

# Derecho o deber del juez nacional de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMUNITARIA.—2.1. Origen.—2.2. Normativa aplicable y naturaleza jurídica de la cuestión.—2.3. Características del procedimiento.—2.4. Sujetos legitimados.—2.4.1. Concepto de órgano jurisdiccional.—2.4.2. Derecho o deber de plantear la cuestión prejudicial.—III. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA EN ESPAÑA.—3.1. Normativa aplicable.—3.2. Sujetos legitimados.—3.3. Derecho o deber de plantear la cuestión prejudicial: La doctrina del Tribunal Supremo.—3.3.1. Derecho o deber de plantear la cuestión prejudicial.—3.3.2. La doctrina del Tribunal Constitucional.—IV. CONCLUSIONES.

## RESUMEN

*El artículo pretende averiguar, a través de la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuándo el planteamiento de la cuestión prejudicial es un deber y no un derecho de los órganos jurisdiccionales nacionales. Tras analizar esta cuestión con carácter general, el estudio se centra en el caso español y en concreto analiza las posturas que sobre este tema han mantenido tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional y sus consecuencias.*

*PALABRAS CLAVE: Cuestión prejudicial, derecho, deber, jurisprudencia.*

---

\* Doctora en Derecho de la Unión Europea. Letrada de la Asamblea de Madrid.

## ABSTRACT

*This article tries to find out, analyzing the European Union law and the case-law of the European Court of Justice, whether the question referred for a preliminary ruling is a duty and not a right of the national courts. After analyzing this issue, the article focuses on the Spanish case, studying the positioning of the Supreme Court and the Constitutional Court on this and its consequences.*

**KEY WORDS:** *Preliminary ruling, rights, duty, case law.*

## I. INTRODUCCIÓN

Hoy día, ningún estudioso de Derecho discute que la cuestión prejudicial es la pieza clave del sistema jurídico de la Unión Europea, no sólo porque lo haya afirmado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en sus Recomendaciones<sup>1</sup>, sino también porque cumple la función específica de proteger jurídica y judicialmente a los ciudadanos de la Unión, que pueden, mediante sus jueces nacionales, llegar al Tribunal de Luxemburgo y obtener una protección efectiva de sus derechos europeos.

A través del procedimiento prejudicial, y por el reconocimiento jurisprudencial de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho europeo, el TJUE ha hecho del Derecho de la Unión Europea un verdadero Derecho supranacional. Hasta el punto de poder afirmar que, la historia misma de la integración europea se presenta como el progresivo despliegue de esta jurisprudencia europea. A través de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo no sólo se ha clarificado el alcance del Derecho de la Unión, es decir, qué artículos de los Tratados tienen efecto directo, qué normas de la Unión Europea gozan de primacía absoluta, qué consecuencias en términos de responsabilidad tienen los Estados por su incumplimiento, etc., sino también, su aplicación uniforme, esto es, cómo se ha ido adaptando y aplicando el Derecho europeo en los diferentes Estados miembros, a través de su desigual aceptación por las diferentes jurisdicciones nacionales.

Esto significa que en un sistema descentralizado, como el de la Unión Europea, a través del principio de cooperación, los jueces nacionales ejercen la función de jueces ordinarios en la aplicación del Derecho europeo, y el TJUE la del juez garante de su correcta aplicación e interpretación<sup>2</sup>. Al acudir al Tribunal de Justicia y adoptar sus resoluciones, los jueces na-

---

<sup>1</sup> La Introducción de las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2016/C 439/01) dice que es *el 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.*

<sup>2</sup> SARRIÓN ESTEVE, J. (2012) "El planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por parte del órgano jurisdiccional español", *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*, Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín y Xulio Ferreiro Baamonde (Dir.). Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, pp. 679-690.

cionales se han convertido en auténticos jueces europeos y con ello, en los promotores de la integración europea que alejan con sus resoluciones judiciales la posibilidad de que los políticos nacionales dicten normas contrarias al Derecho europeo. Esto es, a través de este mecanismo, el TJUE, en terminología de Joseph Weiler<sup>3</sup>, ha sustituido “la supranacionalidad política por la supranacionalidad normativa”.

En España, la relevancia de la cuestión prejudicial no es ajena ni al juez ni al legislador español. Es más, si por algo destaca nuestro sistema prejudicial es por lo insólito de su tratamiento. A la vez que se afirma constantemente que la cuestión prejudicial constituye un tema de vital importancia en el que entran en juego diferentes órdenes jurisdiccionales, con las notables consecuencias que ello implica no sólo para el particular afectado sino también para el resto de la colectividad, el legislador sólo ha llevado a cabo una regulación jurídica parcial de esta prejudicialidad<sup>4</sup>.

Pero, la cuestión se complica más si atendemos a la jurisprudencia nacional, pues la ausencia de una buena regulación unido a la jurisprudencia el Tribunal Constitucional de considerar al Derecho europeo “Derecho infraconstitucional”, ha llevado a dejar absolutamente en manos de los tribunales el plantear o no una cuestión prejudicial ante Luxemburgo.

Si bien los tribunales españoles han dado múltiples ejemplos de la naturalidad con la que han interiorizado el Derecho de la Unión Europea, son también numerosos los ejemplos de errores judiciales fruto de un mal entendimiento de los fundamentos del ordenamiento europeo. Así, no faltan resoluciones judiciales en las que han actuado como si el ordenamiento jurídico transnacional no existiese; o como si no formase parte del sistema de fuentes del Derecho español; o como si la prejudicialidad no existiese y no les hubiese quedado más remedio que erigirse en sus máximos intérpretes, sentando con ello su exégesis sin pararse a reflexionar que ese entendimiento particular, podía no coincidir con el de los demás jueces de los demás Estados de la Unión Europea ni con el TJUE. Resoluciones que han supuesto una quiebra de la irrenunciable unidad, aplicativa e interpretativa del Derecho europeo, clave del proyecto común<sup>5</sup> y que han llevado incluso al TJUE a dictar la sentencia de 12 de noviembre de 2009, C-154/08, *Comisión v España*, en la que por primera vez, se condena a un Estado miembro a raíz de una sentencia de un tribunal interno, dando así

<sup>3</sup> WEILER, J. H. H. (1981) “The Community System: The Dual Character of Supranationalism”, *Year Book European Law*, vol. 1, núm 1, pp. 267-306.

<sup>4</sup> La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder judicial, insólitamente tras referirse a la cuestión prejudicial europea en el artículo 4 bis, con carácter general y para todos los órdenes jurisdiccionales sólo modifica, en su disposición final tercera la Ley 29/1998, de 19 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al incluir en su artículo 88.1 f) como causa de admisión a trámite del recurso de casación el que se interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

<sup>5</sup> HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, JOAQUÍN, “los tribunales nacionales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una visión nacional,” pp. 1-10. Ver en <https://cee.ie.edu/sites/default/files/Los%20tribunales%20nacionales.pdf>.

carta de naturaleza a lo que se ha llamado informalmente “recurso por incumplimiento judicial”<sup>6</sup>.

Por ello en los epígrafes siguientes se intentará explicar la cuestión prejudicial ante el TJUE, si es un deber o un derecho para los tribunales nacionales, y en concreto para los jueces españoles. Lo que necesariamente comporta el estudio de la cuestión prejudicial, conforme a la normativa aplicable del TUE y el TFUE y la doctrina del TJUE, así como el entendimiento que de esta doctrina ha hecho la jurisdicción española incluida la constitucional.

## II. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMUNITARIA

### 2.1. Origen

La denominada cuestión prejudicial europea, es un instrumento procesal de colaboración entre el TJUE y las jurisdicciones internas de sus países miembros que facilita que el Derecho europeo tenga en todo momento y circunstancia el mismo efecto en todos sus Estados miembros<sup>7</sup>.

Este procedimiento prejudicial, aparece regulado en los Tratados desde sus comienzos. Se incorporó al ordenamiento europeo en el artículo 41 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) firmado en París en 1951 y posteriormente, en 1957, pasaría a ser regulada por el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE). En el Tratado de Maastricht de 1992, se incorporó al artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). Y finalmente, por el Tratado de Lisboa de 2007 el reenvío prejudicial se regula en el actual artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en el artículo 19.3.b) del Tratado de la Unión Europea (TUE). En el Tratado de Lisboa se añadió la previsión de la tramitación preferente de la cuestión prejudicial en los procesos en los que haya personas privadas de libertad. Esta regulación de la cuestión prejudicial se completa con los artículos 93 y siguientes del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> SARMIENTO, DANIEL (2012) “La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempo de crisis”, *Papeles de Derecho europeo e Integración Regional, WP IDEIR*, núm. 13, pp. 1-20.

<sup>7</sup> El apartado 2 de la STJUE de 16 de enero de 1974, asunto C-166/73, *Rheinmuhlen I*, dice: *Considerando que el artículo 177, esencial para preservar el carácter comunitario del Derecho instituido por el Tratado, tiene por objeto garantizar que, en cualesquiera circunstancias, este Derecho produzca el mismo efecto en todos los Estados de la Comunidad; que, si bien tiene por objeto evitar divergencias en la interpretación del Derecho comunitario que han de aplicar los órganos jurisdiccionales nacionales, pretende también garantizar esta aplicación ofreciendo al órgano jurisdiccional nacional un medio para eliminar las dificultades que pueda suscitar la exigencia de dar plenos efectos al Derecho comunitario en el marco de los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros; que, por consiguiente, cualquier laguna en el sistema así establecido cuestionaría la eficacia misma de las disposiciones del Tratado y del Derecho comunitario derivado.*

<sup>8</sup> ZAERA ESPINÓS, SALVADOR, (2016) “La cuestión prejudicial europea en la teoría y en la práctica: sentencias *Torresi, K y A*, y programa *OMT*”, Universidad Complutense, Madrid. Texto presentado en el EU law workshop celebrado en la Facultad de Derecho en enero de 2016, pp. 1-32.

Algunos autores<sup>9</sup> consideran que la cuestión prejudicial se basó en las cuestiones de inconstitucionalidad de algunos de los países fundadores de la Comunidad Europea, en concreto, en el *konkrete Normenkontrollverfahren* del artículo 100.1 de la Ley Fundamental de Bonn y el artículo 13 de la Ley del Tribunal Constitucional alemán<sup>10</sup> y la *questione di legittimità costituzionale* del artículo 23, de la Ley N.º 87 de 11 de marzo de 1953, reguladora de todo lo concerniente a la Corte Constitucional italiana<sup>11</sup>. Del mismo modo, desde la perspectiva francesa ha querido encontrarse una similitud de esta cuestión prejudicial en el denominado “contencioso de interpretación”, mediante el cual el juez civil puede solicitar a las autoridades administrativas la interpretación o apreciación de validez de los actos por ellas dictados<sup>12</sup>.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina sigue especulando cómo fue posible su incorporación a los Tratados en un momento histórico donde el contexto normativo (tanto nacional como comunitario) ofrecía muy pocas posibilidades de anclaje y, en un entorno cultural que, hasta los años setenta, prefirió los esquemas del dualismo<sup>13</sup>. La respuesta se ha querido

<sup>9</sup> JIMENO BULNES, MAR: (1996) “La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE”, Ed. J. M. Bosch y (1996) “La cuestión prejudicial comunitaria, últimas novedades jurisprudenciales”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 14, pp. 53-76.

<sup>10</sup> STERN, KLAUS (1980) “*Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*,” Vol. II, Beck, München, pp. 938-978. Ver también LIMBACH, JUTTA (2000) “Función y significado del recurso constitucional en Alemania”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 3, julio-diciembre. El modelo europeo o continental de justicia constitucional, tal y como ha evolucionado tras el original diseño kelseniano, puede verse, en HUMADA, M.ª A. A. (2004) “*La jurisdicción constitucional en Europa*”, Ed. Civitas, Pamplona.

<sup>11</sup> Sobre la cuestión de inconstitucionalidad italiana puede consultarse, entre otros: CAPPELLETTI, M. (1957) “*La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*”, MILANO y SICLARI, M. (1992) “*Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*” PADOVA, CEDAM, pp. 1-179.

<sup>12</sup> JIMENO BULNES, MAR, “*La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*”, op. cit., p. 5. Recuerda esta autora que este instrumento es la consecuencia de la separación que existe en Francia entre la jurisdicción de Derecho común (civil y penal) y el Derecho administrativo, fruto de la separación de poderes de la Revolución Francesa. En este sentido, bajo la denominación de “contencioso de interpretación” se recoge tanto el mecanismo que se ocupa de la interpretación de los actos administrativos como los de control de su validez. Y, dentro de este mecanismo de la jurisdicción francesa, destacan los “reenvíos” en los que se solicita la interpretación o apreciación de validez de un Tratado internacional al ejecutivo, en concreto al Ministerio de Asuntos Exteriores. Esta especialidad, aproxima aún más los caracteres de ambos mecanismos; en consecuencia, también los principios y sistemática de esta interpretación de los Tratados internacionales por el Ministerio de Asuntos Exteriores van a ser adoptados en el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria, como ocurre, por ejemplo, con la técnica interpretativa de la llamada “teoría del acto claro”. Ver también, DEBBASSCH, C. (1981) «*Contentieux administratif*», 3.ª Ed., esp. pp. 871 y ss; CRANJON, D. (1968) «*Les questions préjudicielles*», *Actualité juridique. Droit administratif, Doctrine*, pp. 75 y ss.

<sup>13</sup> VAUCHEZ, ANTOINE (2008) “Integration-through-law. Contribution to a socio-history of EU political commonsense”. *EU Working Papers*, RSCAS 2008/10, pp. 1-33. Ver en <http://ssrn.com/abstract=1260166>. Recuerda este autor que, en la década de los sesenta, de 1962-1966, los líderes políticos paneuropeos se enfrentaban al cierre de las políticas de integración europeas, por los muchos desacuerdos y la crisis que se desarrolló entre los Estados miembros. El fracaso de las diversas iniciativas para reactivar la integración europea (como el Plan Fouchet de 1961-1962, las propuestas Hallstein de marzo 1965, o el rechazo de la solicitud británica para formar parte de la Comunidad en enero de 1963) ilustra el endurecimiento de las posiciones diplomáticas de los Estados miembros y marcó una ruptura repentina en el ascenso de la Comisión dentro del sistema institucional de la Comunidad Europea. Rápidamente quedó claro que era “poco realista” esperar una revitalización conjunta de la Comisión y el Parlamento.

encontrar en la naturaleza jurídica de los Tratados. Es decir, en la idea de los dos políticos franceses, que con la ayuda del jurista Paul Reuter, decidieron elaborar una comunidad internacional basada en un “método funcional” de carácter “supranacional”. Como muchos de los líderes políticos paneuropeos con posiciones destacadas en las instituciones comunitarias eran a la vez juristas de reconocido prestigio (Fernand Dehousse, Walter Hallstein, Carl Ophuls, Jean Rey, Ivo Samkalden, Paul-Henri Spaak, o Pierre-Henri Teitgen) las fronteras entre el Derecho y la política empezaron a desdibujarse. Esta difuminación de las fronteras entre el Derecho y la política será esencial para comprender cómo estos *gentlemen* políticos de la ley fueron capaces de aprovechar el nuevo curso, para dotar al Tribunal de Justicia de la condición de un verdadero tribunal y para redirigir sus propias inversiones paneuropeas en la promoción del Estado de Derecho europeo<sup>14</sup>.

Sea como fuere, a la luz de esta situación, el TJUE aprovechó la conjunción de las características especiales de los Tratados fundacionales, para intentar recuperar el europeísmo perdido. Al plantearle un tribunal holandés una cuestión prejudicial, por el artículo 177, éste aprovechó la ocasión para aplicar de forma revolucionaria el principio de eficacia directa propio de la hermenéutica clásica del Derecho internacional (*pacta sunt servanda*). Dicho de otra manera, al pedir la cuestión prejudicial y hacer referencia al artículo 12 del Tratado, en el asunto *Van Gen & Loos*, el tribunal holandés abrió la puerta conceptual (y políticamente) al Tribunal de Justicia para la aplicación del principio de eficacia directa<sup>15</sup>. Dos años más tarde al volverle a plantear una cuestión prejudicial un juez de paz de Milán, volvió a recuperar un concepto propio de la tradición internacional y reconoció la primacía del Derecho comunitario<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> VAUCHEZ, ANTOINE, “Integration-through-law. Contribution to a socio-history of EU political commonsense”, op. cit.

<sup>15</sup> El apartado II. B de la STJUE de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, *Van Gend & Loos*, dirá que: [...] *la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias. “(...) la circunstancia de que el Tratado, en los artículos antes citados, faculta a la Comisión y a los Estados miembros para demandar ante el Tribunal de Justicia a un Estado que no haya cumplido sus obligaciones, no implica la imposibilidad de que los particulares invoquen, llegado el caso, esas obligaciones ante el Juez nacional.* Ver también WEILER, J.H.H. (2013) “Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the individual”, *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend et Loos, 1963-2013*, Conference Proceedings—Luxembourg 13 may 2013, pp. 11-21; CID VILLAGRASA, BLANCA (2016), “La jurisprudencia europea y su interferencia en el proceso de integración: primacía, eficacia directa y cuestión prejudicial”, *¿Debe algún tribunal tener la última palabra? El Tribunal de Justicia y los tribunales de los seis Estados fundadores y del Reino Unido?*, Ed. Marcial Pons, Cap. II. pp. 63-79.

<sup>16</sup> El apartado, Sobre la aplicación del artículo 177: Argumento basado en la obligación del Juez de aplicar la ley interna de la STJUE de 25 de julio de 1964, asunto C-6/64, *Costa v. ENEL*., dirá: *a diferencia de los Tratados internacionales, el Tratado de la CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales; que, en efecto, al instituir una Comunidad de duración ilimitada, dotada de Instituciones*

Por esta razón se afirma, que las sentencias *Van Gend & Loos* y *Flaminio Costa v ENEL* unidas a la cuestión prejudicial son, probablemente, las dos resoluciones, más importantes del TJUE. A través de ellas el Tribunal de Luxemburgo decidió básicamente el futuro del Derecho comunitario, como aquel que debía tener primacía y eficacia directa sobre el Derecho nacional, cimentando las bases de la importancia que posteriormente tendría la legislación europea en los diferentes Estados miembros. Sin estas resoluciones, fruto de cuestiones prejudiciales, la norma comunitaria habría sido una norma más del Derecho internacional, no hubiera habido Tratados europeos eficaces sin la supremacía de la legislación europea sobre la ley de Estados miembros; ninguna supremacía hubiera subsistido sin efecto directo oponible por los ciudadanos; y ningún efecto directo se hubiera producido sin resoluciones prejudiciales previas que hubieran garantizado la aplicación uniforme de la norma europea en todo la Unión Europea. Sin estos tres pilares la Comunidad Europea se hubiera desmoronado, porque no habría podido poner en orden la heterogénea y multinivel esfera de competencias europeas.

