaptación. En dicho contexto, el Tribunal Constitucional consideró que no era posible asumir, sin solicitar una interpretación al respecto vía prejudicial, que la decisión de la Comisión permitiera al legislador alemán otorgar subvenciones una vez concluido el mencionado plazo de 2 meses.

Ya en su Auto de 6 de julio de 2010 (2 BvR 2661/06), el Tribunal Constitucional Federal había apuntado en la misma dirección, al afirmar, en relación con su control de la actividad de la Unión por *ultra vires*, que antes de efectuarlo «el Tribunal de Justicia debe tener la oportunidad de interpretar los Tratados, así como de pronunciarse sobre la interpretación y la validez de los actos en cuestión [de Derecho derivado], en el marco del procedimiento prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE».

vez en graves deficiencias, que han desembocado en no menos graves consecuencias en el sistema de la Unión.

Así ha sucedido, por referirme a un caso reciente y paradigmático, en relación con el secreto profesional del abogado y el blanqueo de capitales, que expongo brevemente a continuación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 6 de diciembre de 2012⁵⁴, consideró compatible con el artículo 8 del Convenio⁵⁵ la obligación impuesta a los abogados por la normativa francesa de declarar a las autoridades administrativas de inteligencia financiera acerca de determinadas operaciones sospechosas de blanqueo de capitales.

Ahora bien, entre los elementos considerados por el propio Tribunal como «decisivos» a la hora de bendecir la proporcionalidad de la referida obligación, destacó de manera muy particular el papel desempeñado por los Colegios de Abogados, resaltando Estrasburgo la importancia que, en su juicio positivo de compatibilidad con el Convenio, habría tenido «el hecho de que la legislación prevea *un filtro* protector del secreto profesional».

Concretamente, el Tribunal subrayó el hecho de que los abogados no tuvieran que comunicar sus sospechas directamente a las autoridades administrativas francesas, sino, según el caso, al Presidente del Colegio de Abogados ante Consejo de Estado y la Corte de Casación, o al Decano del Colegio de Abogados al que pertenecieran: «Debe reputarse», sostuvo el Tribunal⁵⁶, «que en esa fase del procedimiento, cuando el abogado comparte la información con un profesional que no sólo está sometido a las mismas reglas deontológicas, sino que, además, ha sido elegido por sus pares para asegurar el respeto de dichas reglas, el secreto profesional no resulta adulterado. El Presidente o en su caso Decano del Colegio, en una posición más apropiada que ningún otro para determinar la información que está o deja de estar cubierta por el secreto profesional, lejos de transmitir de inmediato la declaración de sospecha a la unidad de inteligencia financiera, sólo procede a hacerlo tras haberse asegurado de que las condiciones establecidas por la legislación francesa se han cumplido».

Pues bien, el problema que plantean tanto la legislación francesa como la bendición recibida desde Estrasburgo en los términos recién transcritos, es que parecen ser abiertamente incompatibles con lo ordenado por la normativa europea que está en el origen de aquélla, y que dispone que los Colegios, una vez recibida del abogado la información correspon-

⁵⁴ *Asunto Michaud v. Francia* (n. 12323/11).

⁵⁵ Según dispone dicho precepto: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

⁵⁶ *Cfr.* FJ 129.

diente, «transmitirán de inmediato la información *sin filtrar* a las unidades de inteligencia financiera»⁵⁷.

Y dicho problema, que en definitiva esconde una condena indirecta por Estrasburgo de una normativa de la Unión sin haberse pronunciado Luxemburgo, previamente, acerca de la compatibilidad de dicha normativa con los derechos fundamentales, tiene su origen, precisamente, en el incorrecto manejo de la cuestión prejudicial no sólo por el Consejo de Estado francés, sino también por el propio Tribunal de Justicia.

Por el Consejo de Estado, habida cuenta de que, aun agotando la vía jurisdiccional previa a los efectos de acudir a Estrasburgo, declinó plantear la cuestión prejudicial, como recuerda el propio Tribunal de Estrasburgo en su sentencia, «pese a que el Tribunal de Justicia no había abordado dicha cuestión ni en el marco de un reenvío prejudicial operado en otro caso, ni con ocasión de alguna de las vías de impugnación abiertas a las Instituciones y a los Estados miembros de la Unión»⁵⁸.

Por el Tribunal de Justicia, porque años antes, en el marco de las cuestiones prejudiciales planteadas en el *asunto Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*⁵⁹, desperdició la oportunidad de pronunciarse al respecto pese a que en el procedimiento principal ante la Corte de Arbitraje belga (órgano jurisdiccional remitente), los Colegios de Abogados demandantes suscitaron la cuestión de la validez de las Directivas europeas sobre blanqueo de capitales⁶⁰ en relación con varias normas de rango superior, en particular con el respeto de la vida privada reflejado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal de Justicia, sin embargo y amparándose en que «el procedimiento regulado en el artículo 234 CE [actual 267 TFUE] se basa en una nítida separación de funciones entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia» («de manera que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión judicial que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia»), deci-

⁵⁷ Cfr. artículo 23.1 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (conocida como Tercera DBC). En el extremo opuesto a la legislación francesa estaría ubicada la legislación española (cfr. artículos 17 y ss. de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo), que prevé la transmisión directa de las sospechas, sin mediación del Colegio de Abogados, a la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias; lo cual resulta compatible con la Directiva europea, pero incompatible con el respeto a la vida privada tal y como ha sido entendido por Estrasburgo en el *asunto Michaud*...

⁵⁸ Cfr. Decisión del *Conseil d'Etat* de 23 de julio de 2010 (n.º 309993), en la misma línea que había ya seguido en su Decisión de 10 de abril de 2008 (n.º 296845).

⁵⁹ C-305/05, resuelto por Sentencia de 26 de junio de 2007.

⁶⁰ Por aquel entonces, la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, en su versión modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001.

dió «no proceder a ampliar el examen de la validez de las Directivas para incluir en el mismo derechos fundamentales a los que el órgano jurisdiccional remitente no ha hecho referencia, en particular el derecho al respeto de la vida privada»⁶¹.

Pues bien, tal decisión, que traería como consecuencia, a la larga y según adelanté, una condena indirecta por Estrasburgo de la normativa de la Unión sin haberse pronunciado Luxemburgo, previamente, acerca de la compatibilidad de dicha normativa con los derechos fundamentales, situando por extensión al juez nacional ante la inaceptable disyuntiva de cumplir bien con las exigencias del Convenio, bien con las exigencias del Derecho de la Unión, fue fruto, en mi opinión, de un manejo arbitrario por el Tribunal de Justicia del mecanismo de la cuestión prejudicial, al no ser ni mucho menos infrecuente que el Tribunal reconduzca las cuestiones planteadas hacia parámetros de validez no referidos por el tribunal nacional remitente⁶² (de hecho, el Abogado General no dudó en ampliar el análisis de la validez de las Directivas cuestionadas a la luz del respeto a la vida privada⁶³).

10. Concluiré esta suerte de «decálogo» dedicado a la cuestión prejudicial en cuanto, tal y como reza la primera de las *Recomendaciones del Tribunal de Justicia a los órganos jurisdiccionales nacionales*, «mecanismo fundamental del Derecho de la Unión Europea», advirtiéndole que pese a la trascendencia de dicho mecanismo, o mejor dicho, precisamente debido a ella, no está todo dicho tras sesenta años de funcionamiento.

Así, encontramos pronunciamientos relativamente recientes del Tribunal de Justicia aclarando a los más Altos Tribunales nacionales, por ejemplo, que «la facultad reconocida al juez nacional por el artículo 267 TFUE, párrafo segundo, de solicitar una interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia antes de dejar sin aplicación la disposición nacional contraria

⁶¹ Cfr. FJ 19.

⁶² Cfr. p.e. STJCE de 22 de enero de 2004 (C-271/01), *asunto Coppi*, FJ 27: «Para dar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional que le ha planteado una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que el Juez nacional no se haya referido en su cuestión (sentencias de 27 de marzo de 1990, *Bagli Pennacchiotti*, C-315/88, Rec. p. I-1323, apartado 10, y de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 39)». Sobre la base de tal jurisprudencia, el Tribunal comenzaría por observar, en el *asunto Promusicae* (STJCE de 29 de enero de 2008, C-275/06, FFJJ 61 y 63), «que, en su petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia a los artículos 17 y 47 de la Carta, que se refieren, el primero, a la protección del derecho de propiedad, en particular, de la propiedad intelectual y, el segundo, al derecho a la tutela judicial efectiva. Debe considerarse que, al hacerlo, dicho órgano jurisdiccional pretende saber si la interpretación de las tres Directivas invocadas, según la cual los Estados miembros no están obligados a imponer el deber de comunicar datos personales en un procedimiento civil con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor, no conduce a vulnerar el derecho fundamental de propiedad y el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva». Sentado lo cual, añadió: «Sin embargo, es importante constatar que en la situación controvertida, respecto de la cual el órgano jurisdiccional remitente plantea esta cuestión, interviene, además de los dos derechos mencionados, otro derecho fundamental, a saber, el que garantiza la protección de los datos personales y, en consecuencia, de la intimidad».

⁶³ Cfr. Conclusiones de M. Poiares Maduro, apartados 41-43 y 81.

al Derecho de la Unión no puede, sin embargo, transformarse en una obligación por el hecho de que el Derecho nacional no permita a dicho juez abstenerse de aplicar una disposición nacional que estime contraria a la Constitución sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional». Y me refiero a «los más Altos Tribunales nacionales» porque tal aclaración, aun dirigida por el Tribunal de Justicia al Tribunal Regional Superior de Trabajo de Düsseldorf, que fue el órgano jurisdiccional remitente en el *asunto Küçükdeveci*⁶⁴ de donde está tomado el fundamento jurídico recién transcrito⁶⁵, podría también considerarse dirigida a nuestro Tribunal Constitucional, habida cuenta de que exactamente esa transformación de la facultad en obligación de plantear la cuestión prejudicial, considerada incompatible con el Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia, era la que se desprendía por aquel entonces de la doctrina sentada por la Sala Segunda en su Sentencia 194/2006, de 19 de junio, posteriormente rectificada por el Pleno, de manera expresa, en su Sentencia 78/2010, de 20 de octubre (sin traer a colación, por cierto, el *asunto Küçükdeveci*).

Otro tanto cabría decir, asimismo, del reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el *asunto Akerberg*⁶⁶, tan estudiado en lo concerniente a las premisas para una aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión a los Estados miembros y a la relación de los estándares de protección que de ella derivan con los derivados de los catálogos nacionales, y tan soslayado en lo atinente al funcionamiento mismo de la cuestión prejudicial. Concretamente, en lo relativo a si resultaba «compatible con el Derecho de la Unión una práctica judicial nacional [impuesta por el Tribunal Supremo sueco⁶⁷] que supedita la obligación del juez nacional de no aplicar ninguna disposición que infrinja un derecho fundamental garantizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta al requisito de que dicha infracción se deduzca claramente de dichas normas o de la jurisprudencia en la materia»; a lo que el Tribunal de Justicia contestó en los siguientes términos: «El Derecho de la Unión se opone a una práctica judicial que supedita la obligación del juez nacional de no aplicar ninguna disposición que infrinja un derecho fundamental garantizado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al requisito de que dicha infracción se deduzca claramente del texto de dicha Carta o de la jurisprudencia en la materia, dado que priva al juez nacional de la facultad de apreciar plenamente, *con la cooperación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su caso*, la compatibilidad de dicha disposición con la Carta»⁶⁸.

⁶⁴ Resuelto por Sentencia de 19 de enero de 2010 (C-555/07).

⁶⁵ Concretamente, del FJ 54.

⁶⁶ Resuelto por Sentencia de 26 de febrero de 2013 (C-617/10).

⁶⁷ Cfr. Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, apartado 111.

⁶⁸ En relación con el Convenio, el Tribunal se limitó a declarar que «el Derecho de la Unión no regula la relación entre el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional».

Y ciñéndonos al ordenamiento jurídico español, está todavía por ver, en fin y también por ejemplo, si la doctrina del Tribunal de Justicia en el ya referido *asunto Transportes Urbanos* sería extensible a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador basadas en una infracción del Derecho de la Unión, a su vez declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia dictada no en el marco de un recurso por incumplimiento, sino de una cuestión prejudicial, propia o incluso ajena (i.e., planteada por un tribunal de otro Estado miembro en relación con una legislación similar a la española); o si la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 145/2012, de 2 de julio, en relación con la vulneración de la tutela judicial efectiva por aplicación de una ley que había sido declarada contraria al Derecho de la Unión en el marco de un recurso por incumplimiento, cabría extenderla a las declaraciones de incompatibilidad derivadas de sentencias prejudiciales.

Habrà que seguir, pues, y con ello concluyo, muy atentos a la evolución de la jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia como de los tribunales nacionales en relación con un mecanismo como el de la cuestión prejudicial, que no por clásico deja de estar impregnado del dinamismo que siempre ha caracterizado a la integración europea.

Noción de órgano jurisdiccional a los efectos de plantear una cuestión prejudicial

Manuel Cienfuegos Mateo

Sumario: I. Introducción. II. La falta de sistematización del concepto comunitario de órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros. III. Propuestas *de lege ferenda* a la luz de las contribuciones de Dámaso Ruiz-Jarabo en sus conclusiones generales del asunto *De Coster*. IV. La respuesta del Tribunal de Justicia en la jurisprudencia reciente. V. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de responder a las cuestiones prejudiciales recibidas en su secretaría, el Tribunal de Justicia verifica si el órgano que la formula es «un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» o, lo que es lo mismo, «un órgano jurisdiccional nacional» (artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE). Se trata de expresiones intercambiables utilizadas por el Tratado manifiestamente por oposición a la noción de órgano administrativo, pero que resuelven poco, en realidad, porque la noción de *auctoritas iurisdictionis* es tan compleja y diversa en los ordenamientos internos de los Estados miembros que no puede quedar a su libre albedrío. En tal caso, como ha advertido la doctrina, se correría seriamente el riesgo de que sectores completos de la vida económica y social europea pudieran escapar, por voluntad de los Estados miembros, al control del Tribunal de Justicia, comprometiéndose de este modo el objetivo fundamental y, por ende, la eficacia del procedimiento prejudicial y del Derecho de la Unión Europea —UE—¹.

Basta a este efecto con recordar que en un informe de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo (*Informe Merchiers*), de 1969, se afirmaba que uno de los problemas más graves que suscitaba la aplicación del antiguo artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE), de 1957, era la noción de jurisdicción de un Estado miembro,

¹ Véase al respecto, por todos, RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993, p. 71.

en cuanto este término «engloba realidades muy diferentes y susceptibles de variar de un Estado a otro. Al lado de las autoridades consideradas unánimemente como jurisdicciones, existen igualmente, en el seno o en el exterior de la administración, numerosos organismos jurisdiccionales. Se pueden así desglosar más de 60 regímenes diferentes en los Estados miembros»². Y si ésta era la situación con los seis miembros de la época, no es aventurado sostener que la complejidad ha aumentado exponencialmente con la evolución jurídica en los Estados originarios y el incremento de su número a los 28 actuales, tras las sucesivas adhesiones a la UE³.

Ello explica, en buena medida, por qué el Tribunal de Justicia, si bien acepta la calificación de jurisdiccional dada al órgano *a quo* por el ordenamiento nacional (*teoría del reenvío*), ha ido progresivamente ampliando la definición de jurisdicción nacional a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales para acoger a órganos no judiciales según su derecho interno, elaborando de este modo un concepto autónomo de jurisdicción nacional dotado de contenido específicamente comunitario (*teoría de la adopción*). En esencia, desde la perspectiva del artículo 267 del TFUE lo que realmente interesa es la función que desempeña el órgano y la situación estatutaria que se le reconozca en su sistema jurídico nacional, de tal suerte que cualquier órgano que resuelva en derecho, y no en pura equidad, los litigios sometidos a su conocimiento mediante una decisión obligatoria y cuyo estatuto garantice su independencia e imparcialidad en el cumplimiento de su misión podrá ser reputado jurisdicción a los efectos del incidente prejudicial⁴.

Sintetizando su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia recuerda que la calificación de un órgano nacional como jurisdicción a los efectos del artículo 267 TFUE depende de «un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia»⁵. A vuelo de pluma, puede decirse que el origen legal del órgano implica que se haya creado y esté regulado por ley o norma jurídica comparable; la permanencia se opone a los tribunales creados *ad hoc* para solucionar conflictos particulares; el carácter obligatorio de su jurisdicción implica la sumisión automática ante tal órgano en los casos en que se le ha atribuido competencia, sin

² MERCHIERS (relator), «Rapport fait au nom de la Commission Juridique [de l'Assemblée] sur les problèmes posés par l'application de l'article 177 du traité C.E.E.», *Doc. de séance*, 1969-1970, 15 de septiembre de 1969, documento núm. 94, p. 10. Véase adicionalmente BARAV, A., *La fonction communautaire du juge nationale*, Tesis doctoral inédita, Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université des sciences juridiques, politiques, sociales et de technologie de Strasbourg, Estrasburgo, 1983, espec. pp. 542 ss.

³ Vid. la interesante publicación del TRIBUNAL DE JUSTICIA, *Les juridictions des États membres de l'Union européenne. Structure et organisation*, Luxemburgo: OPOCE, 2009, de 738 páginas, sólo para describir los principales aspectos del Poder Judicial en los entonces 27 Estados miembros, como el nombre, la composición y las competencias de sus órganos jurisdiccionales.

⁴ Vid., para mayores detalles, CIENFUEGOS MATEO, M., «La noción comunitaria de órgano jurisdiccional de un Estado miembro ex artículo 234 del Tratado CE y su necesaria revisión», *Gaceta jurídica de la UE y de la Competencia*, vol. 238, 2005, pp. 3-26.

⁵ STJ de 29.11.2001, as. *De Coster* (C-17/00, *Rec.* p. I-9445), apartado 10.

necesidad de aceptación expresa o tácita y sin posibilidad de reservas; el carácter contradictorio del procedimiento supone que la decisión del órgano remitente debe haber sido tomada, como regla, después de un debate celebrado en su presencia entre partes en posiciones contrapuestas para hacer valer sus derechos e intereses jurídicamente protegidos; la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas alude a que el órgano ha de fallar en derecho, y no en pura equidad, mediante una resolución vinculante; finalmente, su independencia se refiere a que el juzgador debe ser un tercero ajeno a los sujetos que inicien el proceso interno y la administración autora del acto impugnado que está en la base del mismo.

La noción comunitaria de jurisdicción nacional es, pues, relativamente autónoma respecto de la que existe en los Estados miembros y ello está justificado por la necesidad de respetar el espíritu del proceso prejudicial y hacerlo realmente eficaz. Mas la falta de sistematización de este concepto en la jurisprudencia comunitaria lleva a excesos innecesarios que, a la postre, generan inseguridad jurídica en su aplicación.

II. LA FALTA DE SISTEMATIZACIÓN DEL CONCEPTO COMUNITARIO DE ÓRGANO JURISDICCIONAL DE UNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Un breve recorrido a la jurisprudencia comunitaria de las primeras cuatro décadas muestra que el Tribunal de Justicia fue muy respetuoso con los órganos considerados jurisdiccionales en los Estados miembros a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales, siendo así considerados los órganos calificados de este modo por su ordenamiento interno sitos en el territorio europeo de los Estados miembros, inclusive cuando en el caso de autos no cumplían funciones judiciales en sentido estricto, siempre que el procedimiento interno concluyese con un acto jurisdiccional⁶; por extensión, fueron incluidas en la noción las jurisdicciones de sus países y territorios de ultramar, como —por ejemplo— el *Tribunal Administratif* de Papeete de la isla de Tahití⁷ y la *Cour d'Appel* de Saint Denis de la isla de La Reunión⁸,

⁶ Por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha resuelto las cuestiones prejudiciales suscitadas por una jurisdicción nacional que decidía como amigable componedor en equidad un recurso contra un laudo arbitral (STJ de 27.4.1994, as. *Gemeente Almelo*, C-393/92, Rec. p. I-1477), que acumulaba en el supuesto de autos funciones propias de la judicatura y del ministerio fiscal (STJ de 11.6.1987, as. *Pretoire di Salò*, 14/86, Rec. p. 2545) o que emitía un dictamen jurídico en procedimientos peculiares que tenían por objeto la constatación abstracta de un derecho al margen de un litigio particular (STJ de 30.11.2000, as. *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-195/98, Rec. p. I-10497), ya que en todos estos casos existe un litigio pendiente (conflicto jurídico de intereses) al que se pone fin con un acto jurisdiccional vinculante adoptado con plena independencia.

La situación es diferente cuando el órgano jurisdiccional de un Estado miembro actúa en el ejercicio de una función no jurisdiccional, por ejemplo como órgano encargado de la llevanza de un Registro de la Propiedad (STJ de 14.6.2001, as. *Salzmann*, C-178/99, Rec. p. I-4421) o bien un Registro Mercantil (ATJ de 10.7.2001, as. *HSB-Wohnbau*, C-86/00, Rec. p. I-5353), pues en estas hipótesis el juez nacional se conduce en calidad de autoridad administrativa.

⁷ STJ de 12.12.1990, as. *Kaefer y Procacci* (C-100 y 101/89, Rec. p. I-4670).

⁸ STJ de 16.7.1992, as. *Legros* (C-163/90, Rec. p. I-4625).

y las jurisdicciones nacionales situadas en otros territorios sometidos a un régimen especial, como la *Deputy Bailiff's Court* de Douglas (isla de Man)⁹. No tuvo relevancia, a estos efectos, que la cuestión prejudicial fuera elevada por una jurisdicción nacional en formación plenaria o por una de sus salas¹⁰.

Adicionalmente, se han calificado como jurisdicciones a los efectos del artículo 267 del TFUE, aunque no lo eran en su respectivo ordenamiento jurídico, a cuantos órganos cumplían los antedichos criterios orgánico y funcional, como el *Scheidtsgerencht* —Tribunal arbitral de la Caja de Empleados de la Industria Minera— holandés¹¹, la *Commission de réclamation en matière d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité* belga¹², la *Commission de première instance du contentieux de la sécurité sociale et de la mutualité sociale agricole* francesa¹³, el *Raad van State* —Consejo de Estado— holandés¹⁴ y el *Consiglio di Stato* italiano¹⁵, el *Ufficio di Conciliazione* italiano¹⁶, la *National Insurance Commissioner* británica¹⁷, la *Commissie van Beroep Huisartsgeneeskunde* —Comisión de Apelación de la Asociación Real para la Promoción de la Medicina— holandesa¹⁸, la *Arrondissementsrechtbank* —Comisión Local de Adjudicación de Contratos Públicos de Obras— holandesa¹⁹, el *Faglige Volgiftsret* —Tribunal Arbitral de Derecho Público— danés²⁰, la *Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes* —Comisión Federal de Control de la Adjudicación de Contratos Públicos— alemana²¹, la *Maaseutuelinkeinojen Valituslautakunta* —Comisión de Recursos de las Actividades Rurales— finlandesa²², el *Immigration Adjudicator* británico²³, la *Tiroler Landesvergabeamt* —Oficina de Adjudicaciones del Land del Tirol— austriaca²⁴ y la *Överklagandenämnden för Högskolan* —Comisión de Recursos de los Establecimientos de Enseñanza Superior— sueca²⁵.

En el caso particular de España, es diáfano que los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial son jurisdicciones desde la perspectiva del artículo 267 del TFUE, se trate de los juzgados de instancia e instrucción, penales, mercantiles, de lo social o de lo contencioso-administrativo, las audiencias provinciales y los tribunales superiores de justicia, la

⁹ STJ de 3.7.1991, as. *Barr y Montrose* (C-355/89, Rec. p. I-3479).

¹⁰ STJ de 14.1.1982, as. *Reina* (65/81, Rec. p. 33).

¹¹ STJ de 30.6.1966, as. *Vaassen Gobbels* (61/65, Rec. p. 377).

¹² STJ de 1.12.1970, as. *Union Nationale des Mutualités Socialistes* (32/70, Rec. p. 987).

¹³ STJ de 17.12.1970, as. *Manpower* (35/70, Rec. p. 1251).

¹⁴ STJ de 27.11.1973, as. *Nederlandsee Spoorwegen* (36/73, Rec. p. 1299).

¹⁵ STJ de 16.10.1997, as. *Maria Antonella Garofalo* (C-69 a 79/96, Rec. p. I-5603).

¹⁶ STJ de 7.7.1976, as. *IRCA* (7/76, Rec. p. 1213).

¹⁷ STJ de 29.9.1976, as. *Brack* (17/76, Rec. p. 1429).

¹⁸ STJ de 6.10.1981, as. *Broekmeulen* (246/80, Rec. p. 2311).

¹⁹ STJ de 20.9.1988, as. *Gebroeders Beentjes* (31/87, Rec. p. 4635).

²⁰ STJ de 31.5.1995, as. *Dansk Industri* (C-400/93, Rec. p. I-1275).

²¹ STJ de 17.9.1997, as. *Dorsch Consult* (C-54/96, Rec. p. I-4961).

²² STJ de 22.10.1998, as. *Raija-Liisa Jokela* (C-9 y 118/97, Rec. p. I-6267).

²³ STJ de 2.2.1999, as. *Eddline El-Yassini* (C-416/96, Rec. p. I-1209).

²⁴ STJ de 4.2.1999, as. *Köllensperger y Atzwanger* (C-103/97, Rec. p. I-551).

²⁵ STJ de 6.7.2000, as. *Abrahamsson y Anderson* (C-407/98, Rec. p. I-5539).

Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, etcétera. De hecho, en su inmensa mayoría todos ellos han planteado cuestión prejudicial²⁶.

A pesar de no estar integrados en el Poder Judicial, y pese a algunas dudas que suscita su naturaleza jurídica, según el Tribunal de Justicia lo son también el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (hoy en día la Comisión Nacional de la Competencia)²⁷ y los Tribunales Económico-Administrativos²⁸, puesto que ha resuelto las cuestiones prejudiciales planteadas por ellos²⁹.

También el Tribunal Constitucional es jurisdicción de un Estado miembro a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales, aunque tampoco está integrado en el Poder Judicial, como confirmó en su auto 86/2011, de 9 de junio, con el que pone fin a una interesante controversia doctrinal basada en su discutible jurisprudencia anterior a este respecto³⁰, suscitando tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia dirigidas a esclarecer el encaje de su propia doctrina con la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13.6.2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros y determinados preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (artículos 47, 48 y 53). En su sentencia, el Tribunal de Justicia ni se planteó la naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional, aunque sí cuestionó en profundidad su doctrina en esta materia³¹.

En fin, si bien no han suscitado todavía cuestión prejudicial, somos del parecer, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, que serían asimismo reputadas jurisdicciones nacionales otros órganos españoles —como el Tribunal de Cuentas, el Consejo de Estado y algunos tribunales arbitrales de derecho público— si las elevaran en asuntos en los que cumplen determinadas funciones de naturaleza judicial³².

Por el contrario, el Tribunal de Justicia ha rechazado que muchos órganos administrativos de los Estados miembros sean jurisdicciones a los fines del planteamiento de cuestiones prejudiciales, dado que no concurrían en ellos los anteriores requisitos orgánico y funcio-

²⁶ Sobre la práctica judicial española relativa al planteamiento de cuestiones prejudiciales, véase CIENFUEGOS MATEO, M., «El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica», en RIPOLE CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.), *España ante los Tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*, IVAP, Oñate, 2008, pp. 47-101.

²⁷ STJ de 16.7.1992, as. *Asociación Española de Banca Privada* (C-67/90, Rec. p. I-4785).

²⁸ STJ de 1.3.1993, as. *Diversinte e Iberlacta* (C-260 y 261/91, Rec. p. I-1885).

²⁹ A pesar de la jurisprudencia comunitaria, la sentencia de 25.11.2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional niega tal carácter al Tribunal Económico-Administrativo Regional de Asturias (*La Ley* 203682/2010), como también buena parte de la doctrina española (así, BANACLOCHE, J., «Los Tribunales Económico-Administrativos», *Impuestos. Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, 2001-2, pp. 1-8).

³⁰ Para su examen, *vid.*, por todos, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. y RIPOLE CARULLA, S., «Continuismo y novedad? en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Derecho de la Unión Europea», *WVP IDEIR*, n.º 12 (2012), pp. 1-34.

³¹ STJ de 26.02.2013, as. *Stefano Melloni* (C-399/11, todavía no publicada en la *Recopilación*).

³² *Vid.* sobre el tema, por todos, ARMENGOL FERRER, F., «Órganos judiciales legitimados para plantear cuestiones prejudiciales en aplicación del art. 177 del Tratado constitutivo de la CEE», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1988-1, pp. 149-181.

nal, como el *Conseil de l'Ordre des Avocats* de París³³, los árbitros de derecho privado —tal como el *Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages* belga³⁴—, la *Commission Consultiva per le Infrazione Valutaria* italiana³⁵, el *Directeur des Contributions* luxemburgués³⁶, la *Procura della Reppública* en Italia³⁷, la *Skatterättsnämnden* —Comisión de Derecho Fiscal— sueca³⁸ y la *Corte dei Conti* italiana³⁹, citando sólo algunos ejemplos de una muy copiosa jurisprudencia.

En cuanto el artículo 267 del TFUE exige expresamente que la cuestión prejudicial sea evacuada por un órgano judicial nacional de un Estado miembro⁴⁰, deberían ser inadmisibles las suscitadas por jurisdicciones de terceros países y por jurisdicciones internacionales. Y al requerirse por este precepto que las cuestiones prejudiciales sean planteadas por un órgano jurisdiccional que conozca de un litigio, está excluido *per se* que las autoridades públicas nacionales, de carácter legislativo, ejecutivo o consultivo —como algunas de las mencionadas anteriormente— puedan acudir en vía prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria dista de ser pacífica en estos dos últimos casos, los órganos administrativos y los órganos jurisdiccionales de naturaleza o dimensión internacional.

III. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA A LA LUZ DE LAS CONTRIBUCIONES DE DÁMASO RUIZ-JARABO EN SUS CONCLUSIONES GENERALES DEL ASUNTO *DE COSTER*

La noción autónoma de jurisdicción nacional a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales está justificada para respetar el espíritu del proceso prejudicial y hacerlo realmente eficaz⁴¹. Mas ha sido aplicada con frecuencia de forma tan excesivamente casuística que denota una preocupante falta de sistematización. Se puede comprender que, para favorecer el uso del incidente prejudicial con vistas a lograr la aplicación uniforme del Derecho comunitario en los Estados miembros en los primeros años de andadura comunita-

³³ ATJ de 18.6.1980, as. *Borker* (138/80, Rec. p. 1975).

³⁴ STJ de 23.3.1982, as. *Nordsee* (102/81, Rec. p. 1095).

³⁵ ATJ de 5.3.1986, as. *Regina Greis Unterweger* (318/85, Rec. p. 955).

³⁶ STJ de 30.3.1993, as. *Corbiau* (C-24/92, Rec. p. I/1277).

³⁷ STJ de 12.12.1996, as. *Procedimientos penales c. X* (74 y 129/95, Rec. p. I-6635).

³⁸ STJ de 12.11.1998, as. *Victoria Film* (C-134/97, Rec. p. I-7023).

³⁹ ATJ de 26.11.1999, as. *ANAS* (C-192/98, Rec. p. I-8583).

⁴⁰ Cabe advertir que en acuerdos internacionales suscritos por la UE se han establecido excepciones a la regla de que sólo las jurisdicciones de uno de sus Estados miembros pueden plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, como en el Acuerdo relativo al Espacio Económico Europeo, firmado el 13.12.1993 por la Comunidad Europea y los Estados miembros, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Cambio, por otra (*DOCE* n.º L 1/94, de 3.3.1994). Este acuerdo prevé la posibilidad de que los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio autoricen a sus jurisdicciones internas a plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia sobre disposiciones del Acuerdo idénticas en substancia al Derecho de la UE, siendo su sentencia prejudicial vinculante para ellas (artículo 107 en relación con su Protocolo núm. 34).

⁴¹ VANDERSANDEN, G. y BARAV, A., *Contentieux communautaire*, Bruylant, Bruselas, 1977, p. 277.

ria, el Tribunal de Justicia hiciera gala de gran flexibilidad en la noción del juez *a quo*, de tal suerte que muchos órganos que no eran considerados jurisdiccionales en sus respectivos ordenamientos jurídicos se encontraron legitimados para hacer uso del artículo 177 del TCEE. Pero en el estado actual de integración europea, transcurrido más de medio siglo desde la firma de los Tratados de París (1951) y Roma (1957), se impone un mayor rigor en la definición de órgano jurisdiccional de un Estado miembro para sortear los problemas y abusos de todo tipo a que ha dado lugar su aplicación excesivamente liberal, y entre los que no es de orden menor, ni mucho menos, la inseguridad jurídica aflorada⁴².

Como paradigma de los excesos está, en nuestra opinión, la sentencia *Parfums Christian Dior*, de 1997, que afecta a una jurisdicción internacional. El *Hoge Raad* (Tribunal Supremo) holandés no tenía claro, en el caso de autos, qué órgano judicial debía, en virtud del párrafo 3 del antiguo artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea —TCE—, de 1992, plantear cuestión prejudicial acerca de la interpretación del Derecho comunitario en materia de marcas, si él mismo —en tanto que jurisdicción ordinaria suprema en los Países Bajos— o el Tribunal de Justicia del Benelux, órgano judicial creado por el Tratado constitutivo de esta organización internacional, de 1965. El Tribunal de Justicia calificó como jurisdicción al Tribunal de Justicia del Benelux, que es un órgano judicial internacional, como jurisdicción de un Estado miembro que podría (y en determinados casos, que debería) elevar cuestión prejudicial en atención a que es *común* a los tres Estados miembros (Bélgica, Holanda y Luxemburgo) que componen esta organización internacional, recurriendo a una interpretación teleológica que encuentra su justificación en la necesidad de salvaguardar la aplicación uniforme del ordenamiento comunitario en los Estados miembros; en esencia, como quiera que «el Tribunal de Justicia del Benelux tiene por misión garantizar la uniformidad en la aplicación de las normas jurídicas comunes a los Estados del Benelux y el procedimiento [prejudicial] que se desarrolla ante él tiene la naturaleza de un incidente en los procesos pendientes ante los órganos jurisdiccionales nacionales, a cuyo término se establece la interpretación definitiva de las normas jurídicas comunes al Benelux» (apartado 22), que tal Tribunal pueda plantear cuestiones prejudiciales ex artículo 267 del TFUE cuando tenga que interpretar normas comunitarias en el desempeño de su misión en el marco del Benelux «se ajusta al objetivo de dicha disposición, que es el de velar por la interpretación uniforme del Derecho comunitario» (apartado 23), evitando así que se consolide cualquier jurisprudencia interna que no se ajuste a las normas comunitarias (apartado 25)⁴³.

En nuestra opinión, esta lacónica argumentación dista de ser concluyente, a pesar del objetivo legítimo perseguido con ella⁴⁴. Basta apuntar brevemente en esta sede que el Tribu-

⁴² Como ha puesto de relieve el Abogado General RUIZJARABO COLOMER en sus conclusiones del as. *De Coster* (C-17/00, *Rec. p.* 1/9445), presentadas el 28.6.2001, comentadas con detalle después.

⁴³ STJ de 4.11.1997, as. *Parfums Christian Dior* (C-337/95, *Rec. p.* I-6013).

⁴⁴ Esta interpretación finalista es invocada también por el Tribunal de Justicia en varios proyectos de acuerdos internacionales de la UE que contemplaban la creación de mecanismos arbitrales o jurisdiccionales de solución de controversias, como el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Dict. 1/91, de 14.12.1991, *Rec. p.* I-6079) y el Acuerdo del Tribunal Comunitario y Europeo de Patentes (Dict. 1/09, de 8.3.2011, *Rec. p.* I-1137).

nal de Justicia del Benelux no es propiamente un órgano judicial nacional sino una jurisdicción internacional, propia de una determinada organización internacional (el Benelux), por muy común que sea a varios Estados miembros, e inclusive exclusiva de ellos tres, y en él concurren los rasgos esenciales típicos de un órgano judicial internacional, puesto que fue creado por un acuerdo internacional que le atribuye el poder de resolver obligatoriamente litigios conforme a las normas de la organización internacional instituida⁴⁵. Es, pues, un mero eufemismo la expresión jurisdicción *común a varios Estados miembros* utilizada por el Tribunal de Justicia para, valorándolo de este modo, pasar de puntillas sobre una cuestión de tanta enjundia como la naturaleza jurídica de su homólogo del Benelux.

No defendemos que el Tribunal de Justicia del Benelux no pueda llegar a solicitar una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia, dadas las peculiaridades de su estatuto jurídico como jurisdicción y las repercusiones negativas que tal negación podría tener en la aplicación del Derecho de la UE en los Estados del Benelux. Pero una opción jurisprudencial como ésta, que supone *saltarse la letra de los Tratados* (el antedicho precepto exige *in fine* que la cuestión sea planteada por «un órgano jurisdiccional de un Estado miembro» y/o por «un órgano jurisdiccional nacional»), ha de justificarse adecuadamente, y para tratar de convencer bien habría podido el Tribunal de Justicia dedicar algún apartado de su sentencia al estudio de la *naturaleza jurídica peculiar* del Tribunal de Justicia del Benelux. No era tan complicado, ni mucho menos. Habría bastado con que hubiera seguido una línea discursiva como la siguiente: en la vida internacional existen hoy en día instituciones judiciales de naturaleza difusa, porque son internacionales por su origen y algunas de sus competencias, pero que pueden también considerarse, al menos en un sentido amplio, como internas por su misión, sus competencias y sus rasgos más característicos, que los alejan netamente de los tribunales internacionales clásicos⁴⁶. Y podría perfectamente haber ilustrado la situación pecu-

⁴⁵ En palabras de EL OUALI, A. (*Effets juridiques de la sentence internationale. Contribution à l'étude de l'exécution des normes internationales*, L.G.D.J., París, 1984, pp. 9 ss.), no hay duda de que un órgano judicial es internacional cuando es establecido por una norma internacional que le atribuye el poder de resolver obligatoriamente litigios conforme a las normas internacionales.

⁴⁶ Como ha señalado su máximo estudioso, DUMON, F. (*La Cour de justice Benelux*, Bruylant, Bruselas, 1980, pp. 5, 40, 47-54 y 125), el Tribunal de Justicia del Benelux es «una jurisdicción de carácter internacional o plurinacional» que tiene «un alcance territorial regional» y que «está integrada en la organización judicial de los tres Estados miembros en cuanto es, en razón de su composición, una suerte de emanación de los tribunales supremos de los tres países y, por otra parte, sus sentencias dictadas en los procesos prejudiciales tienen una fuerza obligatoria que se impone directa e inmediatamente a las jurisdicciones nacionales». Todo ello le habilitaría para hacer uso del artículo 177 del Tratado de la CEE para acudir en vía prejudicial al Tribunal de Justicia cuando fuera necesario coordinar y armonizar las reglas jurídicas comunes del Benelux con las disposiciones comunitarias o pudiera generarse un conflicto normativo entre ambos ordenamientos jurídicos.

No obstante, hay que apuntar que la doctrina mayoritaria de la época se oponía a esta posibilidad (véase, por todos, ARENDT, E., «La procédure selon l'article 177 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne (Rapport général)», *Sociaal Economische Wetgeving*, 1965, núm. 7/8, pp. 400-401). A mayor abundamiento, la cuestión fue discutida por los intervinientes en el procedimiento prejudicial ante el Tribunal y el Abogado General F. JACOBS eludió pronunciarse expresamente al respecto en sus conclusiones del as. *Parfums Christian Dior*, presentadas el 29.4.1997.

liar del Tribunal de Justicia del Benelux con su propia experiencia, habida cuenta del intenso debate que la naturaleza jurídica del Tribunal de Justicia ha originado en la doctrina y jurisprudencia internas de sus países miembros, debido a que no puede ser caracterizado de forma simple por la complejidad de sus tareas y la amplitud con que se ha concebido su misión, de tal suerte que —considerado en su conjunto— el Tribunal de Justicia reúne aspectos de las jurisdicciones internacionales y nacionales, incluso de corte federal, pero sin que sea posible su asimilación completa con unas o las otras⁴⁷. Cabe anotar que el Tribunal de Justicia tampoco examinó la naturaleza del Tribunal de Justicia del Benelux cuando éste le suscitó, unos años más tarde, sus primeras cuestiones prejudiciales⁴⁸.

En definitiva, en casos difíciles como éste parece preciso un mayor rigor en la aplicación de la noción comunitaria de jurisdicción de un Estado miembro a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales, tal y como propugna mayoritariamente la doctrina⁴⁹ y determinados abogados generales⁵⁰, destacando, entre todos ellos, el malogrado Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER.

Tras analizar en profundidad la jurisprudencia comunitaria, con su elegante y culto estilo literario, el Abogado General llamó la atención hace ya más de una década, en el asunto *De Coster*⁵¹, sobre el hecho de que el Tribunal de Justicia no había definido realmente esta noción, sino que se había limitado a establecer unos criterios orientativos de lo que puede ser considerado un órgano jurisdiccional desde la perspectiva del artículo 267 del TFUE, que han llevado a «una jurisprudencia flexible en exceso y carente de la necesaria coherencia, con el déficit de seguridad jurídica que comporta. Las profundas contradicciones que se observan entre las soluciones propuestas por los abogados generales en sus conclusiones y las adoptadas por el Tribunal de Justicia en sus sentencias ilustran la falta de señalización en el camino, con el consiguiente riesgo de extravío. Es una jurisprudencia casuística, muy elástica

⁴⁷ CIENFUEGOS MATEO, M., «Tribunal de Justicia del Benelux y artículo 234 (antiguo 177) del Tratado de la Comunidad Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 22, 2000, pp. 24-25.

⁴⁸ STJ de 12.2.2004, as. *Campina Melkunie* (C-265/00, Rec. p. I/1699). Tampoco el Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER analizó la naturaleza jurídica del Tribunal de Justicia del Benelux en sus conclusiones de este asunto, presentadas el 31.1.2002.

⁴⁹ Además de la doctrina citada anteriormente, véase ALONSO GARCÍA, R., «La noción de “órgano jurisdiccional” a los efectos de activar la cuestión prejudicial europea», en FERNÁNDEZ LIESA, C.R., MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. y MENÉNDEZ REXACH, E. (Dirs.), *Libro Homenaje a Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER*, CGPJ y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011, pp. 147-165; BERGÈRES, M.-Ch., *Contentieux communautaire*, 3.ª ed., P.U.F., París, 1998, pp. 247 ss.; BROBERG, M. y FENGER, N., *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 105 ss.; NEVILLE L., y KENNEDY, T., *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet & Maxwell, Londres, 1994, pp. 209 ss.

⁵⁰ Entre otros casos, hay reflexiones interesantes respecto a la noción de jurisdicción nacional en las conclusiones generales de JACOBS, as. *Syfait* (C-53/09, Rec. 2005, p. I-4609), presentadas el 28.10.2004; SHARPSTON, as. *Miles* (C-196/09, Rec. 2011, p. I-5105), presentadas el 16.12.2010; BOT, as. *H.I.D. y B.A.* (C-175/11, todavía no publicadas en la *Recopilación*), presentadas el 6.9.2012; y KOKOTT, as. *Valeri Hariev Belov* (C-394/11, todavía no publicadas en la *Recopilación*), presentadas el 20.9.2012.

⁵¹ Conclusiones del Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER, as. *De Coster* (C-17/00, Rec. 2001, p. I/9445), presentadas el 28.06.2001.

y poco científica, con unos contornos tan difusos que admitiría una cuestión prejudicial suscitada por Sancho Panza como gobernador de la ínsula de Barataria» (apartados 13 y 14).

A continuación, RUIZ-JARABO apuntaló sus asertos poniendo de relieve las interpretaciones vacilantes y en ocasiones confusas respecto a la independencia del órgano remitente, el carácter contradictorio del procedimiento y la naturaleza jurisdiccional de la decisión que pone fin al litigio, así como los problemas suscitados por la consideración como jurisdicciones de un Estado miembro de órganos como los árbitros y los tribunales internacionales⁵².

En fin, tras diagnosticar los síntomas que padecía esta noción, RUIZ-JARABO prescribió su cura, proclamando «la necesidad imperiosa de un cambio jurisprudencial» para restringir el acceso al pretorio comunitario en vía prejudicial, como regla general, a «los órganos judiciales en procesos en los que deban resolver un litigio mediante el ejercicio de la potestad de juzgar» y, a título excepcional, a los órganos de naturaleza no jurisdiccional en caso de que no exista «ninguna posibilidad de recurso judicial ulterior y siempre que ofrezcan garantías de independencia y de proceso contradictorio» (apartado 95).

El Abogado General justificó el cambio jurisprudencial preconizado en la inseguridad jurídica provocada por la ausencia de un concepto de órgano jurisdiccional y los titubeos jurisprudenciales a la hora de aplicar los criterios que se derivan de su jurisprudencia, haciendo hincapié en que este desorden no es admisible en este tema tan sensible, ya que la condición jurisdiccional del órgano nacional que plantea una cuestión prejudicial es un «requisito de orden público determinante de la competencia del Tribunal de Justicia» y resulta que el incidente prejudicial se ha revelado trascendental para la progresiva construcción y consolidación del ordenamiento jurídico comunitario. Por consiguiente, «las reglas del juego deben ser precisas en una Comunidad de Derecho. Los jueces nacionales y los ciudadanos comunitarios tienen derecho a saber, de antemano, quiénes pueden ser considerados órganos jurisdiccionales a los efectos del artículo 234 CE» (apartado 61).

Si uno lee con atención su argumentación, resultan incluidos en la noción de jurisdicción de un Estado miembro todos los órganos integrados en la estructura judicial nacional («en principio, pues, los remitentes de cuestiones prejudiciales sólo deben ser órganos judiciales, aquéllos que tienen atribuida, con la expresada exclusividad, la potestad de juzgar») y además, a título excepcional, otros órganos («los órganos que, sin formar parte del sistema judicial interno, tienen la última palabra en el ordenamiento jurídico nacional, por ser su decisión inatacable»). Mientras la regla general encuentra sus cimientos en los principios de

⁵² En relación con este caso particular, la extensión de la noción de jurisdicción nacional a los tribunales internacionales, el Abogado General RUIZ-JARABO alude (apartados 53 a 57) a diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia —en particular, las sentencias *Kaefer y Procacci* de 1990, *Barr y Montrose Holdings* de 1991, *Parfums Christian Dior* de 1997 y *Pereira Roque* de 1998—, poniendo de relieve que se trata de tribunales que no forman parte del sistema judicial de ningún Estado miembro. A diferencia de los árbitros, parece justificar esta extensión de la noción cuando se refiere a que «está presente la necesidad de salvaguardar la interpretación uniforme del Derecho comunitario, de manera que todas aquellas estructuras judiciales que dirimen litigios en los que la *norma decidendi* es una regla de ese derecho, pueden hacer uso de la herramienta que proporciona el artículo 234 CE».

unidad y exclusividad jurisdiccional («el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se encomienda exclusivamente a los jueces integrantes del poder judicial. Es un campo vedado a cualesquiera otros servidores públicos»), la excepción se asienta en la razón de ser de la remisión prejudicial, que es «asegurar al Derecho comunitario la misma eficacia en todos los rincones de la Comunidad», evitando que situaciones regidas por el ordenamiento de la UE queden fuera de la jurisdicción del Tribunal de Justicia. En conclusión, «órgano jurisdiccional no es sólo el que lo sea con arreglo al Derecho nacional, sino también el que lo deba ser con el fin de que no haya ningún sector del Derecho comunitario que pueda escapar al proceso armonizador» que supone la UE (apartados 81 a 84).

Puede apreciarse fácilmente que se trata de una noción flexible, en tanto adaptada a la finalidad del incidente prejudicial («asegurar al Derecho comunitario la misma eficacia en todos los rincones de la Comunidad»), pero de alcance restrictivo porque —como regla— se aplica sólo a los órganos jurisdiccionales como tales, tratando de evitar los efectos perturbadores derivados de una intromisión general de los órganos administrativos en un diálogo judicial, como son entorpecer gravemente el diálogo entre jueces instaurado por el Tratado, tergiversar su finalidad y desnaturalizar la protección jurisdiccional del ciudadano (apartados 75 a 79).

RUIZ-JARABO conocía perfectamente la jurisprudencia comunitaria y por ello llevó a cabo algunas puntualizaciones de la regla general y de la excepción en aras a facilitar su aceptación por el Tribunal de Justicia. En cuanto a la regla general, no basta con que un órgano integrado en la estructura judicial nacional plantee una cuestión para que deba ser automáticamente admitida y juzgada en cuanto al fondo por el Tribunal; antes bien, «el promotor de la cuestión, además, ha de actuar en calidad de órgano jurisdiccional, debe tener pendiente un litigio, un conflicto intersubjetivo, que esté llamado a resolver, interpretando y aplicando normas jurídicas. En suma, debe encontrarse en el ejercicio de su potestad de juzgar» (apartado 85). Respecto a la excepción, propugna que, para aceptar una cuestión prejudicial planteada por un órgano que —según el ordenamiento jurídico nacional— no forme parte del poder judicial, el Tribunal de Justicia debe aplicar rigurosamente los criterios desglosados en su jurisprudencia y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, en especial los de independencia y contradicción, en tanto que consustanciales a la función de juzgar (apartados 88 y 89)⁵³.

Con el mismo objetivo de allanar el camino para el cambio jurisprudencial propugnado, el Abogado General enumeró una serie de ventajas de su propuesta, básicamente tres (apartados 96 a 101). Por un lado, la labor del Tribunal de Justicia sería más sencilla y tendría la virtud de producir resultados mucho más nítidos que los actuales. Ante cuestiones pre-

⁵³ En otra parte de sus conclusiones, el Abogado General insistió en que «para indagar si el órgano que le remite una cuestión prejudicial es jurisdiccional, el Tribunal de Justicia está obligado a verificar que cumple con la garantía de la independencia en todas sus facetas y con la cualidad de no estar sometido más que al derecho, mediante normas claras sobre los procedimientos de nombramiento, la permanencia en la función, y los motivos de abstención, de recusación y de remoción de sus miembros, que lo sitúen en un punto equidistante de los intereses en conflicto e inmune a toda suerte de sugerencias, indicaciones y presiones extrañas, manifiestas o encubiertas» (apartado 94).

judiciales suscitadas por órganos integrados en la organización judicial de un Estado miembro debería únicamente comprobar que actúan en ejercicio de la potestad de juzgar. Si la cuestión es remitida por un órgano que no forma parte de tal organización, el Tribunal estaría obligado a apreciar, en primer lugar, si la decisión que deba adoptar no es susceptible de ulterior control judicial y, después, proceder a un análisis estricto del cumplimiento de los criterios que caracterizan a un órgano que ejerce una función de naturaleza jurisdiccional. Por otro lado, se reduciría el número de cuestiones prejudiciales, dado que serían pocas las cuestiones prejudiciales formuladas por órganos no jurisdiccionales que el Tribunal de Justicia habría de fallar, porque la existencia de decisiones administrativas no revisables por un tribunal resulta anecdótico en el sistema jurídico de los Estados miembros⁵⁴. Y al haber menos cuestiones prejudiciales sería más llevadera a la larga la carga de trabajo del Tribunal, con lo que no se prolongarían innecesariamente los plazos para su respuesta⁵⁵ y, a la postre, sería más difícil atentar, en forma indirecta, contra la interpretación uniforme del Derecho de la UE que se aspira a defender con el procedimiento prejudicial.

Esta nueva concepción de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en virtud del artículo 267 del TFUE defendida por RUIZ-JARABO presenta algún que otro exceso en la jurisprudencia comunitaria que menciona en apoyo de su tesis, y probablemente también en el alcance de la restricción sugerida, pero en términos generales está muy bien fundamentada, tanto en el asunto *De Coster* como en otros en los que ulteriormente insistió en el tema⁵⁶.

IV. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

El Tribunal de Justicia no ha aceptado hasta el presente llevar a cabo un giro jurisprudencial tan completo en la noción de jurisdicción nacional ex artículo 267 del TFUE. En el propio asunto *De Coster*, RUIZ-JARABO propuso que se elevara el asunto al pleno del Tri-

⁵⁴ En el punto 88 de las conclusiones generales se evoca que el derecho al juez consagrado en las Constituciones internas y en el Derecho comunitario hace virtualmente inexistente la existencia de decisiones exentas de control jurisdiccional.

⁵⁵ No prolongar los plazos podría tener otro efecto positivo, puesto que serviría para no disuadir a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de suscitar las imprescindibles para la aplicación uniforme del ordenamiento comunitario, con lo que no afectaría a la cooperación judicial pretendida por el artículo 234 del TCE. Cabe apuntar que los plazos para fallar una cuestión prejudicial se han reducido significativamente desde la época de las conclusiones de RUIZ-JARABO de hace 13 años, pasando de una media de casi 2 años a unos 16 meses en 2012, según el *Informe anual del Tribunal de Justicia de 2012*.

⁵⁶ RUIZ-JARABO COLOMER hace alusión a la necesidad de modificar la noción comunitaria de jurisdicción nacional en otros asuntos de los que fue Abogado General; sin ánimo de exhaustividad, véanse sus conclusiones del as. *Elizabeth Florence Emanuel* (C-259/04, Rec. p. I-3092), presentadas el 19.1.2006; as. *Ing. Aigner* (C-393/06, Rec. p. I-2339), presentadas el 22.11.2007; as. *Roda Golf & Beach Resort* (Rec. p. I-5439), presentadas el 5.3.2009; y as. *Alpe Adria Energia* (C-205/08, Rec. p. I-11525), presentadas el 25.6.2009. Para una exégesis de las posiciones de RUIZ-JARABO, vid. ALONSO GARCÍA, R., «La noción de "órgano jurisdiccional" a los efectos de activar la cuestión prejudicial europea», *op. cit.*, pp. 147-165.

bunal para que esta formación precisara el concepto de órgano jurisdiccional y declarase inadmisibles las cuestiones en el caso de autos por no haber sido planteadas por una jurisdicción nacional de acuerdo con la doctrina que había defendido en sus conclusiones generales. Mas el Tribunal de Justicia no fue sensible a sus peticiones, ya que la sentencia, de 29 de noviembre de 2001, fue dictada por la Sala Quinta, pronunciándose sobre las cuestiones prejudiciales suscitadas por el *Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale* belga después de haberlo calificado como órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros⁵⁷.

Aunque en asuntos posteriores en que ha tenido ocasión de tratar esta cuestión ha vuelto a rechazar un cambio global de la noción, el Tribunal tampoco ha permanecido impasible frente a las propuestas a este respecto, y a partir de 2002 comienza a ser visible una cierta inflexión en su jurisprudencia, en parte para acotar mejor este concepto y también —en nuestra opinión— para afrontar el incremento constante del número de cuestiones prejudiciales en la época⁵⁸.

Por un lado, en relación con los órganos de naturaleza administrativa, toda vez que una apreciación más estricta del criterio de que el órgano ha de tomar una decisión de naturaleza jurisdiccional y, sobre todo, de su independencia, ha llevado al Tribunal de Justicia a declarar que no pueden someterle cuestión prejudicial la *Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion für Wien Niederösterreich und Burgenland* (Sala Quinta de Recurso de la Dirección Regional de Hacienda de Viena, Baja Austria y Burgenland) austriaca⁵⁹, la *Epitropi Antagonismou* (Comisión de la Competencia) griega⁶⁰, el *Prud'homme de pêche de Martigues* francés⁶¹, el *Município de Barcelos* (Portugal)⁶², el *Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel* de la Comunidad Francesa de Bélgica⁶³, la *Mora kommun, Miljö- och hälsoskyddsnämnden* (Comisión de Protección del Medio Ambiente y de la Salud del Ayuntamiento de Mora) sueca⁶⁴, el *Elegktiko Synedrio* (Tribunal

⁵⁷ STJ de 29.11.2001, as. *De Coster* (C-17/00, Rec. p. I-9445).

⁵⁸ Ya en el *Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas* (conocido como Informe DUE, en honor de su presidente), de 18 y 19 de enero de 2000 (accesible en http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/pdf/due_es.pdf), se podía leer que «el constante crecimiento del número de remisiones prejudiciales procedentes de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros conlleva un importante riesgo de bloqueo del Tribunal de Justicia», y para hacer frente al mismo se sugerían varias opciones como la limitación de los órganos judiciales facultados para plantear cuestiones prejudiciales, la creación o designación en cada Estado miembro de jurisdicciones nacionales descentralizadas encargadas de tratar las cuestiones prejudiciales procedentes de los órganos jurisdiccionales pertenecientes a sus respectivas esferas de competencia territorial, la implantación de una especie de sistema de filtrado y la atribución de competencias en materia prejudicial al (entonces) Tribunal de Primera Instancia (hoy en día, el Tribunal General).

⁵⁹ STJ de 30.5.2002, as. *Walter Schmid* (C-516/99, Rec. p. I-4573).

⁶⁰ STJ de 21.5.2005, as. *Syfait* (C-53/03, Rec. p. I-4609).

⁶¹ ATJ de 14.5.2008, as. *Pilato* (C-109/07, Rec. p. I-3503).

⁶² ATJ de 12.2.2010, as. *Município de Barcelos* (C-408/09, Rec. p. I-21).

⁶³ STJ de 22.12.2010, as. *RTL Belgium* (C-517/09, Rec. p. I-14093).

⁶⁴ ATJ de 24.3.2011, as. *Bengtsson* (C-344/09, Rec. p. I-1999).

de Cuentas) griego⁶⁵, la *Komisia za zashtita ot diskriminatsia* (Comisión para la Protección contra la Discriminación) búlgara⁶⁶ y la *Úřad průmyslového vlastnictví* (Comisión de Recursos de Nulidad en materia de Marcas) checa⁶⁷.

En contrapartida, el Tribunal de Justicia ha incluido más razonablemente —aunque a veces con escueta o inexistente argumentación, lo que debe reprochársele— dentro de la noción comunitaria de jurisdicción nacional a órganos de naturaleza administrativa que cumplieran los criterios propios de un órgano jurisdiccional de su jurisprudencia anteriormente reseñada, como la *Vergabekontrollsenat des Landes Wien* (Comisión de Control de las Adjudicaciones del Land de Viena) austriaca⁶⁸, *the Person Appointed by the Lord Chancellor under Section 76 of The Trade Marks Act 1994* británica⁶⁹, el *Bundeskommunikationssenat* (Consejo Federal de las Comunicaciones) austriaco⁷⁰, la *Umweltsenat* (Sala Medioambiental) austriaca⁷¹, la *Mokestiniu ginču komisija prie Lietuvos Respublikos vyriausybės* (Comisión de Litigios Fiscales) lituana⁷², la *Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission* (Comisión Superior Disciplinaria de los Abogados) austriaca⁷³, la *Schiennen-Control Kommission* (Comisión de Control Ferroviario) austriaca⁷⁴, la *Krajowa Izba Odwoławcza* (Sala Nacional de Recursos en materia de Contratación Pública) polaca⁷⁵, la *Commissione Tributaria Regionale* italiana⁷⁶, la *Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Ügyek és Adózók Adó Főigazgatósága* (Dirección Principal para los Asuntos de los Contribuyentes de Importancia Particular) húngara⁷⁷ y la *Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-magyarországi Regionális Adó Főigazgatósága* (Dirección General de Impuestos para la Región de Hungría Central) húngara⁷⁸. En fin, en el marco de cuestiones prejudiciales planteadas por la High Court irlandesa, el Tribunal de Justicia también ha dejado claro que el *Refugee Appeals Tribunal* de este país sería una jurisdicción nacional a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales⁷⁹.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha afinado su apreciación respecto de las jurisdicciones nacionales cuando en el caso de autos no cumplen funciones judiciales en sentido estricto.

⁶⁵ STJ de 19.12.2012, as. *Epitropos tou Elegktikou Synedriou* (C-363/11, todavía no publicada en la *Recopilación*). Este caso y el citado en la siguiente nota a pie de página son posiblemente los que abordan con mayor claridad —y más extensión— la noción de jurisdicción nacional en su jurisprudencia reciente.

⁶⁶ STJ de 31.01.2013, as. *Valeri Hariev Belov* (C-394/11, todavía no publicada en la *Recopilación*).

⁶⁷ ATJ de 14.11.2013, as. *M.F.7 a.s.* (C-49/13, todavía no publicado en la *Recopilación*).

⁶⁸ STJ de 18.6.2002, as. *HI* (C-92/00, Rec. p. I-5553).

⁶⁹ STJ de 30.3.2006, as. *Emanuel* (C-259/04, Rec. p. I-3089).

⁷⁰ STJ de 18.10.2007, as. *Österreichischer Rundfunk ORF* (C-195/06, Rec. p. I-8817).

⁷¹ STJ de 10.12.2009, as. *Alpe Adria Energia SpA* (C-205/08, Rec. p. I-11525).

⁷² STJ de 21.10.2010, as. *Nidera Handelscompagnie* (C-385/09, Rec. p. I-10385).

⁷³ STJ de 22.12.2010, as. *Koller* (C-118/09, Rec. p. I-13627).

⁷⁴ STJ de 22.11.2012, *Westbahn Management* (C-136/11, todavía no publicada en la *Recopilación*).

⁷⁵ STJ de 13.12.2012, as. *Forposta* (C-465/11, todavía no publicada en la *Recopilación*).

⁷⁶ ATJ de 12.12.2013, as. *Umbra Packaging* (C-355/13, todavía no publicado en la *Recopilación*).

⁷⁷ ATJ de 16.5.2013, as. *Hardimpex* (C-44/12, todavía no publicado en la *Recopilación*).

⁷⁸ STJ de 13.12.2013, as. *BDV Hungary Trading* (C-563/12, todavía no publicada en la *Recopilación*).

⁷⁹ STJ de 31.01.2013, as. *H.I.D. y B.A.* (C-175/11, todavía no publicada en la *Recopilación*).

to, y ello le ha llevado a veces a pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales y en otras ocasiones a no responderlas si ha considerado que actuaban realmente como órganos administrativos, a pesar de su naturaleza jurisdiccional.

Por ejemplo, ha aceptado las cuestiones prejudiciales suscitadas por una jurisdicción nacional que fallaba como juez el recurso de anulación interpuesto contra la negativa de un secretario judicial de proceder a la notificación o traslado de documentos judiciales o extrajudiciales solicitados⁸⁰, ya que en este caso existía un litigio pendiente que finalizaría con un acto jurisdiccional vinculante adoptado con plena independencia. En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia ha declarado que la decisión de un juez acerca del reembolso de los gastos de una declaración testifical llevada a cabo en el ámbito de la cooperación judicial para la obtención de pruebas en materia civil se inscribe en el marco de un procedimiento jurisdiccional y, en consecuencia, procede como órgano jurisdiccional de un Estado miembro⁸¹. Y, finalmente, ha admitido las cuestiones prejudiciales de un juez delegado para los asuntos concursales por el tribunal competente porque tomaría una decisión jurisdiccional en el marco de un procedimiento contradictorio a la hora de resolver sobre la solicitud de integración de un crédito en la masa pasiva del concurso⁸².

Por el contrario, el Tribunal de Justicia ha rechazado pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales cuando el juez *a quo* actuaba en el ejercicio de una función no jurisdiccional, como es el caso cuando decide acerca de la transferencia del derecho a determinar el apellido de un niño a uno de sus progenitores⁸³ o sobre el nombramiento de un liquidador del patrimonio subsistente de una sociedad⁸⁴, ya que en estos dos supuestos el juez nacional se desenvuelve en calidad de autoridad administrativa.

En fin, en cuanto a las jurisdicciones de naturaleza «internacional», los casos jurisprudenciales son escasos, si bien el dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011⁸⁵, y sobre todo la sentencia *Miles*, de 8 de junio de 2011⁸⁶, apuntan a un mayor control de estos órganos desde la perspectiva del artículo 267 del TFUE, toda vez que —en el primer caso— el Tribunal de Justicia consideró incompatible con los Tratados el proyecto de Acuerdo Europeo y Comunitario de Patentes en cuya virtud se crearía un Tribunal Europeo y Comunitario de Patentes (TECP) facultado para plantearle cuestiones prejudiciales, y —en el segundo— rechazó que la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas pudiera someterle una cuestión prejudicial, habida cuenta de su naturaleza internacional *sui generis* que, como tal, supone que no pertenece a uno de los Estados miembros sino a una

⁸⁰ STJ de 25.6.2009, as. *Roda Golf* (C-14/08, Rec. p. I-5439).

