



Facultad de Derecho
Universidad de Málaga

Área de Derecho Internacional Público

“La cuestión prejudicial en el proceso de construcción
del Derecho de la Unión Europea”

Tesis Doctoral presentada por Guillermo Moisés Palanco Puga

Dirigida por la Dra. María Isabel Torres Cazorla

Málaga, 2015


UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA





UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: Guillermo Moisés Palanco Puga

 <http://orcid.org/0000-0002-2484-8343>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es



LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

ÍNDICE

ELENCO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS	5
INTRODUCCIÓN	14
PARTE I: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL. SUS RASGOS BÁSICOS	
1.- A modo de brevísimo apunte sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su labor	20
2.- La cuestión prejudicial: concepto, naturaleza jurídica y silogismo	23
2.1. Concepto y naturaleza jurídica	23
2.2. La cuestión prejudicial como parte de un silogismo	37
3.- La función de la cuestión prejudicial en el Derecho de la Unión Europea	38
4.- La plasmación de la cuestión prejudicial en el derecho primario: su evolución normativa y práctica	42
5.- Tipos de cuestiones prejudiciales:	53
5.1. La cuestión prejudicial de interpretación	53
5.2. La cuestión prejudicial de validez	64
6.- Actos enjuiciables en sede prejudicial	78
7.- Órganos nacionales de remisión y concepto de órgano jurisdiccional	91
7.1. El origen legal del órgano	96
7.2. El carácter obligatorio de su jurisdicción	99
7.3. La independencia de dicho órgano jurisdiccional	100
7.4. El carácter contradictorio del procedimiento	102
7.5. Análisis del caso y algún pronunciamiento sorprendente	102
7.6. ¿Puede un tribunal arbitral plantear una cuestión prejudicial?	112

7.7. ¿Qué se entiende, geográficamente hablando, por órgano nacional de remisión?	115
7.8. Los Tribunales Constitucionales nacionales y su singularidad respecto al planteamiento de cuestiones prejudiciales	116
7.9. Algún apunte sobre los tribunales castrenses y consuetudinarios	125
8.- Obligatoriedad o carácter facultativo en el planteamiento de la cuestión	126
9.- Resolución de remisión por la jurisdicción nacional	133
10.- Desarrollo del procedimiento ante el TJ	157
10.1. Los instrumentos normativos: un acercamiento al Estatuto y al Reglamento del Tribunal en este tema	157
10.2. La cuestión prejudicial desde la óptica de los intervinientes:	158
10.2.1. Secretaría del Tribunal	158
10.2.2. El Abogado General	159
10.2.3. Los Agentes	170
10.2.4. La intervención de tercero	172
10.3. El desarrollo del procedimiento prejudicial:	174
10.3.1. Sus fases	175
10.3.1.1. Fase escrita	175
10.3.1.2. Observaciones	177
10.3.1.3. Fase oral	187
10.3.2. Las diferentes vías de tramitación procedimental	190
10.3.2.1. Procedimiento prejudicial ordinario	191
10.3.2.2. Procedimiento prejudicial acelerado	196
10.3.2.3. Procedimiento prejudicial de urgencia	201
10.3.3. Inadmisibilidad de la cuestión planteada	212
10.4. Modos de resolución	219



10.4.1. El Auto	219
10.4.2. La Sentencia	224
10.5. Efectos de la Sentencia del Tribunal de Justicia	239
10.5.1. Efectos temporales	239
10.5.2. Efectos respecto de la jurisdicción remitente y en relación con las restantes jurisdicciones. “ <i>Res iudicata</i> ”	248
10.5.3. Particularidades en el caso de sentencias en apreciación de validez	258
10.5.4. Impacto sobre los ordenamientos nacionales	261

PARTE II: UNA VISIÓN ANALÍTICA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL: ALGUNOS ASPECTOS CUANTITATIVOS Y CUALITATIVOS

1.- Evolución cuantitativa y procesal en relación con los pronunciamientos realizados por el Tribunal de Justicia	264
2.- Los Estados Miembros y su tendencia a acudir al Tribunal de Justicia en vía prejudicial: una visión inicial	265
2.1. Análisis de las cuestiones planteadas por los Estados incorporados a la Unión en 2004:	265
2.1.1. Chipre	267
2.1.2. Eslovaquia	270
2.1.3. Eslovenia	274
2.1.4. Estonia	276
2.1.5. Hungría	279
2.1.6. Letonia	288
2.1.7. Lituania	295
2.1.8. Malta	299
2.1.9. Polonia	301
2.1.10. República Checa	309
2.2. Análisis de las cuestiones planteadas por los Estados incorporados a la Unión en fecha más reciente	315



2.2.1. Bulgaria	316
2.2.2. Rumanía	324
2.2.3. Croacia	331
PARTE III: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y LA PRÁCTICA EN LA MATERIA. UNA APROXIMACIÓN A LA PRÁCTICA ESPAÑOLA	
1.- ¿Por qué los tribunales españoles hacen, comparativamente con los de otros Estados miembros, un uso tan limitado de la cuestión prejudicial?	332
2.- A vista de pájaro: la práctica española	355
3.- Breve comparativa con lo ocurrido en algunos Estados miembros originarios	404
3.1. La práctica alemana	404
3.2. La práctica francesa	408
3.3. La práctica italiana	410
PARTE IV: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN LA ENCRUCIJADA	
1.- Opiniones sobre la cuestión prejudicial de algunos Jueces remitentes	413
2.- Análisis crítico de la cuestión prejudicial	425
2.1.- El razonamiento del Tribunal de Justicia	425
2.2.- El reenvío prejudicial como medio para la armonización normativa en la Unión Europea	470
2.3.- La cuestión prejudicial: ¿modelo exportable?	476
2.4.- Sobre las carencias de la cuestión prejudicial y las posibles soluciones paliativas ofrecidas por la doctrina	480
2.5.- Algunas propuestas <i>de lege ferenda</i>	486
2.6.- La cuestión prejudicial administrativa	499
CONCLUSIONES	503
BIBLIOGRAFÍA	512
ANEXOS	529



ELENCO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

A.:	Auto
AAPP:	Administraciones Públicas
Abs:	Párrafo (“ <i>Absatz</i> ”)
ACP:	África, Caribe y Pacífico
AEADE:	Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad
AEB:	Asociación Española de Banca Privada
AELC:	Asociación Europea de Libre Comercio
AEUV:	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“ <i>Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union</i> ”)
AG:	Sociedad Anónima (“ <i>Aktiengesellschaft</i> ”)
AGCM:	Autorità garante della concorrenza e del mercato
AöR:	Anstalt (Archiv) des öffentlichen Rechts
API:	Agente de la Propiedad Inmobiliaria
Aptdo.:	Apartado
ATC:	Auto del Tribunal Constitucional (de España)
Aufl:	Edición (“ <i>Auflage</i> ”)
BBergG:	Bundesberggesetz (Ley Estatal de Montes)
BCE:	Banco Central Europeo
Bd:	Tomo (“ <i>Band</i> ”)
BFH:	Tribunal Federal de Hacienda de Alemania („ <i>Bundesfinanzhof</i> “)
BGBI:	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Boletín Oficial en el que se publican las leyes en Austria y en Alemania)
BOE:	Boletín Oficial del Estado (España)
BOPA:	Boletín Oficial del Principado de Asturias

BVerfG:	Tribunal Constitucional de Alemania o Austria („ <i>Bundesverfassungsgericht</i> “)
BVerfGE:	Resolución del Tribunal Constitucional de Alemania („ <i>Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts</i> “)
BVerwG:	Tribunal Administrativo Federal de Alemania („ <i>Bundesverwaltungsgericht</i> “)
BvR:	Referencia de un recurso ante el Tribunal Constitucional de la RFA („ <i>Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht</i> “)
CAN:	Comunidad Andina
CDE:	Cahiers de Droit Européen
CDP:	Cuadernos de Derecho Público
CE:	Constitución Española
CECA:	Comunidad Económica del Carbón y del Acero
CEDAM:	Casa Editrice Dottore Antonio Milani
CEDU:	Convenio Europeo de Derechos Humanos (“ <i>Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali</i> ”)
CEE:	Comunidad Económica Europea
CEEP:	Centro Europeo de la Empresa Pública
CES:	Confederación Europea de Sindicatos
CJCE:	Cour de Justice de la Communauté européenne
CJEU:	Court of Justice of the European Union
CMLR:	Common Market Law Review
CRvB:	Centrale Raad van Beroep
DCSI:	Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali (Italia)
DEG:	Derechos Especiales de Giro
DOCE:	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea

Dz. U.:	Dziennik Ustaw (Boletín Oficial del Estado de Polonia)
EA:	Epitropi Antagonismou (Comisión de la Competencia en Grecia)
ECB:	European Central Bank
ECJ:	European Court of Justice
ECLN:	European Constitutional Law Network
EEB:	Encefalopatía Espongiforme Bovina
EEE:	Espacio Económico Europeo
EFTA:	European Free Trade Association
EJIL:	European Journal of International Law
ELRev.:	European Law Review
EM:	Estado Miembro
ERA:	Europäische Rechtsakademie
ERE:	Expediente de Regulación de Empleo
ET:	Estatuto de los Trabajadores
Etc:	Etcétera
EuEheVO:	Reglamento de Bruselas IIa
EuGH:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (<i>“Europäischer Gerichtshof”</i>)
EuMahnVO:	Reglamento sobre el Proceso Monitorio Europeo (<i>“Europäische Mahnverordnung”</i>)
EuGVVO:	Reglamento Bruselas I (<i>“Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung”</i>)
EURATOM:	Comunidad Europea de la Energía Atómica
EWG:	Comunidad Económica Europea (<i>“Europäische Wirtschaftsgemeinschaft”</i>)
EWGV:	Tratado de la Unión Europea (<i>“Europäischer Wirtschaftsgemeinschaftsvertrag”</i>)
EWR:	Espacio Económico Europeo (<i>“Europäischer Wirtschaftsraum”</i>)

f:	siguientes (“ <i>folgende</i> ”)
Fasc.:	fascículo (“ <i>fascicolo</i> ”)
ff:	de aquí en adelante (“ <i>fortfolgende</i> ”)
FEADER:	Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural
FEOGA:	Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola
F.J.:	Fundamento Jurídico
FOGASA:	Fondo de Garantía Salarial
Foro it.:	Foro italiano
GG:	Constitución (“ <i>Grundgesetz</i> ”)
GmbH:	Sociedad Limitada (“ <i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i> ”)
G.U.:	Boletín Oficial del Estado de la República Italiana (“ <i>Gazzetta Ufficiale</i> ”).
GWB:	<i>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen</i> (Ley contra las limitaciones de la competencia)
IACL:	International Association of Constitutional Law
IGIC:	Impuesto General Indirecto Canario
INEM:	Instituto Nacional de Empleo
INSS:	Instituto Nacional de la Seguridad Social
INSALUD:	Instituto Nacional de la Salud
ISO:	Organización Internacional para la Estandarización
ITPAJD:	Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
JORF:	Journal Officiel de la République Française
LEBEP:	Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDJ:	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

LGSS:	Ley General de Seguridad Social
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LO:	Ley Orgánica
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC:	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
MF:	Ministerio Fiscal
n. o nº:	número
NC:	Nomenclatura Combinada
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift
OAMI:	Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos)
OBDK:	Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission
OEPM:	Oficina Española de Patentes y Marcas
OLG:	Audiencia Territorial (“ <i>Oberlandesgericht</i> ”)
OMC:	Organización Mundial del Comercio
OMT:	Transacciones de compra (“ <i>Outright Monetary Transactions</i> ”). Programa del BCE para la compra de deuda soberana.
op.cit.:	obra citada (“ <i>opere citato</i> ”)
ord.:	Auto (“ <i>ordinanza</i> ”)
PAC:	Política Agrícola Común
p.e.:	por ejemplo
pfo.:	párrafo
PGOU:	Plan General de Ordenación Urbana
PPU:	Procedimiento Prejudicial de Urgencia
QPC:	Question prioritaire de constitutionnalité
Racc.:	Colección, Repertorio (“ <i>Raccolta</i> ”)



RAE:	Real Academia de la Lengua
RDCE:	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDL:	Real Decreto Legislativo
RDUE:	Revue du Droit de l'Union Européenne
REDC:	Revista Española de Derecho Constitucional
ReDCE:	Revista de Derecho Constitucional Europeo
REDUE:	Revista de Derecho de la Unión Europea
REEI:	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
RFA:	República Federal Alemana
RGDE:	Revista General de Derecho Europeo
RIDPC:	Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario
RL:	Directiva (“ <i>Richtlinie</i> ”)
Rn:	Apartado (“ <i>Randnummer</i> ”)
RPTJ:	Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia
Rs:	Asunto o causa judicial (“ <i>Rechtssache</i> ”)
RSTPR:	Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (Mercosur) / Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão (Mercosul)
RTDE:	Revue Trimestrielle de Droit Européen
S:	Página (“ <i>Seite</i> ”)
SAPARD:	Special Accession Programme for Agriculture and Rural Development
S. Cal. L. Rev.:	Southern California Law Review
SEPE:	Servicio Público de Empleo Estatal
SEUE:	Secretaría de Estado para la Unión Europea
Sez:	sección (“ <i>sezione</i> ”).
Slg:	Colección (“ <i>Sammlung</i> ”)

ss.:	Siguientes
Sent.:	Sentencia
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional (de España)
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo (de España)
Stv:	Delegado (“ <i>Stellvertreter</i> ”)
SV:	<i>Staatsvertragsprüfung</i> (procedimiento de control sobre la ilegalidad de los tratados que lleva a cabo el Tribunal Constitucional de Austria al amparo del artículo 140 a) de la ley reguladora de ese tribunal constitucional –BVG-)
TAE:	Tasa Anual Equivalente
TAR:	Tribunale Amministrativo Regionale
TARIC:	<i>Tarif Intégré de la Communauté</i> (Arancel integrado de las Comunidades Europeas)
TCE/TCEE:	Tratado de la Comunidad Europea / Tratado de la Comunidad Económica Europea
TCFA:	Tribunal Constitucional Federal Alemán
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE:	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TGSS:	Tesorería General de la Seguridad Social
TJCA:	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia
TUE:	Tratado de la Unión Europea
u:	y (“ <i>und</i> ”)
u.a.:	entre otros (“ <i>unter anderem</i> ”)
UE:	Unión Europea
UNESCO:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura



UNICE:	Unión de las Industrias de la Comunidad Europea
UTIAC:	Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber)
UVP:	Análisis del Impacto Ambiental („ <i>Umweltverträglichkeitsprüfung</i> “)
VerfO/EuGH:	Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia („ <i>Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofes</i> “)
VfGH:	<i>Verfassungsgerichtshof</i> (Tribunal Constitucional en Alemania y en Austria)
VfSlg:	<i>VfGH- Entscheidungssammlung</i> (Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Alemania y en Austria)
v.g.:	por ejemplo („ <i>verbigratia</i> “)
Vid.:	Véase („ <i>vide</i> “)
VO:	Reglamento („ <i>Verordnung</i> “)
vol.:	Volumen
VVDStRL:	Publicaciones de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público („ <i>Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer</i> “)
VWEU:	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea („ <i>Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie</i> “)
WTO:	World Trade Organization
YEL:	Yearbook of European Law
z.B.:	por ejemplo („ <i>zum Beispiel</i> “)
ZPO:	Ley de Enjuiciamiento Civil („ <i>Zivilprozessordnung</i> “)

A Oriol, por aplicar el “acte clair” al porqué del tiempo que he dedicado a esta tesis, sin albergar dudas sobre su conformidad a nuestra relación paternofilial

INTRODUCCIÓN

Hay una cuestión que, no por obvia, puede pasarse por alto y, por tanto, se impone plasmarla desde este mismo momento, y es la siguiente:

¿Cómo surge la idea de hacer una Tesis sobre la cuestión prejudicial después de todo lo que se ha escrito sobre esta materia?

Pues bien, he de decir que un poco por azar. Pero también por haberme topado con esta cuestión durante los primeros cursos de Doctorado. Además de por haber tenido que ver con ella en algún seminario que tuve ocasión de seguir en el ERA de Trier (en el que, por cierto, coincidí con Magistrados de los Estados que acababan de incorporarse en la Unión en 2004 y acudían para formarse sobre la materia). Pero, sobre todo, por curiosidad, por mucha curiosidad.

A medida que investigaba sobre la cuestión prejudicial, me resultaba más evidente que mis motivos para dedicarle todo el tiempo que estaba empleando en ella podían ampliarse -y considerablemente- pero, sobre todo, concretarse mucho más que al principio, en que apenas era una especie de vaga nebulosa.

Fue así, como he dicho más arriba, como surgió en mí esta idea, y luego acabó alojándose en mi mente, de un modo obsesivo, empujándome a explorar cuanto podía –con el preceptivo permiso de mi absorbente trabajo como abogado- sobre las posibilidades de la cuestión prejudicial, sobre su evolución histórica y sobre su estado actual (en una mezcla de diacronía y sincronía).

No podía olvidar su manifestación y características –que no tenían por qué ser las mismas en todos los Estados miembros, como primero pensé, y luego comprobé-.

He querido indagar sobre la opinión que, basada en una experiencia más o menos dilatada, le merecía la cuestión prejudicial a los Jueces europeos –auténticos protagonistas de este instituto-.

Comoquiera que nada es inmutable, sino que se encuentra en continua evolución, como el río de Heráclito, la investigación se ha extendido a los posibles defectos de mecanismo y, por ende, a los márgenes de mejora que pudieran vislumbrarse en la cuestión prejudicial para, a continuación, ofrecer, desde mi humilde punto de vista -y esperando contar con la

indulgencia de los Profesores, Jueces y demás investigadores versados en la materia que, eventualmente, pudieran, en algún momento, darse de bruces con esta obra- una perspectiva distinta sobre lo antiguo o, acaso –si es que la inteligencia me asistía- una idea nueva, pero ambas dirigidas a una misma finalidad, a saber, apuntar la evolución futura o deseable (habida cuenta sus carencias, de las que hablaré) de la cuestión prejudicial como instrumento, entre otros, para hacer más reconocibles los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión, analizados desde el prisma de la cohesión y la armonización.

Creo que el objetivo legal para el que se pergeñó la cuestión prejudicial comunitaria; los efectos prácticos que, históricamente, se ha comprobado que ha venido cumpliendo en el proceso de construcción de la UE; además de la mayor pujanza que, con el tiempo, ha adquirido –indicio no solo de un mayor conocimiento de la misma, sino también de la conciencia sobre las posibilidades que todavía encierra-; y hasta la notoriedad mediática reciente –en el caso de España, asociada, sobre todo, al mercado hipotecario, en un momento de graves dificultades económicas-, son motivos suficientes para hacerla objeto de investigación científica (dicha sea la palabra “científica”, en su aplicación a este trabajo, con la mayor de las cautelas y reparos, aunque solo sea porque es el primero que, propiamente, realizo con estas características).

La singladura trazada en la carta de navegación de esta tesis ha considerado como puertos en los que había que recalar todos aquellos que suponían una descripción de algún aspecto de la cuestión prejudicial. Así, cada uno de ellos apunta a algún tema de los reputados “clásicos” en la materia, por ser de los habitualmente abordados por los autores cuando han tratado esta cuestión (concepto, tipos de cuestiones, actos enjuiciables en sede prejudicial, concepto de órgano jurisdiccional, carácter facultativo u obligatorio del planteamiento, las diferentes vías de tramitación, modos de resolución, efectos de la sentencia, etc.). Se ha hecho también escala en las cuestiones planteadas por España, así como por los Estados incorporados en 2004, y posteriormente a esta fecha. Motivos de cercanía –como en el primer caso-, o por ser los Estados de más reciente incorporación –como en el segundo-, justifican mi decisión. He terminado con un análisis crítico, en el que recabo opiniones de Jueces de los Estados miembros, y hasta me aventuro en el terreno de la sugerencia, y acaso también en el de la Heterodoxia, realizando determinadas aportaciones de cambio o, según entiendo, de mejora de la cuestión prejudicial (p.e. rediseño el rol del Abogado General, reformulo los actuales consensos en la formación de las sentencias, y hasta propongo que el diálogo entre Jueces admita algún interlocutor más).

Cuando se trata de enfrentarse con un empeño como el que ha sido descrito, el factor metodológico, es decir, la forma en la que se pretende abordar la cuestión, es otro interrogante que, irremisiblemente, surge y al que, por tanto, hay que darle una respuesta que se corresponda, dentro siempre de un parámetro de razonabilidad, con el objeto de estudio.

Es por ello que, como no podía ser de otro modo, he dado una prioridad absoluta al estudio de campo –que, en este sentido, me remitía, fundamentalmente, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque sin olvidar las conclusiones de los Abogados Generales-, porque en la recogida y tabulación de datos extractados de las numerosas sentencias que, acaso con excesiva o supernumeraria abundancia, he reseñado en este trabajo, podía sentirme en disposición y, ante todo, con la suficiente seguridad, como para interpretar esa información, sin que una muestra escasa o no representativa me condujera a conclusiones no lo suficientemente fundadas.

De este modo, una vez formuladas, mis críticas o propuestas seguirían siendo, como lo es todo, susceptibles de ser compartidas o no, pero, al menos, tendrían un basamento sólido sobre el que poder sustentarse.

Claro que no toda investigación puede supeditarse a los exclusivos elementos que puedan deducirse del análisis citado, sino que requiere, como toda arquitectura, de ciertos contrafuertes y arbotantes, que sirvan para sustentar la construcción, y de ahí la literatura que ha sido explorada para mejor cimentar el todo -y que en una parte importante he obtenido de mis muchas horas de *ricerca* en la Universidad de Pisa-.

He considerado que podría resultar ilustrativo y útil, de cara a una mayor familiarización con el objeto de mi investigación -asumiendo con ello los pecados editoriales de volumen y peso- aportar en un Anexo documentos relacionados con la materia (ejemplos de remisión nacional de una cuestión prejudicial, escrito de observaciones, escrito de conclusiones, sentencia y auto del Tribunal de Justicia, etc.).

Finalmente, y como he apuntado más arriba, pensé que por qué no contar también con la contribución de “informantes” sobre este asunto, es decir, con la opinión de Jueces y Magistrados que habían planteado cuestiones prejudiciales, pues, en definitiva, son éstos los grandes protagonistas de la cuestión prejudicial.

Su experiencia solo podría resultar útil y enriquecedora para mi trabajo, de cara a completar y entender mejor el estado actual del objeto de mi estudio,

así como para explorar la evolución futura que, plausiblemente, y desde su día a día, cupiera deducirse o, más bien, sugerir, sobre la cuestión prejudicial.

De este convencimiento surgió mi decisión -apuntada como idea, con singular tino, por la Profesora Torres Cazorla- de intentar crear un foro de opinión improvisado para estos Jueces y Magistrados, dándoles voz; y así lo he hecho.

De este modo, Jueces en activo de diez Estados miembros de la Unión Europea (alemanes, austriacos, británicos, daneses, españoles, finlandeses, holandeses, italianos, letones y portugueses), han respondido, con singular amabilidad y ánimo de colaboración, a un cuestionario (muy orientado) que, previamente, me ocupé en confeccionar, adaptándolo a la entrevista en cuestión; y con sus respuestas –ofrecidas por el autor, cuando es el caso, en doble versión: es decir, transcritas en su propio idioma, o en el que utilizaron para responder, y traducidas también al castellano; razón por la cual no me declaro completamente exento de la eventual acusación de “*traduttore, traditore*”- he conseguido o un contrapunto, o una confirmación, dependiendo del caso, respecto de las tesis que inicialmente sostenía.

Habría deseado, como es natural, una mayor participación de Jueces europeos, para que la muestra hubiera sido más amplia y, por consiguiente, mayores las posibilidades de recabar tanto experiencias como sugerencias de tribunales de otros Estados en torno a la cuestión de mi estudio.

Las respuestas obtenidas constituyen –he de confesarlo- apenas el 20% del total de invitaciones cursadas, las cuales fueron enviadas a Jueces de veintiún Estados miembros de la UE. Los Jueces que se han prestado a colaborar me han trasladado, aparte de sus buenos deseos en cuanto al resultado final de mi investigación, su intención de que las respuestas que me ofrecían fueran útiles a los efectos pretendidos.

Sociológicamente ha sido también un experimento sobre la percepción y la valoración que en la Unión Europea se tiene sobre lo que es un Doctorado.

La exígua presencia de algún Estado miembro, del que habría sido deseable algún representante más de su Judicatura (sobre todo por ser la más cercana al doctorando) deja una cierta sensación de desencanto. Si, además, se piensa en términos relativos, en las oportunidades de participación que a ese Estado se le ha brindado...

Las conclusiones a las que he llegado, así como, a partir de ellas, las propuestas “*de lege ferenda*” que he tenido la osadía de hacer a futuro – argumentos, sin duda, para un posible y deseable consenso intersubjetivo con la Dogmática- están informadas, a partir del método hipotético-deductivo seguido, por el principio de parsimonia, esto es, por el criterio de lo que me parece más simple y más directo. De este modo, me mostraré partidario de que los órganos jurisdiccionales no ostenten el monopolio o la exclusividad en el planteamiento de cuestiones prejudiciales, para optimizar así un objetivo expresamente declarado por la Unión, como es el de que el Derecho de la Unión sea (en mi opinión, debería ser más) amplia, (también más) uniforme y (más) efectivamente aplicado en los Estados miembros.

Comoquiera que las ciencias son indisociables del proceso creativo, la Ciencia Jurídica no es, ni puede ser, una excepción. Así, desde la más remota Antigüedad se ha venido creando por la Humanidad lo que, históricamente, ha sido y es el Derecho. Y desde 1957 lo que es el Derecho de la Unión. Por eso no he podido ni querido renunciar a decir en este proceso *festina lente*, después de análisis, enfoques con distinta abertura, perspectiva y color, unido a reflexiones varias, lo que aprecio en el panorama de este instituto legal y a proponer o sugerir novedades en el modelo. En definitiva, a ser consecuente con esa deseable e irrenunciable “*creatività del giurista*” a la que se refería Giovanni Pascuzzi en su libro de título homónimo, asumiendo de modo consciente los consabidos riesgos que entraña este temerario, pero apasionante empeño, pues, como decía Pascuzzi: <<*En el campo del derecho, sin embargo, la innovación es vista con sospecha. De los juristas no se espera que estén dotados de una dosis pequeña o grande de creatividad. No por casualidad Pietro Calamandrei decía: “los juristas no pueden permitirse el lujo de la fantasía”*>>¹.