## 2.2. Normativa aplicable y naturaleza jurídica de la cuestión

El artículo 19. 3 b) TUE establece que, *el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados: b) Con carácter prejudicial, a petición de los órganos nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones.*

Y el artículo 267 TFUE añade que:

*“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:*

- a. sobre la interpretación de los Tratados;*
- b. sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;*

*Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.*

*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.*

---

*propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos. (...) contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento; que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado..., y sin causar una discriminación prohibida... (...) La primacía del Derecho comunitario está confirmada por el artículo 189...*

*Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.*

Esta normativa, a su vez ha sido desarrollada en los artículos 23 y 23 bis del Protocolo (núm. 3) sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, anejo a los Tratados<sup>17</sup>; en el Título tercero: de las cuestiones prejudiciales, artículos 93-118, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012<sup>18</sup>; y en las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativa al planteamiento de cuestiones prejudiciales, de 25 de noviembre de 2016<sup>19</sup>.

Más allá de las disposiciones citadas, también constituye normativa aplicable a los procedimientos ante el Tribunal de Justicia, y por lo tanto al procedimiento prejudicial, la Decisión del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2011 sobre la presentación y notificación de escritos procesales a través de la aplicación e-Curia. Con la mencionada resolución se puso en funcionamiento un servicio denominado e-Curia que permite la presentación y notificación de escritos procesales por vía exclusivamente electrónica, así como la consulta de su estado de tramitación.

De conformidad con la normativa anterior, la competencia para conocer de las cuestiones prejudiciales pertenece al TJUE, órgano jurisdiccional superior de la Unión Europea, que estará obligado a responder en todos aquellos casos que se le presenten<sup>20</sup>. Ello pese a la descarga de tareas que este Tribunal sufre tras la posibilidad que le brinda el artículo 256.3 TFUE de atribuir al Tribunal General, en materias específicas, la resolución de cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces nacionales<sup>21</sup>. Sin embargo,

<sup>17</sup> Modificado por el Reglamento (UE, Euratom) núm. 741/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de agosto de 2012; por el artículo 9 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones del Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica; por el Reglamento (UE, Euratom) 2015/2422 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015; y por el Reglamento (UE, Euratom) 2016/1192 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativo a la transferencia al Tribunal General de la competencia para conocer, en primera instancia, de los litigios entre la Unión Europea y sus agentes.

Ver en [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_8022/procedure](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_8022/procedure).

<sup>18</sup> Modificado el 18 de junio de 2013 (DO L 173 de 26.6.2013) y el 19 de julio de 2016 (DO L 217 de 12.8.2016).

<sup>19</sup> Para más información sobre la normativa aplicable ver SOCA TORRES, ISAAC (2015) “*El concepto de órgano jurisdiccional en el planteamiento de la cuestión prejudicial europea*”, Tesis Doctoral, Joan Picó Jonoy (Dir.), Universidad Ramón LLull, ESADE Law School, Barcelona, pp. 50-64.

<sup>20</sup> Esto no significa que deba admitir a trámite toda cuestión prejudicial que se le presente, pues puede declarar inadmisibles las cuestiones prejudiciales, como ha reiterado en numerosas sentencias, cuando no considere al órgano remitente órgano jurisdiccional, la cuestiones que se le plantee sean excesivamente generales o hipotéticas y no se vea claro que relación guarda con el objeto del proceso principal, no afecten a normas del Derecho Unión si no a cuestiones meramente internas de los Estados miembros, carezca de competencia, la cuestión sea reiterativa de otras anteriores, etc.

<sup>21</sup> El artículo 256.3 TFUE dice: *El Tribunal General será competente para conocer de las cuestiones prejudiciales, planteadas en virtud del artículo 267, en materias específicas determinadas por el Estatuto. Cuando el Tribunal General considere que el asunto requiere una resolución de principio que pueda afectar a la unidad o a la coherencia del Derecho de la Unión, podrá remitir el asunto ante el Tribunal de Justicia para que éste resuelva. Las*

al no haberse llevado a cabo ninguna adopción en el Estatuto por lo que atañe a esta cuestión, el Tribunal de Justicia sigue siendo el único competente para pronunciarse con carácter prejudicial.

El artículo 267 TFUE establece dos tipos de procedimientos para plantear una cuestión prejudicial, el ordinario y el abreviado. Con carácter general la cuestión prejudicial ha de seguir el procedimiento ordinario (arts. 93 a 105 del Reglamento), pero, con arreglo al artículo 23 bis del Estatuto y a los artículos 105 a 114 del Reglamento, la petición de decisión prejudicial puede tramitarse en determinadas circunstancias mediante un procedimiento acelerado o un procedimiento de urgencia. La decisión de aplicar dichos procedimientos corresponde al Tribunal de Justicia, que la adopta, bien sobre la base de una petición debidamente motivada del órgano jurisdiccional remitente en la que se expongan las circunstancias de Derecho o de hecho que lo justifiquen, o bien de oficio, excepcionalmente, cuando considere que la naturaleza o las circunstancias específicas del asunto así lo requieren. Según reiterada jurisprudencia, este procedimiento, únicamente se aplica a las materias contempladas en el Título V de la tercera parte del TFUE, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia. Y, solo debe solicitarse 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, pues impone restricciones aún mayores a los interesados, ya que limita el número de partes autorizadas a presentar observaciones escritas y permite, en casos de extrema urgencia, omitir completamente la fase escrita del procedimiento ante el Tribunal de Justicia<sup>22</sup>.

A su vez el objeto de la cuestión prejudicial puede ser interpretativa o de apreciación de validez. El trámite de ambas cuestiones es diferente, aunque el TJUE ha adoptado soluciones muy próximas para las dos. Según constante jurisprudencia, una cuestión prejudicial de interpretación puede recaer sobre todas las fuentes de Derecho de la Unión, con independencia del rango y de su autor, incluidas las resoluciones del TJUE y los actos de otras instituciones, órganos y organismos que no son obligatorios, como las recomendaciones y dictámenes<sup>23</sup>. La cuestión de validez es más restrictiva y no alcanza a los Tratados, las Actas de Adhesión y sus Protocolos, a la legalidad de los acuerdos internacionales de los que sea parte la UE, a las resoluciones aprobadas por los órganos creados por tales acuerdos in-

---

*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.*

<sup>22</sup> Apartados 31-33 de las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2016/C 439/01).

<sup>23</sup> Los apartados 18-20 de la STJUE 13 de diciembre de 1989, asunto C-322/88, *Grimaldi*, imponen al juez la obligación de no olvidar la existencia de la recomendación, de utilizar este acto comunitario no como parámetro interpretativo, sino como motivación sobre su posible descarte en la aplicación del Derecho interno contrario al Derecho comunitario. La recomendación debe ilustrar acerca de la interpretación de las disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante.

ternacionales, a la validez de las sentencias prejudiciales del TJUE, o, a los actos no vinculantes de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. Además, en la cuestión prejudicial de invalidez, el TJUE sólo puede declarar inválido el acto europeo, pero no puede anularlo, para ello se deberá acudir al recurso de anulación a que se refiere el artículo 263 TFUE, de tal suerte que el acto cuya invalidez se haya constatado no desaparecerá formalmente del ordenamiento jurídico y corresponde a la institución europea que lo aprobó proceder a su modificación o derogación para cumplir la sentencia prejudicial (art. 266 TFUE).

La finalidad de la cuestión prejudicial de interpretación y de apreciación de validez no varía. Ambas van dirigidas a procurar la uniformidad del conjunto del Derecho de la Unión en su aplicación por todos los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea (defensa del *ius constitutionis*), y ocuparse de la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos de la Unión (*ius litigatoris*). Por esta razón, se considera a este procedimiento como el instrumento de colaboración judicial, por el que los jueces y tribunales nacionales se convierten junto con los tribunales de la Unión en jueces europeos. De ahí que el Tribunal de Justicia se refiera a este procedimiento como el de la cooperación judicial, conforme al principio de cooperación leal, primero reconocido en el artículo 5 TCE, luego en el artículo 10 TCE, y ahora en el 4.3 TUE<sup>24</sup>. Razones estas que llevan a la doctrina a utilizar la expresión “diálogo entre jueces”<sup>25</sup>, para hacer referencia a este procedimiento en el que además esta cooperación directa entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia se lleva a cabo en un plano de igualdad, pues, en

---

<sup>24</sup> La STJUE de 1 de diciembre de 1965, asunto C-16/65, *Schwarze*, dirá: (...) *en el marco, muy particular, de la cooperación judicial establecida mediante el artículo 177, en virtud de la cual el órgano jurisdiccional y el Tribunal de Justicia deben cooperar directa y recíprocamente, dentro del ámbito de sus propias competencias, a la elaboración de una resolución con el fin de garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros*; la STJUE 5 de marzo de 1980, asunto C-265/78, establecerá que *incumbe a las jurisdicciones de los Estados miembros el asegurar, mediante la aplicación del principio de cooperación enunciado en el artículo 5 del Tratado, la protección jurídica derivada del efecto directo de las disposiciones comunitarias, tanto cuando estas generen obligaciones para los justiciables como cuando les otorguen derechos*; la STJUE de 8 de octubre de 1987, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, recordará que, *en otros casos, este principio actúa, igualmente, como basamento para el reconocimiento de cuestiones tan cruciales como la obligación de los Estados miembros de garantizar la plena aplicación y el respeto del Derecho de la Unión dentro de los mismos así como, en especial por lo que a los órganos jurisdiccionales se refiere, la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento nacional confiere a los justiciables*. Ver UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JUAN IGNACIO y BENGOTXEA CABALLERO, JOXERRAMON (2014) “Breves apuntes sobre las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, UNED, pp. 443-480.

<sup>25</sup> JIMENO BULMES, MAR, “La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE”, op. cit. Recuerda esta autora que esta expresión procede de LECOURT, R. *L’Europe des juges*, Bruselas 1976, p.p. 266. Ver también LUTHER, JÖRG (2005) “Jueces europeos y jueces nacionales: La Constitución del diálogo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3, pp. 159-182. Este autor dirá que: *El diálogo entre los jueces es una de las “cosas” que parecen fundamentales para la cultura constitucional de Europa hasta el punto de no poder ser “puestas” por un poder constituyente momentáneo, sino que sólo resultan más o menos “posibles” gracias a la obra común de la doctrina y de los intérpretes del Derecho constitucional “vivo”. La cultura del diálogo entre los jueces europeos y los jueces nacionales es fruto de deberes y de la necesidad, pero también fuente de poderes y una oportunidad de desarrollo. Esta cultura se basa no sólo en la ética profesional de los jueces, sino quizás también en el principio “pacta sunt servanda” y en la buena fe en la aplicación de los pactos constitucionales de la Unión. El diálogo directo es un deber inderogable del juez.*

principio, el TJUE no revisa lo enjuiciado por las jurisdicciones internas ni mantiene relaciones de jerárquica con ellas<sup>26</sup>. Si olvidar que esta ausencia de jerarquía no implica, sin embargo, que las jurisdicciones nacionales no estén obligadas a respetar las sentencias prejudiciales.

### 2.3. Características del procedimiento

En coherencia con lo antedicho, la cuestión prejudicial se caracteriza según la normativa aplicable y la jurisprudencia del TJUE, por ser:

- Un procedimiento incidental, contingente y accesorio respecto del principal que se desarrolla dentro de los trámites propios del órgano jurisdiccional nacional.<sup>27</sup>
- Un procedimiento alejado del estricto rigor formalista, pues no es un recurso en sentido técnico procesal, sino un incidente que se suscita en el marco de un litigio principal que provoca la suspensión del fallo del fondo del asunto hasta la resolución de aquél por el TJUE, que no examina lo juzgado por otra jurisdicción, ni resuelve el proceso nacional<sup>28</sup>.
- “Un procedimiento sin partes”<sup>29</sup>, en el que no hay partes en sentido estricto, sino sujetos legitimados para participar, o una “legitimación de planteamiento”. Razón por la que junto con el juez *a quo* son parte del litigio principal las que el órgano jurisdiccional

<sup>26</sup> LUTHER, JÖRG, “Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo”, op. cit. p. 169. Este autor recuerda que según los detractores de la cuestión prejudicial, este diálogo se desarrolla más en forma vertical de “*one way conversation*”, mientras que sus defensores, ven el diálogo de forma horizontal con preguntas y respuestas recíprocas y responsabilidades compartidas.

<sup>27</sup> El apartado 16 de la STJUE de 21 de febrero de 1991, asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, *Zuckerfabrik*, recordará que, cuando la aplicación administrativa de los Reglamentos comunitarios compete a las autoridades nacionales, la protección jurisdiccional garantizada por el Derecho comunitario implica el Derecho de los justiciables a impugnar, por vía incidental, la legalidad de estos Reglamentos ante un órgano jurisdiccional nacional y a dar lugar a que éste plantee cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

<sup>28</sup> La STJUE de 1 de diciembre de 1965, asunto C-16/65, *Schwarze* dirá: que cuando parece que el verdadero objeto de las cuestiones planteadas por un órgano jurisdiccional nacional consiste más bien en el examen de la validez que en la interpretación de actos comunitarios, incumbe al Tribunal de Justicia proporcionar de inmediato la respuesta a dicho órgano jurisdiccional sin obligarle a un formalismo meramente dilatorio incompatible con la propia naturaleza de los mecanismos establecidos por el artículo 177; que, si bien semejante rigor formalista es comprensible en procedimientos contenciosos instados entre partes, cuyos respectivos derechos deben regirse por normas estrictas, no puede suceder lo mismo en el marco, muy particular, de la cooperación judicial establecida mediante el artículo 177.

<sup>29</sup> La STJUE de 27 de marzo de 1963, asuntos acumulados C- 28/62, C-29/62 y C-30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV y Hoechst-Holland NV*, dirá: que, finalmente, este aspecto de la actividad del Tribunal de Justicia en el marco del artículo 177 está corroborado por no haber partes, en el sentido propio del término, lo cual caracteriza a este procedimiento. Ver también la STJUE de 9 de diciembre de 1965, asunto C- 44/65, *S.Hessische Knappschaft*; MARTÍN ARRIBAS, JUAN JOSÉ y DEMBOUR VAN OVERBERGH, PATRICIA (2001) “La cuestión prejudicial a la luz del artículo 68 del Tratado de la Comunidad Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 5, núm. 9, pp. 321-348; MANUEL CIENFUEGOS, MATEO (2014) “La Cuestión Prejudicial Comunitaria: Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, *Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series* Vol. 1 núm. 1, February, pp. 1-21.

remite como tales con arreglo a las normas de procedimiento nacional (art. 97 del Reglamento), y también podrán intervenir los Estados miembros, terceros Estados vinculados a la Unión, la Comisión y la institución que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona (art. 23 del Estatuto y art. 96 del Reglamento). Incluso el artículo 95 del Reglamento permite el anonimato del órgano jurisdiccional remitente<sup>30</sup>.

- Un procedimiento en el que el TJUE se pronuncia: sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión (art. 267 TFUE). Las cuestiones de apreciación de validez además suponen una modalidad de control de la legalidad de los actos de las instituciones europeas<sup>31</sup>.
- Un procedimiento cuya resolución no tiene autoridad absoluta sino general, pues compete a las autoridades nacionales la protección jurisdiccional garantizada por el Derecho europeo<sup>32</sup>. Es decir, como es un procedimiento incidental, si bien el Tribunal de Justicia adopta su decisión teniendo necesariamente en cuenta el contexto jurídico y fáctico del litigio principal, tal como lo haya determinado el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial, no es el propio Tribunal de Justicia quien aplica el Derecho de la Unión al litigio. Al pronunciarse sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia se esfuerza por dar una respuesta útil para la resolución del litigio principal, pero es el órgano jurisdiccional remitente quien debe extraer las consecuencias concretas de dicha respuesta, inaplicando, si fuera necesario, la norma nacional declarada contraria con el Derecho de la Unión<sup>33</sup>. No obstante, en muchas ocasiones el Tribunal de Justicia materialmente ha ido más allá y se ha pronunciado sobre la disposición nacional objeto del proceso principal o sobre las medidas que el Estado ha de

---

<sup>30</sup> El artículo 95 del Reglamento establece: 1. Cuando el órgano jurisdiccional remitente haya decidido aplicar el anonimato, el Tribunal de Justicia respetará dicho anonimato en el procedimiento pendiente ante él. 2. A instancia del órgano jurisdiccional remitente, a petición debidamente motivada de una parte del litigio principal o de oficio, el Tribunal podrá además, si lo estima necesario, ocultar la identidad de una o varias personas o entidades afectadas por el litigio.

<sup>31</sup> El apartado 16 de la STJUE de 22 de octubre de 1987, asunto C-314/85, *Foto-Frost*, dice: Es importante recordar a este respecto que la remisión prejudicial para que se aprecie la validez de un acto constituye, de la misma manera que el recurso de anulación, una modalidad del control de legalidad de los actos de las instituciones comunitarias. Tal como este Tribunal de Justicia señaló en su sentencia de 23 de abril de 1986 (*Partido ecologista «Los Verdes»/Parlamento Europeo*, 294/83, Rec. 1986, p. 1339 y ss.), “en sus artículos 173 y 184, por una parte, y en su artículo 177, por otra, el Tratado establece un sistema completo de tutela jurisdiccional y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones”.

<sup>32</sup> La STJUE de 21 de febrero de 1991, asunto C-143/88 y C- 92/89, *Zuckerfabrik* se refiere a la autoridad de las resoluciones interpretativas y la STJUE de 13 de mayo de 1981, asunto C-66/80, a la autoridad de las resoluciones prejudiciales de invalidez.

<sup>33</sup> Apartado 11 de las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2016/C 439/01).

adoptar para dar cumplimiento al Derecho europeo. El Tribunal ha justificado este tipo de pronunciamientos en su competencia “para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho europeo que le permitan apreciar la compatibilidad de dichas normas con la normativa europea<sup>34</sup>.

- Es por tanto, un procedimiento en el que su resolución prejudicial, es obligatoria y firme (art. 91 del Reglamento), con efectos *erga omnes*, desde el mismo día de su pronunciamiento tanto para las que declaran la invalidez de un acto de una institución<sup>35</sup> como las que son meramente interpretativas. Ahora bien, como tiene autoridad general y no absoluta, dispone de autoridad sólo para la jurisdicción nacional que ha solicitado la cuestión<sup>36</sup>, para cuantas otras jurisdicciones se ocupen del litigio que la motivo<sup>37</sup> y para los demás tribunales nacionales<sup>38</sup>, siempre y cuando ninguno de ellos, formulen nuevas cuestiones, por considerarse suficientemente informados o que no necesitan nuevas aclaraciones. Es decir, no tienen eficacia de cosa juzgada formal, pues es posible plantear al TJUE nuevas cuestiones prejudiciales sobre la validez o sobre la interpretación del precepto sobre el que ya se ha pronunciado. Ello, sin embargo, no le resta valor vinculante, de ahí que la resolución prejudicial goce de una autoridad general, autoridad de cosa interpretada o autoridad del precedente, según el concepto anglosajón<sup>39</sup>. La interpretación de la norma europea proporcionada

<sup>34</sup> NÚÑEZ LOZANO, MARIA DEL CARMEN (2017) “La eficacia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre los actos nacionales”, Ponencia para el XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, La Laguna, 3 y 4 de febrero, pp. 1-56. Esta autora recuerda en su cita 101, numerosos ejemplos de la jurisprudencia del TJUE en el que parece que la sentencia enjuicia la disposición nacional más que interpretar la normativa europea. SSTJUE tales como la de 13 de febrero de 1985, asunto C-293/83, *Gravier*; de 27 de febrero de 2014, asunto 82/12, *Jordi Besora*, etc. Y en las citas 102 y 103 sobre las medidas que debe adoptar el Estado, SSTJUE tales como la 9 de noviembre de 1983, asunto C-199/82, *San Giorgio*; 20 de febrero de 1980, asunto 68/79, *Hans Just*; 27 de febrero de 1980, asunto 171/78, *Comisión v Reino de Dinamarca*, etc.