⁸¹ STJ de 17.2.2011, as. *Werynski* (C-283/09, Rec. p. I-601).

⁸² STJ de 12.04.2012, as. *Grillo Star Fallimento* (C-443/09, todavía no publicada en la *Recopilación*).

⁸³ STJ de 27.4.2006, as. *Familiensache* (C-96/04, Rec. p. I-3561).

⁸⁴ ATJ de 12.1.2010, as. *Amiraike Berlin GMBH* (C-497/08, Rec. p. I-101).

⁸⁵ Dictamen TJ 1/09, de 8.3.2011, *Acuerdo sobre el Tribunal Europeo y Comunitario de Patentes*, Rec. p. I-1137.

⁸⁶ STJ de 11.6.2011, as. *Miles* (C-196/09, Rec. p. I-5105).

organización internacional que es formalmente distinta de ellos y de la UE, aun cuando mantenga vínculos funcionales con todos ellos y esté inclusive llamada a aplicar reglas jurídicas de la Unión⁸⁷.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La noción de órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros constituye uno de los aspectos del incidente prejudicial que ha dado lugar a más intervenciones del Tribunal de Justicia, no siempre esclarecedoras ni convincentes, pues el análisis llevado a cabo de la jurisprudencia comunitaria (de)muestra una casuística poco ejemplificadora en este concepto, lo que ha sido debidamente criticado.

Permeable a los reproches de falta de rigor, el Tribunal de Justicia ha acotado algo mejor esta noción en la última década por lo que se refiere tanto a la naturaleza administrativa del órgano remitente de la cuestión prejudicial como a su dimensión internacional. Pero queda lejos todavía la anhelada sistematización general de la noción de jurisdicción nacional a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales.

⁸⁷ Para un comentario de ambos casos, *vid.* CIENFUEGOS MATEO, M., «¿Pueden las jurisdicciones internacionales plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia? De nuevo sobre la noción comunitaria de jurisdicción de un Estado miembro», *Revista Española de Derecho Europeo*, vol. 41, 2012, pp. 151-192.

La cuestión prejudicial europea

Facultad/obligación de plantearla

Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Sumario: I. Introducción. II. La disciplina general del artículo 267 TFUE. III. Las precisiones al régimen general y su crítica. IV. El incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial. 1. Las implicaciones constitucionales. 2. La responsabilidad del Estado. V. El *owner* de la cuestión prejudicial.

I. INTRODUCCIÓN

La Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada el 9 de julio de 2012 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Málaga (Sección 2.ª), del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Esta sentencia había desestimado el recurso instado por dicha organización contra la Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía de 24 de marzo de 2011¹, por la que, en relación con el impuesto sobre los depósitos de clientes en las entidades de crédito en Andalucía, se aprobó el modelo de declaración-liquidación y pago a cuenta, se determinó el lugar de pago y se regularon determinados aspectos para su aplicación.

El objetivo de la impugnación no era tanto esa disposición administrativa como la norma legal que desarrollaba, creadora del mencionado tributo: la Ley del Parlamento de Andalucía 11/2010, de 3 de diciembre, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad².

El Tribunal Superior de Justicia descartó que, al ejercer la potestad legislativa, el Parlamento andaluz infringiese el principio de territorialidad, el derecho a la igualdad, la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación del crédito y la libertad de circulación en el mercado interior español, negando que rebasase los límites constitucionales que para establecer tal clase de tributos tienen las Comunidades Autónomas.

¹ Boletín Oficial de la Junta de Andalucía —BOJA— de 6 de abril de 2011.

² BOJA de 15 de diciembre de 2010. BOE de 27 de diciembre de 2010.

En el debate se analizó el artículo 6 de la Ley y, en particular, los puntos 2 y 3 de su apartado 7, en los que para fijar la cuota tributaria se preveían unas deducciones generales cuando el domicilio social de las entidades de crédito radicase en Andalucía o cuando la oficina del depósito estuviese en su territorio (ap. 2), y otras específicas consistentes en el importe de los créditos y los préstamos, así como de las inversiones, destinados en el ejercicio a proyectos de la Comunidad Autónoma en el marco de la estrategia para la economía sostenible, y en las sumas aplicadas a la obra social de las Cajas de Ahorros y del Fondo de Educación y Promoción de las Cooperativas de Crédito, efectivamente invertidas en el periodo impositivo en Andalucía (ap. 3).

El Tribunal Superior de Justicia no albergó duda alguna sobre la constitucionalidad de tales previsiones, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En el recurso de casación, la CECA insistió en la infracción del principio de territorialidad y de las libertades de circulación, aun conociendo que en la sentencia 210/2012, de 14 de noviembre, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de inconstitucionalidad 1894/2002, instado por el Presidente del Gobierno contra la Ley de la Asamblea de Extremadura 14/2001, de 29 de noviembre, reguladora del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito³, que contenía preceptos de factura semejante a los de la Ley andaluza.

El Tribunal Constitucional concluyó que la regulación extremeña no desconocía el principio de territorialidad (FJ 8.º) y, en particular, que el sistema de deducciones no obstaculizaba la libertad de circulación de capitales en el mercado interior español (FJ 9.º), invocando, además de su propia doctrina, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Señalado el recurso de casación para votación y fallo, la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo decidió suspender el señalamiento y oír a las partes sobre la procedencia de plantear, con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁴, cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión. El objetivo era saber si el artículo 63 de dicho Tratado, que garantiza la libertad de circulación de capitales, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de deducciones como el previsto en el artículo 6, apartado 7, puntos 2 y 3, de la Ley andaluza 11/2010.

En contestación al traslado, la Junta de Andalucía consideró que no había lugar a plantear la cuestión prejudicial sometida a las partes. El fiscal no se opuso. Y la CECA desistió del recurso.

El diálogo prejudicial murió nonato, pues el pleito desapareció por abandono de quien lo instó, sin que, por consiguiente, existiese litigio alguno para cuya decisión resultase imprescindible la intervención exegética del Tribunal de Justicia.

³ Diario Oficial de Extremadura de 27 de diciembre de 2001. BOE de 5 de febrero de 2002.

⁴ Versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie C, n.º 326, de 26 de octubre de 2012, p. 47.

Y es de lamentar tal desenlace, pues la cuestión, aparte de su dimensión sustantiva o de fondo, ofrecía la ocasión de precisar y matizar, o, si se quiere, ratificar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos del incidente prejudicial disciplinado en el artículo 267 TFUE y, en particular, sobre la posición del órgano judicial remitente, su margen de maniobra para hacer uso de este instrumento de colaboración entre jueces.

¿Hasta dónde alcanza el deber del tribunal nacional de dirigirse al Tribunal de Justicia cuando la decisión de la contienda dependa de la interpretación o de la validez de una norma del derecho de la Unión? ¿Tiene algún margen de maniobra, pese a que su decisión constituya la última palabra en el sistema jurisdiccional nacional? ¿Resulta relevante la circunstancia de que, de una manera u otra, haya intervenido previamente el órgano que tiene encomendado el control de constitucionalidad de las disposiciones nacionales y con ocasión de llevar a cabo esa tarea se haya pronunciado sobre la dimensión comunitaria del debate?

II. LA DISCIPLINA GENERAL DEL ARTÍCULO 267 TFUE

Este precepto atribuye al Tribunal de Justicia competencia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez y la interpretación de los actos y normas de derecho derivado (primer párrafo). Cuando se plantee en un litigio una cuestión que afecte a la interpretación de unos y otros o a la validez de estos últimos, el juez nacional podrá dirigirse al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo (párrafo segundo). Por el contrario, si la cuestión se suscita ante un órgano jurisdiccional nacional cuya decisión no sea susceptible de ulterior recurso, queda obligado a plantear la cuestión (párrafo tercero).

Dada la redacción del precepto, que ha permanecido inalterada en las distintas versiones de los Tratados a lo largo del tiempo⁵, bien hubiera podido interpretarse que, tratándose de jueces que no tienen la última palabra en el orden procesal interno y concurriendo el mencionado supuesto (que consideren necesaria la intervención del Tribunal de Justicia para poder decidir), resultan ineluctablemente obligados a dirigirse a los jueces de Luxemburgo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no lo ha entendido así, de modo que, aun cuando un órgano jurisdiccional nacional juzgue necesaria su mediación, no queda constreñido a plantearle la cuestión. Así se obtiene de los apartados 8 y siguientes de la sentencia *Cilfit y otros*⁶, en particular de su apartado 11.

Tal solución se explica porque, siendo la cuestión prejudicial un instrumento para la correcta aplicación y la interpretación uniforme del ordenamiento jurídico de la Unión, ese ob-

⁵ Artículos 150 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, 177 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

⁶ Sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81.

jetivo no se pone en riesgo si un juez nacional cuya decisión es susceptible de impugnación ante un órgano superior no se dirige al Tribunal de Justicia, porque siempre queda abierta la puerta para su planteamiento en la vía de recurso.

No obstante, esta afirmación sólo es válida para las cuestiones prejudiciales de interpretación, pues, tratándose de las de validez, el monopolio de rechazo de las normas de derecho derivado corresponde al Tribunal de Justicia. En tal tesitura, los órganos judiciales nacionales, aun cuando su respuesta no constituya la última palabra, quedan obligados a dirigirse al Tribunal de Justicia si el acto o la disposición nacional que enjuician es aplicación de un acto o de una disposición del derecho de la Unión de cuya conformidad con los Tratados tienen dudas. Hubo que esperar algún tiempo para que esta solución, ya presente de forma expresa en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero⁷, fuera adoptada por el Tribunal de Justicia. Fue en 1987, en el apartado 20 de la sentencia *Foto-Frost*⁸, en el que dejó muy claro que le corresponde a él, y sólo a él, pronunciarse sobre la invalidez de un acto de las instituciones comunitarias, sin que los órganos judiciales nacionales sean competentes por sí mismos para declararla.

Los tribunales nacionales pueden examinar la validez de un acto comunitario, concluyendo en sentido afirmativo, pero, por el contrario, no les cabe declararlo inválido. Dos razones condujeron a este desenlace. (i) La aplicación uniforme del derecho comunitario, que se vería seriamente comprometida con las previsibles divergencias entre los órganos jurisdiccionales nacionales, afectando a la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión y a la seguridad jurídica, y (ii) la coherencia del sistema de protección jurisdiccional diseñado por los Tratados, que atribuye al Tribunal de Justicia competencia exclusiva para declarar la invalidez de los actos o disposiciones del derecho derivado por el cauce del recurso de anulación (apartados 15 a 17 de la sentencia *Foto-Frost*).

A las anteriores razones, de fondo, la sentencia *Foto-Frost* añadió otra instrumental: las mejores condiciones en que se encuentra el Tribunal de Justicia para emitir el juicio de validez, pues las instituciones comunitarias autoras del acto o disposición enjuiciado pueden intervenir ante el Tribunal de Justicia y este último, aunque no sean parte en el litigio, está habilitado para reclamarles todas las informaciones que considere pertinentes a efectos procesales (apartado 18).

En definitiva, los jueces de los Estados miembros cuyas resoluciones son susceptibles de recurso en el orden procesal doméstico no quedan constreñidos a dirigirse al Tribunal de Justicia aun cuando estimen que para zanjar el litigio necesitan conocer la interpretación de una norma del derecho de la Unión Europea. Si, por el contrario, la decisión del pleito está condicionada por la validez de esa misma norma, no tienen otra salida que plantear la cuestión prejudicial.

⁷ Con arreglo a su artículo 41, el Tribunal de Justicia era el único competente para decidir, a título prejudicial, sobre la validez de las deliberaciones de la Alta Autoridad y del Consejo.

⁸ Sentencia de 22 de octubre de 1987, asunto 314/85.

Esta es la posición del Tribunal de Justicia, que sigue inamovible desde la sentencia *Foto-Frost*: la ha reiterado, así como las razones que la sustentan, en la sentencias *Bakers of Nailsea*⁹, *Greenpeace France y otros*¹⁰, *Gaston Schul*¹¹ e *IATA y ELFAA*¹².

Ocorre, sin embargo, que con toda normalidad la determinación de la validez de un producto del derecho derivado requiere, como operación previa, fijar su exégesis. En estos casos, la cuestión prejudicial de interpretación queda indefectiblemente unida a la de validez, perdiendo su planteamiento el carácter facultativo que la caracteriza cuando se trata de jueces nacionales cuya decisión es susceptible de recurso.

Los jueces que se pronuncian en última instancia carecen de todo margen de maniobra: suscitándose en el litigio, y siendo necesaria para su resolución, una cuestión de interpretación o de validez del derecho de la Unión Europea, están obligados a dirigirse a título prejudicial al Tribunal de Justicia.

III. LAS PRECISIONES AL RÉGIMEN GENERAL Y SU CRÍTICA

Ahora bien, el hecho de que para ellos el planteamiento de la cuestión resulte un deber y no una opción, no supone que pierdan la facultad de apreciar su pertinencia para la decisión del litigio. Tan sólo se quiere decir que, si concluyen en la necesidad de la cuestión, a diferencia de los jueces cuyas resoluciones son recurribles, no les queda más remedio que dirigirse al Tribunal de Justicia.

Por el contrario, si en ese análisis llegan al desenlace de que la respuesta carece de relevancia para la decisión de la contienda jurisdiccional, no quedan obligados a plantearla (sentencia *Cilfit y otros*, apartado 10)¹³, por más que las partes estimen lo contrario.

No obstante, hay situaciones en las que, pese a haber concluido en esa pertinencia, esto es, en la necesidad de una interpretación del derecho de la Unión para zanjar el pleito, los jueces que resuelven en última instancia no tienen por qué dirigirse al Tribunal de Justicia. Se trata de los supuestos en los que concurren las condiciones a las que se refiere la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde la sentencia *Cilfit y otros*.

En primer lugar, si la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo (apartado 13 de la sentencia *Cilfit y otros*)¹⁴.

⁹ Sentencia de 15 de abril de 1997, C-27/95, apartados 19 y 20.

¹⁰ Sentencia de 21 de marzo de 2000, C-6/99, apartado 54.

¹¹ Sentencia de 6 de diciembre de 2006, C-461/03, apartados 21 a 24.

¹² Sentencia de 10 de enero de 2006, C-344/04, apartados 27, 29 y 30.

¹³ En el mismo sentido, la sentencia de 18 de julio de 2013, *Consiglio nazionale dei geologi y otro*, C-136/12, apartado 26.

¹⁴ Así lo había ya entendido el Tribunal de Justicia en la sentencia de 27 de marzo de 1963, *Da Costa nen Schaake NV y otros*, asuntos 28/62 a 30/62, apartado 75.

En segundo término, si la respuesta se encuentra ya en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sentada a través de cualquiera de los procedimientos para cuyo conocimiento es competente, aunque las cuestiones debatidas no sean estrictamente idénticas (apartado 14 de la sentencia *Cilfit y otros*).

Finalmente, cuando la correcta aplicación se imponga con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución a la cuestión suscitada, en el bien entendido de que el juez debe llegar a la convicción de que la solución se impondría igualmente con la misma evidencia a los órganos judiciales de los demás Estados miembros, así como al propio Tribunal de Justicia (apartado 16 de la sentencia *Cilfit y otros*). Es la conocida «doctrina del acto claro». Como he señalado en otro lugar¹⁵, no se trata tanto de una convicción subjetiva del juez, que no alberga duda alguna sobre el alcance que, a su criterio, deba otorgarse a la norma, sino de una condición objetiva de esta última, cuyo contenido se ofrece tan nítido que permite establecer, con toda evidencia, su exégesis.

Si bien se mira, esa doctrina no apodera al juez interno para interpretar por su propia autoridad el derecho comunitario, sino simplemente le descarga de la obligación de preguntar al Tribunal de Justicia porque no hay nada que aclarar o explicar; si no hay oscuridad, si todo está claro y explicado, sobra la potestad exegética¹⁶.

Además, en la propia sentencia *Cilfit y otros* (apartados 17 a 20), el Tribunal de Justicia ha subrayado que la existencia de tal posibilidad debe ser apreciada en función de las características del derecho de la Unión y de las dificultades particulares que presenta su interpretación. El juez nacional debe tener en cuenta, en particular, que:

- a) Los textos del derecho de la Unión Europea están redactados en varias lenguas, todas ellas auténticas, por lo que la interpretación de sus normas requiere la comparación entre las distintas versiones lingüísticas.
- b) Incluso en los casos en los que haya exacta concordancia de las versiones en diferentes lenguas, se ha de reparar en que el ordenamiento de la Unión utiliza una terminología propia, de modo que los conceptos jurídicos que utiliza no tienen por qué tener el mismo contenido que en los diferentes ordenamientos internos. En otras palabras, las nociones que emplea son «conceptos autónomos».
- c) Toda norma del orden jurídico de la Unión ha de ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de sus disposiciones, de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en que debe ser aplicada.

¹⁵ Voto particular (apartado 5) a la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el 19 de septiembre de 2008, en el recurso de casación 6031/07 (Arzobispado de Valencia).

¹⁶ HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (una aproximación “post-Lisboa”)», en *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 39, 2011, pp. 375 a 412.

Como se ve, las condiciones que el Tribunal de Justicia demanda para que un órgano judicial nacional que resuelve en última instancia quede relevado de la obligación de suscitar una cuestión prejudicial de interpretación son muy estrictas, hasta el punto de que, al margen del supuesto de haberse resuelto ya una cuestión prejudicial materialmente idéntica o que la respuesta se derive de manera clara e indubitada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal posibilidad queda reducida a aquellas normas que por su contenido no requieren tarea hermenéutica alguna¹⁷. Por ello, la «doctrina Cilfit» ha sido objeto de serias críticas desde la doctrina, no obstante lo cual, el Tribunal de Justicia sigue inamovible en su posición¹⁸.

El test propuesto por este último, según señaló el Abogado General Ruiz-Jarabo en las conclusiones que presentó en el asunto *Gaston Schul*, era ya inviable en la época de su formulación (1982) y en la actualidad resulta disparatado, pues obliga a los jueces nacionales a examinar cualquier medida comunitaria en todos y cada uno de los idiomas oficiales de la Unión¹⁹. No obstante, debe repararse en que la «doctrina Cilfit» responde a los excesos en los que habían incurrido algunos tribunales de última instancia al aplicar la teoría del «acto claro», erigiéndose en intérpretes del derecho de la Unión y sentando, para solventar un litigio nacional, su exégesis sin pararse a reflexionar si su entendimiento particular podía no coincidir con el de los demás jueces de la Unión Europea ni con el del Tribunal de Justicia, rompiendo la irrenunciable unidad interpretativa del derecho comunitario, clave de bóveda del proyecto común.

Así pues, en la realidad de las cosas, cuando los jueces nacionales que deciden en última instancia consideren necesaria la interpretación de una norma del ordenamiento jurídico de la Unión para decidir el litigio que están llamados a resolver, quedan siempre abocados a dirigirse al Tribunal de Justicia, obligación que se hace extensiva a todos los órganos jurisdiccionales si esa decisión pasa por declarar la invalidez de un acto o de una disposición del derecho derivado de la Unión.

No obstante, y en aras de la efectividad de la tutela judicial, el Tribunal de Justicia considera que, en estos últimos casos, el juez nacional puede adoptar medidas cautelares enderezadas a garantizar el derecho del justiciable. De este modo, admite que, sustentando su decisión en la eventual contradicción del acto o disposición comunitario con los Tratados, el juez nacional adopte medidas provisionales y suspenda la aplicación de la norma nacional que lo aplica, ejecuta o desarrolla, entretanto se resuelve la cuestión prejudicial de validez (sentencia *Zuckerfabrik*, apartados 20 y 21)²⁰.

¹⁷ V.gr.: «Los camiones de tres ejes no podrán transportar una carga superior a determinado tonelaje»; aunque, tratándose de juristas, no cabe desdeñar la posibilidad de que se entablen arduos y sesudos debates sobre las nociones de «camión», «transporte», «carga» y «tonelaje».

¹⁸ Véase, por ejemplo, la sentencia de 15 de septiembre de 2005, *Intermodal Transports*, C-495/03, apartado 33.

¹⁹ Conclusiones del Abogado General Jacobs, en el asunto en el que se dictó la sentencia de 20 de noviembre de 1997, *Wiener*, C-338/95.

²⁰ Sentencia de 21 de febrero de 1991, asuntos C-143/88 y C-92/89. En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 6 de diciembre de 2005, *ABNA y otros* (asuntos C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04, apartado 103), y 5 de mayo de 2011, *Comisión/Italia* (C-305/09, apartados 43 y 44).

No han faltado discrepancias sobre esta construcción general del deber/facultad de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incluso desde dentro del propio Tribunal, como acabo de apuntar. El Abogado General Ruiz-Jarabo propuso, en las conclusiones citadas, extender la doctrina del llamado «acto claro», creada para las cuestiones prejudiciales de interpretación, a las de validez. Lo hizo en el asunto *Gaston Schul*, en el que el órgano judicial remitente se encontraba ante una norma comunitaria de idéntico contenido, inserta en un contexto temporal y material muy similar, al de otra disposición cuya ineficacia había sido declarada por el Tribunal de Justicia en un pronunciamiento anterior²¹, por lo que, en los términos de la «doctrina Cilfit», la correcta aplicación del derecho comunitario se imponía con tal evidencia que no dejaba lugar a duda razonable alguna sobre la solución que debía alcanzarse.

El Abogado General enfatizó que, tratándose de garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario, la invalidez decretada por un juez nacional en un supuesto como el que analizaba, en el que había una decisión similar del Tribunal de Justicia, difícilmente entrañaría un riesgo de divergencia comprometedor de la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión, si bien no pudo dejar de reconocer que, con ello, se rompería el monopolio del Tribunal de Justicia para rechazar las normas de derecho derivado contrarias a los Tratados. Aunque, en su opinión, ese monopolio, que no deriva de los Tratados²², respondía más a razones tácticas que a criterios dogmáticos.

En fin, Ruiz-Jarabo advirtió que el mantenimiento a ultranza de la obligación de suscitar la cuestión prejudicial de validez cuando la norma es manifiestamente nula, denota un excesivo rigor formalista que no se aviene con el principio de buena administración de justicia.

No obstante, tal y como ya ha quedado constancia a lo largo de esta exposición, el Tribunal de Justicia no se movió un ápice de su posición, sin que, en su opinión, quepa invocar la reducción de la duración del procedimiento a fin de justificar una violación de la competencia exclusiva de los jueces de Luxemburgo para pronunciarse sobre la validez del derecho de la Unión. Resolvió, por tanto, que había que dirigirse a él para plantear la cuestión sobre la validez de las disposiciones de un reglamento comunitario aun cuando ya hubiese declarado inválidas disposiciones equivalentes de otro reglamento comparable (apartados 23 y 25 de la sentencia *Gaston Schul*).

Se ha de concluir, por tanto, que en el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea los jueces de los Estados miembros están obligados a dirigirse al Tribunal de Justicia cuando se les suscite una cuestión prejudicial de validez, obligación que únicamente alcanza a los que resuelven en última instancia si la cuestión es de interpretación.

Siendo así, conviene indagar las consecuencias del incumplimiento de tal deber.

²¹ Se trataba de la sentencia de 13 de diciembre de 2001, *Kloosterboer Rotterdam*.

²² No advirtió, sin embargo, que el artículo 41 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, entonces sin vigencia, reservaba al Tribunal de Justicia la competencia para pronunciarse a título prejudicial sobre la validez de las decisiones de la Alta Autoridad y del Consejo.

IV. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PLANTEAR CUESTIÓN PREJUDICIAL

Desde hace años se viene reflexionando, y decidiendo cuando el debate se suscita en sede jurisdiccional, sobre los efectos que se derivan del desconocimiento por un juez o tribunal del deber que le incumbe de suscitar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Voy a examinar esos efectos, que tal vez sean abordados por otros ponentes de estas Jornadas, desde una doble perspectiva: la de sus implicaciones constitucionales y la de la responsabilidad patrimonial del Estado.

1. Las implicaciones constitucionales²³

Procede hacerse la siguiente pregunta: ¿acarrea alguna consecuencia jurídica en el círculo de los intereses jurídicamente protegibles del titular de la acción procesal la decisión de un juez nacional de resolver el litigio sin plantear una cuestión prejudicial, de interpretación o de validez, cuando está obligado a hacerlo?

En una situación tal, (1) bien el juez incumplidor resuelve mediante una selección inadecuada de la norma aplicable, violentando el sistema de fuentes, o (2) bien se decide el pleito, en uno de sus aspectos (el de la interpretación del derecho de la Unión y el del control de su validez), por un órgano jurisdiccional distinto del señalado por el legislador. Estas disfunciones pueden llegar a incidir sobre las garantías fundamentales que están en juego en la aplicación del derecho de la Unión, cuyo contenido mínimo protegible es el que se le otorga en los convenios internacionales y en los derechos constitucionales nacionales, pues el catálogo de los derechos fundamentales de la Unión es emanación de unos y otros, en cuanto tradición común a los Estados miembros. Así se obtiene del preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión²⁴ y del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE)²⁵, que, además, otorga a aquélla el mismo valor jurídico que los Tratados.

Pues bien, la doctrina del Tribunal Constitucional permite afirmar que se vulnera el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución española y garantizado por el artículo 47 de la Carta en el ámbito del ordenamiento de la Unión, en el que se dispone la obligación de los Estados miembros de regular las vías de recurso necesarias a tal fin (artículo 19.1 TUE), cuando la resolución del litigio se adopta mediante una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable de la norma aplicable, cuando se decide incurriendo en un error patente y, en fin, cuando el juez adopta su decisión desvinculándose del sistema de fuentes establecido²⁶.

²³ Ya me he ocupado del tema en el artículo citado en la nota 16.

²⁴ DOUE, serie C, n.º 326, de 26 de octubre de 2012, p. 391.

²⁵ Versión consolidada en el DOUE, serie C, n.º 326, de 26 de octubre de 2012, p. 13.

²⁶ Por todas, pueden consultarse las sentencias 90/1990, FJ 4.º, y 126/1994, FJ 5.º.

Si se produce una selección arbitraria de la norma aplicable y se resuelve, por ello, al margen del sistema de fuentes, la doctrina del Tribunal Constitucional, no sin recias críticas por parte de un sector de la doctrina²⁷, permite hablar de falta de motivación porque la norma considerada es manifiestamente inaplicable. Es verdad que las nociones de «razonabilidad», de «arbitrariedad» y de «error patente» tienen contornos difusos, de modo que su delimitación introduce un cierto grado de subjetivismo en el control, corriéndose el riesgo de que, por este cauce, el Tribunal Constitucional se introduzca en terrenos que le están vedados.

Pero no lo es menos que, tratándose de la aplicación del derecho de la Unión Europea, ese riesgo de subjetivismo se diluye por la interposición de un instrumento de control normativo dispuesto por el ordenamiento, de talante objetivo: la cuestión prejudicial. En otros términos, si el juez interno resuelve un litigio seleccionando, de manera arbitraria o irrazonable o errando de forma patente, una norma que manifiestamente no es aplicable al caso es porque previamente ha incumplido su obligación de acudir al Tribunal de Justicia pidiéndole su intervención e, inmiscuyéndose allí donde no debía, ha interpretado por su propia autoridad aquel ordenamiento jurídico, depurándolo, en su caso, también de forma indebida.

Por consiguiente, si, estando obligado, un juez interno no acude a título prejudicial al Tribunal de Justicia, cabe que zanje el litigio aplicando una norma distinta de la que correspondía. En esta tesitura no habrá seguido los controles normativos previstos por el ordenamiento, desvinculándose del sistema de fuentes. Resulta muy difícil negar con toda rotundidad que en un escenario tal el derecho a la tutela judicial efectiva queda siempre indemne.

Cabe preguntarse también si, en esas situaciones, puede quedar afectado el derecho al proceso debido (artículo 24.2 de la Constitución), en la medida en que al no plantearse la cuestión prejudicial, debiendo hacerlo, se viola una de las garantías que lo conforman.

Sabido es que corresponde al juez ordinario la selección de la norma aplicable para zanjar el litigio, pero si esa selección pasa por soslayar una norma legal por su contradicción con el derecho de la Unión se hace ineludible la promoción de la correspondiente cuestión prejudicial, salvo que se den las condiciones de la «doctrina Cilfit». Si no tiene lugar, si, una vez seleccionada la ley que rige el litigio, el juez la evita so pretexto de su oposición al derecho comunitario sin antes interrogar al Tribunal de Justicia, a quien corresponde fijar la interpretación de este último o controlar su validez, desconocerá una de las garantías que integran el proceso debido, colocando al interesado en una situación de efectiva indefensión. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en las sentencias 58/2004 (FJ 14.º), 194/2006 (FJ 5.º) y 78/2010 (FJ 7.º).

Llama, por ello, poderosamente la atención la solución adoptada más recientemente en la sentencia 27/2013, que aborda un supuesto en el que la Sala Tercera del Tribunal Supremo, resolviendo en última instancia, decidió no dirigirse al Tribunal de Justicia para plan-

²⁷ BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ-FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo (una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional)*, Civitas, Madrid, 1995, p. 62, pp. 68 a 73.

tearle una cuestión prejudicial de interpretación de un reglamento comunitario porque, en su opinión, la exégesis de la norma europea necesaria para resolver el litigio resultaba clara²⁸. La razón que conduce al resultado denegatorio del amparo en este caso estriba en que, a diferencia de los supuestos abordados en las sentencias 58/2004 y 78/2010, la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial no condujo a la inaplicación de norma interna alguna (FJ 7.º, *in fine*).

Este razonamiento «desenmascara» al Tribunal Constitucional y pone en evidencia que para él la vulneración de la garantía fundamental no se produce porque el juez resuelva un litigio en el que está implicado el derecho de la Unión actuando manifiestamente al margen del mismo o sin seguir los cauces interpretativos y de aplicación de insoslayable cumplimiento, sino porque al actuar así deja inaplicada una norma interna. Conclusión preocupante, porque cabe interrogarse sobre cuál sería su respuesta ante la decisión de un tribunal ordinario de descartar una ley contraria al derecho comunitario dándose las condiciones de la doctrina *Cilfit* y no resultando, por ello, menester plantear cuestión prejudicial.

Comparto los razonamientos del voto particular de la magistrada Asua Batarrita a la sentencia 27/2013. Considera que resultaba aplicable al caso la solución adoptada en las sentencias 58/2004 y 78/2010, pues el Tribunal Supremo alcanzó por su propia, autónoma y exclusiva convicción la conclusión sobre la forma correcta de interpretar el derecho de la Unión, sin aportar elementos externos y objetivos de contraste o de apoyo de esa convicción que acreditasen que la misma evidencia sería compartida por los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros y aún por el Tribunal de Justicia.

Opino, en suma, que no hay que hacer grandes violencias conceptuales para, en determinados supuestos, vincular con los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público con todas las garantías la renuencia de un juez a dirigirse al Tribunal de Justicia e interrogarle a título prejudicial sobre la interpretación y la validez del derecho de la Unión, si, estando obligado a ello, esa actitud le lleva a resolver el litigio al margen del sistema de fuentes y de los controles normativos previstos en el ordenamiento para garantizar su exclusivo sometimiento a las leyes. Los mimbres se encuentran en la jurisprudencia comunitaria y en la constitucional.

Cabría también preguntarse si en tales tesituras se hace también presente el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. A riesgo de resultar reiterativo, debo recordar que, en ausencia de las condiciones de la «doctrina *Cilfit*», a nadie le cabe interpretar el derecho de la Unión Europea que no sea su Tribunal de Justicia, y en todos los casos ningún otro órgano jurisdiccional puede depurarlo tras controlar su validez («doctrina *Foto Frost*»). En otras

²⁸ Se trataba en síntesis de saber si determinados requisitos señalados en la normativa comunitaria sobre la organización común de los mercados del lino y del cáñamo podían ser completados y adicionados por las regulaciones internas de los Estados miembros. Para el Tribunal Supremo estaba claro que sí podían y, por ello, resultaba aplicable para decidir el litigio una orden de la Junta de Extremadura aprobada al efecto, tesis que la sociedad recurrente no compartía y, en cuyo planteamiento, dicha orden debió ser preterida para zanjar la contienda, aplicándose directamente la regulación comunitaria.

palabras, el Tribunal de Justicia es el órgano predeterminado por la ley para decidir sobre la interpretación y la validez del ordenamiento de la Unión.²⁹

Si para esas tareas, interpretativa y de control de validez, el juez legal es el Tribunal de Justicia, cuando un órgano jurisdiccional nacional usurpa esa competencia y realiza por sí la exégesis de una norma del derecho de la Unión sobre cuyo alcance tiene dudas o la inaplica por considerarla inválida, se produce un «exceso de jurisdicción»³⁰. Si, además, se tiene presente la innegable conexión del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley con las cuestiones de competencia y el riesgo de que se vulnere cuando un asunto se sustrae indebida e injustificadamente al juez llamado por el legislador a resolverlo³¹, no habría, en principio, que superar grandes obstáculos conceptuales y argumentales para concluir que en un escenario como el que describo el mencionado derecho fundamental pudiera quedar comprometido.

Ocurre, sin embargo, que el Tribunal Constitucional ha renunciado a encuadrar tales situaciones en el repetido derecho fundamental y ha optado por reconducirlas a la garantía de la efectiva tutela judicial y al derecho al proceso debido, como se infiere de las sentencias 58/2004, 194/2006 y 78/2010. Tal vez la razón de este posicionamiento jurisprudencial estribе en que, al fin y al cabo, el análisis de aquel «exceso de jurisdicción» pasa por determinar si había razones para que el juez dudase sobre la interpretación del derecho de la Unión, en el sentido de la «doctrina Cilfit», no obstante lo cual decidió fijar la exégesis por sí mismo, o si descartó una norma derivada del ordenamiento de la Unión (o su reflejo en el derecho interno) por considerarla contraria al «bloque originario» de dicho ordenamiento. Indagación lábil y, por consiguiente, de difícil acomodo en la acotación de un derecho fundamental de contornos objetivos³², prefigurados en normas cuyo manejo queda en manos de los jueces ordinarios. Por ello, la delimitación y la distribución de competencias entre órganos judiciales no son por sí solas materias propias del derecho al juez predeterminado por la ley³³. Sólo si ese juez manipula de forma manifiestamente arbitraria las reglas legales sobre atribución de competencias cabría entender vulnerada la mencionada garantía fundamental.

En otras palabras, el juez que rehúye la cuestión prejudicial es el prefigurado por la ley para decidir el proceso principal, si bien en un aspecto concreto, que constituye una cuestión incidental, puede suplantar indebidamente al Tribunal de Justicia, pero cabe también que con aquella actitud pasiva no invada las competencias de este último. Con este escenario, resulta desaconsejable ubicar los posibles excesos de quien, en principio, es el señor

²⁹ IZQUIERDO SANS, C., «Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución Española», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 23, 2011.

³⁰ Vid. la STC 58/2004, FJ 14.º.

³¹ SSTC 75/1982, FJ 1.º; 4/1990, FJ 3.º y 177/1996, FJ 4.º.

³² Creación del órgano por ley con anterioridad al hecho motivador del proceso, atribuyéndole un régimen orgánico y procesal que no permita calificarlo de especial o excepcional (SSTC 47/1983, FJ 2.º; 55/1990, FJ 3.º; y 177/1996, FJ 4.º).

³³ SSTC 171/1999, FJ 2.º, y 35/2000, FJ 2.º.

del litigio en el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley si tales excesos, por definición, difícilmente pueden llegar a ser arbitrarios.

El sendero seguido por el Tribunal Constitucional en la sentencia 48/2004 y en sus epígonos resulta conceptualmente más riguroso.

2. La responsabilidad del Estado

Si nuestro sistema jurídico se mostrara incapaz de dar una respuesta a situaciones como las que vengo analizando, si resultara imposible reparar desde dentro la decisión de un juez de resolver un litigio sin dirigirse a título prejudicial al Tribunal de Justicia estando obligado, muy posiblemente la solución se imponga desde fuera, conduciendo como resultado final a un pronunciamiento de responsabilidad del Estado.

Si un juez nacional resuelve un litigio al margen del sistema de fuentes y de sus controles normativos y, con ello, lesiona, menoscaba, limita o reduce la efectividad de los derechos que el ordenamiento de la Unión atribuye a las partes en conflicto, no queda más remedio, como ya se ha señalado³⁴, que acudir a la vía reparatoria que suministra el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado-juez. Pero, aparte de constituir una vía más tortuosa que obliga al afectado a realizar un recorrido de incierto destino, no deja de ser un sucedáneo, una «protección jurisdiccional secundaria»³⁵, que le exige intentar previamente la reparación *in natura*. Y, como no podría ser de otra forma, esa reparación por sustitución reclama del afectado el agotamiento de todos los remedios que le ofrece el ordenamiento para obtener satisfacción, entre los que se encuentra el recurso de amparo constitucional.

Se trata de un recorrido de dudoso desenlace. El Tribunal de Justicia, en la sentencia *Köbler*³⁶, al analizar la existencia de responsabilidad de los Estados miembros por los incumplimientos imputables a sus órganos jurisdiccionales, declaró que el desconocimiento del deber de plantear la cuestión prejudicial constituye uno de los parámetros a tomar en consideración para valorar si se ha producido una violación suficientemente caracterizada, esto es, manifiesta del derecho aplicable y, por ello, si ha nacido el deber del Estado de reparar por los daños causados (apartado 55). No obstante, la propia sentencia *Köbler* concluyó que no existía en el supuesto que analizaba responsabilidad porque, habida cuenta de sus características, no cabía calificar de violación suficientemente caracterizada del ordenamiento de la Unión la vulneración de los derechos que el ordenamiento comunitario reconocía al demandante como consecuencia de haber retirado el juez nacional indebidamente (por la

³⁴ CÓRDOBA CASTROVERDE, D., «¿Cumple nuestro ordenamiento los requisitos exigidos por la sentencia *Köbler*?», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 37, 2011, pp. 7-36.

³⁵ Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., «Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 38, 2011, pp. 141-171.

³⁶ Sentencia de 30 de septiembre de 2003, C-224/01.

lectura errónea de un anterior pronunciamiento del Tribunal de Justicia) la cuestión prejudicial que había planteado (apartados 117 a 124).

Ese camino podría hacerse aún más complicado si la Comisión Europea decide, haciendo uso del artículo 258 TFUE, recurrir al Tribunal de Justicia y denunciar al Reino de España por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado. En la sentencia *Comisión/España*, de 12 de noviembre de 2009³⁷, el Tribunal de Justicia declaró que nuestro país había incumplido los deberes que le incumbían en virtud de los artículos 2 y 4, apartados 1 y 2, de la Sexta Directiva del impuesto sobre el valor añadido al considerar la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los servicios prestados a las Comunidades Autónomas por los registradores de la propiedad, en su condición de liquidadores de los impuestos sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales, no están sujetos a aquel tributo indirecto. Y detrás de este pronunciamiento se esconde un decurso jurisdiccional en el que el Tribunal Supremo corrigió, mediante un recurso de casación en interés de la ley, el criterio que la Audiencia Nacional venía sosteniendo sobre la interpretación de los mencionados preceptos de la Sexta Directiva sin, ante las evidentes dudas en el sentido de la «doctrina Cilfit», dirigirse a título prejudicial al Tribunal de Justicia.

Ni qué decir tiene que la vía reparatoria se presenta como cauce posible para restañar la herida si el Tribunal de Justicia llegara a la conclusión de que el Reino de España incumple sus compromisos con la Unión debido a la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial.

Pero esa vía, la reparatoria, trae a colación otra historia, de la que en estas Jornadas se encarga Diego Córdoba Castroverde.

V. EL OWNER DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Si el juez nacional, facultado u obligado, resuelve plantear una cuestión prejudicial, de interpretación o de validez, y dirigirse a título prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión, ya nadie puede forzarle a desistir de tal empeño ni inmiscuirse en el diálogo que ha impulsado.

La jurisprudencia comunitaria ha mantenido con reiteración que, a efectos prejudiciales, el dueño del proceso es el juez nacional, al que le corresponde examinar su pertinencia y realizar el juicio de relevancia, precisando la medida en que la interpretación y, en su caso, la validez de una previsión del derecho de la Unión resulta determinante para resolver el litigio³⁸.

³⁷ Sentencia de 12 de noviembre de 2009, C-154/08.

³⁸ Sentencias de 16 de enero de 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf* (166/73, apartado 3); 27 de junio de 1991, *Mecanarte* (C-348/89, apartado 44); 10 de julio de 1997, *Palmisani* (C-261/95, apartado 20); 16 de diciembre de 2008, *Cartesio* (C-210/06, apartado 88); y 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli* (C-188/10 y C-189/10, apartado 41).

Por ello, la nueva versión del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia³⁹ dispone en su artículo 100 que seguirá siendo competente para conocer de la petición de decisión prejudicial mientras el órgano jurisdiccional remitente no la retire (apartado 1), sin perjuicio de que el propio Tribunal pueda constatar que ha dejado de serlo (apartado 2).

Pero el Tribunal de Justicia ha contemplado esta última posibilidad con carácter restrictivo. Sólo, por excepción, cabe que rehúse intervenir si resulta evidente que la interpretación del derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, si el problema que se suscita es meramente hipotético o si no se le suministran los elementos de hecho y de derecho imprescindibles para proporcionar una respuesta útil⁴⁰.

A los anteriores supuestos hay que añadir aquellos casos en que, tratándose de situaciones puramente internas, el derecho nacional se remite al contenido de disposiciones del ordenamiento de la Unión. Si la remisión es directa e incondicional, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia viene admitiendo la cuestión prejudicial, pues existe un interés relevante en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, el Tribunal de Justicia fije la exégesis correcta⁴¹. Pero si aquella remisión no es directa e incondicional, la solución debería ser la declaración por el Tribunal de Justicia de su falta de competencia para pronunciarse⁴².

Fuera de estos casos excepcionales, los jueces de Luxemburgo están positivamente obligados a suministrar a su colega nacional la respuesta que les pide. Tan es así, que en ese diálogo no puede inmiscuirse un tercer contertulio (salvo los intervinientes en el incidente prejudicial), aunque le invite el propio derecho procesal interno. Corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente determinar y formular las cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del derecho de la Unión que estime pertinentes para resolver el litigio principal, debiendo dejarse inaplicadas las normas nacionales que vulneren tal competencia⁴³.

Por ello, a pesar de que el derecho interno vincule al juez inferior a la valoración realizada en vía de recurso por el superior, el ordenamiento de la Unión exige que aquél, cuando

³⁹ DOUE de 29 de septiembre de 2012, serie L, n.º 265, p. 1.

⁴⁰ Sentencias de 15 de diciembre de 1995, *Bosman* (C-415/93, apartado 61); 10 de enero de 2006, *IATA y ELFAA* (C-344/04, apartado 24); 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax y Administración del Estado* (C-238/05, apartado 17); y 19 de abril de 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales* (C-295/05, apartado 31).

⁴¹ Sentencia de 18 de octubre de 1990, *Dzodzi* (asuntos C-297/88 y C-197/89, apartados 34 a 41).

⁴² Así lo vienen defendiendo algunos abogados generales. Cruz Villalón en las conclusiones que presentó el 25 de octubre de 2012, en el asunto *Allianz Hungária Biztosító y otros* (C-32/11, puntos 24 y siguientes); Kokkot en las conclusiones de 26 de septiembre de 2013, en los asuntos *Airport Shuttle Express y otros* (C-162/12 y C-163/12, puntos 16 y siguientes); y Whal, en las conclusiones de 5 de septiembre de 2013, en los asuntos *Venturini y otros* (C-159/12, C-160/12 y C-161/12, puntos 16 y siguientes). Las sugerencias de los abogados generales han tenido reflejo en la sentencia de 7 de noviembre de 2013, *Romeo* (C-313/12, apartados 19 y siguientes).

⁴³ Sentencia *Consiglio nazionale dei geologi y otro*, ya citada, apartados 31, 32 y 36.

examina el asunto por segunda vez tras la anulación de su primer pronunciamiento, pueda libremente acudir al Tribunal de Justicia⁴⁴.

Aún más, si, planteada la cuestión prejudicial y previsto en el orden interno un recurso de apelación contra la decisión de remisión, el órgano de la alzada la revoca o modifica sus términos, el artículo 267 TFUE exige que en tales tesituras el juez que suscitó la cuestión no quede obligado a retirarla y a reanudar el procedimiento principal, desistiendo del reenvío prejudicial⁴⁵. Debe tener la libertad de someter al Tribunal de Justicia los interrogantes que le preocupan, si considera que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria al derecho de la Unión⁴⁶.

Siendo así, resulta contraria al ordenamiento de la Unión una previsión nacional que, en vía de recurso, permite a un tribunal superior desdecir con carácter vinculante al inferior que se ha remitido al Tribunal de Justicia, obligándole a hacer caso omiso de las pautas interpretativas suministradas por este último e imponiéndole las suyas propias. Una vez practicado el reenvío y obtenida la respuesta, el juez remitente debe resolver el litigio principal conforme a la interpretación plasmada por el Tribunal de Justicia, descartando las valoraciones del órgano jurisdiccional superior si, a la vista de la respuesta prejudicial, estima que contradicen el derecho de la Unión⁴⁷.

De este modo, una vez que el juez que conoce el litigio, y que en la disciplina del artículo 267 TFUE no estaría obligado a plantear la cuestión prejudicial por no resolver el debate en última instancia, decide consultar al Tribunal de Justicia ya no hay marcha atrás, salvo que él mismo así lo acuerde. Nadie puede obligarle a retirar su pregunta. Y si no la retira, queda vinculado por la respuesta que obtenga, sin que ningún otro órgano pueda interferir en ese coloquio, ni siquiera el Tribunal Constitucional.

En efecto, cuando un juez encara un litigio en el que ha de manejar una norma interna que considera contraria al derecho de la Unión y, al mismo tiempo, a la Constitución nacional, no queda privado de la facultad de dirigirse a título prejudicial al Tribunal de Justicia por el hecho de que, en su sistema procesal, la declaración de inconstitucionalidad requiera un recurso previo ante un órgano *ad hoc*⁴⁸.

Así, sería contraria al derecho de la Unión una normativa nacional que, ante esa duda simultánea, organizara un procedimiento incidental prioritario de control de constitucionalidad, impidiendo a los órganos jurisdiccionales dirigirse al Tribunal de Justicia y reservando al Tribunal Constitucional la tarea no sólo de contrastar la conformidad de la norma controvertida con la Constitución sino también con el ordenamiento jurídico de la Unión, de manera que si concluyese que se ajusta a dicho ordenamiento el juez ordinario encargado de

⁴⁴ Sentencias de 16 de enero de 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf* (asunto 166/73, apartado 4), y 16 de diciembre de 2008, *Cartesio* (C-210/06), apartado 94.

⁴⁵ Sentencia *Cartesio*, ya citada, apartado 98.

⁴⁶ Sentencias de 9 de marzo de 2010, *ERG y otros* (C-378/08, apartado 32), y 15 de enero de 2013, *Križan y otros* (C-416/10, apartado 68).

⁴⁷ Sentencia de 5 de octubre de 2010, *Elchinov* (C-173/09, apartados 30 y 32).

⁴⁸ Sentencia *Mecanarte*, ya citada, apartados 39, 45 y 46.

decidir sobre el fondo del asunto quedara vinculado por esa apreciación, cerrándosele la puerta para dirigirse a los jueces de Luxemburgo⁴⁹.

No puede ser de otra forma si se tiene en cuenta que la «comunitariedad» de la norma nacional, de cuya constitucionalidad también se duda, requiere como presupuesto que se fije la exégesis del derecho de la Unión que ha de servir para realizar el contraste, tarea que sólo incumbe al Tribunal de Justicia.

Aún más, existen situaciones en las que puede hacerse imprescindible, para garantizar la primacía del ordenamiento de la Unión y su aplicación uniforme, que la cuestión de inconstitucionalidad ceda ante la prejudicial. Piénsese en una ley interna, transposición de las disposiciones imperativas de una directiva, de cuya constitucionalidad se dude. Si las razones de su posible inconstitucionalidad se anudan a la propia directiva, resulta ineluctable preguntar al Tribunal de Justicia sobre la interpretación que deba darse a las normas de derecho comunitario. De llegarse a la conclusión de que la directiva, cuya conformidad con el derecho originario nadie discute, se opone a la Constitución, habría que actuar en consecuencia, pues las normas de derecho nacional, aun de rango constitucional, no pueden menoscabar la unidad y la eficacia del derecho de la Unión⁵⁰.

Cabe, sin embargo, que las razones que autorizan a pensar que la ley de transposición se opone a la Constitución sean esgrimibles también respecto de la directiva en su relación con el derecho originario de la Unión. En esta tesitura, la cuestión de si la directiva es válida tiene carácter previo respecto de la obligación de adaptación del derecho interno a la misma. Si se obtiene que vulnera los tratados, nada hay que incorporar al ordenamiento doméstico y la propia ley de trasposición quedará fuera de juego por oponerse al «derecho constitucional» de la Unión. De no actuarse así, pretiriendo al Tribunal de Justicia y permitiendo que el Tribunal Constitucional se pronuncie con parámetros exclusivamente internos, aquel primero podría quedar privado, en la práctica, de la posibilidad de realizar el control de validez de la directiva. Piénsese que en la actualidad esta clase de conflictos no será extravagante, una vez que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, gracias al artículo 6 TUE, tiene el mismo valor jurídico que los tratados⁵¹.

⁴⁹ Sentencia *Melki y Abdeli*, ya citada, apartados 46 y 47. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, «Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia *Melki* del Tribunal de Justicia de la UE», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 37, 2011, pp. 97 a 110, ha reflexionado sobre las relaciones (de prioridad) entre la cuestión prejudicial y el control de constitucionalidad de las leyes a cargo de los tribunales constitucionales.

⁵⁰ Sentencias de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70, apartado 3), y 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten* (C-409/06, apartado 61).

⁵¹ Véase la sentencia *Melki y Abdeli*, ya citada, apartados 55 y 56.

La decisión de plantear la cuestión prejudicial y su control por el TJUE (Un diálogo iniciado por el juez *a quo* y presidido por la utilidad para éste, aunque no sólo...)

Carmen Martínez Capdevila

Sumario: I. La decisión de los jueces nacionales de plantear la cuestión prejudicial. 1. La iniciativa del juez *a quo*. 2. El juez *a quo* como *dominus litis*. II. El control del TJUE sobre la decisión de plantear cuestión prejudicial. 1. La utilidad para el proceso principal como principio rector. 2. La presencia del interés objetivo de la UE.

Es casi un lugar común afirmar que la cuestión prejudicial es un mecanismo que permite entablar un diálogo entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia de la UE (en lo sucesivo, TJUE). Se trata de un diálogo que inician aquéllos y que, por encima de todo, ha de resultarles útil de cara a los procedimientos que tienen pendientes.

La normativa y la jurisprudencia relativas al planteamiento de la cuestión prejudicial y a la posición del TJUE con respecto a las cuestiones que le llegan se encuentran informadas por las dos notas apuntadas. Pero el análisis de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo arroja algún dato adicional; destacan, en particular, por una parte, la condición de *dominus* del procedimiento (y no de mero promotor) que la sentencia en el asunto *Cartesio* confiere al juez *a quo* y, por otra, la presencia de intereses objetivos del Derecho de la UE, que trascienden el caso concreto, en la actuación del TJUE en este marco procesal.

En las páginas que siguen profundizaremos, desde una perspectiva eminentemente práctica, en las ideas señaladas. Para ello nos referiremos, en primer lugar, a la decisión de los tribunales nacionales de elevar cuestión prejudicial (I) y, en segundo lugar, al control por parte del TJUE (II).

I. LA DECISIÓN DE LOS JUECES NACIONALES DE PLANTEAR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

1. La iniciativa del juez *a quo*

Las cuestiones prejudiciales son fruto de una duda que tiene el juez nacional sobre la interpretación que merece una disposición de la UE o incluso sobre su propia validez. Dicha duda surge en el marco de un procedimiento del que está conociendo y en el que entra en

juego, de manera decisiva a los efectos de dictar sentencia, el ordenamiento de la Unión, bien porque sus disposiciones resultan directamente de aplicación en el asunto, bien porque actúan como parámetro de interpretación del Derecho nacional aplicable¹. Son, pues, los jueces nacionales quienes aprecian la necesidad de una decisión del TJUE y toman la iniciativa de dirigirse a él por la vía hoy prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), suspendiendo mientras tanto la tramitación del litigio.

Todos los órganos jurisdiccionales nacionales, incluidos aquellos que, conforme al párrafo 3.º del artículo 267 del TFUE, están obligados al planteamiento de la cuestión prejudicial, gozan de dicha capacidad de apreciación. En palabras del TJUE: «los órganos jurisdiccionales contemplados en el párrafo 3 gozan de la misma facultad de apreciación que cualesquiera otros órganos jurisdiccionales nacionales en lo relativo a si es necesaria una decisión sobre una cuestión de Derecho comunitario para poder emitir su fallo. Estos órganos jurisdiccionales no están, en consecuencia, obligados a plantear una cuestión de interpretación de Derecho comunitario suscitada ante ellos si la cuestión no es pertinente, es decir, en los casos en que la respuesta a dicha cuestión, cualquiera que ésta fuera, no podría tener influencia alguna en la solución del litigio»².

La legitimación de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros es exclusiva y, por ende, excluyente. Excluyente, en primer lugar, de cualquier órgano que no merezca tal consideración, un tema objeto de tratamiento en otro capítulo de esta obra³. Excluyente, en segundo lugar, con respecto a las partes en el asunto principal. Éstas podrán, ciertamente, trasladar al juez la oportunidad o la necesidad de elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo o simplemente sembrar en él la semilla de la duda acerca de la interpretación o la legalidad de las disposiciones de la UE en juego, pero la decisión de acudir al TJUE en busca de auxilio corresponde enteramente al juez, que no tendrá que motivar su decisión caso de no atender el requerimiento de las partes y que también podrá actuar de oficio⁴.

Aun cuando el juez nacional haya podido actuar a instancia de parte, la determinación y la formulación de las cuestiones le corresponden a él⁵. En este sentido, el TJUE ha declinado tomar en consideración, más allá de los términos de las preguntas recibidas, los argumentos que las partes en el litigio principal pudieron manejar ante el juez *a quo*⁶.

¹ A propósito de este doble papel que puede jugar el Derecho de la UE en el asunto principal, v. STJ de 14.12.2000, as. *Facenda Pública c. Camara Municipal do Porto*, C-446/98, f.j. 48.

² STJ de 6.10.1982, as. *Cilfit*, C-283/81, f.j. 10. Sobre la influencia decisiva del Derecho de la UE en el caso pendiente ante el juez nacional como parte del presupuesto fáctico para la remisión al TJUE de una cuestión prejudicial, obsérvese que el artículo 267 del TFUE prevé que la petición al Tribunal se produce si el órgano jurisdiccional nacional «estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo».

³ V. CIENFUEGOS MATEO, M., «Noción de órgano jurisdiccional a los efectos de plantear una cuestión prejudicial».

⁴ V., *per omnia*, STJ de 9.12.1965, as. *Hessische Knappschaft*, 44/65, p. 291.

⁵ Entre los pronunciamientos más recientes, v. STJ de 18.7.2013, as. *Consiglio Nazionale dei Geologi*, C-136/12, ff.jj. 28-31.

⁶ STJ de 11.10.1990, as. *Nespoli y Crippa*, C-196/89, f.j. 23; o, STJ de 26.6.2007, as. *Ordre des barreaux francophones et germanophones*, C-305/05, ff.jj. 17-19.

La facultad de planteamiento de la cuestión prejudicial que tiene *ex tractatu* todo órgano jurisdiccional nacional no puede verse afectada por las normas de su ordenamiento interno. El TJUE tuvo ocasión de defender esta idea por vez primera en su sentencia en el asunto *Rheinmühlen-Düsseldorf*, de 1974, en la que, enfrentado a la normativa alemana que obligaba a los tribunales inferiores a acatar la valoración jurídica de las instancias superiores, se suscitó la cuestión de si semejante previsión ponía en entredicho la facultad de aquéllos de dirigirse al Tribunal de Luxemburgo, aun cuando estimasen que la valoración jurídica que les venía jerárquicamente impuesta pudiera llevarles a dictar una sentencia contraria al Derecho de la UE. La respuesta del Tribunal, ya entonces, fue clara: «una norma de Derecho nacional, que vincule a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior, no puede privar a aquéllos de la facultad de someter al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación del Derecho comunitario al que se refieran tales valoraciones jurídicas»⁷. Más en general, el TJUE ha postulado que «se deben descartar las normas de Derecho nacional que impidan la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 177 [actual, artículo 267] del Tratado»⁸.

La incidencia del Derecho interno en el planteamiento de la cuestión prejudicial es abordada en otro lugar dentro de esta obra⁹, pero no nos resistimos a aludir a dos tipos de normativas con repercusiones en la aplicación del artículo 267 del TFUE y sobre las que se ha pronunciado el TJUE. Por un lado, las que, como en el supuesto mencionado en el párrafo anterior o en el asunto *Elchinov*¹⁰, sujetan a los tribunales inferiores a las valoraciones jurídicas procedentes de las instancias superiores, por más que tales valoraciones se refieran a cuestiones del Derecho de la UE y el tribunal ante el que esté pendiente el asunto dude de su compatibilidad con éste¹¹. Por otro lado, tenemos también las previsiones que condicionan el planteamiento de la cuestión prejudicial a la previa evacuación de determinados procedimientos internos; tal podía ser el caso de la cuestión prioritaria de constitucionalidad contemplada en el ordenamiento francés y en juego en el asunto *Melki*¹².

Frente a semejantes medidas, restrictivas de la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales, el TJUE ha venido proclamando la «amplísima facultad» que éstos poseen para dirigirse a él si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que versan

⁷ STJ de 16.1.1974, 166/73, f.j. 4.

⁸ SSTJ de 14.12.1995, as. *Van Schijndel*, C-430 y 431/93, f.j. 18; y, as. *Peterbroeck*, C-312/93, f.j. 13.

⁹ V. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I., «La autonomía de la cuestión prejudicial europea ante el Derecho interno».

¹⁰ STJ de 5.10.2010, as. *Elchinov*, C-173/09, ff.jj. 25-32.

¹¹ Refiriéndose a la aparente ruptura de la jerarquía de la organización judicial de un Estado que genera la posición del TJ en este punto, el Abogado General D. RUIZJARABO COLOMER sostuvo que esta crítica «ignora la función del Tribunal de Justicia como supremo intérprete del ordenamiento europeo, vértice esencial para la existencia de una verdadera Comunidad de derecho» (Conclusiones presentadas el 16.5.2006, as. *Placanica*, C-338, 359 y 360/04, punto 89).

¹² STJ de 22.6.2010, C-188 y 189/10.

sobre la interpretación o la apreciación de la validez de disposiciones de Derecho comunitario y que precisan una decisión por su parte¹³.

En el ejercicio de esta potestad, los jueces o, en su caso, los ordenamientos internos determinarán cómo y cuándo proceder, una vez que contemplan la posibilidad de elevar cuestión prejudicial. No existe, pues, en el ordenamiento de la UE una previsión similar a la que recoge el artículo 34.2 de nuestra Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que, para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, estipula que éste habrá de producirse una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia o la resolución jurisdiccional que proceda.

Consciente de que la decisión no le compete y de que, en este punto, se imponen, muy por el contrario, la autonomía procesal de los Estados miembros y la posición privilegiada que ocupa el juez *a quo* con respecto al procedimiento principal, el TJUE se ha limitado a formular recomendaciones en relación con la forma y el momento de activar la vía del artículo 267 del TFUE. Por lo que hace al *cómo*, el Tribunal aconseja que el juez organice un debate contradictorio entre las partes, consultándoles acerca del particular: «Puede resultar deseable para la recta administración de la justicia que la cuestión prejudicial se plantee después de un debate contradictorio», se lee en las *Recomendaciones a los órganos nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales*, elaboradas por el propio TJUE¹⁴. Parece lógico brindar a las partes la posibilidad de pronunciarse, teniendo en cuenta que la petición de decisión prejudicial implica suspender la tramitación del litigio pendiente y, por tanto, demorar la emisión de la sentencia¹⁵.

En cuanto al momento en que dirigirse al TJUE, éste sugiere que se le interroge una vez que los hechos del litigio estén establecidos y los problemas de mero Derecho nacional estén resueltos, de modo que él esté en condiciones de conocer todos los elementos de hecho y de Derecho que puedan ser importantes para su contestación. Tras reconocer que el órgano jurisdiccional nacional puede remitir una cuestión prejudicial tan pronto como estime que, para poder emitir su fallo, resulta necesaria una decisión previa del TJUE sobre la interpretación o la validez del Derecho de la UE, pues dicho órgano es el mejor situado para apreciar la fase del procedimiento en que procede remitir tal petición, el TJUE añade en sus *Recomendaciones*: «[e]s preferible, no obstante, que la decisión de plantear una cuestión prejudicial se adopte en una fase del procedimiento nacional en la

¹³ STJ de 16.1.1974, as. *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, f.j. 3; STJ de 27.6.1991, as. *Mecanarte*, C-348/89, f.j. 44; STJ de 10.7.1997, as. *Palmisani*, C-261/95, f.j. 20; o, STJ de 22.6.2010, as. *Melki*, C-188 y 189/10, f.j. 41.

¹⁴ Punto 19 de las *Recomendaciones* (DOUE, n.º C 338, de 6.11.2012), que refleja la jurisprudencia existente sobre el particular (así, STJ de 28.6.1978, as. *Simmenthal*, 70/77, f.j. 10).

¹⁵ Recordemos que en nuestro país el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que cuando un órgano judicial concibe la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad, antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, habrá de oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión o sobre el fondo de ésta.

que el órgano jurisdiccional remitente esté en condiciones de definir el marco jurídico y fáctico del asunto, para que el Tribunal de Justicia disponga de todos los elementos necesarios para comprobar, en su caso, que el Derecho de la Unión es aplicable al litigio principal»¹⁶. Cabría aducir otra buena razón, como es evitar que, más adelante, puedan surgir ulteriores dudas que lleven al juez nacional a plantear una nueva cuestión prejudicial, dilatando de manera excesiva la duración del procedimiento principal y generando mayores cargas al TJUE.

En relación con el tipo concreto de resolución judicial que el juez traslada al TJUE, dando inicio al diálogo, el Tribunal ha reconocido, ya desde su primera sentencia prejudicial, la libertad de forma¹⁷. Sus *Recomendaciones* remiten a lo previsto en el ordenamiento interno para los incidentes procesales¹⁸, cosa que en nuestro país implica el recurso a un auto¹⁹.

A propósito de su contenido, el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del TJ (en adelante, RP.TJ) contiene indicaciones precisas al respecto:

«Junto al texto de las preguntas formuladas al Tribunal con carácter prejudicial, la petición de decisión prejudicial contendrá:

- a) una exposición concisa del objeto del litigio y de los hechos pertinentes, según se hayan constatado por el órgano jurisdiccional remitente, o al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones;
- b) el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente;
- c) la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal»²⁰.

Y es que la decisión de planteamiento sirve de base al procedimiento que luego se sigue ante el TJUE y es, además, como recuerdan las *Recomendaciones*, el único documento que

¹⁶ Punto 19. Las *Recomendaciones* vuelven a hacerse aquí eco de la jurisprudencia del TJUE; así, por ejemplo, STJ de 10.3.1981, as. *Irish Creamery*, 36 y 71/80, f.j. 6; o, STJ de 11.6.1987, as. *Pretore di Saló*, 14/86, f.j. 10.

¹⁷ STJ de 6.4.1962, as. *De Geus*, 13/61, p. 102.

¹⁸ Punto 20.

¹⁹ Artículo 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Éste ha sido, de hecho, el tipo de resolución utilizado siempre en la práctica (como ejemplo señero, v. Auto TC 86/2011, de 9 de junio).

²⁰ Sobre las informaciones facilitadas en las resoluciones de remisión v., en la jurisprudencia, Auto de 28.6.2000, as. *Laguillaumie*, C-116/00, f.j. 16; STJ de 5.12.2006, as. *Cipolla y otros*, C-94 y 202/04, f.j. 38; o, STJ de 8.11.2007, as. *Schwibbert*, C-20/05, f.j. 21.

se notifica a las instancias contempladas en el artículo 23 del Estatuto del TJUE con el fin de recabar sus eventuales observaciones escritas²¹.