Confío, finalmente, en que este estudio, emprendido y tratado con el máximo rigor del que he sido capaz, raye a la altura que se espera de una Tesis Doctoral, quedando al margen de aquello que le ocurrió a un psicoanalista, según cuenta Augusto Monterroso en su fábula –“El Conejo y el León”²-, en la que, precisamente, un Psiconalista, de visita en la Selva,

¹ (“*Nel caso del diritto, invece, l’innovazione viene vista con sospetto. Dai giuristi non ci si aspetta che siano forniti di una dose piccola o grande di creatività. Non a caso Pietro Calamandrei diceva: <<I giuristi non possono permettersi il lusso della fantasia>>*”).

(PASCUZZI, G., “*La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell’innovazione giuridica*”. Zanichelli, Bologna 2013, p. 1).

² MONTERROSO, A., “*La oveja negra y demás fábulas*”. Grupo Santillana de Ediciones, Julio 2000, pp. 13 y 14.

se quedó a observar, desde un altísimo árbol, el comportamiento de los animales; y, en un momento dado, presenciando el encuentro entre un León y un Conejo, vió que sus reacciones fueron las que son habituales en ambas especies desde que el hombre es hombre; de modo que el León rugió y hendió el aire con sus garras; el Conejo, por su parte, aceleró su respiración y, dando media vuelta, se alejó corriendo. Cuando el Psiconalista volvió a la ciudad publicó un famoso tratado -“*cum laude*”-, con el que demostraba que el León es el animal más infantil y cobarde de la Selva, y el Conejo el más valiente, pues el León ruge y amenaza el Universo movido por el miedo, mientras que el Conejo, consciente de ello, y de su propia fuerza, se retira antes de perder la paciencia y acabar con el extravagante León, al que comprende y, después de todo, tampoco le ha hecho nada.

Llegados a este punto, no quisiera terminar sin antes agradecer su colaboración a aquellos que, de un modo u otro, pero todos con inmensa generosidad, y conociendo la razón exclusivamente académica por la que eran invitados a participar, han hecho posible que este trabajo tenga el contenido y forma que muestra; y, en especial, me refiero:

A la Profesora D^a Maria Isabel Torres Cazorla, Profesora de Derecho Internacional de la Universidad de Málaga. Por haber aceptado ser mi Directora de Tesis y, por tanto, por erigirse en orientadora y motivadora en la singladura que iba a suponer esta magna empresa. Pero le agradezco también, y de modo especial, la valentía y confianza que mostró, en un momento dado, al decidir subirse a este “tren en marcha” cuando pasó por su estación, más perdido que orientado en su itinerario.

A la Profesora D^a Francesca Martines, Profesora de Derecho Internacional de la Universidad de Pisa, por sus útiles indicaciones durante los meses de investigación empleados en esa maravillosa Universidad italiana, a la cual siento –como a la misma ciudad de Pisa- como una parte importante de mí.

Y al Profesor Emérito D. José Puente Egido, de la UNED de Madrid, Universidad en la que inicié el Doctorado, y con el que tan interesantes discusiones tuve (algunas en alemán) sobre el Derecho de la Unión.

Igualmente quiero agradecer su colaboración a los Jueces y a otras personas que, cada uno desde su terreno o área de conocimiento, han aceptado poner su grano de arena en esta obra, y a los que me referiré con detalle en el Anexo.

“Infatti le interpretazioni che si possono dare di una legge sono cento: e non si può mai prevedere con sicurezza quale di esse sceglierà il giudice, e se per avventura non gli paia plausibile quella che a noi sembra la più assurda”³.

(PIERO CALAMANDREI, *“Elogio dei giudici scritto da un avvocato”*)

PARTE I: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL: SUS RASGOS BÁSICOS

1.- A modo de brevísimo apunte sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su labor

El Tribunal de Justicia es una de las principales Instituciones de la Unión Europea, cuya función viene descrita en el actual artículo 19.1 del TUE:

“Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados”.

Tiene su sede en Luxemburgo aunque, según el artículo 23 del RPTJ, el Tribunal puede elegir, para una o varias sesiones determinadas, un lugar distinto de aquel donde tiene su sede.

Por sus características, incluida la existencia de Abogados Generales, se aprecian notables similitudes con el tribunal administrativo supremo en Francia, esto es, con el “Conseil d’Etat”⁴.

En la actualidad está compuesto por 28 Jueces, uno por cada EM -como prevé el artículo 19.2 del TUE-, de acuerdo al principio de representación de los Estados miembros en la composición de la Institución –regla “one

³ De hecho, las interpretaciones que se pueden dar de una ley son ciento: y no se puede nunca prever con seguridad cuál de ellas elegirá el Juez, y si por ventura no le parezca plausible aquella que a nosotros nos parece la más absurda.

⁴ CUTHBERT, M., *“European Union Law”*. Cavendish Publishing, Fifth Edition, 2003, pp. 8-10.

state, one judge”⁵-, y 9 Abogados Generales⁶. Los mismos son designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados Miembros, tras la consulta realizada a un comité de siete miembros que se encarga de estudiar la idoneidad de los candidatos propuestos para el ejercicio de estas funciones –el del artículo 255 del TFUE-. De este modo se tendrán en cuenta tanto las garantías de independencia que puedan ofrecer como, desde un punto de vista técnico, que reúnan las condiciones en sus respectivos Estados Miembros para desempeñar las más altas funciones jurisdiccionales o, también, que sean juristas de reconocido prestigio. Son designados por un período de seis años, pero cabe la posibilidad de su renovación (artículo 253, párrafo 1º, del TFUE)

Los Jueces del Tribunal de Justicia eligen, de entre ellos, tanto al Presidente como al Vicepresidente, los cuales serán nombrados por un período de tres años, pero con posibilidad de renovación (artículo 253, párrafo 3º, del TFUE y artículo 9 bis del Estatuto del Tribunal de Justicia).

El Tribunal de Justicia se reúne en Pleno, en Gran Sala –formada por 15 Jueces- o en Salas de 5 o 3 Jueces (artículo 251 del TFUE)

El Tribunal de Justicia actúa en Pleno, oído el Abogado General, en casos excepcionales recogidos en su Estatuto que, a los efectos de este trabajo, será cuando un asunto revista una especial trascendencia (artículo 16, párrafo 5º, del Estatuto del Tribunal de Justicia), y sus deliberaciones solo serán válidas si están presentes 17 Jueces (artículo 17, párrafo 4º, del Estatuto del Tribunal de Justicia).

Se reúne en Gran Sala cuando lo solicita un EM o una Institución que sea parte en el procedimiento, y para los asuntos particularmente complejos (artículo 16, párrafo 3º, del Estatuto del Tribunal de Justicia), aunque sus deliberaciones solo serán válidas si están presentes 11 Jueces (artículo 17, párrafo 3º, del Estatuto del Tribunal de Justicia). Su composición viene determinada por lo establecido en el artículo 27 del RPTJ.

⁵ Lo que ha sido interpretado como fuente de legitimación democrática y de garantía de verse representadas las diversas culturas jurídicas nacionales, lo que se considera determinante para la aceptación de las sentencias por parte de los ciudadanos y de los jueces nacionales.

(LUTHER, J., “*Jueces europeos y jueces nacionales: La Constitución del diálogo*”. ReDCE, Año 2, Número 3, enero-junio 2005, pp. 1-22).

⁶ Véase Decisión 2013/336/UE del Consejo, de 25 de junio de 2013 (DOUE, L 179, de 29.6.2013, p. 92), la cual aumenta su número a once a partir del 7 de octubre de 2015.

El resto de los asuntos se resuelven en Salas de 5 o de 3 Jueces, eligiéndose como Presidentes de estas Salas de entre quienes formen parte de las mismas, por un tiempo de 3 años –en el caso de las Salas de 5 Jueces-, siendo posible la renovación de su mandato por una vez (artículo 16, párrafo 1º, del Estatuto del Tribunal de Justicia y artículo 12.1 del RPTJ) y de 1 año –en el caso de las Salas formadas por 3 Jueces-, ex artículo 12.2 del RPTJ. Su composición viene determinada por lo previsto en el artículo 28 del RPTJ.

El Tribunal de Justicia es hoy por hoy el competente para la resolución de las cuestiones prejudiciales, si bien el Tribunal General (constituido por el Acta Única Europea de 1986, pero en funcionamiento desde 1989 y con el nombre de Tribunal de Primera Instancia hasta el 30 de noviembre de 2009) será competente para conocer de las cuestiones prejudiciales en materias específicas, determinadas por el Estatuto (artículo 256.3 del TFUE)⁷. Si bien esto todavía no se ha hecho, por lo que es el Tribunal de Justicia el que, de modo exclusivo, viene ocupándose de este tipo de procedimiento⁸.

Aunque no desempeña un papel en el objeto de nuestro estudio, hemos de hacer igualmente referencia al Tribunal de la Función Pública⁹, como órgano que forma parte de la jurisdicción o proceso en la UE, competente para conocer en primera instancia de los litigios ente la Unión Europea y sus agentes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 270 del TFUE, comprendiendo tanto las cuestiones relativas a las cuestiones laborales (retribuciones, desarrollo de la carrera, selección y contratación, medidas disciplinarias..), como aquellas referidas al régimen de seguridad social (enfermedad, jubilación, invalidez, accidentes laborales, complementos familiares...). Es también competente para entender de los litigios relativos

⁷ Arrastra, por tanto, la modificación que se introdujo a este respecto con el artículo 225.3 del Tratado de Niza –firmado el 26 de febrero de 2001; publicado en España en el BOE nº 267, de 7 de noviembre de 2001; y que entró en vigor el 1 de febrero de 2003-, pues antes no existía esta previsión, sino que el Tribunal de Justicia era el único competente.

(Vid. AZIZI, J., “Opportunities and limits for the transfer of preliminary reference proceedings to the Court of First Instance”, en *“The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective: 6th International ECLN- Colloquium / IACL Round Table Berlin, 2-4 November 2005”*, PERNICE, I.; KOKOTT, J., y SAUNDERS, Ch. Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 241-256).

⁸ LIAKOPOULOS, D. y ROMANI, M., *“Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Tra integrazione comunitaria ed efficacia del diritto internazionale privato e processuale”*. CEDAM, Padova, 2009, pp. 9-33.

⁹ Fue creado por Decisión del Consejo de 2 de noviembre de 2004.

al personal de ciertas instituciones u órganos específicos (Eurojust, Europol, BCE, OAMI...).

2.- La cuestión prejudicial: concepto, naturaleza jurídica y silogismo

2.1. Concepto y naturaleza jurídica

Ante la diversidad de expresiones acuñadas para hacer mención a un mismo concepto, y por el significado propio que cada una de ellas tiene, no está de más realizar una precisión semántica que nos lleve al concepto real y preciso, al auténtico, de la cuestión prejudicial.

De este modo se viene hablando de “procedimiento (o proceso) prejudicial”, de “incidente prejudicial”, de “recurso prejudicial” y de “cuestión prejudicial”.

¿Qué expresión, de entre las citadas, es la que, en puridad, habremos de utilizar para designar más certeramente aquello de lo que se trata en este trabajo?

La idea motriz apunta en la dirección de la competencia, esto es, de cuál sea el marco competencial o, más directamente, de la distribución de funciones que el concepto que analizamos entraña.

En efecto, a los órganos jurisdiccionales nacionales les corresponde decidir la cuestión principal, mientras que al TJUE le corresponde la función de resolver aquellas cuestiones que van a influir en el resultado final que se alcance en aquel proceso principal (aunque, como toda regla, esto pueda tener sus excepciones, las cuales ejemplificarían cómo un exceso de celo puede influir en el reparto de competencias establecido sobre el papel, remitiéndonos para ello a la Sent. “Poppe”, de 15 de diciembre de 1977, C-63/77)¹⁰. Por consiguiente, la “prejudicialidad” no hace más que referir la decisión anticipada que se hace necesaria en aras a resolver la cuestión principal, lo que hace a su vez presuponer la pendencia de un proceso¹¹.

¹⁰ Vid. DANIELE, L., “*Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze*”. Cuarta edición, Giuffrè Editore, Milán, 2010, p. 345.

¹¹ Nos remitimos en este sentido a la Sent. “Fratelli Pardini”, de 21 de abril de 1988, C-338/85, dictada a propósito de la remisión que hizo el “Pretore di Lucca” dentro de un procedimiento de medidas provisionales que le habían sido solicitadas al amparo del artículo 700 del *Codice di Procedura Civile* italiano.

La prejudicialidad ha de entenderse, como dice DANIELE¹², tanto en un sentido *temporal* (en cuanto precede a la sentencia que ha de emitir el Juez nacional), como en sentido *funcional* (porque es instrumental respecto al dictado de aquella sentencia).

En este sentido, no puede dejar de decirse que el extraer consecuencias en Derecho de determinados presupuestos de hecho es misión exclusiva del Juez nacional, aunque el debate verse sobre la aplicación del Derecho de la Unión¹³.

Por la finalidad, de lo que, en definitiva, se trata, es de alcanzar una uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión (función nomofiláctica¹⁴) que sirva a los jueces de los Estados miembros a la hora de aplicar este Derecho. En palabras de BENGOETXEA, el Tribunal de Justicia es un “tribunal de puro derecho (o de derecho puro)”¹⁵- y la “cuestión prejudicial”, si nos atenemos a la definición que de la misma da

El problema de la competencia del Tribunal de Justicia se planteó porque el órgano jurisdiccional nacional decidió plantear la cuestión prejudicial, resolviendo al mismo tiempo el procedimiento que pendía ante él –en este caso, acordando las medidas provisionales solicitadas-, por lo que cuando se dictase la resolución que procediera por el Tribunal de Luxemburgo el procedimiento ante el juez nacional se encontraría ya concluso.

(Vid. también Sent. “Hoffmann-La Roche”, de 24 de mayo de 1977, C-107/76).

¹² DANIELE, L., “*Op. Cit.*”, p. 329.

¹³ Como en nuestra jurisprudencia afirma la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 4ª, de 20 de junio de 2005, en el Recurso nº 106/ 2003, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano Baena del Alcázar, recordando lo que había manifestado a este respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹⁴ La función o cometido de ciertos tribunales que, al tener atribuida la competencia de definir el derecho objetivo, atienden en sus sentencias más a esta finalidad que a la cuestión concreta que enfrenta a las partes del proceso (Fuente: Diccionario de la RAE).

(Vid. SENÉS MOTILLA, C., “*Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*”. McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1996, p.155).

¹⁵ BENGOETXEA, J., “El artículo 177 del Tratado de Roma y la sistemática interpretativa del Tribunal de Justicia”, en “*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*”, PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOETXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del “Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, p.175.

ALMAGRO NOSETE¹⁶, sería “aquel punto u objeto conexo con el proceso en relación lógica de decisión previa y necesaria para la formación del juicio principal”.

Creemos que, a diferencia de lo que pensaba MIELE¹⁷, avanzando así lo que se dirá más adelante, no sería en absoluto óbice para esta consideración el hecho de que se refiera a un proceso que se tramita ante un Juez de un ordenamiento distinto. Primero, porque el carácter definitorio de la figura jurídica tratada no desaparecería por este hecho, y segundo, porque no puede decirse exactamente que la cuestión prejudicial se resuelva ante un Juez de un ordenamiento distinto, desde el momento en que tanto el Derecho de la Unión como el Tribunal de Justicia no son ajenos al ordenamiento nacional de cada EM. Ambos pertenecen, tanto en su vertiente de derecho sustantivo como en jurisdicción, y en virtud de la pertenencia a la Unión, al ordenamiento de cada uno de los Estados integrantes.

Sí que podemos decir, y esto ya en términos más generales -que engloban, pero también trascienden el instituto de la cuestión prejudicial- que la efectividad del Derecho de la UE, en tanto que derecho sustantivo, se confía al ordenamiento jurídico-procesal de cada uno de los Estados miembros, en virtud del principio de cooperación - artículo 4 del TUE-, como lo pone de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁸, lo

¹⁶ ALMAGRO NOSETE, J., “Los límites de la jurisdicción”, en *“Derecho Procesal”*, tomo 1, volumen I, Valencia, 1988, p.110; VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *“La cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario Europeo”*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 32 y 33.

¹⁷ MIELE, M., *“La Corte delle Comunità europee e la giurisdizione degli Stati membri. Le questioni c.d. pregiudiziali e l'esecuzione forzata delle sentenze della Corte”*, Ann. Università Macerata, vol. 23, 1960, p.73.

¹⁸ Sent. “Russo”, de 22 de enero de 1976, C-60/75, aptdo. 9; Sent. “Rewe”, de 16 de diciembre de 1976, C-33/76, aptdo. 5; Sent. “Comet”, de 16 de diciembre de 1976, C-45/76, aptdos. 12 a 18; Sent. “Just”, de 27 de febrero de 1980, C-68/79, aptdo. 25; Sent. “Ferwerda”, de 5 de marzo de 1980, C-265/78, aptdo. 10; Sent. “Lippische Hauptgenossenschaft”, de 12 de junio de 1980, asuntos acumulados C-119/79 y C-126/79, aptdos. 5, 8 y 10; Sent. “Fromme”, de 6 de mayo de 1982, C-54/81, aptdo. 6; Sent. “Deutsche Milchkontor”, de 21 de septiembre de 1983, asuntos acumulados C-205 a 215/82, aptdo. 19; Sent. “San Giorgio”, de 9 de noviembre de 1983, C-199/82, aptdo. 14; Sent. “Bianco y Girard”, de 25 de febrero de 1988, asuntos acumulados C-331/85, C-376/85 y C-378/85, aptdo. 12; Sent. “Emmott”, de 25 de julio de 1991, C-208/90, aptdo. 16; Sent. “Francovich”, de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, aptdos. 42 y 43; Sent. “Peterbroeck”, de 14 de diciembre de 1995, C-312/93, aptdo. 12; Sent. “Van Schijndel”, de 14 de diciembre de 1995, asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, aptdos. 17 y 19; Sent. “FMC”, de 8 de febrero de 1996, C-212/94, aptdo. 71; Sent. “Palmisani”, de 10 de julio de 1997, C-261/95, aptdos. 27 y 28; Sent. “Haahr Petroleum”, de 17 de julio de 1997, C-90/94, aptdos. 46 a 48; Sent. “Steff-Houlberg Export”, de 12 de mayo de 1998, C-366/95, aptdo. 15; Sent. “Oelmühle y Schmidt Söhne”, de 16 de julio de 1998, C-298/96, aptdo.

que implica traer a colación los principios de equivalencia y efectividad (artículo 5 del TUE).

Esto ha provocado, en aras a evitar distorsiones en el respeto y aplicación de ese Derecho, una cierta evolución de lo que ha venido llamándose “la autonomía procesal de los Estados miembros” (Sent. “Ciola”, de 29 de abril de 1999, C-224/97, aptdo. 24) hacia un concepto más en la línea de la armonización¹⁹.

Si analizamos el tema desde la perspectiva procesal, esto es, desde el punto de vista del proceso principal del que se ocupa el Juez nacional, el planteamiento de esa cuestión tiene el carácter de un “incidente”, pues de lo que se trata es de aclarar, con carácter previo, un presupuesto que está tan íntimamente vinculado con el proceso principal que, de cómo el mismo quede definido, depende la reanudación del proceso nacional del que trae causa y, finalmente, el sentido de la resolución que deba adoptar. Aclaración que exige, obviamente, una suspensión del curso de aquél. En este sentido, se habla de una “cuestión incidental”.

De este modo la consideraba también SOCINI cuando decía, hace más de cuatro décadas, que el TJUE conoce de la cuestión “*incidenter tantum*”, a los solos fines de la decisión que debe ser dada por el Juez nacional²⁰.

Lo que no está tan claro, sin embargo, desde un punto de vista técnico-procesal, es eso de “recurso”, ya que este término se utiliza en nuestro

24; Sent. “Edis”, de 15 de septiembre de 1998, C-231/96, aptdos. 19, 20 y 34; Sent. “Spac”, de 15 de septiembre de 1998, C-260/96, aptdos. 18 y 19; Sent. “Aprile II”, de 17 de noviembre de 1998, C-228/96, aptdos. 18, 19 y 21; Sent. “Courage y Crehan”, de 20 de septiembre de 2001, C-453/99, aptdo. 29; Sent. “Grundig Italiana”, de 24 de septiembre de 2002, C-255/00, aptdos. 33 a 35; Sent. “Eribrand”, de 19 de junio de 2003, C-467/01, aptdos. 61 y 62; Sent. “Safalero”, de 11 de septiembre de 2003, C-13/01, aptdos. 48 y 49; Sent. “Unibet”, de 13 de marzo de 2007, C-432/05, aptdo. 43; Sent. “Van der Weerd”, de 7 de junio de 2007, asuntos acumulados C-222 a 225/05, aptdo. 28; Sent. “Impact”, de 15 de abril de 2008, C-268/06, aptdos. 46 a 48; Sent. “Pontin”, de 29 de octubre de 2009, C-63/08, aptdos. 43 a 48; Sent. “Transportes Urbanos y Servicios Generales”, de 26 de enero de 2010, C-118/08, aptdos. 31 y 33; Sent. “Bulicke”, de 8 de julio de 2010, C-246/09, aptdo. 25; Sent. “Fuss”, de 25 de noviembre de 2010, C-429/09, aptdos. 62 y 72.

¹⁹ Vid. CANNIZZARO, E., “*Effettività del diritto dell’Unione e rimedi processuali nazionali*”. Il Diritto dell’Unione Europea, 3/2013, pp. 659-677; PIGNATELLI, N., “*L’obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati* (Nota a Cons. Stato, sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244)”. Foro it., 2012, III, pp. 350 y ss.

²⁰ SOCINI, R., “*La competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*”. Dott. A. Giuffrè Editore. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Cagliari. Milano, 1967.

ordenamiento jurídico como una vía a disposición de las partes, que depende exclusivamente de ellas, y que está preordenada, por el objetivo que persigue, a revisar, para reformarla o anularla, una resolución anterior. Esto contrasta, como veremos, con la naturaleza de la cuestión prejudicial.

Así, el Tribunal de Justicia ha manifestado que “el artículo 177 (hoy artículo 267 TFUE) no constituye un medio de impugnación ofrecido a las partes en un litigio pendiente ante un Juez nacional” (Sent. “CILFIT”, de 6 de octubre de 1982, C-283/81, aptdo. 9).

¿Y la expresión “procedimiento”?

Tampoco parece “strictu sensu” excesivamente afortunada, toda vez que no se hacen valer derechos subjetivos directos (aunque esto admita importantes matizaciones) ni, por lo demás, está entre las facultades legales de las partes el suscitar directamente la cuestión al TJUE, ya que es un cauce, definido como “no contencioso” –pues excede del interés de las partes, entendiéndose asociado al interés público-, y que transcurre “de Juez a Juez”, pues la pertinencia del planteamiento de la cuestión la valora y decide el mismo Juez nacional que ha de resolver el litigio principal, siendo este último el sujeto que tiene la prerrogativa de plantear la cuestión prejudicial²¹ (Sent. “Redmond”, de 29 de noviembre de 1978, C-83/78²²). Sin embargo, es evidente que estamos, como dice GIMÉNEZ SÁNCHEZ, ante un “proceso”, en el sentido de instrumento al servicio de la función jurisdiccional, esto es, como un medio del que se sirven los Jueces para determinar el Derecho en el caso concreto²³, y en el que se articulan posiciones sobre determinados puntos jurídicos, siguiéndose en el mismo una serie de fases, las cuales se encuentran preordenadas a servir de audiencia e información al Tribunal sobre esas posiciones, así como de

²¹ En los países que se rigen por el sistema del “common law” los deseos de las partes –bien en sentido positivo, es decir, “by consent”; o bien negativo- fueron en su momento tomados en consideración por los tribunales para promover una cuestión prejudicial comunitaria.

(Vid. SILVA DE LAPUERTA, R., “*El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”. La Ley, Madrid, 1993, 2ª edición actualizada, pp. 224-225; JARVIS, M.A., “*The application of EC Law by national courts. The free movement of goods*”. Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 425-426).

²² Se daba así respuesta a una objeción suscitada por el Reino Unido, el cual se mostraba molesto por las cuestiones formuladas por un juez de primera instancia de Irlanda del Norte (“*Magistrate’s Court* del Condado de Armagh”).

²³ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “*La eficacia de las Sentencias dictadas por el TJCE*”. Editorial Aranzadi, 2004, p. 39.

cauce para la posible articulación de prueba y, finalmente, concluye con una resolución judicial (que puede ser un Auto o una Sentencia).

CHAGAS JAGUAR CORREIA lo considera, por su parte, un mecanismo peculiar, por cuanto combina elementos de una opinión consultiva y de una decisión judicial²⁴.

Un sector de la doctrina española (FERNÁNDEZ PÉREZ) ha llegado a decir que la petición que las partes puedan hacer no se configura como una auténtica “pretensión procesal” sino como una simple “sugerencia”. Otro sector, sin embargo, considera que esta solicitud de parte tiene el valor de pretensión procesal en tanto conlleva la obligación de motivar la decisión judicial que al respecto se adopte (IBÁÑEZ GARCÍA, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, MORCILLO MORENO)²⁵.

A más abundamiento, es jurisprudencia reiterada que, al corresponder únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar qué cuestiones cabe plantear, puesto que se trata de procedimientos “de Juez a Juez”, las partes no pueden modificar el tenor de las mismas²⁶.

De este modo, las partes permanecen al margen en la relación creada entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales en virtud del vínculo prejudicial²⁷, por lo que el Tribunal de Justicia no está obligado a responder a una cuestión que, formulada por alguna de las partes, no lo

²⁴ CHAGAS JAGUAR CORREIA, E., “*O efeito vinculante do reenvio prejudicial na União Europeia: um caminho para desenvolver o Direito Comunitário*”. RSTPR, año 2, nº 4, agosto 2014, p. 79.