<sup>35</sup> Incluso en las sentencias prejudiciales que aprecian la invalidez, como recuerda el apartado 18 de la STJUE de 13 de mayo de 1981, asunto C-66/80, *International Chemical Corporation: Una sentencia del Tribunal de Justicia que declare, con arreglo al artículo 177 del Tratado, la invalidez de un acto de una Institución, en particular de un Reglamento del Consejo o de la Comisión, aunque sólo se dirige directamente al órgano jurisdiccional que planteó la cuestión al Tribunal de Justicia, constituye razón suficiente para que cualquier otro órgano jurisdiccional considere dicho acto inválido a los efectos de una resolución que deba dictar. Ahora bien, como dicha declaración no priva, sin embargo, a los órganos jurisdiccionales nacionales de la competencia que les reconoce el artículo 177 del Tratado, corresponde a dichos órganos apreciar la existencia de un interés en plantear de nuevo una cuestión ya resuelta por el Tribunal de Justicia en el supuesto de que éste haya declarado anteriormente la invalidez de un acto de una Institución de la Comunidad. Semejante interés puede existir en particular si subsisten cuestiones relativas a los motivos, el alcance y, en su caso, las consecuencias de la invalidez anteriormente declarada.*

<sup>36</sup> STJUE de 3 de febrero de 1977, asunto C-52/76, *Beneditti v Munari*.

<sup>37</sup> STJ de 24 de junio de 1969, asunto C-29/68, *Milch, Fett und Eierkontor GmbH*.

<sup>38</sup> STJUE de 27 de marzo de 1963, asuntos acumulados C-28 a C-30/62, *Da Costa en Schaake NV y otros*.

<sup>39</sup> LOUIS, JEAN-VICTOR (1983) “Los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 10, núm. 1, enero-abril, pp. 9-21.

por el TJUE en su sentencia prejudicial se funde y confunde con la propia norma interpretada hasta formar un todo inseparable e indivisible, que equivale a una nueva formulación de la norma que, como tal, habrá de ser aplicada. Por ello, el juez nacional remitente, aunque pueda pedir nuevas aclaraciones, en última instancia habrá de resolver el litigio interno a la luz de lo que se disponga en la resolución prejudicial. De no ser así, además de los recursos que puedan proceder en el ámbito interno por parte del interesado, el incumplimiento del órgano jurisdiccional puede ser residenciado ante el Tribunal de Justicia a través del correspondiente recurso por incumplimiento, que en su caso dará lugar a una sentencia declarativa de tal incumplimiento que no afectará a la sentencia nacional que entre tanto haya adquirido firmeza<sup>40</sup>.

- Un procedimiento que finaliza en una resolución con eficacia *ex tunc*, pues aunque la normativa aplicable no dice nada al respecto, el TJUE entiende que a este tipo de resoluciones les será de aplicación con carácter general, el párrafo segundo del artículo 264 TFUE, sin perjuicio de que el TJUE pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica<sup>41</sup>. Esto es, el TJUE, con carácter general, cuando dicta una resolución lo hace con efecto retroactivo, por entender que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, da a una norma de la Unión Europea el significado y extensión de dicha norma tal y como debe o debió de ser entendida y apreciada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada o apreciada puede y debe ser entendida y apreciada por el mismo juez a relaciones jurídicas nacidas o constituidas antes de la sentencia. Solamente a título excepcional, el Tribunal de Justicia podría, en aplicación de un principio general de seguridad jurídica inherente al orden jurídico europeo, y teniendo en cuenta los graves desórdenes que una sentencia podría producir en razón del pasado, con respecto a relaciones jurídicas establecidas de buena fe, limitar la posibilidad de que todo interesado invoque la disposición así interpretada o apreciada. Además semejante limitación no se puede admitir sino

---

<sup>40</sup> Para más información sobre los efectos de las sentencias prejudiciales ver MANUEL CIENFUEGOS, MATEO (2014) “La Cuestión prejudicial comunitaria”, op., cit, pp. 6 y 13-16.

<sup>41</sup> Apartados 36 y 38 de la STJUE de 19 de octubre de 1995, asunto C-137/94, *Richardson*: *Por último, para solicitar que se limiten los efectos en el tiempo de la presente sentencia, el Gobierno del Reino Unido no puede basarse ni en las consecuencias financieras que ésta podría acarrear ni en la consideración de que los hechos que servirían de base a posibles reclamaciones serían con frecuencia difíciles, si no imposibles, de verificar. (...) En consecuencia, procede responder a la tercera cuestión que no procede limitar los efectos en el tiempo de la presente sentencia, de forma que el efecto directo del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7 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 por personas que no hayan iniciado una acción judicial ni hayan presentado una reclamación equivalente antes de dicha fecha.*

en la propia sentencia y como ejercicio de una prerrogativa que pertenece en exclusiva al Tribunal de Luxemburgo<sup>42</sup>.

- Un procedimiento cuya resolución no permite accionar ni el recurso de interpretación ni ninguno de los medios extraordinarios de rescisión de la cosa juzgada formal previstos por los artículos 42 a 44 del Estatuto. De hecho lo único que cabe es la corrección de errores o inexactitudes evidentes, de oficio o a instancia de parte (art. 103 del Reglamento).
- Un procedimiento en el que el efecto vinculante de la resolución se predica no sólo de la parte dispositiva sino también de la motivación que conduce necesariamente a ella<sup>43</sup>.

## 2.4. Sujetos legitimados

El único sujeto facultado para plantear una cuestión prejudicial es el juez nacional que está conociendo de un proceso concreto (juez *a quo*). Sólo los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden plantear una cuestión prejudicial (art. 23 del Estatuto y 96 del Reglamento). No obstante esta facultad se convierte en obligación cuando la resolución que deba dictar el juez *a quo* no sea susceptible de ulterior recurso (art. 267.3 TFUE).

En consecuencia el planteamiento de la cuestión prejudicial plantea dos problemas bien diferenciados: el primero, que de la normativa establecida en los Tratados no se contiene ninguna definición de lo que se entiende por órgano jurisdiccional y la segunda cuando es una facultad discrecional del órgano plantear la cuestión prejudicial y cuando una obligación.

### 2.4.1. Concepto de órgano jurisdiccional

La normativa europea no contiene ninguna pista que permita averiguar qué se considera órgano jurisdiccional nacional, por lo que su catalogación se ha delimitado jurisprudencialmente, siendo considerado como un concepto autónomo de Derecho europeo (teoría de la adopción) y, consecuentemente, sustrayéndolo de la definición dada en cada uno de los sistemas jurídicos nacionales (teoría del reenvío).

En sus comienzos, el TJUE aceptó la calificación dada al órgano por el ordenamiento nacional, pero no tardó en darse cuenta que cada Estado miembro atribuía la potestad de juzgar a órganos muy dispares, haciendo que el concepto de potestad jurisdiccional presentase gran complejidad y

---

<sup>42</sup> SSTJUE de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75, *Defrenne v Sabena* y de 27 de marzo de 1980, asuntos acumulados C-66, 127 y C-128/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Salumi*.

<sup>43</sup> El apartado 4 de la STJUE de 16 de marzo de 1978, asunto C-135/77, *Bosch*, dirá: *La parte dispositiva de una sentencia interpretativa dictada sobre la base del artículo 177 del Tratado debe ser entendida a la luz de la de los fundamentos de estos apartados.*

diversidad en los ordenamientos internos. Así, en los Estados en los que regía el principio de unidad de jurisdicción, la identificación de un órgano jurisdiccional no era difícil. Sin embargo, en los Estados con organizaciones complejas, donde el ejercicio de la función jurisdiccional no obedecía a este principio, se daban pluralidad de jurisdicciones o la existencia de entes que, si bien no se calificaban propiamente como judiciales, ejercía funciones jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales<sup>44</sup>.

La existencia de esta realidad tan distinta, llevó al Tribunal de Justicia a superar la calificación nacional de jurisdicción, y dar a la expresión un nuevo contenido, más amplio que el utilizado por los Estados miembros.

En la sentencia de 30 de junio de 1966, asunto C-61/65, *Vaasen-Göbbels*, el Tribunal de Justicia sentó una serie de criterios para que un órgano de un Estado miembro pudiese ser considerado jurisdiccional *a los efectos de poder hacer uso legítimo de las facultades del artículo 267 TFUE*, aunque el Derecho del Estado miembro en cuestión lo considerase carente de jurisdicción<sup>45</sup>. El TJUE consideró que todo órgano adquiriría el carácter de jurisdiccional a los efectos del artículo 267 TFUE si cumplía cinco requisitos: el origen legal del órgano, su carácter permanente, la coercibilidad de su jurisdicción, la naturaleza contradictoria o de orden público del procedimiento y la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas. A partir de esta sentencia, ha verificado, en cada caso, la concurrencia de los citados requisitos, que ha perfilado y completado, añadiendo otros, como el de la independencia, que apareció citado en la sentencia de 11 de junio de 1987, asunto C-14/86, *Pretori di Saló* y fue asumido a partir de la sentencia de 30 de marzo de 1993, asunto C-24/92, *Pierre Corbiau*. Junto a esta doctrina jurisprudencial, en el año 2012, el TJUE dictó la Recomendación 2012/C 338/01, en la que en su párrafo noveno reiteraba que la condición de órgano jurisdiccional debe interpretarse como un concepto autónomo del Derecho de la Unión, teniendo en cuenta, a este respecto, los parámetros establecidos, en las sentencias *Vaasen-Göbbels* y *Pierre Corbiau*. Lo que volverá a reiterar en el párrafo 4 de las Recomendaciones 2016/C 439/01.

Ahora bien, aunque la jurisprudencia ha permanecido sin cambios en cuanto al enunciado de estos criterios, los mismos han recibido, interpretaciones cuando menos vacilantes y en ocasiones confusas. La razón fundamental, según el Tribunal de Luxemburgo, es porque al corresponder a los Estados miembros adoptar, cada uno en su territorio, las medidas necesarias para garantizar la completa ejecución de las disposiciones adoptadas por

---

<sup>44</sup> SOCA TORRES, ISAAC (2015) “el concepto de órgano jurisdiccional en el planteamiento de la cuestión prejudicial europea”, op., cit.

<sup>45</sup> En esta sentencia el TJUE admite una cuestión prejudicial procedente de un tribunal de arbitraje al que el Derecho holandés consideraba carente de jurisdicción. En el apartado 1 de los Fundamentos de esta esta sentencia, “sobre la admisibilidad de la petición de interpretación”, el Tribunal entendió que este organismo, denominado *Scheidsgerecht*, regularmente constituido de conformidad con la Ley neerlandesa, encargado de conocer en litigios definidos por Ley, llamado a decidir conforme a Derecho y no conforme a equidad y sometido, por último, a normas de procedimiento contradictorias análogas a las que rigen el funcionamiento de los tribunales de Derecho común, podía hacer uso legítimo de la facultad establecida en el artículo 177 TCE.

las instituciones de la Unión Europea, de ellos también dependerá, si con arreglo a su sistema jurídico, confían a un organismo profesional no sólo la aplicación de las disposiciones adoptadas por las Instituciones de la Unión sino también vías jurisdiccionales que puedan afectar al ejercicio de los derechos otorgados por el ordenamiento jurídico europeo. En estos casos, lo que prima es la eficacia del Derecho europeo y esta eficacia exige que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse sobre las cuestiones de interpretación y validez que pudieran plantearse en el marco de un litigio semejante<sup>46</sup>. Sin embargo, la consecuencia de este razonamiento ha sido una jurisprudencia flexible en exceso y carente de coherencia, con el déficit de seguridad jurídica que comporta.

Por esta razón siguiendo el exhaustivo estudio que ha hecho algún autor<sup>47</sup> sobre esta materia, se puede concluir que los criterios utilizados para definir un órgano jurisdiccional a los efectos de presentar una cuestión prejudicial son más bien relativos, a saber:

1. En relación con el cumplimiento del criterio de la creación por ley del órgano jurisdiccional, en la mayoría de los casos, el TJUE se ha limitado a darlo por cumplido con mención de la norma, disposición o acto mediante el cual se establecía el órgano<sup>48</sup>. El TJUE no considera que esta norma deba ser de rango constitucional, sino simplemente parte del sistema normativo del Estado miembro en cuestión. La aceptación del origen infraconstitucional de la norma ha llevado al TJUE a entender que el origen legal del órgano se

<sup>46</sup> Los apartados 16-17 de la STJUE de 6 de octubre de 1981, asunto C-246/80, *Broekmeulen*, dicen: *Para responder a la cuestión de la aplicabilidad, en este caso, del artículo 177 del Tratado, procede señalar que corresponde a los Estados miembros adoptar, cada uno en su territorio, las medidas necesarias para garantizar la completa ejecución de las disposiciones adoptadas por las Instituciones de la Comunidad. Si, con arreglo al sistema jurídico de un Estado miembro, se confía a un organismo profesional que actúa bajo una cierta tutela administrativa, la Comunidad y si dicho organismo establece, en este contexto, y con la colaboración de las Administraciones Públicas afectadas, vías jurisdiccionales que puedan afectar al ejercicio de los derechos otorgados por el ordenamiento jurídico comunitario, la eficacia de este último exige que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse sobre las cuestiones de interpretación y validez que pudieran plantearse en el marco de un litigio semejante. De las consideraciones anteriores se desprende que, a falta en la práctica de una vía jurisdiccional efectiva ante los tribunales ordinarios en una materia relativa a la aplicación del Derecho comunitario, la Comisión de Apelación, que ejerce sus funciones con la aprobación de las autoridades públicas y que actúa con su concurso y cuyas decisiones, a las que se llega tras un procedimiento contradictorio, son de hecho reconocidas como definitivas, debe considerarse como órgano jurisdiccional de un Estado miembro a los efectos del artículo 177 del Tratado. Ver también STJUE de 11 de junio de 1987, asunto C-14/86, *Pretore di Saló v X*; STJUE de 5 de marzo de 1986, asunto C-318/85, *Greis Uterweger*. En esta última, el Tribunal entiende que aunque en el órgano que presenta la cuestión prejudicial se acumulen las funciones de Ministerio Fiscal y de Juez de Instrucción, está legitimado para interponerla, ya que procede de un órgano jurisdiccional que ha actuado en el marco general de su misión de juzgar con independencia y conforme a Derecho los asuntos en que la ley le atribuye competencias, incluso si alguna de las funciones que competen a este órgano jurisdiccional en el procedimiento en cuestión no tienen un carácter estrictamente jurisdiccional.*

<sup>47</sup> SOCA TORRES, ISAAC (2015) “el concepto de órgano jurisdiccional en el planteamiento de la cuestión prejudicial europea”, op., cit, pp. 128-209.

<sup>48</sup> SSTJUE de 6 de julio de 2000, asunto C-407/98, *Katarina Abrahamsson, y Leif Anderson*; de 18 de noviembre de 1999, asunto C- 275/98, *Unitron Scandinavia A/S*; de 22 de octubre de 1998, asuntos acumulados C-9/97 y C-118/97, *Raija-Liisa Jokela y Laura Pitkäranta*; etc.

cumple incluso cuando la norma es privada, siempre y cuando intervenga un poder público en su creación y se produzca su integración dentro del sistema jurídico nacional por el propio organismo remitente, por alguna de las partes, o por cualquiera de los demás autorizados a participar en la cuestión prejudicial<sup>49</sup>.

2. El requisito de la permanencia del órgano no ha tenido una importancia decisiva<sup>50</sup>. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia con este requisito lo que ha querido evitar es que cualquier órgano creado de forma provisional o puntual plantease una cuestión prejudicial para resolver una disputa específica. Así, en la sentencia de 14 de junio de 2007, asunto 246/05, *Armin Häupl y Lidl Stiftung & Co. KG*, puso de manifiesto que, la permanencia del órgano queda cumplida cuando la norma que establece este órgano lo crea para ejercer sus funciones sin ninguna limitación temporal<sup>51</sup>. Precisamente por este motivo se han generado dudas respecto de la concurrencia del carácter permanente en árbitros y tribunales de arbitraje, especialmente los de carácter privado, dado que su constitución, designación o composición en ocasiones se ha determinado *ad hoc* y para el caso concreto<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> El apartado 42 de la SSTJUE de 27 de noviembre de 1973, asunto C- 36/73, *NV Nederlandse Spoorwegen*; de 14 de junio de 2000, asunto C-196/09, *Paul Miles y otros y Escuelas europeas*, dice: *Además, aunque la Sala de Recursos fue creada por todos los Estados miembros y por la Unión, no es menos cierto que es un órgano de una organización internacional que, pese a los vínculos funcionales que mantiene con la Unión, sigue siendo formalmente distinta de ésta y de dichos Estados miembros.* El apartado 9 de la STJUE de 6 de octubre de 1981, asunto C-246/80, *C. Broekmeulen, médico de Kerkdriel*, reconoce que: *De ello resulta que la composición de la Comisión de Apelación supone una participación marcada de las autoridades públicas neerlandesas.* El apartado 24 de la STJUE de 12 de junio de 2014, asunto C-377/13, *Autoridade Tributária e Aduaneira*, dice: *En el procedimiento principal, resulta de las indicaciones proporcionadas en la resolución de remisión que los tribunales arbitrales en materia tributaria tienen origen legal. Los tribunales arbitrales figuran, en efecto, en la lista de órganos jurisdiccionales nacionales, en el artículo 209 de la Constitución de la República Portuguesa.* A contrario sensu, en los apartados 12-13 de la STJUE de 23 de marzo de 1982, asunto C-102/81, «*Nordsee*» *Deutsche Hochseefischerei GmbH*, recuerda: (...) *debe señalarse que las autoridades públicas alemanas no estaban implicadas en la elección de la vía arbitral y que no pueden intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante el árbitro.* (...) *De estas consideraciones se deduce que el vínculo entre el presente procedimiento arbitral y la organización de los recursos legales en ese Estado miembro no es suficientemente estrecho para que el árbitro pueda ser calificado de «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» en el sentido del artículo 177.* El apartado 16 de la STJUE de 27 de enero de 2005, asunto C-125/04, *Guy Denuit, Betty Cordenier*, dice: *Dado que, en el asunto principal, ... las autoridades públicas belgas no están implicadas en la elección de la vía arbitral, el Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages no puede ser considerado un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el sentido del artículo 234 CE.*

<sup>50</sup> STJUE de 4 de febrero de 1999, asunto C-103/97, *Josef Köllensperger GmbH & Co. KG y Atzwanger*.