La resolución acordando la petición de decisión prejudicial se remite directamente al TJUE, sin pasar por conductos intermedios, como pudieran ser los Ministerios de Justicia o de Exteriores. El artículo 23 del Estatuto del TJUE es palmario: «En los casos a los que se refiere el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la decisión del órgano jurisdiccional nacional que suspende el procedimiento y somete el asunto al Tribunal de Justicia será notificada a este último por dicho órgano jurisdiccional». Las *Recomendaciones* precisan que el envío de la petición de decisión prejudicial se realizará mediante correo certificado, dirigido a la Secretaría del Tribunal²².

Tras su registro, desde dicha Secretaría se da cuenta de esta circunstancia a las distintas instancias a las que el Estatuto del TJUE, también en su artículo 23, faculta para presentar, en el plazo de dos meses, sus observaciones escritas sobre la cuestión prejudicial; a saber: las partes litigantes, los Estados miembros, la Comisión y la institución, órgano u organismo de la UE autor del acto objeto de la consulta prejudicial. Las partes litigantes en el proceso judicial nacional, que normalmente pudieron realizar alegaciones ante el juez *a quo* (recuérdese la recomendación vista poco antes), disponen así de la posibilidad de formular alegaciones también ante el Tribunal de Luxemburgo.

Debido al carácter no contencioso del procedimiento en materia prejudicial, la presentación de observaciones escritas no está sometida a requisitos de forma particulares²³. Por lo que respecta a su virtualidad, el TJUE ha precisado que no son susceptibles de ampliar *per se* el objeto de las cuestiones planteadas por el juez nacional²⁴; cuestión distinta será que, al amparo de la enorme libertad con la que actúa el Tribunal en este marco procesal, quiera considerar, haciéndolo suyo, alguno de los puntos suscitados. De estas observaciones y de los demás escritos procesales (pensemos, por ejemplo, en las conclusiones del Abogado General) la Secretaría del Tribunal transmitirá copia al órgano jurisdiccional remitente²⁵.

2. El juez *a quo* como *dominus litis*

Una vez presentada la cuestión prejudicial, el juez *a quo* es el único órgano jurisdiccional nacional que puede terminar el procedimiento iniciado en Luxemburgo o solicitar su suspensión.

²¹ Punto 20. Los puntos siguientes de las *Recomendaciones* contienen toda una serie de indicaciones sobre la extensión aconsejada, el tipo de redacción, el formato, la formulación de las preguntas, etc.

²² Punto 33.

²³ *Instrucciones prácticas a las partes sobre los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia*, apdo. 10 (DOUE, n.º L 31, de 31.1.2014).

²⁴ STJ de 16.9.1999, as. WWF, C-435/97, f.j. 29.

²⁵ Punto 34 de las *Recomendaciones*.

Las normas que rigen el funcionamiento del TJUE contemplan expresamente la posibilidad de la retirada de la cuestión prejudicial. «El Tribunal seguirá siendo competente para conocer de la petición de decisión prejudicial mientras el órgano jurisdiccional que le remitió dicha petición no la retire», dispone el artículo 100, apartado 1, del RP.TJ, que añade un límite temporal para que la retirada surta efecto: «La retirada de la petición de la decisión prejudicial podrá ser tenida en cuenta hasta la notificación de la fecha de pronunciamiento de la sentencia a los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto».

El Tribunal de Justicia ha recalcado la «competencia autónoma» del juez *a quo*, la «cooperación directa» que establece el sistema instaurado por el artículo 267 del TFUE entre éste y el TJUE y la «responsabilidad única» del primero en la apreciación de la pertinencia y la necesidad de la cuestión prejudicial que resulta del citado precepto para defender que ningún órgano nacional distinto al tribunal remitente puede poner fin al diálogo iniciado por él²⁶. En este sentido, pese a haber aceptado, desde el pleno respeto a la autonomía procesal de los Estados miembros, que las resoluciones por las que se acuerda la remisión prejudicial pueden ser objeto de las vías de recurso previstas en el ordenamiento interno²⁷, el TJUE, sin embargo, ha negado que la interposición del recurso²⁸ o, incluso, su estimación por el superior jerárquico²⁹ puedan tener incidencia directa alguna en la tramitación del expediente en el seno del Tribunal de Luxemburgo. Refiriéndose al caso de la estimación del recurso de apelación y corrigiendo, sin decirlo, la postura mantenida anteriormente³⁰, el TJUE ha declarado: «en caso de aplicación de normas de Derecho nacional relativas al recurso de apelación contra una resolución que acuerde una remisión prejudicial, caracterizadas por el hecho de que la totalidad del asunto principal sigue sustanciándose ante el órgano jurisdiccional remitente, por ser únicamente la resolución de remisión objeto de una apelación limitada, la competencia autónoma de acudir ante el Tribunal de Justicia que el artículo 234 CE [actual artículo 267 TFUE] confiere al primer juez se pondría en tela de juicio si, al reformar la resolución en la que se acuerde la remisión prejudicial, revocarla y ordenar al órgano jurisdiccional que dictó esa resolución proseguir el procedimiento suspendido, el órgano jurisdiccional de apelación pudiera impedir al órgano jurisdiccional ejercer la facultad que le confiere el Tratado CE de plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia»³¹.

Otra cosa es que el órgano jurisdiccional nacional decida, a la luz de la presentación de un recurso contra la resolución de planteamiento de la cuestión prejudicial o de su es-

²⁶ Las expresiones entrecomilladas proceden, todas ellas, de la STJ de 16.12.2008, as. *Cartesio*, C-210/06, ff.jj. 90, 95 y 96.

²⁷ STJ de 12.2.1974, as. *Rheinmühlen II*, 146/73, f.j. 3.

²⁸ Dos clásicos son aquí STJ de 12.2.1974, as. *Rheinmühlen II*, 146/73, f.j. 3; o, STJ de 6.10.1983, as. *Delhaize*, 2 a 4/82, f.j. 9.

²⁹ En la jurisprudencia más reciente, STJ de 16.12.2008, as. *Cartesio*, C-210/06, ff.jj. 95 y 98.

³⁰ Para una síntesis, v. Conclusiones del Abogado General D. RUIZJARABO COLOMER, presentadas el 8.4.2008, as. *Beecham Group*, C-132/07, puntos 48-49.

³¹ STJ de 16.12.2008, as. *Cartesio*, f.j. 95.

timación, solicitar él la suspensión de la cuestión planteada, retirarla o modificar sus términos³². Ahora bien, ¿podría configurarse en el ordenamiento interno cualquiera de estas tres actuaciones no como una facultad, sino como una obligación para el juez *a quo*? Si así fuera, desde luego, la estimación del recurso por el juez *ad quem* no tendría efectos inmediatos, pero sí mediatos (a través de la acción del juez *a quo*) en el procedimiento ante el TJUE. El Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre el particular, pero, a la vista de su doctrina relativa, en general, a la incidencia del ordenamiento interno en la potestad de los órganos jurisdiccionales nacionales de dirigirse al TJUE a través del artículo 267 del TFUE («se deben descartar las normas de Derecho nacional que impidan la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 177 [actual artículo 267] del Tratado»), es casi seguro que no aceptaría una previsión que hiciera, por ejemplo, de la retirada una conducta debida para el tribunal remitente³³.

Como señalara el Abogado General M. POIARES MADURO, el TJUE también podría suspender la tramitación en su seno del asunto hasta que finalice el procedimiento de apelación si éste tiene efectos suspensivos y si el órgano jurisdiccional remitente se lo ha notificado (la notificación se consideraría aquí una solicitud implícita de suspensión del procedimiento prejudicial); ahora bien, sigue observando el Abogado General, el TJUE proseguirá la tramitación si el órgano jurisdiccional remitente se lo solicita expresamente, y ello a pesar de los efectos que con arreglo al Derecho nacional pueda tener un recurso de apelación³⁴. Como puede apreciarse, de nuevo, hay que estar a la voluntad del juez del procedimiento principal, pieza clave en la aplicación judicial del Derecho de la UE.

A la vista de que la incidencia de los controles llevados a cabo por los órganos jurisdiccionales superiores al juez *a quo* en la tramitación de la cuestión prejudicial remitida al TJUE está condicionada, según estamos viendo, por la voluntad de aquél, es posible sostener que el juez *a quo* no sólo inicia el proceso, sino que, además, se configura como el incuestionable *dominus litis*, expresión que tomamos de R. BARENTS³⁵.

Una situación distinta a las analizadas hasta ahora se produce cuando los presupuestos fácticos que dieron lugar a la remisión prejudicial desaparecen. En tal caso, una vez tenga conocimiento de ello, el TJUE tendrá que declararse incompetente al amparo del artículo 100, apartado 2, del RP.TJ y ello aun cuando el tribunal remitente, lejos de retirarlas, pueda querer mantener sus cuestiones. El TJUE, en su jurisprudencia, ha identificado hasta el momento al menos dos situaciones que encajan en este marco. Por un lado, los supuestos de terminación de los procedimientos principales. Por otro, los casos en los que el auto de planteamiento es objeto de recurso ante la instancia superior, quien no se limita a pronunciarse

³² SSTJ as. *Rheinmülen II* y *Cartesio*, cit., f.j. 3 y ff.jj. 96-97, respectivamente.

³³ V. Conclusiones del Abogado General M. POIARES MADURO presentadas el 22.5.2008, as. *Cartesio*, puntos 17-21.

³⁴ Conclusiones presentadas el 22.5.2008, as. *Cartesio*, C-210/06, punto 16.

³⁵ *Directory of EU Case Law on the Preliminary Ruling Procedure*, Wolters Kluwer, 2009, p. 77.

sobre la pertinencia del planteamiento de la cuestión prejudicial, sino que entra a resolver el fondo del asunto.

En el asunto *Teresa Zabala* el Tribunal de Luxemburgo se enfrentó a la primera de las situaciones descrita (terminación del procedimiento principal que sirvió de escenario para la remisión prejudicial), a resultas del allanamiento de las partes en él. Informado por España de esta circunstancia, el TJUE preguntó al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco si, a pesar de ello, mantenía su cuestión prejudicial, a lo que éste respondió afirmativamente, por considerar que las cuestiones revestían una importancia que iba más allá del debate entre las partes. Tras recordar que la justificación de la remisión prejudicial y, por ende, de la competencia del TJUE no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio, el Tribunal se remitió al ordenamiento nacional para determinar si el allanamiento de una de las partes implica la terminación de los procedimientos principales (principio de autonomía procesal), añadiendo, acto seguido, a partir de la presunción de que así es, que: «[m]ientras que el órgano jurisdiccional de remisión no haya declarado que, con arreglo a su Derecho nacional, el allanamiento no ha implicado [la] terminación [de los procedimientos principales], el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales»³⁶.

El segundo supuesto (al que ya daba cabida la sentencia en el asunto *Cartesio*, cuando ponía de relieve que las normas de Derecho húngaro relativas al recurso de apelación contra una resolución acordando la remisión prejudicial se caracterizaban por el hecho de que la totalidad del asunto seguía sustanciándose ante el órgano jurisdiccional *a quo*, por ser únicamente aquélla objeto de una apelación limitada³⁷) es el caso en que la totalidad del asunto, como consecuencia de un recurso contra la resolución de remisión, deja de sustanciarse ante el juez *a quo* para pasar al juez *ad quem*, quien asume, pues, así, la resolución del litigio principal. Tales fueron los hechos en el asunto *Nationale Loterij*, donde, a resultas de la interposición de un recurso de apelación contra la resolución por la que el *Rechtbank van Koophandel te Hasselt* elevaba cuestión prejudicial al TJUE, el *Hof van Beroep te Antwerpen* zanjó por sí mismo el litigio entre las partes del procedimiento principal. Al TJUE le resultó sencillo constatar que el asunto había dejado, de este modo, de estar pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, lo cual le condujo a concluir, tras el debido recordatorio de su doctrina según la cual la justificación de la remisión prejudicial no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un contencioso, que no era ya, por lo tanto, precisa una respuesta a las cuestiones planteadas³⁸, y terminar marcando la diferencia con el asunto *Cartesio*: «De esta forma, aun a falta de revocación de la petición de decisión prejudicial por el órgano jurisdiccional remitente, al cual incumbe,

³⁶ STJ de 15.6.1995, as. *Teresa Zabala*, C-422 a 424/93, f.j. 30.

³⁷ STJ de 16.12.2008, as. *Cartesio*, C-210/06, ff.jj. 95 y 98.

³⁸ Auto TJ de 24.3.2009, as. *Nationale Loterij*, C-525/06, ff.jj. 9-10.

en principio, extraer las consecuencias de una sentencia dictada en un recurso de apelación contra la resolución por la que se acuerde plantear la cuestión prejudicial y, en particular, llegar a la conclusión de que debe ya mantener su petición de decisión prejudicial, ya modificarla, ya renunciar a ella (véase, en este sentido, la sentencia Cartesio, antes citada, apartado 96), en el presente caso, procede declarar que no ha lugar a responder a la citada cuestión»³⁹.

No queremos referirnos al tema de la impugnación de la resolución de planteamiento, sin tratar el caso español. En nuestro país la ausencia de una regulación específica en materia de recursos contra los autos de planteamiento de cuestiones prejudiciales ha dado pábulo a la discrepancia doctrinal. Algunos autores consideran, por similitud con el sistema previsto para la cuestión de inconstitucionalidad, que «no cabe recurso de ninguna clase» (según el *dictum* del artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)⁴⁰. Otros descartan el recurso de apelación ante el superior jerárquico en atención al carácter interlocutorio de los autos, pero entienden que sí podrían ser objeto de recursos no devolutivos, por tanto, ante el mismo órgano que dictó el auto de planteamiento, como: el recurso de reposición en el orden civil (artículos 451 y 452 Ley de Enjuiciamiento Civil), el recurso de súplica en el ámbito administrativo (artículo 79 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) y el recurso de reforma o queja en el orden penal (artículo 216 Ley de Enjuiciamiento Criminal)⁴¹. Por último, algún autor es de la opinión, por analogía con la cuestión prejudicial penal (artículo 41 Ley Enjuiciamiento Civil), que el auto ordenando la suspensión del litigio principal y elevando cuestión prejudicial también sería susceptible de un recurso de apelación⁴².

Lo que es evidente es que los recursos no devolutivos presentan una ventaja con respecto a los recursos de apelación en cuanto a la pacífica coexistencia de, por un lado, el principio de autonomía procesal de los Estados y, por el otro, el carácter igualmente autónomo de la competencia del juez *a quo* para someter un asunto al TJUE: si el recurso fuera estimado por el juez, éste, por coherencia, retirará inmediatamente la cuestión que previamente hubiese sometido; es más, si no fuera porque los plazos de resolución de estos recursos son muy breves, cabría esperar que el juez *a quo* comunicara al TJUE su interposición⁴³, solicitando la suspensión del procedimiento ya iniciado en Luxemburgo.

³⁹ F.j. 11.

⁴⁰ Así, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La cuestión prejudicial en el Derecho comunitario europeo*, Tecnos, 1994, p. 111.

⁴¹ IZQUIERDO SANS, C., «La cuestión prejudicial ante el TJUE», en M. Nogueira Guastavino y G. García Becedas (dirs.), *Lecciones de jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 879-901, pp. 887-888.

⁴² No lo descarta ALONSO GARCÍA, R., «Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional: a propósito del asunto Cartesio, STJCE de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06)», *REDE*, n.º 30, 2009, p. 208, nota 25.

⁴³ C. IZQUIERDO SANS considera que se trata de un período suficientemente corto como para no justificar la notificación al Tribunal (*op. cit.*, p. 888).

II. EL CONTROL DEL TJUE SOBRE LA DECISIÓN DE PLANTEAR CUESTIÓN PREJUDICIAL

1. La utilidad para el proceso principal como principio rector

Digamos desde el principio que el TJUE es claramente proclive al diálogo que pretenden entablar con él los jueces nacionales a través del artículo 267 del TFUE. En este sentido, el control que ejerce sobre la determinación de la necesidad y la pertinencia de la cuestión prejudicial, a los efectos de admitirla o no, es ciertamente débil.

No hay de qué sorprenderse. A la lealtad que preside las relaciones entre el Tribunal de Luxemburgo y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, hay que añadirle que, cuando se plantea una cuestión prejudicial, lo que está en juego es la recta aplicación del Derecho de la UE, un valor cuya salvaguarda los Tratados confían al TJUE (artículo 19 TUE).

Para empezar, el Tribunal aplica una *presunción de pertinencia* a las cuestiones prejudiciales que le llegan, con el argumento de que el juez *a quo* está mejor situado que él para apreciar la necesidad de la consulta a los jueces de Luxemburgo⁴⁴: «Corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia», declara reiteradamente el TJUE⁴⁵. Entiende de este modo el Tribunal que, ante una cuestión prejudicial, «está, en principio, obligado a pronunciarse»⁴⁶.

Sólo en casos excepcionales se quebraría esa presunción de pertinencia y el TJUE podría legítimamente negarse a responder a la cuestión planteada. Dichos supuestos de *inadmisibilidad de la cuestión prejudicial* no están previstos en las normas que rigen el funcionamiento interno de esta institución, sino que han ido siendo identificados por ella a lo largo del tiempo: «La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo está justificada cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza puramente hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho neces-

⁴⁴ Sobre la presunción de pertinencia de la que disfrutaban las cuestiones prejudiciales, v., en la jurisprudencia más reciente: STJ de 15.1.2013, as. *Krizan*, C-416/10, f.j. 54; STJ de 25.4.2013, as. *Jyske Bank Gibraltar*, C-212/11, f.j. 34; STJ de 30.5.2013, as. *Frayeh Halaf*, C-528/11, f.j. 29; STJ de 30.5.2013, as. *Arslan*, C-534/11, f.j. 34; STJ de 30.5.2013, as. *X*, C-651/11, f.j. 20; o, STJ de 19.12.2013, as. *Fish Legal*, C-279/12, f.j. 30.

⁴⁵ STJ de 25.4.2013, as. *Jyske Bank Gibraltar*, C-212/11, f.j. 33; STJ de 30.5.2013, as. *Frayeh Halaf*, C-528/11, f.j. 28; STJ de 30.5.2013, as. *Arslan*, C-534/11, f.j. 33; o, STJ de 4.6.2013, as. *ZZ*, C-300/11, f.j. 36.

⁴⁶ STJ de 15.1.2013, as. *Krizan*, C-416/10, f.j. 53; STJ de 26.2.2013, as. *Melloni*, C-399/11, f.j. 28; STJ de 25.4.2013, as. *Jyske Bank Gibraltar*, C-212/11, f.j. 33; STJ de 15.5.2003, as. *Salzmann*, C-300/01, f.j. 29; STJ de 30.5.2013, as. *Frayeh Halaf*, C-528/11, f.j. 28; o, STJ de 30.5.2013, as. *Arslan*, C-534/11, f.j. 33.

rios para responder útilmente a las cuestiones planteadas», resume el Tribunal⁴⁷. En realidad, todos los casos señalados remiten a situaciones ajenas al *casus operandi* que describe el artículo 267 del TFUE y son, pues, en esta medida, completamente lógicos.

La apreciación de estas circunstancias es, además, restrictiva, ya que no basta con que concurren, sino que, nótese bien las palabras del TJUE, es preciso que lo hagan de manera «evidente»; «patente» ha dicho también alguna vez⁴⁸.

Dado que el Tribunal adopta como posición de partida la admisibilidad de las consultas prejudiciales que le llegan, lo que ha de probarse es la concurrencia de alguna de las causas de inadmisibilidad recién referidas, concurrencia que debe ser, además, evidente; no siendo así, el TJUE entrará sin demora en el análisis del fondo. A título de ejemplo, cabe dar cuenta de dos casos de la práctica más reciente. Por un lado, en un asunto en el que se suscitaba la interpretación de la normativa *antitrust* de la UE en materia de contratos de franquicia, el Tribunal desestimó las alegaciones del Gobierno español cuestionando la admisibilidad de la cuestión prejudicial elevada por la Audiencia Provincial de Burgos, afirmando, en una argumentación parca donde las haya: «En el presente caso, no resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada por el órgano jurisdiccional remitente no sea necesaria para que este último resuelva el litigio de que conoce»⁴⁹. No muy distinta fue su forma de proceder en el asunto *SOA Nazionale Costuttori*, cuando, ante la pretensión de que la petición de decisión prejudicial fuese declarada inadmisibile porque no era pertinente para la resolución del litigio principal, toda vez que el órgano jurisdiccional remitente ya había declarado que la normativa nacional se hallaba justificada, el TJUE, sin adentrarse en análisis de ningún tipo, sentenció: «[E]n el presente asunto, no se deduce de manera evidente de los autos remitidos al Tribunal de Justicia que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada por el órgano jurisdiccional remitente no tenga relación alguna con el objeto del litigio, ni tampoco que el problema planteado por el órgano jurisdiccional nacional sea de naturaleza hipotética» y pasó a ocuparse del fondo⁵⁰.

El hecho de que la cuestión prejudicial tenga por objeto una disposición que ya ha sido interpretada por el TJUE no conlleva su inadmisibilidad (no sería, por tanto, un caso de pregunta de carácter hipotético)⁵¹. Como tampoco que la respuesta a la cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia del TJUE o no suscite ninguna duda razonable. En cualquiera de estos tres casos lo que podrá suceder es que el Tribunal decida, en cualquier momento y tras oír al

⁴⁷ Así, recientemente, STJ de 26.2.2013, as. *Melloni*, C-399/11, f.j. 29; STJ de 18.4.2013, as. *Mulders*, C-548/11, f.j. 27; STJ de 30.5.2013, as. *Frayeh Halaf*, C-528/11, f.j. 29; STJ de 30.5.2013, as. *Genil* 48, C-604/11, f.j. 26; STJ de 4.6.2013, as. *ZZ*, C-300/11, f.j. 36; STJ de 20.6.2013, as. *Impacto Azul*, f.j. 27; STJ de 18.7.2013, as. *Daiichi Sankyo*, C-414/11, f.j. 35; o, STJ de 19.12.2013, as. *Legal Fisch*, C-279/12, f.j. 30.

⁴⁸ STJ de 28.2.2013, as. *Beker*, C-168/11, f.j. 20.

⁴⁹ Auto TJ de 7.2.2013, as. *La Retoucherie*, C-117/12, f.j. 25.

⁵⁰ STJ de 12.12.2013, C-327/12, f.j. 22.

⁵¹ STJ de 30.5.2013, as. *Frayeh Halaf*, C-528/11, f.j. 30.

Abogado General, resolver mediante auto (artículo 99 RP.TJ)⁵². Refiriéndose a las circunstancias hoy contempladas en esta disposición, el TJUE ha sostenido en más de una ocasión: «dichas circunstancias no impiden en modo alguno a un órgano jurisdiccional nacional plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial y no hacen que el Tribunal de Justicia sea incompetente para pronunciarse sobre tal cuestión»⁵³. Siguiendo a C. IZQUIERDO SANS, cabe destacar que en los dos primeros casos referidos (que presuponen la previa existencia de una sentencia del TJUE) la resolución mediante auto presenta para éste, frente a la inadmisión, la ventaja de permitirle reforzar la autoridad de sus pronunciamientos, a los que se remitirá en la resolución⁵⁴.

Por poner algún ejemplo cercano en el tiempo, sí tendrán ese carácter de cuestiones generales o hipotéticas, las que se refieren a una disposición del Derecho de la UE que no entra en juego en el procedimiento principal⁵⁵ o a una normativa nacional que tampoco es aplicable⁵⁶ o las que suscitan si una determinada conducta sería posible suponiendo que una Decisión marco, transpuesta en un Estado miembro, no lo hubiese sido⁵⁷.

Pese a que la falta de indicaciones suficientes acerca del contexto fáctico o jurídico al que se enfrenta el juez *a quo* también podría determinar, según hemos comprobado, la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial, el TJUE tradicionalmente ha intentado corregir esta deficiencia por todos los medios, sirviéndose, con frecuencia, de otras fuentes de conocimiento, como la información que aportaban en sus observaciones escritas las partes en el litigio principal o la que salía a colación en el transcurso de la vista⁵⁸. Desde el año 2000 el artículo 101 del RP.TJ le faculta expresamente para pedir aclaraciones al juez remitente. Esta novedad procesal es doblemente ventajosa.

Para el TJUE supone un menor esfuerzo que intentar reconstruir, a partir de unos datos y otros, el escenario en el que se ha de mover en su contestación a la cuestión prejudicial.

⁵² El primer supuesto (identidad de la cuestión prejudicial a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto) fue introducido en el Reglamento de Procedimiento del TJCE en 1991 (*DOUE*, n.º L 241, de 17.8.1989); la exigencia inicial de que la cuestión planteada fuese «*manifiestamente idéntica*» a la anterior explica que el Tribunal no actuara al amparo de esta posibilidad hasta 1998 (Auto de 7.7.1998, as. *Béton Express*, C-405 a 408/96). Fue en el año 2000 cuando se suprimió la necesidad de que la identidad fuese «*manifiesta*» (*DOUE*, n.º L 122, de 24.5.2000; *DOUE*, n.º L 328, de 23.12.2000); el efecto fue inmediato: ese mismo año se estrenó la nueva previsión (Auto de 19.9.2000, as. *Bicakci*, C-89/00).

Los otros dos supuestos (la respuesta a la cuestión puede deducirse claramente de la jurisprudencia o no suscita ninguna duda razonable) fueron introducidos en el año 2000. Para dos ejemplos recientes, v., respectivamente, Auto TJ de 14.11.2013, as. *Banco Popular Español*, C-537/12 y C-116/13; y, Auto TJ de 21.3.2013, as. *Novontech-Zala*, C-324/12.

⁵³ STJ de 11.9.2008, as. *UGTRioja*, C-428 a 434/06, f.j. 43.

⁵⁴ «La cuestión prejudicial ante el TJUE», *op. cit.*, p. 889.

⁵⁵ STJ de 26.9.2013, as. *Texdata Software*, C-418/11.

⁵⁶ STJ de 26.2.2013, as. *Akerberg*, C-617/10, f.j. 42.

⁵⁷ STJ de 29.1.2013, as. *Radu*, C-396/11, f.j. 24.

⁵⁸ Como ejemplos de asuntos en los que el TJ recurrió a tales alegaciones para colmar las notables lagunas en la información contenida en la resolución de remisión, v. STJ de 3.3.1994, as. *Vaneveld*, C-316/93, f.j. 14; STJ de 17.5.1994, *Corsica Ferries*, C-18/93, f.j. 13; o, STJ de 22.12.2008, as. *Les Vergers du Vieux Tauves*, C-48/07, f.j. 19.

Para aquellos a quienes el artículo 23 del Estatuto del TJUE les permite presentar observaciones escritas la solicitud de aclaraciones al juez *a quo* también es más satisfactoria que la forma de proceder anterior, porque la respuesta del juez *a quo* a la petición de aclaraciones se les ha de notificar (artículo 101 RP.TJ), con lo que se acaba con la situación que se producía cuando el TJUE recurría a esas «otras» fuentes de información y llegaba a establecer el contexto fáctico y jurídico cuando aquéllos ya no podían intervenir en el procedimiento, momento en el cual quizá descubrían que un asunto en el que habían renunciado a intervenir por entender que no les afectaba, finalmente resultaba que sí podría hacerlo⁵⁹.

De todos modos, el nivel de detalle depende de «la naturaleza y el alcance de las cuestiones planteadas»⁶⁰. Así, ante cuestiones que tienen un alcance muy general, como puede ser la noción de «trabajador», aun cuando la petición pueda adolecer de lagunas por lo que hace tanto a la presentación de los hechos del asunto principal como a los fundamentos de Derecho, el TJUE puede disponer de suficientes elementos a fin de responder adecuadamente a las cuestiones⁶¹. Por el contrario, en un ámbito como es el Derecho de la competencia, que se caracteriza por unas situaciones de hecho y de Derecho complejas, los niveles de exigencia en la definición del contexto fáctico son superiores⁶².

El afán del TJUE por proporcionar una respuesta eficaz para la solución del litigio que el juez remitente debe dirimir⁶³ explica no sólo la tendencia aperturista en la fase de admisión de la cuestión prejudicial, que estamos comprobando, sino su forma posterior de proceder, en particular, cuando, aprovechándose del carácter no contencioso del procedimiento prejudicial, no duda en reformular las preguntas, alterar su orden, agruparlas, modificar su contenido y alcance, declararlas sin objeto, tomar en consideración disposiciones del Derecho de la UE no referidas en el escrito de remisión o incluso transformar una cuestión de interpretación en una de validez o a la inversa. Todo ello en aras a proporcionar al juez *a quo* una respuesta que le sea útil.

El TJUE hace uso de su capacidad para alterar la formulación de las preguntas cada vez que le interrogan acerca de la interpretación de las normas de Derecho interno o de su conformidad con el Derecho de la UE. En lugar de inadmitir la resolución de remisión, el Tribunal transforma siempre de oficio una pregunta planteada en estos términos en una pregunta acerca de si la previsión de que se trate del Derecho de la UE admite la lectura que acoge el or-

⁵⁹ V., sobre este particular, las Conclusiones del Abogado General N. WAHL, presentadas el 5.9.2013, as. *Venturini y otros*, C-159 a 161/12, puntos 58-62.

⁶⁰ STJ de 14.12.2006, as. *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, f.j. 29; o, STJ de 17.12.2008, as. *Raccanelli*, C-94/07, f.j. 26.

⁶¹ STJ de 17.12.2008, as. *Raccanelli*, C-94/07.

⁶² STJ de 14.12.2006, as. *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, f.j. 29.

⁶³ De acuerdo con el punto 8 de las *Recomendaciones* que venimos mencionando: «el objetivo del Tribunal de Justicia cuando se pronuncia sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión Europea es proporcionar una respuesta útil para la solución del litigio principal». Como en tantos otros puntos, las Recomendaciones retoman aquí la jurisprudencia del TJUE.

denamamiento nacional. Son ya clásicas las palabras del TJUE según las cuales: «Si bien no corresponde al Tribunal de Justicia, en un procedimiento promovido en virtud del artículo 267 TFUE, pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho de la Unión ni interpretar disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales, sí es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que pueda permitirle apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto del que esté conociendo»⁶⁴. Así, ante sendas cuestiones prejudiciales en las que el *Arbeidshof te Antwerpen* le preguntaba sobre la compatibilidad de una norma nacional, por un lado, con el artículo 46 bis del Reglamento 1408/71 y, por el otro, con los artículos 4 y 45 a 48 del TFUE, el TJ consideró que «hay que entender que las dos cuestiones prejudiciales —que procede analizar conjuntamente— tienen por objeto dilucidar, en esencia, si las disposiciones del Reglamento n.º 1408/71 —y más concretamente su artículo 46 bis— deben ser interpretadas en el sentido de que se oponen a la aplicación de una normativa de un Estado miembro que contiene una cláusula en virtud de la cual el importe de una pensión de viudedad percibida en ese Estado miembro se reduce como consecuencia del aumento de una pensión de vejez percibida en virtud de la legislación de otro Estado miembro, y si, en caso de respuesta negativa, el Derecho primario de la Unión, especialmente el artículo 4 TUE, apartado 3, y los artículos 45 a 48 TFUE, se oponen a la aplicación de tal normativa»⁶⁵.

A pesar de que en su sentencia en el asunto *Assedic Pas-de-Calais* el propio Tribunal afirmó que una modificación de la sustancia de las cuestiones prejudiciales debe considerarse incompatible con el papel que le otorga el actual artículo 267 del TFUE⁶⁶, lo cierto es que, como observa J. PALACIO GONZÁLEZ⁶⁷, luego no ha dudado (como tampoco lo había hecho antes) en transformar una cuestión prejudicial de interpretación en una de validez⁶⁸ o en tomar en consideración normas del Derecho de la UE a las que el juez nacional no se había referido en su petición⁶⁹. El asunto *Medipac-Kazantzidis* resulta especialmente elocuente de este último extremo. En su resolución de remisión el tribunal griego interrogaba al TJ acerca de la interpretación de la Directiva 93/36 sobre contratos públicos de suministro; el Tribunal entendió que, debido a su cuantía, el contrato escapaba al ámbito de aplicación de la citada Directiva, pero, en lugar de detenerse ahí, añadió que «una respuesta adecuada a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente» requería el examen de ciertos

⁶⁴ STJ de 6.3.2007, as. *Placanica y otros*, C-388, 359 y 360/04, f.j. 36; STJ de 10.11.2011, as. *Foggia-SGPS*, C-126/10, f.j. 29; o, STJ de 12.12.2013, as. *Direxta Alta Formazione*, C-523/12, f.j. 17.

⁶⁵ STJ de 7.3.2013, as. *Aldegonda van den Booren*, C-127/11, f.j. 27.

⁶⁶ STJ de 16.7.1998, C-235/95, f.j. 26.

⁶⁷ *Derecho procesal y del contencioso comunitario*, Aranzadi, 2000, p. 234.

⁶⁸ Como ejemplos cabría referir las STJ de 14.6.1990, as. *Weiser*, C-37/89, ff.jj. 11-18; STJ 7.9.1999, as. *De Haan*, C-61/98; o, STJ de 12.12.2002, as. *Cipriani*, C-395/00, ff.jj. 41-54. La práctica del Tribunal ofrece también supuestos en los que responde a cuestiones prejudiciales de validez procediendo a la interpretación de la medida impugnada (STJ de 18.3.1975, as. *Denka*, 78/74).

⁶⁹ STJ de 27.3.1990, as. *Bali Pennacchiotti*, C-315/88, f.j. 10; STJ de 18.11.1999, as. *Teckal*, C-107/98, f.j. 39; o, STJ de 7.12.2000, as. *Telaustria y Telefonadress*, C-324/98, f.j. 59.

principios generales aplicables a los contratos públicos, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia y, en atención a ello, acordó la admisión de la petición de decisión prejudicial y dio respuesta a las cuestiones planteadas⁷⁰.

Cualquiera de las dos conductas referidas en el párrafo anterior es susceptible de menoscabar la posición de los interesados del artículo 23 del Estatuto del TJUE. En efecto, éstos pueden decidir no formular observaciones escritas cuando creen que lo que está en juego en el procedimiento es la determinación del sentido o del alcance de una previsión de la UE o cuando están convencidos de que la cuestión será inadmitida pues la norma objeto de la cuestión prejudicial claramente no resulta de aplicación y más adelante, cuando están ya fuera de plazo para intervenir, se encuentran con que el TJUE ha convertido la cuestión de interpretación en una cuestión de validez o ha dado entrada a otras previsiones del Derecho de la UE y algo habrían querido poder decir al respecto, de haberlo sabido antes. El Tribunal no ha hecho oídos sordos a las críticas que le llegaron desde fuera por este motivo y de las que él mismo incluso llegó a hacerse eco en alguno de sus pronunciamientos⁷¹. Sin renunciar a esta facultad, ha intentado hacer compatible su ejercicio con la posición de los interesados del artículo 23 del Estatuto. En este sentido, en el nuevo Reglamento de Procedimiento del que se dotó en septiembre de 2012⁷² ha reconocido, en el mismo precepto que reitera (citando la disposición mencionada del Estatuto) quiénes están autorizados para presentar observaciones ante él, que «[e]l hecho de no haber participado en la fase escrita del procedimiento no impedirá participar en la fase oral» (artículo 96, apartado 2, RP.TJ). Podrán, por tanto, incorporarse al procedimiento, participando en la vista y formulando allí oralmente sus alegaciones. Es más, si bien, tal y como recuerda el propio TJUE en la *Guía para los abogados y representantes de las partes*, «el tiempo de intervención en la vista está estrictamente limitado», por lo que se «recomienda encarecidamente la presentación de observaciones escritas»⁷³, el TJUE también admite que tendrá en cuenta que ése puede ser el único momento que tienen los interesados para «expresar su opinión sobre datos nuevos»⁷⁴.

El modo de obrar del Tribunal de Luxemburgo hasta ahora analizado (limitación de las causas que le llevarán a declararse incompetente, recurso al auto —y no la mera inadmisión— ante cuestiones prejudiciales que no deberían haberse planteado porque su respuesta es evidente o resulta de la jurisprudencia del TJUE, afán por establecer el contexto al que se enfrenta el juez *a quo*, reformulación de las cuestiones, etc.) se inspira fundamentalmente en el principio según el cual el Tribunal debe prestar al órgano jurisdiccional remitente toda la ayuda posible, dándole una respuesta que le permita dictar sentencia. Pero éste, tal y como adelantábamos desde un principio, no es el único principio rector.

⁷⁰ STJ de 14.6.2007, C-6/05, esp. ff.jj. 30-36.

⁷¹ STJ de 16.7.1998, as. *Assedic Pas-de-Calais*, C-235/95, f.j. 26.

⁷² *DOUE*, n.º L 265, de 29.9.2012.

⁷³ P. 16 de la *Guía*, que se puede consultar en la página web del TJ: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/txt9_2008-09-25_11-33-43_145.pdf.

⁷⁴ *Guía*, p. 26.

2. La presencia del interés objetivo de la UE

Pese a la insistencia en que la sentencia prejudicial ha de atender a las necesidades del juez del procedimiento principal, no cabe ignorar la presencia de consideraciones de interés general, que trascienden el caso concreto al que se enfrenta aquél, para dar entrada al interés objetivo de la UE. Puede que no hubiese de qué sorprenderse si tenemos en cuenta que la razón de ser del mecanismo de la cuestión prejudicial es garantizar que el carácter descentralizado de su aplicación judicial no comprometa la uniformidad del Derecho de la UE, que es un evidente interés general para ésta.

Las *Recomendaciones* del TJUE a los órganos jurisdiccionales nacionales varias veces mencionadas a lo largo de la presente contribución dan entrada a este elemento. En particular, al referirse a la decisión de presentar una cuestión prejudicial, indican que «una remisión prejudicial puede resultar especialmente útil cuando se suscite una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión»⁷⁵. De este modo, se pide al juez nacional que mire más allá del asunto en el que se ve implicado y tenga en mente el interés del Derecho de la UE como tal. Esta indicación llama a la autolimitación, ya que invita a los tribunales nacionales a que tomen en consideración, a la hora de decidir si plantear o no una cuestión prejudicial, si ésta tiene una entidad que así lo reclame. Enlaza, pues, con las interesantísimas consideraciones que hiciera el Abogado General F. JACOBS en sus conclusiones en el asunto *Wiener S.I.*, al hilo (conviene apuntarlo para apreciar de qué estamos hablando) de una cuestión prejudicial que había sido remitida al TJUE acerca de la clasificación arancelaria que corresponde a los camiones, pese a la existencia de jurisprudencia relativa a los pijamas, que aparentemente podía trasladarse sin dificultad al caso⁷⁶.

Pero el componente objetivo, presente o que se pretende que esté presente en el juicio de pertinencia que lleva a cabo el juez *a quo*, concurre en mayor medida en la conducta del TJUE. Cabe, a este respecto, destacar, en primer lugar, su disposición a interpretar bien previsiones de los ordenamientos internos de los Estados miembros que extienden el ámbito de aplicación de la normativa de la UE a situaciones no cubiertas por ésta⁷⁷, bien disposiciones contractuales que hacen lo propio⁷⁸. Supuestos, ambos, en los que, con el argumento de que el objeto de su interpretación son, a la postre, las disposiciones de la UE (si bien incorporadas por referencia), el Tribunal se declara competente para atender la cuestión prejudicial recibida, en atención a la concurrencia de un «interés comunitario» en que las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la UE reciban una interpretación uniforme cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse: «[E]xiste un interés

⁷⁵ Punto 13.

⁷⁶ Conclusiones presentadas el 10.7.1997, C-338/95, puntos 8-21.

⁷⁷ Para ejemplos, v. STJ de 29.4.2004, as. *British American Tobacco*, C-222/01; STJ de 16.3.2006, as. *Poseidon Chartering*, C-3/04; o, Auto TJ de 16.4.2008, as. *Club Náutico de Gran Canaria*, C-186/07.

⁷⁸ Así, STJ de 25.6.1992, as. *Federconsorzi*, C-88/91; o, STJ de 12.11.1992, as. *Fournier*, C-73/89.

manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cuando, para resolver una situación que no está comprendida en el ámbito de aplicación del acto de la Unión de que se trata, una normativa nacional se atiene a las soluciones aplicadas por dicho acto, con el fin de garantizar un tratamiento idéntico de las situaciones internas y las que se rigen por el Derecho de la Unión, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión», recordaba hace poco el TJUE⁷⁹.

Es cierto que el Tribunal no acepta siempre y en todo caso responder a las cuestiones prejudiciales que le llegan en estos contextos, sino que ha establecido como condición que la remisión al ordenamiento de la UE por parte del Derecho nacional (o de la previsión contractual de que se trate) sea directa e incondicional y que su pronunciamiento sea vinculante para el órgano jurisdiccional remitente⁸⁰. Pero estos requisitos no suponen que el TJUE obvie los intereses de la UE; todo lo contrario. Lo que persiguen es evitar que el valor de sus sentencias pueda verse socavado o que el Tribunal proyecte una imagen de órgano de naturaleza consultiva, cosa que no es. Siguiendo a E. GIPPINI FOURNIER⁸¹, ¿cómo no acordarse aquí de las consideraciones del TJUE vertidas en el Dictamen 1/91, según la cuales «es imposible admitir que las respuestas que este Tribunal de Justicia dé a los órganos jurisdiccionales de los Estados de la AELC tengan un efecto puramente consultivo y carezcan de efecto vinculante. Tal situación desvirtuaría la función del Tribunal de Justicia, tal como la concibe el Tratado CEE, es decir, la de un órgano jurisdiccional cuyas sentencias son de obligado cumplimiento. Incluso en el caso, muy especial, del artículo 228 [actual artículo 300 TFUE], el dictamen del Tribunal de Justicia está dotado del efecto obligatorio precisado en dicho artículo»⁸²?

El interés objetivo de la UE vuelve a salir a colación, más allá de la fase de admisión, cuando el TJUE transforma una cuestión prejudicial de interpretación en una cuestión de validez⁸³ o, en el marco de cuestiones prejudiciales *ab initio* de validez, cuando el TJUE toma en consideración causas de ilegalidad distintas a las suscitadas por el juez remitente⁸⁴. Y ello incluso, como veíamos, aun cuando la posición de los legitimados para presentar observaciones escritas ex artículo 23 del Estatuto del TJUE pudiera quedar en entredicho. El Tribunal consideraba que había otro bien jurídico merecedor de mayor protección: la de-

⁷⁹ STJ de 7.11.2013, as. *Romeo*, C-313/12, f.j. 22.

⁸⁰ Así, STJ de 7.1.2003, as. *BIAO*, C-306/99, ff.jj. 92-93; STJ de 14.12.2006, as. *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, f.j. 21; o, STJ de 22.12.2008, as. *Les Vergers du Vieux Tauves*, C-48/07, ff.jj. 23-25.

⁸¹ «Límites funcionales al procedimiento prejudicial: Comentario a las sentencias relativas al asunto *Arsenal*», RDCE, n.º 21, 2005, pp. 553-581, pp. 569-571.

⁸² Dictamen 1/91 (*Proyecto de Acuerdo sobre la creación del Espacio Económico Europeo*), de 14.12.1991, f.j. 61.

⁸³ V. nota 68.

⁸⁴ STJ de 7.7.1981, as. *Rewe*, 158/80, ff.jj. 18-27.

puración del ordenamiento jurídico de la UE a través de la identificación de disposiciones viciadas, que habrán de permanecer inaplicadas hasta su derogación por la institución autora. Un bien, vinculado al principio de legalidad, y que claramente responde a un interés objetivo del Derecho de la Unión.

De acuerdo con lo que estamos pudiendo constatar, el interés general no ha venido a sustituir al principio de utilidad para el juez *a quo* como principio informador de la actuación del TJUE en el marco del artículo 267 TFUE⁸⁵. Lo que ha hecho ha sido sumarse a él para ampliar (que no reducir) la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia. No era, ciertamente, lo que pretendía el Abogado General F. JACOBS en sus conclusiones en el asunto *Wiener* a las que antes se ha hecho alusión...

El fuerte apego del TJUE a las necesidades y al concreto contexto fáctico y jurídico del procedimiento principal, ¿no revela, acaso, una cierta desconfianza hacia los órganos jurisdiccionales nacionales, que serán *domini* del procedimiento iniciado ante el Tribunal de Luxemburgo, pero a quienes éste, por si acaso, prefiere guiar muy de cerca? Es más, ¿hasta qué punto unas sentencias prejudiciales interpretativas tan vinculadas a las particulares circunstancias del caso pueden verse reconocido el alcance *erga omnes* que desde siempre ha predicado el TJUE de sus pronunciamientos⁸⁶?

⁸⁵ H.G. SCHERMERS y D.F. WAELBROECK ponen de manifiesto que «the case-law of the Court of Justice is developing in the direction of giving interpretations for the specific case at hand. If the questions», constatan estos autores, «are general and abstracts, the Court of Justice does not hesitate to look at the facts and to answer the question in the specific context of the case» (*Judicial Protection in the European Union*, Kluwer, La Haya, 6.º ed., 2001, p. 239).

⁸⁶ STJ de 27.3.1963, as. *Da Costa*, 28 a 30/62.

La autonomía de la cuestión prejudicial europea ante el Derecho interno

Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena

Sumario: I. Introducción. II. La facultad del Juez nacional de plantear la cuestión prejudicial ante el Derecho procesal nacional. II.1. La facultad de plantear la prejudicial ante la norma procesal nacional que vincula a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior. II.2. La facultad de plantear la cuestión prejudicial ante la decisión judicial que resuelve la impugnación contra la decisión de plantearla. II.3. La facultad de plantear la remisión prejudicial ante la obligación del Juez nacional de inaplicar una norma contraria al Derecho de la Unión. II.4. La facultad (y, en su caso, la obligación) del Juez nacional de plantear la cuestión prejudicial ante la dinámica de los procesos ante la jurisdicción constitucional (remisión al siguiente apartado). III. La autonomía de la cuestión prejudicial en el ámbito de la jurisdicción constitucional. III.1. La autonomía de la cuestión prejudicial ante la obligación del Juez nacional de promover un control incidental de constitucionalidad. III.2. La autonomía de la cuestión prejudicial ante la obligación del Juez nacional de inaplicar la ley nacional contraria al Derecho de la UE. III.3. La autonomía de la cuestión prejudicial ante la obligación de priorizar la misma sobre el control incidental de constitucionalidad. III.4. La relevancia constitucional interna de la cuestión prejudicial y su influencia en la autonomía de ésta. IV. La cuestión prejudicial ante la facultad del Juez nacional de plantear la opinión consultiva del Protocolo n.º 16 del CEDH.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 267 TFUE (ex 234 TCE, originariamente art. 177 TCEE) atribuye competencia al Tribunal de Justicia (TJ) para pronunciarse con carácter prejudicial tanto sobre la interpretación de los Tratados y de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión como sobre la validez de esos actos. Este artículo dispone, en su párrafo segundo, que un órgano jurisdiccional nacional «podrá» pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión prejudicial si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo, y en su párrafo tercero, que estará «obligado» a hacerlo cuando sus decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.

De la lectura del artículo se deriva claramente que la facultad o, en su caso, la obligación del Juez nacional de interponer la cuestión prejudicial es una situación estipulada no por el Derecho interno, sino por el Derecho Europeo (y además, por una norma directamente aplicable). Y por tanto, ni esa facultad ni esa obligación judicial pueden estar condicionadas o limitadas por el ordenamiento interno.

Es sabido que el ordenamiento interno no puede contener normas que contradigan el Derecho de la Unión, y por tanto, tampoco el art. 267 TFUE. Pero es evidente, asimismo, que la praxis relativa al planteamiento de la cuestión prejudicial puede ser muy compleja y que, en no pocas ocasiones, van surgiendo las dudas o los problemas acerca de si es posible o no combinar o conjugar y con qué límites esa facultad u obligación judicial de plantearla con algunas normas internas, especialmente de carácter procesal, que parecen atenazarlas. Y el hecho es que desde hace tres décadas el TJ viene dictando una serie de interesantes sentencias, algunas muy recientes, que han ido acotando y fijando algunas reglas clarificadoras a este respecto¹.

El objetivo de este trabajo, titulado «la autonomía de la cuestión prejudicial respecto al Derecho interno», reside, precisamente, en analizar, a la luz de esa jurisprudencia y de la doctrina académica, ese margen de actuación del Juez nacional en la petición prejudicial propiciado por el Derecho europeo, identificando lo que puede y no puede hacer ante ello el ordenamiento interno.

A la hora de enfocar y desarrollar mejor esta tarea vamos a distinguir tres apartados de estudio. En primer lugar, aludiremos a los principales problemas, derivados del Derecho interno, con los que se ha encontrado la «facultad» del Juez nacional de plantear la cuestión prejudicial (segundo párrafo del art. 267 TFUE), señalando la jurisprudencia del TJ al respecto; posteriormente, nos centraremos en la relación, a veces problemática, entre la autonomía de la cuestión prejudicial y los procesos ante la jurisdicción constitucional; y finalmente, haremos un brevísimo apunte de dicha autonomía prejudicial en relación con la novedosa figura de la opinión consultiva creada por el Protocolo 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

II. LA FACULTAD DEL JUEZ NACIONAL DE PLANTEAR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL DERECHO PROCESAL NACIONAL

Según recuerda de forma reiterada la jurisprudencia del TJ fundamentada en el art. 267 TFUE, «los órganos jurisdiccionales nacionales ostentan una amplísima facultad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plan-

¹ Cfr. al respecto, entre otros recientes: R. ALONSO, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 3.ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 195 y ss.; M. CIENFUEGOS MATEO, «Juez nacional - Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial», en J.M. BENEYTO PÉREZ (Dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo V: Sistema jurisdiccional de la UE*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 549 y ss., espec. pp. 587-588 ó 603-604; (así como la bibliografía citada en estos estudios).

tea cuestiones que versan sobre la interpretación o la apreciación de la validez de las disposiciones de Derecho comunitario que precisan una decisión por su parte» para la resolución del litigio del que conocen.² Una facultad que, dicho sea de paso, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden ejercerla en cualquier fase del procedimiento que estimen apropiada³.

A tenor de lo que se observa en la propia jurisprudencia del TJ, la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales que no resuelven en última instancia para activar la cuestión prejudicial se ha encontrado, en ocasiones, atenazada o condicionada por diversas reglas recogidas por el ordenamiento procesal nacional, condicionamientos que ha tenido que conjurar o neutralizar el TJ, viniendo a fortalecer, haciéndola casi intocable o absoluta, aquella facultad. Un análisis de estos casos resueltos por el Tribunal de Luxemburgo nos permitirá profundizar en el carácter de esa facultad del Juez nacional a la hora de plantear la cuestión prejudicial y, por ende, en la extensión de la autonomía de esta figura frente al Derecho interno.

Echando un vistazo a la jurisprudencia del TJ al respecto hemos identificado, al menos, cuatro situaciones o supuestos procesales nacionales en los que, viéndose envuelta la facultad judicial de plantear la prejudicial, ha tenido que entrar el TJ para identificar y neutralizar eventuales ataques contra la misma.

Dichos supuestos, que pasamos a comentar brevemente, son los siguientes: (1) cuando la facultad de plantear la prejudicial se encuentra ante la norma procesal nacional que vincula a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior; (2) cuando la facultad de plantear la cuestión prejudicial se topa con la impugnabilidad de los autos de planteamiento, o si se quiere, ante la decisión judicial que resuelve la impugnación contra la decisión de plantearla; (3) cuando la facultad de plantear la remisión prejudicial se encuentra ante la obligación del Juez nacional de inaplicar una norma contraria al Derecho de la Unión; y (4) finalmente, cuando la facultad (y, en su caso, la obligación) del Juez nacional de plantear la cuestión prejudicial europea entra en contacto con la dinámica de la jurisdicción constitucional (especialmente con el control incidental de constitucionalidad y la obligación judicial —existente en algunos países— de «activar» o promover ese control incidental ante el TC). Analizaremos de forma diferenciada este cuarto supuesto, y las situaciones que engloba el mismo, dentro del segundo apartado general (epígrafe III).

² STJ de 22 de junio de 2010, A. *MELKI* y S. *ABDELI*, as. acumulados C-188/10 y C-189/10, apdo. 41 (recordando, al respecto, jurisprudencia propia previa, en concreto las SSTJ: de 16 de enero de 1974, *RHEIN-MÜHLEN-DÜSSELDORF* (conocida como *Rheinmühlen I*), 166/73, Rec. p. 33, apartado 3; de 27 de junio de 1991, *MECANARTE*, C-348/89, Rec. p. I-3277, apartado 44; y de 16 de diciembre de 2008, *CARTESIO*, C-210/06, Rec. p. I-9641, apartado 88; de 5 de octubre de 2010, as. *ELCHINOV*, C-173/09, apartado 26; o M. *HUET*, de 8 de marzo de 2012, C-251/11, apdo. 24).

³ STJ *MELKI Y ABDELI*, *cit.*, apartados 52 y 57. Y, una vez planteada, el TJ mantendrá su competencia al respecto en tanto el Juez nacional no le comunique que ha sido revocada su decisión de remisión prejudicial, esto es, mientras exista petición prejudicial (STJ de 9 de marzo, as. *SIMMENTHAL*, 106/77, p. 629).

II.1. La facultad de plantear la prejudicial ante la norma procesal nacional que vincula a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior

El punto de partida establecido por el TJ al respecto, en concreto en la famosa y ya señalada Sentencia *Rheinmühlen-Düsseldorf I*, consiste en que «una norma de Derecho nacional, que vincule a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior, no puede privar a aquéllos de la facultad de someter al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación del Derecho comunitario al que se refieran tales valoraciones jurídicas»⁴. Y continúa señalando que, en efecto, ese órgano jurisdiccional nacional que no resuelve en última instancia «debe tener la libertad de someterle las cuestiones que le preocupan, si considera que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria al Derecho de la Unión»⁵. De lo contrario, deduce el Tribunal, si el Juez nacional cuyas resoluciones son recurribles estuviera vinculado sin poder someter la cuestión al Tribunal de Justicia, la competencia de éste para resolver con carácter prejudicial, y la aplicación del Derecho comunitario en todos los grados de los sistemas jurisdiccionales nacionales quedarían obstaculizadas⁶.

Siguiendo las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón en el caso *Elchinov*, presentadas el 10 de junio de 2010, puede decirse que ésta es una proclamación que supuso «un importante respaldo para la fuerza normativa del Derecho de la Unión, que desde entonces recibía, por este cauce, la posibilidad de imponerse frente a una sentencia de un tribunal superior cuya doctrina vinculaba a la instancia. Aunque la dicción alude únicamente a la facultad de la instancia de plantear la cuestión prejudicial, es obvio que tal planteamiento se realiza a fin de, en su caso, desoír los dictados de la sentencia del tribunal supe-

⁴ De 16 de enero de 1974, 166/73, apartado 4 (énfasis añadido). Si bien, «la situación sería distinta si las cuestiones formuladas por el órgano jurisdiccional que no resuelve en última instancia fueran materialmente idénticas a las ya planteadas por el órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia» (*ibid.*, segundo párrafo). Cabe recordar que la cuestión prejudicial que planteaba el órgano jurisdiccional remitente (Bundesfinanzhof) consistía en si el art. 177 (2) del TCE [hoy: 267 (2) TFUE] «confiere "a los órganos jurisdiccionales nacionales que no resuelven en última instancia un derecho absolutamente ilimitado de someter un asunto al Tribunal de Justicia" o sobre si hay que estimar "que este artículo no afecta a las normas de Derecho interno en sentido contrario, que vinculan a dichos órganos jurisdiccionales a la valoración jurídica del órgano jurisdiccional de rango superior"». Se trata de una cuestión planteada en el marco de un proceso seguido contra una resolución recaída en un incidente sustanciado ante el Finanzgericht de Hesse, el cual solicitó al Tribunal de Justicia una interpretación de las disposiciones del Reglamento n.º 19 del Consejo (DO 1962, 30, p. 933) para poder resolver un litigio devuelto por el Tribunal de Casación, el Bundesfinanzhof, que había anulado una sentencia anterior del Finanzgericht (*vid. apdo. 1 de la Sentencia*).

⁵ *RHEINMÜHLEN I*, apartado 4, tercer párrafo (énfasis añadido); *CARTESIO*, *cit.*, apartado 94; STJ de 9 de marzo de 2010, *ERG y otros*, C-378/08, apartado 32; *MELKI Y ABDELL*, *cit.*, apartado 42; *ELCHINOV*, *cit.*, apartado 27; *STH BERICAP ZÁRÓDÁSTECHNIKAI BT*, de 15 de noviembre de 2012, C-180/11, apartado 55.

⁶ *RHEINMÜHLEN I*, apdo. 4, cuarto párrafo.

rior». De manera que, «*Rheinmühlen I* introducía así una suerte de *control descentralizado de comunitariedad, no frente a normas, sino frente a resoluciones judiciales*»⁷.

Treinta y cinco años más tarde, la Sentencia *Elchinov*⁸, tras recordar y confirmar lo establecido en *Rheinmühlen I* y su progenie jurisprudencial⁹, añadirá que ese juez nacional que haya ejercido la facultad que le otorga el artículo 267 (2) TFUE está vinculado, a la hora de resolver el litigio principal, por la interpretación de las disposiciones de que se trate realizada por el Tribunal de Justicia¹⁰, debiendo, en su caso, «dejar de lado las valoraciones del

⁷ [Y según continúa el mencionado Abogado General] «En efecto, los jueces de instancia cuyas resoluciones resultaban anuladas por un tribunal superior podían, con invocación de esta doctrina y en los casos en los que el asunto les era devuelto, ignorar dicha anulación cuando ésta, en su criterio, fuera contraria al Derecho de la Unión. En el conflicto entre la autonomía procesal nacional y la oportunidad, que así se reabría, de afirmar la primacía del Derecho europeo, se daba prioridad a esta última» (apartados 20 y 21 de las Conclusiones; énfasis añadido).

⁸ De 5 de octubre de 2010, C-173/09. La cuestión prejudicial, clave a nuestros efectos, que se planteaba por el Juez nacional volvía a ser si, dado el principio de autonomía procesal nacional, «¿debe el órgano jurisdiccional nacional tener en cuenta las observaciones vinculantes que le ha formulado un tribunal superior en el marco de la anulación de su resolución y de la remisión de los autos para un nuevo examen, cuando existen motivos para suponer que estas observaciones son contrarias al Derecho comunitario?».

⁹ Apartados 25-27 de la Sentencia. Para una posición opuesta véanse las mencionadas e interesantes Conclusiones Generales del Abogado General Cruz Villalón en el caso (espec. apartados 19-40). En las mismas se planteaban dudas sobre la aplicabilidad en la actualidad de la Jurisprudencia *RHEINMÜHLEN I* (salvo para casos como el que se da en la STJ *CARTESIO* que luego veremos) dada, entre otras razones, la irrupción relativamente reciente de una importante jurisprudencia sobre la relación entre la justicia de la Unión y los tribunales nacionales [acerca de la posibilidad de acudir a una acción de responsabilidad patrimonial del Estado por acto judicial (de 30 de septiembre de 2003, *KÖBLER*, C-224/01, Rec. p. I-10239); la revisión de oficio del acto que confirmó la sentencia ilegal (de 13 de enero de 2004, *KÜHNE & HEITZ*, C-453/00, Rec. p. I-837); el recurso por incumplimiento del Estado miembro derivado de resolución jurisdiccional (de 9 de diciembre de 2003, *COMISIÓN/ITALIA*, C-129/00, Rec. p. I-14637); sin olvidar la que no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas de procedimiento internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario para la decisión en cuestión (de 16 de marzo de 2006, *KAPFERER*, C-234/04, Rec. p. I-2585); o la jurisprudencia relativa a los principios de equivalencia y efectividad]. Para el Abogado General es evidente que las instancias judiciales superiores de los Estados miembros se han convertido en actores determinantes en la supervisión de la recta aplicación del Derecho de la Unión, pero también, a su vez, que estos tribunales de última instancia comienzan a responder directamente por sus resoluciones contrarias al Derecho de la Unión. Y desde el momento en que un tribunal supremo nacional debe responder ante el justiciable a través de los remedios que vienen impuestos por el Derecho de la Unión, en concreto por la jurisprudencia que se acaba de señalar, «pierde correlativamente sentido el que los tribunales inferiores que deben aplicar la resolución dictada por el tribunal superior acaso contraria al Derecho de la Unión, pero firme, preserven su facultad de ignorarla allí incluso donde su Derecho interno no se lo permite. En mi opinión, la autonomía procesal de los Estados miembros, en particular en elementos tan sensibles como los que comentamos, recupera su razón de ser cuando la efectividad del Derecho de la Unión comienza decididamente a estar protegida a través de otros cauces» (apartado 28).

¹⁰ Tras traer a colación, en el apartado 29, que «una sentencia dictada con carácter prejudicial por el Tribunal de Justicia vincula al juez nacional, por cuanto atañe a la interpretación o a la validez de los actos de las instituciones de la Unión de que se trate, para la resolución del litigio principal (véanse, en particular, las sentencias de 24 de junio de 1969, *Milch-, Fett- und Eierkontor*, 29/68, Rec. p. 165, apartado 3; de 3 de febrero de 1977, *Benedetti*, 52/76, Rec. p. 163, apartado 26; auto de 5 de marzo de 1986, *Wünsche*, 69/85, Rec. p. 947, apartado 13, y sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Fazenda Pública*, C-446/98, Rec. p. I-11435, apartado 49)».

órgano jurisdiccional superior si, habida cuenta de la antedicha interpretación, estima que las referidas valoraciones no son compatibles con el Derecho de la Unión»¹¹.

Y continuando por esta senda, la reciente Sentencia al asunto *Križan y otros*¹², destacará, a su vez, tras reiterar la doctrina *Rheinmühlen I*, que ese Juez nacional conserva la mencionada facultad incluso cuando una norma nacional le obliga a seguir la valoración jurídica formulada por el Tribunal Constitucional, en este caso, el eslovaco, debiendo dejar de lado las valoraciones de éste si resultan contrarias al Derecho de la Unión. En concreto, como señaló el TJ, «el artículo 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, como el tribunal remitente, está obligado a plantear de oficio ante el Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial incluso cuando se pronuncia tras la devolución de los autos a raíz de la casación de su primera resolución por parte del Tribunal Constitucional del Estado miembro de que se trata y cuando una norma nacional le obliga a resolver el litigio siguiendo la apreciación jurídica formulada de este último tribunal»^{13, 14}.

¹¹ Apartado 30 de la Sentencia. Por lo demás, el Tribunal terminará reiterando, en la línea con la jurisprudencia *SIMMENTHAL*, la obligación del órgano jurisdiccional nacional que actúa como Juez comunitario de garantizar la plena eficacia de estas disposiciones debiendo dejar inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición nacional contraria, también si se trata de normas procesales nacionales, sin solicitar o esperar la derogación previa de dicha disposición nacional por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (apartado 31 de la Sentencia). Véase al respecto, asimismo, lo dicho *infra* apartado II.3.

¹² De 15 de enero de 2013, C-416/10.

¹³ Apartado 73 de la Sentencia. Con antelación, sobre la obligación de inaplicar normas nacionales contrarias a Derecho comunitario, «independientemente de la decisión del tribunal constitucional nacional de posponer la pérdida de vigencia de esas disposiciones, declaradas inconstitucionales»: STJ *FILIPIAK*, de 19 de noviembre de 2009, C-314/08, apartado 85. Cabe recordar, también, la STJ de 22 de junio de 2011, as. *LANDTOVÁ* (C-399/09), en la que el TJ, de forma expresa y directa, declaró contraria al Derecho de la Unión una doctrina del TC checo —sobre pensiones de jubilación—, que fue cuestionada por vía prejudicial por el Tribunal Supremo Administrativo Checo. Y puede ser interesante traer a colación, asimismo, la Sentencia del TJ de 7 de septiembre de 2006, A. *CORDERO ALONSO*, C-81/05, que resolvía un asunto en «contra» de lo previamente estipulado al respecto por el TC español (STC 306/1993, de 25 de octubre de 1993), con el dato interesante de que el órgano judicial nacional planteó la prejudicial a pesar de la previa existencia de la mencionada resolución del Tribunal Constitucional al respecto. En concreto, la mencionada STC tenía confirmada la constitucionalidad ex 14 CE del art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, relativo al régimen indemnizatorio del FOGASA en una situación de insolvencia del empresario, el cual consideraba que el trato diferenciado en las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo entre las reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial y las establecidas por sentencia judicial no vulneraba el artículo 14 CE por cuanto no existe un tratamiento diferenciado de situaciones idénticas. Pese a todo, años más tarde, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León planteará una prejudicial sobre dicha regulación y el TJ establecerá, sin embargo, que esas indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial deben recibir el mismo trato que las establecidas por sentencia judicial.