²⁵ MORCILLO MORENO, J., “*Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el Ámbito del Derecho Administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*”. La Ley, Wolters Kluwer España, Madrid, Junio 2007, 1ª Edición, p. 316.

²⁶ Sent. “Grassi” de 15 de junio de 1972, C-5/72, aptdo. 4; Sent. “Bruyère” de 21 de marzo de 1996, C-297/94, aptdo. 19; Sent. “ATB”, de 6 de julio de 2000, C-402/98, aptdo. 29; Sent. “Kaba II”, de 6 de marzo de 2003, C-466/00, aptdo. 40; Sent. “Santesteban Goicoechea”, de 12 de agosto de 2008, C-296/08 PPU, aptdo. 46; Sent. “Katz”, de 9 de octubre de 2008, C-404/07, aptdo. 37; Sent. “Hochtief”, de 15 de octubre de 2009, C-138/08, aptdo. 21.

(CHEVALLIER, R-M. y MAIDANI, D., “*Guide Pratique Article 177 CEE*”. Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburgo, 1982, p. 52).

²⁷ Sent. “Bollmann”, de 1 de marzo de 1973, C-62/72, aptdo. 4; Sent. “Palmisani”, de 10 de julio de 1997, C-261/95, aptdo. 31.

hubiera sido por el órgano jurisdiccional nacional²⁸, ni pueden las partes tampoco suscitar una cuestión de validez en el contexto de una remisión prejudicial en sede de interpretación²⁹.

De este modo, como dice ANDERSON, las partes en el procedimiento nacional no son, en sentido estricto, “partes” en la cuestión prejudicial, hasta el punto de que están legitimadas, pero no obligadas, a participar en el procedimiento que se sustancia en Luxemburgo; de modo que hay ejemplos de partes que no han comparecido a presentar observaciones escritas ni asistido a la vista oral (Sent. “Lennartz”, de 11 de julio de 1991, C-97/90), o bien que no han comparecido en alguna de estas fases (Sent. “Mazzoleni”, de 15 de marzo de 2001, C-165/98, en que no se presentaron observaciones escritas)³⁰.

Rebaja el concepto de “proceso”, como subraya CICCONE, el hecho de que la decisión (sentencia o auto) del Tribunal de Justicia no resuelve la litis, sino que se limita a ayudar al Juez nacional a resolverla en armonía con el Derecho de la Unión³¹.

En la doctrina italiana (MIELE) se puso de manifiesto que entre el Tribunal de Justicia y el órgano jurisdiccional nacional no es que exista, en sentido técnico, una relación de “prejudicialidad”, sino de “antecedencia o preliminaridad” del juicio del Tribunal de Luxemburgo respecto al que pende del órgano nacional; mientras que otro sector de la doctrina sostuvo que, efectivamente, sí cabía hablar de una verdadera y propia “prejudicialidad” en sentido técnico, pues se trata de un juicio sobre una cuestión preliminar dotado de propia autonomía en tanto que deferido a un órgano distinto de aquél que debe resolver la cuestión principal (FERRARI BRAVO)³².

²⁸ A. “La Pyramide”, de 9 de agosto de 1994, C-378/93.

²⁹ Sent. “Alsatel”, de 5 de octubre de 1988, C-247/86.

³⁰ ANDERSON, D.W.K., *“References to the European Court”*. Sweet & Maxwell, 2ª edición, Londres, 2002, pp. 237-238.

³¹ CICCONE, R., *“Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario”*. Editoriale Scientifica. Napoli, 2011, p. 22.

³² SOCINI, R., *“La competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee”*. Dott. A. Giuffrè Editore. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Cagliari. Milano, 1967.

Me quedaré, pese a alinearme con la tesis que mantiene que realmente existe una “antecedencia o preliminaridad”, con el concepto omnicompreensivo, y casi sinónimo, de “cuestión prejudicial” que nos parece suficientemente descriptivo y, por otra parte, o no resulta tan confuso o, quizás mejor, no tan parcial como las otras expresiones referidas más arriba, quizás porque se trataría de una expresión eminentemente metonímica, pues abarcaría tanto la cuestión en particular que se plantea ante el Tribunal de Justicia, como el “proceso” al que da lugar ante éste.

MORCILLO MORENO, al tiempo que destaca como notas esenciales y configuradoras de la cuestión prejudicial su “potencial autonomía” e “instrumentalidad”, y refiriéndose al ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo, dice que “estamos en presencia de una cuestión prejudicial en aquellos casos en que para poder determinar si la actividad administrativa impugnada es o no conforme a Derecho se imponga como vital e inexcusable antecedente lógico-jurídico la decisión de una cuestión – además- ajena al ámbito administrativo”³³.

En la doctrina española (SALA SÁNCHEZ, XIOL RÍOS, FERNÁNDEZ MONTALVO, SÁNCHEZ-BORDONA) se ha considerado la cuestión prejudicial como una “cuestión devolutiva” –como especie diferenciada de las no devolutivas- y “de carácter extraordinario” (IBÁÑEZ GARCÍA) – pues no es ordinaria-³⁴.

La devolutividad viene dada por el hecho de que es un tribunal de un órgano jurisdiccional distinto el que ha de resolver la cuestión prejudicial, lo que provoca la suspensión del proceso principal en el órgano jurisdiccional nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la cuestión (de interpretación o validez) planteada.

En el derecho español, este aspecto viene claramente expresado en el artículo 4.1 de la LJCA³⁵, cuando dice “la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y

³³ MORCILLO MORENO, J., “*Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el Ámbito del Derecho Administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*”. La Ley, Wolters Kluwer España, Madrid, Junio 2007, 1ª Edición, pp. 260-261.

³⁴ MORCILLO MORENO, J., “*Op. Cit.*”, pp. 314-319; SENÉS MOTILLA, C., “*Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*”. McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1996, p. 154.

³⁵ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE nº 167, de 14 de julio de 1998).

decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales”. Lógicamente la referencia a la cuestión prejudicial ha de entenderse contenida, en lo que a este estudio se refiere, en la expresión “Tratados internacionales”.

La terminología utilizada se encuentra en línea con los conceptos que se utilizan en otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el italiano, que habla de una “*pronuncia pregiudiziale*”, es decir, un pronunciamiento previo que provoca en el tribunal nacional un “*rinvio*” al TJUE, o el francés, que habla de una “*procédure préjudicielle*” –que resulta de un previo “*renvoi préjudiciel*”-, o más exactamente, el alemán, que habla de una “*Vorabentscheidungsverfahren*”³⁶ y el británico, que se refiere a ello con la expresión “*preliminary ruling*”.

A la cuestión prejudicial, en esa búsqueda de concepto, se le han encontrado paralelismos con otras figuras, en concreto con la “cuestión de inconstitucionalidad”³⁷ –la cual se encuentra contemplada, en Derecho español, en los artículos 35 a 37 de la LOTC³⁸; en el artículo 5 de la LOPJ y en el artículo 5 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar³⁹-. Así lo demuestra el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia nº 4918/1996 de la Sección 4ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de España, de 20 de septiembre de 1996, en el Recurso de Casación nº 10628/91, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Montalvo⁴⁰-, que refiere que

³⁶ Es curioso que las referencias que en la legislación alemana existen a la “*Vorabentscheidung*” tienen un carácter de “cuestión preliminar”, de este modo, entre otras: parágrafo 718 de la ZPO (“*Zivilprozessordnung*” o Ley de Enjuiciamiento Civil); parágrafos 55 y 121 de la GWB (“*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*”, o Ley contra las limitaciones de la competencia); artículo 91 de la BBergG (“*Bundesberggesetz*” o Ley Estatal de Montes).

³⁷ Vid. MORCILLO MORENO, J., (“*Op. Cit.*”), pp. 314-319; ALONSO GARCÍA, R., “*Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)*”. CDP, nº 38, septiembre-diciembre 2009, pp.11-30.

³⁸ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre (BOE nº 239, de 5 de octubre de 1979).

³⁹ BOE nº 171, de 18 de julio de 1987.

⁴⁰ “El artículo 177 TCEE incorpora un procedimiento de remisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, con un cierto paralelismo con los procesos incidentales de inconstitucionalidad de normas legales en los ordenamientos de justicia constitucional “concentrada” (art.163 CE, por lo que a nosotros se refiere), y, en general, con las cuestiones prejudiciales devolutivas, que tiene como finalidades: garantizar la uniformidad del Derecho comunitario, favorecer su desarrollo y asegurar la estabilidad del Derecho derivado,

ambas derivan de nuestra Carta Magna (el artículo 163 de la CE⁴¹, para la cuestión de inconstitucionalidad; y el artículo 93 de la CE⁴², para la cuestión prejudicial comunitaria) y por similitudes de índole procedimental, así como por el hecho de que ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal de Justicia pueden entrar a conocer de cuestiones de tipo fáctico.

Por realizar un esbozo algo más detallado, siguiendo para ello a PÉREZ TREMP⁴³, valgan los siguientes paralelismos con la cuestión prejudicial:

1.- Con la cuestión de inconstitucionalidad se incorpora a los órganos judiciales a la tarea de depuración del ordenamiento jurídico (nacional)⁴⁴, en un contexto de imprescindible cooperación entre órganos judiciales y el Tribunal Constitucional⁴⁵.

2.- El planteamiento de la cuestión está unido no a la condición de Juez o Magistrado, sino al ejercicio de la función judicial, pues solo es posible en el seno de un proceso.

3.- La cuestión de inconstitucionalidad puede plantearse tanto de oficio como a instancia de parte (art. 35.1 LOTC). Sin embargo, el tribunal no

proporcionando, incluso, a los particulares una protección efectiva de los derechos e intereses que les reconoce el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea (...)."

⁴¹ "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".

⁴² "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión".

⁴³ PÉREZ TREMP, P., "*La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*". Estudios Constitucionales (Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile), vol. 3, núm. 1, 2005, pp.127-148.

⁴⁴ La STC nº 127/87, de 16 de julio de 1987, en su Fundamento Jurídico Primero, dice:

"La Constitución en el art. 163 y la LOTC en el art. 35.2 configuran las cuestiones de inconstitucionalidad como un mecanismo de depuración del ordenamiento jurídico, a fin de evitar que la aplicación judicial de una norma con rango de Ley produzca resoluciones judiciales contrarias a la Constitución por serlo la norma aplicada".

⁴⁵ STC nº 189/91, de 3 de octubre de 1991 (F.J. 2º).

está sujeto por la pretensión deducida por la parte en este sentido, siendo en todo momento libre de remitirla o no⁴⁶.

4.- Para proceder al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, se exige que la norma no solo sea aplicable en el juicio “a quo”, sino que debe ser relevante para la decisión.

En este sentido, la cuestión de inconstitucionalidad no puede ser utilizada por los órganos judiciales con carácter consultivo⁴⁷, o para resolver discrepancias interpretativas con otros órganos judiciales⁴⁸.

5.- El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que se realiza mediante Auto, no se limita al enunciado de la misma, sino que ha de motivar las razones –es decir, el porqué de las dudas- en las que el órgano judicial basa la cuestión.

6.- El juicio de relevancia es una potestad exclusiva del órgano remitente, pues se considera que entra dentro de la potestad jurisdiccional establecer las normas aplicables al caso. Pero el Tribunal Constitucional puede rechazar la cuestión, precisamente con base en la falta de relevancia, en aquellos supuestos en que ello sea manifiesto⁴⁹.

7.- La suspensión del proceso “a quo”, es decir, el pendiente ante el tribunal que plantea la cuestión de inconstitucionalidad.

8.- Salvando las distancias, pero podemos incluso establecer algún paralelismo entre las “autocuestiones de inconstitucionalidad” –con motivo de un recurso de amparo- que puede elevar una Sala del TC al Pleno⁵⁰, respecto de la capacidad de reformulación que tiene el Tribunal de Justicia (p.e. cuando se le plantea una interpretación de una norma, y lo que hace es declarar la invalidez de esa misma norma o de otra).

⁴⁶ Véase, entre otras: STC nº 35/2002, de 11 de febrero de 2002 (F.J. 3º); STC nº 15/2004, de 23 de febrero de 2004 (F.J. 3º).

⁴⁷ STC nº 222/92, de 11 de diciembre de 1992 (F.J. 2º).

⁴⁸ ATC nº 62/97, de 26 de febrero de 1997 (F.J. 2º).

⁴⁹ STC nº 189/91 (F.J. 2º), ya citada.

⁵⁰ En este caso es el fallo de la Sentencia de amparo el que decide el planteamiento de la “autocuestión de inconstitucionalidad” (STC nº 209/1988, de 10 de noviembre de 1988).

Aunque la equiparación, lógicamente, tampoco es exacta, puesto que, por ejemplo, en la cuestión de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional ha de realizar un juicio de relevancia, en el sentido de establecer si, y en qué medida, la cuestión suscitada ejerce una influencia tal que puede, efectivamente, incidir sobre el sentido de la resolución del órgano jurisdiccional promovente. Por el contrario, la cuestión prejudicial presupone, en línea de principio, que desde el momento en que la plantea un tribunal nacional es porque, según su apreciación, como concedor del procedimiento, es pertinente para la resolución del litigio, por lo que el Tribunal de Justicia, salvo en casos flagrantes, poco tiene que decir al respecto.

Otro aspecto, ciertamente asociado a la anterior disquisición, que históricamente ha sido objeto de debate, es el carácter del Tribunal de Justicia⁵¹ cuando se pronuncia sobre una cuestión prejudicial.

De este modo, ha sido largamente sostenido en el tiempo por la doctrina italiana (MORELLI, MIGLIAZZA), y no solo por los internacionalistas, que el Tribunal de Justicia sería un órgano jurisdiccional del EM al cual pertenece el Juez que ha efectuado el envío prejudicial⁵².

Esto, sin embargo, suscitó en su momento opiniones contrarias en la propia doctrina italiana (MIELE, FERRARI BRAVO, SOCINI). De este modo, MIELE se basa en la autonomía de los Estados miembros respecto de los entes comunitarios, así como en la letra de los tratados que instituyeron la CECA, la CEE y la EURATOM, los cuales mencionan el Tribunal como órgano comunitario. Solo sería posible una tal consideración, dice MIELE, si fuera posible una construcción federal de las relaciones entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales⁵³.

⁵¹ El Tribunal de Justicia inició su actividad como órgano judicial de la CECA el 10 de diciembre de 1952.

En lo que hace a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia, de ella se hablaba ya en el artículo 41 del Tratado CECA., en el artículo 177 del Tratado de la CEE y en el artículo 150 del Tratado EURATOM, cuando las Comunidades comenzaron su andadura.

⁵² SOCINI, R., (*“Op.cit.”*), el cual cita, a su propósito, el artículo del internacionalista y ex juez del Tribunal Internacional de La Haya MORELLI, G., *“La Corte di giustizia delle Comunità europee come giudice interno”* publicado en la Rivista di Diritto Internazionale, 1958, pp. 3 y ss.; así como la de MIGLIAZZA, A., *“La Corte di giustizia delle Comunità europee”* A. Giuffrè Editore; Milano, 1961.

⁵³ SOCINI, R., (*“Op.cit.”*), el cual se refiere a la obra de MIELE, M., *“La Corte delle Comunità europee e le giurisdizioni degli Stati Membri: le questioni c.d. pregiudiziali e l’esecuzione forzata delle sentenze della Corte”*. Milano, 1960; así como al comentario sobre el artículo 177 del TCE realizado por otro ex Juez del Tribunal Internacional de la Haya, L. FERRARI

Otro argumento preclaro que refiere SOCINI, citando a BATAILLER, para apoyar la tesis de que el Tribunal de Justicia es un órgano comunitario es el hecho de que si la teoría contraria fuera cierta el Tribunal de Justicia debería poder desaplicar una norma interna, de carácter legislativo, reglamentario, etc., que fuera considerada incompatible con las disposiciones del derecho comunitario originario o derivado, mientras que, como es notorio, un poder similar no ha sido otorgado al Tribunal⁵⁴.

Hablando de analogías, y como veremos más adelante, comoquiera que la cuestión prejudicial no se limita solo a dar una interpretación sobre las normas comunitarias, sino que, de algún modo, induce a los Jueces nacionales a desaplicar normas de derecho interno por no ser conformes, o no poderse interpretar de acuerdo al Derecho de la Unión, tiene un efecto similar a un recurso por incumplimiento.

También podemos ver similitudes, en lo que a consecuencias prácticas se refiere, entre el instituto que se va a estudiar –en concreto, respecto al procedimiento prejudicial de validez- y el recurso de anulación⁵⁵ o, mejor, la excepción de ilegalidad⁵⁶.

Si bien a la cuestión prejudicial, en cuanto pretende una aplicación uniforme del Derecho de la Unión, ha de atribuírsele necesariamente un carácter objetivo –en cuanto cuestión de orden público-, sobre todo si tenemos, además, en cuenta la atribución competencial que reside en su propia filosofía –competencia del Tribunal de Justicia para dirimir las dudas que surjan al Juez nacional sobre el significado, alcance y validez del

BRAVO en la obra *“Trattato istitutivo della Comunità economia europea: commentario”*, de Rolando Quadri, Riccardo Monaco, Alberto Trabucchi, Benedetto Conforti, Luigi Ferrari Bravo y Antonio Tizzano. Edit. Giuffrè, Milano, 1965).

⁵⁴ SOCINI, R., *“Op.cit.”*, citando *“Le juge interne et le droit communautaire”*, de F. BATAILLER, publicado en el *Annuaire français de droit International*, año 1963, volumen 9, pp. 735-778.

⁵⁵ USHER, J.A., *“Les renvois à titre préjudiciel”*, en *“La réforme du système juridictionnel communautaire”*, VANDERSANDEN, G., Editions de l’Université de Bruxelles, 1994. *Études Européennes*, p. 61.

⁵⁶ SILVA DE LAPUERTA defiende que la analogía sería, aunque salvando algunas diferencias, con la excepción de ilegalidad. La sentencia dictada en un recurso de anulación tiene, por ejemplo, efecto de “cosa juzgada absoluta”, mientras que la dictada en un recurso prejudicial de validez tiene eficacia de “cosa juzgada relativa”, lo que se antoja un rasgo diferencial notable.

(SILVA DE LAPUERTA, R., *“El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”*. La Ley, Madrid, 1993, 2ª edición actualizada, pp. 239-240).

Derecho de la Unión-. Sin embargo, lleva ínsita también, siéndole fácilmente reconocible, una dimensión subjetiva, en cuanto supone una protección de los derechos –y, en concreto, de los derechos fundamentales- de los particulares⁵⁷. A ello hay que añadir que los particulares ejercen, mediante este instrumento, y merced a la doctrina del efecto directo, un control sobre las infracciones de los Estados miembros, ejerciendo a modo de “guardianes de la integridad del sistema comunitario”⁵⁸, y coadyuvando así con la Comisión y con el resto de Estados miembros en esta labor.

Por todas estas razones, y aunque el legitimado para iniciar el procedimiento prejudicial sea el Juez nacional, no se nos puede escapar que en la cuestión prejudicial, con las matizaciones que conlleva la anterior afirmación, el particular se erige en actor indirecto en el entramado de remedios jurisdiccionales ante la Jurisdicción Comunitaria⁵⁹.

No en vano, la reciente modificación de la LOPJ española, a través de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio⁶⁰, en su Exposición de Motivos (apartado VI), trata de remarcar el papel de protección de los derechos de los ciudadanos a través de este instituto, cuando dice:

“ (...) 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

⁵⁷ Sent. “Nápoli”, de 6 de marzo de 2014, C-595/12, aptdo. 35; Sent. “Vital Pérez”, de 13 de noviembre de 2014, C-416/13, aptdos. 28 y 67; Sent. “Abdida”, de 18 de diciembre de 2014, C-562/13, aptdo. 45, entre otras muchas).

No en vano, como afirma SALINAS DE FRÍAS, “en la Unión Europea, a propósito de la cooperación judicial civil y mercantil, se ha ido haciendo de la persona el centro de gravedad del proceso de integración, de modo que, aparte de perfeccionar el mercado interior y la realización efectiva de la libre circulación, se ha convertido este proyecto en un proceso a favor y al servicio del ciudadano europeo, poniéndole en conexión directa con éste, y evitando, en lo posible, la intermediación del Estado”.

(SALINAS DE FRÍAS, A., “La cooperación judicial en materia civil en la Unión Europea: origen, evolución y fundamento”. Revista Seqüência, nº 46, julio de 2003, p. 167).

⁵⁸ DEHOUSSE, R., “La Cour de Justice des Communautés Européennes”. Montchrestien, Paris, 1994, p. 46.

⁵⁹ USHER, J.A., “Op. Cit.”, pp. 60-61; QUADROS, I., “A Função Subjetiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”. Almedina, Coimbra, noviembre 2006, p. 134.

⁶⁰ BOE nº 174, de 22 de julio de 2015.

búsqueda de mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos”.

2.2. La cuestión prejudicial como parte de un silogismo

Según RUDI, “el silogismo jurídico es aquel particular tipo de razonamiento a proposiciones concatenadas que tiene como objeto la justificación de una decisión jurídica, la cual viene generalmente perseguida a través del siguiente método analítico-sintético: partiendo del problema a resolver (cuestión), se sale inductivamente hacia hipotéticos principios regulatorios (análisis), y después se invierte la dirección de marcha para descender, mediante inferencias deductivas, de los mencionados principios al problema a resolver (síntesis). Esto sucede, por otra parte, en una doble pero complementaria perspectiva, o sea interpretando no solo el caso concreto a la luz del Derecho, sino también este último a la luz del primero, a fin de valorar ambos en términos de pertinencia recíproca, o sea adaptando –si bien obviamente en diferente medida- el hecho a la regla o viceversa”⁶¹.

Desde una óptica de lógica jurídica, podría verse en la cuestión prejudicial una premisa (premisa mayor) que el órgano judicial nacional se ve obligado a fijar, previo a resolver el asunto que se sustancia ante él, para la conformación del silogismo judicial que motive y justifique cuál haya de ser, finalmente, la conclusión o resultado para el caso concreto⁶².

O, más exactamente, y siguiendo a RUDI, la premisa mayor sería la norma legal abstracta (la regla), la cual viene referida tanto a la determinación de su aplicación o no al caso -¿cuál es la norma a aplicar al caso concreto?-, como a su interpretación -¿cuál es el significado que hay que atribuir a la norma?-, la premisa menor, el caso concreto; y la conclusión es el proceso de subsunción del caso concreto en la norma⁶³.

En efecto, si la norma a aplicar del Derecho UE “prima facie” es de interpretación incierta, en sí misma considerada o respecto de su

⁶¹ RUDI, J., “*Le tecniche argomentative dell’avvocato*”, Lulu Enterprises, Morrisville (USA), 2012, 3ª edición, pp.81-82.

⁶² Esta consideración de silogismo podemos también verla presente en algunos autores: BENGOETXEA, J., “*Op. Cit.*”, pp. 176-177; SCARCIGLIA, R., “Diritto comunitario e relazioni fra il Tribunal Constitucional spagnolo, il Tribunale europeo dei diritti umani e la Corte di giustizia delle Comunità europee”, en “*Corti nazionali e Corti europee*”, a cura di G. F. FERRARI, p.407.

⁶³ RUDI, J., “*Op.Cit.*”, pp.82-84.

compatibilidad con determinada normativa nacional, o bien se duda de la validez de determinada disposición emanada de una Institución de la Unión, nos encontramos ante la incógnita a despejar de un elemento que ha de servir al Juez para subsumir en esa norma (debidamente interpretada o una vez declarada su validez o no) los hechos concretos (premisa menor) que hayan quedado acreditados en el proceso nacional. De modo que de la conjunción (lógica) de ambas premisas se extraerá por el Juez nacional la conclusión que proceda, conformando ésta el pronunciamiento dispositivo de la resolución judicial.

La distorsión, sin embargo, surge –y no es solo hipotética- cuando el Tribunal de Justicia, pese al principio de que el Juez nacional ha de apreciar y pronunciarse sobre los hechos concretos⁶⁴, por estar mejor situado para conocerlos, trata de algún modo de valorarlos para la adopción de su decisión⁶⁵ -cuestión que ahora me limito a citar, pero que será tratada con mayor extensión en el capítulo “El razonamiento del Tribunal de Justicia”-.

3.- La función de la cuestión prejudicial en el Derecho de la Unión Europea

Cuando se habla de cuestión prejudicial estamos aludiendo a un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, a través del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho comunitario (hoy Derecho de la UE) que éstos precisan para resolver los litigios de que conocen (Sent. “Gmurzynska-Bscher”, de 8 de noviembre de 1990, C-231/89, aptdo. 18).

Se produce, por tanto, una dicotomía entre la interpretación del Derecho de la Unión (correspondiéndole al Tribunal de Justicia la función de máximo intérprete) y la aplicación del mismo al caso concreto (misión de los tribunales nacionales).

Como tendré ocasión de repetir en esta obra, la función de la cuestión prejudicial es la de “garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en todos los Estados miembros”, como se encargó de decir en su

⁶⁴ Sent. “Conseil général de la Vienne”, de 22 de junio de 2006, C-419/04, aptdo. 19; Sent. “Varec”, de 14 de febrero de 2008, C-450/06, aptdo. 23; Sent. “Magoora”, de 22 de diciembre de 2008, C-414/07, aptdo. 33; Sent. “Ablessio”, de 14 de marzo de 2013, C-527/11, aptdo. 35.

⁶⁵ Véase JARVIS, M.A., “*The application of EC Law by national courts. The free movement of goods*”. Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 437.

momento el Tribunal de Justicia en la Sent. “Schwarze”, de 1 de diciembre de 1965, así como “impedir que se consolide, en algún EM, una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas de dicha normativa comunitaria” (Sent. “Intermodal Transports”, de 15 de septiembre de 2005, C-495/03, aptdo. 38; Sent. “Gourmet Classic”, de 12 de junio de 2008, C-485/06, aptdo. 32; Sent. “Pedro IV”, de 2 de abril de 2009, C-260/07, aptdo. 32).