<sup>51</sup> El apartado 19 establece: *La permanencia del Oberster Patent- und Markensenat puede deducirse de los artículos 70, apartados 2 y 3, y 74, apartado 1, de la Patentgesetz, que establecen que este órgano es competente para conocer de los recursos contra las resoluciones de la Nichtigkeitsabteilung des Patentamtes y de la Beschwerdeabteilung des Patentamtes (Sala de Recurso de la Oficina de Patentes austriaca), sin ninguna limitación temporal.* Ver también, STJUE de 4 de febrero de 1999, asunto C-103/97, *Josef Köllensperger GmbH & Co. KG*.

<sup>52</sup> Es el caso de la STJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-63/01, *Samuel Sidney Evans*. No es el caso, de la STJUE de 17 de octubre de 1989, asunto C-109/88, *Handels- og Kontofunktionærernes Forbund I Danmark*, en la que el Tribunal de Justicia consideró que el *Faglige Voldgiftsret*, era un

3. El criterio de la jurisdicción obligatoria ha sido entendido tanto por el TJUE como por los Abogados Generales de forma flexible. De hecho no hay acuerdo unánime en el significado concreto de este requisito, a pesar de que el abogado General Kokott en el asunto C-394/11, pidió al TJUE su aclaración<sup>53</sup>. En la práctica el TJUE ha diferenciado dos vertientes de este criterio. La jurisdicción obligatoria porque las partes pueden únicamente acudir al órgano en cuestión para resolver la controversia<sup>54</sup>, y la jurisdicción obligatoria por el carácter vinculante de su resolución<sup>55</sup>.
4. Respecto al criterio de ser un procedimiento contradictorio, en líneas generales, se puede decir que este principio ha sido tratado de una forma flexible y que, pese a ser citado repetidamente por el Tribunal de Justicia, ha ido perdiendo importancia, hasta el punto de ser considerado un criterio relevante, pero no absoluto. Es más, el Tribunal de Luxemburgo ha sido excesivamente generoso a la hora de calificar un procedimiento como contradictorio por entender que la existencia de un procedimiento contradictorio interpartes es tomado únicamente como una evidencia de que la cuestión prejudicial es planteada por un órgano de naturaleza judicial integrado en la estructura del Estado. Así, las sentencias de 28 de junio de 1978, asunto 70/77, *Simenthal* y de 15 de diciembre de 1993, asuntos acumulados C-277/91, C-318/91 y C-319/91, *Ligur Carni y otros*, dijo que *puede, en su caso, revelarse conveniente para la buena administración de la justicia el que la cuestión prejudicial se plantee*

---

tribunal de arbitraje profesional danés cuya intervención está prevista por ley para resolver litigios en materia de convenios colectivos, entre organizaciones de trabajadores por cuenta ajena, por un lado, y empresarios, por el otro, se trataba de un órgano permanente a todos los efectos; o el ATJUE de 13 de febrero de 2014, asunto C-555/13, *Merk Canada Inc* que reitera la argumentación del asunto *Merk Canada Inc*.

<sup>53</sup> Sin embargo el apartado 51 de la STJUE de 31 de enero de 2013, asunto C-394/11, *Valeri Hariev Belov y otros*, no respondió a la pregunta y entendió que no era competente para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano remitente (KZD) por entender que *las resoluciones que la KZD ha de dictar constituyen sustancialmente una resolución de tipo administrativo y no reviste carácter jurisdiccional en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto de órgano jurisdiccional mencionado en el artículo 267 TFUE*.

<sup>54</sup> SSTJUE de 21 de marzo de 2000, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa, SL y otros*; de 14 de junio de 2007, asunto C-246/05, *Armin Häupl*; de 30 de marzo de 2006, asunto C-259/04, *Elizabeth Florence Emanuel*; de 17 de julio de 2014, asuntos acumulados C-58/13 y C-59/13, *Angelo Alberto Torresi y otros*; Por este mismo motivo, en las SSTJUE de 23 de marzo de 1982, asunto C-102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischere*; de 27 de enero de 2005, asunto C-125/04, *Guy Denuit y Betty Cordenier*, ha considerado que, un tribunal arbitral convencional no constituye un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el sentido del artículo 234 CE dado que las partes contratantes no están obligadas, de hecho o de Derecho, a dirimir sus diferencias a través del arbitraje y que las autoridades públicas del Estado miembro de que se trate no están implicadas en la elección de la vía arbitral y no pueden intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante los árbitros.

<sup>55</sup> El apartado 38 de la STJUE de 6 de julio de 2000, asunto C-407/98, *Katarina Abrahamsson y Leif Anderson*, dice: *El examen culmina en una resolución obligatoria que no puede ser objeto de Recurso*; El apartado 87 de la STJUE 31 de enero de 2013, asunto C-175/11, *H. I. D.B.A. y otros* establece que: *En este sentido, las resoluciones positivas del Refugee Appeals Tribunal tienen fuerza obligatoria y vinculan a las autoridades estatales; etc.*

sólo como consecuencia de un debate contradictorio, pero corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar dicha necesidad<sup>56</sup>. Esta matización le llevó, en jurisprudencia posterior, a la conclusión de que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar dicha controversia y por ello, no faltan resoluciones que ponen de manifiesto que el texto de los Tratados no subordina el planteamiento de una cuestión prejudicial al carácter contradictorio del procedimiento y que, por lo tanto, se puede plantear una cuestión prejudicial aun cuando no exista controversia<sup>57</sup>. Sin embargo, en sentencias posteriores lo ha vuelto a exigir como criterio para considerar a un órgano jurisdiccional, y lo ha dado por cumplido, tan sólo por el hecho de que en el curso del procedimiento las partes pudieran ser oídas<sup>58</sup>, aunque este trámite de audiencia fuera una facultad discrecional del órgano<sup>59</sup>; o una mera personación si lo estimaban oportuno<sup>60</sup>; o si el debate lo aconseja tener esta audiencia junto con testigos y peritos<sup>61</sup>.

5. Además de los requisitos anteriores, el Tribunal de Justicia también ha subrayado que la aptitud para poder plantear cuestiones prejudiciales requiere que el órgano en cuestión adopte sus decisiones aplicando normas de Derecho. En realidad, el Tribunal de Justicia se ha detenido en muy pocas ocasiones a analizar la concurrencia de este criterio, en comparación con los demás, y ello porqué en la práctica totalidad de cuestiones prejudiciales que recibe se satisface plenamente. En general, se ha limitado a constatar, sin ulterior comentario ni motivación, que el órgano remitente aplicaba normas de Derecho. Solamente de manera muy ocasional, ha argumentado

<sup>56</sup> Apartado 16 de la STJUE de 15 de diciembre de 1993, asuntos acumulados C-277/91, C-318/91 y C-319/91, *Ligur Carni y otros*.

<sup>57</sup> SSTJUE de 14 de diciembre de 1971, asunto C- 43/71, *POLITI S.A.S, Robeco sul Naviglio*; de 21 de febrero de 1974, asunto C-162/74, *Birra Dreher SpA v Amministrazione delle Finanze dello Stato*; de 5 de mayo de 1977, asunto C-110/76, *Pretore di Cento v X*, etc. E incluso no faltan resoluciones judiciales en las que el Tribunal de Justicia ha dado por hecho la existencia de este requisito, ora por las normas reguladoras del órgano, ora por considerarlo manifiesto, ora por adherirse a las conclusiones de los Abogados Generales, tal es el caso de las SSTJUE C-136/11; C-407/98; C-36/3; C-67/91; C-44/96; C-103/97; C-258/97; C-195/06; C-275/98, etc.

<sup>58</sup> El apartado 10 de la STJUE de 6 de octubre de 1981, asunto C-246/80, *C. Broekmeulen, médico de Kerkdriel*, dice: *De acuerdo con el mismo Reglamento interno, la Comisión de Apelación adopta sus acuerdos tras un procedimiento contradictorio, oídos la Comisión de Registro de generalistas y el médico interesado, así como, en su caso, su asesor o Abogado*. Ver también la STJUE de 2 de marzo de 1999, asunto C-416/96, *Eddline El-Yassini*. El apartado 41 de la STJUE de 12 de agosto de 2008, asunto C-296/08 PPU, *Santesteban Goicoechea*, dice: *No se discute que las chambres de l'instruction des cours d'appel reúnen los requisitos antes mencionados de origen legal, de permanencia y de independencia. Su intervención es obligatoria en materia de extradición y adoptan su resolución siguiendo un procedimiento de carácter jurisdiccional, en el marco del cual se oye al interesado, al igual que al Ministerio Fiscal, en un debate contradictorio*. Ver también la STJUE de 31 de enero de 2013, asunto C-175/11, *D. y A.*, etc.

<sup>59</sup> la STJUE de 21 de marzo de 2000, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa y otros*.

<sup>60</sup> STJUE de 10 de diciembre de 2009, asunto C-205/08, *Umweltanwalt von Kärnten*.

<sup>61</sup> STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto C-136/11, *Westbahn Management*.

y detallado cuales eran las normas jurídicas que debía observar y aplicar y en qué modo debía hacerlo<sup>62</sup>.

6. Finalmente, el criterio de la independencia que, quizá haya sido el más polémico. Aunque ya se había aludido a él en el asunto *Pretori di Saló*, fue asumido definitivamente en 1993 en el asunto *Pierre Corbiau*<sup>63</sup>, exigiendo que el órgano remitente de la cuestión prejudicial, tuviera la cualidad de tercero en relación con la autoridad responsable que adoptó la decisión que constituía el objeto del recurso. Sin embargo, este enfoque inicial no tardó en debilitarse, especialmente en los años noventa, y el TJUE empezó a considerar este criterio desde el punto de vista del ejercicio de la función de forma independiente y bajo la propia responsabilidad<sup>64</sup>, lo que le permitió otorgar el carácter de órgano jurisdiccional a organismos carentes de verdadera independencia<sup>65</sup>. Este nuevo parecer fue criticado por el Abogado General Ruiz-Jarabo, que lo tildó de *endeble, por entender que un principio general de no injerencia en las actividades de los órganos administrativos del Estado, asociado a un deber de abstención, no puede bastar para garantizar la independencia de quien ha de decidir la contienda. Por el contrario, esa condición esencial de la cualidad jurisdiccional de un órgano debe estar asegurada por disposiciones en las que se fijen, con claridad y precisión, las causas de abstención, de recusación y de remoción de sus miembros*<sup>66</sup>. Pero, sin duda, esta progresiva relajación del requisito de la independencia culminó con la sentencia de 21 de marzo de 2000, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa, SL y otros*, respecto del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña, instancia vinculada orgánicamente al Ministerio de Economía y Hacienda. En dicha resolución el Tribunal de Justicia abandonó por completo el enfoque orgánico de la independencia, otorgando decisiva importancia a la separación funcional existente entre la administración encargada de la gestión, liquidación y recaudación de tributos y los Tribunales Económico-Administrativos Regionales. El TJUE no sólo abandona la condición de tercero del

<sup>62</sup> STJUE de 23 de marzo de 1982, asunto C-102/81 “*Nordsee* “*Deutsche Hochseefischerei GmbH*. En la STJUE de 2 de marzo de 1999, asunto C-416/96, *Nour Eddiline El-Yassini*, el Tribunal de Justicia fue un poco más explícito, y concretó que el *Immigrator Adjudicator* del Reino Unido resolvía con arreglo a Derecho, puesto que lo hacía aplicando la *Immigration Act 1971* y de acuerdo con las normas procesales contenidas en las *Immigration Appeals (Procedure) Rules 1984*.

<sup>63</sup> Apartado 15 de la STJUE C-24/92, *Pierre Corbiau*. Lo que volvió a reiterar en la STJUE asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, *Procesos penales contra X*, con la misma rotundidad.

<sup>64</sup> SSTJUE de 17 de septiembre de 1997, asunto C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH* y de 4 de febrero de 1999, asunto C-103/97, *Josef Köllensperger GmbH & Co. KG*, que se refieren a la independencia en función del nombramiento, la terminación del mandato, la duración de su cargo, la revocabilidad, las incompatibilidades, etc. de los miembros del órgano.

<sup>65</sup> En las sentencias de 4 de marzo de 1999, asunto C-258/97, *Hospital Ingenieure*, y de 18 de noviembre de 1999, asunto C-275/98, *Unitron Scandinavia*, el Tribunal admitió las cuestiones prejudiciales remitidas por órganos encargados del control de la adjudicación de los contratos públicos.

<sup>66</sup> Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 28 de junio de 2001, asunto C-17/00, *François De Coster v Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*.

órgano, sino que incluso deja al margen la ausencia de normas específicas destinadas a garantizar la independencia de sus miembros, y considera suficientes las previsiones genéricas destinadas a asegurar su imparcialidad o, en su caso, la independencia de quienes integran los órganos jurisdiccionales. Postura que recibió críticas más duras que la sentencia anterior por parte del Abogado General Ruiz-Jarabo que llegó incluso a preguntarse, *tras la sentencia Gabalfrisa y otros, la facultad de presentar cuestiones prejudiciales se ve reconocida también al ministro en caso de avocación*<sup>67</sup>. A partir de estas críticas, el TJUE en su jurisprudencia posterior ha exigido que el criterio de independencia del órgano se identifique con que el órgano de que se trate tenga la calidad de tercero con respecto a la autoridad que haya adoptado la decisión recurrida entendiendo este concepto como integrador de dos aspectos: *el primer aspecto, externo, requiere que el órgano esté protegido de injerencias o presiones externas que puedan poner en peligro la independencia de juicio de sus miembros en cuanto a los litigios que se les sometan y el segundo aspecto, interno, se aproxima al concepto de imparcialidad y hace referencia a la equidistancia del órgano con respecto a las partes y a sus respectivos intereses en relación con el objeto del litigio*<sup>68</sup>. A partir de estas sentencias para plantear una cuestión prejudicial será siempre necesario que se dé la independencia jurisdiccional del órgano remitente<sup>69</sup>.

Un sector de la doctrina, aun hoy, sigue sin entender el por qué el TJUE ha descontextualizado la noción de “órgano jurisdiccional”, conforme la teoría de la adopción, arrogándose la facultad de atribuir esa naturaleza “jurisdiccional” a según qué órganos y conforme su propio criterio, pues ésta actuación convierte un término perfectamente objetivable, como es la pertenencia o no al *corpus iurisdictionis* de un Estado miembro, en un concepto jurídico indeterminado, lo que genera inseguridad jurídica, una innecesaria inflación litigiosa y constituye un verdadero problema de antinomia constitucional<sup>70</sup>. Además, visto desde otra perspectiva, el Tribunal de Luxemburgo ha distorsionado el principio de atribución de los Tratados y ha definido, por sí mismo, un nuevo marco competencial a fin de conso-

<sup>67</sup> Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 28 de junio de 2001, op.cit.

<sup>68</sup> Apartados 50-51 de la STJUE de 19 de septiembre de 2006, asunto C-506/04, *Graham J. Wilson v Ordre des avocats du barreau de Luxembourg* y apartados 38-40 de la STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-517/09, *RTL Belgium SA*.

<sup>69</sup> SSTJUE de 17 de julio de 2014, asuntos acumulados C-58/13 y C-59/13, *Angelo Alberto Torresi, Pierfrancesco Torresi y Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*; de 24 de mayo de 2016, asunto C-396/14, *MT Højgaard A/S, Züblin A/S y Banedanmark*.

<sup>70</sup> CANCIO FERNÁNDEZ, RAÚL (2015) “La jurisdiccionalidad del órgano a la carta o la desbordada legitimidad para plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión europea”. Ver en [http://www.legaltoday.com/practica\\_juridica/supranacional/d\\_ue/jurisdiccionalidad-del-organo-a-la-carta-o-la-desbordada-legitimidad-para-plantear-cuestiones-prejudiciales-ante-el-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea](http://www.legaltoday.com/practica_juridica/supranacional/d_ue/jurisdiccionalidad-del-organo-a-la-carta-o-la-desbordada-legitimidad-para-plantear-cuestiones-prejudiciales-ante-el-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea).

lidar su superioridad jurisdiccional<sup>71</sup>. Como expresó el Abogado General Ruiz-Jarabo, las profundas contradicciones que se observan entre las soluciones propuestas por los Abogados Generales y sus conclusiones y las adoptadas por el TJUE en sus sentencias ilustran la falta de señalización del camino. *Es una jurisprudencia casuística, muy elástica y poco científica, con unos contornos tan difusos que admitiría una cuestión prejudicial suscitada por Sancho Panza como gobernador de la ínsula de Barataria*<sup>72</sup>. En efecto, si la cuestión prejudicial es un instrumento de colaboración judicial para garantizar la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento europeo en los Estados miembros, coadyuvando así en garantizar una mayor protección de los intereses de los particulares mediante el control indirecto de la legalidad de la Unión Europea y, si únicamente los órganos jurisdiccionales *stricto sensu* pueden dispensar la tutela judicial a través de los funcionarios que los componen, jueces y magistrados, titulares de un especial estatuto constitucionalmente amparado, mal pueden entonces satisfacerse estas previsiones cuando se legitima para plantear las cuestiones prejudiciales a órganos que no están ni llamados, ni remotamente preparados para el ejercicio de la potestad jurisdiccional constitucionalmente prevista y para cuya eficacia está contemplada, precisamente, la cuestión prejudicial<sup>73</sup>.

#### 2.4.2. Derecho o deber de plantear la cuestión prejudicial

Una vez delimitados los sujetos legitimados para plantear una cuestión prejudicial, es necesario referirse al artículo 267.3 TFUE que prevé cuando un órgano jurisdiccional tiene el deber de plantearla. Así y en primer lugar debe de hacerlo todo órgano jurisdiccional cuya resolución no sea susceptible de ulterior recurso.

Esta distinción entre órganos jurisdiccionales facultados y obligados a plantear la cuestión prejudicial ya se recogió en los primeros Tratados (art. 177.2 y 3 TCE) y fue objeto de polémica, pues algunos abogaban en favor de la doctrina orgánica, mientras que otros se basaban en la funcional<sup>74</sup>. El TJUE zanjó pronto la polémica y, en la sentencia de 15 de julio de 1964, asunto C-6/64, *Costa v ENEL*, se acogió a la doctrina funcionalista<sup>75</sup>, en la

<sup>71</sup> SARMIENTO, DANIEL (2004) “Poder judicial e integración europea”, Ed. Civitas, pp. 203-206.

<sup>72</sup> Conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo Colomer, presentadas el 28 de junio de 2001.

<sup>73</sup> CANCIO FERNÁNDEZ, RAÚL “La jurisdiccionalidad del órgano a la carta o la desbordada legitimidad para plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión europea”, op. cit.

<sup>74</sup> PESCATORE, PIERRE, (1983) “La cuestión prejudicial. Artículo 177 del Tratado de la CEE”, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Rodríguez Iglesias, Gil Carlos, y Liñan Nogueras, Diego (Dirs.), Madrid, Ed. Civitas. Este autor, consideró que con la expresión recurso y fin del procedimiento, se debía entender los recursos ordinarios, es decir, aquellos que pueden ser interpuestos sin requisitos especiales por los justiciables, quedando pues, exceptuados los recursos extraordinarios tales como los constitucionales o el recurso de revisión del Derecho francés.