¹⁴ Se comenta en este sentido, que esta modulación del principio de jerarquía procesal que produce la jurisprudencia *RHEINMÜHLEN I* contribuye o es una manifestación más [junto a la relativización del efecto preclusivo de los plazos (STJ de 25 de julio de 1991, *EMMOT*, C-208/90) o la reconfiguración del principio rogado (STJ de 14 de diciembre de 1995, *PETERBROECK*, C-312/93), entre otros], de un fenómeno de «deconstrucción del derecho procesal estatal» que viene generado por el Derecho europeo (M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «la autonomía del ordenamiento de la Unión y las “funciones esenciales” de su sistema jurisdiccional», *Teoría y Realidad Constitucional*, 32, 2013, p. 253).

II.2. La facultad de plantear la cuestión prejudicial ante la decisión judicial que resuelve la impugnación contra la decisión de plantearla

El punto de partida de esta situación lo da la conocida como jurisprudencia *Rheinmühlen-II*, la cual (además de lo arriba señalado en *Rheinmühlen I*) admitía también la posibilidad de que se pudieran recurrir internamente las decisiones de plantear la cuestión prejudicial¹⁵.

No obstante, hay que señalar que, años más tarde, el propio Tribunal ha venido a matizar de forma evidente esta jurisprudencia a través de la Sentencia emitida en el asunto *Cartesio*¹⁶, al afirmar que «la competencia autónoma de acudir ante el Tribunal de Justicia que el artículo 234 TCE confiere al primer juez se pondría en tela de juicio si, al reformar la resolución en la que se acuerda la remisión prejudicial, revocarla y ordenar al órgano jurisdiccional que dictó esa resolución proseguir el procedimiento suspendido, el órgano jurisdiccional de apelación pudiera impedir al órgano jurisdiccional remitente ejercer la facultad que le confiere el Tratado CE de plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia».¹⁷

Y es que, en efecto, como recordará el Tribunal, de conformidad con el artículo 234 TCE (actual art. 267 TFUE), la apreciación de «la pertinencia y la necesidad» de la cuestión prejudicial es «responsabilidad única del órgano jurisdiccional que acuerda la remisión prejudicial»¹⁸ (en este sentido, la decisión del Juez nacional de plantear la cuestión prejudicial goza de una «presunción de pertinencia»¹⁹). Y en consecuencia, «incumbe a ese órgano jurisdiccional extraer las consecuencias de una sentencia dictada en un recurso de apelación contra la resolución por la que se acuerda plantear la cuestión prejudicial y, en

¹⁵ *RHEINMÜHLEN-DÜSSELDORF*, de 12 de febrero de 1974, 146/73 (Sentencia adoptada unas semanas después de la sentencia *RHEINMÜHLEN I* y en el curso de un mismo litigio nacional), confirmada también, de alguna manera, en la STJ *SIMMENTHAL*, de 9 de marzo de 1978, 106/77, FJ 10.

¹⁶ De 16 de diciembre de 2008, C-210/06. Véanse, asimismo, las Conclusiones del Abogado General M. Poiares Maduro en el caso, de 22 de mayo de 2008, apdos. 17 y ss.

¹⁷ Apartado 95 de la sentencia. Sobre el asunto *CARTESIO* y sus implicaciones, en profundidad: R. ALONSO GARCÍA, «Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional: a propósito del asunto *Cartesio*, STJUE de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06)», *REDE*, 30, 2009, pp. 197 y ss.; J.-C., BARBATO, «Le droit communautaire et les recours internes exercés contre les ordonnances de renvoi», *Revue Trimestrielle de Droit européen*, núm. 2, 2009, pp. 280 y ss.

¹⁸ STJ *CARTESIO*, apartado 96.

¹⁹ Ello, sin perjuicio, como recuerda el TJ, de cierta comprobación limitada que realiza al respecto el propio Tribunal de Justicia. En esta línea, el Tribunal recordará que «La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial formulada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera eficaz a las cuestiones planteadas (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de junio de 2007, *VAN DER WEERD Y OTROS*, C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233, apartado 22, y jurisprudencia allí citada)»: STJ *CARTESIO*, apdo. 67; y asimismo SSTJ: de 23 de abril de 2009, as. *RÜFFLER*, C-544/07, apartado 37; *FILIPIAK*, *cit.*, apartado 41; o *KRIŽAN y otros*, *cit.*, apdo. 54.

particular, llegar a la conclusión de que debe ya mantener su petición de decisión prejudicial, ya modificarla, ya renunciar a ella»²⁰.

En cualquier caso, la conclusión general que se deduce también de esta jurisprudencia, al igual que en el apartado anterior²¹, es que las normas procesales nacionales no pueden poner en entredicho la «facultad» que tienen los órganos jurisdiccionales nacionales de plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial cuando albergan dudas acerca de la interpretación del Derecho de la Unión²².

II.3. La facultad de plantear la remisión prejudicial ante la obligación del Juez nacional de inaplicar una norma contraria al Derecho de la Unión

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión, asimismo, de analizar la corrección de la regla nacional que impone al Juez nacional la obligación de plantear la prejudicial antes de poder dejar sin aplicar una disposición contraria al Derecho de la Unión. Y en este sentido, ha concluido que no sólo está prohibido condicionar esa facultad reduciendo su contenido, sino también el quitarle tal carácter de facultad convirtiéndola en «obligación» (a través del

²⁰ *CARTESIO*, apartado 96. Por lo demás, ya se ha señalado que el TJ supedita su competencia en materia prejudicial a la existencia de una petición prejudicial. La resolución de remisión debe producir sus efectos mientras no sea revocada (apdo. 89; con antelación, la ya citada STJ *RHEINMÜHLEN II*, apdo. 3). De manera que si falta ésta (porque el Juez que la planteó ha revocado su decisión de remisión, o porque —podemos colegir— se estima el recurso por motivos ajenos a los criterios de la pertinencia o la necesidad de plantear la prejudicial, o porque se pone fin al proceso por otros motivos) el Tribunal de Justicia archivará el asunto por falta de objeto (Cfr. sobre el tema también: M. CIENFUEGOS, *Juez nacional - Tribunal de Justicia...*, op. cit., pp. 603-604).

²¹ De hecho, para ser exactos, hay que entender que ésta que hemos identificado como segunda situación está directamente relacionada con la señalada en el apartado anterior en torno al asunto *RHEINMÜHLEN I*. No obstante, es interesante diferenciarlas a efectos de clarificar los diversos supuestos, especialmente si seguimos el criterio manejado por el AG Cruz Villalón en sus ya mencionadas Conclusiones al Asunto *ELCHINOV*, cuando señala que, el marco de referencia de cada caso cambia sustancialmente, ya que, mientras *CARTESIO* se ubicaría en lo que cabe identificar como «la fase ascendente de un litigio, es decir, la fase de gestación natural, desde que el asunto se inicia en la instancia hasta que finaliza mediante una sentencia contra la que no cabe recurso», de otro modo, *RHEINMÜHLEN I* «se centra en lo que podemos llamar la —eventual— fase descendente de un litigio, es decir, el momento terminal del pleito, una vez dictada la sentencia definitiva y devolviéndose los autos a la instancia a los simples efectos de dar cumplimiento a una decisión en Derecho cuyos términos no pueden ser cuestionados».

²² STJ *ELCHINOV*, ya citada, apartado 25. Véase también la recaída en el asunto *INTEREDIL*, de 20 de octubre de 2011, C-396/09, apartado 35; *STH BERICAP ZÁRÓDÁSTECHNIKAI BT*, de 15 de noviembre de 2012, C-180/11, ap. 54; *KRIŽAN y otros*, cit., apartado 67. Y no sólo la facultad, tampoco la obligación. Por ejemplo, en la reciente sentencia *CONSIGLIO NAZIONALE DEI GEOLOGI* (de 18 de julio de 2013, C-136/12), asunto que deriva de una petición prejudicial en la que el órgano remitente hace referencia, entre otras cosas, a las normas procesales nacionales que eventualmente podrían constreñir la obligación judicial de plantear la prejudicial del tercer párrafo del art. 267 TFUE, el Tribunal recordará que «tales normas no pueden vulnerar la competencia ni las obligaciones que incumben a un órgano jurisdiccional nacional (...) en virtud del artículo 267 TFUE» (apdo. 32).

Derecho nacional, cuando el Derecho de la UE sólo la concibe como facultad). Veámoslo un poco más despacio.

Como es sabido, en virtud de la bien consolidada «Jurisprudencia *Simmenthal*», el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, el Derecho de la Unión (el juez nacional que actúa como juez comunitario) está obligado a garantizar la plena eficacia de estas disposiciones dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición nacional contraria, incluidas todas las que tengan fuerza de ley, sin solicitar o esperar la derogación o remoción previa de dicha disposición nacional por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional²³.

Pues bien, la Sentencia *Kücükdeveci*²⁴ vendrá a dar un paso más al respecto. Esta resolución trae causa de una petición prejudicial de un tribunal de instancia alemán preguntando sobre la eventual obligación del juez nacional, que conoce de un litigio entre particulares, de plantear al Tribunal de Justicia dicha cuestión antes de poder dejar sin aplicación una disposición nacional que estime contraria al Derecho de la Unión. Lo que estaba en juego, obviamente, es si la mencionada jurisprudencia *Simmenthal* lleva consigo una obligación positiva de plantear la cuestión prejudicial antes de que se pueda inaplicar una norma nacional con fuerza de ley.

El Tribunal de Justicia vino a subrayar que la necesidad de garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión²⁵ implica que «el juez nacional, ante una disposición nacional comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión que estime incompatible con [el mismo] y cuya interpretación conforme a éste resulte imposible, *debe abstenerse de aplicar dicha disposición, sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni estar impedido para hacerlo*»²⁶.

Y a ello añadió que la *facultad* así reconocida al juez nacional por el artículo 267 (2) TFUE de solicitar una interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia antes de dejar sin aplicación la disposición nacional contraria al Derecho de la Unión *no puede, sin embargo, transformarse en una obligación* por el hecho de que el Derecho nacional no permita a dicho juez abstenerse de aplicar una disposición nacional que estime contraria a la Constitución sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional»²⁷. El carácter facultativo de la remisión es independiente de los pro-

²³ Véanse, en este sentido, las sentencias del TJ de 9 de marzo de 1978, *SIMMENTHAL*, 106/77, apartados 21 y 24; de 20 de marzo de 2003, as. *KUTZ-BAUER*, C-187/00, apartado 73; de 3 de mayo de 2005, *BERLUSCONI* y otros, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, apartado 72; *FIJIAK*, cit., apartado 81; apartado 31 de la también ya señalada sentencia *ELCHINOV*; o *CONSIGLIO NAZIONALE DEI GEOLOGI*, cit., apdo. 33.

²⁴ De 19 de enero de 2010, C-555/07.

²⁵ En el asunto, en concreto, el principio de no discriminación por razón de la edad, tal y como se concreta en 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 (*Diario Oficial* n.º L 303 de 02/12/2000 p. 0016-0022).

²⁶ Apartado 53 de la Sentencia (énfasis añadido).

²⁷ Apartado 54 de la Sentencia (énfasis añadido); asimismo, la ya citada STJ *ELCHINOV*, apdo. 28.

cedimientos que el Derecho interno imponga al juez nacional para dejar sin aplicación una disposición nacional que éste estime contraria a la Constitución²⁸. Se trata, por lo demás, de una regla que, como veremos más adelante tiene, si cabe, especial trascendencia en nuestro ordenamiento dado lo señalado al respecto en la —posteriormente rectificada— STC 194/2006, de 19 de junio.

Puede ser interesante recordar, asimismo, de forma complementaria, lo señalado en la Sentencia al asunto *Akerberg* cuando destaca que el Derecho de la Unión «se opone a una práctica judicial» que, como ocurría con el Derecho sueco, «supedita la obligación del juez nacional de no aplicar ninguna disposición que infrinja un derecho fundamental garantizado por la Carta al requisito de que dicha infracción se deduzca claramente del texto de dicha Carta o de la jurisprudencia en la materia, dado que priva al juez nacional de la facultad de apreciar plenamente, *con la cooperación del Tribunal de Justicia en su caso*, la compatibilidad de dicha disposición con la Carta»²⁹. Cabe traer a colación, a este respecto, la regla establecida por el TJ de que «sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho de la Unión por el hecho de negar al juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo a la plena eficacia de las normas de la Unión»³⁰. Y en este sentido, habría que incluir, cuando señala «todo lo necesario», la incompatibilidad de toda norma interna que hiciera difícil o negara la facultad de plantear la prejudicial a la hora de analizar si corresponde o no inaplicar una norma contraria al Derecho europeo.

II.4. La facultad (y, en su caso, la obligación) del Juez nacional de plantear la cuestión prejudicial ante la dinámica de los procesos ante la jurisdicción constitucional (remisión al siguiente apartado)

Finalmente, y para completar el cuadro, hay que señalar, asimismo, que la facultad (y, en su caso, también la obligación) de plantear la cuestión prejudicial se ha visto envuelta y, en alguna ocasión, comprometida, en el contexto de alguna de las reglas que rigen la dinámica de los procesos constitucionales, especialmente ante las reglas del control incidental de constitucionalidad. Describiremos los diversos supuestos al respecto, de forma más detenida y diferenciada, en el siguiente epígrafe.

²⁸ Apartado 55 de la Sentencia.

²⁹ STJ de 26 de febrero de 2013, C-617/10, apartado 48 (énfasis añadido).

³⁰ Apartado 44 de la ya mencionada Sentencia *MELKI*, recordando las previas Sentencias: *SIMMENTHAL*, ya citada, apartado 22; y de 19 de junio de 1990, *FACTORTAME* y *otros*, C 213/89, Rec. p. I 2433, apartado 20.

III. LA AUTONOMÍA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

III.1. La autonomía de la cuestión prejudicial ante la obligación del Juez nacional de promover un control incidental de constitucionalidad

Uno de los supuestos en el que la autonomía de la cuestión prejudicial puede verse puesta en entredicho tiene lugar cuando la facultad (o, en su caso, la obligación) de plantear la misma se cruza con otro incidente de naturaleza prejudicial: el control incidental de constitucionalidad que debe activar o promover también el Juez nacional en determinados países (en nuestro ordenamiento aparece recogido en el artículo 163 de la CE, y asimismo, para el caso de las Normas Forales Fiscales de los Territorios Históricos, en el primer apartado de la Disposición Adicional V de la LOTC 2/79, de 3 de octubre).

¿Qué sucede si el Juez nacional que está encargado de plantear tanto la cuestión prejudicial europea (ante el TJ) como la cuestión incidental de constitucionalidad (ante el TC) se ve obligado, por su legislación nacional, a priorizar ésta sobre aquélla? ¿Va ello contra la autonomía de la cuestión prejudicial europea?

Hay que señalar a este respecto que, ya en la Sentencia *Mecanarte*³¹, el Tribunal de Justicia dejó claro que «la eficacia del Derecho comunitario se vería amenazada si la existencia de un recurso obligatorio ante el Tribunal Constitucional pudiese impedir que el Juez nacional, al conocer de un litigio regulado por el Derecho comunitario, ejerza la facultad, que le atribuye el artículo 177 del Tratado [luego art 234 TCE, actual art. 267 TFUE], de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho comunitario, a fin de poder determinar si una norma nacional resulta o no compatible con dicho Derecho»³². Y en consecuencia, un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio relacionado con el Derecho comunitario y que comprueba la inconstitucionalidad de una disposición nacional «no está privado de la facultad ni exento de la obligación, previstas en el artículo 177 del Tratado CEE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o la validez del Derecho comunitario por el hecho de que cuando se comprueba algún supuesto de inconstitucionalidad de los referidos deba interponerse obligatoriamente un recurso ante el Tribunal Constitucional»³³.

Pero, quizás, la decisión más llamativa a este respecto es la Sentencia al asunto *Melki y Abdeli*³⁴, la cual versa directamente sobre las posibilidades y límites que se le plantean al Juez nacional que actúa como Juez comunitario cuando se enfrenta a una ley nacional que puede ser contraria *a pari* a la Constitución nacional y al Derecho de la UE. En concre-

³¹ De 27 de junio de 1991, C-348/89.

³² Apartado 45.

³³ *Ibid.*, apartado 46 (énfasis añadido).

³⁴ Sentencia de 22 de junio de 2010, recaída en los asuntos *Aziz MELKI* (C-188/10) y *Sélim ABDELI* (C-189/10).

to, dicha Sentencia se pronunciaba sobre la compatibilidad del Derecho de la Unión Europea con la denominada *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), introducida en el artículo 61.1 de la Constitución Francesa de 1958, a través de la Ley constitucional n.º 2008-724, de 23 de julio de 2008, de modernización de las instituciones de la V República³⁵. Dicho artículo y, sobre el mismo, la legislación francesa que lo desarrolla (Ley Orgánica n.º 2009/1523, de 10 de diciembre de 2009), han venido a configurar un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales en función del cual, en lo sucesivo, el Juez ordinario se ve en la obligación de examinar si la ley nacional aplicable al caso es conforme con los derechos y libertades que garantiza la Constitución nacional, elevando en caso de duda la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al Consejo Constitucional Francés (a través de la intervención de la Corte de Casación o del Consejo de Estado, según el juez de fondo sea judicial o administrativo)³⁶. Pero todo ello con la particularidad de que, en virtud de esta regulación, dicha cuestión debe plantearse con carácter preferente o «prioritario» a cualquier otro procedimiento, incluido el planteamiento de la cuestión prejudicial.

El asunto *Melki* consiste en una cuestión prejudicial planteada por la Corte de Casación francesa preguntando, precisamente, sobre si el Derecho de la Unión se opone a ese carácter preferente de la QPC ante el Consejo Constitucional sobre el reenvío prejudicial ante el TJ cuando una ley nacional infrinja tanto derechos fundamentales reconocidos por la Constitución nacional como el Derecho de la Unión Europea y/o los DF reconocidos por éste.

La respuesta del TJ fue una Sentencia en la que concluye, en primer lugar, que «el artículo 267 TFUE se opone a una normativa de un Estado miembro que establece un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales, en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre dicha cuestión, que todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia»³⁷.

Y tras ello, establece, asimismo, una compatibilidad de la QPC con el mencionado art. 267 TFUE *condicionada* a que «los demás órganos jurisdiccionales nacionales sigan estando facultados»: (a) para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e inclu-

³⁵ Art. 61.1: «Cuando en un procedimiento en curso ante un órgano jurisdiccional se alegue que una disposición legislativa vulnera los derechos y libertades que la Constitución garantiza, el Consejo de Estado o la Corte de Casación podrán remitir la cuestión, pronunciándose dentro de un plazo determinado, al Consejo Constitucional. Mediante Ley orgánica se regularán los requisitos para la aplicación del presente artículo».

³⁶ Sobre el tema, entre otros: M. LEÓN ALONSO, «La cuestión prioritaria de constitucionalidad: un nuevo desafío para la justicia constitucional francesa», en *Revista General de Derecho Público Comparado*, 10, 2012; Ch. MAUGÜÉ y J.-H. STAHL, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, Paris, 2012.

³⁷ Apartado 57, de la Sentencia *MELKI* (énfasis añadido).

so una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad³⁸; (b) para adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y (c) para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión³⁹.

Unido a ello, añade, además, un supuesto en el que la cuestión prejudicial aparece como prioritaria respecto a la QPC. Y se produce cuando el juez de fondo se enfrenta a una ley nacional que implementa normas imperativas de una Directiva⁴⁰. Y ello porque, teniendo en cuenta que sólo el TJ tiene competencia para declarar inválido un acto de la Unión⁴¹, lo contrario, la aplicación prioritaria de la QPC en este supuesto, llevaría al Consejo Constitucional a realizar un control indirecto de la Directiva, y «el Tribunal de Justicia podría quedar privado, en la práctica, de la posibilidad de realizar, a petición de los tribunales del fondo del Estado miembro considerado, el control de la validez de dicha directiva en relación con los mismos motivos inherentes a las exigencias del Derecho primario»^{42, 43}.

³⁸ Señala a este respecto que: «en la medida en que el Derecho nacional prevé la obligación de iniciar un procedimiento incidental de control de constitucionalidad que pueda impedir que el juez nacional deje inmediatamente inaplicada una disposición legislativa nacional que ese juez considere contraria al Derecho de la Unión, el funcionamiento del sistema establecido por el artículo 267 TFUE exige no obstante que ese juez esté facultado para adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, por una parte, y por otra parte para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, dicha disposición legislativa nacional si la considera contraria al Derecho de la Unión» (apartado 53).

³⁹ Apartado 57 de la Sentencia *MELKI*. Y señala, además, que «incumbe al tribunal remitente verificar si la legislación nacional controvertida en los asuntos principales puede *interpretarse conforme* a esas exigencias del Derecho de la Unión» (*ibid.*).

⁴⁰ Apartados 54 a 56 de la Sentencia *MELKI*, especialmente apartado 56 *in fine*.

⁴¹ Véase, por todas, la Sentencia de 22 de octubre de 1987, as. *FOTO-FROST*, C-314/85, apartados 15-20.

⁴² Apartado 55 de la Sentencia *MELKI*. De manera que, «antes de que pueda efectuarse el control con carácter incidental de la constitucionalidad de una ley cuyo contenido se limite a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la Unión, en relación con los mismos motivos que afectan a la validez de una directiva, los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están, en principio, obligados en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, a preguntar al Tribunal de Justicia sobre la validez de dicha directiva, y a deducir a continuación las consecuencias que deriven de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial, salvo que el mismo órgano jurisdiccional que promueva el control de constitucionalidad con carácter incidental haya planteado esa cuestión al Tribunal de Justicia con fundamento en el párrafo segundo del citado artículo. En efecto, cuando se trata de una ley nacional para la adaptación del Derecho interno que tenga ese contenido, la cuestión de si la directiva es válida tiene carácter previo respecto a la obligación de adaptación a ésta» (apartado 56).

⁴³ Sobre el caso *MELKI*, *ex plurimis*, R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 198-199; o, del mismo: *El Juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales* (Discurso de ingreso como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), RAJL, Madrid, 2014, pp. 86 y ss.; D. SARMIENTO, «Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia *Melki* del Tribunal de Justicia de la UE», *REDE*, 37, 2011, pp. 97 y ss.; V. FERRERES, «El problema del “doble vicio” en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso *Melki*», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 28, 2011, pp. 57 y ss.

Por lo demás, puede ser interesante recordar también aquí la jurisprudencia *Elchinov* del TJ, ya apuntada⁴⁴, en el sentido de que el Juez nacional debe, en su caso, dejar de lado las valoraciones del órgano jurisdiccional superior si, planteada la prejudicial y habida cuenta de la interpretación de la sentencia prejudicial derivada, estima que las referidas valoraciones no son compatibles con el Derecho de la Unión. Cosa que continúa siendo así aunque ese órgano sea el Tribunal Constitucional del Estado miembro en cuestión. Ello obedece, como se recuerda en la ya mencionada Sentencia *Križan*, a que, según reiterada jurisprudencia del TJ, «no puede admitirse que normas de Derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, menoscaben la unidad y la eficacia del Derecho de la Unión (sentencias de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3, y de 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, Rec. p. I-8015, apartado 61)»⁴⁵.

III.2. La autonomía de la cuestión prejudicial ante la obligación del Juez nacional de inaplicar la ley nacional contraria al Derecho de la Unión Europea

Ya hemos señalado con anterioridad cómo el TJ tiene establecido, en concreto en la comentada Sentencia *Küçükdeveci*, que el juez nacional que se encuentre ante una disposición nacional comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y que estime que aquella es contraria al mismo, tiene la obligación de no aplicarla, sin tener que estar, para ello, obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni estar impedido para hacerlo.

Lo que interesa destacar ahora es que, esto es así, también, aun cuando, como en el mencionado asunto, la norma que deba ser inaplicada sea una ley, u otra norma con fuerza de ley, y el Estado en cuestión se rija por un control concentrado de constitucionalidad, un control donde, con arreglo al Derecho interno, el órgano jurisdiccional no puede abstenerse de aplicar una disposición vigente de la legislación nacional sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional (en el caso, el *Bundesverfassungsgericht* o TC Federal alemán). Tal y como recordó el Tribunal de Luxemburgo, el carácter facultativo de la remisión es independiente de los procedimientos que el Derecho interno imponga al juez nacional para dejar sin aplicación una disposición nacional que éste estime contraria a la Constitución⁴⁶.

⁴⁴ Véase lo señalado al respecto *supra* apartado II.1.

⁴⁵ Véase la ya mencionada STJ *KRIŽAN*, apartados 69 y 70.

⁴⁶ Véase *supra* apartado II.3. De cualquier manera, será interesante, asimismo, observar qué responde el TJ a una nueva petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria), el 8 de marzo de 2013 – *A / B y otros* (as. C-112/13), en la que, entre otras cuestiones, se solicita al TJ que se pronuncie sobre si se deduce del principio de equivalencia del Derecho de la Unión que los Tribunales ordinarios, en caso de que una norma con fuerza de ley vulnere el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE durante el procedimiento, deben también solicitar al TC la anulación general de la norma le-

La regla merece ser observada con especial atención teniendo en cuenta que la STC 194/2006, de 19 de junio, vino, precisamente, a realizar algo parecido a la transformación (luego) prohibida en *Küçükdeveci*, ya que, de la argumentación de dicha STC se desprende implícitamente que el TC, pese a asumir que no se daban las condiciones para plantear la cuestión prejudicial, siquiera en términos facultativos, estimó que dicho planteamiento era ineludible o «imprescindible» para inaplicar la ley⁴⁷. Ésta será, además, una actitud que luego se vio reflejada, incluso con más claridad, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), de 17 de julio de 2009, donde se concluye que «el juicio negativo, por tanto, sobre la falta de acomodación de la ley española —RD Ley 5/2004— a la norma comunitaria —Directiva 2003/87— precisa, para que dejemos de aplicar una norma con rango de ley, el planteamiento de una cuestión prejudicial». En cualquier caso, el TC tuvo oportunidad de adecuarse a la jurisprudencia *Küçükdeveci* un poco más tarde, en la STC 78/2010, de 20 de octubre, señalando de forma clara y expresa, ya en el primer Fundamento Jurídico, «que el Tribunal ha avocado este recurso de amparo para que sea conocido *por el Pleno* —arts. 10.1 n) y 13 LOTC—, *a fin de fijar nuestra doctrina sobre la cuestión prejudicial del Derecho comunitario, rectificando la que deriva de la STC 194/2006, de 19 de junio*».

En esta Sentencia 78/2010 el TC dejará claro (siguiendo lo ya apuntado en la 58/2004, de 19 de abril, y corrigiendo, como decimos, la mencionada 194/2006) las diferencias entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial a la hora de inaplicar una ley contraria, respectivamente, a la Constitución y al Derecho de la Unión Europea. Que el Juez nacional deba plantear la cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 ante una eventual ley inconstitucional no significa que deba hacer lo propio con la cuestión prejudicial ante una ley contraria al Derecho de la UE. En aquel caso tiene la obligación (conforme al Derecho constitucional nacional) de plantear la cuestión, en éste la obligación

gal, sin poder simplemente no aplicar la norma con fuerza de ley en el caso concreto. La novedad en la pregunta, según parece (de momento la información no está disponible en la web Curia), deriva de la introducción en el razonamiento del «principio de equivalencia», según el cual, no obstante la autonomía procesal de los Estados miembros a la hora de designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos en vía jurisdiccional que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos reconocidos por el ordenamiento de la Unión, esas modalidades procesales nacionales no pueden ser menos favorables que las relativas a recursos similares de naturaleza interna (principio de equivalencia) [y en ningún caso pueden estar dispuestas o articuladas de forma que hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario, derechos que los mencionados órganos jurisdiccionales tienen la obligación de proteger (principio de efectividad)]. Al respecto, desde las iniciáticas SSTJ de 16 de diciembre de 1976, as. *REWE-ZENTRALFINANZ Y REWE-ZENTRAL*, C-33/76, o de 9 de noviembre de 1983, as. *SAN GIORGIO*, C-199/82, hasta la reciente de 27 de junio de 2013, as. *ET AGROKONSULTING-04*, C-93/12, en la que se hace un repaso de la jurisprudencia al respecto.

⁴⁷ Cfr. en este sentido: R. ALONSO GARCÍA, «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO (Coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum T.R. Fernández*, vol. I: Thomson-Civitas, Madrid, 2012, 13 y ss.

(establecida por el Derecho de la Unión) lo es de inaplicar la ley sin que pueda existir para ello obligación de plantear la prejudicial o de no hacerlo⁴⁸.

III.3. La autonomía de la cuestión prejudicial ante la obligación de priorizar la misma sobre el control incidental de constitucionalidad

Hemos podido observar hasta ahora que el Derecho de la Unión Europea, y en concreto la regulación sobre la autonomía de la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE, no es compatible: (a) ni con una regulación nacional de los procesos constitucionales que impone priorizar el control incidental de constitucionalidad sobre la cuestión prejudicial (se entiende, sin que se respeten las condiciones y límites establecidos en la sentencia *Melki*), (b) ni tampoco con aquella que «obliga» al órgano jurisdiccional nacional a plantear ésta para poder inaplicar la ley nacional contraria al Derecho de la UE. En ambos casos se estaría sometiendo la autonomía de la remisión prejudicial al Derecho nacional, y ello es incompatible con el Derecho de la Unión.

No obstante, lo que sí es posible, porque no se daría este sometimiento o condicionamiento, es aquella situación en que el Derecho interno establezca la obligación de plantear la cuestión prejudicial como requisito previo para activar el mecanismo interno de control de constitucionalidad de las leyes. Ello, conviene destacarlo, es distinto de establecer la prejudicial como requisito previo para inaplicar leyes. Y es que, mientras esta imposición, como se ha visto, es incompatible con el Derecho de la Unión en la medida en que desvirtúa el poder-deber de inaplicación derivado del propio Derecho de la Unión, aquella, la de exi-

⁴⁸ Como señala la Sentencia en el FJ 2: «La cuestión de inconstitucionalidad —art. 163 CE— y la cuestión prejudicial del Derecho comunitario —arts. 19. 3b) del Tratado de la Unión Europea (TUE) y 267 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) [antiguo art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)]— están sujetas a regímenes jurídicos, que, en lo que ahora importa, se ajustan a exigencias diferentes:

- a) El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resulta imprescindible en relación con las normas legales posteriores a la Constitución si no existe la posibilidad de lograr una interpretación de ellas que acomode su sentido y aplicación a la Norma Suprema: solo mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad puede llegarse a dejar sin aplicación una norma legal posterior a la Constitución y que contradice a ésta.
- b) Distinto es el régimen jurídico de la cuestión prejudicial propia del Derecho comunitario, *pues la obligación de plantearla desaparece*, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto *cuando* la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa* y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto *Francovich* y *Bonifaci*, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81). Y es que *para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso*, con la perspectiva del art. 24 CE, *en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria*» (énfasis añadido).

gir plantear la prejudicial para activar el control incidental de constitucionalidad, no lo es, pues incide en el *modus operandi* de un mecanismo interno de control de la ley por inconstitucional (no por contraria al Derecho europeo), que al propio Derecho interno corresponde definir. De manera que, aun cuando el Derecho nacional no puede imponer la prioridad del control incidental de constitucionalidad sobre la prejudicial, sí puede imponer la situación inversa, la de priorizar la prejudicial a la cuestión incidental de constitucionalidad⁴⁹.

Hay que señalar que esta exigencia de imponer el previo planteamiento de la prejudicial al control incidental de constitucionalidad ha sido ya establecida por el TC Federal alemán, mediante Auto de 4 de octubre de 2011 (1 BvL 3/08), entendiendo que, en caso de duda acerca de si el Derecho de la Unión admitiría margen de maniobra a la hora de ser transpuesto en el Derecho interno (o sobre los límites de dicho margen), el juez ordinario alemán, con independencia de que su decisión fuera o no susceptible de ulterior recurso, debe plantear necesariamente una petición prejudicial al respecto al TJ, con carácter previo a la activación de la cuestión de inconstitucionalidad, en relación con la ley interna de transposición, por vulneración del catálogo alemán de derechos fundamentales⁵⁰.

Puede ser interesante añadir que el propio *Bundesverfassungsgericht* tenía ya señalado algo similar, en su Auto de 6 de julio de 2010 (2 BvR 2661/06) —asunto *Honeywell*—, en este caso en relación con su idea de realizar un control —de constitucionalidad— de los actos *ultra vires* de la Unión (posibilidad apuntada previamente en la Sentencia *Maastricht*⁵¹ y de forma más desarrollada en la Sentencia *Lisboa*⁵²), al establecer, entre otras cosas, que, antes pronunciarse sobre el carácter *ultra vires* de un acto o disposición de Derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional deberá plantear una cuestión al Tribunal de Justicia en caso de que aquel no se hubiera pronunciado aún acerca de su validez o significado⁵³. Precisamente, aplicando su doctrina *Honeywell*, el TCF alemán ha planteado su primera cuestión prejudicial mediante su reciente Auto de 14 de enero de 2014⁵⁴.

⁴⁹ Sobre todo ello, *in extenso*: R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico...*, *op. cit.*, p. 198; también, el mismo, en *El Juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 93 y ss.).

⁵⁰ R. ALONSO, *ibid.*; también, del mismo: «La cuestión prejudicial piedra angular de la integración europea», *supra* en esta misma obra, punto n.º 8.

⁵¹ De 12 de agosto de 1993 (publicada en el BVerfGE 89, 155, asuntos 2 BvR 2134/92 y 2159/92).

⁵² Sentencia de 30 de junio de 2009 (BVerfGE 123, 267, asuntos 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08 y 182/09).

⁵³ «A la hora de controlar los actos dictados por las instituciones europeas en el marco de la doctrina *ultra vires*, el Tribunal Constitucional Federal debe en principio respetar las resoluciones del Tribunal de Justicia europeo en cuanto interpretación vinculante del Derecho de la Unión. Antes de declararlos *ultra vires* es preciso, por ello, dar al Tribunal de Justicia la ocasión, a través de la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE, de interpretar los tratados, así como de pronunciarse acerca de la interpretación y de la validez de las disposiciones controvertidas. En caso de que el Tribunal de Justicia aún no hubiera tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la cuestión de Derecho de la Unión de que se trate, el Tribunal Constitucional Federal no puede acordar la inaplicación en Alemania del Derecho de la Unión» (parágrafo 60).

⁵⁴ Asuntos acumulados 2 BvR 2728/13, 2729/13, 2730/13, 2731/13 y 13/13. El Auto plantea prejudicial sobre la validez de una Decisión del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo de 6 de septiembre de 2012, relativa a compra de deuda pública por parte del citado Banco en el mercado secundario de deu-

III.4. La relevancia constitucional interna de la cuestión prejudicial y su influencia en la autonomía de ésta

Como es sabido, la posición inicial del Tribunal Constitucional respecto al Derecho comunitario consistía, dicho ahora de forma resumida, en considerar que el problema del acomodo de las normas de Derecho interno a las exigencias del Derecho comunitario «no es un problema constitucional»⁵⁵, sino infraconstitucional, un problema de mera selección de la norma aplicable al caso, y por tanto relativo a la jurisdicción ordinaria, entendiendo que el TC ni es juez de aplicación del Derecho de la Unión, ni le corresponde controlar la aplicación (o inaplicación) judicial del mismo⁵⁶. No obstante, esta primera posición ha ido flexibilizándose o relativizándose de forma progresiva, dando a entender, siquiera de forma implícita, que la cuestión de la aplicación judicial del Derecho de la Unión europea puede tener, si no un rango constitucional, sí una cierta relevancia o contenido constitucional. Así ha quedado constatado, no sólo con el propio planteamiento de la primera remisión prejudicial del TC a través del ATC 86/2011, de 9 de junio, Auto del que trae causa la Sentencia *Melloni* del Tribunal de Luxemburgo⁵⁷, o de forma también muy abierta en la STC 145/2012, de 2 de junio⁵⁸,

da soberana, a la luz del TFUE (artículos 119, 123 y 127.1 y 2) y del Protocolo sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo arts. 17 y 24). Sobre el tema véase *supra*: R. ALONSO GARCÍA, «La cuestión prejudicial piedra angular de la integración europea», *op. cit.*, apartado 7.

⁵⁵ Por ejemplo: SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 7; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 8; y 265/1994, de 3 de octubre, FJ 2.

⁵⁶ El TC ha señalado de forma reiterada que el Derecho de la Unión no es parámetro o canon directo (o por sí mismo) de constitucionalidad, de manera que no le corresponde controlar la aplicación del mismo por los poderes públicos nacionales. Pese a todo, como recuerda la profesora Araceli Mangas Martín, existen casos en los que el propio Tribunal ha aplicado directamente normas de la Unión, como ocurre con las SSTC 236/1991, de 12 de diciembre, 130/1995, de 11 de septiembre o 240/1999, de 20 de diciembre (A. MANGAS MARTÍN y D.J. LINÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2012, 7.ª ed., p. 485). Hay que señalar, por lo demás, que el TC ha aceptado utilizar Derecho de la Unión (relativo al ámbito de los derechos y a las cláusulas antidiscriminatorias) como criterio interpretativo a efectos de la cláusula de apertura constitucional del art. 10.2 CE (parámetro indirecto).

⁵⁷ De 26 de febrero de 2013, C-39/11. Véase también, junto al mencionado ATC, la reciente STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014, que resuelve el proceso de amparo en el que se plantea dicho Auto de remisión prejudicial.

⁵⁸ En el FJ 2 de la misma se reconoce que: «si bien es cierto que hemos declarado en múltiples ocasiones que no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho de la Unión Europea, toda vez que este control compete exclusivamente a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores que son del ordenamiento de la Unión Europea y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4, y 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3, entre otras muchas), y que la eventual infracción del Derecho de la Unión por leyes estatales o autonómicas no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas no constitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5), *no lo es menos que las quejas planteadas por la demandante tienen un claro contenido constitucional y forman parte del objeto de protección del recurso de amparo*» (énfasis añadido). La STC 145/2012 otorgará el amparo ante una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (en su manifestación de un derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones deducidas por las partes, sin que se incurra en una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), declarando la

sino asimismo, y esto es lo que interesa destacar ahora, en una serie de sentencias previas en las que el Tribunal Constitucional considera que omitir plantear una cuestión prejudicial ante el TJ, cuando ello es debido a la luz de las normas del Derecho de la Unión (tercer párrafo art. 267 TFUE y jurisprudencia al respecto), puede tener implicaciones constitucionales.

La pregunta que cabe hacerse es si esta relevancia constitucional que se ha comenzado a reconocer al Derecho de la UE (en su aplicación judicial), en general, y a la cuestión prejudicial, en especial, puede llegar a afectar o influir en la autonomía de la propia cuestión prejudicial. Trataremos de apuntarlo en los siguientes dos puntos:

(a) En primer lugar, analizaremos la eventual *influencia desplegada por la jurisprudencia del TC que reconoce relevancia constitucional a la cuestión prejudicial*.

Se trata, en concreto, de unas Sentencias en las que el TC ha dado a entender que el no plantear la cuestión prejudicial puede generar una vulneración, susceptible de tutela mediante amparo constitucional, de diversas manifestaciones del Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva según estándares definidos en el art. 24 CE. En concreto, de manifestaciones como el Derecho Fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en la STC 58/2004⁵⁹, o a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE)⁶⁰, en la STC 78/2010. Son supuestos todos ellos donde la vulneración viene generada por un no planteamiento de la cuestión prejudicial *que lleva parejo como efecto la inaplicación de una norma nacional* (la norma nacional que se estima contraria a la norma europea sobre cuya dudosa interpretación había que haber planteado una prejudicial)⁶¹. No hay, en

nulidad de una sanción administrativa y dos resoluciones judiciales que generaban aquella vulneración, por aplicar legislación nacional que había sido declarada contraria al Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia en el marco de un recurso por incumplimiento (STJ, de 17 de julio de 2008, as. *Comisión contra España*, C-207/07). En profundidad sobre la misma: L. ARROYO JIMÉNEZ, «Hacia una normalización constitucional del Derecho de la Unión Europea. A propósito de la STC 145/2012, de 2 de julio», *REDE*, 45, 2013, pp. 139 y ss.; D. SARMIENTO, «Reinforcing the (domestic) constitutional protection of primacy of EU law. *Tribunal Constitucional* (Spanish constitutional court), Judgment 145/2012 of 2 July 2012, *Iberdrola v. Comisión Nacional de la Energía*», *CMLR*, 50 (3), 2013, pp. 875 y ss.

⁵⁹ STC 58/2004, de 19 de abril (vulneración de la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a un proceso con todas las garantías, cuando el Juez ordinario, por su propia autoridad, inaplica una norma de rango legal por contraria al Derecho de la Unión, resultando procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial en términos obligatorios —según lo establecido por el art. 267 TFUE a la luz de la jurisprudencia del TJUE al respecto—). Asimismo la STC 194/2006, de 19 de junio, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías (arts. 24.1 y 2 CE).

⁶⁰ STC 78/2010, de 20 de octubre.

⁶¹ Sobre el tema, entre otros: R. ALONSO GARCÍA, «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva...», *op. cit.*, espec. pp. 18 y ss.; y en su *Sistema jurídico...*, *op. cit.*, pp. 199 y ss.; L. ARROYO JIMÉNEZ, «Hacia una normalización constitucional del Derecho de la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 139 y ss.; asimismo, C. IZQUIERDO SANS, «Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española», *RGDE*, núm. 23, 2011; J. MORCILLO MORENO, «El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: facultad o deber?», *RAP*, núm. 185, 2011, pp. 227 y ss.; J. HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, «Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Una aproximación «post-Lisboa»)\», *REDE*, 39, 2011, pp. 375 y ss.

cambio, supuestos en los que se haya concedido el amparo por vulneración de la tutela judicial derivado de una falta de remisión prejudicial al TJUE *que tuviera como efecto aparejado, no la inaplicación* de norma legal interna alguna (como ocurría en las arriba mencionadas SSTC), *sino, por el contrario, la aplicación* de una disposición interna controvertida porque se la considera compatible con la norma europea sobre cuya interpretación se han proyectado las dudas (si bien el Tribunal ha tenido ocasión de estudiar esta situación en la STC 27/2013, de 11 de febrero⁶²).

Procede constatar de inmediato que esta jurisprudencia del TC reconociendo la relevancia constitucional del no planteamiento de la cuestión prejudicial (cuando ello es obligado conforme al propio Derecho de la Unión) a efectos de garantizar en amparo el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva, no vulnera ni altera la autonomía de la cuestión prejudicial (en estos casos, de la regulación sobre la obligación de plantear la prejudicial conforme al segundo párrafo del art. 267 TFUE). Al contrario, este control que lleva el TC en amparo no sólo no incide «negativamente» en la autonomía de la cuestión prejudicial, sino que, antes bien, viene a fortalecer esta figura recogida en el art. 267 TFUE y la propia finalidad de la misma⁶³. Al igual que el Derecho nacional no puede alterar la «facultad» judicial de plantear la prejudicial [267 (2) TFUE], ni disminuyéndola o condicionándola ni convirtiéndola en obligación, tampoco se puede alterar o condicionar la «obligación» comunitaria de plantearla [267 (3) TFUE]. Y en este contexto, el reconocimiento por parte del TC de esta obligación establecida por el Tratado —en los términos establecidos por la jurisprudencia del TJ—, así como de que la misma tiene directas implicaciones constitucionales en el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva, viene a «controlar» y a fomentar internamente el cumplimiento judicial de esa obligación, contribuyendo así a fortalecer la autonomía de la cuestión prejudicial.

Ello es, además, particularmente interesante si se tiene en cuenta la cierta debilidad actual de los propios medios europeos para hacer frente al incumplimiento de la «obligación» de plantear la prejudicial. En efecto, dadas las limitaciones en la dinámica actual de la vía del recurso por incumplimiento (derivado de los órganos jurisdiccionales nacionales)⁶⁴ y de la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado por daños o perjuicios causa-

⁶² Véanse FFJJ 2 y ss., y especialmente el voto particular a la misma formulado por la Magistrada Doña Adela Asua Batarrita. Sobre la Sentencia: el trabajo del Magistrado J. HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, «La facultad/obligación de plantear la cuestión prejudicial europea», publicado en esta misma obra, apartados 49-54; M. CARLÓN RUIZ, «El Tribunal Constitucional como garante del Derecho comunitario. Reflexiones al hilo de la STC 27/2013, de 11 de febrero», *REDE*, 47, 2013, pp. 99-123.

⁶³ Que, como ha señalado reiteradamente el TJ, consiste en garantizar que, en cualesquiera circunstancias, el Derecho de la Unión Europea produzca el mismo efecto en todos los Estados miembros (por ejemplo: STJ *RHEINMÜHLEN I*, cit., apdo. 2; o *DICTAMEN TJ 01/09*, de 8 de marzo de 2011, apartados 84 y 85).

⁶⁴ Ya que esta vía reconocida en el ya mencionado asunto *COMISIÓN v. ITALIA* (2003), o en el más cercano de *COMISIÓN v. REINO DE ESPAÑA* (de 12 de noviembre de 2009, C-164/08), el reconocimiento del incumplimiento (art. 258 TFUE) sólo se daría, no cuando se tratara de decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias, sino de una línea jurisprudencial significativa no desautorizada por el órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste.

dos a los particulares por infracción del Derecho de la Unión (procedente de órganos jurisdiccionales)⁶⁵, este remedio «nacional» de la vía de amparo que ofrece el TC español (al igual que en el ordenamiento alemán, austríaco o checo), en atención a la tutela constitucional del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ayuda a consolidar la autonomía de la cuestión prejudicial contribuyendo a subsanar la mencionada debilidad⁶⁶, una contribución, dicho sea de paso, que encaja dentro de los «deberes» de los Estados para con la UE ex. art. 4.3 TUE⁶⁷.

Por lo demás, hay que recordar el hecho de que también existe la posibilidad de recurrir el no planteamiento de la cuestión prejudicial (cuando ello es debido conforme al Derecho de la UE) ante el TEDH, una vez agotada la vía jurisdiccional interna (art. 35 CEDH), por vulneración del derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6.1 del Convenio (en concreto, del derecho a ser oído por un tribunal «establecido por la ley»). Hay que señalar, sin embargo, que dicho Tribunal viene exigiendo, para admitir tal vulneración, que la decisión de no plantear aquélla sea una decisión arbitraria⁶⁸.

(b) Y en segundo lugar, atenderemos a la hipotética *influencia que despliega sobre la cuestión prejudicial el hecho de que la jurisdicción constitucional planteé dichas cuestiones*:

En efecto, otro de los hitos jurisprudenciales claros del TC en el proceso de flexibilización de la inicial posición «autoinhibitoria» de este Tribunal respecto al Derecho de la Unión es el que se produce con el ya mencionado ATC 86/2011, de 9 de junio, Auto con el que el Tribunal Constitucional plantea su primera cuestión prejudicial y del que traerá causa la ya apuntada Sentencia *Melloni* del Tribunal de Luxemburgo de 26 de febrero de 2013⁶⁹ (STJ

⁶⁵ A pesar de que la Sentencia en el también mencionado asunto *KÖBLER* (2003) reconocía que la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado (reconocida desde la sentencia TJCE 19 de noviembre de 1991, *FRANCOVICH y BONIFACI v. República Italiana*, as. acumulados C-6/90 y 9/90) por infracción del Derecho de la Unión podía tener lugar incluso cuando procediera de infracciones de jueces y tribunales en la aplicación del Derecho europeo (sentencia en la que el no planteamiento debido de la cuestión prejudicial es estipulado como uno de los elementos a tener en cuenta para poder reconocer tal infracción del Derecho de la Unión como «manifiesta», requisito indispensable para poder reconocerse dicha responsabilidad estatal).

⁶⁶ *In extenso* sobre todo ello: R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, op. cit., pp. 199 y ss., espec. 204 y ss.

⁶⁷ «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. // Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión (...)».

⁶⁸ Véanse, entre los más recientes asuntos al respecto: *CANELA SANTIAGO v. ESPAÑA*, de 4 de octubre de 2001; *JOHN v. ALEMANIA*, de 13 de febrero de 2007; o *ULLENS DE SCHOOTEN Y REZABAK v. BÉLGICA*, de 20 de sept. de 2011, apartados 54 y ss.

⁶⁹ Respecto a la STJ *MELLONI*, entre otros: J.I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA y S. RIPOL CARULLA, «La Euroorden ante la tutela de los Derechos Fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental (A propósito de la STJ *MELLONI*, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)», *REDE*, 46, pp. 151-197 (artículo en el que se toma nota de múltiples trabajos sobre el mencionado ATC por el que el TC plantea su primera prejudicial); R. ALONSO GARCÍA, *El Juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, op. cit., *passim*.

prejudicial que, a su vez, ha influido en la reciente STC de amparo 26/2014, de 13 de febrero, resolviendo el proceso desde el que se planteaba aquella primera prejudicial).

Es evidente que con esta primera remisión prejudicial (en concreto, tres peticiones prejudiciales) el TC se auto-reconoce, si no como Juez de aplicación del Derecho Europeo, sí como «órgano jurisdiccional» en los términos y a los efectos del art. 267 TFUE. Y así lo confirma expresamente en la señalada STC de 13 de febrero de 2014⁷⁰. En ningún caso se reconoce como «Juez nacional» que actúa como Juez europeo o Juez de aplicación del Derecho europeo (aunque los términos en que plantea la segunda de las tres prejudiciales, la de validez, podría hacer pensar lo contrario), pero sí como Juez que puede plantear la prejudicial, aunque lo haga con la idea de interpretar mejor la Constitución (las otras dos cuestiones, que son de interpretación, parecen estar planteadas con el objeto de conocer mejor el concreto significado que debe darse al Derecho europeo del caso para que éste luego pueda integrarse en una disposición constitucional nacional, en concreto el art. 24 CE, siguiendo a la cláusula de apertura del art. 10.2 CE)⁷¹.

En cualquier caso, lo que debe destacarse ahora es que el hecho de que TC participe como Juez de remisión prejudicial⁷² no tiene por qué incidir en la autonomía de ésta respecto al Derecho interno, pese a la especial significación del órgano remitente. Y ello porque no puede interferir tomando decisiones que afecten esa autonomía del Juez nacional⁷³. Y porque su participación tampoco altera el régimen de lo que, a efectos de plantear la prejudicial, debe entenderse como jurisdicción facultada u obligada a plantear la prejudicial según sus decisiones sean o no recurribles. (Es verdad que, por definición, es posible considerar a la propia jurisdicción constitucional como una jurisdicción que estaría «obligada» a plantear la prejudicial cuando resuelve definitivamente un litigio sobre el fondo del asunto. Pero ello no altera el régimen prejudicial del órgano jurisdiccional cuyas decisiones se recurren ante el TC⁷⁴). Como recuerda la STJ *Križan* «la calificación de un órgano jurisdiccional nacional como órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulte-

⁷⁰ Fundamento Jurídico 2.

⁷¹ En el mismo sentido, la señalada STC 26/2014 de 13 de febrero (FFJJ 2 y 4).

⁷² Lo ha hecho igualmente la jurisdicción constitucional de otros países «grandes» que hasta hace poco eran también reacios a plantearla, como sería el caso de Italia [que tras plantear la prejudicial —mediante ATCI n. 103/2008, de 13 de febrero— en el marco de un recurso de inconstitucionalidad (resuelto por STJ de 17 de noviembre de 2009, as. *PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI C. REGIONE AUTONOMA DELLA SARDEGNA*, C-169/08), lo ha vuelto a hacer recientemente —por Auto n. 207/2013, de 3 de julio—, en esta ocasión promoviendo la remisión prejudicial en el contexto de un control incidental (registrado en el Tribunal de Justicia como as *NAPOLITANO e.a.*, C-418/13)] Francia (del que deriva la STJ de 30 de mayo de 2013, as. *JEREMY F.*, C-168/13 PPU, en el marco de una cuestión prioritaria de constitucionalidad) y, finalmente, de forma muy reciente, Alemania (donde el *Bundesverfassungsgericht* —Tribunal Constitucional Federal alemán— acaba de plantear, como ya hemos avanzado anteriormente, su primera petición prejudicial al TJ el 14 de enero de 2014).

⁷³ Véase lo señalado al respecto en la Sentencia *KRIŽAN*, ya apuntado *supra* apartado II.1.

⁷⁴ En España, como es sabido, una actuación judicial puede recurrirse en amparo constitucional siempre que, al menos, «se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial» [art. 44.1.a) LOTC].

rior recurso jurisdiccional de Derecho interno, en el sentido del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, no resulta afectada por el hecho de que contra las decisiones de ese órgano jurisdiccional pueda interponerse ante el Tribunal constitucional del Estado miembro de que se trate un recurso limitado al examen de una posible violación de los derechos y de las libertades garantizados por la Constitución nacional o por un convenio internacional»⁷⁵.

IV. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE LA FACULTAD DEL JUEZ NACIONAL DE PLANTEAR LA OPINIÓN CONSULTIVA DEL PROTOCOLO N.º 16 DEL CEDH

El reciente Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado el 2 de octubre de 2013⁷⁶, que entrará en vigor una vez ratificado por diez Estados⁷⁷, ha venido a prever una nueva vía de control incidental abierta a los procesos nacionales vinculados al control de convencionalidad de normas internas⁷⁸.

Una vez en vigor, y tal y como señala el apartado 1 del artículo 1 del Protocolo: «*Los altos tribunales de las Partes Contratantes, especificados de conformidad con el artículo 10, podrán solicitar al Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus Protocolos*». El Tribunal en cuestión podrá presentar la *opinión consultiva*, siempre que sea —continúa el apartado 2 del mismo artículo— en el ámbito de una causa pendiente ante el mismo órgano remitente.

Los otros elementos más característicos que cabe extraer de la lectura del Protocolo sobre esta nueva vía incidental en manos de algunos órganos de la jurisdicción ordinaria son, dicho ahora de forma resumida, los siguientes: en primer lugar, que la legitimidad para solicitarlas está residenciada en «*los altos tribunales*» nacionales (a los que la respectiva parte contratante reconozca, opcionalmente, legitimación), que deberán hacerlo de forma motivada (interesa constatar que, en cualquier caso, el Protocolo no se circunscribe a los «*más altos*» Tribunales). En segundo lugar, la de tratarse de una solicitud de *carácter facultativo*, y cuya respuesta por parte del TEDH *carece de efecto vinculante* (art. 5), si bien no cabe perder de vista que la apertura de esta vía incidental no obsta para que luego se pueda interponer una demanda ante el mismo Tribunal. En tercer lugar, que las solicitudes de opinión convencional consultiva deberán *referirse a «cuestiones de principio» relativas a la interpretación o aplicación del Convenio y sus Protocolos* (no hay, pues, lugar para una cuestión incidental de validez).

⁷⁵ STJ KRIŽAN, *cit.*, apdo. 72.

⁷⁶ *Vid.*, al respecto: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fra>.

⁷⁷ De forma más precisa, y según establece el artículo 8.1: «el primer día del mes siguiente a la expiración del período de tres meses después de la fecha en que diez Altas Partes Contratantes del Convenio hayan manifestado su consentimiento de quedar vinculados por el Protocolo, conforme a las disposiciones del artículo 7».

⁷⁸ Al respecto, para lo que sigue, véase el trabajo de R. ALONSO GARCÍA, «La novedosa opinión consultiva del Protocolo número 16 del CEDH», *infra*, en el último capítulo de este mismo libro.

Llegados aquí, hay que señalar que a las ya señaladas posibilidades de plantear la cuestión prejudicial europea y el control incidental de constitucionalidad (en España, una cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 CE), se añade ahora —al menos a determinados órganos jurisdiccionales— aquella de solicitar incidentalmente esta opinión consultiva al TEDH. Y no hace falta pensar mucho para darse cuenta que existen casos en los que un «alto tribunal» nacional puede encontrarse ante la eventual tesitura de plantear las tres (pensemos, por ejemplo, en un ámbito de aplicación tan espinoso como el de la Euroorden⁷⁹), o cuando menos de combinar la prejudicial europea y la mencionada vía convencional consultiva.

En esta situación, es claro que el Protocolo «posibilita» que el órgano jurisdiccional nacional priorice, cuando así lo entienda oportuno, la solicitud de la opinión consultiva al planteamiento de la cuestión prejudicial. Pero, parece, asimismo, evidente que ello no ataca a la autonomía de la cuestión prejudicial europea, pues esta situación no viene a condicionar o a limitar la facultad, ni en su caso, la obligación, que tiene el Juez nacional de plantear la misma según deriva del art. 267 TFUE y de la jurisprudencia del TJ al respecto. Otra cosa es que ello pueda ser menos adecuado (plantear primero la prejudicial puede, en ocasiones, eliminar el problema del litigio principal) o menos pulcro a efectos del debido respeto del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, un derecho tutelado también por el TEDH.

⁷⁹ Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE o euroorden), figura creada por la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190, de 17 de julio de 2002), y modificada en 2009 por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81, de 27 de marzo de 2009).

Prejudiciales especiales

Auge y fenomenología de los regímenes atípicos de la cuestión prejudicial europea

Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero

Sumario: I. Fenomenología de las cuestiones prejudiciales especiales. II. La cuestión prejudicial de urgencia. 1. Noción. 2. Ámbito de aplicación. 3. Competencia. 4. Fases del procedimiento de urgencia. 5. La práctica del procedimiento de urgencia. III. La cuestión prejudicial procedente de órganos no jurisdiccionales de los Estados miembros y de Estados terceros. 1. Cuestiones prejudiciales procedentes de órganos jurisdiccionales *que no son* órganos jurisdiccionales *de los Estados miembros*. a. Cuestiones prejudiciales procedentes de órganos jurisdiccionales *que no son* órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. IV. El mecanismo de participación previa. V. La cuestión prejudicial del sistema jurisdiccional de patente europea. VI. Conclusiones.

A pesar de que la cuestión prejudicial sea un tema «clásico» del Derecho de la Unión Europea, se trata de una materia en constante movimiento. Y no sólo porque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia continúe desarrollando los detalles de esta delicada pieza procesal, tal como se puede constatar en las demás aportaciones de esta obra, sino también porque la pieza misma vive mutaciones y cambios trascendentales. Uno de esos cambios no afecta al mecanismo prejudicial directamente, pero sí indirectamente: me refiero a las cuestiones prejudiciales especiales, aquellas variantes del procedimiento previsto en el artículo 267 TFUE, distintas al procedimiento común contenido en dicho precepto, que en estos momentos proliferan en el Derecho de la Unión.

Lo que aquí llamaré «cuestiones prejudiciales especiales» son aquellas prejudiciales en las que la Unión Europea, y en particular el Tribunal de Justicia, se han visto obligados a adaptar el procedimiento prejudicial clásico a un nuevo contexto, como puede ser la irrupción del Derecho penal y de familia en el Derecho de la Unión Europea, la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, o la creación de un sistema jurisdiccional extra-estatal para conocer de los recursos sobre la recién creada patente europea. La cuestión prejudicial, la joya de la corona, la clave de bóveda que ha dado todo su sentido al Derecho de la Unión Europea, se adapta a los retos del futuro intentando man-

tener su identidad, pero a golpe de introducir tantos cambios en su concepción tradicional que bien podrían desembocar en una transformación de raíz que termine por hacer que el procedimiento mute irreversiblemente.

I. FENOMENOLOGÍA DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES ESPECIALES

Al referirme a las cuestiones prejudiciales especiales aludiré a procedimientos que reproducen las características de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento para la Unión Europea (en adelante, TFUE), pero que se alejan lo suficientemente del régimen común del procedimiento prejudicial como para permitirme hablar de una variante autónoma. Así, puede afirmarse con cierta seguridad que una cuestión prejudicial «especial» es aquella con numerosas particularidades propias, suficientes como para distinguirla y, por tanto, separarla del procedimiento prejudicial común contenido en el referido artículo 267 TFUE.

La irrupción de la especialidad prejudicial es relativamente novedosa, pero los primeros ejemplos pueden encontrarse ya en los años setenta. Sin embargo, no ha sido hasta la llegada del siglo XXI, un tiempo de profundos cambios en la organización y en la propia esencia del proyecto europeo, cuando las variantes de la cuestión prejudicial han comenzado a florecer.

Dejando a un lado la cuestión de ilegalidad, un procedimiento que no puede asociarse a la cuestión prejudicial, pero que responde en cierta manera a la lógica del reenvío¹, las cuestiones prejudiciales especiales pueden encontrar su fundamento en el artículo 267 TFUE o al margen de este. Cuando dicho precepto no sirve de base a una cuestión prejudicial especial, encontraremos el fundamento en otro tratado internacional, pero, al menos hasta la fecha, un tratado distinto a los Tratados constitutivos. Ello implica que la cuestión prejudicial, a pesar de su inmensa importancia para el Derecho de la Unión Europea, está más sujeta de lo que parece a la voluntad del legislador, e incluso a la voluntad de los Estados miembros. Esta fragilidad es sin duda sorprendente, y dice mucho de la manera en que la Unión ha ido adaptando sus estructuras durante los últimos años.

En este trabajo analizaré las cuatro cuestiones prejudiciales especiales más significativas: la cuestión prejudicial de urgencia, las cuestiones prejudiciales procedentes de órganos no jurisdiccionales de los Estados miembros y de los Estados terceros, el mecanismo de participación previa contenido en el Tratado de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la cuestión prejudicial en el sistema jurisdiccional de patente europea. Las dos últimas variantes del reenvío no se encuentran aún en vigor, pero su diseño y puesta en marcha es inminente. Además, hay que destacar que actualmente España no participa en la cooperación reforzada tendente a constituir el sistema de patente europea, aunque es previsible que en un cercano futuro se produzca un cambio de criterio.

¹ Al respecto, véase MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., «El recurso de anulación, la cuestión prejudicial de validez y la excepción de ilegalidad: ¿vías complementarias o alternativas?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 9, enero-abril (2005).

II. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE URGENCIA

1. Noción

Los Tratados constitutivos y, en particular, el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, contemplan el llamado «procedimiento prejudicial de urgencia», en vigor desde el 1 de marzo de 2008. Se trata de un procedimiento incardinado en el *genus* del artículo 267 TFUE, pero dotado de tantas especificidades que puede hablarse con autoridad de una cuestión prejudicial especial².

Como su propio nombre indica, el procedimiento prejudicial de urgencia se caracteriza por su carácter expeditivo. La finalidad de este procedimiento consiste en asegurar la cooperación de los tribunales nacionales, sin perjuicio de la urgencia que puede revestir el litigio principal. Esta preocupación comenzó a cobrar una especial fuerza desde la creación del llamado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, una política de la Unión en la que se incluyen materias tan sensibles como el derecho procesal civil y penal, el derecho penal o el derecho de familia. Los ritmos habituales de trabajo del Tribunal de Justicia, con los cuales se resuelven cuestiones prejudiciales en un periodo medio de quince meses, resultaban excesivamente largos cuando el juez nacional tiene ante sí a una persona privada de libertad o a un menor cuya custodia está aún por determinar.

En el año 2000 se introdujo el llamado «procedimiento acelerado», mediante el cual se procuraba acelerar la duración media del procedimiento prejudicial³. Sin embargo, este procedimiento seguía considerándose excesivamente largo, pues el Tribunal de Justicia resolvía en aproximadamente nueve meses. Por tanto, el procedimiento de urgencia no surge como un sustitutivo del procedimiento acelerado, sino como su complemento. Además, como a continuación se expondrá, el procedimiento de urgencia tiene un ámbito de aplicación muy definido, circunscrito por las cuestiones que afectan a los actos adoptados al amparo del Título V de la Tercera Parte del TFUE.