Esto es así hasta el punto de que el mayor nivel de uniformidad en la interpretación y, por tanto, en la aplicación, se presentaba como una exigencia imprescindible para la realización de un sistema jurídico fuertemente integrado como el que se pretendía construir⁶⁶.

En definitiva, se trataba desde el principio de crear una “*Comunidad de Derecho*”, expresión ésta que, como cita CICCONE, se encuentra expresamente recogida en algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sent. “Les Verts”, de 23 de abril de 1986, asunto 294/83, aptdo. 23, tratándose de un recurso de anulación; Sent. “Beate Weber”, de 23 de marzo de 1993, C-314/91, aptdo. 8, entre otras).

Es interesante la expresión citada porque, en efecto, con los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas se creaba, en el ámbito del Derecho Internacional, un ordenamiento jurídico de nuevo cuño, ya que era el producto de una renuncia previa de los Estados Miembros a esferas de soberanía que hasta ese momento habían tenido atribuidas y que, con la incorporación a las Comunidades Europeas, transferían a éstas últimas respecto de determinados ámbitos competenciales.

De este modo el Tribunal de Justicia pasa a ser el encargado de asegurar el respeto del Derecho de la Unión y, más concretamente, a poder hacerlo a través de la competencia que se le atribuye y que supone, en definitiva, que sus pronunciamientos tengan carácter decisorio en lo que a la interpretación y validez de este ámbito jurídico se refiere.

Como han indicado algunos autores (GIMÉNEZ SÁNCHEZ, CORSARO, CHAGAS JAGUAR CORREIA), la exigencia de salvaguardar la uniformidad a que nos referimos puede reconstruirse solo en términos de

⁶⁶ CICCONE, R., “*Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario*”. Editoriale Scientifica, Napoli 2011, p.13.

cooperación o coordinación entre Jueces y no puede ser tocada por jerarquías o por “complejos de subordinación”⁶⁷.

En línea con esta afirmación, nos encontramos con lo que, actualmente, establece el artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE)⁶⁸, con su versión adoptada en Lisboa:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”.

A continuación, y por lo que al ámbito de este trabajo se refiere, el artículo 19.3.b) del TUE, proclama lo siguiente:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados:

b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones;”

Como señala FERNÁNDEZ SEGADO⁶⁹, la cuestión prejudicial tiene otra función de especial importancia, y es la de “protección jurídica y judicial”,

⁶⁷ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “La eficacia de las Sentencias dictadas por el TJCE”. Editorial Aranzadi, 2004, pp. 24-25; CORSARO, A., “Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea sull’interpretazione della normativa “comunitaria”: I poteri del giudice nazionale”. Centro di documentazione europea. Università di Catania. Online Working Paper 2012/ n.43, agosto 2012. URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/43_2012.pdf. (El presente vínculo web, así como todas las fuentes de internet citadas en este trabajo, han sido consultadas por última vez el día 10 de octubre de 2015); CHAGAS JAGUAR CORREIA, E., “O efeito vinculante do reenvio prejudicial na União Europeia: um caminho para desenvolver o Direito Comunitário”. RSTPR, año 2, nº 4, agosto 2014, p. 66.

⁶⁸ Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, firmado en Maastricht (publicado en DOUE nº 340, de 10 de noviembre de 1997 y BOE nº 11, de 13 de enero de 1994).

⁶⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello”. Conferencia pronunciada como “lección magistral” en el acto académico de investidura del autor como doctor “honoris causa” por la Universidad de Messina, en Messina (Italia), el 11 de noviembre de 2004. Posteriormente publicada en la Revista Mexicana de Derecho Constitucional. <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/econst/cont/13/ard/ard2.htm>.

ya que, en palabras de este autor, “a través de este instituto procesal se proporciona a los justiciables una protección efectiva de los derechos e intereses que les reconoce el ordenamiento jurídico de la Comunidad, ofreciéndoles la posibilidad de someter sus litigios al examen del Tribunal de Justicia a través del Juez nacional”.

Si tenemos en cuenta la praxis desarrollada durante el tiempo de su vigencia, se concluye la enorme trascendencia que ha tenido este instituto en el proceso de construcción del ordenamiento jurídico comunitario, dado su amplio uso. No en vano, como recordaba DANIELE⁷⁰, el desarrollo de los grandes principios del Derecho de la Unión –la eficacia directa de los tratados, la de las directivas, la primacía⁷¹ sobre las normas nacionales incompatibles (incluso de corte constitucional⁷²) y la responsabilidad de los Estados miembros por los daños derivados de la violación del Derecho de la Unión- han encontrado tanto su confirmación como su posterior desarrollo en este tipo de procedimiento.

⁷⁰ DANIELE, L., “*Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze*”. Cuarta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2010, p. 330.

⁷¹ Este principio, a nivel legal, se encuentra recogido en la Declaración número 17 del Tratado de Lisboa (“Declaración relativa a la primacía”), la cual incorpora el Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo, de 22 de junio de 2007.

“La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia.

Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260):

<< Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007:

Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64: “... se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original, una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad”) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia”>>.

⁷² GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “*La eficacia de las Sentencias dictadas por el TJCE*”. Editorial Aranzadi, 2004, pp. 37-38.

Como muestra de defensa del papel de la cuestión prejudicial, en su condición de piedra angular del sistema jurisdiccional de la Unión, he de referirme al Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, del Pleno del Tribunal de Justicia⁷³, sobre la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se llega a la conclusión de que:

“El acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

Además se concluye en dicho Dictamen que el acuerdo previsto:

“puede afectar a las características específicas y a la autonomía del Derecho de la Unión, en la medida en que no garantiza la coordinación entre el artículo 53 del CEDH y el artículo 53 de la Carta, no previene el riesgo de que se vulnere el principio de confianza mutua entre los Estados miembros en el Derecho de la Unión y no contempla articulación alguna entre el mecanismo instituido por el Protocolo nº 16 y el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE”.

4.- La plasmación de la cuestión prejudicial en el derecho primario: su evolución normativa y práctica

⁷³ Se trata de un Dictamen emitido con base en lo previsto en el artículo 218.11 del TFUE, el cual establece lo siguiente:

“Un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados”.

Destacamos, en lo que hace la cuestión prejudicial, el contenido de los apartados 153 a 176, así como el del apartado 258.

(El tema de la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos no es nuevo, sino que viene de lejos. Véase sobre este particular: SALINAS DE FRÍAS, A., *“La ampliación comunitaria a los países de la Europa Central y Oriental y la protección de los derechos humanos”*. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 43/44, Valencia, 2003, pp. 75-77; SEATZU, F., *„La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari?”*. Studi sull'integrazione europea, nº 2- 2007, pp. 377-388).

El artículo 19.3.b) del TUE establece que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados, con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones.

La cuestión prejudicial, primeramente, aparecía contemplada en el artículo 177 del TCE que, tras la reforma llevada a cabo por el Tratado de Ámsterdam, el 2 de octubre de 1997, pasó a ser el artículo 234 del TCE, suponiendo ello una ampliación en su ámbito inicial de aplicación.

Este artículo 234 del TCE aparecía redactado en los siguientes términos:

“El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

Sobre la interpretación del presente Tratado,

Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE,

Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia 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 de Justicia”.

Hoy en día, y tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009⁷⁴, según establece su artículo 6, el precepto donde se

⁷⁴ El Tratado fue firmado el 13 de diciembre de 2007 -publicado en el DOUE de 17 de diciembre de 2007 (C 306); y BOE nº 286, de 27 de noviembre de 2009, en el que se publica el Instrumento de Ratificación por España, al amparo de la autorización contenida en la LO 1/2008, de 30 de julio-.

Con el Tratado de Lisboa tenemos un TUE, el cual regula los aspectos más relevantes de la Unión Europea, así como un tratado de desarrollo, el TFUE, el cual se encarga de concretar el

recoge la cuestión prejudicial se corresponde con el nuevo artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuyo tenor literal varía también, sensiblemente, respecto de aquel al que viene a sustituir:

“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.

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

Del artículo 267 del TFUE, citado con anterioridad, se deduce que se permite a las jurisdicciones nacionales plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, siempre que se trate de dilucidar una cuestión de interpretación del Tratado (derecho originario) o del derecho derivado – *cuestiones prejudiciales de interpretación-*, o bien que de lo que se trate sea de resolver cuestiones atinentes a la validez – *cuestiones prejudiciales de validez-* de los actos adoptados por las Instituciones de la UE (derecho derivado), quedando, por consiguiente, excluidas aquellas cuestiones que

funcionamiento de esa Unión en sus diversos aspectos (institucionales, procedimentales, competencias, etc.).

(DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.M., “*El Tratado de Lisboa (Un juego de espejos rotos)*”. REEI, nº 17, 2009).

interroguen sobre la validez o interpretación de normas internas que, en su caso, hayan podido obviar el contenido del Derecho de la Unión Europea⁷⁵.

Dos son los presupuestos que, en ambos casos, han de concurrir:

1) debe existir una duda sobre la interpretación o validez del Derecho de la Unión⁷⁶, y

2) la solución a dicha duda debe ser necesaria para resolver el litigio nacional⁷⁷. De este modo, el Abogado General TESAURO ha manifestado que “la cooperación entre Juez nacional y Juez comunitario y el mecanismo de reenvío prejudicial no debería ser utilizado para otros fines que en aquellos consistentes en emitir un juicio en un caso concreto”⁷⁸.

Ambos presupuestos han sido, sin embargo, interpretados de una manera diferente a lo largo del tiempo por el Tribunal de Justicia de modo que, en un primer estadio de su jurisprudencia, se mostró más flexible, en el sentido de que asumía que si un tribunal nacional, como perfecto conocedor que era del asunto que debía dirimir, solicitaba una cuestión prejudicial, era porque, efectivamente, la resolución de la misma era necesaria para que el órgano nacional pudiera, a su vez, dar una correcta respuesta en Derecho al asunto sobre el que debía pronunciarse⁷⁹. Esto implica, dicho sea de paso, que el Tribunal de Justicia no puede realizar

⁷⁵ BARAV, A., (*“Une anomalie préjudicielle”*, Il Diritto dell’Unione Europea, 2004, 02, pp. 235 y ss.) define la *“question de droit communautaire”* diciendo que *“consisterait en l’existence d’un doute raisonnable, d’une incertitude objective quant au sens ou à la validité de dispositions communautaires, y compris des actes, règles, normes et principes faisant partie du droit communautaire”*.

⁷⁶ Sent. “Conseil général de la Vienne”, de 22 de junio de 2006, C-419/04; Sent. “Lucchini”, de 18 de julio de 2007, C-119/05; Sent. “Rüffler”, de 23 de abril de 2009, C-544/07.

⁷⁷ Sent. “Salonia”, de 16 de junio de 1981, 126/80; Sent. “Crispoltoni”, de 11 de julio de 1991, C-368/89; Sent. “Durighello”, de 28 de noviembre de 1991, C-186/90; Sent. “Lourenço Dias”, de 16 de julio de 1992, C-343/90; A. “Falciola”, de 26 de enero de 1990, C-286/88; Sent. “Martino Grado y Shahid Bashir”, de 9 de octubre de 1997, C-291/96; Sent. “Società Italiana Petroli”, de 17 de diciembre de 1998, C-2/97.

⁷⁸ Conclusiones del Abogado General TESAURO en el asunto “Kleinwort Benson” (C- 346/93).

⁷⁹ Sent. “Benedetti”, de 3 de febrero de 1977, C-52/76; Sent. “Redmond”, de 29 de noviembre de 1978, C-83/78; Sent. “Damiani”, de 14 de febrero de 1980, C-53/79; Sent. “Blanguernon”, de 11 de enero de 1990, C-38/89; Sent. “Bernini”, de 26 de febrero de 1992, C-3/90.

una aplicación directa del Derecho de la Unión Europea a los hechos del litigio principal, pues ello corresponde al órgano jurisdiccional nacional⁸⁰.

Posteriormente, el Tribunal de Justicia se ha expresado en términos de no poder permanecer indiferente, desconociendo sus propias competencias, respecto de aquellas apreciaciones de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que repercutan en el funcionamiento regular del procedimiento contemplado en el hoy artículo 267 del TFUE, en los supuestos excepcionales en que esto pueda ocurrir⁸¹.

Una derivación de cuanto decimos podríamos verla en la negativa del Tribunal de Justicia para pronunciarse en supuestos en que la evocación del texto de que se trate, por parte del tribunal nacional, sea manifiestamente errónea (Sent. “Salgoil”, de 19 de diciembre de 1968, C-13/68), o la norma objeto de la cuestión prejudicial no sea aplicable al litigio principal (Sent. “Fonderie Officine Riunite”, de 20 de febrero de 1973, C-54/72; Sent. “Lourenço Diaz”, ya citada) o en aquellos casos en que la cuestión prejudicial partía de un error en lo que al ámbito de aplicación de la norma comunitaria se refiere⁸².

El Tribunal de Justicia ha salido también al paso de la manipulación que pueda hacerse de la vía prejudicial, es decir, de abuso por parte del Juez nacional, en todos aquellos procesos que han sido pergeñados de modo artificial y que, por ende, no buscan una solución real a un conflicto también real, sino obtener una declaración interpretativa o de validez de una norma, manifestando que en esos casos no puede pronunciarse sobre la cuestión prejudicial planteada⁸³.

⁸⁰ Sent. “Veedfald”, de 10 de mayo de 2001, C-203/99, aptdo. 31; Sent. “Feryn” de 10 de julio de 2008, C-54/07, aptdo. 19; Sent. “Klub”, de 22 de marzo de 2012, C-153/11, aptdo. 54.

⁸¹ Sent. “Van Gend & Loos”, de 5 de febrero de 1963, C-26/62; Sent. “Pierik”, de 16 de marzo de 1978, C-117/77; Sent. “Ryborg”, de 23 de abril de 1991, C-297/89.

⁸² Sent. “Vlaeminck”, de 16 de septiembre de 1982, C-132/81; Sent. “Morson y Jhanjan”, de 27 de octubre de 1982, asuntos acumulados C-35/82 y C-36/82; Sent. “Gauchard”, de 8 de diciembre de 1987, C-20/87.

(Vid. PALACIO GONZÁLEZ, J., *“El Sistema Judicial Comunitario. Perspectiva constitucional, reglas de procedimiento y vías de recurso”*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, pp. 264-265).

⁸³ Sent. “Foglia/ Novello I”, de 11 de marzo de 1980, C-104/79; Sent. “Foglia/ Novello II”, de 16 de diciembre de 1981, C- 244/80; Sent. “Bosman”, de 15 de diciembre de 1995, C-415/93; Sent. “Idéal tourisme”, de 13 de julio de 2000, C-36/99, aptdo. 20; Sent. “PreussenElektra”, de 13 de marzo de 2001, C-379/98, aptdo. 39; Sent. “Weduwe”, de 10 de diciembre de 2002, C-153/00; Sent. “Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins”, de 21 de enero de 2003, C-318/00;

En la Sent. “Benedetti”, a propósito de la séptima cuestión prejudicial planteada por la *Pretura di Cittadella* (Véneto), se dice que “*del artículo 177 del tratado y de su colocación en el sistema resulta en primer lugar excluido que el Tribunal absuelva una función consultiva*”. De modo más extenso, en la Sentencia “Foglia/ Novello II” el Tribunal de Justicia precisó que:

*“El artículo 177 confiere a este Tribunal la misión, no de evacuar dictámenes consultivos sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros, razón por la cual no puede considerarse competente para responder a cuestiones de interpretación planteadas en el marco de construcciones procedimentales amañadas por las partes, al objeto de obligar a este Tribunal a tomar postura sobre determinados problemas de Derecho Comunitario, que no responden a una necesidad objetiva inherente a la resolución del litigio”*⁸⁴.

El Tribunal Constitucional de Portugal, en su Sentencia nº 163/90, de 23 de mayo de 1990⁸⁵, en su aptdo. 9º, expresó esta idea del TJUE de un modo muy gráfico:

*“É que, o Tribunal das Comunidades não é uma auditoria jurídica que deva ficar sujeita às curiosidades ou às ignorâncias de quem tem legitimidade para provocar a sua intervenção — os juízes nacionais. As suas decisões hão-de ter efeito útil, o que só sucederá se elas forem relevantes (indispensáveis) para a resolução do caso que o juiz reenviante tem para decidir”*⁸⁶.

Sent. “Schmidberger”, de 12 de junio de 2003, C-112/00, aptdo. 32; Sent. “Acereda Herrera”, de 15 de junio de 2006, C-466/04; Sent. “Centro Europa 7”, de 31 de enero de 2008, C-380/05).

⁸⁴ Véase también la Sent. “Robards”, de 3 de febrero de 1983, C-149/82, aptdo. 19.

⁸⁵ Sentencia dictada por la 2ª Sección del Tribunal Constitucional, en el Recurso nº 154/89, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. Messias Bento.

⁸⁶ “Es que el Tribunal de las Comunidades (Europeas) no es una auditoria jurídica que deba quedar sujeta a las curiosidades o ignorancias de quien tiene legitimidad para provocar su intervención –los jueces nacionales. Sus decisiones han de tener efecto útil, lo que solo sucederá si ellas fueran relevantes (indispensables) para la resolución del caso que el juez remitente tiene para decidir”. (La traducción es del autor).

La consecuencia en un caso como alguno de los descritos más arriba sería la INADMISIBILIDAD, aunque sea parcial, de una cuestión prejudicial, es decir, en la medida en que incurra en alguno de dichos supuestos⁸⁷.

Sin embargo, como señala PALACIO GONZÁLEZ, se han planteado al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales que este autor califica como “casos test”, en los que partiendo de un conflicto real de intereses, una de las partes provoca un litigio al objeto de esclarecer una situación normativa bajo la que subyace una pretensión concreta y cierta (Sent. “Dürbeck”, de 5 de mayo de 1981, C-112/80)⁸⁸.

También cabía la remisión prejudicial en el sistema CECA –expirado el 23 de julio de 2002-, lo que venía contemplado en el artículo 41 del Tratado CECA, y que así fue confirmado en su momento por el Tribunal de Justicia (Sent. “Busseni”, de 22 de febrero de 1990, C- 221/88⁸⁹), y también en el sistema EURATOM, contemplado en el artículo 150 del Tratado Euratom (Sent. “Land de Sarre”, de 22 de septiembre de 1988, C-187/87).

El procedimiento prejudicial se enmarca, por tanto, en una relación de diálogo o de colaboración interjurisdiccional –diálogo horizontal, es decir, en plano de igualdad y, por tanto, como dice JARVIS, exento de jerarquía⁹⁰-, que plasma en este ámbito el deber de cooperación o de

⁸⁷ Sent. “Corsica Ferries”, de 17 de mayo de 1994, C-18/93; Sent. “Djabali”, de 12 de marzo de 1998, C-314/96, aptdo. 19; Sent. “Tarantik”, de 15 de junio de 1999, C-421/97, aptdos. 33 a 36; Sent. “EKW y Wein & Co.”, de 9 de marzo de 2000, C-437/97, aptdos. 52 y 53; Sent. “Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins”, de 21 de enero de 2003, C-318/00, aptdo. 42; Sent. “Schmidberger”, de 12 de junio de 2003, C-112/00, aptdo. 32; Sent. “Alabaster”, de 30 de marzo de 2004, C-147/02, aptdos. 54 y 55; Sent. “Friz”, de 15 de abril de 2010, C-215/08; Sent. “Paint Graphos”, de 8 de septiembre de 2011, asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, aptdos. 31 y 32; Sent. “Eon Aset Menidjunt”, de 16 de febrero de 2012, C-118/11, aptdo. 78; Sent. “Odar”, de 6 de diciembre de 2012, C-152/11; Sent. “Akerberg Fransson”, de 26 de febrero de 2013, C-617/10; aptdo. 42; Sent. “Romeo”, de 7 de noviembre de 2013, C-313/12, aptdo. 40.

⁸⁸ PALACIO GONZÁLEZ, J., “*El Sistema Judicial Comunitario. Perspectiva constitucional, reglas de procedimiento y vías de recurso*”. Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, p.271.

⁸⁹ En este caso, el *Tribunale di Brescia* pretendía la interpretación del artículo 41 del Tratado CECA.

(SILVA DE LAPUERTA, R., “*El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”. La Ley, Madrid, 1993, 2ª edición actualizada, pp. 227-228).

⁹⁰ JARVIS, M.A., “*The application of EC Law by national courts. The free movement of goods*”. Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 420.

Igualmente, vid.: QUADROS, I., “*A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*”. Almedina, Coimbra, noviembre 2006, p. 83.

fidelidad comunitaria a que se refiere el artículo 11 del TCE. Esto supone que las funciones del Tribunal de Justicia y las del órgano jurisdiccional nacional que realiza la remisión están, en un plano más o menos heterárquico, independiente y claramente diferenciado –es decir, cada uno, como refiere RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, sabe cuál es su papel institucional y cómo funciona⁹¹- y, en consecuencia, corresponde exclusivamente a este último interpretar su legislación nacional.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre la aplicabilidad de una norma nacional al litigio principal⁹²; como tampoco se permite que el Derecho de la UE se utilice para resolver situaciones meramente internas⁹³ -aunque esto puede admitir excepciones si el TJUE considera que, aun en esas circunstancias, la respuesta puede ser útil al tribunal remitente⁹⁴-.

De igual modo, no puede ser invocado el Derecho de la Unión con el objeto de forzar una interpretación distinta y más favorable del derecho nacional (Sent. “Conradi”, de 12 de noviembre de 1987, C-198/86, aptdos. 13 a 15⁹⁵;

⁹¹ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “Diálogo entre Jurisdicciones, “Ultra Vires” y rabetas: Comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional Checo”. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 97, enero-abril 2013, p. 395.

⁹² Sent. “Piaggio”, de 17 de junio de 1999, C-257/97, aptdo. 29; Sent. “Corporación Dermoeestética”, de 17 de julio de 2008, C-506/06, aptdo. 21.

⁹³ Sent. “Petit”, de 22 de septiembre de 1992, C-153/91, aptdos. 8 a 10; A. “Hermes Hitel”, de 6 de julio de 2012, C-16/12, aptdo. 16.

⁹⁴ Sent. “Cipolla”, de 5 de diciembre de 2006, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04, aptdo. 30; Sent. “Blanco Pérez y Chao Gómez”, de 1 de junio de 2010, asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07, aptdo. 39; Sent. “Garkalns”, de 19 de julio de 2012, C-470/11, aptdo. 20).

⁹⁵ Las cuestiones prejudiciales planteadas se suscitaron en un proceso penal seguido contra los Sres. Erwin Conradi y Hannjorg Hereth, administradores de dos sociedades francesas, y que fueron declarados culpables de infracción de las normas en materia de publicidad de precios, contenidas en la legislación francesa que regula el ejercicio del comercio minorista.

Conradi y Hereth apelaron la resolución condenatoria, negando la aplicabilidad al caso de las normas nacionales, debido a que la actividad de las sociedades de las que eran administradores no entraba dentro del comercio minorista sino del mayorista, tal como el mismo resulta definido en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 64/223 del Consejo, de 25 de febrero de 1964, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades del comercio mayorista.

El Tribunal de Justicia (aptdo. 15) concluye diciendo que la definición contenida en el apartado 2 del artículo 2 no puede invocarse, fuera de su propio contexto, para determinar si una empresa de distribución comercial debe o no considerarse incluida en el comercio minorista a efectos de la aplicación de las normas nacionales que regulan el ejercicio de este tipo de actividad.

Sent. “Bullo y Bonivento”, de 7 de abril de 1987, C-166/85, aptdos. 6 y 7⁹⁶; Sent. “Mattiazzo”, de 17 de diciembre de 1987, C-422/85, aptdo. 6⁹⁷)⁹⁸.

Tampoco puede pronunciarse el TJUE, porque no tiene competencia, en casos en que una normativa no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea⁹⁹, o bien en aquellos otros en que el Juez establece una relación con el Derecho de la Unión que es claramente infundada o hipotética¹⁰⁰.

⁹⁶ Esta cuestión se suscitó en el marco de un proceso penal incoado contra los Sres. Italo Bullo y Francesco Bonivento, empleados de una entidad de crédito organizada en forma de sociedad cooperativa de responsabilidad limitada, la *Banca Agricola Popolare* de Cavarzere (Venecia).

Los inculpados, calificados de “personas encargadas de un servicio público”, fueron condenados por un Juez penal de primera instancia por “malversación de fondos en perjuicio de particulares”, delito tipificado en el artículo 315 del Código Penal italiano. Si este delito lo comete un titular de una función pública o una persona encargada de un servicio público, la pena puede ser agravada.

Los Sres. Bullo y Bonivento recurrieron en apelación ante la *Corte d’Appello di Venezia*, la cual, considerando, por una parte, que la entidad de crédito en cuestión entraba en el ámbito de aplicación de la Directiva 77/780 del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio y, por otra parte, que era necesario saber si la calificación de personas encargadas de un servicio público o de titulares de una función pública conferida a los empleados de esa entidad era compatible con la mencionada Directiva, planteó cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia dice, en el aptdo. 7 de su Sentencia, que la Directiva sólo constituye una primera etapa en la realización de un mercado común de las entidades de crédito, que tiene fundamentalmente por objetivo final facilitar la inspección global de una entidad de crédito que opere en varios Estados miembros, por lo que no obliga, en principio, a los Estados miembros a sustraer a dichas entidades, y por consiguiente a sus empleados, de la aplicación de su Derecho interno, y sobre todo de su Derecho penal, siempre que dichas disposiciones no constituyan una discriminación de las entidades de crédito de los otros Estados miembros o una restricción al libre acceso al ejercicio de la actividad bancaria.

En el aptdo. 8 de la Sentencia, el Tribunal de Justicia señala que la calificación de titulares de una función pública o de personas encargadas de un servicio público conferida a los empleados de las entidades de crédito a los únicos efectos de la aplicación del Derecho penal, no constituye ni una discriminación por causa de la nacionalidad o del domicilio social de la entidad, ni una restricción al libre acceso al ejercicio de la actividad bancaria.