<sup>75</sup> En la STJUE de 15 de julio de 1964, asunto C-6/64, *Costa*, dijo que, *con arreglo al propio tenor de dicha disposición, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean, ..., susceptibles de ulterior recurso deben solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre la interpretación del Derecho comunitario*. Lo que reiteró, en la STJUE de 24 de mayo de 1977, asunto C-107/76, *Hoffmann-*

que la obligación de acudir al reenvío prejudicial correspondía a todos los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no fueran susceptibles de ulterior recurso, con independencia de la posición jerárquica que ese órgano tuviese en el Estado miembro en cuestión. Esta obligatoriedad en el planteamiento de la cuestión prejudicial se explica por la trascendencia de las sentencias de los órganos mencionados, que no sólo adquieren firmeza, sino que además crean jurisprudencia en el ámbito nacional, lo que podría suponer un grave peligro para la aplicación uniforme del Derecho europeo en todo el territorio de la Unión. Por ello, la cláusula normativa trata de evitar que se establezcan divergencias jurisprudenciales en el interior de la Unión acerca de cuestiones de Derecho europeo<sup>76</sup>.

Sin embargo, la imposición de este deber a los jueces y tribunales por parte de los Tratados fue más teórica que real. Por un lado, porque es el órgano jurisdiccional nacional que está conociendo del caso concreto quien tiene que apreciar la necesidad de plantear la cuestión prejudicial. El TJUE no debe en modo alguno controlar la discrecionalidad del juez a *quo* para efectuar el reenvío, pues de lo contrario supondría la existencia de una relación de jerarquía entre ambos órganos jurisdiccionales. Por otro, porque el TJUE se ha acogido a la teoría francesa del acto claro.

En efecto, al depender del órgano jurisdiccional el planteamiento de la cuestión prejudicial, la *Corte Suprema di Cassazione* italiana preguntó al Tribunal de Justicia si en determinadas circunstancias, la obligación enunciada por el artículo 177.3 TCE podía limitarse. El TJUE, en la sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81, *CILFIT*, conocida como la sentencia de la teoría del acto claro, declaró que, *habida cuenta del conjunto de estos razonamientos, ha de responderse a la Corte suprema di Cassazione que el párrafo tercero del artículo 177 debe ser interpretado en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna; la existencia de tal supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad*<sup>77</sup>. Lo que posteriormente matizará para cuando el ámbito material de la cuestión se refiere a la validez

---

*La Roche*, al recordar que, el sistema establecido por el artículo 234 CE tiene por objeto garantizar una interpretación y aplicación uniformes del Derecho comunitario en todos los Estados miembros, teniendo por finalidad su párrafo tercero, en particular, evitar que se sienta en cualquier Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas de Derecho comunitario. Lo que reiterará posteriormente en la STJUE de 4 de noviembre de 1997, asunto C-337/95, *Parfums Christian Dior*.

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO (2005) "El juez nacional como juez comunitario europeo de Derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello", *Cuestiones Constitucionales, Revista UNAM*, núm. 13, julio-diciembre, pp. 58-94.

<sup>77</sup> Apartado 21 de la STJUE, asunto *CILFIT*, lo que reitera en muchas otras posteriores.

de un acto de una institución europea. Así en la sentencia de 22 de octubre de 1987, asunto C-14/85, *Foto Frost*, el TJUE declaró rotundamente que los órganos jurisdiccionales nacionales no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones comunitarias; el órgano jurisdiccional puede desestimar los motivos de invalidez de un acto comunitario aducido por las partes, concluyendo que el acto es plenamente válido, pero lo que no puede hacer es declarar su invalidez sin obtener el previo pronunciamiento del Tribunal de Justicia, aunque no tenga dudas de su invalidez.

Así pues, es del todo evidente que la inaplicación de una ley nacional por contraria al Derecho de la Unión no pasa por el previo planteamiento, por definición, de una cuestión prejudicial; es más, una imposición interna en ese sentido sería manifiestamente incompatible con la doctrina del Tribunal de Justicia. Esta sentencia deja sentado lo que ya en su momento dijo Laferrrière de que *es preciso que haya una cuestión, esto es, una dificultad real planteada por las partes o espontáneamente reconocida por el juez, y que por su naturaleza pueda hacer surgir una duda en un espíritu ilustrado*<sup>78</sup>. El TJUE ha aceptado, pues, los principios básicos de la doctrina francesa del acto claro, aunque con matices, pues, a la convicción del juez nacional se le une la de la duda razonable, de forma que aunque el juez nacional tenga convencimiento de cuál es la interpretación en los términos del Derecho europeo, si subsiste la duda razonable deberá plantearse la cuestión prejudicial. Y, si la duda versa sobre el juicio negativo de validez de las normas de la Unión queda obligado presentar la cuestión prejudicial, pues está reservado en exclusiva al TJUE su resolución.

Sin embargo, la aplicación judicial en la UE de las doctrinas del acto claro y, en menor medida del acto aclarado, en el marco prejudicial, ha llevado a cometer abusos, por exceso y por defecto a un buen número de tribunales. De hecho los órganos jurisdiccionales nacionales en muchos casos, han empleado el argumento del acto claro con el fin de resolver de manera unilateral, en beneficio del Estado miembro el alcance del compromiso europeo<sup>79</sup>. Hasta el punto de que algún autor ha considerado que el paso del tiempo ha demostrado que la doctrina *CILFIT* ha sido un error. *La ambigüedad de la sentencia, que por un lado establece una exención a la que luego acompaña de unas condiciones imposibles de cumplir, no ha hecho más que incentivar la negativa de determinados tribunales a plantear la cuestión prejudicial*. La senten-

<sup>78</sup> LAFERRIÈRE, E. (1887) “*Traité de la Jurisdiction administrative et Recours Contentieux*”, Review by Frank J. Goodnow, Published by the Academy of Political Science, vol. 2, núm. 4, Dec, pp. 709-712.

<sup>79</sup> Tal fue el caso francés donde la doctrina del acto aclarado se transformó en un mecanismo nacional de defensa contra la eficacia del Derecho europeo, en concreto del Consejo de Estado francés, que hasta la Decisión núm. 108423, asunto *Nicolo* de 20 de octubre de 1989, en la que acepta y reconoce la primacía del Derecho comunitario, acudía muy poco a la cuestión prejudicial y resolvía de forma abusiva recurriendo a la teoría del acto claro. Ocurrió también en el caso de la Decisión de 26 de julio de 1985, *Office national interprofessionnel des céréales*, en la Decisión de 13 de diciembre de 1985, *International Sales and Support Corporation*, en la Decisión de 19 de noviembre de 1986, *Sociedad SMANOR*, etc.

cia ha sido una de las principales, si no la principal, causa de proliferación de gorriones en las instancias jurisdiccionales nacionales<sup>80</sup>.

Si a lo anterior se le une que hasta fechas muy recientes no se sancionaba esta omisión del deber de plantear la cuestión prejudicial, consecuencia del no planteamiento por la Comisión del recurso por incumplimiento, se entenderá el uso instrumental que de esta teoría del acto claro han hecho muchos tribunales nacionales<sup>81</sup>.

La situación cambiará en el año 2000, con la sentencia de 9 de diciembre de 2003, asunto C-129/00, *Comisión v Italia*, que abrió las puertas a las acciones de responsabilidad por infracciones manifiestas del Derecho europeo al decidir que, en principio, cabía declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al artículo 226 TCE cualquiera que fuera el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión hubiera originado el incumplimiento, incluso cuando se tratase de una institución constitucionalmente independiente<sup>82</sup>. Sin embargo será la sentencia de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01, *Köbler*, la que marcó la primera pauta de la responsabilidad por infracción manifiesta del Derecho europeo por parte de los tribunales nacionales. El TJUE entendió que esta responsabilidad se podía exigir cuando se diese una infracción de manera manifiesta del Derecho europeo aplicable. Y, para determinar si se cumplía dicho requisito, el juez *a quo* debía tener en cuenta todos los elementos que caracterizan la situación que se le haya sometido. Entre estos elementos figuran: el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la posición adoptada, en su caso por la 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 234.3 TCE<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> SARMIENTO, DANIEL (2007) "Los free-lance del Derecho comunitario: la desfiguración de la doctrina CILFIT", *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales. Algunas zonas de fricción*, Huelin Martínez de Velasco, J. y Zamora Zaragoza, F.J. (Dir.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 95, CGPJ, pp. 373-438.

<sup>81</sup> JIMENO BULNES, MAR, "La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE", op. cit., pp. 13-14. Recuerda esta autora que La Comisión justificaba su inactividad argumentando que no era una solución adecuada para poner fin a la violación del Derecho europeo por el deterioro que se causaría en las relaciones entre el Tribunal de Luxemburgo y la jurisdicción ordinaria, relación que se basaba en la cooperación. Por esta razón, se adoptaron soluciones individuales en los Estados miembros, y así, en Alemania o Italia se acudió a hacer frente a este incumplimiento mediante el planteamiento de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Recordemos que en Alemania e Italia se considera que el juez ordinario predeterminado por la Ley es también el juez de la Unión Europea. Sobre este último tema ver CID VILLAGRASA, BLANCA, "La República italiana, y la República Federal Alemana", *¿Debe algún tribunal tener la última palabra? El Tribunal de Justicia y los tribunales de los seis Estados fundadores y del Reino Unido*, op. cit. Caps. VII y VIII, pp. 173-201, y pp. 205-245, respectivamente.

<sup>82</sup> Así dice la sentencia que: *conforme a la jurisprudencia del TJUE, en principio, la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al artículo 226 TCE cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, incluso cuando se trate de una institución constitucionalmente independiente.*

<sup>83</sup> Confirmada después en la STJUE de 13 de junio de 2006, asunto C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*.

A pesar de lo anterior, hubo que esperar a la sentencia de 12 de noviembre de 2009, C-154/08, *Comisión v España* para que el TJUE aplicara la hipótesis de la doctrina *Köbler* a un caso concreto, donde la Comisión decidió por vez primera plantear un recurso por incumplimiento contra un Estado miembro a raíz, única y exclusivamente, de una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional interno. Ese órgano no fue otro que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo español, y concretamente su sentencia de 12 de julio de 2003, dictada en el marco de un recurso de casación en interés de la ley. La especial naturaleza de este recurso, destinado a imponer una interpretación autorizada en todo el territorio nacional, justificaba que, a pesar de que hubiera únicamente una sentencia contraria al Derecho de la Unión, existiera una base suficiente para declarar el incumplimiento.

A partir, de lo anterior y puesto que se había dado carta de naturaleza a lo que se llama informalmente recurso por incumplimiento judicial<sup>84</sup>, el Tribunal de Justicia, en la sentencia de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15, *Milena Tomášová*, fijará con mayor claridad la doctrina *Köbler*, para que puede generarse la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho de la Unión provocada por una resolución de un órgano jurisdiccional.

En primer lugar recordará que, dicha responsabilidad sólo cabrá cuando se trate de la violación de la normativa europea cometida por un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, ya que solo en ese caso se puede afirmar que éste es el último órgano nacional ante el cual los particulares pueden hacer valer los derechos que les reconoce el ordenamiento europeo. El TJUE ha considerado que, se mermaría la plena eficacia de dichas normas y se debilitaría de modo inaceptable la protección de esos derechos si los particulares no pudieran obtener una reparación, de los perjuicios que les provoque una violación del Derecho de la Unión imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia<sup>85</sup>.

En segundo lugar, exigirá para que se genere la responsabilidad del Estado miembro, que haya daños causados a los particulares como consecuencia de las violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables.

Y, en tercer lugar que se cumplan tres requisitos imprescindibles:

- que la norma del Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares;
- que la violación de dicha norma esté suficientemente caracterizada;

<sup>84</sup> En el apartado 18 de la STJUE de 4 de junio de 2002, asunto C-99/00, *Kenny Roland Lycskog*, vuelve a reiterar: *Si se plantea una cuestión de interpretación o de validez de una norma de Derecho comunitario, el Tribunal Supremo se verá, conforme al artículo 234 CE, párrafo tercero, en la obligación de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, bien en la fase de examen de la admisibilidad, bien en una fase posterior.*

<sup>85</sup> Fallo de la sentencia y apartados 22-26.

- y que exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el daño causado a los citados particulares.

Respecto al requisito de una violación suficientemente caracterizada, que ya exigía en la sentencia *Köbler*, el TJUE procederá a definirlo como aquel que se da cuando, a la vista de todos los elementos que caractericen la situación que se haya sometido al órgano jurisdiccional nacional correspondiente, se pueda afirmar que el mismo ha infringido de manera manifiesta el Derecho europeo aplicable. Entendiendo que se produce una infracción de manera manifiesta del Derecho europeo cuando se ha producido un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia. Pero también cuando se tomen en consideración, además de los elementos de la sentencia *Köbler*<sup>86</sup>, el carácter involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado y la amplitud y el margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales<sup>87</sup>.

Ahora bien, en aras a evitar que se pueda considerar una injerencia en la actuación de los órganos jurisdiccionales, en la sentencia de 28 de julio de 2016, asunto C-332/15, *Giusseppe Astone*, el TJUE volverá a recordar que, en el marco del procedimiento establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente, que conoce del litigio, 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. Y, añadirá que, sea cual sea la decisión que adopte, el órgano jurisdiccional *debe asumir la responsabilidad de la decisión adoptada*<sup>88</sup>.

### III. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA EN ESPAÑA

En España, como en el resto de los Estados miembros de la Unión, es del todo evidente que cualquier juez puede, por su propia autoridad,

<sup>86</sup> En los apartados 55-56 de la STJUE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01, *Köbler*, dirá: *Entre esos elementos figuran, en particular, 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 CE, párrafo tercero. En todo caso, 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 (véase, en este sentido, la sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 57).*

<sup>87</sup> SILVA DE LAPUERTA, ROSARIO (2016) “Responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares como consecuencia de violaciones del Derecho de la Unión imputables a un órgano jurisdiccional nacional: TJ Sala Primera, S 28 Julio 2016. Asunto C-168/15: Tomášová”, *La Ley Unión Europea*, núm. 43.

<sup>88</sup> El apartado 24 de la sentencia establece: *No obstante, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el marco del procedimiento establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente, que conoce del litigio y debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional 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.*

inaplicar una ley por contrario al Derecho de la Unión y activar en cualquier momento la cuestión prejudicial cuando tenga dudas sobre su interpretación o validez en los términos del artículo 267 TFUE.

En este sentido, desde la adhesión de España a la entonces Comunidad ahora Unión Europea, la justicia española ha actuado con total naturalidad, interiorizando el Derecho europeo y planteando cuestiones prejudiciales. A pesar de la amplitud del Derecho de la Unión, el efecto directo y la primacía del Derecho europeo hicieron acto de presencia en las sentencias de los tribunales españoles a los pocos meses de la adhesión de España a la Unión<sup>89</sup>. Pero, como es natural, la transformación del juez español en juez de la Unión no ha estado exenta de dificultades. Dificultades que se han visto agravadas por la falta de una regulación exhaustiva sobre la materia, por la postura que el Tribunal Constitucional ha adoptado en torno a la cuestión prejudicial y por el abuso e incluso exceso del uso de la teoría del acto claro por parte de determinados tribunales españoles. Cuestiones todas ellas a las que me referiré en los epígrafes siguientes.

### 3.1. Normativa aplicable

Conforme exige el artículo 117.3 de la Constitución, *el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*, y, en nada cambia esta circunstancia el hecho de que las normas que tengan que aplicar estos juzgados y tribunales pertenezcan al Derecho de la Unión Europea.

En efecto, desde la adhesión de España a la Unión Europea, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en las sentencias de 28 de abril de 1987 y 17 de abril de 1989, ya estableció la doctrina de que el Derecho europeo tiene eficacia directa y carácter prevalente en virtud de *la cesión parcial de soberanía que supone la Adhesión de España a la Comunidad, autorizada por Ley Orgánica de 2 de agosto de 1985, en cumplimiento del artículo 93 de la Constitución*. En el mismo sentido, la sentencia de 10 de diciembre de 1991, insistió en destacar estos principios rectores, lo que significa por un lado, que las normas comunitarias no necesitan ser reflejadas por normas de Derecho interno, sino que son directamente aplicables desde su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades y, de otra, que sean fuente inmediata de derechos y obligaciones para aquellos a quienes conciernen,

---

<sup>89</sup> El Tribunal Central de Trabajo, fue el primer órgano judicial de España en plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial al amparo del artículo 177 TCEE, que finalizó con la STJUE de 29 de septiembre de 1987, asunto C-126/86. La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo fue el Auto de 12 de diciembre de 1991, que dio lugar a la STJUE de 4 de mayo de 1993, asunto C-17/92, *Fedicine*.

el Estado o los particulares, en relaciones jurídicas derivadas del Derecho comunitario del cual unos y otros son sujetos<sup>90</sup>.

Un año más tarde, el Tribunal Constitucional en la sentencia 28/1991, de 14 de febrero, reitera lo dicho por el Tribunal Supremo al decir que, *a partir de la fecha de su adhesión, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual -por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales*<sup>91</sup>.

Estas circunstancias, llevaron a la ausencia de una regulación normativa sobre la materia, pues se entendía que el artículo 177 TCE era directamente aplicable. De hecho, la única redacción que hacía referencia a la cuestión prejudicial, y de manera incidental, era el artículo 4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), que incorporó dos nuevas excepciones a la regla general de la no devolutividad de las cuestiones prejudiciales en el proceso contencioso administrativo, a saber: las de carácter constitucional y las que pudieran derivarse de lo dispuesto en los Tratados internacionales. En realidad, la inclusión de tales excepciones en el apartado 1 del artículo 4 LJCA, más que una novedad, vino a suponer una normalización legal de dos figuras que, aunque no estaban expresamente contempladas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, sí que eran aplicadas sistemáticamente por los jueces administrativos.

En este contexto, de laguna procedimental, la práctica habitual de los tribunales y juzgados ha sido la acomodación del reenvío prejudicial, por razón de analogía, a los trámites previstos para la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Habrá que esperar a la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, para que, con carácter general, se produzca la incorporación al ordenamiento jurídico español de la cuestión prejudicial europea con carácter general y para todos los órdenes jurisdiccionales. Así, el artículo 4 bis de la LOPJ establece que:

1. *Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*
2. *Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes.*

El apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2015, explica que la incorporación de este nuevo artículo no supone una mo-

<sup>90</sup> Todas estas sentencias aparecen mencionadas en la sentencia de 24 de abril de 1993, Sala de lo Contencioso Administrativo, Roj: STS 13463/1993.

<sup>91</sup> FJ. 4 de la STC 28/1991, de 14 de febrero.

dificación legislativa sino la regulación de una materia que no estaba contemplada en la normativa procesal con anterioridad, al determinar la forma en que los jueces y tribunales deben plantear procesalmente la cuestión prejudicial al TJUE, con mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos<sup>92</sup>.

Esto ha supuesto una gran novedad procesal, pues, ya no se sigue la práctica analógica del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sino que, conforme al artículo 4 bis de la LOPJ, basta con dar audiencia a las partes y dictar un auto motivado.