Aunque no se contemple un plazo para resolver, el artículo 267 TFUE destaca con claridad que el Tribunal de Justicia deberá pronunciarse «con la mayor brevedad». En la práctica, la duración media del procedimiento prejudicial de urgencia es de 1.9 meses, lo cual contrasta muy llamativamente con la duración media de una cuestión prejudicial ordinaria, actualmente fijada en 15.7 meses⁴. Como a continuación se expondrá, esta drástica reduc-

² Sobre el procedimiento prejudicial de urgencia, véase, entre otros, TIZZANO, A. y GENCARELLI, B., «La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, 4; AZOULAI, L. y BERNARD, E., «La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice», *Europe*, 2008, y LENAERTS, K., «The contribution of the European Court of Justice to the area of freedom, security and justice», *International & Comparative Law Quarterly*, 2010, y CLEMENTWILTZ, L. «La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen?», *Cahiers de Droit Européen*, 2012/1.

³ Artículo 105 y 106 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

⁴ Informe Anual del Tribunal de Justicia de 2012, pp. 10 y 11.

ción de la duración media se debe a un considerable recorte de trámites, principalmente de traducción, pero también a una disminución de trámites que en ocasiones pueden ser esenciales para asegurar las garantías del proceso. Sobre este punto también me pronunciaré más adelante.

2. Ámbito de aplicación

La principal regla delimitadora del ámbito de aplicación del procedimiento de urgencia es la que restringe este tipo de procedimientos a cuestiones prejudiciales de validez y de interpretación de actos adoptados al amparo del Título V de la tercera parte del TFUE. Es decir, actos del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Por tanto, el artículo 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, al referirse expresamente a este tipo de actos, limita formalmente el ámbito de aplicación del procedimiento.

Asimismo, además de tratarse de actos como los antes citados, la cuestión debe ser «urgente». Aunque la normativa aplicable no define con precisión en qué supuestos cabe activar el procedimiento de urgencia, el artículo 267, apartado 4 TFUE, ofrece un criterio claro: «cuando se plantee una cuestión [prejudicial] en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad». Aunque el precepto no dice expresamente si existe una obligación de activar el procedimiento prejudicial, sí dice que el Tribunal de Justicia resolverá «con la mayor brevedad», una expresión que debe interpretarse, resulta evidente, como una referencia al procedimiento prejudicial de urgencia.

Asimismo, la Recomendación dirigida a los órganos jurisdiccionales nacionales, un texto no vinculante pero de un importante valor interpretativo⁵, añade otro supuesto más en el que habitualmente se activará el procedimiento urgente: un litigio relativo a la patria potestad o a la custodia de los hijos, siempre y cuando la resolución del litigio dependa de la respuesta que otorgue el Tribunal de Justicia⁶.

Aunque estas limitaciones sean perfectamente comprensibles, el resultado es algo desafortunado, especialmente al combinar los requisitos formales con los materiales. Es perfectamente posible que se plantee una cuestión prejudicial en el marco de un litigio penal, con el acusado privado de libertad, tratándose de un acto ajeno al Título V de la tercera

⁵ Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2012/C 338/01), texto disponible en la página web del Tribunal de Justicia (www.curia.europa.eu).

⁶ Apartado 40 de las Recomendaciones: «Sin que puedan enumerarse aquí tales circunstancias de manera exhaustiva, en particular, debido a la variedad y a la evolución de las normas de la Unión que regulan el espacio de libertad, seguridad y justicia, un órgano jurisdiccional nacional podría, por ejemplo, plantearse formular una petición de procedimiento prejudicial de urgencia en el caso, contemplado en el artículo 267 TFUE, párrafo cuarto, de una persona detenida o privada de libertad, cuando la respuesta a la cuestión planteada sea determinante para la apreciación de la situación jurídica de esta persona, o en un litigio relativo a la patria potestad o a la custodia de los hijos, cuando la competencia del juez que deba conocer del asunto en virtud del Derecho de la Unión dependa de la respuesta a la cuestión prejudicial».

parte del TFUE. Piénsese, por ejemplo, en la interpretación de una Directiva en materia de circulación de capitales, de cuya interpretación puede depender el curso de un proceso penal por blanqueo de capitales o fraude fiscal. En un supuesto así sólo quedaría el procedimiento acelerado, con todas sus limitaciones, pero en ningún caso el procedimiento de urgencia.

3. Competencia

Otra de las especialidades importantes que caracteriza al procedimiento de urgencia es la asignación de la competencia a una sala especial, concretamente a una sala de cinco jueces, la cual se designa con carácter anual⁷. En la práctica, se trata de una de las cinco salas de cinco jueces ya existentes en el Tribunal de Justicia, las cuales rotan en la asunción de la competencia para conocer de estos procedimientos⁸.

La particularidad de esta regla es que durante un año siempre será la misma sala la encargada de conocer de las prejudiciales de urgencia, algo que contrasta con la habitual heterogeneidad con la que se atribuyen asuntos a salas, la cual permite que varios asuntos relacionados sean enjuiciados por salas diferentes.

Aunque la competencia «natural» para conocer del procedimiento de urgencia recaiga en la sala de cinco jueces anualmente designada, nada impide al Tribunal de Justicia, en función de la importancia, atribuir el asunto a la Gran Sala o a la Asamblea Plenaria⁹. En este supuesto, es la propia sala de cinco jueces la encargada de elevar la propuesta a la Reunión General del Tribunal de Justicia para que aquélla decida sobre la oportunidad de una atribución a la Gran Sala.

4. Fases del procedimiento de urgencia

La dinámica interna del procedimiento prejudicial cambia radicalmente cuando de prejudiciales de urgencia se trata. Son cuatro las principales modificaciones al régimen general que caracterizan a este procedimiento:

- La Reunión General del Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre las medidas de instrucción, sino que será la sala de cinco jueces, en formación administrativa, la encargada de examinar los aspectos procedimentales del asunto. Entre otros, destaca en primer lugar la decisión relativa al carácter urgente del asunto, la cual recae en la

⁷ Artículo 108, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

⁸ Véase el Informe sobre la aplicación del procedimiento prejudicial de urgencia en el Tribunal de Justicia, de 31 de enero de 2012, pp. 6 y ss.

⁹ La Gran Sala ha resuelto en un procedimiento prejudicial de urgencia tan solo en una ocasión, en el asunto C-357/09 PPU, *Kadzoev*.

sala especial. Asimismo, esta sala fija la fecha de la vista, la cual tendrá lugar en un periodo de tiempo considerablemente breve, no superior a un mes desde la reunión administrativa de la sala¹⁰.

- A diferencia de lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, del Estatuto del Tribunal de Justicia, en el procedimiento de urgencia sólo tienen derecho a presentar observaciones escritas las partes en el proceso principal y el Estado miembro de donde se origina la cuestión. Esta limitación se debe a la necesidad de reducir los plazos de traducción. Sin embargo, nada impide a los demás Estados miembros participar en la vista oral, lo cual puede generar alguna sorpresa en una fase ya bastante tardía del procedimiento. Por ejemplo, en los asuntos de interpretación de la decisión marco relativa a la euro-orden, hay siempre dos Estados miembros involucrados, el Estado requirente y el Estado requerido. Permitir que uno de ellos sólo aparezca en la fase oral puede ser poco operativo, pues puede haber datos cruciales que sólo están en posesión de dicho Estado, al que sólo se le permitirá participar en una fase muy avanzada del procedimiento. Por esta razón, el nuevo Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, adoptado en 2012, ha introducido la posibilidad de que el propio tribunal invite a otro Estado miembro, distinto al del órgano jurisdiccional remitente, a presentar observaciones durante la fase escrita¹¹.
- Asimismo, en casos de extrema urgencia cabe la posibilidad de eliminar el procedimiento escrito y pasar directamente a la fase oral. Esta opción no se ha puesto nunca en práctica, en parte porque se trata de una medida de una extrema severidad con los derechos procesales de los intervinientes en el proceso prejudicial¹².
- El cuarto aspecto en el que destaca el procedimiento de urgencia es en la menor presencia del Abogado General, pues éste no presentará conclusiones, sino que será «oído» por la sala¹³. Esta fórmula no es nueva, constaba ya en el procedimiento abreviado, pero en el caso de las prejudiciales de urgencia se ha vuelto aún más extendida. En la práctica, el Abogado General presenta una toma de posición oral o escrita ante la sala, pocos días después de la celebración de la vista. Si la posición es escrita, la sala tomará una decisión sobre la publicación de la misma. De hecho, no es excepcional, sino más bien lo contrario, que las tomas de posición de los Abogados Generales sean publicadas tanto en el Repertorio como en la página web del Tribunal, cuestión que corresponde a la sala resolver¹⁴. No obstante,

¹⁰ Artículo 109 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

¹¹ Artículo 109, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

¹² Artículo 23 bis, apartado 3, del Estatuto del Tribunal de Justicia.

¹³ Artículo 23 bis, apartado 2, del Estatuto del Tribunal de Justicia y artículo 112 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

¹⁴ Tal como destaca el propio Tribunal de Justicia en su Informe de aplicación, antes citado: «Según la práctica seguida por el Tribunal, las opiniones de los Abogados Generales presentadas por escrito se publican, salvo si la Sala que conoce del asunto decide lo contrario, oído el Abogado General» (nota a pie de página n.º 22).

hay supuestos en los que este no ha sido el caso¹⁵. Desgraciadamente no se conocen las razones que justifican esta negativa a publicar; en ocasiones puede deberse a que el Abogado General renuncia a hacerlo, o puede tener su causa en una negativa de la sala. Sea cual sea la razón, no existen vías para dar a conocer los motivos de una negativa a publicar una toma de posición del Abogado General en un procedimiento de urgencia.

5. La práctica del procedimiento de urgencia

Desde su entrada en vigor en el año 2008 hasta finales de 2013, el procedimiento de urgencia ha dado pie a 16 sentencias prejudiciales, lo cual muestra, en contra de algunos pronósticos, que la aprobación de este procedimiento no ha supuesto un grave riesgo para la capacidad de trabajo del Tribunal de Justicia¹⁶. La temida avalancha de miles de asuntos penales, de extranjería o de familia nunca se ha producido, al menos de momento, aunque ello tampoco quiere decir que no se pueda producir en el futuro. La experiencia nos muestra hasta la fecha que los tribunales nacionales han sido prudentes al solicitar el procedimiento de urgencia, pero también lo ha sido el Tribunal de Justicia, pues puede acordarlo de oficio y no ha hecho uso de esta facultad hasta la fecha.

La duración media del procedimiento de urgencia es de 1.9 meses, un tiempo excepcionalmente breve si se compara con los 15.7 meses de media de un procedimiento prejudicial ordinario. No obstante, en algunos casos se han llegado a producir procedimientos acelerados de algo menos de tres meses, apenas tres semanas más que la media de duración del procedimiento urgente. Esto podría plantear dudas sobre el verdadero valor añadido del procedimiento de urgencia, especialmente si se tiene en cuenta la relativización de garantías que puede producirse durante el mismo.

III. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PROCEDENTE DE ÓRGANOS NO JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y DE ESTADOS TERCEROS

Los requisitos de la cuestión prejudicial, especialmente los relativos a los órganos jurisdiccionales competentes para plantearla, son bien conocidos. Un «órgano jurisdiccional», en el sentido del artículo 267 TFUE, es aquel que se integra en el poder judicial de un Es-

¹⁵ Los dos únicos casos en los que no se ha publicado la opinión del Abogado General son los asuntos C-388/08 PPU, *Leymann y Pustovarov*, y C-168/13 PPU, *Jeremy F.*

¹⁶ Tal como expone el Tribunal de Justicia en su Informe de aplicación, antes citado, «durante el período de referencia [2008-2012], se formuló una solicitud de aplicación del procedimiento prejudicial de urgencia aproximadamente en una quinta parte (17,5%) de los asuntos susceptibles de ser tramitados mediante dicho procedimiento. De estas 22 solicitudes se estimaron 12, incluida la del Presidente del Tribunal de Justicia, es decir, más de la mitad (aproximadamente un 55%); 8 fueron desestimadas [...] y 2 de ellas no recibieron respuesta.»

tado miembro y cumple un número determinado de condiciones, a saber: la permanencia, la independencia, la creación por ley, la aplicación de normas y un procedimiento contradictorio¹⁷.

Resulta llamativo que, a pesar de la claridad con la que se expresan tanto el artículo 267 TFUE como la jurisprudencia del TJUE, lo cierto es que hay *otras* jurisdicciones, ajenas a las referidas condiciones, competentes para elevar cuestiones prejudiciales. Se trata de supuestos excepcionales, claro está, pero supuestos que en cualquier caso suponen una importante excepción a una regla primordial, en la medida en que caracteriza la lógica misma del procedimiento prejudicial.

1. Cuestiones prejudiciales procedentes de órganos jurisdiccionales que no son órganos jurisdiccionales de los Estados miembros

Los «órganos jurisdiccionales» llamados a plantear una cuestión prejudicial son aquellos que se integran en el poder judicial «de un Estado miembro». El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de recordarlo en diversas ocasiones, muy recientemente en el asunto *Miles*¹⁸, tras recibir una cuestión prejudicial del órgano de recursos de las Escuelas Europeas, un tribunal *ad hoc* creado mediante un acuerdo internacional entre los Estados miembros de la Unión Europea. Dicho acuerdo nada dice sobre la posibilidad de que el órgano de recursos plantee cuestiones prejudiciales, pero tampoco caben ulteriores recursos ante tribunales nacionales contra las decisiones de dicho órgano. No obstante, el Tribunal de Justicia consideró que la sala de recursos de las Escuelas Europeas no pertenecía a los Estados miembros, no se integraba en la estructura judicial de aquéllos, y por tanto no podía considerarse un «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE¹⁹.

Con este precedente a modo de ejemplo y de trasfondo, resulta muy llamativo que actualmente quepa la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de Islandia, Liechtenstein y Noruega puedan plantear cuestiones prejudiciales. Se trata de una competencia ajena a lo dispuesto en el artículo 267 TFUE, pues no son órganos jurisdiccionales «de los

¹⁷ Sentencia de 30 de junio de 1966, *Vassen-Göbbels* (61/65, Rec. p. 377), seguida de múltiples resoluciones en el mismo sentido, entre las que pueden mencionarse las de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult* (C-54/96, Rec. p. I-4961), apartado 23; de 31 de mayo de 2005, *Syfait y otros* (C-53/03, Rec. p. I-4609), apartado 29; de 14 de junio de 2007, *Häupl* (C-246/05, Rec. p. I-4673, apartado 16), y de 22 de diciembre de 2010, *Koller* (C-118/09, Rec. p. I-0000), apartado 22.

¹⁸ Sentencia de 14 de junio de 2011, *Miles y otros* (C-196/09, Rec. p. I-0000).

¹⁹ La sentencia contrasta con una posición anterior, la expresada en la sentencia de 4 de noviembre de 1997, *Parfums Christian Dior* (C-337/95, Rec. p. I-6013), donde el Tribunal del Benelux, una organización internacional, fue considerado «órgano jurisdiccional». El Tribunal de Justicia diferencia ambos asuntos resaltando que en el caso del Benelux los Estados integrantes del sistema habían otorgado competencias a dicha organización que sólo podían desarrollarse y enjuiciarse dentro del entramado institucional del Benelux, y no a nivel nacional.

Estados miembros». Por tanto, estas prejudiciales pueden considerarse también «especiales».

En efecto, el artículo 107 del Acuerdo del Espacio Económico Europeo (EEE) y el Protocolo 34 prevén la posibilidad de que un Estado de la Asociación Europea del Libre Comercio (AELC) autorice a sus órganos jurisdiccionales a solicitar al Tribunal de Justicia, bajo determinadas condiciones, que se pronuncie acerca de la interpretación de una disposición del Acuerdo EEE²⁰. Aunque ningún Estado firmante ha autorizado hasta la fecha la activación de esta competencia a sus órganos jurisdiccionales, lo cierto es que se trata de un mecanismo que les permite a los órganos jurisdiccionales de Islandia, Liechtenstein, Suiza y Noruega plantear cuestiones prejudiciales.

Esta parece ser la única disposición en virtud de la cual el Tribunal de Justicia puede conocer de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales de Estados terceros. Hasta la fecha no ha sido puesta en práctica porque exige la autorización del Estado afectado, tal como pone de relieve el Protocolo 34. En la única ocasión que el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de interpretar este precepto, lo hizo en un asunto procedente de Suecia, pero en el marco de una cuestión prejudicial planteada al año siguiente de adherirse dicho país a la Unión²¹. En ese contexto el Tribunal de Justicia justificó su competencia con el fundamento de que se trataba de una prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, pero no por un Estado tercero del AELC²².

²⁰ El referido artículo 107 establece lo siguiente: «En el Protocolo 34 se establecen las disposiciones relativas a la posibilidad de que un Estado de la AELC permita a un órgano jurisdiccional solicitar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se pronuncie sobre la interpretación de una norma del EEE».

Así, el artículo 1 del Protocolo 34 establece lo siguiente: «Cuando se presente una cuestión de interpretación de las disposiciones del Acuerdo, idénticas en sustancia a las disposiciones de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, tal como han sido modificados o completados, o de los actos aprobados en virtud de los mismos, en un asunto pendiente en un órgano jurisdiccional de un Estado de la AELC, dicho órgano podrá pedir, si lo estima necesario, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se pronuncie sobre la cuestión».

²¹ Sentencia de 15 de junio de 1999, *Andersson y Wåkerås-Andersson* (C-321/97, Rec. p. I-3551).

²² Tal como destaca el Tribunal de Justicia en la referida sentencia *Andersson y Wåkerås-Andersson*: «29. Tal competencia tampoco le ha sido atribuida al Tribunal de Justicia en el marco del Acuerdo EEE. En efecto, del apartado 2 del artículo 108 de éste y del artículo 34 del Acuerdo AELC de Vigilancia se desprende que el Tribunal de la AELC es competente para pronunciarse sobre la interpretación del Acuerdo EEE aplicable en los Estados de la AELC. Este último no contiene ninguna disposición que prevea una competencia paralela del Tribunal de Justicia. Es cierto que el artículo 107 del Acuerdo EEE y el Protocolo 34 prevén la posibilidad de que un Estado de la AELC autorice a sus órganos jurisdiccionales a solicitar al Tribunal de Justicia, bajo determinadas condiciones, que se pronuncie acerca de la interpretación de una disposición del Acuerdo EEE, pero hasta la fecha no se ha hecho uso de tal posibilidad.

30. El hecho que el Estado de la AELC en cuestión se haya convertido posteriormente en Estado miembro de la Unión Europea, de modo que la cuestión emane de un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, no puede producir el efecto de atribuir al Tribunal de Justicia una competencia de interpretación del Acuerdo EEE en lo que se refiere a su aplicación a situaciones que no competen al ordenamiento jurídico comunitario».

2. Cuestiones prejudiciales procedentes de órganos jurisdiccionales *que no son órganos jurisdiccionales* de los Estados miembros

No sólo es el hecho de que pueda haber cuestiones prejudiciales procedentes de Estados que no sean miembros de la Unión, sino también la posibilidad de que se planteen desde órganos de Estados miembros, pero que no son jurisdiccionales. Este es el caso de los tribunales arbitrales, los cuales, según una abundante jurisprudencia, no pueden considerarse «órganos jurisdiccionales», pues adolecen de una evidente falta de permanencia, requisito tradicionalmente exigido a todos los tribunales remitentes²³. Sin embargo, en un cambio muy importante de tendencia, el Tribunal de Justicia ha modificado su jurisprudencia por vez primera y ha admitido una cuestión prejudicial de un órgano arbitral, a pesar de carecer del requisito de la permanencia.

En el asunto *Merck Canada*²⁴ el Tribunal de Justicia se enfrentaba a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Arbitral *necessário* de Portugal, un órgano de naturaleza arbitral y de reciente creación, pero cuya jurisdicción es obligatoria para las partes. El Tribunal de Justicia analizó si se trataba de un órgano creado por ley, independiente y garante del principio contradictorio, a lo cual contestó afirmativamente. Sin embargo, al llegar al punto relativo a la permanencia, el Tribunal de Justicia reconoció que un órgano como el Tribunal Arbitral *necessário* se extinguía en cada asunto una vez terminado éste. Esta existencia «caso por caso» desvirtúa lógicamente el requisito del carácter permanente exigido a todo «órgano jurisdiccional»²⁵, pero esta no es la conclusión a la que llegó el Tribunal de Justicia, que consideró que el Tribunal Arbitral *necessário* era un «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE.

Al igual que en el caso de las prejudiciales de Estados terceros, uno se pregunta a qué se debe una excepción tan significativa. En el caso de los tribunales arbitrales, tal cambio debe tener su origen en la evolución que han vivido los sistemas judiciales nacionales durante los últimos años, especialmente desde que comenzó la crisis económica que ha azotado a Europa desde 2007. Debido a las restricciones presupuestarias y al aumento de la litigación, varios Estados miembros, incluido Portugal, han introducido mecanismos para descargar a los tribunales ordinarios de una cada vez más onerosa carga de trabajo. En este sentido se adoptó la Ley portuguesa 62/2011, de 12 de diciembre de 2011, por la que se creaban los tribunales arbitrales necesarios. Un fenómeno que no es exclusivo de los Estados miembros, pues la Unión también está impulsando vías alternativas a las jurisdiccionales, como en el caso de la mediación en asuntos de consumo prevista en la Directiva 2013/11²⁶.

²³ Véanse las sentencias de 23 de marzo de 1982, «*Nordsee*» *Deutsche Hochseefischerei* (102/81, Rec. p. 1095), apartados 10 a 12; de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, Rec. p. I-3055), apartado 34, de 27 de enero de 2005, *Denuit y Cordenier* (C-125/04, Rec. p. I-923), y de 17 de octubre de 1989, *Danfoss* (109/88, Rec. p. 3199).

²⁴ Auto de 13 de febrero de 2014, *Merck Canada Inc.* (C-555/13, Rec. p. I-0000).

²⁵ Auto *Merck Canada Inc.*, antes citado, apartado 24.

²⁶ Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004

La apuesta es arriesgada, pues supone abrir las puertas de la cuestión prejudicial a órganos arbitrales completamente ajenos a la organización jurisdiccional. No obstante, se trata de una opción en cierta medida coherente con la trayectoria jurisprudencial del Tribunal de Justicia. Así, el hecho de que los tribunales arbitrales necesarios tengan un anclaje legal en la Constitución portuguesa es un factor que en el pasado ha sido determinante para reconocerle a un órgano parajudicial la condición de «órgano jurisdiccional». Así lo destacó el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto *Umweltanwalt von Kärnten*, en el que se cuestionaba la competencia prejudicial de los tribunales especializados por sectores austriacos, como era el caso del Umweltamt²⁷. El Tribunal de Justicia estira aún más esta jurisprudencia, que a fin de cuentas afecta a órganos parajudiciales permanentes y con un amplio arraigo en la cultura judicial nacional, y la lleva al terreno de los tribunales arbitrales, los cuales, como es evidente, no son «órganos jurisdiccionales» en un sentido literal del artículo 267 TFUE.

IV. EL MECANISMO DE PARTICIPACIÓN PREVIA

En los apartados anteriores se han expuesto las cuestiones prejudiciales especiales con fundamento en el artículo 267 TFUE, si bien dotadas de las suficientes peculiaridades como para recibir el calificativo de «especiales». A continuación se mostrará el caso de una cuestión prejudicial sin duda «especial» pero que no tiene su fundamento en el artículo 267 TFUE. De hecho, no se sabe en el actual momento cuál será su fundamento. Sólo se sabe que se tratará de un mecanismo prejudicial, precisamente el que permitirá al Tribunal Europeo de Derechos Humanos enviar al Tribunal de Justicia, con carácter previo a dictar sentencia, una cuestión de validez. Este es el llamado «mecanismo de participación previa» recogido en el artículo 3, apartado 6, del acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁸.

y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo). Sobre esta Directiva y sus consecuencias jurisdiccionales, véase WAGNER, G., «Private law enforcement through ADR: Wonder drug or snake oil?», (2014) 51 *Common Market Law Review*.

²⁷ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, *Umweltanwalt von Kärnten* (C-205/08, Rec. p. I-0000).

²⁸ Sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, véase GRAGL, P., «A giant leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union's accession to the European Convention on Human Rights», 51 *Common Market Law Review*, 2014; ECKES, «EU Accession to the ECHR: Between autonomy and adaptation», 76 *MLR*, 2013; GRAGL, P., *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Hart, 2013; DE SCHUTTER, O., «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: Feuille de route de la négociation», 83 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010; LOCK, T., «Walking on a Tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order», 48 *Common Market Law Review*, 2011; KRÁLOVÁ, «Comments on the draft agreement on the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms», 2 *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, 2012.

El sentido de este mecanismo no es otro que permitir al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la validez de un acto de la Unión que podría, de lo contrario, acabar siendo indirectamente enjuiciado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sin que la jurisdicción de la Unión haya tenido la ocasión de pronunciarse²⁹. Como es sabido, la ejecución del Derecho de la Unión recae sobre los Estados miembros, de modo que es muy probable que un particular se vea afectado por un acto de la Unión, pero que éste se realice mediante un acto nacional, acto que termina siendo enjuiciado en Estrasburgo sin que el Tribunal de Justicia haya tenido ocasión de conocer del asunto. Es cierto que los tribunales nacionales pueden siempre plantear una cuestión prejudicial de validez al Tribunal de Justicia antes de que el asunto termine en Estrasburgo. Pero en los casos en los que no suceda así, el mecanismo de participación previa permite al Tribunal de Justicia tener la ocasión de pronunciarse sobre la validez del acto de la Unión y, muy especialmente, de cotejar su compatibilidad con los derechos fundamentales de la Unión.

El origen de este mecanismo parte del propio Tribunal de Justicia. El 5 de mayo de 2010 el Tribunal de Justicia publicaba un documento de reflexión en el que advertía a las demás instituciones y a los Estados miembros del riesgo de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos enjuiciara indirectamente actos de la Unión sin que la máxima jurisdicción de la Unión hubiera podido pronunciarse antes. Algunos meses después eran los dos tribunales europeos, el de Luxemburgo y el de Estrasburgo, en un documento conjunto, los que volvían a insistir sobre esta misma idea. Difícilmente los negociadores de la adhesión podrían pasar por alto estas indicaciones, máxime cuando el Tribunal de Justicia puede ser consultado sobre la legalidad de cualquier acuerdo internacional, cosa que podría suceder con el futuro acuerdo de adhesión al Convenio (y así sucedió)³⁰.

A pesar de las reticencias de algunos Estados de la Unión y, muy especialmente, de Estados terceros que integran también el Consejo de Europa, finalmente se introdujo en el proyecto de acuerdo de adhesión un mecanismo de participación previa del Tribunal de Justicia, mediante el cual se permite a éste pronunciarse sobre la validez de un acto de la Unión antes de que se pronuncie el tribunal de Estrasburgo. Tras varios meses de tensas negociaciones, el mecanismo quedó reflejado en el artículo 3, apartado 6, del proyecto de acuerdo de adhesión:

«in proceedings to which the European Union is a co-respondent, if the Court of Justice of the European Union has not yet assessed the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which

²⁹ Al respecto, véase AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales. La adhesión al Convenio europeo como respuesta», *Revista Española de Derecho Europeo*, 48, 2013.

³⁰ En efecto, la Comisión Europea solicitó al Tribunal de Justicia en julio de 2013 que se pronuncie sobre la compatibilidad del proyecto de acuerdo de adhesión con los Tratados constitutivos, en el asunto C-2/13, pendiente de resolución.

the European Union has acceded of the provision of European Union law as under paragraph 2 of this article, sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment, and thereafter for the parties to make observations to the Court. The European Union shall ensure that such assessment is made quickly so that the proceedings before the Court are not unduly delayed. The provisions of this paragraph shall not affect the powers of the Court».

El mecanismo de participación previa es una cuestión prejudicial especial. Aunque aún la Unión no ha determinado exactamente cómo se articulará el mismo, basta una lectura del citado artículo 3, apartado 6, para observar que se trata de un mecanismo prejudicial y, más específicamente, una prejudicial de validez y de interpretación. Un tribunal, en este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, permite al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la validez de un acto de la Unión o la interpretación del Tratado, juicio que resulta determinante para el procedimiento principal. Además, la prejudicial suspende el procedimiento principal, si bien es cierto que el proyecto reclama del Tribunal de Justicia una resolución acelerada.

Las características anteriores son suficientes para que podamos hablar de una prejudicial especial, pero también es necesario resaltar varias peculiaridades que hacen del mecanismo de participación previa un instrumento tan novedoso como también complejo. Para empezar, y a diferencia de la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE, no es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el órgano responsable de remitir la cuestión al tribunal de Luxemburgo, o al menos no consta que así sea en el artículo 3, apartado 6, del proyecto de acuerdo. El mecanismo sólo puede ponerse en marcha en aquellos asuntos en los que la Unión Europea intervenga ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en condición de coadyuvante, una figura expresamente prevista en el proyecto de acuerdo para permitir la intervención de la UE³¹. Cuando se haya reconocido la condición de coadyuvante a la UE, se podrá solicitar al Tribunal de Justicia su criterio respecto de la validez del acto cuestionado. A la espera de que el mecanismo se concrete, todo apunta a que la decisión de activar el mecanismo recaerá en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero con una fuerte presencia de las partes, especialmente de la UE, en condición de coadyuvante.

Nada dice el proyecto de acuerdo sobre los efectos de la sentencia prejudicial dictada por el Tribunal de Justicia, pero resulta claro que se tratará de una resolución vinculante para los Estados miembros, aunque no para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³². Sin embargo, que el tribunal de Estrasburgo no se vea vinculado por la decisión del Tribunal de Justicia no significa que la sentencia dictada por éste carezca de valor. Al contrario, la sentencia, especialmente la sentencia invalidatoria, automáticamente justificará el desistimiento por parte del recurrente, pues la razón que fundamenta el recurso ante el Tribunal Europeo de

³¹ Artículo 6, apartado 2, del proyecto de acuerdo de adhesión.

³² Así debe interpretarse el citado artículo 3, apartado 6, del proyecto, cuando añade que las disposiciones de dicho apartado «no afectarán a los poderes del Tribunal [Europeo de Derechos Humanos].»

Derechos Humanos habría dejado de existir. Un recurso contra una norma, digamos, española, pero que transpone sin margen alguno de apreciación una directiva que el Tribunal de Justicia declara contraria a un derecho fundamental, priva de objeto al procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En ese momento comenzará un proceso de negociación en el que la UE y los Estados miembros deberán resarcir el daño provocado y, a su vez, distribuir entre sí la responsabilidad incurrida. Sin embargo, esta cuantificación y reparto de responsabilidad es una cuestión que habrá de regirse y resolverse con arreglo al Derecho de la UE, cuya última decisión recaerá en el Tribunal de Justicia³³.

Curiosamente, el mecanismo de participación previa aparece justo en el momento en que se ha creado un cauce prejudicial que permite a los tribunales de última instancia de los Estados integrantes del Consejo de Europa plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En un contexto de claro inflacionismo de prejudiciales, estas comienzan a cruzarse entre las organizaciones internacionales, los Estados y sus respectivos tribunales, en una clara muestra de que la justicia europea se encuentra en estos momentos condicionada al máximo por las decisiones de sus respectivos entornos. Lo que comenzó como un «diálogo judicial europeo» comienza a parecerse cada vez más a un poder judicial integrado. No estamos aún ahí, pero con cada reforma nos acercamos algo más.

V. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DEL SISTEMA JURISDICCIONAL DE PATENTE EUROPEA

La patente europea era una vieja iniciativa que tras más de treinta años de negociaciones no lograba llegar a buen puerto. Después de varias propuestas fallidas, los Estados miembros llegaron a un principio de acuerdo que parecía lograr lo que hasta entonces había sido un imposible. Aunque algunos Estados miembros no le dieron su apoyo (entre ellos España), en 2009 se cerraba un principio de acuerdo por el que se creaba un régimen uniforme de patente europea y se le atribuía a la oficina europea de patentes, con sede en Múnich, la competencia para conocer de la inscripción y los recursos contra la inscripción de patentes europeas³⁴.

Sin embargo, en un dictamen histórico pronunciado en formación plenaria, el Tribunal de Justicia declaró que el referido sistema era contrario a los Tratados constitutivos de la Unión, precisamente con motivo del sistema jurisdiccional que se creaba³⁵. Al atribuir a un órgano jurisdiccional internacional una competencia para interpretar Derecho de la Unión, órgano en el que además participan Estados terceros (era el caso de Suiza y Liechtenstein),

³³ A este respecto véase el análisis de GRAGL, P., «A giant leap for European Human Rights?..», cit., pp. 49 y ss.

³⁴ Véase, en general, «The EU Patent: Cui Bono et Quo Vadit?», 47 (2009), *Common Market Law Review*, y ULLRICH, H., «National, European and Community patent protection: Time for reconsideration», en Ohly, A. and Klippel, D. (eds.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, Mohr Siebeck, 2007.

³⁵ Dictamen de 8 de marzo de 2011 (I/09, Rec. p. I-1137).

se producía una «externalización» inasumible para la coherencia y autonomía del Derecho de la Unión³⁶.

El dictamen 1/09 supuso un fuerte varapalo para los proponentes de la patente europea, pero la inercia era ya tan vigorosa que ni siquiera una resolución tan contundente fue capaz de frenar el ímpetu legislativo de los Estados miembros. Con el Tribunal de Justicia en contra, así como dos Estados miembros (España e Italia, contrarios al régimen lingüístico del sistema de patente europea, que excluía al castellano y al italiano), los demás Estados lanzaron una cooperación reforzada al amparo del Título IV TUE, introdujeron varias reformas en el modelo jurisdiccional, y finalmente cerraron tanto un régimen sustantivo de patente europea como su correspondiente sistema jurisdiccional.

Precisamente para dar satisfacción a los reparos del Tribunal de Justicia, el sistema jurisdiccional rompía radicalmente con el previsto en el borrador sometido a dictamen del tribunal de Luxemburgo en el año 2009³⁷. Así, el nuevo sistema, aún en fase de ratificación, crea el llamado «Tribunal Unificado de Patente», una suerte de mini-poder judicial compuesto de un Tribunal de Primera Instancia y un Tribunal de Apelación. El Tribunal de Primera Instancia se compone de una división central, con sede en París, y dos secciones, con sede en Londres y en Múnich, más la posibilidad de crear secciones regionales en Estados miembros, siempre que no sean superiores a cuatro por Estado miembro.

Nótese que el sistema tiene su origen en un acuerdo internacional, pero en el que sólo participan Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, se trata de un órgano jurisdiccional que no pertenece ni a la Unión ni a los Estados miembros, aunque el principal texto normativo que deberá aplicar el Tribunal Unificado será un Reglamento de la Unión, el relativo al régimen uniforme de patente europea, acordado en el marco de una cooperación reforzada. A diferencia de la marca europea, cuya jurisdicción especializada (las llamadas salas de recurso) se encuentra ubicada en la Oficina para la Armonización del Mercado Interior, la patente europea contiene un sistema jurisdiccional internacional en el que sólo participan los Estados miembros. Y aquí aparece la razón por la cual el Tribunal de Justicia «desconfía» del sistema: los Estados miembros quieren alejarse del procedimiento del artículo 257 TFUE, que permite la creación de tribunales especializados, pero órganos *de la Unión*. Con el argumento de que las patentes exigen un conocimiento científico y no jurídico a la hora de determinar la originalidad de una innovación, los Estados miembros han creado un sistema no plenamente jurisdiccional, pero tampoco plenamente europeo.

³⁶ Sobre el Dictamen 1/09, véase en general AZPITARTE, M., «La autonomía del ordenamiento de la Unión y las «funciones esenciales» de su sistema jurisdiccional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013; SIMON, D., «Avis négatif sur le projet de création d'une juridiction des brevets», *Europe*, mayo de 2011, pp. 4-7; MARINO, L., «Les tribulations du projet de la Cour européenne des brevets devant la CJUE», *Gazette du Palais*, 2011, n.º 173-174, y ALBERTI, J., «Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario», *Il diritto dell'Unione Europea*, 2012.

³⁷ Véase, en general, el trabajo de CALLENS, P. y GRANATA, S., *Introduction to the Unitary Patent and the Unified Patent Court. The (Draft) Rules of Procedure of the Unified Patent Court*, Kluwer Law International, 2013.

El artículo 21 del proyecto de acuerdo establece que el Tribunal, incluido tanto el Tribunal de Apelación como el Tribunal de Primera Instancia, tendrán la facultad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. A diferencia de otros órganos jurisdiccionales internacionales competentes para plantear prejudiciales (el caso Benelux), la patente europea destaca por el hecho de que las prejudiciales de su Tribunal no se plantean al amparo del artículo 267 TFUE, sino que encuentran una base específica: el referido artículo 21 del proyecto de acuerdo. Esta base específica contiene particularidades que no aparecen en el artículo 267 TFUE.

Así, se trata de una cuestión prejudicial de interpretación y no de validez, impidiendo así al Tribunal Unificado dudar de cualquier acto de la Unión que tengan la obligación de aplicar. Asimismo, no existe la tradicional distinción entre órganos de última instancia y órganos cuyas decisiones son susceptibles de recurso, a pesar de que el Tribunal de patente europea está estructurado en dos niveles jerárquicos. Por tanto, se deduce del artículo 21 TFUE que el Tribunal de Apelación no tiene, a diferencia de las últimas instancias nacionales, la *obligación* de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia³⁸. Finalmente, el acuerdo especifica en el artículo 22 que en caso de que el Tribunal incurra en una infracción del Derecho de la Unión, la responsabilidad recaerá sobre todos los Estados firmantes del acuerdo. Se reconoce así el principio, ya consagrado en Derecho de la Unión, de que los tribunales nacionales responden ante los particulares de los daños graves causados a raíz de una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión³⁹. No obstante, esta acción se formula de un modo muy particular en el caso del sistema de patente europea, pues el Tribunal Unificado no es un órgano jurisdiccional *nacional* y por tanto no hay un solo Estado responsable. Al tratarse de un órgano jurisdiccional internacional son *todos* los Estados firmantes los colectivamente responsables, lo cual plantea serios problemas prácticos a la hora de exigir dicha responsabilidad.

Como se ve, se trata de un régimen prejudicial especial, en el que el Tribunal de Justicia desempeña un importante papel, pero sobre unas bases bastante más frágiles que las ofrecidas por el artículo 267 TFUE. Quizás esta fragilidad se ve compensada con una mención específica al principio de primacía del Derecho de la Unión en el artículo 20 del proyecto de acuerdo, pero cabe preguntarse si esta disposición es suficiente para equiparar a esta prejudicial especial con el mecanismo tradicional del artículo 267 TFUE.

VI. CONCLUSIONES

Las prejudiciales especiales son un género aparte en el contencioso de la Unión, insertadas en la lógica de la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE, pero dotadas de suficientes especificidades como para merecer un tratamiento autónomo. En este trabajo se

³⁸ CALLENS, P. y GRANATA, S., *Introduction to the Unitary Patent...*, op. cit., pp. 201 y ss.

³⁹ Véanse las sentencias de 30 de septiembre de 2003, *Köbler* (C-224/01, Rec. p. I-10239), apartados 31 y 33 a 36; de 13 de junio de 2006, *Taghetti del Mediterraneo* (C-173/03, Rec. p. I-5177), apartados 30 y 31, y de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/España*, C-154/08, apartado 125.

han mostrado las principales manifestaciones de este fenómeno, pero, como se ha podido constatar, no se trata de una vieja tendencia, sino todo lo contrario: las cuestiones prejudiciales especiales son un fenómeno reciente, coetáneas de una práctica institucional europea sometida a fuertes turbulencias. En estas conclusiones se intentará explicar y valorar el fenómeno.

La Unión Europea se ha encontrado desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en un estado de parálisis constitucional. El fracaso de la Constitución Europea, sumado a las dificultades vividas durante la ratificación del Tratado de Lisboa, mostraron a los Estados miembros el altísimo riesgo que conlleva actualmente reformar los Tratados constitutivos de la Unión. Cualquier cambio que parezca afectar a las estructuras básicas de la Unión abre la puerta a la incertidumbre, y los gobiernos de los Estados miembros han tomado buena nota.

Paradójicamente, la imposibilidad de acometer reformas de calado ha disparado la capacidad imaginativa de los gobernantes y de los juristas, hasta lograr resultados equivalentes a una reforma de los Tratados constitutivos. La dificultad para reformar las estructuras constitucionales de la Unión se ha visto, por tanto, compensada con una ilimitada flexibilidad extra-europea, donde convive la intergubernamentalidad con atisbos del método comunitario. El colmo de esta tendencia se observa en la reforma introducida en el artículo 136 TFUE, una disposición a la que se adicionó en 2010 un apartado tercero a través del procedimiento simplificado de reforma de los Tratados, pero para habilitar a los Estados a ejercer una competencia de la que ya disponían⁴⁰.

Como se ha podido observar en este trabajo, la cuestión prejudicial no ha sido ajena a esta dinámica. La cuestión prejudicial de urgencia es una respuesta a las nuevas competencias de la Unión en terrenos como el Derecho penal o de familia. La apertura al arbitraje responde a la necesidad de adaptar el procedimiento prejudicial a los nuevos escenarios de austeridad en el gasto público (incluida la justicia) vividos en varios Estados miembros. El mecanismo de participación previa es la respuesta a un acontecimiento histórico, cual es la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y un tanto de lo mismo sucede con el Tribunal Unitario de Patentes, una reacción de los Estados miembros que se niegan a «judicializar» un sistema que exige peculiaridades extrajudiciales.

La flexibilidad prejudicial no es en sí misma negativa, pues hay aspectos claramente laudatorios que merecen ser destacados. La parálisis institucional o la rigidez de los procedimientos de reforma no deben ser un obstáculo para el progreso del proceso de integración, siempre que dicho progreso sea en beneficio de la Unión, de los Estados miembros y de los ciudadanos. Es razonable decir que un procedimiento prejudicial ágil, una apertura al arbitraje, la adhesión al Convenio o la creación de un sistema de patente europea, son todos ellos avances que merecen una valoración positiva. Que las adaptaciones necesarias se hayan realizado por vías poco convencionales (por ejemplo, el acuerdo internacional que sirve

⁴⁰ Así lo confirmó la sentencia de 27 de noviembre de 2012, *Pringle* (C-370/12, Rec. p. I-0000).

de base al Tribunal Unitario de Patente) o sin reformar los Tratados (la apertura al arbitraje o el mecanismo de participación previa, por ejemplo), puede ser el precio que pagar como contrapartida a los beneficios que traerán las reformas.

Sin embargo, las objeciones existen y no podemos dejarlas de lado. Estas objeciones tienen la vista puesta en el largo plazo y se refieren principalmente a la integridad y a la autonomía del procedimiento prejudicial.

Si la cuestión prejudicial está considerada la «clave de bóveda» del sistema judicial europeo, ello se debe a su integridad y autonomía. La integridad hace referencia a la constancia y seguridad que ofrece el mecanismo, corolario de lo cual es su sencillez: un juez nacional duda, pregunta y se le contesta. Ni más ni menos. Con esta lógica aplastante son miles los jueces nacionales que han referido preguntas a Luxemburgo. De ahí que la introducción de procedimientos prejudiciales especiales introduce un elemento de complejidad y de singularidad que rompe con la integridad tradicional del mecanismo. A lo cual se suma la autonomía de la cuestión prejudicial, el hecho de que el procedimiento no se ve condicionado por otros procedimientos, ni ante la Unión ni ante los tribunales nacionales. La aparición de nuevas prejudiciales siembra dudas sobre el impacto que tienen éstas sobre el procedimiento prejudicial tradicional. No es claro si el mecanismo de participación previa forzará a los tribunales nacionales a plantear más cuestiones prejudiciales cada vez que se suscita un argumento de derechos fundamentales. De la misma manera que el procedimiento de urgencia abre la posibilidad de futuras sobrecargas de trabajo urgentes, en detrimento de la misión general interpretativa que el Tribunal de Justicia debe realizar a través de la cuestión prejudicial ordinaria.

Sea cual sea el balance, lo cierto es que las cuestiones prejudiciales especiales son ya una realidad, aunque nada nos debe hacer pensar que el futuro no nos aportará nuevas manifestaciones del artículo 267 TFUE.

Efectos de la sentencia prejudicial*

Edorta Cobreros Mendazona

Sumario: I. Previo. II. Sobre la interpretación vinculante del Derecho de la Unión Europea y sus dificultades. III. El principio general de la eficacia retroactiva de la interpretación efectuada y su excepción. 1. La regla consiste en la retroactividad de la interpretación dada en la Sentencia. 2. Su excepción: la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia interpretativa. Análisis de tal supuesto. 3. Sentencias que han establecido la limitación temporal de sus efectos interpretativos. 4. El fundamento para limitar los efectos de una sentencia interpretativa. 5. Los criterios para la adopción de sentencias con efecto limitado en el tiempo. 6. Alcance efectivo de la irretroactividad de estas sentencias. 7. La limitación de efectos temporales en las sentencias interpretativas, una técnica que no parece vaya a tener mucha aplicación en el futuro.

I. PREVIO

En este trabajo me limitaré al análisis de los efectos de las sentencias dictadas en cuestión prejudicial *de interpretación* por su mayor número e importancia en la relación entre el ordenamiento de la Unión Europea y los ordenamientos estatales, dejando de lado, por tanto, las dictadas en cuestiones prejudiciales de invalidez, que presentan una problemática distinta.

Y centraré mi atención en dos aspectos que ofrecen algunas dificultades específicas: por un lado, la fijación del sentido de la interpretación efectuada por el Tribunal de Luxemburgo, a la hora de extender sus efectos a otros casos; y, por otro lado, la posible limitación en el tiempo de los efectos de tal pronunciamiento interpretativo.

* Proyecto de Investigación DER2010-19715 (subprograma JURI) y Grupo de Investigación GIC IT662-13 (incluido en la UFI 11/05).

II. SOBRE LA INTERPRETACIÓN VINCULANTE DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS DIFICULTADES

El conocido mecanismo de la cuestión prejudicial prevista en el art. 267 TFUE supone un diálogo jurisdiccional formalizado entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia en el que aquél solicita a éste que precise el significado y alcance de alguna *disposición* del Derecho (originario o derivado) de la Unión Europea. Y, una vez establecida por el Tribunal de Luxemburgo la *norma* europea¹, el órgano jurisdiccional nacional la aplicará al caso que está conociendo, resolviendo el problema jurídico relativo al Derecho de la Unión tal y como se lo ha indicado la sentencia interpretativa. Viene a producirse, entonces, un desdoblamiento —exclusivamente por lo que al Derecho de la Unión se refiere— entre la función jurisdiccional de *interpretar* la ley y la de *aplicarla*.

La interpretación emitida por el Tribunal de Luxemburgo vincula, así, al órgano jurisdiccional que formuló la cuestión prejudicial que, en ningún caso, puede separarse de ella o ignorarla². Ni por propia autoridad ni porque se lo indique un órgano jerárquicamente superior³ —incluido el Tribunal Constitucional⁴— puede desconocer lo interpretado en una sentencia por el Tribunal de Justicia.

Ahora bien, como su sentencia interpreta *Derecho de la Unión*, es lógico y coherente que, lo en ella establecido, obligue también a cualquier otro órgano jurisdiccional nacional (o a cualquier otro aplicador de tal ordenamiento, podemos añadir) de cualquier Estado miembro que deba aplicar ese mismo Derecho. Dicho de otra manera, como lo que hace el Tribunal de Justicia en este tipo de procesos es fijar o establecer la norma europea, su resolución tiene un indudable efecto *erga omnes*, puesto que afectará también a cualquier otro supuesto al que haya que aplicar la disposición interpretada. No hay discrepancia alguna a este respecto porque la finalidad de la cuestión prejudicial es, precisamente, la uniformidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento de la Unión en todos los Estados miembros, aunque ello se materialice finalmente por muy diferentes órganos judiciales nacionales, a partir de esta (arriesgada) opción establecida desde el origen mismo de este Derecho supranacional.

¹ Para la distinción, elaborada en su momento por CRISAFULLI, entre disposición y norma, valga aquí con la remisión a EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, espec. pp. 41 y ss.

² Cosa que el Tribunal de Justicia se encargó de dejar claro hace ya cuarenta y cinco años: *vid.* su S. de 24 de junio de 1969, *as. Milch—, Fett- und Eierkontor*, 29/68, aptdo. 3.

³ Así, en la más reciente S. de 5 de octubre de 2010, *as. Elchinov*, C-173/09, podemos leer esta rotunda afirmación: «el juez nacional, que haya ejercido la facultad que le otorga el artículo 267 TFUE, párrafo segundo, está vinculado, a la hora de resolver el litigio principal, por la interpretación de las disposiciones de que se trate realizada por el Tribunal de Justicia y debe, en su caso, dejar de lado las valoraciones del órgano jurisdiccional superior si, habida cuenta de la antedicha interpretación, estima que las referidas valoraciones no son compatibles con el Derecho de la Unión» (aptdo. 30, la cursiva está añadida).

⁴ *Vid.* la S. de 15 de enero de 2013, *as. Krizan*, C-416/10, aptdo. 70, donde se extiende la doctrina mencionada en la nota anterior también al «órgano jurisdiccional constitucional del Estado» miembro de que se trate.

Avanzando un poco más, podemos recordar que una disposición que ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia permite considerar que existe ya un *acto aclarado*⁵ y, por lo tanto, elimina la obligación de plantear una cuestión sobre la misma. Pero no impide —y el matiz es importante— que se la suscite de nuevo, de tal manera que una cuestión reiterativa no por ello debe ser inadmitida⁶, aunque sí podrá ser resuelta, en su caso, por un Auto⁷. Si bien es cierto, también, que podemos encontrar casos en los que el propio Tribunal de Justicia, tras haber resuelto una cuestión interpretativa, se dirige a los órganos jurisdiccionales que le habían planteado otras idénticas o similares para inquirirles si les interesa seguir manteniéndolas o, por el contrario, se sienten convenientemente instruidos con la ya resuelta y proceden a su retirada⁸.

Es más, el órgano que hubiera planteado una cuestión prejudicial, en el mismo asunto que tiene pendiente de resolver, puede volver a solicitar al Tribunal de Justicia una nueva interpretación de la disposición —como en alguna ocasión ya ha sucedido⁹— si, con la que le ha facilitado, no se siente suficientemente ilustrado¹⁰. Aunque lo que no puede ha-

⁵ En la terminología tomada del contencioso francés clásico y utilizada profusamente por la doctrina a partir de la decisiva S. de 6 de octubre de 1982, *as. CILFIT*, 283/81 (expresión que, sin embargo, esta sentencia no utiliza). Repárese en que el Tribunal de Justicia respondía con esta sentencia a una cuestión suscitada por la Corte Suprema di Cassazione italiana precisa y exclusivamente planteada sobre el alcance del apartado tercero del (entonces) art. 177 TCEE (hoy artículo 267 TFUE).

⁶ Así lo estableció tempranamente en su S. de 27 de marzo de 1963, *as. Da Costa*, 28, 29 y 30/62. Y lo reiteró en la S. *CILFIT*, cit., aptdo. 15, donde afirma que, aunque hubiera jurisprudencia al respecto, los órganos jurisdiccionales nacionales «conservan plena libertad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si lo consideran oportuno». Esta doctrina continúa plenamente vigente, como se puede comprobar en la S. de 11 de septiembre de 2009, *as. UGT-Rioja*, C-428 a 434/06, aptdo. 43; y S. de 1 de diciembre de 2011, *as. Painer*, C-145/10, aptdo. 65.

⁷ Pues, como establece el art. 99 RPTJ, «cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado».

⁸ Como fue, por ejemplo, lo que sucedió en los entresijos del asunto *Köbler*, con un resultado final, en aquel caso, ciertamente indeseado (*vid.* la S. de 30 de septiembre de 2003, C-224/11, aptdos. 8 y 9).

⁹ *Vid.* la S. *Milch, Fett und Eierkontor*, cit.; y, más recientemente, la S. de 6 de marzo de 2003, *as. Kaba*, C-466/00, aptdo 39, donde podemos leer: «Con carácter preliminar, procede recordar que la autoridad de que está revestida una sentencia dictada con carácter prejudicial no obsta a que el juez nacional que es su destinatario pueda estimar necesario volver a someter la cuestión al Tribunal de Justicia antes de resolver el litigio principal. Un recurso de este tipo puede estar justificado cuando el juez nacional tropieza con dificultades de comprensión o de aplicación de la sentencia, cuando plantea al Tribunal una nueva cuestión de Derecho, o incluso cuando le somete nuevos elementos de apreciación que puedan conducir al Tribunal a responder de manera diferente a una cuestión ya planteada (...)».

Sobre la posibilidad de volver a plantear una cuestión prejudicial, previamente inadmitida, *vid.* la S. de 16 de diciembre de 1981, *as. Foglia*, 244/80.

¹⁰ Así, el art. 104 RPTJ precisa que lo establecido en su art. 158, relativo a la interpretación de sentencias y autos, no es aplicable a las resoluciones adoptadas en respuesta a una petición de decisión prejudicial. Añadiendo en su segundo apartado que «corresponderá a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si la decisión prejudicial les ofrece información suficiente o si les parece necesario someter al Tribunal una nueva petición de decisión prejudicial».

cer, en ningún caso, juez nacional alguno es cuestionar la validez de una sentencia interpretativa¹¹.

Por esta razón —por la posibilidad de reiterar el planteamiento de una cuestión prejudicial con el mismo objeto— se suele decir que este tipo de sentencias no tiene efectos de cosa juzgada; prefiriéndose, en todo caso, la paráfrasis de *cosa interpretada* —que conlleva el concepto de «acto aclarado», ya mencionado—, que *permite* no plantear cuestión prejudicial pero *no lo impide*, como ya sabemos.

En este orden de consideraciones sobre la actuación del Tribunal de Justicia, también hay que recordar que no resultan en absoluto insólitas, sino por el contrario muy frecuentes, las cuestiones prejudiciales que solicitan una interpretación de una previa sentencia interpretativa¹². La razón está en que los grandes principios de las relaciones interordinamentales entre el Derecho de la Unión y los Derechos de los Estados miembros —efecto directo, primacía, interpretación conforme, aplicación directa de determinadas directivas y, finalmente, responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión¹³, como es harto sabido— son una pura creación jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, con lo que, lógicamente, cualquier nueva duda o cuestión sobre su alcance, implica preguntar sobre el acervo jurisprudencial donde se han acuñado (y no sobre concretas disposiciones de los Tratados).

¹¹ Como estableció con rotundidad el Tribunal de Justicia en su Auto de 5 de marzo de 1986, *as. Wünsche*, 69/85:

«15 La autoridad de que está revestida una sentencia dictada con carácter prejudicial no obsta, sin embargo, a que el Juez nacional que es su destinatario pueda estimar necesario volver a someter la cuestión al Tribunal de Justicia antes de resolver el litigio principal. Según una jurisprudencia constante, un recurso de este tipo puede estar justificado cuando el juez nacional tropieza con dificultades de comprensión o de aplicación de la sentencia, cuando plantea al Tribunal una nueva cuestión de derecho, o incluso cuando le somete nuevos elementos de apreciación que puedan conducir al Tribunal a responder de manera diferente a una cuestión ya planteada. Pero esta facultad de volver a interrogar al Tribunal no puede permitir impugnar la validez de la sentencia ya dictada sin un replanteamiento de la distribución de competencias establecida por el artículo [267 TFUE] entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal.

16 Resulta de lo que precede que una sentencia por la que el Tribunal se pronuncia con carácter prejudicial no está entre los actos de las instituciones de la Comunidad que pueden someterse a un procedimiento prejudicial para apreciar su validez conforme al artículo [267] y que, por consiguiente, el Tribunal no es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre las tres primeras cuestiones planteadas.»

¹² Así, por ejemplo y bien recientemente, puede verse la S. de 13 de noviembre de 2012, *as. Test Claimants*, C-35/11, donde la *High Court of Justice* le pregunta al Tribunal de Justicia, directamente, por el significado de un apartado de la previa S. de 12 de diciembre de 2006, *as. Test Claimants*, C-446/04.

¹³ *Vid.*, sobre este último, la importantísima *Sentencia Brasserie y Factortame* (S. de 5 de marzo de 1996, C-46 y 48/93), en la que sendos tribunales (alemán y del Reino Unido, para mayor precisión) preguntaron —en definitiva— sobre el alcance del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión, establecido inicialmente (y *ex nihilo*) en la *Sentencia Francovich y Bonifaci* (S. de 19 de noviembre de 1991, C-6 y 9/90).

Ahora bien, como, por otra parte, el Tribunal de Justicia en las cuestiones prejudiciales debe dar una respuesta útil a las dudas interpretativas de los jueces nacionales —dudas que, en muchos casos (y como es también notorio), se refieren a la compatibilidad de su ordenamiento con el supranacional—, sin excederse de su jurisdicción (es decir, limitándose a interpretar el Derecho de la Unión), aquél resuelve con claridad y «generosidad» al respecto; de tal manera que son muchos los pronunciamientos en los que, en su parte «declarativa», expresamente señala la compatibilidad de las disposiciones nacionales con el ordenamiento de la Unión¹⁴ o, por el contrario, interpreta que existe una incompatibilidad¹⁵. Esto hace que, en ocasiones —es decir, cuando las «otras» disposiciones nacionales (de otros Estados, se entiende) no sean exactamente iguales—, deducir la *ratio interpretandi*, para extenderla a tales otros supuestos, pueda presentar dificultades.

Además, por esa intervención útil que se pretende, al órgano jurisdiccional que solicita la cuestión prejudicial se le exige que haga referencia suficiente a las circunstancias de hecho y de Derecho del caso que se ventila en el litigio principal y que resultan relevantes a efectos de la intervención del Tribunal de Justicia. De ahí que sean, entonces, numerosas las sentencias que, al resolver la sentencia interpretativa, hacen referencia explícita a las «circunstancias del litigio principal» en el momento de ofrecer la interpretación operativa¹⁶; con lo que, nuevamente, la dificultad señalada en el párrafo anterior se nos puede volver a presentar.

En fin, y esto es ya una opinión muy personal, la inexistencia de votos particulares en las sentencias de Luxemburgo —y muy especialmente en las de este tipo—, es probable que tampoco contribuya a su más fácil interpretación, ya que, como resulta de otras experiencias jurisdiccionales comparadas, el contraste de la opinión disidente suele dejar más a las claras el sentido de la *ratio decidendi* mayoritaria.

Con todo lo anterior, podemos entender mejor la complejidad que presentan estos pronunciamientos del Tribunal de Justicia, en algunos casos, para hacer extensivos sus efectos a otros supuestos, y que, el efecto *erga omnes* del que hablábamos antes, puede no ser tan sencillo de conseguir como a veces se suele presentar y a diferencia de las sentencias sobre impugnaciones de normas que podemos encontrar en el seno de los ordenamientos estatales.

¹⁴ Vid., entre los más recientes, la S. de 3 de octubre de 2013, as. *GIMLE*, C-322/12; S. de 14 de noviembre de 2013, as. *Comune di Ancona*, C-388/12; S. de 28 de noviembre de 2013, as. *MDDP*, C-319/12; S. de 5 de diciembre de 2013, as. *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, C-413/12; y S. de 12 de diciembre de 2013, as. *Dirextra alta Formazione*, C-523/12.

¹⁵ Vid., también entre los más recientes, la S. de 19 de septiembre de 2013, as. *Filev y Osmani*, C-297/12; S. de 24 de octubre de 2013, as. *SC Rafinaria*, C-431/12; S. de 5 de diciembre de 2013, as. *Zentralbetriebsrat*, C-514/12; S. de 12 de diciembre de 2012, as. *Imfeld y Gardet*, C-303/12; y S. de 19 de diciembre de 2013, as. *X*, C-437/12.

¹⁶ Asimismo, entre las más recientes, vid. la S. de 17 de octubre de 2013, as. *RLvS*, C-391/12; S. de 14 de noviembre de 2013, as. *Maletic*, C-478/12; S. de 21 de noviembre de 2013, as. *Dixons Retail*, C-494/12; S. de 12 de diciembre de 2013, as. *Actavis*, C-443/12; y S. de 12 de diciembre de 2013, as. *Georgetown University*, C-484/12.

III. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA EFICACIA RETROACTIVA DE LA INTERPRETACIÓN EFECTUADA Y SU EXCEPCIÓN

1. La regla consiste en la retroactividad de la interpretación dada en la Sentencia

Desde otra perspectiva radicalmente diferente, también se ha presentado la cuestión de si las consecuencias que deben deducirse, en el plano interno, de la incompatibilidad de la normativa estatal con la del Derecho de la Unión Europea, tal y como la ha interpretado ya el Tribunal de Justicia¹⁷, pueden merecer algún tipo de acomodación temporal para su aplicación —y hasta qué punto lo admite el propio Tribunal de Justicia—, en razón de su repercusión en las relaciones jurídicas a las que afecta. Esto es, si podemos hablar de sentencias *prospectivas* en el ámbito de las cuestiones prejudiciales interpretativas.

El principio general al respecto es que la interpretación que el Tribunal de Justicia hace del Derecho de la Unión —que el órgano jurisdiccional nacional tiene, después, que aplicar— aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma. Pero ahora nos interesa más destacar que esto lo hace *tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde la fecha de su entrada en vigor*, y de ello resulta que *la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación*, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma¹⁸.

Ahora bien, esta regla sobre la aplicación temporal *ex tunc*, que deben hacer las jurisdicciones nacionales de la interpretación autorizada del Tribunal de Luxemburgo en la cuestión prejudicial interpretativa, tiene su excepción —como veremos a continuación—, que es lo que ahora más interesa analizar aquí¹⁹.

2. Su excepción: la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia interpretativa. Análisis de tal supuesto

A lo largo de su actividad jurisprudencial sucede que el Tribunal de Justicia ha pronunciado diversas sentencias en las que ha limitado los efectos derivados de su interpretación del Derecho de la Unión Europea, en el preciso sentido de que las consecuencias que habrían de deducirse de la constatación de la incompatibilidad entre un Derecho estatal, por un

¹⁷ Destacadamente, la inaplicación de la ley nacional por parte del juez ordinario, en ejercicio de las competencias que le atribuye el Derecho de la Unión.

¹⁸ En fórmula clásica que se mantiene vigente hasta nuestros días (*vid.*, por ejemplo, la reciente S. 19 de diciembre de 2013, *as. Vent De Colère*, C-262/12, aptdo. 39).

¹⁹ Un análisis de esta misma cuestión, efectuado hace ya algunos años, puede verse en COBREROS MENDAZONA, E., «Las sentencias prospectivas en las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho comunitario», en *REDE*, núm. 4, 2002, pp. 631 y ss.

lado, y el Derecho de la Unión (originario o derivado), por otro, van a quedar drásticamente reducidas porque la propia Sentencia establecerá su inaplicación *ex tunc* (en los términos que más adelante se señalarán).

Así, desde 1976, fecha en la que se dictó la primera Sentencia de este tipo —la Sentencia *Defrenne II*²⁰—, han sido varias las ocasiones en las que así se ha procedido y, hoy en día, se sigue requiriendo de manera expresa al Tribunal de Justicia para que limite la eficacia retroactiva de sus pronunciamientos puramente interpretativos del Derecho de la Unión²¹. Aunque ya se adelanta que hace tiempo que el Tribunal de Luxemburgo no accede a tal solicitud.

Normalmente, quien solicita que los efectos de la Sentencia queden limitados únicamente *a futuro* suele ser el Gobierno del Estado implicado en la cuestión, cuya normativa o cuyas decisiones u omisiones son las que, en concreto, han movido al órgano jurisdiccional nacional a plantear la duda sobre el Derecho de la Unión (originario o derivado) en juego. Ya que, ante el temor de un pronunciamiento de incompatibilidad, pretende minimizar sus consecuencias prácticas; y, para ello, en sus alegaciones, pide al Tribunal que así lo declare expresamente²². En algún caso —y ello confirma alguna de las cuestiones que hemos visto en la primera parte de este trabajo²³—, la solicitud del Gobierno que representa al Estado en el que se ha planteado la cuestión prejudicial ha venido acompañada de la de otros gobiernos²⁴ que habían

²⁰ S. de 8 de abril de 1976, 43/75; primer pronunciamiento de este tipo, que, además, tendría una repercusión singular. En efecto, esta Sentencia sería utilizada expresamente entre el bagaje argumental desplegado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para establecer también, por su parte, una limitación temporal a los efectos de su actividad jurisdiccional: *vid.* la S. *Marckx* de 13 de junio de 1979, núm. 6833/74, aptdo. 58 (lo que, con privilegiado conocimiento de causa, comentaría entre nosotros oportunamente GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales», en *REDA*, núm. 61, 1989, pp. 8 y 9; y, posteriormente, también sería recordado en sede luxemburguesa por el Abogado General DARMON en sus Conclusiones de 26 de abril de 1994, *as. Roquette Frères*, C-228/92, aptdo. 21).