⁹⁷ En este asunto se planteaban problemas similares, y relativos a la misma legislación nacional, que en el que fue objeto de resolución en la Sent. “Bullo y Bonivento”.

⁹⁸ Vid. PALACIO GONZÁLEZ, J., “*Op.Cit.*”, pp. 267-268.

⁹⁹ Sent. “Kremzow”, de 29 de mayo de 1997, C-299/95, aptdo. 15.

¹⁰⁰ A. “Nour”, de 25 de mayo de 1998, C-361/97, aptdo. 19; A. “Pignataro”, de 26 de marzo de 2009, C-535/08, aptdos. 14 y 16; A. “Hermes Hitel”, de 6 de julio de 2012, C-16/12, aptdo. 20; A. “Sindicato dos Bancários do Norte”, de 7 de marzo de 2013, C-128/12, aptdo. 12; A.

Sin embargo, antes de recurrir al procedimiento prejudicial hay que comprobar si el derecho nacional se puede interpretar de conformidad con el Derecho de la Unión. Sólo si se pusieran de manifiesto “lagunas jurídicas” sería dado acudir a colmarlas, con la obligación de su adaptación a las normas comunitarias.

A efectos prácticos, esto supone que los abogados y los Jueces nacionales deberían hacer, como ejercicio previo inexcusable, un análisis sobre el Derecho de la Unión Europea que pudiera ser aplicable a la cuestión tratada. Posteriormente, habría que pasar a establecer la conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión y, solo en el caso de que se apreciaran diferencias que hiciesen inconciliable la interpretación de uno de ellos –el Derecho nacional- a la luz del otro –el Derecho de la Unión-, y la interpretación de éste arrojará a su vez dudas sobre su posible interpretación, habría que plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Estamos ante lo que se llama la “doctrina del efecto indirecto”¹⁰¹ –es decir, la obligación de los jueces nacionales de interpretar el Derecho nacional a la luz del Derecho de la Unión-, la cual se configura como complemento de las doctrinas del “efecto directo” y de “primacía” que, como conceptos gemelos (siendo el del efecto directo germen del de primacía)¹⁰² ya se perfilaron con los asuntos “Van Gend en Loos”¹⁰³ y “Costa/ENEL”¹⁰⁴.

Hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia es competente para resolver una cuestión prejudicial no solo cuando el Derecho nacional de un EM se remite al contenido de una disposición de la Unión para determinar las normas aplicables a una situación puramente interna de ese Estado¹⁰⁵,

“Teisseyre”, de 19 de junio de 2014, C-370/13, aptdo. 35; A. “Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins”, de 26 de junio de 2014, C-264/12, aptdo. 20; A. “Siroká”, de 17 de julio de 2014, C-459/13, aptdos. 24 y 25.

¹⁰¹ DAVIES, P., “The European Court of Justice, National Courts, and the Member States”, en “*European Community Labour Law. Principles and Perspectives*”, DAVIES, P.; LYON-CAEN, A.; SCIARRA, S. y SIMITIS, S.. Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 102.

¹⁰² DEHOUSSE, R., “*La Cour de Justice des Communautés Européennes*”. Montchrestien, Paris, 1994, p. 64.

¹⁰³ Sentencia de 5 de febrero de 1963, C-26/62.

¹⁰⁴ Sentencia de 15 de julio de 1964, C-6/64.

¹⁰⁵ Sent. “Dzodzi”, de 18 de octubre de 1990, en los asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89; Sent. “Leur-Bloem”, de 17 de julio de 1997, C-28/95, aptdos. 27 y 32; Sent. “Giloy”, de 17 de

sino también cuando la normativa comunitaria resulta aplicable a través de una cláusula contractual acordada por las partes del procedimiento principal¹⁰⁶.

julio de 1997, C-130/95, aptdo. 23; Sent. “Schoonbroodt”, de 3 de diciembre de 1998, C-247/97, aptdo. 14; Sent. “Kofisa Italia”, de 11 de enero de 2001, C-1/99, aptdo. 32; Sent. “Andersen og Jensen”, de 15 de enero de 2002, C-43/00, aptdo. 18; Sent. “Poseidon Chartering”, de 16 de marzo de 2006, C-3/04, aptdos. 15 a 17; Sent. “Abdulla”, de 2 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, aptdo. 48; Sent. “Eredics y Sápi”, de 21 de octubre de 2010, C-205/09, aptdo. 33; Sent. “Omalet”, de 22 de diciembre de 2010, C-245/09, aptdo. 15; Sent. “Aurubis Bulgaria”, de 31 de marzo de 2011, C-546/09, aptdo. 24; Sent. “Agafitei”, de 7 de julio de 2011, C-310/10, aptdos. 38 y 39; Sent. “SC Volksbank România”, de 12 de julio de 2012, C-602/10, aptdos. 86 y 87; Sent. “Pelati”, de 18 de octubre de 2012, C-603/10, aptdo. 18; Sent. “Allianz Hungría Biztosító”, de 14 de marzo de 2013, C-32/11, aptdos. 20 a 22.

Por esta razón el Tribunal de Justicia se declaró incompetente en la Sent. “Kleinwort Benson”, de 28 de marzo de 1995, C-346/93, ya que el Estado del Estado contratante no había convertido en aplicables, en cuanto tales, las disposiciones del Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, de manera que la sentencia que dictara el Tribunal de Justicia no vincularía al órgano jurisdiccional remitente.

(Véase CRIADO GÁMEZ, J. M., “La inadmisibilidad de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. Revista Jurídica de Castilla y León, nº 24, mayo 2011; DANIELE, L., “Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze”. Quarta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2010, p. 347).

¹⁰⁶ Sent. “Federconsorzi”, de 25 de junio de 1992, C-88/91; Sent. “Fournier”, de 12 de noviembre de 1992, C-73/89.

Como se señaló en la Sent. “Federconsorzi”, las partes habían acordado contractualmente lo siguiente:

“Serán por cuenta de la adjudicataria las pérdidas atribuibles a hechos de los que responde la adjudicataria hasta el importe que establezca la normativa comunitaria en vigor”.

Esta Sentencia, en su aptdo. 8, dice:

“Habida cuenta de que la cláusula contractual de que se trata se remite a lo previsto en las normas comunitarias para determinar el límite de la responsabilidad económica de una de las partes, nada impide que, mediante decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la interpretación de dichas normas”.

Pero, para que el diálogo judicial quede perfectamente delimitado, el aptdo. 10 de la citada Sentencia expresa que:

“Debe precisarse que la competencia del Tribunal de Justicia se limita únicamente al examen de las disposiciones de Derecho comunitario. Este Tribunal no puede, en su respuesta al Juez nacional, tener en cuenta el sistema del contrato ni de las disposiciones de Derecho interno que pueden determinar el alcance de las obligaciones contractuales.

Pero, ¿cuáles son las “modificaciones” que ha supuesto la evolución de los Tratados hasta llegar al actual artículo 267 del TFUE y, en definitiva, qué implican?

Si tenemos en cuenta lo que a continuación se dice, parece claro que la filosofía que informa el nuevo precepto, respecto de la versión anterior, supone una ampliación de los actos que pueden ser objeto de una cuestión prejudicial en la actualidad:

1.- Se habla de *la interpretación de los Tratados*, y no del “presente Tratado”.

2.- A partir de ahora, el Tribunal de Justicia entenderá de las cuestiones prejudiciales de validez o interpretación de *los actos adoptados por las “instituciones, órganos u organismos de la Unión”*. En esta nueva redacción se suprime, para dar una mayor amplitud al redactado del precepto, las menciones específicas al “BCE” y a “los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean” (como aparecía en la redacción del artículo 234 del TCE).

3.- Se incluye un párrafo final que especifica que, *respecto de las cuestiones que tengan que ver con personas que se encuentren privadas de libertad, el Tribunal se pronunciará con la mayor brevedad*. A mi modo de ver, esta inclusión que, formalmente, tiene una vocación extensiva o ampliatoria, no era necesaria y, a más abundamiento, no es tan novedosa como, quizás, pudiera parecer, toda vez que es una cuestión que se encontraba ya contemplada en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (RPTJ), constituyendo el citado supuesto uno de los casos que daban lugar a la tramitación por el procedimiento de urgencia (artículo 104 ter del RPTJ –actualmente, artículo 107 del RPTJ).

5.- Tipos de cuestiones prejudiciales

5.1. La cuestión prejudicial de interpretación

Con la actividad interpretativa se trata de buscar el sentido y la finalidad de la norma; norma que, por su parte, ha sido formulada de un determinado modo en un texto legal. Es decir, se trata de una búsqueda del significado del Derecho. Una búsqueda, en lo que hace al Derecho de la Unión

Corresponde a la apreciación del Juez nacional tener en cuenta los límites que el Derecho interno y el contrato hayan podido poner a la aplicación del Derecho comunitario”.

Europea, respecto de la que el Tribunal de Justicia actúa como “intérprete cualificado”, pero cuya exégesis no le está confiada en exclusiva al mismo, ya que los órganos nacionales también disponen de una competencia en ese sentido.

Se trataría, en definitiva –como ha remarcado CICCONE- de una labor que puede describirse como de control sobre la coherencia del sistema jurídico comunitario, y que se asimila a aquel que lleva a cabo el Tribunal Constitucional de un Estado respecto de la compatibilidad de las leyes con las normas constitucionales¹⁰⁷.

Es por ello que, como veremos más adelante, y dado que la interpretación dada por el Tribunal de Justicia se integra en la disposición interpretada, la interpretación asume de este modo la autoridad de “precedente” –en el sentido anglosajón del término: “*binding decision*”-, lo cual resulta fundamental desde el punto de vista del principio de primacía del Derecho de la Unión (Sent. “Sürül”, de 4 de mayo de 1999, C-262/96, aptdo. 107)¹⁰⁸; lo que, sin embargo, no debe confundirse con el hecho de que el Tribunal de Justicia quede supeditado o constreñido por los precedentes jurisprudenciales a que ha dado lugar, ya que es perfectamente posible una “*overruling*” o revocación¹⁰⁹.

En este sentido, no podemos perder de vista el hecho de que el Tribunal de Justicia es competente única y exclusivamente para interpretar el Derecho de la Unión Europea, careciendo de competencia, en el marco del sistema de cooperación judicial establecido por el artículo 267 TFUE, para cuestionar o comprobar la exactitud de la interpretación del derecho nacional¹¹⁰ o, incluso, para interpretar el derecho interno de cada EM¹¹¹,

¹⁰⁷ CICCONE, R., “*Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario*”. Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 20.

¹⁰⁸ TAVASSI, M., “*Nuove prospettive nei rapporti fra giudici comunitari e giudici nazionali dopo il Trattato di Amsterdam*”. Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali, Fasc. 3/ 2000, pp. 463-485.

Igualmente, vid.: VANDERSANDEN, G., “*La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l’Union européenne*”, p. 125.

¹⁰⁹ D’ALESSANDRO, E., “*Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*”. G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp. 387-390.

¹¹⁰ Sent. “Gysen”, de 14 de febrero de 2008, C-449/06, aptdo. 17; Sent. “Eckelkamp”, de 11 de septiembre de 2008, C-11/07, aptdo. 32; Sent. “Logstor ROR Polska”, de 16 de junio de 2011, C-212/10, aptdo. 30.

aunque esta cuestión, con los matices a que me referiré más adelante, hay que ponerla en cuarentena, coincidiendo plenamente con lo manifestado por algunos autores (CICCONE¹¹², ANDERSON¹¹³).

Efectivamente, en esta sentencia “Adlerblum”, el Tribunal de Justicia se declaró incompetente para establecer por vía prejudicial la naturaleza jurídica –asistencial o no- que, con base en la legislación de un EM –Francia-, haya que atribuirle a una prestación que tiene su origen en las normas de otro EM –Alemania-, ya que se trata de una cuestión que pertenece exclusivamente al derecho interno.

La cuestión se suscitó al solicitar el Sr. Jacob Adlerblum un incremento de su pensión de jubilación en Francia –que recibía de la “*Caisse Nationale d’Assurance vieillesse des Travailleurs Salaries*”- por tener cónyuge dependiente a cargo del mismo. Comoquiera que su mujer percibía en Alemania, concedida por el Estado Federal de Renania del Norte-Westfalia, una pensión por los daños padecidos como consecuencia de haber sido objeto de persecución, con arreglo a la Ley de Compensación Alemana de 29 de junio de 1956 (“*Bundesentschädigungsgesetz*”), se decía por el Sr. Adlerblum que se trataba de una pensión meramente asistencial en Alemania y que, por tanto, no podía considerarse en Francia, a los efectos del cómputo total de recursos, como una pensión propiamente dicha que, según la legislación francesa, conllevaría la denegación del aumento de la pensión de jubilación del Sr. Adlerblum por el motivo de tener cónyuge dependiente a su cargo, ya que su esposa no sería considerada como “dependiente” del Sr. Adlerblum, al disponer de ingresos propios.

¹¹¹ Sent. “Adlerblum”, de 17 de diciembre de 1975, C- 93/75; Sent. “Vanacker y Lesage”, de 12 de octubre de 1993, C-37/92, aptdo. 7; A. “Max Mara”, de 21 de diciembre de 1995, C-307/95, aptdo. 5; Sent. “Corsten”, de 3 de octubre de 2000, C-58/98, aptdo. 24; Sent. “Ambulanz Glöckner”, de 25 de octubre de 2001, C-475/99, aptdo. 10; Sent. “Dörr y Ünal”, de 2 de junio de 2005, C-136/03, aptdo. 46; Sent. “Ten Kate Holding Musselkanaal”, de 20 de octubre de 2005, C-511/03, aptdo. 25; Sent. “Marrosu y Sardino”, de 7 de septiembre de 2006, C-53/04, aptdo. 54; Sent. “Wilson”, de 19 de septiembre de 2006, C-506/04, aptdo. 34; Sent. “Dynamic Medien”, de 14 de febrero de 2008, C-244/06, aptdo. 19; Sent. “Katz”, de 9 de octubre de 2008, C-404/07, aptdo. 34; Sent. “Jobra”, de 4 de diciembre de 2008, C-330/07, aptdo.17; A. “RANI Slovakia”, de 16 de junio de 2010, C-298/09, aptdo. 27; Sent. “Georgiev”, de 18 de noviembre de 2010, asuntos acumulados C-250/09 y C-268/09, aptdo. 75; Sent. “Zakaria”, de 17 de enero de 2013, C-23/12, aptdo. 29; Sent. “Ablessio”, de 14 de marzo de 2013, C-527/11, aptdo. 35; Sent. “Kostov”, de 13 de junio de 2013, C-62/12, aptdo. 24.

¹¹² CICCONE, R. “*Op. Cit.*”, p. 20.

¹¹³ ANDERSON, D., “Initiating a Reference”, en “*Article 177 References to the European Court- Policy and Practice*”, ANDENAS, M. Butterworths, Gosport, Hampshire, 1994, p. 10.

En este mismo sentido de declararse incompetente para interpretar el derecho interno de un EM se ha pronunciado el TJUE en otros casos (por ejemplo, A. “Rivas Montes”, de 7 de marzo de 2013, C-178/12, aptdo. 31).

Por otra parte, y para continuar con la labor de delimitación del ámbito de la interpretación, el Tribunal de Justicia no puede declarar la incompatibilidad de una norma estatal con el Derecho de la UE¹¹⁴, solo puede limitarse a decir cómo puede y debe interpretarse la norma nacional con arreglo al este último Derecho (Sent. “Marleasing”, de 13 de noviembre de 1990, C-106/89), o dejar al Juez nacional que establezca dicha compatibilidad después de recibir del Tribunal de Justicia los elementos interpretativos del Derecho de la Unión Europea que puedan permitirle dicho análisis¹¹⁵, lo que, como desde este mismo momento se intuye, supone un eufemismo en muchas ocasiones, ya que, en definitiva, acaba incidiendo, si bien indirectamente, en la prohibición citada -de ahí que, en estos casos, se haya hablado de un “uso alternativo del reenvío prejudicial”¹¹⁶-.

¹¹⁴ Sent. “Sail”, de 21 de marzo de 1972, C-82/71; Sent. “Heineken”, de 9 de octubre de 1984, asuntos acumulados C-91 y 127/83; Sent. “Pretore di Salò”, de 11 de junio de 1987, C-14/86, aptdo. 15; Sent. “Piagemè”, de 18 de junio de 1991, C-369/89, aptdo. 7; Sent. “Aladzhev”, de 17 de noviembre de 2011, C-434/10, aptdo. 46; A. “Rossius y Collard”, de 23 de mayo de 2011, asuntos acumulados C-267/10 y C-268/10; Sent. “Eon Aset Menidjunt”, de 16 de febrero de 2012, C-118/11, aptdo. 66; A. “Mlmalí”, de 14 de noviembre de 2013, C-257/13.

¹¹⁵ Sent. “Hünermund”, de 15 de diciembre de 1993, C-292/92, aptdo. 8; Sent. “Braathens”, de 10 de junio de 1999, C-346/97, aptdo. 14; Sent. “Fendt Italiana”, de 5 de julio de 2007, asuntos acumulados C-145/06 y C-146/06, aptdo. 30; Sent. “KGH Belgium”, de 8 de noviembre de 2012, C-351/11, aptdo. 17.

¹¹⁶ DANIELE, L., *“Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze”*. Cuarta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2010, p. 346.

En el mismo sentido se pronuncia, en la doctrina española, ALONSO GARCÍA:

“Pese a que, con carácter general, puede afirmarse que dicho incidente procesal (se refiere a la cuestión prejudicial de interpretación) no tiene por objeto el control de normas, lo cierto es que tal afirmación debe matizarse de inmediato, en el sentido de que constituye, en muchas ocasiones, una vía de control indirecto de normas no europeas, sino nacionales.

En efecto, aunque el artículo 267 TFUE parece circunscribir la cuestión prejudicial a la existencia de una duda con relación a la interpretación del Derecho europeo, abstracción hecha, pues, del Derecho nacional, desde los mismos orígenes de la Unión pudo constatar que dicho mecanismo era con frecuencia activado en un contexto de conflicto entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, de manera que la pretensión del juez remitente a través de la cuestión prejudicial era, en definitiva, obtener de Luxemburgo una respuesta a los efectos de poder resolver el mencionado conflicto.

Y ello es así porque, en la práctica, la cuestión de interpretación supone en numerosos casos una duda sobre la posible compatibilidad de una disposición nacional (propia o ajena)¹¹⁷ con el Derecho de la Unión, lo que resulta relevante al Juez nacional en orden a aplicarla o no al caso concreto sobre el que debe resolver¹¹⁸.

No de otra forma puede considerarse esta cuestión cuando el TJUE se pronuncia en alguna sentencia diciendo que una disposición comunitaria “debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de un Estado Miembro”¹¹⁹. Por ello, le corresponde al órgano remitente dejar sin

Ello condujo, en la práctica, a que buena parte de las cuestiones prejudiciales se asemejen, desde la perspectiva del control judicial europeo sobre el Derecho nacional, a las acciones por incumplimiento, siendo usuales sentencias dictadas en el marco del 267 TFUE en las que el TJUE, sin referirse abiertamente a la concreta normativa nacional, realiza indirectamente, sin embargo, un juicio de compatibilidad entre la misma y las disposiciones europeas cuya interpretación se le solicita”.

(Vid. ALONSO GARCÍA, R., “Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)”. CDP, nº 38, septiembre-diciembre 2009, p. 26).

¹¹⁷ Si bien lo normal es que la jurisdicción de un EM plantee la compatibilidad con el Derecho de la Unión de su propio derecho nacional, ha habido casos en que lo que se cuestiona es la compatibilidad de la normativa nacional de otro EM (Sent. “Parfümerie-Fabrik”, de 23 de noviembre de 1989, C-150/88 –en que un tribunal alemán, el *Landgericht Köln*, cuestionaba determinada legislación italiana-; Sent. “Delhaize Frères”, de 9 de junio de 1992, C-47/90 –en que era un tribunal belga, el *Tribunal de commerce de Bruxelles*, el que cuestionaba determinada normativa española-).

(Vid. DYRBERG, P., “La pertinencia de las cuestiones planteadas y la redacción del auto de remisión”, en “*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*”, PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOTXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, p. 170).

¹¹⁸ IZQUIERDO SANS, C., “Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española”. RGDE nº 23, 2011, p. 11.

¹¹⁹ Sent. “Piageme”, de 18 de junio de 1991, C-369/89; Sent. “Candolin”, de 30 de junio de 2005, C-537/03; Sent. “Tod’s”, de 30 de junio de 2005, C-28/04; Sent. “van Pommeren-Bourgondiën”, de 7 de julio de 2005, C-227/03; Sent. “Charles”, de 14 de julio de 2005, C-434/03; Sent. “Tankreederei”, de 22 de diciembre de 2010, C-287/10; Sent. “Flos”, de 27 de enero de 2011, C-168/09; A. “Kovács”, de 10 de octubre de 2013, C-5/13; A. “Banco Popular Español”, de 14 de noviembre de 2013, asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13.

aplicación dicha disposición de derecho nacional, como ya estableció la Sent. “Benedetti”¹²⁰, y posteriormente han declarado muchas otras (Sent. “Sagor”, de 6 de diciembre de 2012, C-430/11¹²¹), o puede decir que “no se opone” (Sent. “Schempp”, de 12 de julio de 2005, C-403/03¹²²; Sent. “Eolica di Altamura”, de 21 de julio de 2011, C- 2/10), con lo que se declara su compatibilidad con el Derecho de la Unión.

En puridad, cuando se habla de interpretación en el seno del Tribunal de Justicia nos referimos, según ha quedado dicho, a la labor del mismo que tiende a otorgar un “significado” a una disposición, precisamente cuando su sentido y finalidad no se deducen, o no lo hacen de modo claro e indubitado, de su texto¹²³, tal cual fue formulado (Sent. “Van Gend en Loos”, de 5 de febrero de 1963, C-26/62). Dicha situación puede estar en relación con la transposición al derecho nacional de una Directiva o, incluso, suscitarse a propósito de una práctica judicial nacional o de la valoración realizada por un órgano jurisdiccional superior¹²⁴.

(Vid. CASTILLO DE LA TORRE, F., “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Crónica de Jurisprudencia Mayo-Agosto 2005”. RDCE, número 22, septiembre-diciembre de 2005, pp. 1074-1076).

¹²⁰ Sentencia de 3 de febrero de 1977 (C-52/76), la cual declaró:

“El Tratado CEE ofrece elementos para responder al juez nacional que se debe aplicar el derecho comunitario como el Tribunal de Justicia lo ha interpretado. A tal fin, se deberá, si ello es necesario, desaplicar cualquier acto interno irregular”.

(“Il trattato CEE offre elementi per rispondere al giudice nazionale ch’esso deve applicare il diritto comunitario così come la Corte lo ha interpretato. A tal fine, si dovrà –se ciò è necessario- disapplicare ogni atto interno deviante”).

¹²¹ BIONDI DAL MONTE, F., “La sentenza Sagor: cosa resta del reato di ingresso e soggiorno illegale?”. Quaderni costituzionali, 1/Marzo 2013. Il Mulino, pp. 157-160.

¹²² Vid. CASTILLO DE LA TORRE, F., “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Crónica de Jurisprudencia Mayo-Agosto 2005”. RDCE, número 22, septiembre-diciembre de 2005, pp. 1066-1067.

¹²³ En un sentido más amplio, a nivel internacional, este mecanismo funciona, con un cierto grado de similitud, a través de la posición adoptada por los Estados signatarios de un instrumento convencional (vid. GARCÍA SAN JOSÉ, D.I., “Unilateralismo y Multilateralismo como conceptos de geometría variable en la sociedad internacional poscontemporánea”. REEL, nº 15, 2008).

¹²⁴ Sent. “Barcenilla Fernández y Macedo Lozano”, de 19 de mayo de 2011, asuntos acumulados C-256/10 y C-261/10, aptdos. 18 y 37; Sent. “ERG”, de 9 de marzo de 2010, C-378/08, aptdo. 32; Sent. “Elchinov”, de 5 de octubre de 2010, C-173/09, aptdos. 27 y 30; Sent. “DP grup”, de 15 de septiembre de 2011, C-138/10, aptdo. 47; Sent. “Interedil”, de 20 de octubre de 2011, C-396/09, aptdo. 31; Sent. “Bericap”, de 15 de noviembre de 2012, C-180/11, aptdo. 55; Sent. “Krizan”, de 15 de enero de 2013, C-416/10, aptdo. 68.

Cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse¹²⁵, ya que, con base en la neta (o clara) separación entre las funciones de los órganos nacionales y el Tribunal de Justicia¹²⁶, gozan de una “presunción de pertinencia” al haberse definido por el Juez nacional al amparo del marco fáctico y normativo objeto de su responsabilidad (Sent. “Tedeschi”, de 5 de octubre de 1977, C-5/77¹²⁷; Sent. “Kirtruna y Viganò”, de 16 de octubre de 2008, C-313/07¹²⁸; Sent. “VTB”, de 23 de abril de 2009, asuntos acumulados C-261/07 y C-299/07). Aunque puede no pronunciarse sobre alguna cuestión, si considera que la disposición europea citada por el órgano nacional no es aplicable a la situación controvertida en el litigio principal¹²⁹.

El aptdo. 71 de esta última Sentencia, por su contundencia, resulta muy clarificador y viene a remachar la idea que hemos apuntado:

“Por tanto, la norma nacional que obliga al Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo de la República Eslovaca) a seguir la apreciación jurídica del Ústavný súd Slovenskej republiky (Tribunal Constitucional de la República Eslovaca) no impide que el juez remitente pueda plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial en cualquier momento del procedimiento que considere oportuno y dejar de lado, en su caso, las valoraciones formuladas por el Ústavný súd Slovenskej republiky (Tribunal Constitucional de la República Eslovaca) que resulten contrarias al Derecho de la Unión”.

¹²⁵ A. “Saetti y Frediani”, de 15 de enero de 2004, C- 235/02; Sent. “Lucchini”, de 18 de julio de 2007, C-119/05; Sent. “International Mail Spain”, de 15 de noviembre de 2007, C-162/06; Sent. “Apis-Hristovich”, de 5 de marzo de 2009, C- 545/07; Sent. “Umweltanwalt von Kärnten”, de 10 de diciembre de 2009, C- 205/08.