Sin embargo, al regularse de forma tan genérica la cuestión prejudicial europea, no sólo no ha resuelto las dudas anteriores, sino que además ha sido objeto de numerosas críticas:

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 7 de enero, sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales, considera que con la redacción actual del artículo 4 bis de la LOPJ el Legislador ha decidido primar la audiencia de las partes al interés general, porque prescindir de la participación del Ministerio Público en su faceta de defensor de la legalidad. Es decir, frente a la práctica anterior, que los órganos judiciales daban traslado al Fiscal para que emitiera dictamen sobre la procedencia de elevar esta clase de cuestiones al TJUE, en la actualidad sólo se dará traslado al Ministerio Público cuando sea parte propiamente legitimada en el proceso de fondo en el que se planteó la cuestión.

Algunos autores no entienden que el artículo 4 bis LOPJ haya legalizado la práctica habitual de que la cuestión prejudicial exige motivación exclusivamente en el caso de plantearla pero no cuando se deniega, como si fuese admisible un espacio de decisión judicial de motivación voluntaria. Esta fórmula no parece ser la ideal para la defensa de los intereses de los particulares. Frente a las dudas formuladas por las partes sobre la interpretación o validez del Derecho europeo, el órgano judicial *a quo* puede directamente negarse a plantear la cuestión prejudicial sin explicación o motivo alguno. Ello ha llevado a que se dicten resoluciones judiciales que tras fórmulas altisonantes como la pertenencia de dicho planteamiento a la soberanía del juez, se escondan concepciones de la cuestión prejudicial, o bien erróneas, o desde luego poco sensibles con la naturaleza de la función jurisdiccional como un servicio público justificado por y construido a la medida del derecho del justiciable, es decir, a la aplicación del Estado de Derecho que es lo que en definitivas cuentas significa el derecho a la tutela judicial efectiva desde sus múltiples perspectivas y dimensiones<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> El apartado VI de la Exposición de Motivos dice: (...) *resulta conveniente mencionar en la Ley la vinculación de los Jueces y Tribunales españoles al Derecho de la Unión, en la interpretación que hace del mismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En paralelo, y como corolario del sistema, se determina la forma en la que en nuestro ordenamiento ha de plantearse procesalmente el principal cauce de diálogo entre el Juez español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la cuestión prejudicial. Con ello, se profundiza en la búsqueda de mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos.*

<sup>93</sup> LIÑAN NOGUERAS, DIEGO y MARTÍN RODRIGUEZ, PABLO (2002) "La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 2000 y 2001." *RDCE*, núm. 12, pp. 583-627.

Por su parte, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de 27 de junio de 2014, considera que el artículo 4 bis de la LOPJ sólo contiene unos requisitos mínimos para la presentación de la cuestión: que, en todo caso, ésta se decida mediante auto, lo que exige explicitar su motivación, y que se dé audiencia a las partes para que puedan presentar lo que estimen al respecto. Al no regular nada más, quedan abiertas muchas cuestiones que resultan de especial trascendencia, tales como: el momento procesal adecuado para presentar la cuestión, la posibilidad de que la presentación de la cuestión acarree la suspensión del procedimiento e incluso que esta pueda acordarse para procesos en curso sobre los mismos hechos y la misma norma aplicable, si el auto del tribunal acordando la presentación de la cuestión, o su denegación, debe ser irrecurrible, etc. Y, considera que, *aunque estos aspectos corresponden al ámbito procesal de la cuestión, y tienen su lugar de regulación más adecuado en las normas procesales, la LOPJ los debiera haber recogido, junto a la interposición mediante auto y la previa audiencia a las partes.*

Ante la falta de esta normativa expresa, algún autor ha considerado que debería prevalecer la interpretación literal del Estatuto del Tribunal de Justicia y las Recomendaciones relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales del Tribunal de Justicia. Lo contrario, además de carecer de soporte normativo, no se compadecería con la naturaleza de la cuestión prejudicial. Sin embargo, esta teoría suscita muchas dudas pues, del examen de las decisiones de los tribunales nacionales se revela la existencia de criterios muy diferentes<sup>94</sup>.

### 3.2. Sujetos legitimados

Conforme a la normativa aplicable, la legitimación para promover la cuestión prejudicial europea la ostentan en España todos los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial a que hace referencia el artículo 117 de la Constitución, que pueden o, en su caso, deben plantear la misma al TJUE en función de que sus decisiones sean o no susceptibles de ul-

---

<sup>94</sup> CORDOBA CASTROVERDE, DIEGO (2015) “La suspensión de otros procesos basada en la prejudicialidad comunitaria”, *Revista Jurisprudencia*, el Derecho, núm. 2. En este foro, Fátima de la Cruz Mera, recuerda que del examen de las decisiones de los tribunales se revela la existencia de pronunciamientos muy diferentes en relación con la suspensión de otros procesos basada en la prejudicialidad comunitaria. La STS (sala 1.ª) de 20 de septiembre de 2011 rechaza la suspensión por inaplicación del artículo 43 LEC, reguladora de la cuestión prejudicial civil; en el mismo sentido se pronuncia la STS (sala 1.ª) de 13 de junio de 2011, aduciendo la imposible extensión de los supuestos de suspensión procedimental a casos no previstos legalmente, por más que en otros procesos se ventilen cuestiones más o menos similares a las pendientes de decidir en el proceso suspendido por planteamiento de la cuestión prejudicial, por contravenir el principio del impulso procesal de oficio regulado en el artículo 179 LEC. En cambio el ATS, Sala 3.ª, de 17 de noviembre de 2011, lo admite y acuerda: *Siendo ello cierto, también lo es que nada impide apreciar, en defecto de una precisión específica en nuestras leyes procesales para casos que guarda una cierta analogía, la procedencia de suspender el señalamiento para votación y fallo de un recurso contencioso-administrativo cuando la Comisión europea se suscitan simultáneamente cuestiones que afectan a la adecuación al Derecho de la Unión de una disposición general como la que es objeto de litigio. De hecho, esta Sala ha suspendido, por la misma causa, otros procesos similares en los que concurría aquella circunstancia.*

rior recurso jurisdiccional en el ámbito interno. Sin embargo, el TJUE ha admitido también la legitimación para el planteamiento de la cuestión a órganos que no se consideran jurisdiccionales conforme al artículo 117 de la Constitución.

Tal es el caso del Tribunal de Defensa de la Competencia que, a pesar de tener una naturaleza administrativa, en la sentencia de 16 de julio de 1992, asunto C-67/91, *AEBP*, ha visto reconocida por el Tribunal de Justicia su capacidad para plantear cuestiones prejudiciales, en su calidad de institución de derecho público de carácter permanente, sometido a reglas de procedimiento contradictorias, análogas a aquellas que rigen el funcionamiento de los tribunales de derecho común y llamado a adoptar una solución con arreglo derecho<sup>95</sup>.

Lo mismo ocurrió con los Tribunales Económico-Administrativos que fueron declarados órganos jurisdiccionales a los efectos el artículo 267 TFUE en la sentencia de 1 de abril de 1993, asuntos acumulados C-260/91 y C-261/91, *La Junquera*, sin que nadie se plantease el que no lo fueran y dando por hecho su condición de tal. Sin embargo esto no ha estado exento de polémica. La Sección segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en la sentencia de 25 de noviembre de 2010, ha indicado que no puede admitirse, en modo alguno, que el TJUE, probablemente por la confusión a que induce su denominación y su pretendido estatuto de autonomía funcional, haya legitimado a estos tribunales para plantear la cuestión prejudicial. A tal efecto la Audiencia Nacional recuerda que los Tribunales Económicos Administrativos son órganos administrativos que se incardinan en el seno de la Administración del Estado. Razón ésta por la que no puedan ser equiparados, ni siquiera de modo analógico, a los órganos jurisdiccionales, ni pueden dispensar como éstos la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 24 de la Constitución, ni los funcionarios que los componen, por probos que sean, son equiparables de ninguna manera a los jueces y magistrados, cuyo estatuto constitucional queda establecido en el artículo 117 de la Constitución. Precepto que establece unos atributos exclusivos de los miembros de la carrera judicial, no extensible a los integrantes de los Tribunales Económicos Administrativos y unas exigencias que no son predicables de los miembros de los Tribunales

---

<sup>95</sup> En la STJUE de 16 de julio de 1992, asunto C-67/91, *AEBP*, el Tribunal de Justicia partió de su consideración como un órgano jurisdiccional a todos los efectos, porque entre quienes habían presentado observaciones, nadie puso en tela de juicio la competencia del Tribunal nacional para invocar el artículo 177. Con todo el Abogado General Sr. F. G. Jacobs, en sus Conclusiones de 10 de junio de 1992, explicó que *a la luz de las características del Tribunal nacional no cabe duda de que ha de ser considerado un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 y que, por lo tanto, su remisión debe ser admitida. El único problema que este Tribunal nacional puede tener es que desde el punto de vista administrativo, forma parte de la Secretaría de Estado de Comercio española. Sin embargo, como las funciones del Tribunal nacional son de carácter jurisdiccional, más que administrativo; goza de competencia privativa en determinadas materias; con arreglo a la legislación española, ejerce sus funciones con total independencia; sus miembros son inamovibles; y conoce de los asuntos que le son sometidos siguiendo un procedimiento contradictorio y aplicando el Derecho de la competencia español ha de ser considerado un órgano jurisdiccional.*

Económicos Administrativos, incardinados en el seno de una Administración jerárquica<sup>96</sup>.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier, que combina la función jurisdiccional con otras de distinta naturaleza, también fue considerado por el Tribunal de Justicia órgano jurisdiccional cuando ejercía como autoridad administrativa. En la sentencia de 3 de agosto de 2009, asunto C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort SL*<sup>97</sup>, el TJUE entendió que, si bien cuando un órgano actúa en calidad de autoridad administrativa no se puede considerar que ejerza una función jurisdiccional, si el órgano, aunque sea administrativo, resuelve una apelación por la que se pretende la anulación de una resolución, que menoscaba un derecho del demandante, conoce de un litigio y realiza una función judicial, en tal caso, debe, en principio, considerarse que el órgano que resuelve es un órgano jurisdiccional facultado para plantear una cuestión prejudicial al TJUE en virtud del artículo 234 TCE.

El Tribunal de Contratos del Sector Público, por la sentencia de 6 de octubre de 2015, asunto C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, también fue reconocido por el Tribunal de Justicia como órgano jurisdiccional por entender que de los autos en poder del Tribunal de Justicia no se desprendía dato alguno que permitiera poner en entredicho los criterios del origen legal del Tribunal; su permanencia; el carácter contradictorio de su procedimiento; la aplicación por parte del Tribunal de normas jurídicas<sup>98</sup>; el requisito de la independencia<sup>99</sup>; y cumplir igualmente el criterio del carácter

<sup>96</sup> FJ noveno 3, de la Sentencia de 25 de noviembre de 2010, de la Sección 2 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, núm. de recurso 331/2007, R.oj: SAN 5276/2010 - ECLI: ES: AN: 2010:5276.

<sup>97</sup> En esta sentencia, la Comisión consideraba que el órgano de San Javier no estaba conociendo de un litigio, sino de un “expediente no judicial” por lo que el Tribunal de Justicia carecía de competencia para pronunciarse acerca de las cuestiones planteadas, dado que la remisión se había efectuado en un supuesto en que el juez nacional actuaba como autoridad administrativa y no realiza funciones jurisdiccionales. Se trataba de la negativa del secretario de dicho órgano judicial a dar traslado, al margen de un procedimiento judicial, a destinatarios establecidos en el Reino Unido y en Irlanda, de un acta notarial de notificación y requerimiento por la que se comunicaba la resolución unilateral por parte de *Roda Golf* de dieciséis contratos de compraventa de inmueble celebrados con sendos destinatarios. Sin embargo, el Tribunal de Justicia en el apartado 37, reconoció que: *Aun cuando pueda considerarse que el secretario judicial que tramita una solicitud de notificación o traslado de documentos judiciales o extrajudiciales con arreglo al Reglamento n.º 1348/2000 actúa en calidad de autoridad administrativa, sin que deba al mismo tiempo resolver un litigio, no sucede lo mismo en el caso del juez encargado de pronunciarse acerca del recurso interpuesto contra la negativa de dicho secretario judicial a proceder a la notificación o traslado solicitados. Y consideró que de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier, aun cuando actúe con naturaleza administrativa y no judicial tenía competencia para interponer una cuestión prejudicial.*

<sup>98</sup> En el apartado 18 de la sentencia, el Tribunal de Justicia reconoció que, por lo que respecta a los criterios del origen legal del órgano, su permanencia, el carácter contradictorio del procedimiento y la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, los autos en poder del Tribunal de Justicia no contienen dato alguno que permita poner en entredicho el carácter de órgano jurisdiccional, en el sentido del artículo 267 TFUE, del *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic*.

<sup>99</sup> En los apartados 19-21 considera que cumple con el requisito de la independencia por tener la condición de tercero con respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida en el litigio principal; ejercer sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno; y estar así protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de juicio de sus miembros.

obligatorio de su jurisdicción, en el sentido de la jurisprudencia del TJUE relativa al artículo 267 TFUE<sup>100</sup>.

En relación con el Tribunal Constitucional, también ha sido considerado órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 267 TFUE, en la sentencia de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, *Stefano Melloni*, sin discusión alguna. Sin embargo y, a diferencia de los órganos anteriores, la razón principal se encuentra en la naturaleza especial, en razón de la función constitucional, que ostentan los tribunales constitucionales en relación con los demás órganos jurisdiccionales nacionales incluidos los de carácter supremo. Al partir estos propios tribunales constitucionales de la premisa de que el Derecho europeo no es canon directo de constitucionalidad y de que su misión específica consiste en garantizar el respeto no de aquél, sino de la Constitución, han sido ellos los que se han negado al dialogo con el Tribunal de Justicia y a la posibilidad de ser considerados como órganos jurisdiccionales europeos a los efectos de la activación de la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE. E incluso han entendido que la primacía del Derecho europeo tiene una serie de límites: el núcleo duro de la Constitución del Estado miembro de que se trate. Esta tensión entre ambas dualidades ha aumentado, tras la aprobación del Tratado de Lisboa<sup>101</sup>. La aprobación del Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha aumentado sin parangón tanto el número de conflictos constitucionales como de conflictos internos, razón por la que todos y cada uno de los tribunales constitucionales, se han visto obligados progresivamente a incorporarse al diálogo con Luxemburgo, incluidos

<sup>100</sup> En los apartados 22-25 explica que cumple igualmente el criterio del carácter obligatorio de su jurisdicción, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 267 TFUE. En efecto, según el artículo 40. 6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, la competencia del órgano remitente tiene carácter potestativo. Así, quien interpone un recurso en materia de contratación puede optar entre el recurso especial ante el órgano remitente y el recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, si se opta por éste recurso es vinculante para las partes. Por otra parte, el Gobierno español precisó que, en la práctica, los licitadores en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos no recurren por lo general a la posibilidad de interponer directamente recurso contencioso-administrativo, sin haber presentado previamente ante el *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic* un recurso especial como el que se examina en el litigio principal. Esencialmente, los tribunales contencioso-administrativos intervienen pues, por regla general, como segunda instancia, de modo que la tarea de velar por el respeto del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos en la Comunidad Autónoma de Cataluña incumbe en primer término al *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic*. En el apartado 26, por último, procede el TJUE a recordar que, en el contexto de la apreciación del estatuto jurídico de los órganos nacionales mencionados en el artículo 2, apartado 9, de la Directiva 89/665, responsables de los recursos en materia de adjudicación de contratos públicos, el Tribunal de Justicia ha confirmado ya el carácter de «órgano jurisdiccional» de varios otros órganos nacionales similares en lo esencial al órgano remitente en el presente asunto. Ver también, SSTJUE C-54/96, *Dorsch Consult*, apartados 22-38; C-103/97, *Köllensperger y Atzwanger*, apartados 16-25; y C-549/13, *Bundesdruckerei*, apartado 22.

<sup>101</sup> El artículo 6 del TUE dice: *La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.*

aquellos que, como la Corte Constitucional italiana o francesa, el Tribunal Constitucional español o el alemán, se habían auto-desmarcado<sup>102</sup>.

### 3.3. Derecho o deber de plantear la cuestión prejudicial: La doctrina del Tribunal Supremo

#### 3.3.1. Derecho o deber de plantear la cuestión prejudicial

En cualquier caso y sean quienes sean los sujetos legitimados, el TJUE ha recordado que es una facultad discrecional de estos órganos jurisdiccionales plantear la cuestión prejudicial, salvo en los supuestos enumerados en el artículo 267.3 TFUE, que se convierte en una obligación.