²¹ Valgan como ejemplos muy recientes los asuntos resueltos por la S. *Vent De Colère*, cit., donde lo pide el Gobierno francés; S. de 19 de diciembre de 2013, *as. Endress*, C-209/12, donde lo pide la parte demandada en el proceso alemán *a quo*; S. de 21 de marzo de 2013, *as. RWV Vertrieb*, C-92/11, donde lo solicitan el Gobierno alemán y también la parte demandada en el proceso *a quo*; S. de 13 de diciembre de 2012, *as. Forposta*, C-465/11, donde lo pide el Gobierno polaco; S. de 23 de octubre de 2012, *as. TUI Travel*, C-629/10, donde lo solicita la parte demandada en el proceso seguido en el Reino Unido; S. de 19 de julio de 2012, *as. Redlifs*, C-263/11, donde es el Gobierno letón el que lo pide; y S. de 10 de mayo de 2012, *as. Santander*, C-338 a 347/11, donde quien lo solicita es el Gobierno francés.

²² Así lo hizo, por ejemplo, el Gobierno español en la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Social de Orense y que terminó por S. de 3 de octubre de 2002, *as. Barreira*, C-347/00.

²³ Como es el efecto *erga omnes* que tienen las sentencias que dicta el Tribunal de Justicia en este tipo de procesos. Al respecto, *vid.*, por todos, el temprano trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos», en la obra colectiva, dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, vol. I, especialmente, p. 724.

²⁴ Como ha sucedido, dicho sea sin ánimo exhaustivo, en la S. *Defrenne II*, cit., en la que la cuestión prejudicial la planteó un Tribunal laboral de Bruselas, pero la limitación de los efectos la solicitaron los gobiernos de Ir-

formulado sus observaciones en el asunto²⁵. Pero la realidad se ha mostrado aún más rica y plural, ofreciéndonos otros supuestos distintos, que ahora no procede detallar.

En definitiva, lo que tenemos es que, en los procesos en los que se pide con carácter prejudicial una interpretación del ordenamiento de la Unión Europea, en algunas ocasiones se viene planteando la conveniencia de limitar los efectos retroactivos de tal declaración —obviamente, cuando lo que se aprecia es una incompatibilidad del supuesto planteado con respecto a las exigencias del ordenamiento de la Unión Europea tal y como se interpreta por su máximo garante— y el propio Tribunal de Justicia, como ya hemos dicho, lo ha venido admitiendo en algunos supuestos, aunque en muchísimas menos ocasiones de las que se le solicita.

Conviene precisar que, en todos los casos en los que se otorga la limitación temporal, ésta se incorpora también, de manera expresa, a la parte «declarativa» de la Sentencia. En cambio, en los supuestos en los que el Tribunal de Justicia no admite la limitación temporal solicitada, no incluye tal denegación en la parte final —salvo, lógicamente, cuando tal aspecto hubiera sido objeto de la cuestión misma planteada por el órgano jurisdiccional²⁶—; e incluso en algunas sentencias ni siquiera se refleja la solicitud al respecto del propio Abogado General²⁷.

En el siguiente apartado mencionaremos sucintamente los casos concretos en los que se ha aceptado esta clase de limitación.

3. Sentencias que han establecido la limitación temporal de sus efectos interpretativos

Para hacernos una idea más cabal, se puede adelantar ya que, hasta la fecha, han sido sólo ocho las sentencias dictadas en este tipo de procesos en las que el Tribunal de Justicia ha limitado los efectos temporales de su interpretación de incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

landa y del Reino Unido; en la S. de 23 de mayo de 2000, *as. Buchner*, C-104/98, en la que la cuestión prejudicial fue planteada por un Tribunal austriaco, pero la limitación temporal fue solicitada, además de por el propio Gobierno austriaco, por el del Reino Unido; en la S. de 4 de mayo de 1999, *as. Sürül*, C-262/96, en la que la cuestión prejudicial fue solicitada por un órgano jurisdiccional alemán, pero la limitación temporal, además del Gobierno alemán, la solicitaron los gobiernos de Francia y del Reino Unido; en la S. de 15 de marzo de 2005, *as. Bidar*, C-209/03, donde la cuestión la planteó un Tribunal del Reino Unido y, además del Gobierno británico, la solicitaron los gobiernos alemán y austriaco.

²⁵ Recuérdese que todas las cuestiones prejudiciales se comunican a todos los Estados miembros, por si desean formular alegaciones al respecto (según el art. 23 del ETJ).

²⁶ *Vid.*, por ejemplo, la S. de 27 de abril de 2006, *as. Richards*, C-423/04.

²⁷ Así sucedió, por ejemplo, en el *as. Francovich y Bonifaci*, cit. (*vid.* las Conclusiones del Abogado General MISCHO, presentadas el 28 de mayo de 1991, aptdo. 86), en el que la Sentencia ni siquiera hace referencia a esta circunstancia (*vid.* la Sentencia de 19 de noviembre de 1991); o en el *as. Cadman*, C-17/05 (*vid.* las Conclusiones del Abogado General MADURO, presentadas el 18 de mayo de 2006, aptdos. 67 a 72 y la Sentencia de 3 de octubre de 2006).

Son las siguientes, cronológicamente ordenadas:

- 1.ª) La S. *Defrenne II* (1976)²⁸. En este primer pronunciamiento se advierten ya los elementos esenciales que configuran la posibilidad interpretativa que ahora estamos analizando: a) las repercusiones económicas graves derivadas de la interpretación otorgada junto con la existencia de relaciones jurídicas previas establecidas al amparo de normas que gozaban de cierto amparo y que podrían verse afectadas, aunque todo ello acompañado de una clara conciencia de que la limitación de efectos implicaría una cierta inaplicación objetiva del Derecho (de la Unión Europea) con posibles repercusiones también sobre terceros; b) la limitación admitida lo es sólo hasta el momento de dictarse la sentencia interpretativa (puesto que, a partir de la misma, ya no pueden seguir amparándose situaciones de incumplimiento) y no afecta al supuesto de acciones o reclamaciones ya interpuestas²⁹.
- 2.ª) La S. *Blaizot* (1988)³⁰.
- 3.ª) La S. *Barber* (1990)³¹.
- 4.ª) La S. *Legros* (1992)³².
- 5.ª) La S. *Simitzi* (1995)³³.
- 6.ª) La S. *Bosman* (1995)³⁴.

²⁸ Citada en la nota 20. Como ya se ha indicado, ésta es la primera sentencia que limita los efectos temporales de la interpretación de un precepto del Derecho de la Unión Europea; en el caso, la relativa al alcance del (entonces) artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, por el que los Estados venían obligados a garantizar y mantener «la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo». La aplicación directa de tal disposición en aquellos momentos —que era sobre lo que preguntaba el Tribunal laboral belga y a lo que el Tribunal de Justicia respondería afirmativamente— fue considerada por los Gobiernos de Irlanda y del Reino Unido como originadora de graves consecuencias económicas, teniendo en cuenta el elevado número de personas (y de empresas empleadoras) afectadas. A este respecto, el Tribunal de Luxemburgo considerará que «si bien las consecuencias prácticas de cualquier decisión judicial deben ser cuidadosamente ponderadas, no se puede, no obstante, llegar incluso a vulnerar la objetividad del Derecho y poner en peligro su futura aplicación a causa de las repercusiones que pueden derivarse de tal decisión judicial con respecto al pasado» (aptdo. 71). Pero a eso añadiría, de seguido, una cierta «comprensión» (o justificación) hacia el incumplimiento de lo dispuesto en este precepto por los Estados miembros. En tales circunstancias, dirá el Tribunal de Justicia, «consideraciones imperiosas de seguridad jurídica relativas a todos los intereses en juego, tanto de carácter público como privado, impiden, en principio, volver a poner en tela de juicio las retribuciones correspondientes a períodos ya transcurridos» (aptdo. 74), razón por la que dispondrá que «no puede invocarse el efecto directo del artículo 119 en apoyo de reclamaciones referentes a períodos de retribución anteriores a la fecha de la presente sentencia, salvo en lo que se refiere a los trabajadores que, con anterioridad, hayan entablado alguna acción judicial o formulado alguna reclamación equivalente» (aptdo. 75 y reiterado en el punto 5 de su parte «declarativa»).

²⁹ Todo ello en ausencia de una fundamentación expresa en el Derecho originario de tal opción interpretativa, que el Tribunal suplir con la invocación a (un aspecto de) la seguridad jurídica.

³⁰ S. de 2 de febrero de 1988, *as. Blaizot*, C-24/86.

³¹ S. de 17 de mayo de 1990, *as. Barber*, C-262/88.

³² S. de 16 de julio de 1992, *as. Legros*, C-163/90.

³³ S. de 14 de septiembre de 1995, *as. Simitzi*, C-485 y 486/93.

³⁴ S. de 15 de diciembre de 1995, *as. Bosman*, C-415/93.

7.º) La S. *Sürül* (1999)³⁵.

8.º) La S. *EKW* (2000)³⁶.

El fundamento, los criterios para su adopción y el alcance efectivo de esta práctica, con una visión más de conjunto, los analizaremos a continuación.

4. El fundamento para limitar los efectos de una sentencia interpretativa

A este respecto lo primero que debe indicarse es que no hay en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ninguna disposición que expresamente autorice la limitación de los efectos retroactivos de una Sentencia³⁷ (ni tampoco, ciertamente, que lo prohíba). Existe —eso sí—, en el apartado segundo del art. 264 TFUE, la previsión de que el Tribunal de Justicia señale, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos³⁸. Hipótesis de posible limitación de efectos dispuesta en vía de *recurso de anulación*.

Si convenimos en que el argumento de la *analogía legis* —pese a sus dificultades de precisión e inherencia de valoraciones— requiere una similitud de situación y la adecuación de la solución del supuesto previsto al supuesto no regulado, no hay inconveniente alguno en aplicar esta previsión a las cuestiones prejudiciales de *invalidéz* del Derecho de la Unión³⁹. Lo que no resulta tan claro es aplicar también por analogía dicha previsión para el caso que ahora nos ocupa, esto es, el de las cuestiones prejudiciales de *interpretación* del Derecho de la Unión⁴⁰, porque el presupuesto básico es sólo muy parcialmente coincidente: a diferencia de los casos en los que el Tribunal de Justicia puede declarar la invalidez de una *disposición del Derecho (derivado) de la Unión*, en las cuestiones interpretativas, en su caso, apreciará la incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de *previsiones nacionales*, lo que es bastante distinto y además tiene diferente alcance desde el propio orde-

³⁵ S. de 4 de mayo de 1999, *as. Sürül*, C-262/96.

³⁶ S. de 9 de marzo de 2000, *as. EKW*, C-437/97.

³⁷ Huelga decir que tampoco se encuentra en sus predecesores Tratado de la Comunidad Europea y Tratado de la Comunidad Económica Europea.

³⁸ Antes del Tratado de Lisboa, el Tratado de la Comunidad Europea se refería expresamente a los «reglamentos comunitarios», pero el Tribunal de Justicia ya había aplicado esta previsión no sólo a este tipo de disposiciones, sino también a otras (así, *vid.* la ya lejana S. de 3 de julio de 1986, *as. Consejo contra Parlamento Europeo*, C-34/86), como advirtió oportunamente ALONSO GARCÍA, R., en «El Tribunal Constitucional y la eficacia temporal de sus sentencias anulatorias», en *RAP*, núm. 119, 1989, p. 265.

³⁹ Como así ha venido haciendo el Tribunal de Justicia desde la S. de 15 de octubre de 1980, *as. Roquette Frères*, C-145/79, aptdo. 52, hasta, por ejemplo, la S. de 9 de noviembre de 2010, *as. Volker*, C-92 y 93/99, aptdo. 93. *Vid.*, en la doctrina, LABAYLE, H., «La Cour de Justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence: autre lieux ou autre moers?», en *RFDA*, núm. 4, 2004, espec. pp. 667 y ss.

⁴⁰ *Vid.*, en este sentido, WALDHOFF, Ch., «Recent developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ», en *CMLR*, núm. 46, 2009, espec. p. 186.

namiento supranacional. De hecho, el Tribunal de Justicia no ha recurrido explícitamente a fundar tales actuaciones en el argumento analógico en ninguna de sus Sentencias⁴¹.

No habiendo previsión normativa expresa y no resultando evidente la analogía, más bien habrá que reconocer que nos encontramos ante una especie de *autoatribución* que se realiza el propio Tribunal de Justicia⁴², a la vista de los efectos que puede producir su intervención. Esto es, consciente de las repercusiones que sobre la realidad de las relaciones sociales, jurídicas y económicas existentes va a producir su declaración de incompatibilidad, el Tribunal decide atenuarlas en algunos casos⁴³.

El *fundamento material* en el que el Tribunal de Justicia ha justificado los supuestos en los que opta por una limitación de los efectos, acotándolos sólo hacia el futuro, es siempre el de «imperiosas consideraciones de seguridad jurídica»⁴⁴ o, dicho de otra manera, «la aplicación del principio de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario»⁴⁵, en razón de las graves dificultades que los efectos *ex tunc* generarían en las relaciones jurídicas establecidas en el pasado de buena fe⁴⁶. Ahora bien, como casi siempre que se apela al principio de seguridad jurídica, conviene inmediatamente precisar el significado del mismo al que se hace referencia⁴⁷.

Así, lo que viene a hacer el Tribunal de Justicia —en estos muy excepcionales casos, se insiste— es optar por el mantenimiento inalterado de situaciones jurídicas concretas que

⁴¹ Sí entiende, sin embargo, que se ha utilizado por analogía el párrafo segundo del art. 264 TFUE el Abogado General ALBER en sus Conclusiones de 16 de septiembre de 1999, *as. Buchner*, cit., aptdo. 55.

⁴² En este sentido AZZENA, L., en «Corte costituzionale e Corte di Giustizia CEE a confronto sul tema dell'efficacia temporale delle sentenze», en *RTDP*, núm. 3, 1992, p. 704, quien a continuación critica el margen de discrecionalidad que ello comporta.

⁴³ Lo que, en definitiva, viene a resultar muy similar a la experiencia seguida por los tribunales constitucionales de nuestro entorno (*vid.* los diversos ejemplos recogidos en la obra colectiva, dirigida por AJA, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998; especialmente, el apartado dedicado al respecto en las «Conclusiones generales» elaboradas por AJA y GONZÁLEZ BEILFUSS, pp. 284-287). *Vid.*, asimismo, WALDHOF, Ch., *op. cit.*, pp. 178 a 180.

En este sentido, la previsión y la aplicación de una limitación temporal de los efectos de sus sentencias han sido consideradas por SAIZ ARNAIZ también como uno de los aspectos en los que se asemeja el Tribunal de Luxemburgo a los Tribunales Constitucionales que conocemos [*vid.* su trabajo «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional», en *RVAP*, núm. 53 (II), 1999, especialmente, pp. 244, 247-248 y 252].

⁴⁴ Así lo señaló en la inicial justificación contenida en la S. *Defrenne II*, cit., aptdo. 74, como ya hemos dejado indicado.

⁴⁵ En expresión que se viene utilizando desde la ya lejana (pero decisiva, en esta materia) S. de 27 de marzo de 1980, *as. Amministrazione delle finanze dello Stato*, 61/79, aptdo. 17, hasta la mucho más reciente S. *Vent de Colère*, cit., aptdo. 40.

⁴⁶ Quede constancia, no obstante, de que esta aplicación del principio de seguridad jurídica no ha estado exenta de críticas, como, por ejemplo, la formulada por SIMON, D., en «L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes: enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges?», en AA.VV., *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, Baden-Baden, 1987, especialmente, pp. 662 y ss.

⁴⁷ Expresivamente ha hablado de «la seguridad jurídica como concepto jurídico inseguro» PÉREZ LUÑO, A.E., en *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, especialmente, pp. 20 y ss.

se habían establecido al amparo de lo que se creía que era el Derecho (nacional) válido y aplicable⁴⁸, frente a la posibilidad de reabrir la discusión sobre la validez de tales relaciones jurídicas tras la declaración de incompatibilidad de las normas que les sirvieron de soporte. Pero téngase en cuenta que eso, contra lo que a primera vista pudiera parecer, no significa necesariamente el mantenimiento de situaciones ventajosas para los ciudadanos, en cuyo caso resultaría más justificable la irretroactividad; antes bien, en la mayoría de los casos no es así y es por eso, precisamente, por lo que los Estados suelen solicitar la reducción temporal de los efectos de las declaraciones de incompatibilidad (para no padecer las consecuencias de su incumplimiento, por decirlo más claramente). Formulado de otra manera, aunque el principio de seguridad jurídica se va a aplicar para salvaguardar relaciones establecidas y derechos adquiridos, en la mayoría de los casos servirá, precisamente, para que no se pueda cuestionar la imposibilidad de haber adquirido ciertos derechos o la denegación de los mismos con fundamento en una normativa nacional contraria al Derecho de la Unión (y que, en puridad, nunca debía haber prevalecido sobre éste).

Aún así, también hay que advertir de inmediato una cautela reiteradamente señalada por el Tribunal de Justicia como contrapeso a esta consideración del principio de seguridad jurídica, que es la siguiente: si bien las consecuencias de toda decisión deben sopesarse cuidadosamente, no se puede llegar hasta el punto de influir en la objetividad del Derecho y comprometer su aplicación futura por causa de las repercusiones que pudiera tener una Sentencia respecto de las situaciones pasadas⁴⁹.

Este difícil equilibrio entre la prevalencia del orden objetivo del Derecho, por un lado, y la existencia fáctica de situaciones consolidadas bajo la apariencia de legalidad, por otro, se pretende conseguir a través de una serie de criterios —acuñados jurisprudencialmente, también— que delimitarán cuándo aquélla debe ceder ante éstas.

5. Los criterios para la adopción de sentencias con efecto limitado en el tiempo

Los criterios que el Tribunal de Justicia ha elaborado —y mantenido prácticamente invariables durante casi cuatro décadas— pueden sistematizarse de la siguiente manera.

En primer lugar, *sólo excepcionalmente* se pueden limitar los efectos de una Sentencia interpretativa; no procede, por tanto, con carácter de normalidad o de generalidad. De manera muy firme, y desde el primer momento, así lo ha establecido el Tribunal de Justicia⁵⁰. De hecho, si se repasa con detenimiento la actividad jurisprudencial del Tribunal de Justicia,

⁴⁸ Pero que, después —precisamente por la intervención del máximo intérprete del Derecho de la Unión—, se desvela que era incompatible con éste.

⁴⁹ En expresiones reiteradas, por ejemplo, en la S. *Defrenne II*, cit., aptdo. 71; la S. *Blaizot*, cit., aptdo. 30; la S. *Legros*, cit., aptdo. 30; y la S. *EKW*, cit., aptdo. 57; y más recientemente en la S. de 14 de septiembre de 2006, *as. Stradasfalti*, C-228/05, aptdo. 72.

⁵⁰ Desde la S. *Defrenne II*, cit., aptdo. 72 (como ya hemos indicado), hasta la fecha.

sólo en una mínima parte de los casos en los que se ha solicitado esta limitación temporal de efectos el Tribunal la ha concedido.

Como ya se ha señalado, lo propio de la intervención del Tribunal de Justicia cuando se le plantea una cuestión prejudicial de interpretación es aclarar y precisar, cuando sea necesario, el significado y el alcance de una disposición de Derecho de la Unión tal y como debe o había debido ser interpretada y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De aquí que la *disposición interpretada* por el Tribunal de Justicia⁵¹ puede y debe ser así aplicada por los jueces nacionales incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la Sentencia que resuelve la cuestión interpretativa (obviamente, si se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de tal disposición).

Ahora bien, la inaplicabilidad de la interpretación a las relaciones jurídicas establecidas con anterioridad equivale, en cierto modo —como ha señalado ISAAC—, a dar un significado distinto a la disposición respecto al pasado⁵²; o, dicho con otras palabras, a que el Derecho de la Unión Europea sufra distorsiones de aplicación en el tiempo⁵³. A lo que podemos añadir por nuestra cuenta que, además, resulta algo que va contra las bases mismas de la primacía y directa aplicación del Derecho supranacional, puesto que, de un lado, vendría a significar que el incumplimiento no tiene consecuencias hasta que el Tribunal de Justicia así lo declara y, de otro lado, vendría a equiparar a los respetuosos del Derecho de la Unión con los incumplidores del mismo (o, incluso, a dar ventaja a estos últimos).

Por lo tanto, la interpretación del Derecho originario y derivado que realiza el Tribunal de Justicia sólo con carácter excepcional podrá no aplicarse a las situaciones jurídicas anteriores cuando se den los presupuestos de hecho que en seguida veremos. Pero, además, tal restricción aplicativa *únicamente puede establecerla el propio Tribunal de Justicia en su resolución*⁵⁴ —lo que en alguna ocasión reciente se ha justificado explícitamente en la garantía de la igualdad de trato tanto de los Estados como de los demás afectados⁵⁵—, de tal mane-

⁵¹ Esto es, la «norma» que surge tras tal autorizada intervención (como hemos dejado indicado al comienzo de este trabajo).

⁵² Lo que sólo es admisible para los actos y situaciones jurídicos firmes y definitivos por el transcurso de los plazos de impugnación; *vid.* ISAAC, G., *Droit communautaire général*, Armand Colin, Paris, 7.ª edic., 1999, p. 307.

⁵³ Como señalan BOULOUIS, J., y DARMON, M., en su *Contentieux communautaire*, Dalloz, Paris, 1997, p. 53.

⁵⁴ «La limitación temporal de los efectos de tal interpretación sólo puede admitirse en la propia sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada», viene diciendo el Tribunal de Justicia desde hace tiempo (*vid.*, en este sentido, más recientemente, la S. *TUI Travel*, cit., aptdo. 91).

⁵⁵ «En efecto, es necesario un momento único de determinación de los efectos en el tiempo de la interpretación solicitada que realiza el Tribunal de Justicia de una disposición del Derecho comunitario. A este respecto, el principio de que una limitación sólo puede admitirse en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada garantiza la igualdad de trato de los Estados miembros y de los demás justiciables frente a este derecho y cumple, de esa manera, las exigencias que impone el principio de seguridad jurídica», dirá en la S. de 6 de marzo de 2007, *as. Meilicke*, C-292/04, aptdo. 37.

ra que si no lo ha hecho así en su inicial interpretación, después ya no podría establecer limitación temporal alguna⁵⁶.

Tal limitación, por tanto, no la pueden hacer ni las respectivas jurisdicciones nacionales ni otros aplicadores del Derecho de la Unión, ya que, en caso contrario, peligraría la aplicación uniforme y general del mismo⁵⁷.

A este respecto, no estará de más recordar que, en cierta ocasión, al Tribunal de Justicia le llegó el enjuiciamiento de una intervención de un legislador nacional destinada precisamente a eliminar los efectos retroactivos de una Sentencia interpretativa previa que había declarado incompatibles con el Derecho de la Unión determinadas tasas educativas (por ser discriminatorias por razón de nacionalidad). Pues bien, el Tribunal de Justicia consideró en tal caso que una Ley nacional que priva a los interesados del derecho a obtener la devolución de unos derechos de matrícula complementarios indebidamente pagados, en el supuesto de que no se hubiera ejercitado la acción de reembolso con anterioridad a la Sentencia (pues tal era la condición restrictiva que introducía la Ley belga posterior), es una Ley inoponible a los interesados en virtud del propio Derecho de la Unión y, en consecuencia, los órganos judiciales nacionales no deben aplicarla⁵⁸.

Precisado lo anterior, ¿cuáles son los presupuestos o las circunstancias que justifican que el Tribunal de Justicia limite los efectos temporales de una Sentencia cuya interpretativa? Como hemos visto en el análisis de los concretos supuestos en los que se aceptan, son dos y se deben dar acumuladamente: a) las repercusiones económicas o financieras que para los sujetos implicados (señaladamente, las arcas del Estado) tendrían las reclamaciones que se podrían originar como consecuencia de la Sentencia que declarase la incompatibilidad del Derecho estatal con el Derecho de la Unión; y b) la existencia de un estado de incertidumbre objetiva, en el sentido de que era razonable entender que no se estaba incumpliendo el ordenamiento supranacional. Dicho con palabras del Tribunal de Justicia, esto sólo sucede «en circunstancias muy determinadas, cuando exist[e] un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de

⁵⁶ Al menos así lo entiende la Abogada General TRSTENJAK en sus Conclusiones de 17 de junio de 2012, presentadas en el *as. Lovells*, C-229/09: «La declaración de los efectos *ex nunc* de una sentencia prejudicial con la cual se ha respondido a una nueva cuestión jurídica abre la puerta a que en futuros procedimientos prejudiciales sobre la misma cuestión jurídica se haga referencia a esa limitación temporal. Así, si el Tribunal de Justicia ha respondido a una cuestión jurídica en una anterior sentencia prejudicial declarando los efectos *ex nunc* de la resolución, en posteriores sentencias prejudiciales sobre la misma cuestión puede también limitar la eficacia temporal de su respuesta al momento de la publicación de la sentencia anterior en que se sentó la jurisprudencia. Por el contrario, si el Tribunal de Justicia ha respondido por primera vez a una cuestión en una decisión prejudicial sin declarar los efectos *ex nunc* de la sentencia, la reiterada jurisprudencia rechaza que en posteriores decisiones prejudiciales sobre la misma cuestión se pueda declarar la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia» (aptdo. 90, la cursiva está añadida).

⁵⁷ Como se ha advertido tanto por parte de la doctrina (*vid.* ISAAC, G., *op. cit.*, p. 307; y SIMON, D., *op. cit.*, p. 674) como por parte de la jurisprudencia (*vid.*, por ejemplo, *S. Amministrazione delle finanze dello Stato*, cit., aptdo., 18; *S. Salumi*, cit., aptdo. 11; y *S. de 2 de febrero de 1988, as. Barra*, C-309/85, aptdo. 20).

⁵⁸ *Vid.* *S. Barra*, cit., aptdos. 16 a 21.

buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y e[s] patente que los particulares y las autoridades nacionales h[a]n sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que h[a]n contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión»⁵⁹.

Se insiste en que ambos requisitos deben producirse de consuno, ya que «sólo cuando concurren estos dos requisitos puede reconocerse una necesidad legítima de protección de la confianza en la compatibilidad de una norma nacional con el Derecho comunitario»⁶⁰.

El primer requisito —el de las graves consecuencias económicas (que es el que más enfáticamente se suele aducir)— es una condición necesaria que debe ser probada por quien lo alega⁶¹, pero tiene que quedar bien claro que, por sí solo, no es en absoluto suficiente⁶². Son dos las razones que se esgrimen para justificar tal insuficiencia: porque, si no fuera así, precisamente las violaciones más graves recibirían el trato más favorable⁶³ y porque limitar los efectos de una Sentencia basándose únicamente en tal argumento comportaría una notable reducción de la garantía jurisdiccional de los derechos que a los ciudadanos les confiere el Derecho de la Unión⁶⁴.

El segundo requisito —el relativo a la existencia de datos objetivos que impidiesen considerarlo como un claro incumplimiento del Derecho de la Unión, que también debe ser probado por quien lo aduce⁶⁵—, ha sido admitido bajo diversas formas, pero todas ellas básicamente reconducibles a actuaciones u omisiones de las instituciones europeas que hubieran inducido a algunos comportamientos contrarios al Derecho de la Unión y/o a una situación de incertidumbre sobre el significado de sus disposiciones, de las que la interpretación efectuada por el ordenamiento estatal —luego considerada incompatible con el Derecho de la Unión— podía calificarse de razonable, como puede deducirse de las sentencias de referencia, analizadas anteriormente⁶⁶.

⁵⁹ Si bien la idea arranca de la S. *Defrenne II*, cit., la formulación recogida es la de la S. *Rodgers*, cit., aptdo. 43, que se mantiene hasta nuestros días (vid., por ejemplo, en la S. *Endress*, cit., aptdo. 36).

⁶⁰ Son palabras del Abogado General ALBER tomadas del aptdo. 55 de sus Conclusiones en el as. *Buchner*, cit.

⁶¹ No resultando bastante, en consecuencia, su mera alegación, como suele ocurrir en muchas ocasiones (vid., por ejemplo, la S. *Forposta*, cit., aptdo., 48 o la S. *Santander*, cit., aptdo. 62).

⁶² En efecto, serán múltiples las ocasiones en las que el Tribunal de Justicia responderá a las alegaciones planteadas afirmando, también con énfasis, que las consecuencias económicas o financieras que pudieran derivarse para un Estado *nunca han justificado por sí mismas* la limitación de los efectos de una Sentencia del Tribunal de Justicia (vid., más recientemente, la S. *Vent De Colère*, cit., aptdo. 42).

⁶³ Vid. S. *Rodgers*, cit., aptdo. 45; y S. de 4 de octubre de 2001, as. *Zythopoiia*, C-294/99, aptdo. 39.

⁶⁴ Vid. S. de 13 de febrero de 1996, as. *Bautiaa*, C-197 y 152/94, aptdo. 55; y S. *Zythopoiia*, cit., aptdo. 39.

⁶⁵ Vid. S. de 20 de septiembre de 2001, as. *Grzelczyk*, C-184/99, aptdo. 54; S. *Zythopoiia*, cit., aptdo. 38; y S. de 29 de noviembre de 2001, as. *Griesmar*, C-366/99, aptdo. 77.

⁶⁶ Aunque la idea más cabal de este requisito (tan cargado de indeterminación) nos la daría el análisis de todos los supuestos en los que se ha solicitado (esto es, tanto aquéllos en los que se ha apreciado su concurrencia como aquéllos en los que se ha rechazado). Es más, muy posiblemente tal análisis nos revelaría una evolución hacia cánones más restrictivos.

En definitiva, y dicho con sus propias palabras, «el Tribunal de Justicia únicamente ha recurrido a esta solución en circunstancias muy determinadas, cuando, por una parte, existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y, por otra parte, era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión»⁶⁷.

6. Alcance efectivo de la irretroactividad de estas sentencias

La prospectividad establecida en estas sentencias tiene el alcance de no permitir que surjan o se planteen *nuevas* reclamaciones, con fundamento legal en su doctrina, para relaciones jurídicas *anteriores*. Por lo tanto, y ésta es la consecuencia más relevante, aunque no hubiesen prescrito los derechos o caducado el ejercicio de las acciones o recursos pertinentes conforme al Derecho nacional correspondiente⁶⁸, no se puede utilizar la eventual declaración de incompatibilidad con el Derecho de la Unión en apoyo de *ninguna nueva pretensión*. Es importante destacar esta diferencia, puesto que, en principio, el ordenamiento supranacional (y el Tribunal de Justicia en su interpretación y aplicación así lo reconoce) no pone obstáculos a la existencia de requisitos procesales (entre ellos, obviamente, el del plazo) para el ejercicio de las acciones en defensa de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión; eso sí, siempre que no conduzcan a condiciones discriminatorias o que hagan ilusorio el derecho reconocido. Aunque no tolera que, con posterioridad a una Sentencia de las que resuelven que una determinada normativa es incompatible con el Derecho de la Unión, el legislador nacional adopte nuevas disposiciones procesales que, específicamente, vengán a reducir las posibilidades de su aplicación⁶⁹.

Pero la limitación temporal que se establece en este tipo de sentencias de las que nos estamos ocupando va mucho más allá de este requisito general de ejercitabilidad de las acciones porque supone que, aunque se esté en plazo tras la Sentencia, no se puede iniciar una reclamación o reivindicar *a posteriori* respecto de los derechos anteriores. Dicho con palabras del propio Tribunal de Justicia: «tal limitación tiene por consecuencia privar a los justiciables que normalmente tuvieran la posibilidad, con arreglo a sus reglas nacionales, de

⁶⁷ S. de 13 de abril de 2010, *as. Bressol*, C-73/08, aptdo. 93 (recordando jurisprudencia anterior).

⁶⁸ Recuérdense, a estos efectos, las decisivas consecuencias derivadas del reconocimiento del principio de autonomía procedimental.

⁶⁹ Como fue el caso enjuiciado en la *S. Deville*, de 29 de junio de 1988, C-240/87, a efectos de reclamar la devolución de unos tributos indebidamente percibidos en virtud de una normativa considerada como incompatible con el Derecho de la Unión.

ejercer los derechos derivados de la referida disposición comunitaria, de la facultad de invocarla en apoyo de sus demandas»⁷⁰.

Ahora bien, la denegación de efectos retroactivos tiene, a su vez, una importante salvedad (la «excepción de la excepción», como la hemos denominado antes), que son las demandas o reclamaciones que *ya se hubieran presentado con anterioridad a la fecha de la Sentencia*. Esto merece una consideración más detenida.

En efecto, la limitación temporal no afecta a los asuntos en los que los interesados ya estuvieran haciendo valer sus derechos basados en el Derecho de la Unión ante los órganos jurisdiccionales (o, en su caso, administrativos), entre los que obviamente hay que contar el propio del proceso en el que se originó la cuestión prejudicial que ha dado lugar a la Sentencia interpretativa prospectiva. Esta salvedad parece evidente si no se quiere comprometer la efectiva protección judicial de los derechos, puesto que si a quien acude a los órganos jurisdiccionales para que le amparen los derechos que le confiere el ordenamiento supranacional le sucediera que el proceso se paraliza por el planteamiento de la cuestión prejudicial, ésta se resolviera con la apreciación de incompatibilidad del Derecho nacional con el de la Unión Europea (que, se insiste, es el que le confería el derecho cuyo reconocimiento se pretendía), pero se produjese una Sentencia prospectiva que no hiciera la salvedad mencionada respecto de los procesos ya planteados, se encontraría al final con que la posterior sentencia nacional que resolviese sobre su pretensión no podría otorgarle el derecho (pese a reconocer su procedencia legal) por tan contundentes e insalvables efectos a futuro, exclusivamente, establecidos por la previa sentencia de Luxemburgo.

La cuestión se menciona aquí porque esto ya sucedió, dando lugar a situaciones tensas y conflictivas⁷¹. Pero, en el ámbito de las cuestiones prejudiciales de interpretación, hay que reconocer que ninguna de las sentencias prospectivas dictadas ha establecido una limitación

⁷⁰ S. de 15 de septiembre de 1998, *as. Edis*, C-231/96, aptdo. 18. En sus Conclusiones a este asunto, presentadas el 26 de marzo de 1998, el Abogado General RUIZ JARABO lo supo expresar con claridad:

«28. La técnica de restringir, excepcionalmente, los efectos temporales de una sentencia opera como un círculo concéntrico, en el interior de otro más amplio, configurado por la “normal” eficacia de dicha sentencia. Esa eficacia —que según ya he expuesto, no impide aplicar las condiciones exigidas por los ordenamientos jurídicos nacionales, con tal de que nos sean discriminatorias ni hagan ilusorio el derecho reconocido por el Tribunal de Justicia— puede aún ser reducida, en casos excepcionales, mediante una declaración expresa de aquel tipo.

29. La limitación de los efectos temporales de una sentencia interpretativa actúa, pues, cuando hay una multiplicidad de relaciones jurídicas aún pendientes, no “agotadas” según el Derecho interno, a las que normalmente afectaría la interpretación de la norma comunitaria hecha por el Tribunal de Justicia. Este, si concurren determinadas circunstancias excepcionales, puede decidir que los efectos de dicha interpretación no se desplieguen ni siquiera respecto de aquellas situaciones jurídicas aún pendientes».

⁷¹ En efecto, aunque no en cuestión prejudicial de interpretación sino de *validez*, hace algunos años el Tribunal de Justicia dictó varias sentencias en las que no tuvo suficientemente en cuenta este aspecto, por lo que fue objeto de fuertes y justificadas críticas. Para una mayor profundización valga con la remisión a COBREROS MENDAZONA, E., «Las sentencias prospectivas...», cit., pp. 644 y 645.

tan radical de sus efectos⁷². Es más, una hipotética Sentencia interpretativa que eliminase todos los efectos retroactivos en una declaración de incompatibilidad de una normativa, por ejemplo, española con el Derecho de la Unión pondría en una verdadera dificultad al órgano judicial español que hubiera planteado la cuestión, ya que, además del retraso inherente al aspecto devolutivo de la cuestión interpretativa, en definitiva habría de resolver diciéndole al interesado que tenía razón en cuanto al fundamento jurídico de su pretensión (porque hasta el Tribunal de Justicia así lo había reconocido), pero que tenía que denegarle lo pedido⁷³.

Podría, en fin, plantearse también si la limitación de efectos establecida en una Sentencia podría compensarse por vía indirecta para quien no tuviera presentada con anterioridad una reclamación. El hipotético razonamiento sería el siguiente: ya que no se puede invocar directamente el Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretado, se podría intentar resarcir de los daños causados por la conculcación de los derechos otorgados por dicho ordenamiento por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado incumplidor. Parece que se tendrá que imponer, sin embargo, la respuesta negativa por dos razones fundamentalmente. En primer lugar, porque la propia lógica y finalidad de la limitación temporal de los efectos así parece exigirlo y además los términos literales de su establecimiento no permiten dudas razonables: si el derecho sustantivo no puede ser alegado para reivindicaciones relativas a situaciones anteriores, tampoco parece que podría invocarse a efectos de lesión resarcible⁷⁴. Además, y esta es la segunda razón, si ya se ha visto que uno de los requisitos que se exige para la limitación temporal de los efectos de la Sentencia es la existencia averada de un estado o unas circunstancias que hubieran originado una incertidumbre jurídica objetiva que permitiese razonablemente entender que no se estaba conculcando el Derecho de la Unión, parece claro que con tal presupuesto no se cumplirán las condiciones para que se pueda considerar que se había producido una «violación suficientemente caracterizada» del mencionado Derecho; requisito que, como es notorio, viene exigido inexcusablemente *ex iure europeo* para el reconocimiento de la responsabilidad desde la decisiva Sentencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*⁷⁵.

⁷² Puesto que, desde la primera de ellas (la *S. Defrenne II*, cit.), siempre se ha hecho salvedad de las pretensiones ya planteadas en sede jurisdiccional o administrativa.

⁷³ Con lo que, seguramente, el problema vendría abocado al Tribunal Constitucional, por la vía de un recurso de amparo fundado en el art. 24.1 CE.

⁷⁴ A este respecto, la doctrina contenida en la *S. Richardson*, cit., no nos saca de dudas porque, aunque el planteamiento de la cuestión prejudicial inquiriere expresa y directamente si puede alegarse el efecto directo de la Directiva en apoyo de una demanda de indemnización de daños y perjuicios relativa a períodos anteriores a la fecha de la Sentencia, interpuesta por personas que no hubieran iniciado un procedimiento judicial ni hubieran presentado una reclamación equivalente con anterioridad a dicha fecha, el Tribunal de Justicia responderá que *no procede limitar los efectos en el tiempo de la Sentencia*, de forma que el precepto «puede ser invocado igualmente en apoyo de una demanda de indemnización de daños y perjuicios relativa a períodos anteriores a la fecha de la Sentencia». Sin embargo, el problema que en el texto se está planteando es, justamente, para el caso de que sí se hubiese procedido a limitar los efectos temporales de la Sentencia.

⁷⁵ S. de 5 de marzo de 1996, ya citada anteriormente. Al respecto, *vid.* GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, especialmente pp. 495 y ss.; y, más recientemente, COBREROS MENDAZONA, E., «El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (Construcción y elementos

Cosa distinta, y con solución radicalmente diferente, sería que, tras la Sentencia que declara la incompatibilidad (aun con carácter prospectivo), ésta *perdurase* en el tiempo, impidiéndose por tal causa el disfrute de algún derecho conferido a los particulares por el Derecho de la Unión, pues tal circunstancia constituye, sin duda alguna, una violación *manifiestamente* caracterizada del Derecho de la Unión⁷⁶. La precisión es pertinente porque, como es sabido —y a diferencia notable de lo que ocurre con la intervención de un Tribunal Constitucional en una cuestión prejudicial de inconstitucionalidad—, la declaración de incompatibilidad que realiza el Tribunal de Justicia permite a los aplicadores del Derecho nacional (señaladamente, a los órganos jurisdiccionales nacionales) inaplicar las disposiciones incompatibles —mejor, les obliga a ello—, pero no expulsa, por sí misma, tales disposiciones del ordenamiento estatal en el que han surgido, con lo que no es, en absoluto, descartable una aplicación incorrecta en el ordenamiento estatal del Derecho de la Unión.

7. La limitación de efectos temporales en las sentencias interpretativas, una técnica que no parece vaya a tener mucha aplicación en el futuro

De lo visto hasta ahora pueden extraerse algunas conclusiones útiles. En primer lugar, que la limitación temporal de efectos en los procedimientos prejudiciales de interpretación del Derecho de la Unión es (o, mejor, ha sido) una realidad en la práctica jurisprudencial efectiva del Tribunal de Luxemburgo. En efecto, ya en 1976 y con plena consciencia del alcance de su pronunciamiento, el Tribunal de Justicia dictó su *S. Defrenne II*, en la que se contienen prácticamente todos los elementos esenciales de este tipo de pronunciamiento.

Ahora bien, conviene precisar de inmediato que de esta técnica se ha hecho un uso moderadísimo: hasta la fecha sólo han sido ocho las sentencias que la han establecido y ninguna más desde el año 2000. Todo ello pese a que son bastantes las veces en las que así se le ha solicitado al Tribunal (y se le sigue solicitando).

A este respecto, parece que el endurecimiento en los requisitos ha venido por el que requiere que el incumplimiento del Estado haya podido ser originado por algún tipo de confianza legítima en que se estaba actuando correctamente (en el ordenamiento estatal, se entiende) o, dicho de otro modo, que se hubiera creado un estado objetivo de incertidumbre jurídica en cuanto al correcto cumplimiento del Derecho de la Unión.

A esto quizás habría de añadirse que, al menos en sede doctrinal, este tipo de sentencias prospectivas no ha suscitado entusiasmo, precisamente. Más bien se han manifestado

en el ordenamiento europeo y su aplicación por el ordenamiento estatal)», en la obra colectiva, dirigida por J.M. Beneyto Pérez y coordinada por J. Maillo González-Orús y B. Becerril Atienza, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea (Las Fuentes y Principios del Derecho de la Unión Europea)*, Aranzadi, Cizur Menor, vol. IV, 2011, espec. pp. 612 y ss.

⁷⁶ Como ha dicho explícita y reiteradamente el Tribunal de Justicia desde su *S. Brasserie du Pêcheur y Factortame*, cit., aptdo. 57.

reticencias a un tipo de pronunciamiento que no encontraba respaldo expreso en las atribuciones asignadas al Tribunal de Justicia en el Derecho originario.

Por último —y con esto podemos relacionarlo con la primera parte de este trabajo—, en un tipo de sentencias como son las dictadas en cuestiones prejudiciales cuya interpretación del Derecho de la Unión vincula no sólo al órgano jurisdiccional que ha planteado su pregunta sino a todos los demás de los restantes Estados miembros (así como a cualquier otro aplicador del mismo), la limitación de efectos, obviamente, también afecta o se extiende a todos ellos. Y esto merece una doble reflexión. Por un lado, normalmente es el Gobierno de un Estado (aquél del que proviene la cuestión prejudicial, normalmente) el que tiene que probar no sólo las repercusiones económicas graves que implicará la aplicación «ordinaria» del Derecho de la Unión —esto es, como se debía haber interpretado y aplicado desde su comienzo—, sino también que «su» particular incumplimiento tenía ciertas causas objetivas (cuyo origen estaría en algunas actuaciones u omisiones de las Instituciones europeas, normalmente). Es, por tanto, la actuación y diligencia procesales de un Estado (en su caso, apoyado por algún otro Gobierno de otro Estado, que hayan decidido incorporarse al procedimiento prejudicial y sumarse a su solicitud al respecto) y sus peculiares circunstancias las que «arrastrarán» la limitación temporal de los efectos *erga omnes*. Con lo que, una limitación de este tipo, solicitada a instancia de una parte, podría tener alguna consecuencia indeseada, como es que parezca que beneficia o favorece a algún o algunos Estados incumplidores, frente a los que han sido diligentes con sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión.

Ahora bien, dicho todo esto, tampoco creo que debiera descartarse absolutamente este tipo de pronunciamiento, mayoritariamente admitido por las jurisdicciones constitucionales, porque puede servir para que, primando el Derecho (cosa que se salva con la interpretación «debida»), no se causen perjuicios desproporcionados e indeseables. Aunque para esto quizás debiera exigirse que, tanto las negativas repercusiones (económicas, pero quizás no sólo) como la incertidumbre que, de alguna manera, hubiese hecho comprensible el incumplimiento, fueran amplias o generalizadas (lo que en un tipo de procesos como los que ahora interesan, tampoco sería tan difícil de comprobar por el Tribunal de Justicia, pese al aumento del número de Estados miembros).

En cualquier caso, analizados los supuestos concretos en los que se ha aceptado la limitación temporal de efectos que comentamos —solamente ocho, como ya se ha constatado— y viendo cómo se están resolviendo las posteriores solicitudes presentadas al respecto —desde el año 2000 no se ha aceptado ninguna más—, no parece ni que haya sido abusiva su utilización ni que vayan a producirse muchos más supuestos de este tipo, sino que, por el contrario, parece más bien una posibilidad en franca retirada.

La cuestión prejudicial y la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario

Diego Córdoba Castroverde

Sumario: I. Introducción. II. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho comunitario imputable a los Tribunales de Justicia de un Estado. III. Situación en el Derecho español. 1. Cauce procesal para exigir la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho comunitario imputable a una decisión judicial. 2. Requisitos sustantivos: el concepto de error judicial. IV. Responsabilidad en los supuestos de no planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La presente intervención se centra en determinar la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario imputable a la actuación de sus Tribunales de Justicia, en concreto, por el no planteamiento de una cuestión prejudicial que motive un incumplimiento del derecho comunitario generador de un daño. En tales casos, puede apreciarse la responsabilidad del Estado-juez por incumplimiento del derecho comunitario.

El planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación se considera un diálogo entre jueces, cuya iniciativa depende en su totalidad de la apreciación que el órgano jurisdiccional nacional haga de la pertinencia y la necesidad de dicha remisión, de modo que la eventual infracción del derecho comunitario sería imputable a los tribunales de justicia, pero el resarcimiento de los daños causados por tal motivo genera una responsabilidad del Estado-juez. De ahí que el adecuado análisis de esta cuestión exija determinar el contenido y límites de la responsabilidad del Estado-juez por incumplimiento del derecho comunitario.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO IMPUTABLE A LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE UN ESTADO

El Tribunal de Justicia ha venido afirmando que la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario es un «principio que aparece como inherente al sistema del Tratado»¹. Los Estados miembros responden cualquiera que sea el órgano o el poder del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento².

La actuación de los tribunales de justicia no constituye una excepción a este principio general, por lo que también la actuación de éstos puede dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado miembro. Fue la STJUE de 30 de Septiembre de 2003 (caso *Köbler*, as. C-224/01) la primera que admitió que los particulares también tienen derecho a ser indemnizados por el Estado cuando el incumplimiento del derecho comunitario generador del daño sea imputable a la actuación de sus tribunales de justicia.

En la citada sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea comienza afirmando la responsabilidad del Estado cuando la actuación contraria al derecho comunitario provenga de un Tribunal de Justicia, afirmando: «...de las exigencias inherentes a la protección de los derechos de los particulares que invocan el Derecho comunitario se desprende que éstos deben tener la posibilidad de obtener reparación, ante un órgano jurisdiccional nacional, del perjuicio causado por la violación de dichos derechos debida a una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia (véase, en este sentido, la sentencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, antes citada, apartado 35)».

El Tribunal descarta que dicha responsabilidad pueda considerarse contraria a la independencia y la autoridad del juez, argumentando que «el principio de responsabilidad examinado no se refiere a la responsabilidad personal del juez sino a la del Estado. Pues bien, no parece que la posibilidad de exigir, en determinadas condiciones, la responsabilidad del Estado por las resoluciones judiciales contrarias al Derecho comunitario suponga riesgos particulares para la independencia de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia».

El problema, dada las especialidades propias de la función jurisdiccional, se desplaza a determinar los requisitos sustantivos que deberían concurrir para poder apreciarla. El Tribunal venía exigiendo los siguientes requisitos:

¹ Sentencias de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 35; de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 31; de 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications*, C-392/93, Rec. p. I-1631, apartado 38; de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, Rec. p. I-2553, apartado 24; de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer y otros*, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845, apartado 20; de 2 de abril de 1998, *Norbrook Laboratories*, C-127/95, Rec. p. I-1531, apartado 106; y de 4 de julio de 2000, *Haim*, C-424/97, apartado 26.

² Sentencias *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, antes citada, apartado 32; de 1 de junio de 1999, *Konle*, C-302/97, Rec. p. I-3099, apartado 62, y *Haim*, apartado 27.

- 1.º que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares;
- 2.º que la violación esté suficientemente caracterizada;
- 3.º que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por quienes hayan sido lesionados.

La sentencia *Köbler* entiende que estos mismos requisitos resultan aplicables a los supuestos en los que la violación del derecho comunitario es achacable a la resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia.

Los requisitos exigidos por el TJUE para que nazca la responsabilidad patrimonial por incumplimiento de derecho comunitario son «necesarios y suficientes» para generar el derecho de reparación. Deben, por tanto, concurrir «todos» ellos pero «solo» ellos (sentencia 30 de Septiembre de 2003, *Köbler*, as. C-224/01); no obstante, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos y la apreciación de estos requisitos varía en función de cada tipo de situación.

Tal y como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 1999 (*Klaus Konle contra Republik Österreich*, Asunto C-302/97) y en otras posteriores, la decisión sobre la eventual vulneración del derecho comunitario les corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, utilizando los criterios fijados por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Infracción suficientemente caracterizada

El principal problema interpretativo surge en precisar el concepto «violación suficientemente caracterizada»³.

La sentencia *Köbler* aclara que esta responsabilidad tan solo «*puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable*». De donde se extrae una conclusión inicial: se trata de una responsabilidad excepcional y tan solo puede exigirse en los supuestos en los que se infrinja de forma «manifiesta» el derecho comunitario aplicable, sin que se produzca, por tanto, cuando se trata de meras discrepancias en la interpretación del derecho o en el acierto del resultado alcanzado.

La jurisprudencia comunitaria permite que el derecho nacional precise los criterios relativos a la naturaleza o al grado de infracción, lo que conlleva un cierto margen de libertad

³ Con carácter general se ha sostenido en la jurisprudencia del TJUE que la concurrencia de este requisito depende en gran medida del margen de apreciación de que dispusiera el Estado, pues si el Estado disponía de una facultad de apreciación amplia «el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es la inobservancia manifiesta y grave, por parte de un Estado miembro de los límites impuestos a su facultad de apreciación (véase la sentencia STJ de 17 de abril de 2007, Asunto C-470/03, *A.G.M.-COS.MET Srl contra Suomen valtio y Tarmo Lehtinen*) y, por el contrario, en el supuesto en que el «Estado miembro, en el momento en que cometió la infracción, disponía de un margen de apreciación considerablemente reducido o incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada» (véanse la sentencia *Norbrook Laboratories*, apartado 109 y la jurisprudencia citada).

de los Estados miembros en la definición de los supuestos y de los requisitos que ha de tener la infracción del derecho comunitario, en nuestro caso el error judicial que generó dicha infracción. Ahora bien, esta misma jurisprudencia destaca que no es posible imponer exigencias más estrictas que «*las derivadas del requisito de una infracción manifiesta del Derecho aplicable*».

En definitiva, estos requisitos pueden ser dulcificados por el derecho nacional interno, pero no endurecidos o agravados por los Estados miembros (Sentencia caso *Test Claimants*). Por ejemplo, según la Sentencia de 25 de noviembre de 2010, caso *Günter*, el concepto jurídico estatal de *culpa* o *negligencia* no puede ser empleado para excepcionar o limitar los efectos reparadores de un incumplimiento *caracterizado* del Derecho de la Unión.

En cualquier caso, una violación del Derecho comunitario puede considerarse suficientemente caracterizada cuando perdura a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, se dicte una sentencia prejudicial que se desconoce o en los supuestos en los que exista una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido (sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 5 de marzo de 1996, dictada en los asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA*).

A tal efecto, la sentencia *Köbler*, antes citada, establece una serie de pautas o de criterios que necesariamente debe tener en cuenta el juez nacional que conozca de una demanda de indemnización de daños y perjuicios por tal motivo. Así, deberá atender, tomando en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, a los siguientes criterios:

- 1.º El grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada.
- 2.º El carácter intencional de la infracción y el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho.
- 3.º La posición adoptada, en su caso, por una institución comunitaria, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero.
- 4.º Finalmente, el error judicial en la infracción del derecho comunitario puede producirse tanto en la interpretación de normas jurídicas como en la apreciación de hechos o las pruebas, sin que pueda limitarse dicha responsabilidad a los casos de dolo o de culpa grave del juez (sentencia de 13 de junio de 2006, caso *Traghetti del Mediterraneo Spa c/ la República italiana*).

Daño

La reparación, a cargo de los Estados miembros, de los daños que se han causado a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio sufrido por éstos. A falta de disposiciones comunitarias en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar la

cuantía de la indemnización, que no pueden ser menos favorables que los que se refieran a reclamaciones o acciones semejantes basadas en el Derecho interno y que, en ningún caso, pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación. Y no es conforme con el Derecho comunitario una normativa nacional que limite, con carácter general, el daño indemnizable únicamente a los daños causados a determinados bienes individuales especialmente protegidos, excluyendo el lucro cesante sufrido por los particulares.

Por otra parte, la propia actuación del interesado ha de tomarse en consideración para establecer y, en su caso, cuantificar la reparación del daño reclamado. Y en este punto cobra especial importancia la diligencia razonable utilizada y los mecanismos de reparación⁴.

Relación de causalidad

Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si existe una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas lesionadas (sentencias *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, antes citada, apartado 65, y de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, Rec. p. I-2553, apartado 30). Se ha considerado que se rompe el nexo de causalidad si se dan circunstancias como la fuerza mayor, la intervención de terceros o el comportamiento negligente del afectado, supuestos que no difieren de los establecidos en el derecho español.

Principios de equivalencia y efectividad

No debe olvidarse que, sin perjuicio de que el derecho a indemnización esté basado directamente en el Derecho de la Unión, desde el momento en que se reúnen los requisitos exigidos en la jurisprudencia comunitaria, incumbe al Estado, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio causado, entendiéndose que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclama-

⁴ La STS, Sala Especial del art. 61 de la LOPJ, de 22 de Marzo del 2010 (Recurso: 7/2009) introduce como criterio valorativo que debe tomarse en consideración la participación del perjudicado en la causación del mismo y la relevancia del error a los efectos de obtener un diferente resultado, en los siguientes términos: «Por otra parte, a la hora de valorar la existencia del error judicial, ha de tenerse en cuenta la posible participación en él del perjudicado, lo que determina que haya de ponderarse si en él ha intervenido de forma relevante “el defectuoso planteamiento de las pretensiones” por parte de quien luego pretende su declaración (sentencias de la Sala de lo Civil de 13 de octubre de 2004 y 13 de diciembre de 2007). Además la pretensión de declaración de error ha de dirigirse a la indemnización del mismo por el Estado, lo que exige en todo caso que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 292.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por último, el error tiene que ser también trascendente en orden al resultado final de la controversia en el sentido de que sin él la pretensión de la parte hubiera alcanzado éxito, pues en otro caso se rompe la relación de causalidad entre aquél y el eventual daño (sentencia de la Sala Primera de 8 de junio de 2005)».

ciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) y no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad)⁵.

III. SITUACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. **Cauce procesal para exigir la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho comunitario imputable a una decisión judicial**

Al no existir una normativa comunitaria que establezca un cauce procesal unificado para exigir la responsabilidad, ni previsiones específicas respecto de los plazos, el procedimiento y el órgano competente para declararla, corresponde fijarlo a cada Estado miembro.

En nuestro ordenamiento, en todos aquellos supuestos en los que la parte considera que el daño que se reclama es consecuencia de una decisión judicial, que pone fin a un procedimiento, cuyo contenido se reputa contrario al ordenamiento jurídico, está planteando un supuesto de responsabilidad patrimonial por error judicial, regulada en el art. 293 de la Ley Orgánica del Poder judicial (en adelante LOPJ), que se articula procesalmente en una doble vía: en primer lugar, la previa declaración del error judicial ante los tribunales; y una vez declarado éste, la reclamación de los daños y perjuicios ante la Administración.

El art. 293 de la LOPJ dispone que *«La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca»*.

Esta previa declaración que constata la existencia del error judicial puede resultar: bien directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión o bien de una acción judicial específica destinada a obtener un pronunciamiento de reconocimiento del error judicial⁶.

Una vez declarada la existencia del error judicial, el afectado podrá presentar su petición indemnizatoria ante el Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, y contra la resolución administrativa que se dicte cabrá interponer recurso contencioso-administrativo ante los tribuna-

⁵ Véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01, Rec. p. I-10239, apartado 58; y de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, Rec. p. I-2107, apartado 123.

⁶ Nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial diseña esta acción con las siguientes características: a) *La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse*; b) *La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error y si éste se atribuyese a una Sala o Sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el art. 61. de la LOPJ*; c) *El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado....* f) *No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento*; g) *La mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se impute»*.

les de justicia, momento en el que ya no es posible cuestionar la existencia del error, sino que, partiendo del mismo, se habrá de determinar la existencia del nexo causal y la determinación de los daños y perjuicios vinculados a este.

Así pues, la existencia de esa previa decisión jurisdiccional que declare la presencia de un «error judicial», se constituye como un presupuesto previo para poder entablar la acción destinada a obtener una reparación por los daños y perjuicios que tengan su origen en las decisiones jurisdiccionales adoptadas por los Tribunales de justicia. Nuestro Tribunal Supremo (STS, Sala Tercera, Sección 2.ª, de 5 de Noviembre del 2009, rec. 151/2008) ha definido el alcance de esta acción y la incidencia en la cosa juzgada de fondo en los siguientes términos: «... la pretensión de declaración de error judicial se contrae a la exclusiva finalidad de constituir presupuesto inexcusable para una ulterior acción resarcitoria, por responsabilidad patrimonial del Estado Juez, sin que, por tanto, la situación jurídica declarada o reconocida por la sentencia a la que se imputa dicho error judicial, se pueda ver alterada o modificada por una declaración que reconozca la existencia de aquél».

El hecho de que nuestro ordenamiento arbitre una acción independiente, destinada a obtener la declaración de «error judicial», y que este pronunciamiento no modifique el resultado del litigio en que se produjo, no choca con la jurisprudencia comunitaria pues, tal y como afirma la sentencia Köbler el «procedimiento destinado a exigir la responsabilidad del Estado no tiene el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes que el procedimiento que dio lugar a la resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada», y, «En todo caso, el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico comunitario exige tal reparación, pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño».

No debe olvidarse que la obligación de la parte de actuar de modo diligente no le permite prescindir de la utilización del cauce fijado por el ordenamiento jurídico interno para obtener la reparación. A tal efecto, tal y como ha recordado el TJUE en su sentencia de 24 de marzo de 2009 (*Danske Slagterier*, Asunto C-445/06), «La probabilidad de que el juez nacional presente una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 234 CE o el hecho de que esté pendiente un procedimiento por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia no pueden, por sí solos, constituir un motivo suficiente para afirmar que no es razonable exigir que se ejerza determinada acción ... no sería razonable no utilizar una acción judicial por el mero hecho de que, probablemente, ésta diera lugar a una petición de decisión prejudicial».

Y también resultan relevantes las consideraciones contenidas en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, de 10 de febrero de 2009 (rec. 553/2007), en la que se daba respuesta a la alegación de la parte referida a la falta de utilización de la acción destinada a obtener la declaración de «error judicial» al considerar que la interpretación jurisprudencial era excesivamente restrictiva y no serviría para obtener una reparación efectiva. En la citada sentencia se afirma al respecto que «... la eventual infracción del principio comunitario de efectividad y de la jurisprudencia del TJCE en la materia, no sería, en ningún caso, imputable a la regulación legal contenida en la LOPJ sino que habría que entenderla referida a la interpretación jurisprudencial realizada. Así, la alegada inadecuación del cauce tan solo sería achacable a una jurisprudencia

del Tribunal Supremo que, aunque reiterada, es susceptible de ser modificada si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas así lo requiriese, pues también el Tribunal Supremo, al tiempo de conocer de este tipo de reclamaciones, está vinculado por el derecho comunitario y su jurisprudencia. Por ello, la parte recurrente no queda dispensada de acudir al cauce previsto en nuestro ordenamiento en base a la mera suposición de que el Tribunal Supremo no accederá a su pretensión, para después tachar este cauce de inadecuado».

Plazo

Las condiciones, en particular en materia de plazos, establecidas por las legislaciones nacionales no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad).

Por lo que respecta al principio de equivalencia no se advierten problemas, pues el cauce procesal y los plazos para el ejercicio de estas acciones son los mismos con independencia de que el error judicial se haya producido en relación con el derecho interno o con el derecho comunitario.

En lo relativo al principio de efectividad, se trata de determinar si los plazos, y la interpretación jurisprudencial realizada, pueden considerarse excesivamente gravosos para obtener la reparación. A tal efecto, debe recordarse que existen dos plazos diferentes: a) por un lado, el plazo para el ejercicio de la acción destinada a obtener la previa declaración de error judicial que «deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse» (art. 293.1.a) de la LOPJ), teniendo en cuenta que «no procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento» (art. 293.1.f) de la LOPJ); b) por otra parte, la posterior acción ante la Administración para reclamar la indemnización de daños y perjuicios «prescribirá al año, a partir del día que pudo ejercitarse» (art. 293.2 de la LOPJ).

El Tribunal Supremo⁷ ha afirmado al respecto que:

- El plazo para exigir la declaración de error judicial tiene naturaleza civil y no procesal y, por lo tanto, es un plazo de caducidad y no de prescripción.
- Su cómputo no se interrumpe por la interposición de un recurso improcedente o ante un Tribunal incompetente, considerando como tal la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁸.

⁷ STS, Sala Primera, Sección 1, de 10 de Marzo del 2010 (rec. 6/2007).

⁸ En el ATS, Sala Cuarta, Sección 1, de 12 de Abril del 2010 (Rec. 2/2010), tras afirmar que se trata de un plazo de caducidad, «sin que dicho plazo de caducidad quede interrumpido por la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que en modo alguno resulta exigible (en este sentido, sentencias de

- En el cómputo de este plazo no se descuentan los días inhábiles ni el mes de agosto⁹, pero tan solo comienza a correr desde que la parte lo pudo ejercitar, considerando que la solicitud de aclaración de sentencia es un recurso procedente en cuanto permite rectificar los errores denunciados¹⁰.

Ninguna objeción puede ponerse a la exigencia de una actuación diligente de la parte, pues ello es conforme con la jurisprudencia comunitaria. Así lo ha reconocido el TJUE en su sentencia de 24 de marzo de 2009, (*Danske Slagterier*, asunto C-445/06), en la que se afirmó que «El tribunal nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y en particular, si ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían. Según un principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola (sentencias de 19 de mayo de 1992, *Mulder y otros/Consejo y Comisión*, C-104/89 y C-37/90, Rec. p. I-3061, apartado 33, y *Brasserie du pêcheur y Factortame*, antes citada, apartado 85). ... Sin embargo, sería contrario al principio de efectividad obligar a los perjudicados a ejercitar sistemáticamente todas las acciones de que dispongan aunque ello les ocasione dificultades excesivas o no pueda exigírseles razonablemente que las ejerciten».

La sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2009 (*Danske Slagterier*, Asunto C-445/06) abordó el problema de los plazos para reclamar esta responsabilidad afirmando que es posible establecer plazos «razonables» que sean preclusivos, esto es, que se pierda la posibilidad de obtener la reparación si se deja transcurrir el plazo fijado al efecto por la legis-

21 de julio de 1992, rec. 1520/91, de 3 de mayo de 1994, rec. 2252/92, de 12 de diciembre de 1997, rec. 4104/95 y la ya citada de 13 de marzo de 2001)».