¹²⁶ Sent. “Oehlschläger”, de 16 de marzo de 1978, C-104/77, aptdo. 4; Sent. “Dumon y Froment”, de 16 de julio de 1998, C-235/95, aptdo. 25; Sent. “IKA”, de 25 de febrero de 2003, C-326/00, aptdo. 27; Sent. “Stoss”, de 8 de septiembre de 2010, C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 y C-410/07, aptdo. 62; Sent. “Garkalns”, de 19 de julio de 2012, C-470/11, aptdo. 30.

¹²⁷ Aptdos. 17 y 18.

(Vid. BAPTISTA, M., “*Manuale del rinvio pregiudiziale*”, CEDAM, Padova, 2000, pp. 71-72).

¹²⁸ El órgano judicial que planteó cuestión prejudicial fue el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona.

¹²⁹ Sent. “Poseidon Chartering”, de 16 de marzo de 2006, C-3/04; Sent. “Elbal Moreno” de 22 de noviembre de 2012, C-385/11.

En todo caso, y como apunta CRIADO GÁMEZ¹³⁰, establecida la presunción de pertinencia, se deduce que la inadmisión de la cuestión prejudicial reviste un carácter excepcional, rigiendo, por consiguiente, la norma de interpretación más favorable a la admisión de la cuestión (Sent. “Schneider”, de 5 de febrero de 2004, C-380/01).

La mayor parte de las cuestiones prejudiciales que son sometidas al Tribunal de Justicia tienen por objeto que éste se pronuncie sobre la interpretación del Derecho de la UE, siendo los sectores que más sentencias de este tipo han suscitado los que tienen que ver con asuntos de índole fiscal, agrícola, de la competencia, sobre la libre circulación de personas y mercancías, sobre la prestación de servicios y sobre el derecho de sociedades¹³¹.

Cabe también, por supuesto, la que se ha llamado “cuestión prejudicial metainterpretativa”, que es aquella que se refiere a la propia naturaleza del instituto de la remisión prejudicial –p.e. sobre el alcance de la obligación de remisión por parte de un órgano nacional de última instancia-¹³², lo que supondría, en definitiva, una interpretación del propio artículo 267 del TFUE, existiendo buenos ejemplos de ello en la jurisprudencia (Sent. “Consiglio nazionale dei geologi”, de 18 de julio de 2013, C-136/12¹³³).

Naturalmente, esta función de intérprete del Tribunal de Justicia no ha estado exenta de algún exabrupto con algún órgano jurisdiccional nacional, como ocurrió con la “rebelión” de la *High Court of Justice, Chancery Division*, del Reino Unido –a propósito de la Sent. “Arsenal Football Club”, de 12 de noviembre de 2002, C-206/01¹³⁴-. O, quizás más

¹³⁰ CRIADO GÁMEZ, J. M., “La inadmisibilidad de la cuestión prejudicial en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. Revista Jurídica de Castilla y León, nº 24, mayo 2011.

¹³¹ TAVASSI, M., “Nuove prospettive nei rapporti fra giudici comunitari e giudici nazionali dopo il Trattato di Amsterdam”. Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali. Fasc. 3/ 2000, pp. 463-485.

¹³² PIGNATELLI, N., “L’obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati (Nota a Cons. Stato, sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244)”. Foro it., 2012, III, pp. 350 y ss.

¹³³ Esta cuestión se planteó por el “Consiglio di Stato” italiano (Auto nº 1244, de 14 de febrero de 2012, sección VI). Véase ANEXO XXI.

¹³⁴ MARTINICO, G., “L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo”. Jovene editore, Napoli 2009, p. 157; BARRESI, F.R., “The “Arsenal” of the ECJ for the Protection of Trademarks Rights. European Court of

significativamente, con el Tribunal Constitucional de la República Checa, el cual acusó al Tribunal de Luxemburgo en el asunto “Landtová” (C-399/09)¹³⁵ de haber emitido una sentencia “ultra vires”, es decir, una sentencia que iba más allá de las competencias que la República Checa había transferido a la Unión Europea¹³⁶ (aunque en este caso, realmente, el argumento fuese ficticio, pues era el Tribunal Constitucional Checo el que estaba excediéndose en los límites de su jurisdicción¹³⁷).

Como refiere ZBÍRAL, esto mismo ya había ocurrido en alguna ocasión (asunto “Mangold”, C-144/04), pero en este caso el Tribunal Constitucional

Justice, 12 November 2002, C-206/01, Arsenal Football Club plc v. Matthew Reed”. Legal Issues of Economic Integration, volumen 30, 2, 2003, pp. 157-165.

¹³⁵ Sentencia de 22 de junio de 2011.

En esta cuestión se solicitaba por el Tribunal Administrativo Supremo de la República Checa la interpretación de determinados artículos del Reglamento (CE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.

La cuestión tenía que ver con la situación de jubilación de la Sra. Marie Landtová, la cual había trabajado tanto en la República Checa como en la República Eslovaca. El problema giraba en torno al importe de la prestación y el sistema con arreglo al cual debía computarse la misma. Se daba la circunstancia de que la Sra. Landtová era residente en la República Checa y su empleador tenía su sede en el territorio de Eslovaquia. Esto hizo que el Instituto Checo de Seguridad Social, habida cuenta el artículo 20 del Acuerdo Bilateral entre la República Checa y la República Eslovaca de 29 de octubre de 1992, no tuviera en cuenta la totalidad de los períodos de seguro cubiertos por aquélla, lo que podía conducir, en la práctica, a una discriminación.

(Vid. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “Diálogo entre Jurisdicciones, “Ultra Vires” y rabinetas: Comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional Checo”. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 97, enero- abril 2013, pp. 371-398).

¹³⁶ También se han suscitado problemas con órganos jurisdiccionales en Francia, los cuales han reprochado al Tribunal de Justicia haber incurrido en su sentencia en “ultra petita”, por ejemplo, en casos que tenían que ver con la limitación en el tiempo, no solicitada, de los efectos de una sentencia en apreciación de validez de una norma comunitaria, o en haber hecho extensible, por analogía, a una cuestión prejudicial, los efectos que produce un recurso directo de anulación, cuando en ambos casos tanto los objetivos como los procedimientos son distintos (Sent. “Providence Agricole de la Champagne”, de 15 de octubre de 1980, C-4/79; Sent. “Maïseries de Beauce”, de 15 de octubre de 1980, C-109/79; Sent. “Roquette”, de 15 de octubre de 1980, C-145/79).

(Vid. VANDERSANDEN, G., “La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l’Union européenne”, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp.143 y 144).

¹³⁷ Vid. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “Op. Cit.”, p. 389.

de Alemania¹³⁸ subrayó la necesidad de apertura de la Constitución Alemana al Derecho de la Unión Europea, estableciendo que la proclamación de un acto como “ultra vires” ha de suponer que el mismo infrinja las reglas de un modo “drástico, manifiesto, consistente y grave”¹³⁹,

¹³⁸ Se refiere a los párrafos 60 a 66 de la Sentencia del “*Bundesverfassungsgericht*” de 6 de julio de 2010, en el asunto “Honeywell” (2BvR 2661/06), aunque el más significativo es el párrafo 61:

“Eine Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht kommt darüber hinaus nur in Betracht, wenn ersichtlich ist, dass Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen ausserhalb der übertragenen Kompetenzen ergangen sind (vgl. BVerfGE 123, 267 <353,400>). Ersichtlich ist ein Verstoss gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur dann, wenn die europäischen Organe und Einrichtungen die Grenzen Ihrer Kompetenzen in einer das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung spezifisch verletzenden Art überschritten haben (Art. 23 Abs. 1 GG), der Kompetenzverstoss mit anderen Worten hinreichend qualifiziert ist (vgl. Zur Formulierung “hinreichend qualifiziert” als Tatbestandsmerkmal im unionrechtlichen Haftungsrecht etwa EuGH, Urteil vom 10. Juli 2003, Rs. C-472/00 P, Fresh Marine, Slg. 2003, S. I-7541 Rn. 26 f.). Dies bedeutet, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fällt (vgl. Kokott, Deutschland im Rahmen der Europäischen Union –zum Vertrag von Maastricht, AöR 1994, S. 207 <220>: “erhebliche Kompetenzüberschreitungen” und <233>: “drastische” Ultra-vires-Akte; Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, 1995, S. 238 für eine Evidenzkontrolle; Isensee, Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte –offener Dissens, in: Festschrift Stern, 1997, S. 1239 <1255>: “im Falle krasser und evidenter Kompetenzüberschreitung”; Pernice, in: Dreier, GG, 2.Aufl. 2006, Bd. II, Art. 23 Rn. 32: “schwerwiegend, evident un generell”; Oeter Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 2007, S. 361 <377>: Rechtsprechung des Gerichtshofs sei verbindlich, “sofern sie sich nicht völlig von den vertraglichen Grundlagen ablöst”; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 23 Rn. 40 <Oktober 2009>: “offensichtlich, anhaltend und schwerwiegend”).

(Vid. CALLIESS, Chr., “*Der EuGH als gesetzlicher Richter im Sinne des Grundgesetzes. Auf dem Weg zu einer kohärenten Kontrolle der unionsrechtlichen Vorlagepflicht?*”. NJW, 27/2013, 66. Jahrgang, 4 de julio 2013, pp. 1908-1909).

¹³⁹ Como dice LÓPEZ CASTILLO, hablar del control “ultra vires” en la jurisprudencia del TCFA es tanto como hablar, no solo de un “control de aplicabilidad”, sino también de un “control de vinculatoriedad” en Alemania de actuaciones de los órganos y demás autoridades de la Unión Europea de las que traigan causa actuaciones de los órganos estatales alemanes.

Partiendo de la premisa de que los Estados miembros son los dueños de los Tratados, se trataría con ello de analizar aquellos supuestos de exceso competencial que, de otro modo, podrían suponer una auténtica reforma de los Tratados.

En el párrafo 27, *ab initio*, del Auto de 14 de enero de 2014 del Tribunal Constitucional Alemán –el cual ha dado lugar, en el TJUE, al asunto “Gauweiler” (C-62/14), en el que se plantea si el BCE ha sobrepasado los límites de su mandato con la Decisión de 6 de septiembre de 2012 de su Consejo de Gobierno en relación con la compra de determinada deuda pública, toda vez que podría haberse infringido el art. 123 TFUE- se expresa de modo claro que “*Hat die Maßnahme eines Organs oder einer sonstigen Stelle der Europäischen Union Auswirkungen, die die durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität berühren, so ist sie in Deutschland von*

de modo que el Tribunal de Justicia tiene un derecho a una tolerancia ante el error¹⁴⁰.

Este autor dice que el Tribunal Constitucional de la República Checa aplicó, sin embargo, una tolerancia cero a la resolución del Tribunal de Justicia, lo que podría ser indicativo de una cierta inmadurez en los tribunales de los “nuevos” Estados miembros respecto del Derecho de la Unión; criterio, sin embargo, que no comparto o, al menos, no considero este hecho como prueba de ello, ya que, de otro modo, estarían de más, por artificiosas e innecesarias, las transferencias de competencias de los Estados al ente supranacional “UE”, y habría que asumir una “amistad hacia el derecho europeo” o “*Europarechtsfreundlichkeit*”, como diría el Tribunal Constitucional de la RFA¹⁴¹, entendida como una prevalencia a cualquier precio, y más allá de lo pactado, a favor de lo que puedan hacer y

vornherein unanwendbar” (“En el caso de que las medidas adoptadas por un Órgano de la Unión u otra Autoridad tengan incidencias que afecten a la identidad constitucional protegida por el artículo 79, párrafo 3º, de la Constitución, serán inaplicables desde un principio en Alemania”) –La traducción es del autor–.

(Vid. LÓPEZ CASTILLO, A., “*Prejudicializando... Comentario urgente de la primera cuestión prejudicial del TCFA*”. *Osservatoriosullefonti.it*, fascículo 1/2014 (<http://www.osservatoriosullefonti.it/>); PERNICE, I., “*A Difficult Partnership between courts: The first preliminary reference by the German Federal Constitutional Court to the CJEU*”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1, 2014).

¹⁴⁰ ZBÍRAL, R., “*Czech Constitutional Court, Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12*”. *Common Market Law Review*, volume 49, number 4, august 2012. Wolters Kluwer Law & Business, pp. 1475-1491.

La lectura de este artículo es muy ilustrativo del desencuentro producido entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional de la República Checa, lo que tiene, en primer lugar, como lógico trasfondo la problemática surgida con la escisión, el 1 de enero de 1993, de la antigua Checoslovaquia en dos Estados independientes (la República Checa y la República Eslovaca) y, en segundo lugar, las graves discrepancias existentes en la República Checa entre el Tribunal Administrativo Supremo y el Tribunal Constitucional.

La actitud altamente beligerante del Tribunal Constitucional (que, en defensa de lo que consideraba no era competencia del Tribunal de Justicia, defendía que el Reglamento (CE) nº 1408/71 no era aplicable al caso por no existir un elemento supranacional ya que, de otro modo, se estaría haciendo una aplicación retroactiva de la norma) y la mostrada por el Tribunal de Justicia (el cual, ante una carta que le fue remitida por el Tribunal Constitucional, se la devolvió contestándole, de modo desabrido y atrabiliario, que “el Tribunal de Justicia no mantiene correspondencia con terceras personas”) fue más que suficiente para crear un encendido conflicto que ocupó durante un tiempo las portadas de los periódicos checos.

¹⁴¹ Párrafo 59 de la Sentencia del “*Bundesverfassungsgericht*” de 6 de julio de 2010, en el asunto “Honeywell” (2BvR 2661/06).

decidir las Instituciones Europeas –en este caso concretado en el ámbito de decisión que tiene atribuido el Tribunal de Justicia-¹⁴².

5.2. La cuestión prejudicial de validez

Se trata de que el órgano jurisdiccional nacional someta al Tribunal de Justicia cuestiones relativas a la validez de normas emanadas de las Instituciones Comunitarias –y de los Acuerdos firmados por la Unión Europea con terceros países, con arreglo a los artículos 133, 300 y 310 del antiguo Tratado CE, hoy artículos 207, 218 y 217 del TFUE-, lo cual implica un control de la actuación de la Unión, que pretende establecer si los actos emanados de esas Instituciones, o concertados o concluidos por las mismas, respetan el principio de legalidad comunitaria.

De lo dicho anteriormente se deduce que, en este supuesto, nos encontramos, en esencia, ante una búsqueda del estado del Derecho de la Unión aplicable.

Se trata de un mecanismo de control asimilado al conocido como “recurso de anulación”, -regulado anteriormente en el artículo 173 del TCE; y hoy, tras el artículo 230 del TUE, según redacción dada por el Tratado de Maastricht, en el artículo 263 del TFUE-, hasta el punto de que, como dice R. JOLIET, “*algunas sentencias prejudiciales tienen todo el sesgo de las sentencias de declaración de incumplimiento*”, citando como ejemplo la Sent. “Feldain”, de 17 de septiembre de 1987, C-433/85¹⁴³.

¹⁴² Es precisa una referencia a las acerbas críticas que ha suscitado la incorporación de algún EM (Austria) a la Unión Europea por, supuestamente, contrariar el tenor de la Constitución del país (violación de sus principios estructurales y no enmendables, transgresión de la soberanía penal nacional –a propósito de la Orden Europea de Detención y Entrega-, pérdida de la soberanía en materia nacional de defensa, subida de impuestos al amparo de la cláusula general del artículo 311 del TFUE, cambios del núcleo de la Constitución por el Consejo Europeo a través del artículo 48, párrafo 6, del TUE, etc.).

(Vid. SCHACHTSCHNEIDER, K.A., “*La pertenencia de Austria a la Unión Europea es anti-constitucional*”, en Current Concerns (The international journal for independent thought, ethical standards, moral responsibility, and for the promotion and respect of public international law, human rights and humanitarian law), números 13/14, Zurich, 2008, <http://www.currentconcerns.ch>. Actualmente consultable en www.horizons-et-debats.ch/index.php?id=1269).

¹⁴³ Citado por ORDÓÑEZ SOLÍS, D., en “*La ejecución del Derecho Comunitario Europeo en España*”. Civitas. Fundación Universidad Empresa. Colección “Cuadernos de Estudios Europeos”, 1994, pp. 130-131.

Realmente podría decirse, con CICCONE, que se trata, de hecho, respecto de la que supone el recurso de anulación, de una vía complementaria de impugnación de un acto de la Unión¹⁴⁴.

¿Qué es lo que lleva al Juez nacional a plantear una cuestión prejudicial de esta índole?

Su necesidad de dilucidar la validez o invalidez del acto de la Unión controvertido, de modo que dicho Juez sepa el sentido en que ha de dictar sentencia en el asunto que pende en su tribunal –y que le ha llevado a plantear la cuestión- pues al Juez, como aplicador del Derecho que es –y, por tanto, también del Derecho de la Unión- no le es en absoluto indiferente la validez de una norma que, “*prima facie*”, podría ser aplicable para resolver un pleito; tanto más cuanto que no le es dado apartarse de un acto comunitario, ni dejar de aplicarlo, antes de que el Tribunal de Justicia, en el marco de un procedimiento prejudicial, haya declarado, en su caso, la invalidez del mismo –aunque la tendencia sea, por lo general, a que el Tribunal de Justicia apoye los actos emanados de las Instituciones europeas¹⁴⁵ -.

Para completar esta idea, es preciso remarcar que la importancia del reenvío prejudicial, como dice TAVASSI, viene dada por el hecho de que las Administraciones nacionales están llamadas a aplicar el Derecho de la Unión, sea de modo mediato o inmediato, a través de los actos internos de ejecución de la normativa comunitaria. Por consiguiente, no solo la norma comunitaria, sino también los actos internos –de índole nacional- que encuentran su base y fundamento en un acto comunitario, pueden ser puestos en discusión ante el Juez nacional para que se declare su legalidad o, por el contrario, para que se constate su ilegalidad¹⁴⁶.

La Sent. “Foto-Frost”, de 22 de octubre de 1987, en el asunto 314/85, despojó a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso judicial con arreglo al ordenamiento nacional de “*la facultad de declarar inválidos los actos de las Instituciones comunitarias*”, ya que, al igual que ocurre con el recurso de anulación, se trata de una modalidad de control de su legalidad.

¹⁴⁴ CICCONE, R., “*Op. Cit.*”, p. 19.

¹⁴⁵ THIELE, A., “*Friendly of Unfriendly Act? The “Historic” Referral of the Constitutional Court to the ECJ Regarding the ECB’s OMT Program*”. *German Law Journal*, vol. 15, nº 2, marzo 2014, p. 248.

¹⁴⁶ TAVASSI, M., “*Op cit.*”.

Pero los órganos jurisdiccionales nacionales pueden examinar la validez de un acto de la UE y, en su caso, declarar que tal acto es plenamente válido, ya que tal declaración no perjudica la uniformidad del propio ordenamiento jurídico comunitario ni la exigencia básica de seguridad jurídica.

Será, por tanto, el Tribunal de Justicia, en los casos de declaración de invalidez, el competente para entender de este tipo de cuestiones, ya que, como dice el artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, es este órgano el que se encuentra en mejores condiciones para pronunciarse sobre la validez de estos actos, al conferir a las Instituciones de la Unión -autoras de los actos o no-, y que son mencionadas en el artículo 13 del TUE, el derecho a defender su vigencia, o a aportar informaciones, en los procesos tramitados a este propósito en Luxemburgo (artículos 23 y 24 del Estatuto del Tribunal de Justicia).

Otras razones que abonarían esta tesis, según la Sentencia “Foto-Frost” citada, serían: 1) el riesgo de que las divergencias entre los órganos judiciales de los Estados miembros sobre la validez de los actos de la Unión comprometan la unidad de este ordenamiento jurídico, perjudicando la exigencia esencial de seguridad jurídica, y 2) la coherencia del sistema de protección jurisdiccional creado por el Tratado, que ha confiado al Tribunal de Justicia el control de la legalidad en la Unión Europea.

Esta tesis, con todo, ha sido contestada por algunos Abogados Generales, como RUIZ-JARABO¹⁴⁷, que pretendía hacer extensibles las “excepciones

¹⁴⁷ La Sent. “Gaston Schul”, de 6 de diciembre de 2005, que finalmente recayó en este procedimiento, se reafirmó en la “doctrina Foto-Frost”, no acogiendo las novedosas y muy razonadas y razonables Conclusiones del Abogado General, que propugnaba la necesidad de un cambio jurisprudencial en la materia.

En esta Sentencia se produce la resolución combinada de dos aspectos: uno que tiene carácter interpretativo, y otro que tiene que ver con la validez (concretamente del artículo 4, apartados 1 y 2, del Reglamento CE nº 1423/ 95 de la Comisión, de 23 de junio de 1995).

Se trataba de decir si un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno tiene o no obligación de someter al Tribunal de Justicia una cuestión sobre la validez de unas disposiciones de un Reglamento, aun cuando el Tribunal de Justicia ya ha declarado inválidas disposiciones equivalentes de otro Reglamento comparable.

El Tribunal de Justicia manifestó que, incluso en un supuesto como el descrito, el órgano jurisdiccional nacional está obligado al reenvío.

Pese a ello no nos sustraemos a citar los argumentos que esgrimió RUIZ-JARABO para defender lo contrario:

- Se ha demostrado que el órgano jurisdiccional remitente se encuentra ante una norma de idéntico contenido, inserta en un contexto temporal y material muy similar, al de otra disposición cuya ineficacia se ha declarado en la Sent. Kloosterboer Rotterdam (C-317/99), por lo que, parafraseando la Sent. CILFIT, la correcta aplicación del derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna sobre la solución a la cuestión suscitada (punto 67).

- No parece, por tanto, descabellado sostener que entre la cuestión de validez del artículo 3, apartados 1 y 3 del Reglamento nº 1484/95, discutida en el asunto Kloosterboer Rotterdam, y la del artículo 4, apartados 1 y 2, del Reglamento nº 1423/95, objeto de la presente cuestión prejudicial, concurre una “identidad material” (punto 68). Se daría la última de las situaciones previstas en la Sent. CILFIT, al haber un pronunciamiento anterior del propio Tribunal de Justicia dictaminando la ilegalidad de una disposición idéntica a la impugnada en el procedimiento principal, lo que colmaría las exigencias de las interpretaciones más rigurosas de la teoría del acto claro, las que excluyen cualquier otra interpretación (punto 70). Por tanto, la invalidez de la norma comunitaria responde a los parámetros indicados en la Sent. CILFIT (punto 71).

- Tratándose de garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario, la invalidez decretada por un juez nacional en un supuesto como el de autos, en el que hay una decisión similar del Tribunal de Justicia, difícilmente entrañaría un riesgo de divergencia que comprometa la unidad del ordenamiento jurídico comunitario (punto 73). Dadas las particularidades del asunto, la ilegalidad se perfila tan manifiesta que ningún tribunal de un Estado miembro se apartaría de ese criterio. Además, las circunstancias del caso reducen al mínimo el peligro de resoluciones jurisdiccionales inconciliables de los jueces nacionales, hasta el punto de hacerlo desaparecer (punto 74).

- La idea de que el Tribunal de Justicia está en una posición privilegiada para juzgar sobre la legalidad de los actos comunitarios, dado que el artículo 20 de su Estatuto permite a las Instituciones europeas cuyos actos se cuestionen intervenir en el proceso para defender su validez, merece una crítica, pues no se adivina impedimento alguno en las normativas procesales nacionales para que la Institución afectada se persone cuando se debata la validez de uno de sus actos o para que se la emplace de oficio (punto 77). Por lo demás, si el Tribunal de Justicia admitiera la facultad del juez nacional para declarar la nulidad de un acto comunitario, resultaría acertado supeditarla a la condición de que el órgano del que emane haya tenido ocasión de participar en el proceso (punto 78).

- Flota en el ambiente el presentimiento de que el Tribunal de Justicia se ha arrogado el monopolio de anular los actos comunitarios más por temor a abrir la caja de Pandora de las cuestiones de validez, que por el peligro intrínseco que suponen asuntos como el discutido, por lo que conviene profundizar en el sistema de cooperación judicial instaurado por el Tratado, para centrar el análisis de la posibilidad de reconocer a los jueces nacionales esta facultad (punto 79).

- Procede recalcar que, en la Sent. Foto-Frost, el Tribunal de Justicia se apropió de una atribución sin ningún sustento en la letra del entonces artículo 234 TCE al instaurar la obligación de plantear el incidente prejudicial en supuestos donde los autores del Tratado solamente habían previsto una facultad, reconociéndose a sí mismo la competencia exclusiva de controlar la eficacia de los actos comunitarios a expensas de los órganos jurisdiccionales nacionales. Alguna vez las aguas volverán a su cauce natural y el juez nacional recuperará el protagonismo que le corresponde compartir con el Tribunal de Justicia en la pieza de la cooperación prejudicial, abandonando el papel de actor de reparto al que se le ha relegado por el afán tutelar del órgano de Luxemburgo (punto 81).

CILFIT” –en concreto, la del acto claro- a esta cuestión. Claro que ello supone no discriminar, en principio, la doctrina existente para los casos de interpretación –Sent. “CILFIT”- y validez –Sent. “Foto-Frost”- de las cuestiones prejudiciales.

Ante una situación como la descrita, es decir, en el caso de existir serias dudas acerca de la validez de un acto de la UE, los órganos jurisdiccionales nacionales solo podrán, si concurren determinados requisitos, suspender temporalmente la ejecución de actos de aplicación nacionales basados en los actos de la Unión, o bien dictar medidas cautelares, en virtud de las cuales, en última instancia, tal acto comunitario no se aplique provisionalmente (en consonancia con el aforismo latino “*tanquam non esset*”, es decir, “como si no existiese”). El requisito para ello es que se plantee al Tribunal de Justicia la cuestión relativa a la validez del acto de la Unión de que se trate¹⁴⁸.