En esta línea, la postura del Tribunal Supremo ha sido y es muy clara. Desde sus comienzos el Tribunal Supremo, en sentencias tales como la 28 de abril de 1987, 17 de abril de 1989, 10 de diciembre de 1991 o 24 de abril de 1993 ha reconocido que *no puede hablarse realmente, de un enfrentamiento entre dos Ordenamientos (el interno y el comunitario)*. El Derecho comunitario europeo tiene eficacia directa y carácter prevalente en virtud de la cesión parcial de soberanía que supone la adhesión de España a la Comunidad autorizada por Ley Orgánica de 2-8-1985, en cumplimiento del artículo 93 de la Constitución. Incluso en sentencias más recientes, como la de 13 de octubre de 2011, ha reconocido que: *la posición asumida reiteradamente por este Tribunal además de en la sentencia antes citada en la de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 2059), recurso de casación 2916/2004 con cita de otras anteriores, al afirmar que los jueces nacionales, en nuestra condición de jueces comunitarios, estamos obligados a salvaguardar la efectividad del derecho comunitario y su supraordenación al derecho interno conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, el Tribunal Supremo, también casi desde sus comienzos, en sentencias tales como la de 7 de febrero de 1997, ha entendido que esta obligación de salvaguardar la efectividad del De-

<sup>102</sup> En Francia, la nueva Corte Constitucional, a pesar de reiterar, incluso después de la aprobación de la Ley orgánica de 2009, que no correspondía al juez constitucional la convencionalidad de la ley, paradójicamente ha planteado su primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, a través de la Decisión núm. 2013-314, de 4 de abril de 2013, *en el deseo de articular, en línea con otros jueces europeos, las normas constitucionales, el derecho convencional, la legislación comunitaria y la legislación nacional* y que el TJUE ha resuelto en la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-168/13, *Jeremy, F v Primer Ministro*. En Italia, la Corte Constitucional, si bien había negado su condición de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 TUE, por primera vez en 2008 (en las resoluciones núm. 102 y 103), acude al instrumento de la cuestión prejudicial y se incluye en el grupo de tribunales constitucionales nacionales que guardan una relación de cooperación activa con Luxemburgo, lo que fue resuelto por la STJUE de 2 de junio de 2009, asunto C-169/08, *Presidente del Consejo de Ministros v Región Autónoma de Cerdeña*. En la República Federal Alemana el Tribunal Constitucional el 14 de enero de 2014, mediante Auto (2BvR 2728/13), remitirá por primera vez, al TJUE diversas cuestiones prejudiciales. El Tribunal De Justicia en su sentencia de 16 de junio de 2015, asunto C-62/14, *Peter Gauweiler y otros*, resuelve las cuestiones prejudiciales del Tribunal Constitucional alemán.

recho europeo no significa que los jueces y tribunales estén obligados a plantear una cuestión prejudicial cuando lo solicitan las partes. El planteamiento de la cuestión prejudicial es facultad del juez nacional, de modo que su omisión no constituye vicio de forma, ni incongruencia denunciabile. Señalando incluso que el planteamiento de una cuestión prejudicial innecesaria podría llegar a ser censurable desde la perspectiva del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas recogido en el artículo 24.2 de la Constitución<sup>103</sup>. Lo que volverá a reiterar en sentencias posteriores como la de 16 de julio de 2013 o de 26 de mayo de 2014, al recordar que *el planteamiento de la cuestión prejudicial regulada en el artículo 267 TFUE tiene como fundamento garantizar una interpretación uniforme del Derecho de la Unión. Pues la finalidad de este mecanismo se basa en la cooperación que implica un reparto de funciones entre el juez nacional, competente para aplicar el derecho europeo a un litigio concreto y el TJUE al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros. Ahora bien, la asunción de este principio no se ha traducido en el planteamiento ante el Tribunal de Justicia de una cuestión prejudicial cada vez que las partes sostienen que el litigio plantea una cuestión de Derecho comunitario que obliga al planteamiento de la cuestión prejudicial.*

Por esta razón, en la sentencia de 6 de noviembre de 2004, el Tribunal Supremo sentó las bases por las que los jueces y tribunales podían no recurrir al reenvío prejudicial. Tras recordarles que *no basta con que las partes sostengan que el litigio plantea una cuestión de Derecho comunitario para que resulte obligado el planteamiento de la cuestión prejudicial, sino que el Juez nacional ha de decidir sobre la necesidad del reenvío prejudicial.* Explica que estos jueces nacionales deben de tomar en consideración los siguientes elementos: *a) aplicabilidad de las disposiciones de Derecho comunitario al litigio; b) existencia de una duda sobre el significado o la validez de una norma de Derecho comunitario aplicable, de cuya decisión dependa el fallo del litigio; y c) imposibilidad de resolver por sí mismo dicha duda sin poner en riesgo la uniformidad interpretativa y de aplicación del Derecho comunitario. Juicios por tanto de necesidad y relevancia que corresponden al juez nacional, y que deberá motivar. Esta potestad incluye la de inaplicar cualquier norma o resolución interna que les impida plantear la cuestión prejudicial.*

Consecuencia de lo anterior, no son pocos los pronunciamientos de los jueces nacionales que argumentan con solidez y generosidad la decisión del órgano judicial de no plantear una cuestión prejudicial, ora porque se ha acudido al principio de unidad de doctrina, ora porque se ha considerado innecesario aplicar las normas de Derecho europeo en la solución del asunto principal, ora porque las partes han hecho la alegación incorrecta de los motivos que justificarían el reenvío prejudicial, etc.<sup>104</sup>

<sup>103</sup> STS de 7 de febrero de 1997, Sala de lo Contencioso-administrativo, Rec. Casación 4584/1993.

<sup>104</sup> La STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª de 28 de mayo de 2001, que desestima por infundado tanto el recurso como el planteamiento de la cuestión prejudicial con una amplia argumentación. O la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Granada de 20 de marzo de 2001, en la que se justifica ampliamente el no planteamiento de la cuestión prejudicial, por existir jurisprudencia de Luxemburgo y de tribunales internos que resuelven la cuestión.

Ahora bien, este carácter discrecional podría soslayar la obligación que el apartado 3 del artículo 267 TFUE atribuye a los órganos jurisdiccionales de última instancia cuando estén conociendo de un asunto en el que la contestación del Tribunal de Justicia fuera relevante para la solución del litigio nacional, hasta el punto de que el fallo del mismo hubiera de quedar condicionado por aquella respuesta y tuviera dudas respecto de su interpretación, no pudiendo acogerse a la doctrina del acto claro o aclarado.

Únicamente los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso estarán obligados a plantear el reenvío prejudicial, cuando concurran los presupuestos antedichos. A tal efecto debe entenderse que en España son recurribles las resoluciones susceptibles de apelación o de casación. A contrario, no son recurribles las resoluciones únicamente susceptibles de amparo o revisión.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha seguido el artículo 267.3 TFUE en sentido literal pues se ha acogido en numerosas ocasiones a la doctrina europea del acto claro. En la sentencia de 4 de junio de 2001, recuerda que la obligatoriedad de este Alto tribunal de plantear una cuestión prejudicial, *no supone negar un margen de apreciación del Juez de última instancia o supremo Juez nacional para determinar la “pertinencia” o efectuar el “juicio de relevancia” para el planteamiento de las cuestiones.* Y, en la sentencia de 4 de abril de 2005, establece las pautas para que un tribunal de última instancia pueda acudir a la teoría del acto claro o aclarado y no plantear la cuestión prejudicial. La sentencia comienza recordando que:

*“aunque el TJCE, en un primer momento, pareció considerar que la obligación contenida en el artículo 177. 3 TCEE, era absoluta, al menos, desde la reiterada sentencia CILFIT de 6 de octubre de 1982, ha precisado que existen dos hipótesis que dispensan al Juez de última instancia del reenvío: la primera es aquella en que exista una jurisprudencia establecida del Tribunal que resuelva el punto controvertido, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que hayan dado lugar a dicha jurisprudencia; la segunda se produce cuando la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con una evidencia tal que no da lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión...”; en tal caso, siempre que el órgano jurisdiccional nacional esté convencido de que “la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia”, podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal de Justicia. La misma doctrina del “acto claro” ha inspirado decisiones de este Alto Tribunal, como ocurre con la Sentencia de 14 de abril de 1989(...) la STS de 27 de enero de 1990 (...). En consecuencia, puede entenderse que resulta justificada la exclusión del planteamiento de la cuestión prejudicial: cuando sea irrelevante el fallo (irrelevante de la cuestión), de manera que, cualquiera que sea la respuesta del TJCEE, ésta no tendría ninguna influencia en la decisión del proceso en que la cuestión se suscita; cuando pueda afirmarse la evidencia de la respuesta porque no existe duda razonable y fundada relativa a la interpretación y/o validez de la disposición comunitaria aplicable, teniendo en cuenta, como ha puesto de relieve el TJCE, tanto el contexto como el conjunto normativo al que pertenece la norma a interpretar (sentido claro); y cuando se encuentra “aclarada” la duda objeto del litigio, dada la identidad de la cuestión con un*

*litigio resuelto por el TJCE, de manera que pueda invocarse la doctrina del precedente o, incluso, la jurisprudencia comunitaria, ... Y en este mismo sentido, cabe hacer referencia al artículo 104.3 del Reglamento de procedimiento del propio Tribunal, de 19 de junio de 1991 (cfr. STS 10 de febrero de 1997). Con una formulación general, cabe afirmar que cesa la obligación de plantear la cuestión "ex" artículo 234 TCE, cuando la Sala puede resolver por sí coherentemente el problema de interpretación suscitado en relación con la norma comunitaria, teniendo en cuenta, además de los criterios expuestos, que el Juez nacional es garante no sólo de los principios estructurales básicos del Derecho comunitario que representan su efecto directo y su primacía, sino también, desde su posición de órgano cuyas decisiones crean jurisprudencia, de la unidad de aplicación del Derecho comunitario."*

Es decir, el Tribunal Supremo ha llegado a la conclusión de que los tribunales de última instancia son los garantes del cumplimiento del Derecho europeo, y estarán obligados al planteamiento de una cuestión de validez si tienen dudas acerca de la invalidez de la norma de derecho derivado de la Unión. Pero, si lo que se plantea es una cuestión prejudicial de interpretación sólo a ellos compete decidir si deben o no plantearla en función de si se cumplen o no los requisitos siguientes: irrelevancia de la cuestión, sentido claro y acto aclarado. En decir, cuando la Sala puede resolver por sí coherentemente el problema de interpretación suscitado en relación con la norma europea no está obligada al reenvío prejudicial a pesar del tenor literal del artículo 267.3 TFUE.

Ahora bien, la doctrina del acto claro o aclarado del Tribunal Supremo ha sido aprovechada por los tribunales españoles con demasiada habitualidad, dictando resoluciones judiciales cuya incorrección se muestra con evidencia<sup>105</sup>. En efecto, desde los comienzos, el recurso a la teoría del acto claro y aclarado ha llevado a la preocupante situación de ser muchas las sentencias en las que los jueces y tribunales no sólo reinterpretan la jurisprudencia consolidada del TJUE, sino que invierten el sistema de fuentes europeas y los términos en los que se aplica el principio de primacía. Hasta el punto de que la sentencia del TJUE de 12 de noviembre de 2009, asunto C-154/08, *Comisión v España*, el Tribunal de Justicia declaró que España había incumplido la normativa europea por la interpretación sostenida por el Tribunal Supremo que, en la disciplina del artículo 267 TFUE se encontraba obligado a dirigirse al TJUE. Como el Tribunal Supremo hizo caso omiso de este precepto y se limitó a pronunciarse desde una perspectiva puramente interna, sin analizar la normativa europea, ni el contenido de la jurisprudencia de Luxemburgo, el TJUE declaró la responsabilidad del Estado español por incumplimiento del Derecho de la Unión. El Reino de España fue condenado porque su más alto tribunal hizo caso omiso del ordenamiento jurídico europeo, dejándolo inaplicado en un caso concreto,

<sup>105</sup> Tal es el caso de la STS de 16 de diciembre de 2000, Sala de Contencioso Administrativo, Sección 2.ª en el que sin plantear cuestión prejudicial alguna aplicó la doctrina *Pescatore*, o la STS de 3 de marzo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, FJ. 4.ª: STS 1654/2001 - ECLI: ES:TS:2001:1654, que acude a la doctrina *CILFIT*.

sin ni siquiera preguntar al Tribunal de Luxemburgo a título prejudicial sobre el alcance que hubiera de habersele dado a sus determinaciones<sup>106</sup>. Lo cual, y eso es lo preocupante, según algunos autores, se ha repetido en jurisprudencia posterior como en la sentencia de la Sección 6.ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en dos sentencias de 19 de septiembre y 14 de octubre de 2010, seguidas de muchas otras en las que el Tribunal Supremo se ha arrogado un papel que no le corresponde al interpretar el derecho europeo sin contar con Luxemburgo<sup>107</sup>.

### 3.3.2. *La doctrina del Tribunal Constitucional*

La postura anterior del Tribunal Supremo ha planteado y puede plantear numerosos problemas internos. La negativa a plantear por los tribunales de última instancia una cuestión prejudicial ante Luxemburgo, aun cuando están obligados a ello, puede dar lugar a pronunciamientos en los que exista divergencia de criterio con el TJUE, y, esta situación, sitúa a los órganos judiciales patrios en la difícil tesitura de tener que elegir entre aplicar la doctrina nacional o la europea, genera indefensión para los particulares y puede dar lugar a la responsabilidad del Estado español por el incumplimiento del Derecho de la Unión conforme a los establecido en los artículos 258 a 260 TFUE.

En algunos Estados miembros, la solución ha pasado por considerar al TJUE como el juez ordinario predeterminado por la Ley. Tal es el caso de los tribunales constitucionales austriaco y alemán que consideran susceptible de amparo constitucional la omisión de la obligación de remitir la

<sup>106</sup> Los apartados 124-127 de la sentencia dirán que: *Por último, el Reino de España ha invocado su dificultad para subsanar el incumplimiento alegado por la Comisión, puesto que éste tiene su origen en la sentencia del Tribunal Supremo; Sobre este particular, es preciso señalar que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cabe declarar, en principio, la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al artículo 226 CE 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 (sentencia de 9 de diciembre de 2003, Comisión/Italia, C-129/00, Rec. p. I-14637, apartado 29 y jurisprudencia citada).; En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia señaló también que, si bien no cabe tomar en consideración decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo, la situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste (sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 32); Por lo tanto, habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben...*

<sup>107</sup> Ver las SSTs de 19 de septiembre, casación 6031/07 y 14 de octubre de 2010, casación 5914/0, en las que el Tribunal Supremo se arrogó competencias que no le correspondían y vino a interpretar nociones de Derecho europeo. Es decir estableció por su cuenta y riesgo el contenido de una norma comunitaria sin preguntar al TJUE; o la STS de 12 de abril de 2012, que se dictó en un recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles contra una sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2006, en la que el Tribunal Supremo otorga un trato más favorable a las reclamaciones de inconstitucionalidad en contraste con las reclamaciones de anticomunitariedad. Ver en HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, JOAQUÍN "Los tribunales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Una visión nacional", op. cit., y SARMIENTO, DANIEL "La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempo de crisis", op. cit.

cuestión prejudicial ante Luxemburgo cuando se está obligado a ello; pues esto supone un incumplimiento arbitrario de acudir al juez determinado legalmente, que en este caso es el Tribunal de Justicia<sup>108</sup>.

El Tribunal Constitucional español ha mantenido, sin embargo, una postura vacilante al respecto.

Desde sus comienzos, en las sentencias 28/1991, de 14 de febrero y 64/1991, de 22 de marzo, ha mantenido que el Derecho europeo no goza de rango constitucional, no representa un canon ni un parámetro de constitucionalidad y por tanto carece de relevancia constitucional<sup>109</sup>. Esto signi-

<sup>108</sup> En Alemania, la sentencia de 9 de enero de 2001 (*BVerfG, BvR 1036/99*). El Tribunal Constitucional federal alemán admite en parte el recurso de amparo ante la negativa de un tribunal de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, por entender que se ha vulnerado a la recurrente el derecho fundamental de acceso al juez predeterminado por la Ley del artículo 101.2 Ley Fundamental de Bonn. En este caso el tribunal estaba obligado a ello. El Tribunal Constitucional alemán entiende que ante su falta de competencia para examinar y controlar tanto el Derecho originario como derivado europeo no puede entrar a juzgar si ha habido o no lesión del derecho que se pretende por lo que inadmite la primera parte del recurso. A continuación admite la segunda, precisamente porque al no ser competente, y no haber tenido oportunidad de pronunciarse el TJUE, por la falta de presentación de una cuestión prejudicial, es la recurrente la que se queda sin la garantía del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley, por lo que el caso debe volver al tribunal de origen para que éste presente la cuestión prejudicial. El Tribunal Constitucional alemán remite de nuevo la cuestión al tribunal para que plantee la cuestión de modo procedente, indicándole que no puede resolver un problema de Derecho europeo con razonamientos de derecho interno, o sin atender a un principio básico del Derecho comunitario, como es en este caso.

<sup>109</sup> El FJ. 6 de la STC 28/1991, dirá: *Y debe añadirse que en esa labor de los órganos judiciales ordinarios, en su caso mediatizada por el Tribunal de Justicia, ninguna intervención puede tener este Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad que en su caso intentarían promover aquéllos, pues, tratándose de verificar únicamente la acomodación de una norma nacional a otra del Derecho comunitario europeo, la primacía de éste exige que sean sólo aquellos órganos los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho. Así lo tiene declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades en su Sentencia de 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal), en la que, tras afirmar que resultaría «incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica -legislativa, administrativa o judicial- que tuviera por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de no reconocer al Juez competente para aplicar este Derecho el poder de hacer, en el momento mismo de esta aplicación, todo lo necesario para descartar las disposiciones legislativas nacionales que eventualmente constituyen un obstáculo para la plena eficacia de las normas comunitarias», estima que «ese sería el caso si, en la hipótesis de contradicción entre una disposición del Derecho comunitario y una ley nacional posterior, la solución de este conflicto fuera reservada a una autoridad distinta del juez llamado a asegurar la aplicación del Derecho comunitario, investida de un poder de apreciación propio, incluso si el obstáculo que así resulta para la plena eficacia de este Derecho no fuera más que temporal». El FJ4 de la STC 64/91, también dirá que: *La adhesión de España a las Comunidades Europeas no ha alterado ni el canon de validez en los procesos de amparo ni el carácter del Tribunal Constitucional como «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LOTC) en tales procesos y respecto de las materias sobre las que se ha producido, en favor de los órganos comunitarios, la atribución del «ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (art. 93 C.E.) En efecto, la vinculación al Derecho Comunitario -instrumentada, con fundamento del artículo 93 C.E., en el Tratado de adhesión- y su primacía sobre el Derecho nacional en las referidas materias no pueden relativizar o alterar las previsiones de los artículos 53.7 y 161.1 b) C.E. Es por ello evidente que no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad, sino sólo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.2 LOTC, contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos internos. Y es asimismo patente que los motivos de amparo han de consistir siempre en lesiones de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los artículos 14 a 30 C.E. [arts. 53.2 y 161.1 b), C.E. y Título III LOTC], con exclusión, por tanto, de las eventuales vulneraciones del Derecho comunitario, cuyas normas, además de contar con específicos medios de tutela, únicamente podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados internacionales asigna el artículo 10.2 C.E. Consecuentemente, el único canon admisible para resolver las demandas de amparo es el del precepto**

fica que incumbe exclusivamente a los jueces ordinarios, no cabe invocarlo para fundamentar una violación de la Constitución y no altera el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Por esta razón, en la sentencia 45/1996, de 25 de marzo, en la que el interesado en amparo se quejó de que se le había vulnerado el artículo 24.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional entendió que la eventual contradicción de las leyes nacionales con el Derecho comunitario europeo no convierten en constitucional un litigio en el que sólo hay un conflicto de normas infraconstitucionales, que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sin que ello vulnere, en modo alguno, el artículo 24 de la Constitución<sup>110</sup>.

La solución adoptada por el Tribunal Constitucional de negar dimensión constitucional a la queja de la negativa judicial a efectuar un reenvío prejudicial a Luxemburgo, la fundamentó en su similitud con la cuestión de inconstitucionalidad: en el sentido de que *la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no corresponde resolver a este Tribunal (STC 211/1988) en cuanto que la selección de las normas aplicables y su interpretación corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 de la Constitución (STC 178/1988). Es, pues, facultad propia de la jurisdicción determinar la norma aplicable al punto controvertido (fundamento jurídico 3.º). Y ello ha sido, en definitiva, lo efectuado por el Tribunal de lo Social, pues lejos de aplicar exclusivamente el Reglamento comunitario... no hizo otra cosa, en observancia de la facultad que le corresponde en exclusiva, que interpretar esta norma junto a la del artículo 601 L.E.C... interpretación que en relación con el artículo 24.2 de la Constitución a cuyo alcance debemos atender, no puede reputarse irrazonable ni arbitraria y, por tanto, no es revisable por nosotros según lo dicho en la propia STC 180/1993 (fundamento jurídico 4.º).*

---

*constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia, siendo las normas comunitarias relativas a las materias sobre las que incide la disposición o el acto recurrido en amparo un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción, lo mismo que sucede con la legislación interna en las materias ajenas a la competencia de la Comunidad.*

<sup>110</sup> El párrafo segundo del FJ. 6 de la STC 46/1996 dirá: *Habida cuenta, además, de que, según dijimos en la STC 28/1991, "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" (FJ 5.º).* Esta sentencia se distancia de la postura adoptada por su homólogo italiano en su sentencia 384, de 10 de noviembre de 1994 en la que la Corte Constitucional italiana admite a trámite un recurso de inconstitucionalidad promovido en vía principal, bajo el perfil de la violación indirecta del artículo 11 de la Constitución italiana, basado en el conflicto entre la ley regional impugnada por el Gobierno y las normas comunitarias. El juicio de constitucionalidad de las leyes regionales por violación de normas comunitarias es preventivo, esto es, antes de que se apruebe la ley regional, la Corte Constitucional italiana la declara inconstitucional, de ahí que se denomine a este recurso como el "juicio preventivo de constitucionalidad". También, se sitúa en la dirección opuesta la sentencia belga, en el caso *Ofinger*, de 5 de noviembre de 1996, en la que el Consejo de Estado belga sostuvo de forma tajante la postura contraria al Tribunal Constitucional, al entender que la supremacía del Derecho comunitario se debe dar sobre cualquier norma interna incluso constitucional, pues el artículo 34 de la Constitución belga permite afirmar que las disposiciones de los Tratados deben prevalecer sobre el Derecho constitucional.