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001 (Rec. 2465/2000) señala que: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto en la Sala de lo Civil como en la de lo Social, viene señalando que “el recurso de amparo no es uno de los comprendidos en el artículo 293.1.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que no se trata de un recurso propiamente jurisdiccional y por ello no actúa el recurso de amparo como previo al pronunciamiento del error judicial”».

⁹ STS, Sala Especial del art. 61 de la LOPJ, de 1 de Febrero del 2010 (rec. 3/2009), remitiéndose a la sentencia de este mismo tribunal de 22 de septiembre de 2008 (rec. 9/2006). Y en el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, Sección 1, de 1 de Marzo del 2010 (rec. 7/2007).

¹⁰ La STS, Sala Especial del art. 61 de la LOPJ, en su sentencia de 5 de junio de 2000 (rec. 1/1998) razona que «el art. 407 de la L.E.C. establece que “en los casos en que se pida aclaración de una sentencia..., el término para interponer el recurso que proceda contra la misma sentencia se contará desde la notificación del auto en que se haga o deniegue la aclaración”. Norma ésta de derecho común, y en consecuencia aplicable al presente supuesto, máxime cuando la norma básica sobre el recurso de aclaración es el art. 267 de la LOPJ, y aquel art. 407 de la LEC viene a complementar el mandato de la misma. Así pues, el plazo de tres meses que impone el art. 293.1.a) de la LOPJ no puede empezar a correr —precisa— sino a partir del... día siguiente al de la notificación del Auto denegatorio de la aclaración, y, en consecuencia, es evidente que tal plazo no ha transcurrido».

lación nacional; el principio de seguridad jurídica así lo exige, pero exige que esos plazos de prescripción deben fijarse por anticipado para que los particulares puedan conocer el plazo aplicable con un grado razonable de certidumbre.

En nuestro ordenamiento se establecen plazos breves (tres meses para la acción destinada a obtener la declaración de error judicial y un año para acudir al Ministerio de Justicia para exigir la indemnización por los daños causados), pero ni el derecho comunitario ni la jurisprudencia del TJUE han establecido un plazo concreto para el ejercicio de esta acción. La «razonabilidad» habrá de ser puesta en relación con la acción que se ejercita y la finalidad que se persigue. Ya la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, de 10 de febrero de 2009 (rec. 553/2007) se planteó este problema, llegando a la conclusión de que dicho plazo no resulta contrario al principio de efectividad. En dicha sentencia se afirmaba que *«La acción está destinada a declarar la existencia de un error judicial referido a una sentencia firme que viene precedida... de un procedimiento judicial en sus diversas instancias en las que las partes han tenido la oportunidad de alegar y discutir sobre la aplicación y el alcance de la norma o del principio del derecho comunitario que se considera infringido. Por otra parte, el error judicial cuya declaración se pretende se contrae a los supuestos más graves... y no a una mera discrepancia en la interpretación o aplicación de una norma o un principio dudoso, por lo que el plazo de tres meses desde la firmeza de la sentencia no puede considerarse un obstáculo que haga imposible o muy difícil la articulación de una acción destinada a argumentar lo que es patente y manifiesto»*.

Por otra parte, tampoco parece irrazonable el plazo de un año para reclamar de la Administración los daños y perjuicios que el error judicial, previamente declarado, le ha causado, teniendo en cuenta que esta acción tiene por finalidad establecer tan solo el nexo causal entre el incumplimiento del derecho comunitario y los daños y perjuicios producidos, y cuantificar y probar los daños y perjuicios producidos.

Muchas más dudas suscita la jurisprudencia que interpreta como recurso improcedente a los efectos de interrumpir el cómputo de ese plazo la interposición de un recurso de amparo, pues si el Tribunal Constitucional ha admitido en varias sentencias la posibilidad de constituir el recurso de amparo un remedio idóneo para remediar la lesión del derecho comunitario, no es posible sostener que dicho recurso se puede entender como improcedente y, por lo tanto, carente de efectos suspensivos sobre la acción destinada a declarar la existencia del error. Tema sobre el que volveremos más adelante.

2. Requisitos sustantivos: el concepto de error judicial

Si el cauce previsto en nuestro ordenamiento jurídico para exigir la responsabilidad por incumplimiento del derecho comunitario por la actuación imputable a los tribunales de justicia pasa necesariamente por admitir que existió un «error judicial», corresponde ahora deter-

minar si el concepto de «error judicial»¹¹ se acomoda a las exigencias del derecho comunitario y su jurisprudencia.

Para ello ha de empezar por recordarse que en el derecho español (a diferencia de lo que sucede en otros Estados) no existe una definición legal de lo que se entiende por «error judicial», ni de los supuestos en los que concurre. La delimitación de este concepto y de su alcance es fruto de una creación jurisprudencial.

El hecho de que sea la jurisprudencia y no una norma legal la que precisa el alcance del concepto «error judicial» no impide que el Estado sea el responsable por el incumplimiento del derecho comunitario imputable a las decisiones de sus tribunales de justicia, pues tal y como ha señalado la sentencia del TJUE de 9 de diciembre de 2003 (*Comisión contra Italia*, Asunto C-129/00), cabe declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente, en donde se incluye la interpretación que de las disposiciones legales realicen los órganos jurisdiccionales nacionales, siempre que no se trate de decisiones aisladas o muy minoritarias dictadas en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo. Pero, sí resulta exigible cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste¹².

¿El concepto «error judicial» aplicado por nuestros tribunales cumple estas exigencias?

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en esta materia es muy abundante y ha sido sintetizada en la sentencia STS, Sala Especial del art. 61 de la LOPJ, de 1 de Febrero del 2010 (Recurso: 3/2009) afirmando que:

- a) La demanda de error judicial en ningún caso puede constituir una nueva instancia o recurso para que la parte pueda insistir ante otro Tribunal en las pretensiones y argumentos que ya le fueron rechazados anteriormente, ni un claudicante recurso de casación contra resoluciones que no tienen legalmente reconocida tal vía de impugnación.
- b) Solo un error indisculpable y exento de toda lógica puede dar lugar al error cualificado previsto en el art. 292 LOPJ. Debe tratarse de un error «palmario, patente, manifiesto, indudable», no pudiendo utilizarse este procedimiento para combatir «interpretaciones que quien pretende su declaración estima subjetivamente incorrectas». Suele referirse a un error «craso, evidente e injustificado» y «manifiesto», descartán-

¹¹ Para profundizar en el concepto de «error judicial» en la jurisprudencia del Tribunal Supremo consultar CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego, «El concepto de error judicial y el cauce para exigirlo en la jurisprudencia», *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*.

¹² En este mismo sentido se pronuncia la STJUE de 12 de noviembre de 2009. Y en la sentencia de 26 de enero de 2010 (asunto C-118/08) se planteó por el Abogado del Estado que la posible disconformidad con el derecho comunitario podría venir dada no por la legislación española sino por la jurisprudencia española y que ésta podría cambiarse, pero el Tribunal obvió esta objeción y entró a conocer de la cuestión prejudicial planteada.

dose el mero desacierto en casos dudosos o la discrepancia de la parte en la interpretación o aplicación del derecho comunitario.

En definitiva, ha de tratarse de un error patente, indubitado e incontestable e, incluso, «flagrante» y no un mero desacierto el que origina el deber de indemnizar los daños causados.

- c) Quedan, pues, fuera del ámbito propio del error judicial las meras discrepancias con las resoluciones en que el órgano judicial mantiene un criterio racional y explicable dentro de las reglas de la hermenéutica jurídica, llegando a interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico, por mucho que esté en oposición con la postura del demandante.

En cualquier caso, una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido (sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 5 de marzo de 1996, dictada en los asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA*).

Mayores problemas plantea el desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.

No conozco ningún supuesto en el que se haya apreciado la existencia de un error judicial por desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia. No estamos ante una cuestión menor pues ello implica que podría apreciarse un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado cuando un tribunal de última instancia «desconozca manifiestamente» la jurisprudencia del TJUE.

En general no se ha venido considerando como un supuesto de «error judicial» el desconocimiento de la jurisprudencia existente. Es más, en alguna ocasión se ha llegado a afirmar¹³ que «*si no cabe, normalmente, combatir en nombre del error judicial la interpretación que de las normas realicen los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad que, con carácter exclusivo, les reconoce el artículo 117.3 de la Constitución, cuanto más inviable será dicha pretensión cuando la exégesis que se pretende equivocada haya emanado del Tribunal Supremo cuya jurisprudencia, de acuerdo con el artículo 1.6 del Código Civil, se convierte en fuente complementaria del ordenamiento jurídico*», postura que entraría en abierta contracción con la jurisprudencia comunitaria.

Existen, sin embargo, algunos pronunciamientos que abren la posibilidad de apreciar la existencia de un error judicial por el desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia emanada del TS en un recurso de interés de ley, doctrina que, a mi juicio, sería perfectamente trasladable a los supuestos en los que se desconozca e inaplique la jurisprudencia emanada del TJUE. En tal sentido se pronunció la sentencia STS, Sala Tercera, Sección 2, de 18 de

¹³ STS, Sala Especial del art. 61 de la LOPJ, de 1 de Febrero del 2010 (rec. 3/2009), en la que se cita la sentencia de esta misma Sala de 4 de julio de 2005 (rec. 5/2004).

Enero del 2005 (rec. 8/2003), afirmando que *«El carácter vinculante de la doctrina legal para los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional es, desde luego, incuestionable a tenor del artículo 100.7, in fine, de la Ley de la Jurisdicción y de la propia finalidad del recurso de casación en interés de Ley que atiende a la preservación del principio de seguridad jurídica (art. 9 CE). Por consiguiente, era obligado para el Juzgador de instancia seguir la interpretación realizada por la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2001 del artículo 20.3 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social.*

El error necesario para la responsabilidad derivada de la previsión del artículo 293 LOPJ, no coincide, es cierto, con cualquier interpretación equivocada de la norma. Es preciso que concurran las notas que, según la expresada doctrina, cualifican el error; pero en el presente caso han de entenderse presentes tales circunstancias, si se toma en consideración que la propia parte recurrente, en su escrito de conclusiones, alude de manera expresa a la doctrina legal contenida en la reiterada sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2001 que resulta ignorada en la resolución del Juzgado a la que se imputa el error.

Dicho en otros términos, no se trata de una interpretación alternativa que se asiente en un criterio literal de la norma, ni de una mera inadvertencia de la doctrina legal, sino de una clara contradicción con la tesis que, sobre el cómputo del plazo de caducidad del expediente sancionador, estaba claramente expuesta en una sentencia de este Tribunal dictada en recurso de casación en interés de la ley a la que estaba vinculado el Juez y que fue explícitamente sometida a su consideración por la demandante».

Debe precisarse, no obstante, que el desconocimiento de la jurisprudencia exigido ha de ser «manifiesto» lo que parece conectarse con la existencia de una jurisprudencia consolidada que resulte claramente aplicable al supuesto enjuiciado y que, pese a ello, se ignore.

Este incumplimiento habrá de ser apreciado, sin duda, caso por caso, y parece exigible una participación activa de la parte que pretenda ejercer una acción de responsabilidad del Estado por la inaplicación de una jurisprudencia comunitaria, de modo que la haya invocado como relevante a lo largo del procedimiento, pues no sería lógico sostener que la parte que no invocó dicha jurisprudencia ni suscitó debate alguno sobre la misma pueda beneficiarse de su pasividad para después reclamar el resarcimiento de los daños que el pronunciamiento del tribunal de justicia le ha generado, cuando dicha jurisprudencia comunitaria no ha sido traída al procedimiento ni ha sido objeto de debate.

IV. RESPONSABILIDAD EN LOS SUPUESTOS DE NO PLANTEAMIENTO DE UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE INTERPRETACIÓN

Especial importancia tiene otro de los supuestos en los que la sentencia Köbler ha considerado que existe una «violación suficientemente caracterizada»: *«el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero».*

Los principales problemas se centran en la falta de planteamiento, cuando exista obligación de hacerlo, de una cuestión prejudicial de interpretación contemplada en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento.

Dado que la responsabilidad patrimonial solo se produce de forma excepcional, y está reservada para los casos de incumplimiento manifiesto, estas mismas exigencias deben mantenerse en los casos referidos al no planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación. Este supuesto no opera de forma autónoma sino que debe apreciarse conjuntamente con los demás requisitos exigidos por la jurisprudencia para llegar al convencimiento de que el incumplimiento del derecho comunitario fue manifiesto, no solo porque el Tribunal pudo evitarlo, sino también porque estaba obligado a ello.

Esta conclusión resulta, por otra parte, conforme con la jurisprudencia comunitaria que viene sosteniendo que la remisión prejudicial depende en su totalidad de la apreciación que el órgano jurisdiccional nacional haga de la pertinencia y la necesidad de dicha remisión, por lo que no puede extraerse la conclusión de que en todos los supuestos en los que un tribunal nacional no plantea una cuestión prejudicial de interpretación, aunque su planteamiento hubiese sido conveniente, nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado-juez por incumplimiento del derecho comunitario.

Lo cierto es que para poder apreciar que existe una infracción manifiesta por el no planteamiento de la cuestión prejudicial de interpretación sería preciso demostrar que el Tribunal debería haberla planteado y que al no hacerlo se produjo una infracción del derecho comunitario que ha generado un daño.

Esta infracción manifiesta puede producirse en los supuestos más evidentes, en los que se ha dejado de aplicar una norma comunitaria, se ha interpretado en un sentido contrario a toda lógica jurídica o se ha apartado de la jurisprudencia existente, incumpliendo así el deber de uniformidad del derecho comunitario que se produce por la negativa del tribunal nacional de plantear una cuestión prejudicial de interpretación, cuando por los datos y antecedentes de que disponía era procedente una determinada interpretación o aplicación del derecho comunitario de la que se aparta, de forma injustificada e irrazonable, sin plantear cuestión prejudicial de interpretación.

Existe una zona de incertidumbre que se centra en aquellos supuestos en los que: a) el Tribunal considera que existe un acto claro y así lo motiva, pero pueden existir dudas de que esta interpretación no sea tan clara o no cumpla las exigencias de la doctrina *Cilfit*, o b) cuando el Tribunal no motiva el no planteamiento de la cuestión prejudicial solicitada por la parte, aplicando directamente la norma nacional sobre la que existen dudas fundadas de interpretación que podrían haber dado lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación.

En el supuesto en el que Tribunal nacional no considera necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación por entender que la norma comunitaria resulta clara en su interpretación y aplicación, sin que existan antecedentes ni datos que permitan presumir lo contrario, difícilmente puede apreciarse una violación suficientemente caracterizada. La mera solicitud de parte, rechazada por el Tribunal, de elevar una cuestión prejudicial de

interpretación ante el TJUE no puede conllevar automáticamente el nacimiento de una responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del derecho comunitario, pues ello convertiría en obligatorio el planteamiento, desvirtuando la capacidad de apreciación que el Tribunal ostenta en esta materia, y, en todo caso, habría que demostrar la existencia de un daño y la relación de causalidad entre el no planteamiento y el daño sufrido.

Tan solo en aquellos casos en los que un Tribunal se negó al planteamiento de la cuestión prejudicial por entender que no existían dudas y, sin embargo, simultánea o posteriormente otro Tribunal planteó una cuestión prejudicial sobre esta misma materia, pondría de manifiesto que el acto no era claro en la concepción comunitaria. Pero aun cuando quedase acreditado que el tribunal nacional debió plantear cuestión prejudicial y no lo hizo, ello no bastaría para apreciar una responsabilidad patrimonial pues sería necesario también acreditar que la falta de remisión prejudicial generó un incumplimiento del derecho comunitario del que se derivó un daño para el ciudadano.

Si el Tribunal de Justicia posteriormente, por el planteamiento de otra cuestión prejudicial o por la estimación de un recurso por incumplimiento, llegase a una interpretación del derecho comunitario diferente a la sostenida por el Tribunal que no planteó la cuestión prejudicial, quedaría acreditado que no planteó una cuestión debiendo hacerlo y que ello motivó la aplicación del derecho comunitario de forma incorrecta, lo que pudo generar daños al ciudadano. No debe olvidarse que la interpretación del derecho comunitario realizada por el Tribunal de Justicia tiene, como regla general, efectos «ex tunc», pero el problema en estos casos es que ya habría transcurrido el tiempo para poder ejercer la acción para reclamar la responsabilidad patrimonial.

Por ello se ha suscitado la duda de si para ejercitar la acción de resarcimiento o reparación sería necesario esperar al desenlace del recurso por incumplimiento que hubiese iniciado la Comisión contra dicho Estado miembro y si la existencia de dicho recurso por incumplimiento suspende el plazo para la interposición de la acción de reclamación de la responsabilidad patrimonial. La STJUE (Gran Sala) de 24 de marzo de 2009 (Asunto C-445/2006, *Danske Slagterier*) se planteó esta cuestión afirmando que «... Por lo que se refiere a la interrupción o a la suspensión del plazo de prescripción en el momento de interposición de un recurso por incumplimiento, de las consideraciones precedentes se desprende que incumbe a los Estados miembros regular este tipo de configuraciones procesales siempre y cuando se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

37. A este respecto, procede señalar que no se puede supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el Tribunal de Justicia haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable al Estado (véanse las sentencias, antes citadas, *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, apartados 94 a 96, y *Dillenkofer* y otros, apartado 28).

38. En efecto, la declaración de incumplimiento es un elemento determinante, pero no indispensable para comprobar que se cumple el requisito de que la violación del Derecho comunitario esté suficientemente caracterizada. Además, los derechos a favor de los particulares no pueden depender de la apreciación por parte de la Comisión de la oportunidad de actuar, con arreglo al artículo 226 CE, en contra de un Estado miembro, ni de que el Tribu-

nal de Justicia dicte una eventual sentencia en la que se declare el incumplimiento (véase la sentencia *Brasserie du pêcheur y Factortame*, antes citada, apartados 93 y 95).

39. Por tanto, un particular puede presentar una demanda de indemnización conforme a los procedimientos previstos a tal efecto por el Derecho nacional sin tener que esperar a que se dicte una sentencia que declare la infracción del Derecho comunitario por parte del Estado miembro. Por consiguiente, el hecho de que la interposición de un recurso por incumplimiento no produzca el efecto de interrumpir o de suspender el plazo de prescripción no hace imposible o excesivamente difícil el ejercicio por el justiciable de los derechos que le confiere el Derecho comunitario».

Otra forma de acreditar la existencia del error sería que el Tribunal Constitucional aprecie la vulneración del derecho a obtener tutela judicial efectiva por el no planteamiento de una cuestión prejudicial cuando debió hacerlo.

Este supuesto exige determinar si el Tribunal Constitucional, por vía del recurso de amparo, puede apreciar esta lesión.

El Tribunal Constitucional se venía mostrando reticente, considerando que «la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales es pues, una cuestión excluida del ámbito del recurso de amparo» al tratarse de «un puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, debe ser resuelto por los órganos judiciales en los litigios de que conozcan» (STC 49/1988). Jurisprudencia de la que se desprendía que el no planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación del derecho comunitario ante el Tribunal de Justicia era un tema de legalidad ordinaria, ajeno al recurso de amparo, y que bastaba para no entender vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que el tribunal motivase que no albergaba dudas sobre la interpretación de la normativa comunitaria invocada o sobre su inaplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio.

La situación descrita cambió con la sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004, de 19 de abril, al considerar que cuando «la decisión de inaplicar el Derecho interno (en ese caso una Ley autonómica) por su supuesta incompatibilidad con el Derecho comunitario sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea... en un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia —formada sobre la base del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversas Sentencias—, supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido, pues esta otra preterición del sistema de fuentes era absolutamente imprevisible para la demandante de amparo». En esta sentencia el Tribunal Constitucional, tras recordar su reiterada jurisprudencia en la que se afirmaba que la decisión de no plantear cuestión prejudicial «no implica per se la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento», afirma que «la anterior conclusión no es óbice para que, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada irremediabilmente la lesión del citado derecho fundamental».

Y ello lo fundamenta en la siguiente consideración: *«El eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador de Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías...»*. Y añade, *«por tanto, a este Tribunal no le corresponde resolver en el presente asunto si existía o no la pretendida contradicción entre la normativa interna y el Derecho comunitario que justificase la inaplicación de aquella en beneficio de ésta sino, única y exclusivamente, si el Juez español ha adoptado su decisión inaplicativa dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido y con todas las garantías (art. 24.2 CE; en sentido idéntico, pero con relación al principio de igualdad, STC 64/1991, de 22 marzo, FJ 4,a), o, por el contrario, estaba obligado previamente a plantear la cuestión prejudicial interpretativa prevista en el art. 234 TCE en orden a dejar inaplicado el Derecho español»*.

Y para ello razona, *«Debe tenerse en cuenta, al efecto, que la existencia o inexistencia de una duda —a los efectos ahora considerados— no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna. Por ello el criterio expuesto por el Tribunal Supremo, unido al de los restantes órganos judiciales que se pronunciaban de forma concurrente en contra de la incompatibilidad, debía sembrar (sobre quién podía entender lo contrario) la duda suficiente en la materia como para generar la obligación de, antes de inaplicar el derecho interno por su supuesta contradicción, plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE»*. Tal constatación le lleva a afirmar que el tribunal ordinario, en su actuación como juez comunitario, cometió un «exceso de jurisdicción» pues si la ley postconstitucional es contradictoria con el Derecho comunitario «sólo puede ser inaplicada, dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial del art. 234 TCE». También considera que esta forma de actuar vulnera el sistema de fuentes existente relativo al control de normas tanto por negarse a aplicar el 234 TCE.

Pero el Tribunal Constitucional fue mucho más lejos, y en la STC 194/2006, de 19 de junio, afirmó que ante la existencia de una contradicción entre una ley nacional vigente y una norma comunitaria el *«órgano judicial no podía dejar de aplicarla sin plantear, o bien cuestión de inconstitucionalidad, o bien cuestión prejudicial, si estimaba que la regulación establecida ... era contraria al Derecho comunitario, pues, conforme al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, "cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia"»*. Y añadía más adelante, *«Por otra parte (siempre que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria), el planteamiento de la cuestión prejudicial para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema*

de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad, al que están sometidas las actuaciones de la Administración (art. 103 CE) y de los Tribunales (art. 117.1 CE). Es más, en la medida en que la actuación de los Tribunales de Justicia no encuentra otro límite normativo que el constituido por las normas de rango legal, la sujeción y el respeto a este límite configuran la frontera de la competencia judicial en la cual el Juez encuentra su legitimidad democrática».

Esta doctrina era bastante perturbadora, pues si bien es cierto que el juez nacional no puede dejar de aplicar una ley postconstitucional cuando la considere contraria a la Constitución sin plantear una cuestión de inconstitucionalidad (el control constitucional concentrado así lo exige), la situación es radicalmente diferente cuando de lo que se trata es de inaplicar una ley nacional por su contradicción con el derecho comunitario. En este último caso, el juez nacional, si considera que la norma comunitaria es clara y está en abierta contradicción con la ley nacional, pero no resulta contraria a la Constitución, ni está obligado a plantear cuestión prejudicial porque no tiene dudas interpretativas de la norma comunitaria ni sobre su validez ni está obligado a plantear cuestión de inconstitucionalidad porque no se trata de apreciar una eventual contradicción entre la Ley y la Constitución.

El Tribunal Constitucional con esta doctrina situaba al juez en una encrucijada de difícil solución, pues, estando obligado a inaplicar la norma nacional cuando entrase en contradicción con una norma clara de derecho comunitario en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, en un correcto entendimiento del sistema de selección de fuentes para determinar la norma preferente aplicable al caso, el Tribunal Constitucional consideraba que precisamente se vulneraba el sistema de fuentes establecido si se inaplicaba directamente la norma nacional sin plantear una cuestión prejudicial de interpretación (no se sabe muy bien con qué contenido y respecto de qué duda interpretativa) o una cuestión de inconstitucionalidad (tampoco se sabe muy bien con qué contenido).

Esta doctrina implicaba, además, que el Tribunal Constitucional estaba dispuesto a ejercer un cierto control sobre la aplicación que los órganos judiciales ordinarios hacen del Derecho comunitario y revisar la suficiencia y/o la justificación de la claridad de la norma comunitaria que se aprecia por el tribunal ordinario, tanto para dejar de aplicar la norma nacional por el principio de primacía como para no plantear cuestión prejudicial de interpretación al TJUE.

Esta jurisprudencia se modificó en la STC 78/2010, de 20 de octubre. En ella, el Tribunal avoca el asunto a Pleno precisamente con la finalidad de «fijar nuestra doctrina sobre la cuestión prejudicial del Derecho comunitario, rectificando la que deriva de la STC 194/2006, de 19 de junio».

La sentencia, en esta ocasión, sí establece una distinción, cuando de la inaplicación de una norma legal postconstitucional se trate, entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial de derecho comunitario. La primera, como es lógico, resulta necesaria para dejar de aplicar una ley cuando se considera contraria a la Constitución. Pero cuando se trata de dejar de aplicar una ley por su contradicción con el derecho comunitario ya no establece la exigencia de acudir ni a la cuestión prejudicial comunitaria ni a la cuestión de

inconstitucionalidad. A tal efecto afirma: «*Distinto es el régimen jurídico de la cuestión prejudicial propia del Derecho comunitario, pues la obligación de plantearla desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 19991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81). Y es que para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria*».

Parece desprenderse que el juez nacional puede dejar de aplicar la ley nacional cuando resulte contraria al derecho comunitario si no tiene dudas interpretativas, ni existe jurisprudencia comunitaria contraria a su aplicación, y tan solo se vulneraría el artículo 24 de la Constitución, por infracción del sistema de selección de fuentes aplicables, cuando, conforme a los presupuestos fijados por la jurisprudencia comunitaria, estuviese obligado a plantearla. No queda claro, sin embargo, si el Tribunal Constitucional debería o no determinar si concurren o no los presupuestos para plantear la cuestión prejudicial comunitaria.

Recientemente en la STC 27/2013, de 11 de febrero, ha vuelto a plantearse el problema en un asunto en el que la Sala 3.º TS no planteó cuestión prejudicial si bien había razonado extensamente sobre la compatibilidad de la norma nacional que suscitaba la duda con la normativa comunitaria.

El TC aborda el problema en los siguientes términos: «... si el Tribunal Supremo manifestó que no tenía duda alguna sobre la interpretación de la normativa europea aplicable al caso, es claro que no existía la obligación de remitir ante la jurisdicción europea una cuestión de interpretación del Derecho comunitario que para el órgano sentenciador no existía, pues la jurisprudencia del Tribunal de Justicia excluye la necesidad de planteamiento del reenvío judicial en relación con los denominados “actos claros”. Determinar si el Tribunal Supremo interpretó correctamente el Derecho comunitario ... es una cuestión sobre la que este Tribunal, que no es una tercera instancia, según hemos declarado repetidamente, no puede en efecto pronunciarse, salvo que **la motivación judicial resultara irrazonable, arbitraria o incurra en error patente** (últimamente, por todas, STC 13/2012, de 30 de enero). Circunstancias que no concurren en el presente caso toda vez que la Sentencia impugnada se funda también en una interpretación razonable y motivada del régimen jurídico del planteamiento de la cuestión prejudicial, y que sigue además la propia doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia sobre el “acto claro”».

Parece deducirse que el TC está estableciendo que en los casos en que se aplica una norma interna sin plantear cuestión prejudicial el canon constitucional sería distinto de los

casos en que se inaplica una norma interna, ya que en aquel caso la vulneración del artículo 24 CE se produciría solo si la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial resultara irrazonable, arbitraria o incura en error patente.

Sobre este aspecto concreto se manifiesta un voto particular de la Excm. Sra. Asua Batarrita en el que se afirma que *«Por ello, la decisión de no planteamiento de la cuestión prejudicial solicitada en el proceso —en el presente caso por solicitud de la parte a la que se suma el Ministerio Fiscal— debe acompañarse de la explicación pertinente, so pena de incurrir en vulneración de la debida motivación y en la correspondiente afectación del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. Efectivamente cuando la decisión de no plantear la cuestión prejudicial es incorrecta, el órgano judicial se auto-atribuye la función hermenéutica en relación con el Derecho de la Unión desplazando la que genuinamente corresponde al Tribunal de Justicia; al arrogarse una competencia que no le corresponde, incurre en una arbitrariedad por infracción de las normas que delimitan la competencia del Tribunal de Justicia, pues el legislador competente ha querido sustraer al Juez ordinario de última instancia la posibilidad de interpretar el Derecho de la Unión. El problema constitucional no se ciñe, por tanto, a determinar si la resolución judicial adoptada constituye una aplicación arbitraria del Derecho, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente, con arreglo a nuestro canon ordinario ex art. 24 CE, porque este canon ordinario no es el aplicable a estos supuestos. Lo que se debe aquí examinar es si la decisión de no plantear la cuestión prejudicial ha sido acompañada de las garantías exigidas por el Tribunal de Justicia para excepcionar la obligación de planteamiento derivada del art. 267 TCE, es decir, la constatación de la claridad de la norma europea, la ausencia intersubjetiva de duda sobre su sentido, a fin de confirmar que se trata de un supuesto de “acto claro”. A este estricto parámetro de control debe circunscribirse nuestro enjuiciamiento.*

Y en este punto es donde no debe confundirse el objeto sobre el que se proyecta la valoración de lo que constituye “acto claro”, esa convicción intersubjetiva de que en absoluto cabe otra interpretación. En el presente recurso de amparo la claridad debe predicarse del carácter exhaustivo o no exhaustivo de la norma comunitaria al fijar los requisitos de la subvención en base a los elementos definidos en ella. Concretamente se trata de valorar si todos los órganos judiciales que aplican las normas europeas, incluido el propio Tribunal de Justicia, estarían de acuerdo en que una normativa interna puede completar y adicionar requisitos a aquellos fijados en la norma europea sobre la subvención agrícola en cuestión. Si no cupiera duda al respecto, estaríamos efectivamente ante un “acto claro”».

V. CONCLUSIONES

1.º El principio de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario también resulta aplicable a los casos en los que dicho incumplimiento sea imputable a las resoluciones de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia.

2.º La responsabilidad del Estado derivada de una violación del Derecho comunitario debida a la actuación de un órgano judicial solamente puede exigirse en el caso excep-

cional de que el juez haya infringido de manera «manifiesta» el Derecho aplicable, y para determinarlo se deberán tomar en consideración los elementos concretos de dicha reclamación, en especial los siguientes: el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, la posición adoptada, en su caso, por una institución comunitaria, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 TCE, párrafo tercero. Se considera que una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.

3.º Corresponde a los Estados miembros permitir a los interesados ejercitar este tipo de reclamaciones poniendo a su disposición una vía de Derecho adecuada. Las condiciones establecidas por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos.

4.º La vía adecuada en el derecho español para exigir la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario imputable a los Tribunales de Justicia es, con carácter general, la prevista en el art. 293 de la LOPJ, destinado a declarar la existencia de un «error judicial».

5.º Nuestro ordenamiento cumple, en general, y al margen de interpretaciones restrictivas que se puedan producir en supuestos concretos, las exigencias fijadas en las sentencias del TJUE. Existen, no obstante, determinados aspectos que será preciso revisar:

- a) El exceso de adjetivos que tienden a utilizarse, algunos de ellos tal vez exagerados, para calificar la naturaleza de la equivocación o infracción que se precisa para incurrir en error judicial.
- b) No se contempla como supuesto causante del error el desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia, exigencia que en lo referente a la jurisprudencia procedente del TJUE se advierte como necesaria en la consideración de lo que en definitiva puede constituir un error judicial por desconocimiento manifiesto del derecho comunitario que pueda dar lugar al resarcimiento por los daños y perjuicios causados.

6.º Los Tribunales españoles plantean pocas cuestiones prejudiciales de interpretación, lo que puede dar lugar al nacimiento de una responsabilidad patrimonial cuando el planteamiento sea necesario, y su pasividad pueda generar daños y perjuicios.

7.º El no planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación solo generará responsabilidad del Estado cuando sea posible demostrar que su planteamiento era necesario, utilizando los criterios fijados por la jurisprudencia del TJUE, y al no hacerlo se produjo una infracción de derecho comunitario que ha generado un daño.

La decisión de no plantearla incumbe al órgano judicial, lo que no genera automáticamente una infracción de derecho comunitario. Ello solo se produciría en aquellos supuestos más evidentes o cuando se declare un incumplimiento bien por vía de recurso por incumplimiento o por otras vías.

8.º El Tribunal Constitucional Español, en determinados supuestos, ha apreciado la vulneración de un derecho fundamental (tutela judicial efectiva, desconocimiento del sistema de fuentes) por el no planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJCE, pero la más reciente jurisprudencia ha considerado que ello solo se produciría cuando la interpretación del derecho comunitario que justificó el no planteamiento de una cuestión prejudicial se reputa irrazonable, arbitraria o incura en un error patente.

Cuestión prejudicial y política judicial

Javier Díez-Hochleitner Rodríguez

Sumario: I. Introducción. II. Supuestos en los que un Tribunal español puede verse inclinado a plantear la cuestión prejudicial. 1. El Tribunal de Justicia como posible aliado en la lucha contra normas nacionales consideradas injustas. 2. Planteamiento de cuestiones prejudiciales por los Tribunales de última instancia o por el Tribunal Constitucional ante el riesgo de que lo hagan órganos jurisdiccionales que discrepen de sus pronunciamientos. 3. El recurso a la cuestión prejudicial en los casos en que procede la inaplicación de una ley nacional por ser contraria al Derecho de la Unión. 4. Cuestión prejudicial *versus* cuestión de inconstitucionalidad. 5. El planteamiento de la cuestión prejudicial (por el Tribunal Supremo) ante el riesgo de una declaración de incumplimiento del Derecho de la UE por el TJUE. III. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

No estoy seguro de que pueda hablarse de la existencia en España de una política judicial en relación con la cuestión prejudicial ni, con carácter general, con la aplicación del Derecho de la UE.

Centrándonos en el Tribunal Supremo, no cabe duda de que son relativamente numerosos los pronunciamientos dictados por sus diferentes Salas en aplicación del Derecho de la UE que merecen ser criticados¹, particularmente por lo que se refiere al manejo que en ocasiones realizan de la llamada doctrina del acto claro². Pero si repasamos su actuación desde los primeros años de pertenencia de España a la UE, no cabe duda de que el balance es favorable porque, por una parte, el número de sentencias que aplican de manera impecable el Derecho comunitario es mayor que de resoluciones que no lo hacen y, por otra parte, se observa una evo-

¹ Véase mi trabajo «La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea en España», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo L, 2010, pp. 33-63 (en pp. 51 y ss.) y la bibliografía allí citada.

² Véase, *per omnia*, ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, Valencia, 2003 (en pp. 250 y ss.); SARMIENTO, D., «La cuestión prejudicial comunitaria y el Tribunal Supremo», en *España ante los Tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial* (S. Ripoll Carulla y J.I. Ugarte Mendia Eceizabarrena, dirs.), IVAP, Oñate, 2008 (en pp. 225 y ss.), y, del mismo autor, *La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis*, IDEIR, Working Paper núm. 13 (2013) (en pp. 2 y ss.).

lución de signo muy positivo en cuanto a la calidad técnica de las argumentaciones basadas en dicho ordenamiento³. En cualquier caso, no encontramos en las abundantes resoluciones en las que el Tribunal Supremo aplica o se refiere al Derecho comunitario elementos de los que queda deducir la existencia de una verdadera política judicial en la materia.

En realidad, dada su estructura, composición y funcionamiento, es difícil imaginar que el Tribunal Supremo pudiera llegar a sentar las bases de una política judicial en relación con el Derecho de la Unión. Otra cosa es si nuestro alto tribunal y, en general, el poder judicial no debiera adoptar medidas para asegurar la más alta calidad posible de sus resoluciones en los casos en que se ventilan cuestiones de Derecho comunitario.

Un reciente estudio de Juan Antonio Mayoral realiza un análisis empírico sobre la incidencia que tienen determinados factores políticos en la aplicación del Derecho europeo por el Tribunal Supremo, llegando a la conclusión, entre otras, de que es más sensible a las alegaciones de las instituciones políticas contrarias a la aplicación del ordenamiento comunitario que a las de otros actores, y que su actitud en relación con la aplicación de los Tratados y los actos adoptados por las instituciones de la UE varía en función del estado de la opinión pública a propósito del proceso de integración europea⁴. Pues bien, si así fuera, no creo que ello responda a ningún planteamiento de política judicial. En realidad, no creo que ningún órgano jurisdiccional pueda ser ajeno a las corrientes de opinión pública o a la defensa del interés general que llevan a cabo las instituciones políticas en el marco de cualquier procedimiento judicial en el que participan.

Partiendo de las anteriores premisas, en las páginas que siguen no haré otra cosa que intentar desarrollar algunas reflexiones sobre los motivos reales por los que los tribunales españoles deciden plantear cuestiones prejudiciales, teniendo en cuenta que incluso para los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia la obligación de acudir a ella se diluye en la práctica por la aplicación extensiva que hacen (es el caso del Tribunal Supremo) de la doctrina del acto claro. No referiremos en concreto a cinco supuestos.

II. SUPUESTOS EN LOS QUE UN TRIBUNAL ESPAÑOL PUEDE VERSE INCLINADO A PLANTEAR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

1. El Tribunal de Justicia como posible aliado en la lucha contra normas nacionales consideradas injustas

Son frecuentes los supuestos (sobre todo en los últimos tiempos) en los que los tribunales nacionales acuden al Tribunal de Justicia por vía prejudicial buscando en la interpretación que del Derecho de la UE éste pudiera realizar un fundamento —que no encuentran

³ Véase en este sentido mi trabajo «La aplicación judicial...», antes cit. (en pp. 41 y ss.).

⁴ MAYORAL DÍAZ-ASENSIO, J.A., «La politización de la aplicación judicial del Derecho europeo: un estudio del Tribunal Supremo español», *Rev. de Estudios Políticos*, núm. 161, 2013, pp. 117-141 (en pp. 119 y ss.).

en el Derecho español— para luchar contra normas nacionales que consideran injustas. Encontramos un ejemplo paradigmático en el Auto de planteamiento de varias cuestiones prejudiciales adoptado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona en 2011 que dio lugar a la célebre Sentencia del Tribunal europeo de 2013 en el asunto *Aziz*⁵. Como se recordará, en dicho asunto el Juzgado de Barcelona se preguntaba por la conformidad con la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁶, de la legislación española en materia de ejecuciones hipotecarias así como de determinadas cláusulas insertas en contratos de préstamos hipotecarios de larga duración sobre vencimiento anticipado, intereses de demora y mecanismos de liquidación⁷.

Pues bien, el Tribunal de Justicia confirmaba en su Sentencia la percepción del Juzgado de Barcelona en el sentido de que la referida legislación resultaba contraria a la Directiva 93/13, en la medida en que no contemplaba la posibilidad de formular en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato de préstamo⁸.

Además, la Sentencia ofrecía al juez argumentos que le permitían apreciar que las cláusulas contenidas en el contrato objeto del procedimiento declarativo facultando a la entidad prestamista a dar por vencido anticipadamente la totalidad del préstamo como consecuencia del impago de unas pocas mensualidades, así como a aplicar unos intereses moratorios del 18%, resultaban abusivas en el sentido y con las consecuencias previstas en la referida Directiva⁹.

La Sentencia en el asunto *Aziz* no resulta pacífica, como tampoco lo son, a mi juicio, el tenor y alcance de las cuestiones planteadas por el juez nacional (con independencia del juicio que nos mereciera la legislación comentada y cláusulas contractuales como las consideradas en ella).

La Sentencia del Tribunal de Justicia evidencia la deriva de la cuestión prejudicial, en tanto que instrumento de auxilio a los tribunales nacionales en la interpretación del Derecho de la Unión, hacia un procedimiento encubierto de enjuiciamiento de la conformidad de las normas nacionales con dicho ordenamiento, fenómeno que ha sido debidamente puesto de relieve por la mejor doctrina¹⁰. Es verdad que esta deriva resulta inevitable cuando el objeto

⁵ STJUE de 14 de marzo de 2013 (as. C- 415/11). Véase GONZÁLEZ CLAVIJO, J.R., «Comentarios sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Mohamed Aziz-Catalunyacaixa)», en *Rev. General de Derecho Europeo* (revista electrónica de Iustel), núm. 30, 2013.

⁶ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (DOUE L 95, de 21 de abril de 1993).

⁷ Párrs. 18 y ss. de la Sentencia, cit.

⁸ Párrs. 43 y ss. de la Sentencia, cit.

⁹ Párrs. 65 y ss. de la Sentencia, cit.

¹⁰ Véase ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 3.ª ed., Madrid, 2012 (en p. 247) y, del mismo autor, *Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)*, IDEIR, *Working Paper* núm. 4 (2011) (en pp. 14-15).

de la cuestión prejudicial no es otro que una razonable duda interpretativa sobre el sentido y alcance de una norma comunitaria aplicable al litigio que pudiera exigir la inaplicabilidad al mismo de una norma nacional.

Pero, en el asunto *Aziz* cabe preguntarse si acaso el juez español no estaba en buena medida trasladando al Tribunal de Luxemburgo el enjuiciamiento del litigio principal y si éste no fue demasiado lejos en su pronunciamiento al manifestarse de hecho sobre la falta de conformidad de la legislación hipotecaria española y de las cláusulas contractuales consideradas con la Directiva 93/13, cuestiones que correspondía apreciar al juez nacional a la luz de las indicaciones que aquél pudiera ofrecerle sobre el alcance de la Directiva. Más aún, ni el juez español ni el Tribunal de Justicia se plantearon en este asunto si resultaba posible invocar la Directiva 93/13 por cuanto estaban en juego relaciones entre particulares.

También nos preguntamos si las cuestiones prejudiciales resultaban admisibles, pues, por una parte, fueron planteadas por el juez que conocía del juicio declarativo y no del procedimiento de ejecución hipotecaria y, por otra, la sentencia prejudicial habría de llegar inevitablemente demasiado tarde en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria. Este hecho (innegable) llevaría al Tribunal a pronunciarse sobre una cuestión no planteada en el Auto de remisión de la cuestión prejudicial, a saber, si el juez ante el que se sustanciaba el proceso declarativo podía adoptar medidas cautelares en relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria. La respuesta positiva del TJUE a esta cuestión¹¹ trajo aparejado un deslizamiento del litigio principal hacia un escenario nuevo (y, claro está, una intromisión indebida del TJUE en él).

El asunto *Aziz* no constituye un caso aislado. Baste con mencionar un reciente Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander¹² en el que, entre otras cuestiones, se pregunta al Tribunal de Justicia si, de conformidad con la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, cuando el juez nacional aprecia que una cláusula sobre intereses moratorios en un contrato de préstamo hipotecario es abusiva (y, por lo tanto, nula) debe extraer como consecuencia la inaplicabilidad de cualquier tipo de interés moratorio, incluido el que pueda resultar de la aplicación supletoria del tipo máximo previsto en la Ley 1/2013, aprobada tras la Sentencia en el asunto *Aziz*¹³.

Recuérdese que, con arreglo al artículo 3 de esta Ley, «Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago», y que su Disposición transitoria segunda prevé que dicha limitación sea de aplicación a «los préstamos constitui-

¹¹ Párr. 62 de la Sentencia, cit.

¹² Auto de 19 de noviembre de 2013 en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 484/2013/2 (localizado a través de Google).

¹³ Asunto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (as. C-602/13), pendiente (DOUE C 31, de 1 de febrero de 2014).

dos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos»¹⁴.

Más aún, el juez de Santander llega incluso a preguntar al TJUE «si la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013 debe interpretarse en el sentido de que no puede constituirse en obstáculo a la protección del interés del consumidor». Todo vale cuando media una causa justa, ¿o no?

Los dos casos mencionados no son comparables, a mi juicio, con otros en los que órganos jurisdiccionales españoles han reconocido plena eficacia a Directivas comunitarias en conflictos *inter privados*, no tanto en su afán por combatir una legislación nacional que no ofrecía suficiente protección al consumidor sino debido (al menos eso parece) a un inadecuado manejo de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Cabe en este sentido mencionar toda una serie de Sentencias pronunciadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo a finales de los noventa en las que, tras invocar «la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» (sin más precisiones) se afirma que, tras la expiración de su plazo de transposición, las Directivas producen «el efecto vertical» y «también el efecto horizontal»¹⁵.

2. Planteamiento de cuestiones prejudiciales por los Tribunales de última instancia o por el Tribunal Constitucional ante el riesgo de que lo hagan órganos jurisdiccionales que discrepen de sus pronunciamientos

Para ilustrar el supuesto que quiero plantear, recordaré la Sentencia del TJUE de 2011 en el asunto *Landtovà*, dictada a resultas de una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo checo. El Tribunal Constitucional checo había afirmado que, con arreglo al derecho a una seguridad material adecuada en la vejez, consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales y Libertades Básicas de la República Checa, debía garantizarse a todo nacional checo la percepción de una pensión de jubilación por importe equivalente al importe superior que le correspondería con arreglo a la legislación nacional, solución que consideraba compatible con el artículo 20 del Acuerdo de escisión entre la República Checa y la República Eslovaca, que dispone que «los periodos de seguro cubiertos antes del día de la escisión se considerarán periodos de seguro cubiertos en el Estado en cuyo territorio tuviera el empleador su sede». Sin embargo, el Tribunal Supremo checo estimó que esta jurisprudencia

¹⁴ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, de reestructuración de deuda y alquiler social; véase PÉREZ-PUJAZÓN, M.E. y MOYA, A.J., «Nueva normativa de protección de deudores hipotecarios», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 35, 2013, pp. 62 y ss.

¹⁵ Véanse las SSTs, Sala 1.ª, de 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996\7954), de 5 de julio de 1997 (RJ 97/6151) y de 20 de febrero de 1998 (RJ 98/604). Son numerosos los comentarios críticos a estas Sentencias, entre los que mencionaremos los siguientes: ALONSO GARCÍA, R., *El juez español...*, *ob. cit.* (en pp. 144 y ss.); PAYA HURTADO, A.S., «Los efectos de las Directivas comunitarias. Una visión crítica de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996», *La Ley*, núm. 4317, 1997 (en pp. 1 y ss.); y mi trabajo «La aplicación judicial...», *ob. cit.* (en p. 51).

podía resultar contraria al Reglamento 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad a los trabajadores que se desplazan por la Comunidad, y se dirigió por ello al TJUE, que confirmó que aquélla no era compatible con el principio de no discriminación consagrado en dicho Reglamento¹⁶.

La sentencia del TJUE en el asunto *Landtovà* provocó a su vez una dura reacción por parte del Tribunal Constitucional checo que, en el marco de un recurso de queja constitucional contra la aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia por los órganos jurisdiccionales nacionales, declaró en una sentencia de principios de 2012 que el pronunciamiento del Tribunal europeo había comportado una extralimitación de los poderes transferidos por la República Checa a la UE con fundamento en el artículo 10a de su Constitución¹⁷.

Pues bien, tras la sentencia del Tribunal Constitucional declarando que el Tribunal de Justicia había actuado *ultra vires*, el Tribunal Supremo checo volvió a dirigirse por vía prejudicial a aquél preguntándole, entre otras cosas, si con arreglo al Derecho de la UE debía apartarse de la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en la medida en que «no parezca conforme con el Derecho de la Unión Europea tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea»¹⁸. La petición de cuestión prejudicial fue finalmente retirada por el Tribunal Supremo checo en enero de 2013 y, por consiguiente, archivada por el TJUE¹⁹.

En España no se ha dado —afortunadamente— un caso similar al que se produjo en la República Checa con el asunto *Landtovà*. Sin embargo, la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional en el asunto *Melloni* responde, al menos en parte, al temor de que la jurisdicción (en concreto, la Audiencia Nacional) pudiera llegar a cuestionar ante el TJUE su doctrina, según ha señalado el propio Presidente del Tribunal²⁰.

Recordemos que el Tribunal Constitucional había venido sosteniendo que la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la ejecución de una orden europea de deten-

¹⁶ STJ de 22 de junio de 2011 (as. C-399/09), párrs. 41 ss.

¹⁷ Sentencia de 31 de enero de 2012 (Pl. ÚS 5/12: *Slovak Pensions*), en la que el Tribunal Constitucional checo concluye a este respecto que «Due to the foregoing, European law, i.e. Regulation (EEC) No 1408/71 of the Council of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons, self-employed persons, and members of their families moving within the Community, cannot be applied to entitlements of citizens of the Czech Republic arising from social security until 31 December 1992; and, based on the principles explicitly stated by the Constitutional Court in judgment file no. Pl. ÚS 18/09 [sentencia del propio Tribunal relativa al Tratado de Lisboa], we cannot do otherwise than state, in connection with the effects of ECJ judgment of 22 June 2011, C-399/09 on analogous cases, that in that case there were excesses on the part of a European Union body, that a situation occurred in which an act by a European body exceeded the powers that the Czech Republic transferred to the European Union under Art. 10a of the Constitution; this exceeded the scope of the transferred powers, and was *ultra vires*» (apdo. VII de la sentencia).

¹⁸ Cuestión prejudicial planteada el 24 de mayo de 2012 en el asunto *J.S.* (as. C-253/12; DOUE C 273, de 8.9.2012).

¹⁹ Auto de 27 de marzo de 2013 del Presidente de la Sala Primera del TJ en el asunto *J.S.*, antes cit.

²⁰ SALA SÁNCHEZ, P., «La prejudicialidad en la Unión Europea. La perspectiva del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional españoles», en *Recent Trends in the Case Law of the Court of Justice of the European Union (2008-2011)* (J. Díez-Hochleitner et al., dirs.), Madrid, 2012, pp. 53-79 (en p. 75).

ción y entrega para dar cumplimiento a una condena por delito muy grave dictada en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarla para salvaguardar sus derechos de defensa, constituye una vulneración «indirecta» del derecho a un proceso con todas las garantías y, en particular, del derecho a la defensa²¹. Y en aplicación de dicha doctrina, en su Sentencia 199/2009 había llegado a rechazar la argumentación de la Audiencia Nacional según la cual en el caso considerado no se había producido una condena en rebeldía por cuanto el recurrente había concedido apoderamiento a un abogado que compareció en el juicio²², siendo así que ya había entrado en vigor la Decisión Marco 2009/299/JAI, por la que se modificó la Decisión Marco 2002/584/JAI reguladora de la euroorden. Dicha Decisión Marco introdujo un nuevo artículo 4 bis que impide denegar la ejecución de la orden cuando, teniendo conocimiento de la celebración del juicio, el imputado hubiera dado «mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio (la Decisión Marco permitía no obstante postergar la adaptación del ordenamiento interno a sus disposiciones hasta el 28 de marzo de 2011).

Las discrepancias internas que tuvo que superar al pronunciar la sentencia 199/2009²³ y la reflexión a que ésta dio lugar explican un cambio de actitud por parte del TC en el asunto *Melloni*. Ante un caso análogo al que fuera objeto de aquella sentencia, el TC decidió en este asunto dirigirse por vía prejudicial al Tribunal de Justicia solicitando, entre otras cuestiones, que se pronunciara sobre la validez del artículo 4 bis de la Decisión Marco a la luz de los artículos 47 (derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo) y 48 (derechos de la defensa) de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Pues bien, en su Sentencia del pasado 23 de febrero de 2013, el Tribunal europeo descarta la invalidez del precepto, advirtiendo que, tal y como lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho del acusado a comparecer en juicio no es un derecho absoluto y, en particular, que no se vulnera cuando el interesado no ha comparecido habiendo sido informado de la fecha y del lugar del juicio o ha sido defendido

²¹ Esta doctrina fue establecida por el TC en relación con los supuestos de extradición en su Sentencia 91/2000, de 30 de marzo, partiendo de la consideración de que el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del «contenido absoluto» del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución y que, como tal, despliega efectos *ad extra* (en el marco de los procesos de extradición) (FJ 14), y fue posteriormente extendida al sistema europeo de detención y entrega en la STC 177/2006, de 5 de junio (FJ 5).

²² STC 199/2009, de 28 de septiembre, FJ 3.

²³ La STC 199/2009, antes cit., fue objeto de votos discrepantes por parte de los Magistrados J. Rodríguez-Zapata y P. Pérez Tremps; para un análisis crítico de esta Sentencia, véase IZQUIERDO SANS, C., «Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción española (en materia de derechos fundamentales)», *Rev. Española de Derecho Europeo*, núm. 34, 2010, pp. 193-233 (en pp. 213 y ss.), y TORRES PÉREZ, A., «Euroorden y conflictos constitucionales: a propósito de la STC 199/2009, de 28.9.2009», *ibid.*, núm. 35, 2010, pp. 441-471. Recuérdese que la STC 91/2000, también cit., fue igualmente objeto de votos particulares del Presidente P. Cruz Villalón y del Magistrado M. Jiménez de Parga (a este último se adhirió R. de Mendizábal y V. Conde).

por un letrado al que hubiera conferido mandato a tal efecto²⁴. El TJUE añadiría, además, que el artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE no puede interpretarse en el sentido de que un Estado miembro pueda mantener su propio estándar de protección de los derechos considerados en supuestos en los que, como ocurre con la Decisión Marco 2009/299, la UE ha establecido un nivel uniforme de protección de los mismos para todo el territorio comunitario.

A fecha de cierre de este trabajo, el Tribunal Constitucional no ha dictado aún resolución en el asunto *Melloni*, pero todo parece apuntar a que pronunciará sentencia desestimatoria, salvando así posibles futuros conflictos derivados de eventuales reenvíos prejudiciales al TJUE por parte de la Audiencia Nacional.

3. El recurso a la cuestión prejudicial en los casos en que procede la inaplicación de una ley nacional por ser contraria al Derecho de la Unión

En una Sentencia de 17 de julio de 2009, la Sala Tercera del Tribunal Supremo afirmó que resulta necesario plantear cuestión prejudicial ante el TJUE para proceder a la inaplicación de una ley por ser contraria al Derecho de la Unión²⁵. En concreto, el Tribunal Supremo apreciaba una posible incompatibilidad entre el RD-Ley sobre comercio de derechos de emisión²⁶ y la Directiva 2003/87²⁷ sobre la misma materia (incompatibilidad que finalmente descartó).

Poco más de un año después, el Tribunal de Justicia pronunciaría su célebre Sentencia prejudicial en el asunto *Kücükdeveci*, en la que tuvo que responder precisamente a la pregunta planteada por un juez alemán de si para poder dejar sin aplicación una normativa nacional que estima contraria al Derecho de la Unión debe previamente –«con el fin de garantizar la protección de la confianza legítima de los justiciables»– someter la cuestión al Tribunal al amparo del artículo 267 TFUE, para que éste confirme la incompatibilidad de dicha normativa con el Derecho de la Unión. En su Sentencia, la Gran Sala del Tribunal explicaría que, de acuerdo con la resolución de remisión, la cuestión venía motivada por el hecho de que, con arreglo al Derecho alemán, el órgano jurisdiccional remitente no puede abstenerse de aplicar una disposición vigente de la legislación nacional sin que dicha dispo-

²⁴ El TJ toma como parámetro de enjuiciamiento la jurisprudencia pertinente del TEDH relativa a los apartados 1 y 3 del artículo 6 del CEDH, en particular, su Sentencia de 1 de marzo de 2006 en el asunto *Sejdovic c. Italia* (núm. 56581/00), ampliamente citada en el propio Auto de remisión del TC. Véase mi trabajo «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?», en *Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 57-108 (también publicado por el IDEIR como *Working Paper* núm. 17 (2013), disponible en: www.ucm.es/centros/webs/iu5121/).

²⁵ STS, Sala 3.ª, de 17 de julio de 2009 (RJ 2010\518), FJ 7.

²⁶ Real Decreto-ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (BOE de 28 de agosto de 2004).

²⁷ Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo (DOUE L 275, de 25 de octubre de 2003).

sición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal²⁸. En estas circunstancias, la Sentencia afirmarí que:

«La facultad [...] reconocida al juez nacional por el artículo 267 TFUE, párrafo segundo, de solicitar una interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia antes de dejar sin aplicación la disposición nacional contraria al Derecho de la Unión no puede, sin embargo, transformarse en una obligación por el hecho de que el Derecho nacional no permita a dicho juez abstenerse de aplicar una disposición nacional que estime contraria a la Constitución sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En efecto, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión [...] una normativa nacional contraria que esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión debe dejarse sin aplicación [...]».²⁹

La Sentencia del Tribunal Supremo basó su pronunciamiento en la Sentencia 194/2006 del Tribunal Constitucional, que estimó un recurso de amparo contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 2004 por haber inaplicado la Ley 20/1981 reguladora del Impuesto general indirecto canario al resultar contraria, a juicio de este último tribunal, a la Sexta Directiva reguladora del IVA, sin haber planteado cuestión prejudicial³⁰. Debe advertirse, sin embargo, que el TSJ estimó la existencia de dicha contradicción normativa tomando como fundamento la jurisprudencia del TJUE relativa a la Sexta Directiva, a pesar de no ser ésta aplicable a Canarias y, por lo tanto, no estar en el origen de la Ley canaria. Creo por ello que se había producido por ello una vulneración del sistema de fuentes que vulneraba el artículo 24 de la Constitución. Pero la Sentencia del Tribunal Constitucional se prestaba sin duda a la interpretación que de él hizo el Tribunal Supremo.

La solución dada por el Tribunal Supremo contrastaba en todo caso con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 58/2004, confirmada posteriormente en su Sentencia 78/2010. La Sentencia 58/2004 se dictó en el marco de un recurso de amparo contra una Sentencia del TSJ de Cataluña que consideró contraria al artículo 33 de la Sexta Directiva sobre el IVA la tasa fiscal sobre el juego establecida en la Ley 5/1990, apartándose de pronunciamientos anteriores de otros órganos jurisdiccionales españoles, incluida una Sentencia del Tribunal Supremo de 1998 que, basándose en la Sentencia del TJUE de 1997 en el asunto *Careda*³¹, había descartado que se produjera tal contradicción. Pues bien, de la STC 58/2004 —al igual que de la posterior STC 78/2010— se desprende que se produce una indebida alteración del sistema de fuentes, contraria al artículo 24 de la Constitución, cuando un órgano jurisdiccional inaplica una ley por considerarla contraria

²⁸ STJUE de 19 de enero de 2010 (as. C-555/07), párrs. 44 y 52.

²⁹ Párr. 54 de la Sentencia.

³⁰ STC 194/2006, de 19 de junio, FJ 5.

³¹ STJUE de 26 de junio de 1997 (as. ac. C-370/95, C-371/95 y C-372/95).

al Derecho de la UE siendo exigible, conforme a este último ordenamiento, el planteamiento de la cuestión prejudicial³². En el supuesto objeto de la dicha Sentencia del TC, el planteamiento de la cuestión prejudicial resultaba inequívocamente necesario por cuanto el TSJ de Cataluña pretendía apartarse —y así lo hizo— de la propia jurisprudencia del TJUE.

El error —evidente, a mi juicio— en que incurrió el TSJ de Cataluña no empaña su prestigio como órgano de garantía del Derecho de la UE, pues no cabe olvidar su impecable actuación y, más aun, su dominio de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo en otros asuntos. Baste recordar, entre otras, la Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 de abril de 2004 relativa a la regulación del impuesto sobre actos jurídicos documentados³³.

También erró el Tribunal Supremo en una Sentencia de su Sala Tercera de 2012 cuando, a propósito de un recurso contra una liquidación complementaria en concepto de tasa de reserva del dominio público radioeléctrico, sostuvo que sólo cabe la inaplicación de una ley por infracción del Derecho comunitario si la infracción es «palmaria»³⁴; y, sin embargo, son muchas las Sentencias de esa Sala en las que —superada una primera etapa en la que negaba la aplicación preferente del Derecho comunitario frente a leyes contrarias por carecer la jurisdicción de competencia para realizar un control de validez de las leyes³⁵— se ha demostrado pleno respeto del principio de primacía del Derecho de la UE tal y como ha sido configurado por el Tribunal europeo.

Para concluir este epígrafe, quiero señalar que, aun cuando no cabe en modo alguno supeditar la inaplicación de ninguna norma nacional (por ser contraria al Derecho de la Unión) al planteamiento previo de una cuestión prejudicial de interpretación, la inaplicación de una norma de rango legal requiere, a mi juicio, una aplicación rigurosa de la doctrina del acto claro así como del acto aclarado. En juego está la confianza legítima de los justiciables en la conformidad de la acción del legislador con el ordenamiento comunitario.

En relación con la doctrina del acto aclarado, quiero además advertir de los riesgos en los que puede incurrir un tribunal nacional cuando extrapola la doctrina sentada por el TJUE a supuestos que no han sido específicamente contemplados en sus pronunciamientos, riesgos de los que da cuenta alguna de las Sentencias del Tribunal Supremo referidas en este trabajo.

No cabe duda de que, a partir de su sentencia en el asunto *Da Costa*, el TJUE ha reconocido efectos *erga omnes* a sus pronunciamientos prejudiciales, llegando en consecuencia a

³² SSTC 58/2004, de 19 de abril, FJ 14, y 78/2010, de 20 de octubre, FJ 2. En relación con estas Sentencias y la STC 194/2006, antes cit., véase ALONSO GARCÍA, R., *Cuestión prejudicial europea...*, *ob. cit.* (en pp. 2 ss.).

³³ JT 1994/468.

³⁴ STS, Sala 3.º, de 12 de abril de 2012 (RJ 2012\5187), FJ 4; véase en contra el voto particular del Magistrado G. Huelin (Fund. 3.º, apdo. B), así como el trabajo de SARMIENTO, D., «La aplicación...», *ob. cit.* (en pp. 6 y ss.).

³⁵ Tal es el caso, por ejemplo, de dos SSTS, Sala 3.º, de 8 de octubre de 1992 (RJ 1992\8462) y de 3 de octubre de 1994 (RJ 1994\7558), superadas por otros pronunciamientos posteriores de la misma Sala, tales como una Sentencia de 1 de octubre de 2003 (RJ 2003\7569) y otra de 7 de octubre de 2005 (RJ 2005\7586).

afirmar que la obligación que incumbe a los órganos jurisdiccionales que se pronuncian en última instancia de plantear cuestión prejudicial, de conformidad con el actual artículo 267 del TFUE, decae cuando «la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo»³⁶. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales deben ser sumamente prudentes cuando se enfrentan a un litigio que presenta similitudes con los que dieron lugar a cuestiones prejudiciales previas, pero que plantea cuestiones jurídicas que no son idénticas a las resueltas por el TJUE.

Para ilustrar este problema, me referiré a la Sentencia del TJUE de 2013 en el asunto *Daiichi*³⁷. El litigio principal tenía por objeto una patente nacional griega que, como consecuencia de la legislación griega vigente en el momento de su otorgamiento y de la reserva griega al Convenio de Múnich de 1973 sobre la patente europea, fue concedida sólo para el procedimiento de fabricación de un compuesto farmacéutico, pero no para el compuesto en sí mismo. Y la cuestión jurídica planteada por el tribunal griego no fue otra que determinar si, tras su entrada en vigor, la sola aplicación del artículo 70.2 del Acuerdo sobre ciertos aspectos de los derechos de propiedad relacionados con el comercio (ADPIC), anejo al Acuerdo por el que se constituye la OMC, comportaba, sin más, la extensión de la protección conferida por dicha patente al producto farmacéutico como tal.

Pues bien, tras la Sentencia *Daiichi* se han entablado diversas acciones ante los tribunales españoles pretendiendo que el fallo del TJUE exige revisar la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa a los efectos que la ratificación por España del ADPIC tuvo sobre las patentes europeas solicitadas antes de la expiración de la reserva española al Convenio de Múnich, cuya protección alcanzaba no sólo el procedimiento de fabricación de un producto farmacéutico, sino igualmente el producto como tal³⁸. Pues bien, como ha puesto de relieve recientemente la Sala Tercera del TS, a pesar de su aparente similitud, tanto el supuesto de hecho como la cuestión jurídica considerados en la Sentencia *Daiichi* son ajenos a la referida jurisprudencia³⁹.