- El presente asunto puede contribuir a la reordenación de las respectivas responsabilidades, siempre que el Tribunal de Justicia muestre la madurez suficiente para extender a la cuestión de validez la teoría del acto claro que la Sent. CILFIT acogió en relación con la cuestión prejudicial de interpretación (punto 82).

- La devolución de las competencias a los órganos jurisdiccionales nacionales, de acuerdo con el tenor literal y el espíritu del Tratado, incluso limitada a tales supuestos, es decir, el reconocimiento de una teoría del acto manifiestamente nulo en el marco de la cuestión de validez, favorecería el diálogo judicial basado en el respeto mutuo de las respectivas prerrogativas (punto 86).

- El mantenimiento a ultranza de la obligación de suscitar la cuestión prejudicial en la coyuntura del litigio de la empresa Gaston Schul, cuando la norma es manifiestamente nula, denota un excesivo rigor formalista que no se aviene con el principio de buena administración de la justicia ni con la economía procesal (punto 88).

- A diferencia de lo sucedido con otras iniciativas jurisprudenciales, que se han incorporado paulatinamente al texto de los Tratados, la Sent. Foto-Frost no ha calado en el legislador comunitario, pues ha dejado pasar varias ocasiones, en particular, el Tratado de Maastricht, el de Ámsterdam, el de Niza y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, sin insertar esa aportación del Tribunal de Justicia en el contenido de la suprallegalidad de la Unión. Este silencio resulta harto elocuente y mueve a la reflexión sobre la falta de aceptación de ese monopolio tan artificialmente creado (punto 90).

¹⁴⁸ Punto 47 de las Conclusiones de la Abogado General STIX-HACKL presentadas en relación con el asunto C-495/03 (“Intermodal Transports”), remitiéndose a la Sent. “Zuckerfabrik”, de 21 de febrero de 1991, en los asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89; a la Sent. “Atlanta Fruchthandels-gesellschaft”, de 9 de noviembre de 1995, en el asunto C-465/93 y a la Sent. “Krüger”, de 17 de julio de 1997, en el asunto C-334/95.

Esta facultad, sin embargo, de dictar medidas cautelares por parte del Juez nacional tiene un carácter más general, y no está vinculada solo a las cuestiones de validez¹⁴⁹.

Cabe señalar, por ejemplo, que en el año 1998 se dictaron por el Tribunal de Justicia dos resoluciones importantes, por el impacto social que tuvieron, a propósito de cuestiones prejudiciales de validez: la Sent. “National Farmer’s Union”, de 5 de mayo de 1998, C-157/96 (a propósito de la enfermedad de las vacas locas o “encefalopatía espongiiforme bovina”)¹⁵⁰ y la Sent. “Safety Hi-Tech”, de 14 de julio de 1998, C-284/95 (sobre las sustancias que agotan la capa de ozono)¹⁵¹.

No con tanta trascendencia como las dos anteriores, pero también en el mismo año, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la validez del

¹⁴⁹ Sent. “Siples”, de 11 de enero de 2001, C-226/99, aptdo. 19; Sent. “Unibet”, de 13 de marzo de 2007, C-432/05, aptdo. 67; Sent. “Krizan”, de 15 de enero de 2013, C-416/10, aptdo. 107.

¹⁵⁰ La cuestión prejudicial que en este caso se planteó versaba sobre la validez del artículo 1 de la Decisión 96/239/CE de la Comisión, de 27 de marzo de 1996, por la que se adoptaban determinadas medidas de emergencia en materia de protección contra la encefalopatía espongiiforme bovina.

En esencia, dicho artículo preveía que a la espera de un examen global de la situación el Reino Unido no podía enviar fuera de su territorio a otros Estados Miembros ni a terceros países: a) bovinos vivos, su esperma y embriones; b) carne de animales de la especie bovina sacrificados en el Reino Unido; c) productos obtenidos de animales de la especie bovina sacrificados en el Reino Unido que puedan entrar en la cadena alimentaria humana o animal, así como productos destinados a usos médicos, cosméticos o farmacéuticos, ni d) harinas de huesos y carne de mamíferos.

La cuestión prejudicial de validez se articuló sobre tres motivos: i) la competencia de la Comisión para la adopción de esa Decisión, ii) la desviación de poder en que podía haber incurrido la Comisión e iii) en la violación del principio de proporcionalidad.

El Tribunal de Justicia, amparándose en la gravedad de la situación creada con la enfermedad, en la posibilidad de que la EEB pudiera afectar también a la salud humana (es decir, a que estuviese en relación con la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob) y a las distorsiones comerciales que en otro caso podrían producirse –por la eventual reimportación de los animales, de la carne o de los productos derivados- resolvió –hemos de decir que con una gran dosis de prudencia, no exenta también de una contundente argumentación jurídica en la sentencia- que del análisis de la cuestión no cabía apreciar ningún elemento que pudiera afectar a la validez del artículo 1 de la meritada Decisión.

¹⁵¹ En esta Sentencia, realmente, se tratan dos órdenes de cuestiones: una de tipo interpretativo y otra de validez, y ambas referidas al artículo 5 del Reglamento (CE) n° 3093/94 del Consejo, de 15 de diciembre de 1994, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono.

En lo que a validez se refiere, la citada Sentencia estableció que *“del examen de las cuestiones planteadas no se deduce ningún elemento que pueda afectar a la validez del artículo 5 del Reglamento n° 3093/94”*.

Reglamento (CE) nº 1738/91 del Consejo, de 13 de junio de 1991 (Sent. “Pontillo”, de 17 de septiembre de 1998, en el asunto C-372/96) a propósito de la cuestión prejudicial que le había planteado la “*Pretura circondariale di Caserta*”, dictaminando, finalmente, que del examen de las cuestiones planteadas no se había revelado ningún elemento que pudiera afectar a la validez de dicho Reglamento.

Debe añadirse que el Tribunal de Justicia, con ocasión del análisis de la validez de una disposición del Derecho de la UE, podría establecer que ésta devendrá inválida en una fecha determinada futura (Sent. “Van Vugt y Basselier”, de 1 de marzo de 2011, C-236/09)¹⁵².

Otras cuestiones prejudiciales que se han planteado ante el Tribunal de Justicia aduciendo motivos de validez serían, entre otras, y por citar solo algunas más recientes, las que dieron lugar a las siguientes resoluciones: Sent. “Jippes”, de 12 de julio de 2001, C-189/01¹⁵³; Sent. “Weber”, de 7 de febrero de 2002, C-328/00¹⁵⁴; Sent. “Omega Air”, de 12 de marzo de 2002, asuntos acumulados C-27/00 y C-122/00¹⁵⁵; Sent. “Hervein”, de 19 de marzo de 2002, asuntos acumulados C-393/99 y C-394/99¹⁵⁶; Sent.

¹⁵² Esta Sentencia estableció que el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, se declara inválido con efectos a 21 de diciembre de 2012.

¹⁵³ Sobre la validez del artículo 13 de la Directiva 85/511/CEE del Consejo, de 18 de noviembre de 1985, por la que se establecen medidas comunitarias de lucha contra la fiebre aftosa.

¹⁵⁴ En el presente caso, el *Bayerisches Verwaltungsgericht Regensburg* (Alemania) planteó cinco cuestiones prejudiciales sobre la validez del Reglamento (CEE) n. 525/93 de la Comisión, de 8 de marzo de 1993, por el que se establece el valor de los importes de referencia regionales definitivos correspondientes a la campaña de comercialización 1992/1993 para los productores de semillas de soja, colza, nabina y girasol (DO L 56, p. 18).

¹⁵⁵ La *High Court of Justice, Queen's Bench Division (Crown Office)* del Reino Unido, y la *High Court* (Irlanda) plantearon una cuestión prejudicial sobre la validez del artículo 2, número 2, del Reglamento (CE) n. 925/1999 del Consejo, de 29 de abril de 1999, relativo a la matriculación y utilización dentro de la Comunidad de determinados tipos de aeronaves de reacción subsónicas civiles modificadas y con certificado renovado para ajustarse a las normas del Anexo 16 del Convenio sobre aviación civil internacional, volumen I, parte II, capítulo 3, tercera edición (julio de 1993) (DO L 115, p. 1, y L 120, p. 47).

¹⁵⁶ El *Tribunal du travail de Tournai* (Bélgica) planteó dos cuestiones prejudiciales sobre la validez del artículo 14 *quater*, apartado 1, letra b), y del Anexo VII del Reglamento (CEE) n. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) n. 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983 (DO L 230, p. 6), y posteriormente en su versión modificada por el Reglamento (CEE) n. 3811/86 del

“Cipriani”, de 12 de diciembre de 2002, C-395/00¹⁵⁷; Sent. “Sudholz”, de 29 de abril de 2004, C-17/01¹⁵⁸; Sent. “Alliance for Natural Health”, de 12 de julio de 2005, asuntos acumulados C-154/04 y C-155/04¹⁵⁹; Sent. “ABNA”, de 6 de diciembre de 2005, en los asuntos acumulados C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04¹⁶⁰; Sent. “Agrarproduktion Staebelow”, de 12 de enero de 2006, C-504/04¹⁶¹; Sent. “Franz Egenberger”, de 11 de julio de

Consejo de 11 de diciembre de 1986 (DO L 355, p. 5), así como sobre el eventual alcance de la declaración de invalidez.

¹⁵⁷ Aunque en este caso el *Tribunale di Trento* (Italia) planteó tres cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del artículo 20, apartados 2 y 3, de la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales (DO L 76, p. 1), el Tribunal de Justicia resolvió lo siguiente:

“El artículo 20, apartado 3, de la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales, es inválido en la medida en que establece que el plazo de cuatro meses previsto en dicha disposición para aportar la prueba de la regularidad de la operación o del lugar en que efectivamente se cometió la irregularidad o la infracción es oponible a un operador que garantizó el pago de los impuestos especiales pero que no pudo saber a tiempo que no se había producido la ultimación del régimen suspensivo”.

¹⁵⁸ El *Bundesfinanzhof* de Alemania planteó tres cuestiones prejudiciales sobre la validez de los artículos 2 y 3 de la Decisión 2000/186/CE del Consejo, de 28 de febrero de 2000, por la que se autoriza a la República Federal de Alemania a establecer medidas de inaplicación de los artículos 6 y 17 de la Directiva 77/388/CEE, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios – Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme (DO L 59, p. 12).

¹⁵⁹ Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la validez de los artículos 3, 4, apartado 1, y 15, párrafo segundo, letra b), de la Directiva 2002/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de complementos alimenticios (DO L 183, p. 51).

(Vid. CASTILLO DE LA TORRE, F., *“Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Crónica de Jurisprudencia Mayo-Agosto 2005”*. RDCE, número 22, septiembre-diciembre de 2005, pp. 1071-1072).

¹⁶⁰ Las peticiones de decisión prejudicial se refieren fundamentalmente a la validez de la Directiva 2002/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por la que se modifica la Directiva 79/373/CEE del Consejo relativa a la circulación de los piensos compuestos y por la que se deroga la Directiva 91/357/CEE de la Comisión (DO L 63, p. 23), y en concreto de su artículo 1, números 1, letra b), y 4.

¹⁶¹ Esta sentencia resolvió que el examen de la cuestión planteada no revelaba ningún elemento que, en virtud del principio de proporcionalidad, pudiera afectar a la validez del artículo 13, apartado 1, primera frase, letra c), del Reglamento (CE) n° 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1326/2001 de la Comisión, de 29 de junio de 2001, por el que se establecen medidas transitorias para permitir el paso al Reglamento (CE) n° 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen disposiciones para

2006, C-313/04¹⁶²; Sent. “Ikea Wholesale”, de 27 de septiembre de 2007, C-351/04¹⁶³; Sent. “Intertanko”, de 3 de junio de 2008, C-308/06¹⁶⁴; Sent. “Heuschen & Schrouff Oriental Foods Trading”, de 20 de noviembre de 2008, C-375/07¹⁶⁵; Sent. “Régie Networks”, de 22 de diciembre de 2008, C-333/07¹⁶⁶; Sent. “Afton Chemical”, de 8 de julio de 2010, C-343/09¹⁶⁷;

la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles, y se modifican los Anexos VII y XI de dicho Reglamento, en relación con el Anexo VII, punto 2, letra a), y punto 1, letra a), tercer guión, de dicho Reglamento.

¹⁶² Esta petición de decisión prejudicial versa sobre la validez de los artículos 25, apartado 1, párrafo primero, y 35, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 2535/2001 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2001, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1255/1999 del Consejo en lo que se refiere al régimen de importación de leche y productos lácteos y a la apertura de contingentes arancelarios (DO L 341, p. 29).

¹⁶³ La petición de decisión prejudicial tiene por objeto, por una parte, la validez del Reglamento (CE) n° 2398/97 del Consejo, de 28 de noviembre de 1997, por el que se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originaria de Egipto, de la India y de Pakistán (DO L 332, p. 1), y, por otra parte, la compatibilidad con el Derecho comunitario del Reglamento (CE) n° 1644/2001 del Consejo, de 7 de agosto de 2001, por el que se modifica el Reglamento n° 2398/97 y se suspende su aplicación respecto a las importaciones originarias de la India (DO L 219, p. 1), del Reglamento (CE) n° 160/2002 del Consejo, de 28 de enero de 2002, que modifica el Reglamento n° 2398/97 y por el que se da por concluido el procedimiento respecto a las importaciones originarias de Pakistán (DO L 26, p. 1), y del Reglamento (CE) n° 696/2002 del Consejo, de 22 de abril de 2002, por el que se confirma el derecho antidumping definitivo impuesto a las importaciones de ropa de cama de algodón originaria de la India mediante el Reglamento n° 2398/97, modificado y suspendido mediante el Reglamento n° 1644/2001 (DO L 109, p. 3).

¹⁶⁴ La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la validez de los artículos 4 y 5 de la Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones (DO L 255, p. 11, y corrección de errores en DO 2006, L 33, p. 87, y DO 2006, L 105, p. 66).

¹⁶⁵ En la que el Tribunal de Justicia, entre otros pronunciamientos, entiende que no hay ningún elemento que pueda afectar a la validez del Reglamento (CE) n° 1196/97, de la Comisión, de 27 de junio de 1997, relativo a la clasificación de ciertas mercancías en la Nomenclatura Combinada.

¹⁶⁶ Esta sentencia resolvió que “*la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 10 de noviembre de 1997, de no formular objeciones a la modificación de un sistema de ayuda a emisoras locales de radio (ayuda de Estado n° N 679/97 – Francia) es inválida*”.

¹⁶⁷ La petición de decisión prejudicial versa sobre la validez del artículo 1, apartado 8, de la Directiva 2009/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por la que se modifica la Directiva 98/70/CE en relación con las especificaciones de la gasolina, el diésel y el gasóleo, se introduce un mecanismo para controlar y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, se modifica la Directiva 1999/32/CE del Consejo en relación con las especificaciones del combustible utilizado por los buques de navegación interior y se deroga la Directiva 93/12/CEE (DO L 140, p. 88), en la medida en que inserta un nuevo artículo 8 bis, apartados 2 y 4 a 6, en la Directiva 98/70/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de

Sent. “Premis Medical”, de 22 de diciembre de 2010, C-273/09¹⁶⁸; o la Sent. “Digital Rights Ireland y Seitlinger”, de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12¹⁶⁹.

Comoquiera que, según el artículo 216.2 del TFUE, en lo referido a Tratados Internacionales celebrados por la UE con terceros Estados o con Organizaciones Internacionales, “estos Acuerdos vincularán a las Instituciones de la Unión y a los Estados miembros” -hasta el punto de estar dotados, además, de primacía sobre el Derecho derivado de la Unión¹⁷⁰- es evidente que, precisamente por formar parte del Derecho de la Unión, pueden plantearse cuestiones prejudiciales de validez por este motivo.

Así, en el asunto “International Fruit Company”¹⁷¹ se trataba de establecer la validez de determinados Reglamentos comunitarios con el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), diciendo a este respecto el Tribunal de Justicia que esa apreciación de validez de los actos de las Instituciones será posible cuando la disposición de Derecho Internacional,

octubre de 1998, relativa a la calidad de la gasolina y el gasóleo y por la que se modifica la Directiva 93/12/CEE del Consejo (DO L 350, p. 58).

¹⁶⁸ La petición de decisión prejudicial se refiere a la validez del Reglamento (CE) nº 729/2004 de la Comisión, de 15 de abril de 2004, relativo a la clasificación de ciertas mercancías en la Nomenclatura Combinada (DO L 113, p. 5), en su redacción resultante de la corrección publicada el 7 de mayo de 2004 (DO L 173, p. 9).

¹⁶⁹ Esta sentencia resolvió que “*la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, es inválida*”.

El Tribunal considera en el apartado 69 de la sentencia que “*el legislador de la Unión sobrepasó los límites que exige el respeto del principio de proporcionalidad en relación con los artículos 7, 8 y 52, apartado 1, de la Carta*”.

¹⁷⁰ Sent. “Bellio F.lli”, de 1 de abril de 2004, C-286/02, aptdo. 33; Sent. “IATA y ELFAA”, de 10 de enero de 2006, C-344/04, aptdo. 35; Sent. “Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht”, de 12 de enero de 2006, C-311/04, aptdo. 25.

Obviamente, siempre en lo referido al derecho derivado, pues el artículo 216.2 del TFUE no produciría la incorporación de un Acuerdo Internacional si el mismo atentase contra el derecho primario –o constitucional- de la Unión.

(MARTINES, F., “*Direct Effect of International Agreements of the European Union*”. EJIL (2014), Vol. 25, Nº 1, p. 146).

¹⁷¹ Sentencia de 12 de diciembre de 1972, asuntos acumulados C-21 a 24/72.

además de vincular a la Unión¹⁷², pueda otorgar a favor de los justiciables el derecho a acogerse a ella (o alegarla) ante los órganos jurisdiccionales¹⁷³. Además, el Tribunal de Justicia sólo podrá examinar la validez de una normativa comunitaria en relación con un Tratado internacional si la naturaleza y el sistema de éste no se oponen a ello y si sus disposiciones son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas –lo que apunta a la idea del efecto directo o criterio “self executing”-. En el mismo sentido se pronuncia la Sent. “Intertanko”, de 3 de junio de 2008 (C-308/06)¹⁷⁴.

Lo anteriormente dicho es muy relevante desde el punto de vista de la defensa de los derechos de los particulares, cuando existe una norma internacional que pretende crear derechos individuales y que, perteneciendo al Derecho de la Unión, tiene efecto directo por no necesitar de la implementación de ninguna medida posterior¹⁷⁵ (Sent. “Pêcheurs de l’étang de Berre”, de 15 de julio de 2004, C-213/03¹⁷⁶).

Otros ejemplos que tienen que ver con cuestiones prejudiciales en las que se discute la validez de disposiciones comunitarias en relación con Acuerdos Internacionales suscritos por la Unión Europea, e incluso con el Derecho Consuetudinario Internacional¹⁷⁷, podemos encontrarlos –por supuesto, sin ánimo de exhaustividad- en los siguientes casos: Sent. “Racke”, de 16 de junio de 1998, C-162/96¹⁷⁸; Sent. “IATA y ELFAA”¹⁷⁹; o en la Sent. “ATAA”, de 21 de diciembre de 2011, C-366/10¹⁸⁰.

¹⁷² Apto. 7 de la Sent. “International Fruit Company”.

¹⁷³ Apto. 8 de la Sent. “International Fruit Company”.

¹⁷⁴ Aptos. 44 y 45 de la Sent. “Intertanko”.

¹⁷⁵ MARTINES, F., “*Op. Cit.*”, pp. 129-147.

¹⁷⁶ En relación con el Convenio de Barcelona de 1976 (Convenio para la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación, aprobado por la CEE mediante la Decisión 77/585/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1977 –DOCE, L 240, de 19 de septiembre de 1977-).

¹⁷⁷ Vid. GARCÍA RICO, E.M., “Las normas jurídicas consuetudinarias y los actos de las Organizaciones Internacionales”, en “*Lecciones de Derecho Internacional Público*”, SALINAS DE FRÍAS, A. (Dir.); ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.; EXPÓSITO GONZÁLEZ, P.; GARCÍA RICO, E.M.; GARCÍA SAN JOSÉ, D.I.; TORRES CAZORLA, M.I. Tecnos, Madrid, 2015, pp.145-155.

¹⁷⁸ Se confrontaba el Reglamento (CEE) nº 3300/91 del Consejo, de 11 de noviembre de 1991, con el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la entonces República Federativa Socialista de Yugoslavia.

Hay que hacer referencia a aquellos casos en que el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre la cuestión de validez referida a un acto de la Unión, el cual no ha sido impugnado por la parte interesada en el plazo establecido al efecto¹⁸¹, e incluso otros en los que el Tribunal examina la validez de un acto de la Unión que no ha sido cuestionado por una jurisdicción nacional¹⁸².

Hay casos en los que por el órgano remitente se plantean conjuntamente cuestiones de validez y de interpretación (entre otras, por ejemplo: Sent. “Leplat”, de 12 de febrero de 1992, C-260/90¹⁸³; Sent. “Silos”, de 8 de noviembre de 2001, C-228/99¹⁸⁴; Sent. “British American Tobacco”, de 10 de diciembre de 2002, C-491/01¹⁸⁵; Sent. “Monsanto Agricultura Italia”, de

¹⁷⁹ Se trataba de establecer la compatibilidad entre los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (DOCE, L 46/1, de 17 de febrero de 2004), con el Convenio de Montreal de 1999, ratificado por Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001 (DOCE, L 194, de 18 de julio de 2001).

¹⁸⁰ Respecto del Convenio de Chicago de 1944 (Convenio sobre Aviación Civil Internacional).

¹⁸¹ Sent. “TWD”, de 9 de marzo de 1994, C-188/92, aptdos. 17, 24 y 25; Sent. “Wiljo”, de 30 de enero de 1997, C-178/95, aptdo. 31.

(CHALMERS, D.; HADJIEMMANUIL, C.; MONTI, G.; TOMKINS, A., “*European Union Law*”. Cambridge University Press, 2006, p. 297).

¹⁸² Sent. “Beus”, de 13 de marzo de 1968, C-5/67.

¹⁸³ Se solicitaba por el órgano nacional (*Tribunal de Paix de Papeete*, de la Polinesia francesa) la interpretación del artículo 133 del TCE, y sobre la validez del artículo 74 de la Decisión 86/283/CEE del Consejo, de 30 de junio de 1986, relativa a la Asociación de los países y territorios de ultramar a la CEE, en el marco de un litigio sobre la devolución de varias cantidades pagadas por el Sr. Bernard Leplat con motivo de su importación a la Polinesia francesa de un vehículo originario de la República Federal de Alemania.

¹⁸⁴ El *Tribunale civile e penale di Cagliari* planteó cinco cuestiones prejudiciales sobre la interpretación y la validez de los Reglamentos (CE) nºs 1521/95 de la Comisión, de 29 de junio de 1995, y 1576/95 de la Comisión, de 30 de junio de 1995, por los que se fijan las restituciones aplicables a la exportación de piensos compuestos a base de cereales (DO L 147, p. 65, y DO L 150, p. 64).

¹⁸⁵ En este caso, la *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court)*, planteó dos cuestiones prejudiciales sobre la validez e interpretación de la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (DO L 194, p. 26).

9 de septiembre de 2003, C-236/01¹⁸⁶; Sent. “Océ van der Grinten”, de 25 de septiembre de 2003, C-58/01¹⁸⁷; Sent. “Toeters y Verberk”, de 11 de noviembre de 2004, C-171/03¹⁸⁸; Sent. “Swedish Match”, de 14 de diciembre de 2004, C-210/03¹⁸⁹; Sent. “Gaston Schul”, de 6 de diciembre de 2005, C-461/03¹⁹⁰; Sent. “Unicredito Italiano”, de 15 de diciembre de 2005, C-148/04¹⁹¹; Sent. “Schecke y Eifert”, de 9 de noviembre de 2010, en los asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09¹⁹²; Sent. “AJD Tuna”, de 17 de

¹⁸⁶ El *Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio* planteó cuatro cuestiones prejudiciales sobre la interpretación y la validez de los artículos 3, apartado 4, párrafo primero, y 5, párrafo primero, del Reglamento (CE) n. 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, sobre nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios (DO L 43, p. 1), así como sobre la interpretación del artículo 12 de dicho Reglamento.

¹⁸⁷ Los *Special Commissioners of Income Tax* del Reino Unido plantearon tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO L 225, p. 6), así como sobre la interpretación y la validez del artículo 7, apartado 2, de la Directiva.

¹⁸⁸ La petición de decisión prejudicial se refiere a la interpretación del Reglamento (CEE, Euratom) n° 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos (DO L 124, p. 1; EE 01/01, p. 149), así como a la interpretación y a la validez del Reglamento (CEE) n° 3886/92 de la Comisión, de 23 de diciembre de 1992, por el que se establecen las disposiciones de aplicación relativas a los regímenes de primas previstos en el Reglamento (CEE) n° 805/68 por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la carne de bovino, y se derogan los Reglamentos (CEE) n° 1244/82 y 714/89 (DO L 391, p. 20), en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 2311/96 de la Comisión, de 2 de diciembre de 1996 (DO L 313, p. 9).

¹⁸⁹ Esta petición de decisión prejudicial tiene por objeto la validez del artículo 8 de la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (DO L 194, p. 26), así como la interpretación de los artículos 28 TCE a 30 TCE y la compatibilidad, con estas disposiciones y con los principios generales de Derecho comunitario, de la normativa nacional que prohíbe la comercialización de los productos del tabaco de uso oral.

¹⁹⁰ Se cuestionaba la validez de los apartados 1 y 2 del artículo 4 del Reglamento (CE) n° 1423/95 de la Comisión; y, al mismo tiempo, se solicitaba interpretación del artículo 234 del TCE.

¹⁹¹ La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la validez de la Decisión 2002/581/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por Italia en favor de los bancos (DO 2002, L 184, p. 27), así como la interpretación de los artículos 87 TCE y siguientes, del artículo 14 del Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del TCE (DO L 83, p. 1), y de diversos principios generales del Derecho comunitario.