Sin embargo, como explicó el magistrado González Campos en su voto particular, la cuestión debatida no era si el órgano jurisdiccional había seleccionado correctamente la norma o si la había interpretado o aplicado de manera razonable y no arbitraria, sino que se trataba de saber si al demandante de amparo se le había privado de alguna facultad otorgada por el ordenamiento comunitario y, si con esa desposesión se infringía su derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución.

Por otro lado, la doctrina recuerda que la semejanza entre las cuestiones prejudiciales y de constitucionalidad es superficial, pues sólo tienen en común que acuden a la técnica del reenvío y requieren que la disposición a la que afecten sea la norma *decidendi*. Las diferencias son de calado y responden a fundamentos diferentes. La ausencia de control sobre la negativa a plantear una cuestión de inconstitucionalidad puede, a lo sumo, dar lugar a la pervivencia de interpretaciones constitucionales incorrectas, que el sistema se encargará de depurar a través de la cláusula del artículo 5.1 LOPJ. Mientras que esta ausencia de control, si el juez nacional, actuando como juez europeo, no se dirige al TJUE para interrogarle sobre el alcance de una norma europea pertinente para resolver el litigio, supone que el juez nacional se esté metiendo en un campo que, en principio, le es vedado y esté negando al justiciable el derecho a que la respuesta se la proporcione el juez indicado por el legislador<sup>111</sup>.

A pesar del voto particular y de las críticas de la doctrina, el Tribunal Constitucional va a mantener su postura inicial en las resoluciones posteriores<sup>112</sup>.

En las sentencias 45/2001, de 15 de febrero y 95/2001 de 5 de abril, vuelve a reiterar *que en los procesos constitucionales el Derecho comunitario no es, per se, canon o parámetro directo de contraste y examen de los actos y disposiciones de los poderes públicos. Y, más específicamente, que “en los procesos constitucionales a que dan lugar los conflictos positivos de competencia no pueden hacerse valer otros motivos de inconstitucionalidad de los actos o disposiciones que los que atañen a la vulneración de las reglas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias”* (STC 122/1989, de 6 de julio, FJ 5).

Sin embargo, en la sentencia 58/2004, de 19 de abril, levantó por primera vez la veda del amparo constitucional frente al no planteamiento por el juez español de la cuestión prejudicial europea.

<sup>111</sup> RUIZ-JARABO, DÁMASO, (2007), “Los tribunales constitucionales ante el derecho comunitario”, *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales. Algunas zonas de fricción*, Huelin Martínez de Velasco, J. y Zamora Zaragoza, F.J. (Dir.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 95, CGPJ, pp. 187-235; DIEZ PICAZO, J. M. (1998), “El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, pp. 267 y 268. HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, JOAQUÍN (2011) “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*, núm. 39, julio-septiembre, pp. 375-414; MORCILLO MORENO, JUAN (2011) “El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿facultad o deber?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 185, mayo-agosto, pp. 227-262.

<sup>112</sup> Ver por ejemplo, SSTC 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; 111/1193, de 25 de marzo, FJ 2; 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; ATC 296/1993, de 4 de octubre, FJ 2, etc.

El Tribunal Constitucional, lo primero que hace en el fundamento jurídico 10 es recordar su doctrina anterior de que, conforme al artículo 96 de la Constitución, el Derecho comunitario forma parte del ordenamiento interno; por ello la cuestión prejudicial prevista en el artículo 177 TCE configura un instrumento más al servicio de los jueces y tribunales para la depuración del ordenamiento jurídico. Este precepto no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad y ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el artículo 24.1 de la Constitución cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita. En consecuencia, la decisión de no plantear una cuestión prejudicial, al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad, no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el artículo 24 de la Constitución, 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.

Pero, seguidamente establece una excepción: *Ahora bien, la anterior conclusión no es óbice para que, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada irremediablemente la lesión del citado derecho fundamental,...* En efecto, si la Ley postconstitucional es contraria a la Constitución sólo mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 CE puede dejar de ser aplicada. Y si la ley postconstitucional es contradictoria con el Derecho comunitario sólo puede ser inaplicada, ..., mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial del artículo 234 TCE. Es decir, para el Tribunal Constitucional no puede servir de excusa la primacía del Derecho comunitario para violar el derecho a un proceso con todas las garantías. Por esta razón, al igual que forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los jueces y tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3), la selección de la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos cuando se trata de inaplicar una Ley, también es deber de estos jueces y tribunales, plantear la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución, o la cuestión prejudicial, si es contraria al Derecho comunitario. El incumplimiento de este último deber es pues una quiebra de una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido.

La sentencia 194/2006, de 19 de junio, se volvió a centrar en la vulneración del derecho fundamental, y llegó incluso a considerar que se vulneraba el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución, cuando el juez o tribunal inaplicasen una disposición legal vigente en España, sin plantear previamente, bien la cuestión de inconstitucionalidad, bien la cuestión prejudicial comunitaria, siempre y cuando la disposición legal no estuviera afectada directamente por una resolución del TJUE, aunque exista otra que permita al órgano judicial acudir a la doc-

trina *CILFIT*, del acto claro<sup>113</sup>. Pero, llama poderosamente la atención esta resolución constitucional pues se pronuncia en desacuerdo con la doctrina del TJUE, al entender que se ha infringido el derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución por el juez *a quo*, al inaplicar una ley interna que se opone, en apariencia, al ordenamiento jurídico de la Unión, en un supuesto en el que no estaba obligado a plantear la cuestión prejudicial, por darse las condiciones *CILFIT*.

Incluso, en la sentencia 78/2010, de 20 de octubre, basándose en un supuesto de hecho similar, llega a conclusiones más tajantes, pues, aunque declaró que en el caso de autos no era aplicable el Derecho comunitario, ni por razón de la materia ni por razón del lugar, y no había lugar a cuestionarse si la omisión del planteamiento de la cuestión prejudicial vulneraba el derecho a un proceso con todas las garantías, dejó una puerta abierta a la consideración de que el no planteamiento de la cuestión prejudicial era susceptible de conculcar el derecho a un proceso con todas las garantías y, en especial, el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. Así, decía la sentencia 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 artículo 24 de la Constitución, 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.*

En las sentencias 27/2013 de 11 de febrero y 212/2014, el Tribunal Constitucional disipa todas las dudas anteriores y especifica aquellas partes del derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución que pueden verse afectados por la cuestión prejudicial:

Por un lado, el general, del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Es decir, conforme a la *consolidada y unánime doctrina constitucional, tal como recordamos recientemente en la STC 13/2012, de 30 de enero, FJ 3, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 CE, comprende el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso.* Ello significa que la resolución judicial ha de estar motivada y fundada en derecho. Pero el derecho a la tutela judicial efectiva también supone el derecho a una resolución congruente (STC 3/2011 de 14 de febrero, FJ. 5). Congruencia que debe referirse no sólo a las pretensiones oportunamente deducidas, conformadas por el *petitum* y la *causa*

<sup>113</sup> La sentencia otorgó amparo al Gobierno de Canarias porque la Sala de lo Contencioso-administrativo, descartó, sin plantear cuestión prejudicial, el artículo 10.1.13 de la Ley 20/1991, relativa al impuesto general indirecto canario, donde se reproducía un precepto idéntico de la Ley 37/1992, del IVA, cuya oposición al Derecho europeo motivó que el TJUE resolviera en la sentencia de 7 de mayo de 1998, asunto C-124/96, *Comisión v España*, que España había incumplido sus compromisos con la UE. Anulada su sentencia por el Tribunal Constitucional, la Sala insular se dirigió al TJUE para interrogarle sobre los efectos de la citada sentencia *Comisión v España*, los jueces comunitarios rechazaron contestar por no existir conexión europea, ya que las Islas Canarias quedaban fuera del ámbito de aplicación del sistema del IVA. Ver HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, JOAQUÍN (2015) "Una sentencia constitucional ejemplar de Javier Delgado Barrio (Comentario a la STC 78/2010), *Revista de Administración Pública*, núm. 197, Madrid, mayo-agosto, pp. 223-235.

*petendi*, sino también, muy especialmente, a todas las alegaciones sustanciales deducidas por las partes. Sin que ello implique un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, por lo que la posible discrepancia de las partes con una resolución judicial no convierte el razonamiento judicial en arbitrario o manifiestamente irrazonable, ni menos aún obliga al Tribunal Constitucional a elegir entre las interpretaciones posibles cuál es la que debe prevalecer.

Desde esa perspectiva y en relación con la decisión del órgano judicial sobre el planteamiento de cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE ante el Tribunal de Justicia pertenece al ámbito del Derecho europeo y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991 y 64/1991), por ello, ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el artículo 24.1 de la Constitución cuando el juez *a quo* estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho de la Unión o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita (teoría del acto claro). Si las resoluciones objeto de amparo no constituyen ni aisladamente ni en su conjunto una interpretación manifiestamente irrazonables de la legalidad ordinaria, no son contrarias al artículo 24.1 de la Constitución y el Tribunal Constitucional no debe entrar a examinar si otras interpretaciones también posibles deberían prevalecer sobre aquellas. Por ello dirá el Tribunal Constitucional: *Resumiendo, desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, el canon de control establecido respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no difiere del que este Tribunal ha fijado, con carácter general, para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto. De ahí que, en relación con la temática sobre la que versa el presente recurso, en esta instancia constitucional lo único que nos corresponde ponderar es si la resolución judicial está fundada en Derecho y es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria*<sup>114</sup>.

Por otro, el derecho a un proceso con todas las garantías, del que forma parte el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan conforme al sistema de fuentes establecido. En este caso, como el artículo 267 TFUE forma parte del ordenamiento jurídico interno, el Tribunal Constitucional ha dicho que los jueces y tribunales deben utilizar el artículo 267 TFUE como un instrumento más a su servicio para depurar las fuentes de Derecho interno, por ello si existe alguna duda en la aplicación del Derecho europeo están facultados para consultar al TJUE, salvo que se trate de un órgano judicial cuya resolución no sea susceptible de recurso ordinario en la vía interna, en cuyo caso, la facultad se torna en obligación, en orden a preferir un Derecho en beneficio de otro. Ahora bien, esta obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales no susceptibles de un recurso judicial conforme a Derecho interno, tanto cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que ya haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso

<sup>114</sup> FJ. 5, último párrafo de la STC 212/2014.

análogo (doctrina *Francoivich y Bonifaci*), como cuando la correcta aplicación del Derecho europeo pueda imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (doctrina *CILFIT*). Por ello, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho europeo, según las partes, no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria.

Y, finalmente, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. El Tribunal Constitucional recuerda que según la STC 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 5, ya había declarado, desde la STC 47/1983, que dicho derecho exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano espacial o excepcional. *En atención a la doctrina expuesta es patente que el hecho de no plantear cuestión prejudicial queda extramuros de la garantía de la lesión de este derecho del juez ordinario predeterminado por la Ley.* Sin embargo, este planteamiento que vuelve a reiterarlo en las sentencias 99/2015 de 25 de mayo y 232/2015, de 5 de noviembre, fue objeto del voto particular de la Magistrada Adela Asua Batarrita, que considera que los jueces nacionales son jueces ordinarios de la aplicación del Derecho de la Unión y como tales deben aplicar ese Derecho en los asuntos de que conozcan, pero únicamente el TJUE tiene competencia y jurisdicción para pronunciarse sobre la interpretación y validez del Derecho de la Unión. Conforme al artículo 97 de la Constitución, el artículo 267 TFUE forma parte del ordenamiento interno, y por ello es evidente que el TJUE es el juez ordinario predeterminado por la ley en el sentido del artículo 24.2 de la Constitución, cuando se trata de cuestiones de interpretación del Derecho de la Unión. En consecuencia, el desconocimiento de la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial puede afectar al citado derecho fundamental.

En suma, el Tribunal Constitucional retoma su doctrina inicial y abandona la STC 58/2004, al concluir que la infracción del artículo 267 TFUE no afecta al artículo 24 de la Constitución salvo en los supuestos que el juez ordinario haya realizado una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente. Es decir, el Tribunal Constitucional opta por aplicar el canon general de interpretación de la legalidad ordinaria interna.

Por otro lado, la doctrina que había sentado de que cuando se trata de inaplicar una ley es deber de los jueces o tribunales el plantear la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución, o la cuestión prejudicial, si es contrario al Derecho comunitario, y que el incumplimiento de este último deber es quiebra de una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido, la matiza y especifica en la sentencia 35/2016 y el Auto 168/2016, de 4 de octubre, en los que el Tribunal Constitucional, acorde con la jurisprudencia de Luxemburgo, deja claro la necesidad de que el órgano judicial que dude de la constitucionalidad de una ley no

podrá plantear cuestión sobre la misma ante el Tribunal Constitucional si al propio tiempo considera que esa ley es claramente incompatible con el Derecho de la Unión Europea, pues viene entonces obligado por este Derecho a inaplicarla. Y, en estos casos, al devenir la norma inaplicable por ser contraria al Derecho de la Unión, no podrá plantear cuestión de inconstitucionalidad por el incumplimiento del requisito de la aplicabilidad que exige el artículo 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Como ya dijo en el Auto 23/2013, de 29 de enero, FJ 4, efectivamente la cuestión de inconstitucionalidad puede extinguirse por desaparición sobrevenida de su objeto como consecuencia de la derogación de la norma objeto de recurso directo en el proceso *a quo* si la norma no conserva ningún género de ultraactividad. En tales casos “ninguna utilidad tendría ya un pronunciamiento de este Tribunal para un proceso judicial extinguido”.

#### IV. CONCLUSIONES

Transcurridos treinta años desde la incorporación de España a la Unión Europea siguen suscitándose numerosas dudas en torno a mecanismos tan importantes y fundamentales para la propia construcción europea como es el de la cuestión prejudicial.

La cuestión prejudicial regulada en el artículo 19.3 b) TUE y 267 TFUE constituye el más importante instrumento de cooperación a nivel judicial en el ámbito de la Unión Europea, convirtiendo al juez nacional en verdadero protagonista de la integración desde el momento que debe garantizar la correcta interpretación y aplicación del Derecho de la Unión. En efecto, el juez nacional, se ha convertido en juez europeo del que depende en gran medida la propia existencia de la Unión y la de sus normas, toda vez que ante una interpretación fraccionada y dispersa de éstas, las barreras a la integración volverían a alzarse a lo ancho de todo el territorio europeo.

Sin embargo, y precisamente por ser este juez nacional el que ha de dirimir las controversias jurídicas aplicando tanto su ordenamiento interno, como el Derecho comunitario, lógicamente es también él el que está en mejor disposición para detectar problemas tanto de interpretación como de validez de la norma UE. De ahí que tanto el TJUE como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo consideren que sólo a él compete el plantear la cuestión prejudicial. Es pues deber del juez nacional el plantear la cuestión prejudicial cuando esta es pertinente de acuerdo con las circunstancias del caso.

Desde el punto de vista formal, el Derecho de la Unión, en particular el artículo 267 TFUE contiene lo que algún autor ha denominado la regulación básica de la cuestión prejudicial, distinguiendo entre las cuestiones de interpretación y las de validez, entre los órganos que están facultados para su remisión frente a los que se encuentran obligados. Sin embargo regula lo esencial y deja a cada Estado miembro la regulación procedimental conforme a su normativa interna. Ahora bien, en España, como la legislación orgánica y procesal no contenía una regulación específica y detallada en torno al

procedimiento relativo a la cuestión prejudicial, el juez se ha visto obligado a integrar esas lagunas, lo que le ha llevado a una aplicación analógica del procedimiento para la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sin perder de vista que debía garantizar la interpretación y aplicación del Derecho europeo y salvaguardar el efecto útil de sus normas. Tras la aprobación del nuevo artículo 4 bis de la LOPJ falta averiguar qué camino seguirá pues, es un artículo excesivamente sistemático y que no ha resuelto los problemas que se planteaban<sup>115</sup>.

Desde el punto de vista material la jurisprudencia del Tribunal de justicia admite frente a la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial del artículo 267.3TFUE tres excepciones: impertinencia de la cuestión; identidad o analogía de la cuestión con otra ya resuelta por el TJUE o acto aclarado; y claridad de la cuestión o acto claro. Excepciones que han permitido tanto al Tribunal Supremo como al Tribunal Constitucional español, no profundizar sobre la importancia de plantear la cuestión prejudicial y mantenerse al margen, al sostener sus posturas iniciales de que la existencia o inexistencia de una duda depende de la concepción subjetiva que el juzgador tiene sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario. Con la fórmula de que sólo al juez compete decidir si plantea o no la cuestión prejudicial con independencia de lo querido por las partes, estos tribunales han dictado y han permitido que se dicten resoluciones judiciales cuyos criterios divergen del mantenido por el TJUE, lo que ya ha dado lugar a que el TJUE haya declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben con la normativa de la Unión Europea y haya sido condenada. Ante esta situación, al menos el Tribunal Constitucional debería reaccionar, pues esa ha sido y es la voluntad del legislador español.

En efecto, si por el artículo 93 de la Constitución, ya existía esta obligación de todos los jueces y tribunales de aplicar el Derecho europeo conforme a la interpretación efectuada por el TJUE, a partir del 1 de noviembre de 2015, se ha visto reforzada. La nueva redacción de la LOPJ sostiene esta primacía tanto en el preámbulo como en el artículo 4 bis. En este diálogo de jueces y entre jueces no debería quedarse al margen el juez constitucional que tiene encomendada la garantía de la norma sobre la que reposa el sistema jurídico interno, de la que emana la legitimidad inicial del propio Derecho europeo. Cuando, para cumplir esa tarea, haya de enfrentarse en amparo constitucional a algún juez o tribunal que hayan decidido sobre un precepto del ordenamiento europeo, su alcance o validez, sin plantear cuestión prejudicial, no debería vacilar en obligar a ese juez o tribunal a interrogar al TJUE. El no obligar a estos jueces o tribunales supone la posibilidad, como de hecho ya ha ocurrido, de que la norma europea sea aplicada en España con un significado diferente al querido por el TJUE y con ello se produzca una quiebra del principio de uniformidad del Derecho europeo en todo el territorio de la Unión.

---

<sup>115</sup> Dimitri Berberoff Ayuda, sostiene este criterio en CORDOBA CASTROVERDE, DIEGO (2015) “La suspensión de otros procesos basada en la prejudicialidad comunitaria”, op. cit.