4. Cuestión prejudicial versus cuestión de inconstitucionalidad

En su Sentencia de 2010 en el asunto *Melki*, el Tribunal de Justicia consideró, a propósito de la Ley francesa 2009-1523, que no resulta conforme al Derecho de la Unión y, en concreto, al principio de primacía, una legislación nacional que establezca la obligación para los jueces y tribunales nacionales de dar prioridad a la cuestión de si una ley es contraria a la Constitución —y, por tanto, al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el *Conseil*

³⁶ STJUE de 27 de marzo de 1963 (as. ac. 28/62, 29/62 y 30/62), párr. 6.

³⁷ STJUE (Gran Sala) de 18 de julio de 2013 (as. C-414/11).

³⁸ SSTs, Sala de lo Civil, núm. 309/2011, de 10 de mayo (RJ\2011\3853); núm. 766/2011, de 11 de noviembre (RJ\2012\3367), núm. 631/2012, de 26 de octubre (RJ\2012\9728); y núm. 719/2012, de 5 de diciembre (RJ\2013\199).

³⁹ ATS 257/2014, de 17 de enero de 2014, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª).

Constitutionnel français— sobre su posible incompatibilidad con el Derecho de la UE. El Tribunal dejaba no obstante a salvo una legislación en tal sentido si cumple con las siguientes condiciones: (i) que los tribunales nacionales puedan «plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad»; (ii) que estén facultados para «adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión»; y, claro está, (iii) que puedan «dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión»⁴⁰.

Pues bien, a la luz de esta (matizada) doctrina del Tribunal europeo, cabe preguntarse si, en ausencia de regulación nacional en la materia, cuando un juez o tribunal español duda de la compatibilidad de una ley aplicable al caso tanto con la Constitución como con el Derecho comunitario, procede que acuda antes al Tribunal Constitucional o al Tribunal de Justicia. La respuesta no es sencilla.

Si la disconformidad con el Derecho de la Unión es suficientemente clara, considero que resultaría ocioso (incluso contrario a las exigencias de una buena administración de justicia) acudir a uno y a otro tribunal. A este respecto, huelga recordar que, aun tratándose de un tribunal que resuelve en última instancia, la consulta a Luxemburgo sería prescindible en virtud de la doctrina del acto claro. Por otra parte, ¿qué finalidad tendría la cuestión de inconstitucionalidad si en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario el órgano jurisdiccional debería en todo caso dejar inaplicada la ley, por su propia autoridad? El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no haría sino retrasar la resolución del litigio.

A mayor abundamiento, cabría esgrimir que la cuestión de inconstitucionalidad no sería procedente pues, de acuerdo con el artículo 163 de la Constitución, el órgano jurisdiccional debe plantearla cuando considere «que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución», siendo así que, de acuerdo con la jurisprudencia *Simmenthal*, la ley no sería «aplicable al caso»⁴¹.

La situación es distinta cuando lo que se plantea es la posible inconstitucionalidad de una ley de mera transposición de una Directiva comunitaria y el juez o tribunal duda, por los mismos motivos, de la propia validez de la Directiva. En relación con este supuesto, la Sentencia *Melki* nos indica claramente que procede plantear previamente la correspondiente cuestión prejudicial de validez:

«Antes de que pueda efectuarse el control con carácter incidental de la constitucionalidad de una ley cuyo contenido se limite a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la Unión, en relación con los mis-

⁴⁰ STJUE de 22 de junio de 2010 (as. ac. C-188-10 y C-189/10), párr. 57.

⁴¹ Véase en este sentido FERRERES COMELLA, V., «El problema del “doble vicio” en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso *Melki*», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 28, 2011, pp. 57-61 (en pp. 60-61).

mos motivos que afectan a la validez de una directiva, los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están, en principio, obligados en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, a preguntar al Tribunal de Justicia sobre la validez de dicha directiva, y a deducir a continuación las consecuencias que deriven de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial, salvo que el mismo órgano jurisdiccional que promueva el control de constitucionalidad con carácter incidental haya planteado esa cuestión al Tribunal de Justicia con fundamento en el párrafo segundo del citado artículo. En efecto, cuando se trata de una ley nacional para la adaptación del Derecho interno que tenga ese contenido, la cuestión de si la directiva es válida tiene carácter previo respecto a la obligación de adaptación a ésta»⁴².

Ahora bien, ¿qué decir si la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la ley no puede resolverse en aplicación de la doctrina del acto (por cuanto la norma comunitaria se presta a interpretaciones diversas) —ni, por supuesto, de la doctrina del acto aclarado— y el tribunal no alcanza a realizar un juicio positivo en relación con su constitucionalidad? En este supuesto, no cabe duda que sería exigible tanto el planteamiento de la cuestión prejudicial si se tratara de un tribunal que resuelve en última instancia (ex artículo 267 del TFUE) como de una cuestión de inconstitucionalidad (ex artículo 163 de la Constitución). Pero, ¿en qué orden?

A esta situación se podría ver enfrentado el Tribunal Constitucional ante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional 57 de la Ley 10/2012 de Canarias, de presupuestos generales, que previó una reducción de la jornada de trabajo de los funcionarios interinos y del personal laboral, indefinido y temporal⁴³, en la medida en que también cabría cuestionar su conformidad con la Directiva 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada⁴⁴. De hecho, ya lo estuvo en el pasado en el marco de un recurso de amparo en el que se dilucidaba si el antiguo artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores era o no conforme con el artículo 14 de la Constitución, asunto al que nos referiremos más tarde.

Cabría sostener que también en este caso procede plantear antes la cuestión prejudicial en virtud del artículo 163 de la Constitución. Sin embargo, me pregunto en qué situación quedaría el justiciable si, descartada la incompatibilidad de la ley con el Derecho de la Unión tras pronunciar el TJUE su sentencia prejudicial (tras 15,7 meses de media en 2012⁴⁵), subsiste la duda sobre su constitucionalidad. Claro que en peor situación se encontraría si,

⁴² Párr. 56 de la Sentencia.

⁴³ Según noticias de prensa (véase en: <http://www.canariasahora.es/articulo/tribunales/justicia-suspende-sentencia-reduccion-salarial/20131127193355419569.html>).

⁴⁴ Así lo ha hecho el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Santa Cruz de Tenerife (véase noticia de prensa en: <http://www.laprovincia.es/canarias/2013/11/06/gobierno-tendra-devolver-salarios-atrasados/569221.html>).

Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (DOUE L 175, de 10 de julio de 1999).

⁴⁵ TJUE: *Informe anual 2012* (en p. 108).

descartada su inconstitucionalidad, sigue pendiente el problema de su posible inaplicabilidad por ser eventualmente contraria al Derecho comunitario —cuestión que no habrá resuelto el Tribunal Constitucional, al no ser el Derecho de la UE canon de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes en España⁴⁶—, pues el tiempo medio que emplea el TC para resolver es muy superior.

Ciertamente la opción por la cuestión prejudicial con carácter prioritario sobre la cuestión de inconstitucionalidad no debería venir determinada por los tiempos en juego, sino por consideraciones de carácter jurídico. Pues bien, a este respecto no cabe partir de la suposición de que, cuando están en juego derechos fundamentales, el estándar de protección que ofrece el Tribunal Constitucional es más elevado⁴⁷. Baste recordar el conjunto de Sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia a partir de 2002 considerando contrario al principio de igualdad, tal y como se configura en la Directiva 80/987, relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario⁴⁸, el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores (en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 43/2006), al excluir de la cobertura del FOGASA las deudas salariales de los empresarios declarados insolventes que hubieran sido reconocidas en virtud de pacto o conciliación⁴⁹. Un precepto cuya constitucionalidad a la luz del artículo 14 de la Constitución no había cuestionado el TC en su Sentencia 306/1993⁵⁰.

Con todo, creo que el planteamiento previo de la cuestión prejudicial ante el TJUE debiera ser preferible pues resulta difícil (que no imposible) imaginar la conformidad con el Derecho de la UE de una ley contraria a la Constitución. No hemos de olvidar que, en virtud de los artículos 4.2 y 6 del Tratado de la Unión Europea, el Derecho de la UE ha incorporado como parámetro de validez de los actos de la Unión las pretensiones de validez propias de las Constituciones de los Estados miembros⁵¹.

5. El planteamiento de la cuestión prejudicial (por el Tribunal Supremo) ante el riesgo de una declaración de incumplimiento del Derecho de la UE por el TJUE

Una Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2003 declaraba que los servicios prestados por los Registradores de la Propiedad a las Comunidades Autónomas como liquidadores de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados no estaban sujetos al IVA y llegó a esta conclusión sin

⁴⁶ STC 28/91, de 14 de febrero, FJ 5.

⁴⁷ Véase a este respecto IZQUIERDO SANS, C., «Conflictos entre la jurisdicción comunitaria...», *ob. cit.* (en pp. 206 y ss.).

⁴⁸ Directiva 80/987, de 20 de octubre de 1980 (DOUE L 283, de 28 de octubre de 1980).

⁴⁹ SSTJUE de 12 de diciembre de 2002 en el asunto *Rodríguez Caballero* (as. C-442/00), párr. 40; de 16 de diciembre de 2004 en el asunto *Olasa Valero* (as. C-520/03), párr. 36; y de 7 de septiembre de 2006 en el asunto *Cordero Alonso* (as. C-81/05), párr. 47.

⁵⁰ STC 306/1993, de 25 de octubre, FJ 2.

⁵¹ Véase mi trabajo «El Derecho a la última palabra...», *ob. cit.*

plantear cuestión prejudicial de interpretación de las correspondientes disposiciones de la Sexta Directiva ante el Tribunal de Justicia⁵². El Tribunal Supremo consideró que la Directiva no planteaba dudas interpretativas, a pesar de que todos los Tribunales Superiores de Justicia se habían pronunciado en sentido contrario, por lo que no parecía razonable acudir a la doctrina del acto claro⁵³.

La referida Sentencia del Tribunal Supremo dio lugar a la apertura por la Comisión Europea de un procedimiento por incumplimiento del Derecho de la UE que desembocó en la Sentencia del TJUE de 2009, en la que se condenaba a España⁵⁴.

Tal vez sea pura casualidad, pero si en el año 2009 el Tribunal Supremo tan sólo planteó una cuestión prejudicial, en los años 2010 y 2011 el número se elevó hasta once (cada año)⁵⁵. El riesgo de condenas que comprometan el prestigio de España (y el del propio Tribunal Supremo) parece una explicación plausible.

III. REFLEXIÓN FINAL

A la hora de plantear una cuestión prejudicial (ya sea de interpretación o de validez) los órganos jurisdiccionales no sólo toman (y no sólo deben tomar) en consideración las reglas del actual artículo 267 del TFUE, tal y como han sido interpretadas por el TJUE a partir de sus Sentencias en los asuntos *Cilfit* y *Foto-Frost*, ni basan su decisión únicamente en una convicción íntima sobre el alcance o sobre la validez de la norma comunitaria considerada.

En ocasiones otros factores vinculados a cuestiones de carácter interno también entran en juego y lo hacen de forma apropiada. Debería, sin embargo, evitarse el recurso prejudicial al Tribunal europeo por razones que resulten manifiestamente ajenas a la recta aplicación del Derecho de la UE y, desde luego, los jueces de Luxemburgo debieran actuar de forma más estricta en el trámite de admisibilidad cuando les es dado advertir que tal es el caso.

⁵² STS, Sala 3.ª, de 12 de julio de 2003 (RJ 2003\5455), FJ 6.

⁵³ Véase SARMIENTO, D., *La aplicación del Derecho de la Unión...*, ob. cit. (en pp. 3 y ss.).

⁵⁴ STJUE de 12 de noviembre de 2009 en el asunto *Comisión c. España* (as. C-154/08).

⁵⁵ SARMIENTO, D., *La aplicación del Derecho de la Unión...*, ob. cit. (en p. 5).

Epílogo: la novedosa opinión consultiva del Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Ricardo Alonso García

1. El 2 de octubre de 2013, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobaba el Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que entrará en vigor una vez ratificado por diez Estados¹.

Dicho Protocolo instaura una vía incidental de diálogo entre los jueces nacionales y los de Estrasburgo en el marco de procesos nacionales vinculados al control de convencionalidad de normas internas, siguiendo la línea que ya había sido apuntada en el Informe del Grupo de Sabios que, a los efectos de «analizar la cuestión de la eficacia a largo plazo del mecanismo de control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», fue creado al amparo del Plan de Acción adoptado en el marco de la Tercera Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa, celebrada en Varsovia en el año 2005². El referido Informe concluía sosteniendo que «sería útil introducir un sistema bajo el cual los tribunales nacionales pudieran solicitar del Tribunal europeo opiniones consultivas sobre cuestiones relativas a la interpretación del Convenio y sus Protocolos, en orden a fomentar el diálogo entre tribunales y potenciar el rol «constitucional» del Tribunal de Estrasburgo»³.

Después, la cuestión de la opinión consultiva sería objeto de debate en las Conferencias que, dedicadas al futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se celebrarían sucesivamente en Interlaken (2010), Izmir (2011) y Brighton (2012).

2. Veamos cuál es la naturaleza de esta nueva vía europea de diálogo judicial, aún por explorar, la cual, pese a algunas similitudes, presenta importantes diferencias en relación con la cuestión prejudicial del sistema de la Unión.

¹ Concretamente, según dispone su artículo 8.1, el primer día del mes siguiente a la expiración del período de tres meses después de la fecha en que diez Altas Partes Contratantes del Convenio hayan manifestado su consentimiento de quedar vinculados por el Protocolo. Una vez que se haya alcanzado el mínimo de diez ratificaciones, el Protocolo se aplicará a los Estados de donde procedan las mismas, sin que sea aplicable a los demás en tanto no lo ratifiquen.

² Cfr. CM (2005) 80 final.

³ Cfr. *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, CM (2006) 203, apartado 135.

Sus elementos claves se vislumbran ya en el apartado 1 del artículo 1, redactado en los siguientes términos:

«Los altos tribunales de las Partes Contratantes, especificados de conformidad con el artículo 10, podrán solicitar al Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus Protocolos».

Estamos, en primer lugar, ante una solicitud procedente de «los altos tribunales» nacionales⁴ a los que cada Parte Contratante reconozca, opcionalmente, legitimación para hacerlo, mediante declaración notificada al respecto a la Secretaría General del Consejo de Europa al firmar el Protocolo o al depositar el correspondiente instrumento de ratificación⁵. Se deja así cierto margen de maniobra a los Estados para acomodar a las particularidades de sus propios sistemas judiciales esta nueva vía de diálogo con Estrasburgo⁶, de naturaleza incidental en el sentido de que, tal y como especifica el apartado 2, sólo procederá la solicitud por dichos tribunales si ésta tiene su origen en el contexto de un litigio ante ellos pendiente⁷.

En segundo lugar, se trata de una solicitud de carácter facultativo, cuya respuesta⁸, en el caso de ser admitida a trámite por Estrasburgo⁹, carece de efectos vinculantes (tal y como

⁴ Sin descartar como hipótesis al propio Tribunal europeo de Justicia, en el caso de que llegara a hacerse realidad la adhesión de la Unión al Convenio. Cfr. en este sentido *Reflection Paper of the European Court of Human Rights on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction*. March 2012, Punto 10.

⁵ Cfr. artículo 10, que también prevé que la referida declaración pueda ser modificada, de la misma manera, en cualquier momento posterior.

⁶ Cfr. *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Explanatory Report*, en cuyo Punto 8 se advierte que «el uso de la expresión “altos tribunales”, en lugar de “los más altos tribunales”, permite la inclusión potencial de aquellos tribunales que, pese a ser inferiores a los tribunales constitucionales o supremos, tienen, no obstante, especial relevancia al ser los “más altos” en una particular categoría de asuntos».

⁷ Se descarta así el diálogo al margen de un litigio concreto, quedando éste reducido a las también «opiniones consultivas» que, sobre la base del artículo 47.1 del Convenio, puede solicitar al Tribunal el Comité de Ministros del Consejo de Europa (y que a diferencia de la novedosas opiniones consultivas del Protocolo n.º 16, están sometidas a los límites impuestos por el apartado 2, según el cual «no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio»). Cabe esperar, por lo demás, una mayor profusión en el uso de las opiniones consultivas del Protocolo n.º 16 si comparado con el que hasta el momento han tenido las del artículo 47 del Convenio, reducido a dos pronunciamientos del Tribunal europeo (de 10 de febrero de 2008 y 22 de noviembre de 2010).

⁸ Por la Gran Sala (artículo 2.2), admitiéndose votos particulares (artículo 4.2).

⁹ Atribuyéndose la competencia al respecto a un colegio de cinco jueces de la Gran Sala (artículo 2.1 del Protocolo n.º 16). Cfr. la similitud con el artículo 43, que también atribuye a un colegio de cinco jueces de la Gran Sala la competencia para admitir las remisiones a ésta (a solicitud de parte) de los asuntos resueltos por las Salas, si plantean «una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Proto-

expresamente confirma el artículo 5)¹⁰. No obstante lo cual, es más que probable que en la práctica el tribunal remitente sopesa al máximo la posibilidad de no ajustar su fallo a dicha respuesta, habida cuenta de que la apertura de esta vía incidental no afecta al derecho de interponer ulteriormente una demanda ante el mismo Tribunal europeo.

Y en tercer lugar, la solicitud debe referirse a una «cuestión de principio» concerniente a la interpretación o aplicación del Convenio y sus Protocolos. Sin perjuicio de que corresponderá al propio Tribunal europeo precisar el alcance exacto de la expresión al decidir acerca de su admisibilidad, cabe intuir, a la luz de los trabajos preparatorios en cuyo contexto intervino activamente el Tribunal, que las opiniones consultivas no estarán limitadas a resolver problemas estructurales o sistémicos, sino que podrán abarcar, asimismo, cuestiones de interés general¹¹.

3. Como adelantaba, se observan en esta novedosa vía de diálogo con Estrasburgo algunas similitudes con la cuestión prejudicial del sistema de la Unión Europea¹² (se sobre-

colos o una cuestión grave de carácter general». Ello no obstante, el Protocolo n.º 16, a diferencia del Convenio, exige a dicho colegio de cinco jueces motivar sus decisiones de rechazo. Tal exigencia, aplaudida en la Memoria Explicativa del Protocolo n.º 16 antes mencionada, en la medida en que reforzaría el diálogo con el juez nacional, fue finalmente incluida pese a la opinión en contrario del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, partidario de elaborar unas orientaciones generales a las que se limitaría a remitir, en su caso, el colegio (cfr. *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction. March 2012*, Punto 36; opinión en la que insistiría en mayo de 2013, advirtiendo que «el Tribunal prevé que tal motivación no será normalmente exhaustiva»: cfr. *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention. Adopted by the Plenary Court on 6 May 2013*, Punto 9).

¹⁰ Es obvio que la naturaleza prejudicial de la opinión consultiva impone, aunque no lo establezca expresamente el Protocolo, la suspensión del procedimiento nacional en espera del pronunciamiento de Estrasburgo. Así lo da desde luego por sentado la Memoria Explicativa antes citada (*Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Explanatory Report*), en cuyo Punto 17 advierte que «las dilaciones indebidas en los procedimientos ante el Tribunal [de Estrasburgo] concernientes a opiniones consultivas, también causarían retrasos en el procedimiento pendiente ante el tribunal remitente, y deberían por ello ser evitadas» (y más adelante, en el Punto 23, se refiere la Memoria a los «procedimientos nacionales suspendidos», al abordar la espinosa cuestión, sobre la que volveremos, de la lengua en la que tendrían que redactarse las opiniones consultivas).

¹¹ Cfr. en este sentido *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers of 15 November 2006*, doc. CM (2006) 203 (Punto 86), cuyo parecer fue asumido por el Tribunal en su recién citado *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction* (Puntos 5, 14 y 27 y ss.), trayendo a colación su similitud con los asuntos a los que se refiere el artículo 43 del Convenio (vid. nota 9), y su posible rol de complemento de las sentencias-piloto a las que se refiere el artículo 61 del Reglamento del Tribunal (sin estar las opiniones consultivas, a diferencia de éstas, «necesariamente limitadas a asuntos concernientes a problemas estructurales o sistémicos»).

¹² Y también con la prejudicialidad prevista en el artículo 34 del *Acuerdo entre los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) por el que se instituyen un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia*, de 2 de mayo de 1992. Dicho modelo de prejudicialidad, más próximo sobre el papel al del Protocolo n.º 16 que al de la Unión Europea, ha sido, sin embargo y en los últimos tiempos, objeto de una lectura por el Tribunal de Justicia AELC tendente, sobre la base de la cooperación leal y la tutela judicial efectiva, a reforzar al máximo su significación y relevancia: cfr. Sentencias de 28 de septiembre de 2012 (E-18/11), *asunto Irish Bank*, y de 20 de marzo de 2013 (E-3/12), *asunto Stig Arne Jonsson*.

tiende, con la cuestión prejudicial de *interpretación*, ya que en el sistema del Convenio no tienen cabida, a diferencia de lo que sucede en el sistema de la Unión, las cuestiones incidentales de *validez*¹³).

Siendo aún más precisos, no ya algunas, sino muchas, son sus similitudes con la cuestión prejudicial *especial* que durante un tiempo estuvo vigente¹⁴ en el ámbito del tercer pilar, dedicado a la cooperación policial y judicial en materia penal (artículo 35 TUE, en la versión pre-Lisboa).

En efecto, hay que recordar que, en el contexto de la ligera apertura del referido pilar, hasta entonces de naturaleza marcadamente intergubernamental, a un atenuado control por parte del Tribunal de Justicia en virtud de la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam (1997), se permitió a los Estados miembros aceptar la competencia prejudicial de aquél mediante una declaración realizada en el momento de firmar dicho Tratado o en cualquier momento posterior; declaración que, al ser formulada, debería especificar qué órganos jurisdiccionales del correspondiente Estado miembro (si cualquiera de ellos, o tan sólo aquéllos cuyas decisiones no serían susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno) estarían legitimados para dirigirse vía prejudicial, en términos facultativos, a Luxemburgo¹⁵.

Desaparecido tal régimen especial con la reforma de Lisboa¹⁶, la cuestión prejudicial hoy regulada en el artículo 267 TFUE debe tener su origen, al igual que la opinión convencional consultiva, en un asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, siendo necesaria, especifica el Derecho de la Unión, una decisión por parte de Luxemburgo al respecto para poder emitir el juez nacional su fallo.

La ausencia de obligatoriedad de la opinión en cuanto a sus efectos, por otro lado, puede quedar en la práctica desdibujada (aproximándose así, *de facto*, a la naturaleza vinculante de las sentencias prejudiciales), habida cuenta, como señalé, de la posibilidad de con-

¹³ Dado que el Tribunal de Estrasburgo carece de competencia para enjuiciar, a la luz del Convenio, los instrumentos jurídicos generados en el seno del Consejo de Europa.

¹⁴ Y que lo seguirá estando transitoriamente, como veremos *infra*, hasta diciembre de 2014.

¹⁵ España, por cierto, fue el único Estado miembro que limitó la legitimación a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no fueran susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno, reservándose, al mismo tiempo, el derecho de transformar (en su legislación interna) la mera facultad en obligación de activar la cuestión prejudicial (cfr. DO L 114 de 1.5.1999, p. 56, y DO C 120 de 1.5.1999, p. 24).

¹⁶ Pues, como es sabido, entre las reformas más destacadas del Tratado de Lisboa figuró, precisamente, la «comunitarización» del tercer pilar, hoy regulado como una política más de la Unión en el Título V del TFUE (bajo la rúbrica «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia»). La mencionada desaparición del régimen prejudicial especial, sin embargo, no se completará hasta diciembre de 2014. En efecto, conforme al artículo 10, apartados 1 a 3, del Protocolo n.º 36, las atribuciones del Tribunal de Justicia relativas a los actos de la Unión adoptados en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y no modificados desde entonces, seguirán siendo las mismas durante un período máximo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009). Por tanto, durante dicho período, tales actos sólo podrán ser objeto de un procedimiento prejudicial, según adelanté, cuando éste sea iniciado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que hayan aceptado la competencia del Tribunal de Justicia.

vertirse en la fundamentación subyacente a una hipotética ulterior demanda ante el propio Tribunal de Estrasburgo¹⁷.

4. Existen, sin embargo, importantes diferencias entre ambas vías incidentales de intervención, comenzando por su finalidad misma: aun cuando tanto la una como la otra persiguen concienciar al juez nacional de su condición de juez europeo, la cuestión prejudicial, auténtico «mecanismo fundamental» del sistema de la Unión¹⁸, responde esencialmente a la búsqueda de la uniformidad en su funcionamiento (una norma común, la europea, comúnmente interpretada y aplicada en todos los Estados miembros)¹⁹, mientras que la opinión consultiva está presidida, tal y como expresamente recuerda el Preámbulo mismo del Protocolo n.º 16, por el reforzamiento del principio de subsidiariedad²⁰, entendido en el sentido de que «la labor de asegurar el respeto de los derechos garantizados por el Convenio descansa, en primer lugar y ante todo, no tanto en el Tribunal europeo como en las autoridades de las Partes Contratantes»²¹.

A la referida diferencia «existencial», cabría añadir, en primer lugar, que la competencia prejudicial de Luxemburgo no es opcional para los Estados miembros.

En segundo lugar, la cuestión prejudicial, abierta a todos los «órganos jurisdiccionales» de los Estados miembros²², debe activarse con carácter obligatorio en determinadas circunstancias²³; y

¹⁷ Cfr. en este sentido las reflexiones recogidas en el ya citado *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction* (Punto 43), en el que, por otro lado, el Tribunal se muestra abiertamente partidario de considerarse auto-vinculado por la doctrina sentada en sus opiniones consultivas a la hora de resolver demandas individuales, en la línea seguida por la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Punto 44).

¹⁸ La expresión es del propio Tribunal de Justicia, en sus ya citadas *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de las cuestiones prejudiciales* (apartado 1).

¹⁹ Cfr., p.e., la STJCE de 13 de mayo de 1981 (66/80), *asunto International Chemical Corporation*: «El objeto esencial de las competencias atribuidas al Tribunal de Justicia por el artículo 177 [actual 267 TFUE] es garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales. Dicha aplicación uniforme se impone no solamente cuando el órgano jurisdiccional nacional esté ante una norma de Derecho comunitario cuyo sentido y alcance necesitan ser precisados, sino igualmente cuando haya de hacer frente a una controversia sobre la validez de un acto de las Instituciones».

²⁰ Implícitamente consagrado en el artículo 1 del Convenio, e implementado en los artículos 13 y 35.1 del mismo (cfr., p.e., STEDH de 26 de marzo de 2006, *asunto Scordino v. Italia*, n.º 36813/97, FJ 140).

²¹ Cfr. *European Court of Human Rights. Interlaken Follow-up. Principle of Subsidiarity. Note by the Jurisconsult (8 July 2010)*, p. 2.

²² Noción que, como es sabido, incluye no sólo a la generalidad de jueces y tribunales, sino incluso a órganos que pueden no integrar el poder judicial de los Estados miembros.

²³ Tratándose de órganos jurisdiccionales de única o última instancia (cfr. STJCE de 4 de junio de 2002, C-99/00, *asunto Lyckeskog*), en presencia de una duda razonable (o lo que es igual, en ausencia de «acto claro» en los términos de la STJCE de 6 de octubre de 1981, 283/81, *asunto CilFIT*). Aunque al margen de la comparación con la opinión consultiva, por los motivos ya expuestos, conviene también recordar que ningún órgano jurisdiccional nacional puede enjuiciar negativamente, por su propia autoridad, el Derecho de la Unión, estando obligado, en su caso, a plantear la correspondiente cuestión prejudicial de validez al Tribunal de Justicia (cfr. STJCE de 22 de octubre de 1987, 314/84, *asunto Foto-Frost*).

el incumplimiento de tal obligación admite diversas vías de reprobación²⁴, incluida una posible condena por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (concretamente, del derecho a ser oído por un tribunal «establecido por la ley»)²⁵.

En tercer lugar, la prejudicialidad interpretativa en la Unión no se limita a «cuestiones de principio»²⁶.

Finalmente, los efectos vinculantes de las sentencias prejudiciales²⁷ lo son *de iure* (bien que derivados, principalmente, de la doctrina del propio Tribunal de Justicia²⁸).

²⁴ Desde la acción por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia ex artículos 258-259 TFUE (cfr. STJCE de 12 de noviembre de 2009, C-154/08, *asunto Comisión v. España*), hasta la acción de responsabilidad ante los tribunales nacionales por los daños y perjuicios que al particular le haya podido ocasionar el incumplimiento de la obligación de activar la cuestión prejudicial (cfr. STJCE de 30 de septiembre de 2003, C-224/01, *asunto Köbler*).

²⁵ Asumido por el Tribunal de Estrasburgo que el Tribunal de Luxemburgo tendría la consideración de ese tribunal «establecido por la ley» al que se refiere el artículo 6.1 del Convenio, cuando se dan las condiciones para su intervención sobre la base del artículo 267 TFUE, aquél ha venido exigiendo la presencia de «arbitrariedad» para admitir la vulneración del Convenio por no plantear la cuestión prejudicial (p.e., *asuntos Canela Santiago v. España*, 4 de octubre de 2001, n.º 60350/00, y *John v. Alemania*, 13 de febrero de 2007, n.º 5073/03).

En el *asunto Ullens de Schooten y Rezabek v. Bélgica* (STEDH 20 de septiembre de 2011, n.º 3989/07 y 38353/07), sin embargo, pareció abrir las puertas a un control más meticuloso al aplicar el test de la «arbitrariedad», vinculándolo al cumplimiento estricto de las exigencias que presiden el funcionamiento del artículo 267 TFUE a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia.

Así, tras señalar, con carácter general, que le correspondía verificar «rigurosamente» el cumplimiento por las jurisdicciones nacionales de la obligación de motivar sus decisiones de rechazo a activar los mecanismos prejudiciales previstos en los Derechos nacionales o en el Derecho de la Unión, máxime cuando dichos mecanismos no admiten tal rechazo más que a título excepcional, sostuvo que «en el marco específico del tercer párrafo del artículo 234 TCE (actual 267 TFUE), ello significa que cuando las jurisdicciones nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno rechazan plantear vía prejudicial al Tribunal de Justicia una cuestión concerniente a la interpretación del Derecho de la Unión Europea ante ellas suscitada, están obligadas a motivar tal rechazo en relación con las excepciones previstas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia».

Y añadió: «Es preciso, por tanto y según la Sentencia CILFIT, que indiquen los motivos por los que consideran que la cuestión no es pertinente, que la disposición del Derecho de la Unión Europea de la que se trate ha sido ya objeto de una interpretación por parte del Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea se impone con tal evidencia que no deja margen a duda alguna razonable».

Adviértase, por otro lado, que esa misma tendencia pareció seguir el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su Auto de 19 de julio de 2011 (1 BvL 1916/09), en relación con decisiones judiciales concernientes a los derechos fundamentales adoptadas sin plantear la cuestión prejudicial.

²⁶ Sin perjuicio de que «una remisión prejudicial puede resultar especialmente útil cuando se suscite una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión» (cfr. apartado 13 de las *Recomendaciones del Tribunal de Justicia a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de las cuestiones prejudiciales*).

²⁷ En el bien entendido de que nada impide a los órganos jurisdiccionales nacionales dirigirse de nuevo al Tribunal de Justicia, si lo consideran oportuno, para aclarar algún punto oscuro de la interpretación sentada (p.e., STJCE de 22 de octubre de 2002, C-94/00, *asunto Roquette Frères*); o para volver sobre ella a la luz de nuevos argumentos (p.e., STJCE de 3 de abril de 1968, 28/67, *asunto Molkerei-Zentrale*); o, simplemente, para intentar que el Tribunal reconsidere su postura (p.e., STJCE de 17 de diciembre de 1987, 422/85, *asunto Mattiazzo*).

²⁸ Cfr., p.e., STJCE de 14 de diciembre de 2000 (C-446/98), *asunto Fazenda Pública*. También encontrarían apoyo dichos efectos vinculantes, implícitamente, en el principio de cooperación leal ex artículo 4.3 TUE. En cuanto a la extensión de los mismos más allá del litigio principal, baste con recordar la afirmación del Tribunal

5. Sentado lo cual, no hay que descartar posibles utilizaciones del sistema prejudicial de la Unión como fuente de inspiración a la hora de abordar el funcionamiento de la opinión convencional consultiva, como, por ejemplo, en lo concerniente a la relevancia de la opinión solicitada a los efectos de poder emitir el correspondiente fallo²⁹ o al momento adecuado para plantear la solicitud, así como su forma y contenido³⁰; o en lo relativo al rol ante Estrasburgo de las partes litigantes en el proceso principal³¹. A su manera deberá, en cambio y en todo caso, abordar Estrasburgo peliagudas cuestiones no resueltas por el Protocolo, como la atinente a la lengua del procedimiento, incluido el fallo³².

de Justicia en el FJ 57 de su capital Sentencia de 5 de marzo de 1996 (C-46 y 48/93), *asuntos Brasserie du Pêcheur y Factortame*: «En cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido».

²⁹ Cfr. en esta línea el sentir del propio Tribunal de Estrasburgo en su *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction. March 2012*, Punto 33.

³⁰ Cfr. al respecto las ya citadas *Recomendaciones del Tribunal de Justicia a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales* (apartados 18 y ss.). Según el artículo 1.3 del Protocolo n.º 16, «el tribunal remitente deberá motivar su solicitud y proporcionar el marco legal y fáctico relevante del proceso principal».

³¹ A diferencia de lo que sucede en el sistema de la Unión, que prevé la intervención ante Luxemburgo de las partes litigantes en el proceso principal (cfr. artículo 23 del Protocolo n.º 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), el Protocolo n.º 16 se limita a establecer la intervención ante Estrasburgo del Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa y de la Parte Contratante a la que pertenezca el tribunal nacional remitente, habilitando al mismo tiempo al Presidente del Tribunal europeo para invitar a cualquier otra persona o Parte Contratante a que, en interés de una buena administración de justicia, presente observaciones por escrito o participe en la vista. Advuértase que el propio Tribunal, en su opinión emitida en relación con el Protocolo n.º 16, se mostró partidario, en aras del respeto al principio de igualdad de armas, de extender dicha invitación, como regla general (a incluir en sus normas de procedimiento), a las partes litigantes en el proceso principal: cfr. *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention (Adopted by the Plenary Court on 6 May 2013)*, Punto 10.

³² Existiendo divergencias al respecto entre el Tribunal de Estrasburgo y la Memoria Explicativa del Protocolo n.º 16, exteriorizadas por el propio Tribunal en los siguientes términos (cfr. su Opinión recién citada, Punto 14): «El apartado 13 de la Memoria Explicativa declara que las solicitudes podrán ser presentadas en la lengua del procedimiento nacional, y el artículo 1.3 [del proyecto de Protocolo, mantenido sin alterar en la versión definitiva] establece que las solicitudes deberán adjuntar aquellos documentos significativos a los efectos de “proporcionar el marco legal y fáctico relevante del proceso principal”. El Tribunal advierte que la posibilidad de presentar la solicitud en la referida lengua no está prevista en el texto del Protocolo. El Tribunal se opone a la propuesta en el sentido de que sería él mismo a quien correspondería garantizar las traducciones de las solicitudes y documentos adjuntos. Aun entendiendo las consideraciones que subyacen a dicha propuesta, el resultado no es otro que imponer al Tribunal una costosa carga de traducción. En el apartado 23, la Memoria Explicativa remarca que en muchos sistemas jurídicos, los procedimientos internos solo podrían reanudarse una vez que la opinión estuviera disponible en la lengua de dichos procedimientos. De nuevo el Tribunal tiene dudas acerca del exacto alcance de la sugerencia en el sentido de que el Tribunal “cooperaría” con las autoridades nacionales en la oportuna preparación de tales traducciones. El Tribunal cree que ello podría implicar un considerable aumento de su carga de trabajo y, de hecho, se plantea la cuestión de quién debería asumir el coste económico de la traducción. Es evidente que si el Tribunal asumiera la responsabilidad de las traducciones, deberían consignarse en su presupuesto las correspondientes partidas a tal efecto».

Ello teniendo en cuenta, por lo demás, que al igual que la vía incidental abierta por el Protocolo n.º 16, también la cuestión prejudicial nació, sobre el papel, como una vía limitada exclusivamente a la interpretación del Derecho comunitario (hoy de la Unión), excluyéndose así, en principio, cualquier pronunciamiento acerca del Derecho de los Estados miembros. Lo que no impidió que, con el paso de los años, esta última se haya convertido no en una, sino en la primordial, vía de control por el Tribunal de Justicia, bien que indirecta, de la compatibilidad de los Derechos nacionales con el de la Unión.

En efecto, ya en el célebre *asunto Van Gend & Loos* (1963)³³, el Tribunal de Justicia abonaría el terreno para una máxima explotación de las posibilidades que abría el entonces artículo 177 TCEE con relación a los incumplimientos de los Estados miembros, al afirmar que «la vigilancia de los individuos afectados en orden a proteger sus derechos equivale a una efectiva supervisión que se suma a la confiada por los artículos 169 y 170 [actuales 258 y 259 TFUE] a la diligencia de la Comisión y de los Estados miembros».

Ello ha conducido, en la práctica y como adelantaba, a cuestiones prejudiciales de interpretación en las que el juez remitente solicita abiertamente un juicio de conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión³⁴, y a sentencias, también dictadas en el marco del artículo 267 TFUE, en las que el Tribunal de Justicia, sin referirse abiertamente a la concreta normativa nacional³⁵ (o incluso haciéndolo³⁶), realiza tal juicio de conformidad³⁷.

Así las cosas, en la misma dirección parece que remarca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habida cuenta de que ya en el contexto de los trabajos preparatorios para la elaboración del Protocolo, simpatizó con la idea de que las opiniones consultivas concernientes a cuestiones de principio o de interés general «podrían también abarcar asuntos relativos a la compatibilidad con el Convenio de una legislación, un precepto o una interpretación normativa asentada en los tribunales nacionales» (puntualizando al respecto que «ello no iría en contra de su jurisprudencia bien consolidada en relación con las demandas individuales, en el sentido de que corresponde ante todo a las autoridades nacionales, y en particular a los tribunales, interpretar el Derecho interno, no pudiendo el Tribunal sustituir dicha interpretación por la propia en ausencia de arbitrariedad»)³⁸.

³³ STJCE de 5 de febrero de 1963 (26/62).

³⁴ Vid. p.e. los términos en los que la Corte francesa de Casación formuló su cuestión de interpretación en los *asuntos Melki y Abdeli*, resueltos por STJ de 22 de junio de 2010 (C-188/10 y C-189/10).

³⁵ Vid. también p.e. los términos en los que el Tribunal de Justicia contestó a la Corte de Casación en *Melki y Abdeli*.

³⁶ Como, por ejemplo, en su Sentencia de 29 de noviembre de 1978 (21/78), *asunto Delkvist*.

³⁷ De hecho y desde una perspectiva procedimental, el Tribunal no ha dudado, en algunos casos, en acumular acciones por incumplimiento con cuestiones prejudiciales a los efectos de las Conclusiones del Abogado General o del juicio oral, como en los *asuntos Rewe* (278/82) y *Comisión v. Alemania* (325/82), o en los *asuntos Factortame* (C-221/89) y *Comisión v. Reino Unido* (C-246/89).

³⁸ Cfr. *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction. March 2012*, Punto 29. Adviértase la trascendencia que al respecto tendrá, a su vez, la actitud que el Tribunal muestre a la hora de abordar posibles reformulaciones de las cuestiones suscitadas por los jueces nacionales (terreno éste, por lo demás, también idóneo para una posible inspiración en la jurisprudencia de Luxemburgo).

Anexos

1

Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2012/C 338/01)*

I. DISPOSICIONES GENERALES

Competencia del Tribunal de Justicia en materia prejudicial

1. La remisión prejudicial es un mecanismo fundamental del Derecho de la Unión Europea, que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros los medios para que la interpretación y la aplicación de este Derecho sean uniformes en la Unión.

2. En virtud de los artículos 19, apartado 3, letra b), del Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TUE») y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TFUE»), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Derecho de la Unión y sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

3. A tenor del artículo 256 TFUE, apartado 3, el Tribunal General es ciertamente competente para conocer de las cuestiones prejudiciales, planteadas en virtud del artículo 267 TFUE, en materias específicas determinadas por el Estatuto. No obstante, al no haberse llevado a cabo ninguna adaptación de este último texto por lo que atañe a esta cuestión, el

* DOUE de 6 de noviembre de 2012 (C 338/01). El siguiente texto se enmarca en el contexto de la adopción, el 25 de septiembre de 2012, en Luxemburgo, del nuevo Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (DO L 265 de 29.9.2012, p. 1). El texto, que reemplaza a la nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (DO C 160 de 28.5.2011, p. 1), tiene por objeto recoger las innovaciones introducidas por el referido Reglamento que puedan incidir tanto en el propio principio de la remisión prejudicial al Tribunal de Justicia como en las modalidades de tales remisiones.

Tribunal de Justicia sigue siendo, actualmente, el único competente para pronunciarse con carácter prejudicial.

4. Aunque el artículo 267 TFUE confiere al Tribunal de Justicia una competencia general en esta materia, diversas disposiciones de Derecho Primario prevén excepciones o restricciones temporales a dicha competencia, en particular los artículos 275 TFUE y 276 TFUE y el artículo 10 del Protocolo (n.º 36) sobre las disposiciones transitorias del Tratado de Lisboa (DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010, p. 1)¹.

5. Puesto que el procedimiento prejudicial se basa en la colaboración entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, resulta conveniente proporcionar a los referidos órganos jurisdiccionales las indicaciones siguientes para garantizar la eficacia de dicho procedimiento.

6. Con estas recomendaciones, que no tienen carácter obligatorio, se pretende completar el título tercero del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (artículos 93 a 118) y orientar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento prejudicial y proporcionarles indicaciones prácticas sobre la forma y los efectos de tal procedimiento.

Función del Tribunal de Justicia dentro del procedimiento prejudicial

7. Tal como se ha señalado anteriormente, la función del Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento prejudicial consiste en interpretar el Derecho de la Unión o pronunciarse sobre su validez, y no en aplicar este Derecho a los hechos concretos del procedimiento principal. De esa labor es responsable el órgano jurisdiccional nacional y, por tanto, al Tribunal de Justicia no le corresponde pronunciarse sobre las cuestiones de hecho que se susciten en el marco del litigio principal, ni tampoco resolver las eventuales diferencias de opinión sobre la interpretación o la aplicación de las normas del Derecho nacional.

8. Asimismo, el objetivo del Tribunal de Justicia cuando se pronuncia sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión es proporcionar una respuesta útil para la solución del litigio principal, pero es el órgano jurisdiccional remitente quien tendrá que deducir las consecuencias concretas que corresponda y, en su caso, declarar inaplicable la norma nacional.

¹ Conforme al artículo 10, apartados 1 a 3, del Protocolo n.º 36, las atribuciones del Tribunal de Justicia relativas a los actos de la Unión adoptados en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y no modificados desde entonces, seguirán siendo las mismas durante un período máximo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009). Por tanto, durante dicho período, tales actos sólo podrán ser objeto de un procedimiento prejudicial cuando éste sea iniciado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que hayan aceptado la competencia del Tribunal de Justicia. Cada uno de dichos Estados podrá decidir si confiere la facultad de plantear cuestiones prejudiciales a todos sus órganos jurisdiccionales o únicamente a los que se pronuncian en última instancia.

La decisión de plantear una cuestión prejudicial

Quién puede presentar una petición de decisión prejudicial

9. En virtud del artículo 267 TFUE, cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro, cuando tenga que pronunciarse en un procedimiento a cuyo término se dicte una resolución de naturaleza jurisdiccional, puede, en principio, remitir al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial. El Tribunal de Justicia ha interpretado la condición de órgano jurisdiccional como un concepto autónomo del Derecho de la Unión, teniendo en cuenta, a este respecto, un conjunto de factores, como son el origen legal del órgano que le remite la petición, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte de dicho órgano de normas jurídicas, y su independencia.

10. La decisión de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional, independientemente de que las partes del litigio principal lo hayan o no solicitado.

Cuestiones de interpretación

11. Conforme a lo dispuesto en el artículo 267 TFUE, cualquier órgano jurisdiccional está facultado para presentar al Tribunal de Justicia peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión, si lo considera necesario para resolver el litigio del que esté conociendo.

12. No obstante, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están obligados a someter al Tribunal de Justicia tales peticiones, salvo cuando ya exista jurisprudencia en la materia (y las eventuales diferencias de contexto no planteen dudas reales sobre la posibilidad de aplicar al caso de autos la jurisprudencia existente) o cuando la manera correcta de interpretar la norma jurídica de que se trate sea de todo punto evidente.

13. Así, un órgano jurisdiccional nacional puede decidir por sí mismo cuál es la interpretación correcta del Derecho de la Unión y su aplicación a los hechos que considere probados, en especial cuando estime que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia proporciona indicaciones suficientes. Ahora bien, una remisión prejudicial puede resultar especialmente útil cuando se suscite una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, o cuando la jurisprudencia existente no parezca aplicable a una situación inédita.

14. Para permitir al Tribunal de Justicia delimitar claramente el objeto del litigio principal y las cuestiones que suscita, es útil que, con respecto a cada una de las cuestiones planteadas, el órgano jurisdiccional nacional explique los motivos por los que la interpretación que solicita es necesaria para resolver el litigio.

Cuestiones de validez

15. Si bien los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tienen la posibilidad de desestimar los motivos de invalidez que se invoquen ante ellos, en cambio, la posibilidad de declarar la invalidez de un acto de una institución, de un órgano o de un organismo de la Unión corresponde únicamente al Tribunal de Justicia.

16. Por consiguiente, todo órgano jurisdiccional nacional **debe** remitir una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia cuando albergue dudas sobre la validez de tal acto, indicando los motivos por los que considera que dicho acto podría no ser válido.

17. No obstante, cuando el órgano jurisdiccional nacional tenga serias dudas sobre la validez de un acto de una institución, de un órgano o de un organismo de la Unión que sirva de base a un acto interno, podrá, de modo excepcional, acordar la suspensión provisional de éste u otro tipo de medida cautelar respecto del acto nacional. En tal caso, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a someter al Tribunal de Justicia la cuestión de validez, indicando las razones por las que considera que dicho acto no es válido.

El momento adecuado para plantear una cuestión prejudicial

18. El órgano jurisdiccional nacional puede remitir al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial tan pronto como estime que, para poder emitir su fallo, resulta necesaria una decisión sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión. En efecto, el órgano jurisdiccional nacional es el mejor situado para apreciar la fase del procedimiento en que procede remitir tal petición.

19. Es preferible, no obstante, que la decisión de plantear una cuestión prejudicial se adopte en una fase del procedimiento nacional en la que el órgano jurisdiccional remitente esté en condiciones de definir el marco jurídico y fáctico del asunto, para que el Tribunal de Justicia disponga de todos los elementos necesarios para comprobar, en su caso, que el Derecho de la Unión es aplicable al litigio principal. También puede resultar deseable para la recta administración de la justicia que la cuestión prejudicial se plantee después de un debate contradictorio.

Forma y contenido de la petición de decisión prejudicial

20. La decisión mediante la cual el órgano jurisdiccional de un Estado miembro somete al Tribunal de Justicia una o varias cuestiones prejudiciales puede revestir cualquiera de las formas admitidas por su Derecho interno para los incidentes procesales. Ahora bien, debe tenerse presente que este documento servirá de base al procedimiento que se siga ante el Tribunal de Justicia y que éste debe disponer de los elementos que le permitan proporcionar

una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente. Además, la petición de decisión prejudicial es el único documento que se notifica a las partes del litigio principal y a los demás interesados contemplados en el artículo 23 del Estatuto, en especial los Estados miembros, con el fin de recoger sus eventuales observaciones escritas.

21. La necesidad de traducir dicha petición de decisión prejudicial a todas las lenguas oficiales de la Unión Europea aconseja, pues, una redacción sencilla, clara y precisa, sin elementos superfluos.

22. Una decena de páginas suele bastar para exponer de modo adecuado el contexto de una petición de decisión prejudicial. Sin dejar de ser sucinta, la petición debe ser suficientemente completa y contener toda la información pertinente, de modo que tanto el Tribunal de Justicia como las partes interesadas que pueden presentar observaciones comprendan adecuadamente el marco fáctico y normativo del asunto principal. Conforme al artículo 94 del Reglamento de Procedimiento, junto al propio texto de las preguntas formuladas al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial, la petición de decisión prejudicial deberá contener:

- una exposición concisa del objeto del litigio y de los hechos pertinentes, según se hayan constatado por el órgano jurisdiccional remitente, o al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan la cuestiones prejudiciales;
- el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente²;
- la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal.

23. Las disposiciones del Derecho de la Unión pertinentes en el litigio principal deberían ser identificadas con la mayor precisión posible en la petición de decisión prejudicial, que incluirá, en su caso, un breve resumen de los argumentos pertinentes de las partes en el litigio principal.

24. Por último, el órgano jurisdiccional remitente puede, en su caso, indicar de modo sucinto su punto de vista sobre la respuesta que deben recibir las cuestiones planteadas con carácter prejudicial. Tal indicación resulta útil para el Tribunal de Justicia, en particular cuando tiene que pronunciarse sobre la petición en el marco de un procedimiento acelerado o de un procedimiento de urgencia.

25. Para facilitar su lectura, es esencial que la petición de decisión prejudicial que recibe el Tribunal de Justicia esté mecanografiada. Con el fin de que este último pueda hacer

² A este respecto, se insta al órgano jurisdiccional remitente a proporcionar las referencias precisas de dichos textos y de su publicación, como, por ejemplo, la página del diario oficial o recopilación correspondiente, o la referencia a un sitio de Internet.

referencias a dicha petición, es también muy conveniente numerar las páginas y los apartados de la resolución de remisión, que debe estar fechada y firmada.

26. En la resolución de remisión, las cuestiones prejudiciales deberán figurar en una parte separada que se pueda identificar con claridad, preferentemente al principio o al final de la resolución. Deben ser comprensibles por sí mismas, sin referirse a los fundamentos de la petición, en los que, no obstante, se expondrá el contexto necesario para una comprensión adecuada del alcance del asunto.

27. En el marco del procedimiento prejudicial, el Tribunal de Justicia, en principio, reproduce los datos contenidos en la resolución de remisión, incluidos los datos nominativos o de carácter personal. Por tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente, si así lo estima necesario, proceder por sí mismo, en su petición de decisión prejudicial, a ocultar determinados datos o la identidad de una o varias personas o entidades afectadas por el litigio.

28. Con posterioridad a la presentación de la petición de decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia podrá también proceder a esa ocultación de identidad, de oficio o a petición del órgano jurisdiccional remitente o de una parte del litigio principal. Para preservar su eficacia, dicha petición de anonimato deberá, no obstante, formularse en el momento más temprano posible del procedimiento y, en cualquier caso, antes de la publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de la comunicación relativa al asunto de que se trate y de la notificación de la petición de decisión prejudicial a los interesados contemplados en el artículo 23 del Estatuto.

Efectos de la remisión prejudicial en el procedimiento nacional

29. Aunque el órgano jurisdiccional nacional seguirá siendo competente para adoptar medidas cautelares, especialmente en el caso de haberse planteado una cuestión de validez (véase el punto 17), la presentación de una petición de decisión prejudicial lleva consigo, no obstante, la suspensión del proceso nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie.

30. En aras del buen desarrollo del procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Justicia y para preservar su eficacia, el órgano jurisdiccional remitente deberá informar al Tribunal de Justicia de cualquier incidente procesal que pueda tener alguna repercusión sobre su petición de decisión prejudicial y, en particular, de la admisión de nuevas partes en el proceso nacional.

Costas y asistencia jurídica gratuita

31. El procedimiento prejudicial es gratuito y el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre las costas de las partes del litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente. Corresponderá a este último decidir sobre este particular.

32. En caso de que alguna de las partes del litigio principal carezca de recursos suficientes, y en la medida en que las normas nacionales lo permitan, el órgano jurisdiccional remitente puede concederle una ayuda para cubrir los gastos ocasionados por su intervención ante el Tribunal de Justicia, en particular los de representación letrada. El Tribunal de Justicia puede conceder también una ayuda de esta índole en el supuesto de que la parte de que se trate no disfrute ya de una ayuda en el ámbito nacional o en la medida en que dicha ayuda no cubra —o cubra sólo parcialmente— los gastos ocasionados por su intervención ante el Tribunal de Justicia.

Correspondencia entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales

33. La petición de decisión prejudicial y los documentos pertinentes (especialmente, en su caso, los autos del asunto, o una copia de éstos) deben ser enviados directamente al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional que presenta la petición. El envío debe dirigirse, mediante correo certificado, a la Secretaría del Tribunal de Justicia (Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Luxemburgo).

34. Hasta que se notifique al órgano jurisdiccional remitente la resolución adoptada en respuesta a su petición de decisión prejudicial, la Secretaría del Tribunal de Justicia se mantendrá en contacto con dicho órgano jurisdiccional, al que transmitirá copia de los escritos procesales.

35. El Tribunal de Justicia transmitirá su resolución al órgano jurisdiccional remitente, encargándole que le informe acerca de la aplicación que haga de ella en el litigio principal y que le comunique su resolución definitiva.

II. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS RELATIVAS A LAS PETICIONES DE DECISIÓN PREJUDICIAL QUE TIENEN CARÁCTER URGENTE

36. En las condiciones establecidas en el artículo 23 *bis* del Estatuto y en los artículos 105 a 114 del Reglamento de Procedimiento, si se dan determinadas circunstancias, una petición de decisión prejudicial podrá tramitarse mediante un procedimiento acelerado o un procedimiento de urgencia.

Requisitos para la aplicación del procedimiento acelerado y del procedimiento de urgencia

37. La decisión de aplicar dichos procedimientos corresponde al Tribunal de Justicia. En principio, tal decisión se adopta únicamente sobre la base de una petición motivada del órgano jurisdiccional remitente. No obstante, con carácter excepcional, el Tribunal de Justicia

puede decidir tramitar de oficio una petición de decisión prejudicial mediante un procedimiento acelerado o un procedimiento de urgencia, cuando considere que la naturaleza o las circunstancias específicas del asunto así lo exigen.

38. A tenor del artículo 105 del Reglamento de Procedimiento, una petición de decisión prejudicial podrá tramitarse mediante un **procedimiento acelerado** que establezca excepciones a las disposiciones del antedicho Reglamento, cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo. Dado que este procedimiento impone restricciones importantes a todos los actores del procedimiento, y en particular a los Estados miembros, a los que se insta a que presenten sus observaciones, escritas u orales, en plazos mucho más breves que de ordinario, su aplicación sólo debería solicitarse cuando existan circunstancias específicas que justifiquen que el Tribunal de Justicia se pronuncie rápidamente sobre las cuestiones planteadas. El hecho de que haya un gran número de personas o de situaciones jurídicas que puedan verse potencialmente afectados por la resolución que el órgano jurisdiccional remitente deba dictar después de haber sometido al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial no constituye, como tal, una circunstancia excepcional que pueda justificar la aplicación del procedimiento acelerado³.

39. La recomendación es válida, aún con mayor motivo, por lo que respecta al **procedimiento prejudicial de urgencia**, contemplado en el artículo 107 del Reglamento de Procedimiento. En efecto, este procedimiento, que sólo se aplica a las materias objeto del título V de la tercera parte del TFUE, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia, impone restricciones aún mayores a los interesados, ya que, en particular, limita el número de partes autorizadas a presentar observaciones escritas y, en casos de extrema urgencia, permite omitir completamente la fase escrita del procedimiento ante el Tribunal de Justicia. Por tanto, sólo debería solicitarse la aplicación de este procedimiento en circunstancias en las que sea absolutamente necesario que el Tribunal de Justicia se pronuncie muy rápidamente sobre las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

40. Sin que puedan enumerarse aquí tales circunstancias de manera exhaustiva, en particular, debido a la variedad y a la evolución de las normas de la Unión que regulan el espacio de libertad, seguridad y justicia, un órgano jurisdiccional nacional podría, por ejemplo, plantearse formular una petición de procedimiento prejudicial de urgencia en el caso, contemplado en el artículo 267 TFUE, párrafo cuarto, de una persona detenida o privada de libertad, cuando la respuesta a la cuestión planteada sea determinante para la apreciación de la situación jurídica de esta persona, o en un litigio relativo a la

³ Para hacerse una idea aproximada de las circunstancias que han conducido a acoger o desestimar las peticiones de procedimiento acelerado presentadas basándose en el artículo 104 *bis* del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1991, en su versión modificada, véanse los autos dictados por el Presidente del Tribunal de Justicia, disponibles en el sitio www.curia.europa.eu (se puede acceder a estos autos entrando en la rúbrica «Jurisprudencia» y seleccionando sucesivamente en el formulario de búsqueda las expresiones siguientes: Documentos – Documentos no publicados en la Recopilación – Autos – Procedimiento acelerado).

patria potestad o a la custodia de los hijos, cuando la competencia del juez que deba conocer del asunto en virtud del Derecho de la Unión dependa de la respuesta a la cuestión prejudicial.

Petición de aplicación del procedimiento acelerado o del procedimiento de urgencia

41. Para permitir al Tribunal de Justicia decidir rápidamente si es necesario aplicar el procedimiento acelerado o el procedimiento prejudicial de urgencia, la petición debe exponer con precisión las circunstancias de Derecho y de hecho que acrediten la urgencia y, en particular, los riesgos en que se incurre si la remisión sigue el procedimiento ordinario.

42. En la medida de lo posible, el órgano jurisdiccional remitente indicará, de manera sucinta, su punto de vista sobre la respuesta que haya de darse a las cuestiones planteadas. Tal indicación facilita la toma de postura de las partes del litigio principal y de los demás interesados que participan en el procedimiento, así como la decisión del Tribunal de Justicia, y de este modo contribuye a la celeridad del procedimiento.

43. La petición de aplicación del procedimiento acelerado o del procedimiento de urgencia debe presentarse sin ambigüedad alguna, de tal forma que la Secretaría del Tribunal de Justicia pueda apreciar de inmediato que el expediente requiere una tramitación específica. A tal efecto, se insta al órgano jurisdiccional remitente a que precise cuál de los dos procedimientos considera necesario en el caso de autos y a que mencione en su petición el artículo pertinente del Reglamento de Procedimiento (el artículo 105, relativo al procedimiento acelerado, o el artículo 107, relativo al procedimiento de urgencia). Esta mención debe situarse en un lugar claramente identificable de su resolución de remisión (por ejemplo, en el encabezamiento o en escrito judicial separado). En su caso, un escrito de acompañamiento del órgano jurisdiccional remitente puede poner eficazmente de manifiesto dicha petición.

44. En lo que atañe a la propia resolución de remisión, su carácter sucinto es tanto más importante en una situación de urgencia cuanto que contribuye a la celeridad del procedimiento.

Correspondencia entre el Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional remitente y las partes del litigio principal

45. Para acelerar y facilitar las comunicaciones con el órgano jurisdiccional remitente y las partes que intervienen ante él, se insta al órgano jurisdiccional a que presente una petición de aplicación del procedimiento acelerado o del procedimiento de urgencia a que indique la dirección electrónica, o en su caso el número de fax, que el Tribunal de Justicia podrá

emplear y las direcciones electrónicas, o en su caso los números de fax, de los representantes de las partes del litigio.

46. Es posible transmitir previamente al Tribunal de Justicia una copia de la resolución de remisión firmada, junto con una petición de aplicación del procedimiento acelerado o del procedimiento de urgencia, mediante correo electrónico (ECJ-Registry@curia.europa.eu) o fax (+352 43 37 66). La tramitación de la remisión y de la petición podrá comenzar así tan pronto como se reciba esa copia. No obstante, los originales de estos documentos deberán transmitirse a la Secretaría del Tribunal de Justicia a la mayor brevedad.

Protocolo n.º 16 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹

PREÁMBULO

Los Estados miembros del Consejo de Europa y las otras Altas Partes Contratantes del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «el Convenio»), signatarios del presente Protocolo,

Vistas las disposiciones del Convenio y, en particular, el Artículo 19 que instituye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «el Tribunal»);

Considerando que la ampliación de la competencia del Tribunal para emitir opiniones consultivas permitirá mejorar la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales, y con ello reforzar la aplicación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad;

Visto el Dictamen n.º 285 (2013) adoptado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 28 de junio de 2013,

Han acordado lo siguiente:

Artículo 1

1. Los altos tribunales de las Partes Contratantes, especificados de conformidad con el artículo 10, podrán solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o en sus Protocolos.

2. El tribunal requirente podrá solicitar una opinión consultiva sólo en el contexto de un litigio ante él pendiente.

¹ Traducción realizada por Ana María SAN MIGUEL OSABA y supervisada por el Profesor Ricardo ALONSO GARCÍA.

3. El tribunal requirente deberá motivar su solicitud y proporcionar el marco legal y fáctico relevante del litigio pendiente.

Artículo 2

1. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala decidirá la admisión o no de la solicitud de opinión consultiva teniendo en cuenta el artículo 1. El colegio deberá motivar sus decisiones de rechazo.

2. Si el colegio admite la solicitud, la Gran Sala emitirá la opinión consultiva.

3. El colegio y la Gran Sala, mencionados en los apartados anteriores, incluirán como miembro de pleno derecho al juez elegido en representación de la Alta Parte Contratante a la que pertenece el tribunal requirente. En su ausencia o cuando no esté en condiciones de intervenir, actuará en calidad de juez una persona designada por el Presidente del Tribunal a partir de una lista presentada previamente por esa Parte.

Artículo 3

El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Alta Parte Contratante a la que pertenece el tribunal requirente tendrán derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias. El Presidente del Tribunal, en interés de la buena administración de la justicia, podrá invitar asimismo a cualquier otra Alta Parte Contratante o persona a presentar observaciones por escrito o participar en las audiencias.

Artículo 4

1. Las opiniones consultivas serán motivadas.

2. Si la opinión consultiva no expresa, en todo o en parte, la opinión unánime de los jueces, cualquiera de ellos podrá formular una opinión separada.

3. Las opiniones consultivas serán comunicadas al tribunal requirente y a la Alta Parte Contratante a la que el mismo pertenece.

4. Las opiniones consultivas serán publicadas.

Artículo 5

Las opiniones consultivas no serán vinculantes.

Artículo 6

Las Altas Partes Contratantes considerarán los artículos 1 a 5 del presente Protocolo como artículos adicionales al Convenio, y todas las disposiciones del Convenio se aplicarán en consecuencia.

Artículo 7

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de las Altas Partes Contratantes del Convenio, que podrán manifestar su consentimiento en obligarse mediante:

- a. firma sin reserva en cuanto a ratificación, aceptación o aprobación; o
- b. firma sujeta a ratificación, aceptación o aprobación, seguida de ratificación, aceptación o aprobación.

2. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán ante el Secretario General del Consejo de Europa.

Artículo 8

1. El presente Protocolo entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses desde la fecha en que diez Altas Partes Contratantes del Convenio hayan manifestado su consentimiento en obligarse por el Protocolo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 7.

2. Con respecto a cualquier Alta Parte Contratante del Convenio que manifieste ulteriormente su consentimiento en obligarse por el presente Protocolo, éste entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses desde la fecha de manifestación de su consentimiento en obligarse por el Protocolo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 7.

Artículo 9

No se admitirá reserva alguna fundada en el artículo 57 del Convenio a propósito de las disposiciones del presente Protocolo.

Artículo 10

Cada Alta Parte Contratante del Convenio, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, indicará, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, los tribunales que designa a los efectos del Artículo 1, apartado 1, del presente Protocolo. Esta declaración podrá modificarse en cualquier fecha posterior y de la misma manera.

Artículo 11

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo de Europa y a las otras Altas Partes Contratantes del Convenio:

- a. cualquier firma;

- b. el depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación o aprobación;
- c. cualquier fecha de entrada en vigor del presente Protocolo de conformidad con el Artículo 8;
- d. toda declaración realizada de conformidad con el Artículo 10; y
- d. cualquier otro acto, notificación o comunicación referente al presente Protocolo.

En fe de lo cual, los signatarios, debidamente autorizados a tal efecto, han firmado el presente Protocolo.

Hecho en Estrasburgo el 2 de octubre de 2013, en inglés y en francés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que se depositará en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa remitirá copia certificada conforme a cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa y a las otras Altas Partes Contratantes del Convenio.