¹⁹² Las presentes peticiones de decisión prejudicial se refieren, por una parte, a la validez de los artículos 42, punto 8 *ter*, y 44 *bis* del Reglamento (CE) n° 1290/2005 del Consejo, de 21 de junio de 2005, sobre la financiación de la política agrícola común (DO L 209, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1437/2007 del Consejo, de 26 de noviembre de

marzo de 2011, C-221/09¹⁹³; Sent. “Pringle”, de 27 de noviembre de 2012, C-370/12¹⁹⁴; Sent. “Hewlett-Packard Europe”, de 17 de enero de 2013, C-361/11¹⁹⁵; o Sent. “McDonagh”, de 31 de enero de 2013, C-12/11¹⁹⁶).

2007 (DO L 322, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento n° 1290/2005»), y, por otra parte, a la validez del Reglamento (CE) n° 259/2008 de la Comisión, de 18 de marzo de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento n° 1290/2005 en lo que se refiere a la publicación de información sobre los beneficiarios de fondos procedentes del Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) (DO L 76, p. 28), y de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE (DO L 105, p. 54). Para el supuesto de que el Tribunal de Justicia considerase que la mencionada normativa de la Unión no es inválida, las peticiones de decisión prejudicial se refieren igualmente a la interpretación del artículo 7, del artículo 18, apartado 2, segundo guión, y del artículo 20 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281, p. 31).

¹⁹³ La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la validez y la interpretación del Reglamento (CE) n° 530/2008 de la Comisión, de 12 de junio de 2008, por el que se establecen medidas de emergencia aplicables a los atuneros cerqueros que capturan atún rojo en el Océano Atlántico, al este del meridiano 45 °O, y en el Mar Mediterráneo (DO L 155, p. 9), así como la validez del artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 2371/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002, sobre la conservación y la explotación sostenible de los recursos pesqueros en virtud de la política pesquera común (DO L 358, p. 59).

¹⁹⁴ Se ponía en cuestión la validez de la Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del TFUE en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro; pero también se planteaba la interpretación de determinados artículos del TUE (2, 3,4, entre otros), así como de los principios generales de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica.

(Vid. CRAIG, P., “*Pringle: legal reasoning, text, purpose and teleology*”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, volumen 20, número 1, pp. 3-11; CRAIG, P., “*Pringle and the nature of legal reasoning*”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, volumen 21, número 1, pp. 205-220).

¹⁹⁵ La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de la Nomenclatura Combinada que figura en el Anexo I del Reglamento (CEE) n° 2658/87 del Consejo, de 23 de julio de 1987, relativo a la Nomenclatura Arancelaria y Estadística y al Arancel Aduanero Común, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 254/2000 del Consejo, de 31 de enero de 2000, (DO L 28, p. 16), así como sobre la validez del derecho de aduana correspondiente a la subpartida 8443 31 91 de la NC en lo que atañe a las impresoras multifuncionales constituidas por la combinación de un módulo de impresión láser y un módulo de digitalización, con función de copia.

¹⁹⁶ La petición prejudicial versa sobre la interpretación y la apreciación de la validez de los artículos 5 y 9 del Reglamento (CE) n° 261/2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y que se originó con motivo de un litigio entre la Sra. McDonagh y “Ryanair” al negarse esta compañía aérea a prestarle a la Sra. McDonagh la asistencia prevista en el artículo 5 del Reglamento (CE) n° 261/2004 tras la erupción del volcán

Finalmente, como dice SILVA DE LAPUERTA, el Tribunal de Justicia concibe de una manera más amplia la extensión de sus atribuciones cuando debe contestar a una cuestión prejudicial de validez, de modo que se reconoce con unos poderes más amplios que en materia de interpretación¹⁹⁷.

6.- Actos enjuiciables en sede prejudicial

Puede ser objeto de una cuestión prejudicial todo acto de Derecho de la Unión –Tratados y los actos adoptados por las Instituciones, órganos u organismos de la Unión¹⁹⁸-, sin excepción alguna¹⁹⁹. Están comprendidos en esta noción, por tanto, los actos no obligatorios o vinculantes (tales como Recomendaciones, Dictámenes), así como los Acuerdos Internacionales²⁰⁰, aunque, como es obvio, no es posible la obtención de una declaración de invalidez de una norma de derecho primario u originario (A. “Grau Gomis”, de 7 de abril de 1995, C-167/94).

En su momento surgió la duda de si el Tribunal de Justicia era competente, con arreglo al anterior artículo 177 del TCE, para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad, en función de que los mismos fueran directamente aplicables o no –p.e. con respecto a las Directivas-. El Tribunal de Justicia afirmó su competencia, incluso para el caso de aquellas normas que no fueran directamente aplicables, zanjando así la cuestión (Sent. “Mazzalai”, de 20 de mayo de 1976, C-111/75).

islandés que provocó la cancelación de su vuelo y el cierre de una parte del espacio aéreo europeo.

¹⁹⁷ SILVA DE LAPUERTA, R., “*El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”. La Ley, Madrid, 1993, 2ª edición actualizada, p. 240.

¹⁹⁸ Sent. “Grimaldi”, de 13 de diciembre de 1989, C-322/88, aptdo. 8; Sent. “Friesland Coberco Dairy Foods”, de 11 de mayo de 2006, C-11/05, aptdos. 35 y 36; Sent. “VB Pénzügyi Lizing”, de 9 de noviembre de 2010, C-137/08, aptdo. 38.

¹⁹⁹ Se incluirían, también, los Reglamentos internos de las Instituciones de la Unión como, por ejemplo, el *Reglamento Interno del Parlamento Europeo* (Sent. “Marra”, de 21 de octubre de 2008, asuntos acumulados C-200/07 y C-201/07) o el *Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia* (Sent. “Bollmann”, de 1 de marzo de 1973, C-62/72).

²⁰⁰ HINOJO ROJAS, M., “La garantía judicial del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea”, en “*Curso de Derecho de la Unión Europea*”, ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., CASADO RAIGÓN, R., (et al.). Tecnos, Segunda Edición, 2014, pp. 306-307; ANDERSON, D., “Initiating a Reference”, en “*Article 177 References to the European Court- Policy and Practice*”, ANDENAS, M. Butterworths, Gosport, Hampshire, 1994, p. 10.

En el caso de las Directivas, comoquiera que el Juez nacional debe hacer prevalecer el respeto al Derecho de la Unión, incluso en los casos en que aquéllas no hayan sido traspuestas al derecho nacional en el momento de ocurrencia de los hechos que son objeto de enjuiciamiento, el Juez nacional –como Autoridad que es de un EM- no debe aplicar el derecho nacional vigente que pueda reputar contrario al contenido de dicha Directiva, pudiendo para ello dirigirse facultativamente al Tribunal de Justicia (Sent. “Kücükdeveci”, de 19 de enero de 2010, C-555/07, aptdos. 24, 27, 47 y 53 a 55).

Una variante de lo dicho más arriba ocurrió en la Sent. “Mangold”²⁰¹, pues en este caso el plazo de adaptación del derecho nacional alemán a la Directiva 2000/78 no había expirado, pero Alemania incumplió con su obligación de abstenerse, durante el plazo de adaptación a la Directiva, de adoptar disposiciones que pudieran comprometer gravemente el resultado previsto por aquélla.

También puede plantearse una cuestión prejudicial en interpretación de una Directiva ya incorporada al derecho interno (Sent. “Mazzalai”, de 20 de mayo de 1976, C-111/75²⁰²; Sent. “Gestión Hotelera Internacional”, de 19 de abril de 1994, C-331/92²⁰³).

Pese a alguna reticencia suscitada en su momento, es posible plantear una cuestión prejudicial respecto a una Decisión Marco (Sent. “Dell’Orto”, de

²⁰¹ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, C-144/04.

²⁰² En este asunto, planteado por el *Tribunale civile e penale di Trento*, el Tribunal de Justicia declaró que la interpretación de la directiva puede constituir para el juez nacional un útil criterio orientativo con objeto de garantizar la interpretación y la aplicación de la ley interna de transposición de modo conforme al Derecho comunitario (aptdo. 10).

²⁰³ En este caso el TSJ de Canarias había planteado dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

La Comunidad Autónoma de Canarias y el Ayuntamiento de Las Palmas consideraron que no procedía que el TSJ de Canarias remitiera el asunto al Tribunal de Justicia porque el derecho interno ya había sido adaptado a la Directiva 71/305 y, por consiguiente, ya no era necesario referirse a ésta (aptdo. 11).

El Tribunal de Justicia señaló que, según jurisprudencia reiterada, la interpretación de una Directiva puede ser útil al juez nacional para garantizar que la norma mediante la que se adapta a dicha Directiva el derecho interno se interprete y aplique conforme a las exigencias del Derecho comunitario (aptdo. 13).

28 de junio de 2007, C-467/05), puesto que ello derivaba del anterior artículo 35 del TCE (hoy derogado); o incluso respecto de una Decisión²⁰⁴.

Efectivamente, sobre los actos no obligatorios²⁰⁵ (sin efecto directo y sin primacía en el ordenamiento jurídico nacional) y, en concreto, sobre una cuestión prejudicial planteada en relación con una Recomendación, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en diversas, aunque relativamente pocas, ocasiones en comparación con otros actos²⁰⁶.

En concreto, en la Sent. “Grimaldi” –aptdo. 18- se pone de manifiesto que, dado que las Recomendaciones, aunque compongan un instrumento de “soft law” –esto es, de derecho blando o flexible, diferenciado del derecho primario y secundario-, no pueden considerarse como actos carentes de todo efecto jurídico, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tenerlas en cuenta a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aclaran la interpretación de aquellas disposiciones nacionales que fueron adoptadas con la finalidad de garantizar su aplicación, o también cuando tienen como finalidad completar las disposiciones del Derecho de la UE que tienen carácter obligatorio²⁰⁷.

Como una manifestación más de ese “soft law” tenemos las Resoluciones, las cuales también han sido objeto de petición de decisión prejudicial, y sobre las que el TJUE se ha pronunciado (Sent. “Manghera”, de 3 de febrero de 1976, C-59/75²⁰⁸), o incluso me atrevería a mencionar los principios generales de la UE (en relación con los de *seguridad jurídica e irretroactividad*: Sent. “Gerekens y Procola”, de 15 de julio de 2004, C-

²⁰⁴ Sent. “Grad”, de 6 de octubre de 1970, C-9/70; Sent. “Universität Hamburg”, de 27 de septiembre de 1983, C-216/82; Sent. “Pringle”, de 27 de noviembre de 2012, C-370/12.

²⁰⁵ Según una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el hecho de que un acto de Derecho de la Unión esté desprovisto de efecto obligatorio no impide que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre el mismo con carácter prejudicial (Sent. “Deutsche Shell”, de 21 de enero de 1993, C-188/91, aptdo. 18).

²⁰⁶ Sent. “Frecassetti”, de 15 de junio de 1976, C-113/75; Sent. “Van Ameyde”, de 9 de junio de 1977, C-90/76; Sent. “Grimaldi”, de 13 de diciembre de 1989, C-322/88; Sent. “The Queen y Minister of Agriculture, Fisheries and Food”, de 19 de marzo de 1998, C-1/96; Sent. “Adiolum”, de 15 de octubre de 2009, C-101/08; Sent. “Alassini”, de 18 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-317 a 320/08; Sent. “Pioneer Hi Bred Italia”, de 6 de septiembre de 2012, C-36/11; Sent. “HaTeFo”, de 27 de febrero de 2014, C-110/13.

²⁰⁷ Vid. SENDEN, L., “Op. Cit.”, pp. 386 y ss; RAITI, G., “La collaborazione giudiziaria nell’esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario”. Giuffrè Editore. Università di Catania. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 2003, p. 199.

²⁰⁸ Se refiere a la Resolución del Consejo de 21 de abril de 1970, relativa a los monopolios nacionales de carácter comercial de los tabacos elaborados (DO C 50).

459/02; en relación con los de *efectividad y equivalencia*: Sent. “Transportes Urbanos y Servicios Generales”, de 26 de enero de 2010, C-118/08).

Respecto a los Acuerdos Internacionales, el Tribunal de Justicia, en la Sent. “El-Yassini”, de 2 de marzo de 1999, C-416/96, en el aptdo. 25, afirma:

“Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una disposición de un Acuerdo celebrado por la Comunidad con países terceros debe considerarse que es de aplicación directa cuando, habida cuenta de su redacción y de su objeto y la naturaleza del Acuerdo, implica una obligación clara y precisa que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a que se produzca un acto posterior”.

Esto significa que el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre su interpretación, como expresamente reconoció por primera vez en la Sent. “Haegeman II”, de 30 de abril de 1974, C-181/73, lo que implica que cualquier tribunal de un EM que estime de aplicación un Acuerdo Internacional para resolver un litigio, en aras a la aplicación uniforme de los Acuerdos y otros actos internacionales que obligan a la UE, podrá plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia²⁰⁹.

En este mismo sentido hay que citar la Sent. “Bresciani”, de 5 de febrero de 1976, C- 87/75; Sent. “Pabst & Richarz”, de 29 de abril de 1982, C-17/81; Sent. “Kupferberg”, de 26 de octubre de 1982, C-104/81; Sent. “Demirel”, de 30 de septiembre de 1987, C-12/86; Sent. “Kziber”, de 31 de enero de 1991, C-18/90; Sent. “Legros”, de 16 de julio de 1992, C-163/90; Sent. “Metalsa”, de 1 de julio de 1993, C-312/91²¹⁰; Sent. “Anastasiou”, de 5 de

²⁰⁹ Algún autor dice que, implícitamente, este reconocimiento se habría producido con carácter previo a esa resolución, con la Sent. “Schroeder”, de 7 de febrero de 1973, C- 40/72.

(Vid. DíEZ-HOCHLEITNER, J., “*La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento Comunitario*”. McGraw-Hill / Interamericana de España S.A.U., Madrid 1998).

²¹⁰ El juez de instrucción de Milano planteó una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 18, párrafo 1º, del Acuerdo entre la CEE y la República de Austria, firmado en Bruselas el 22 de julio de 1972, concluido y aprobado en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento (CEE) nº 2836/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972.

La cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre la sociedad “Metalsa” y el Ministerio Fiscal italiano, el cual, en el marco de un proceso penal seguido contra el Sr. Gaetano Lo Presti, ordenó el embargo de bloques de tochos de aluminio importados de Austria por “Metalsa”, debido a que ésta omitió satisfacer el IVA adeudado a la importación.

julio de 1994, C-432/92; Sent. “Yousfi”, de 20 de abril de 1994, C-58/93; Sent. “Krid”, de 5 de abril de 1995, C-103/94²¹¹; Sent. “Chiquita Italia”, de 12 de diciembre de 1995, C-469/93²¹²; Sent. “Hallouzi-Choho”, de 3 de octubre de 1996, C-126/95; Sent. “Babahenini”, de 15 de enero de 1998, C-113/97²¹³ o la Sent. “Racke”, de 16 de junio de 1998, C-162/96, entre otras.

Como expresa DÍEZ-HOCHLEITNER²¹⁴, en estos asuntos las disposiciones convencionales fueron invocadas por particulares frente a Estados miembros. Esto significa que el Tribunal de Justicia se ha limitado a reconocer eficacia directa vertical a ciertas disposiciones convencionales,

(Vid. VALLE GÁLVEZ, J.A., “*La interpretación de Tratados Internacionales por el TJCE. (COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS DE 1 DE JULIO DE 1993, Metalsa y Eurim-pharm)*”. Revista de Instituciones Europeas, Vol. 22, nº 3, 1995, pp. 861-886).

²¹¹ Se trataba de la interpretación del artículo 39, apartado 1, del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Argelina Democrática y Popular, firmado en Argel el 26 de abril de 1976 y aprobado en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento (CEE) nº 2210/78 del Consejo, de 26 de septiembre de 1978.

Dicha cuestión se suscitó en relación con la denegación de un subsidio complementario del Fondo Nacional de Solidaridad en Francia, que fue creado para favorecer una política general de protección de las personas de edad avanzada mediante la mejora de las pensiones, jubilaciones, rentas y subsidios de vejez, cuando los interesados no dispongan de recursos suficientes.

²¹² El *Tribunale di Trieste* (Italia) planteó varias cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y de los Convenios ACP-CEE firmados en Lomé entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico y la Comunidad Económica Europea (Convenios ACP-CEE).

La ley italiana nº 986/64, de 9 de octubre de 1964, estableció a partir de 1 de enero de 1965 un impuesto sobre los plátanos frescos que, posteriormente, fue aumentado en varias ocasiones. Esto llevó a un litigio entre la “*Amministrazione delle Finanze dello Stato*” y la sociedad “*Chiquita Italia*”.

Sobre la interpretación del GATT, véase también: Sent. “SAMI”, de 16 de marzo de 1983, asuntos acumulados C-267 a 269/81.

²¹³ Se trataba, al igual que en la Sent. “Krid”, de la interpretación del artículo 39, apartado 1, del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Argelina Democrática y Popular, de 26 de abril de 1976.

La cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre la Sra. Henia Babahenini, de nacionalidad argelina, y el Estado belga, sobre la negativa de éste a conceder una prestación para minusválidos, ya que la Sra. Babahenini no cumplía el requisito de nacionalidad.

²¹⁴ DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “*La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento Comunitario*”. McGraw-Hill / Interamericana de España S.A.U., Madrid, 1998.

no inversa -es decir, invocación de la disposición por el EM frente a un particular- ni tampoco horizontal –invocación entre particulares-.

Mención específica merecen los Acuerdos de Asociación firmados por la Unión Europea con terceros Estados. Siendo competente el Tribunal de Justicia para pronunciarse en vía prejudicial sobre dichos Acuerdos, lo es también para hacerlo respecto de las Decisiones que se adopten por el órgano constituido, en virtud de dicho Acuerdo, como encargado de asegurar la aplicación y ejecución del mismo²¹⁵.

Así, valgan como ejemplos el Acuerdo firmado con *Turquía* el 12 de septiembre de 1963, y desarrollado por la Decisión nº 1/80, de 19 de septiembre de 1980²¹⁶; con *Israel*, el Acuerdo CEE-Israel de 11 de mayo de 1975²¹⁷ (Sent. “Bulk Oil/ Sun International”, de 18 de febrero de 1986, C-174/84) o el Acuerdo Euromediterráneo de 20 de noviembre de 1995 (Sent. “Brita”, de 25 de febrero de 2010, C-386/08); o con *Egipto*, siendo el Acuerdo Euromediterráneo de 25 de junio de 2001²¹⁸ (Sent. “Helm Düngemittel”, de 6 de febrero de 2014, C-613/12); o con *Marruecos*,

²¹⁵ SILVA DE LAPUERTA, R., “*El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”. La Ley, Madrid, 1993, 2ª edición actualizada, p. 238; RIECHENBERG, K., “¿Interrogar nuevamente al Tribunal de Justicia? La remisión prejudicial como elemento de diálogo interjurisdiccional”, en “*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*”, PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOTXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, p. 219.

²¹⁶ Sent. “Sevince”, de 20 de septiembre de 1990, C-192/89; Sent. “Kus”, de 16 de diciembre de 1992, C-237/91; Sent. “Dörr y Ünal”, de 2 de junio de 2005, C-136/03²¹⁶; Sent. “Aydinli”, de 7 de julio de 2005, C-373/03; Sent. “Gürol”, de 7 de julio de 2005, C-374/03; Sent. “Er”, de 25 de septiembre de 2008, C-453/07; Sent. “Altun”, de 18 de diciembre de 2008, C-337/07; Sent. “Bekleyen”, de 21 de enero de 2010, C-462/08; Sent. “Genc”, de 4 de febrero de 2010, C-14/09; Sent. “Toprak y Oguz”, de 9 de diciembre de 2010, en los asuntos acumulados C-300/09 y C-301/09; Sent. “Akdas”, de 26 de mayo de 2011, C-485/07; Sent. “Pehlivan”, de 16 de junio de 2011, C-484/07; Sent. “Unal”, de 29 de septiembre de 2011, C-187/10; Sent. “Kahveci”, de 29 de marzo de 2012, asuntos acumulados C-7/10 y C-9/10; Sent. “Dülger”, de 19 de julio de 2012, C-451/11; Sent. “Gülbahce”, de 8 de noviembre de 2012, C-268/11; Sent. “Demir”, de 7 de noviembre de 2013, C-225/12; Sent. “Dogan”, de 10 de julio de 2014, C-138/13.

²¹⁷ Aprobado por el Reglamento (CEE) nº 1274/75 del Consejo, de 20 de mayo de 1975 (DOCE, L 136, de 28 de mayo de 1975).

²¹⁸ Aprobado por la Decisión 2004/635/CE del Consejo, de 21 de abril de 2004 (DO L 304), y que entró en vigor el 1 de junio de 2004.

siendo el Acuerdo Euromediterráneo de 26 de febrero de 1996²¹⁹ (A. “Echouikh”, de 13 de junio de 2006, C-336/05; A. “El Youssfi”, de 17 de abril de 2007, C-276/06); o con Túnez, siendo el Acuerdo Euromediterráneo de 17 de julio de 1995²²⁰ (Sent. “Gattoussi”, de 14 de diciembre de 2006, C-97/05); o el celebrado con *la OLP*, actuando por cuenta de la Autoridad Palestina de Cisjordania y la Franja de Gaza, de 24 de febrero de 1997 (Sent. “Brita”, C-386/08); o incluso el Acuerdo de Colaboración firmado con la *Federación de Rusia*, firmado el 24 de junio de 1994 (Sent. “Simutenkov”, de 12 de abril de 2005, C-265/03)²²¹.

También pueden mencionarse otro tipo de Acuerdos, como el Acuerdo de colaboración en el Sector Pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos²²² (Sent. “Ahlström”, de 9 de octubre de 2014, C-565/13).

Este autor se refiere también a aquellos pronunciamientos que han emanado del Tribunal de Justicia para reconocer eficacia vertical a Decisiones obligatorias de órganos creados por Acuerdos celebrados por la Comunidad con terceros países (Sent. “Sevince”, de 20 de septiembre de 1980, C-192/89; Sent. “Kus”, de 16 de diciembre de 1992, C-237/91; Sent.

²¹⁹ Aprobado por la Decisión 2000/204/CE, CECA del Consejo y de la Comisión, de 24 de enero de 2000 (DO L 70).

²²⁰ Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra, firmado en Bruselas el 17 de julio de 1995 y aprobado, en nombre de la Comunidad Europea y de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, por la Decisión 98/238/CE, CECA, del Consejo y de la Comisión, de 26 de enero de 1998 (DO L 97, p. 1).

²²¹ Se trata de interpretar una normativa deportiva que limita el número de jugadores de Estados terceros que pueden alinearse en las competiciones nacionales.

En este caso, la Audiencia Nacional planteó la siguiente cuestión prejudicial:

“El artículo 23 del Acuerdo de Colaboración entre las Comunidades y Rusia ¿se opone a que una federación deportiva aplique a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado regularmente por un club de fútbol español, como el del recurso principal, una normativa en virtud de la cual los clubes sólo pueden utilizar en las competiciones de ámbito estatal un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros no pertenecientes al Espacio Económico Europeo?”.

Se trataba de dirimir un recurso planteado por Igor Simutenkov, nacional ruso que, en la fecha del litigio principal, vivía en España, donde tenía tarjeta de residencia y permiso de trabajo. Estaba contratado como jugador de fútbol profesional en virtud de un contrato de trabajo suscrito con el Club Deportivo Tenerife y era titular de una licencia federativa como jugador no comunitario.

²²² Aprobado en nombre de la Comunidad por el Reglamento (CE) n° 764/06 del Consejo, de 22 de mayo de 2006 (DOUE n° 141/2006, de 29 de mayo de 2006).

“Eroglu”, de 5 de octubre de 1994, C-355/93; Sent. “Bozkurt”, de 6 de junio de 1995, C-434/93²²³; Sent. “Tetik”, de 23 de enero de 1997, C-171/95; Sent. “Kadiman”, de 17 de abril de 1997, C-351/95; y Sent. “Eker”, de 29 de mayo de 1997, C-386/95)²²⁴. Sin olvidar que la competencia del Tribunal de Justicia lo es también para interpretar por vía prejudicial los actos no obligatorios emanados de este tipo de órganos (Sent. “Deutsche Shell”, de 21 de enero de 1993, C-188/91²²⁵).

El Tribunal de Justicia se ha declarado también competente para interpretar normas de Derecho Internacional cuando las mismas se sitúen en el ámbito de aplicación del ordenamiento de la Unión (Sent. “Hermès”, de 16 de junio de 1998, C-53/96).

Un ejemplo de ello lo tendríamos con el Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, de 28 de mayo de 1999, que fue firmado por la Comunidad el 9 de diciembre de 1999 con base en el artículo 300, apartado 2, del TCE, y que fue aprobado por la Decisión nº 2001/539²²⁶, o en el Acuerdo OMC, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio²²⁷.

La Sent. “Walz” afirma que:

“Dado que las disposiciones de dicho Convenio forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión, el Tribunal de Justicia

²²³ En este caso nos encontramos con la interpretación de los artículos 2 de la Decisión nº 2/76, de 20 de diciembre de 1976, y 6 de la Decisión nº 1/80, de 19 de septiembre de 1980, del Consejo de Asociación establecido mediante el Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, firmado el 12 de septiembre de 1963 en Ankara y aprobado en nombre de la Comunidad mediante Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963.

²²⁴ Estas sentencias se referían a decisiones adoptadas por el Consejo de Asociación, instituido por el Acuerdo con Turquía de 1963, con objeto de progresar en la realización de la libre circulación de trabajadores entre las partes. Las decisiones habían sido válidamente adoptadas por dicho órgano con arreglo a lo dispuesto en un Protocolo Adicional al Acuerdo firmado en 1976.

²²⁵ Vid. SENDEN, L., *“Soft Law in European Community Law”*. Modern Studies in European Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 386 y ss.

²²⁶ Sent. “IATA y ELFAA”, de 10 de enero de 2006, C-344/04; Sent. “Wallentin-Hermann”, de 22 de diciembre de 2008, C-549/07; Sent. “Walz”, de 6 de mayo de 2010, C-63/09.

²²⁷ Sent. “Anheuser-Busch”, de 16 de noviembre de 2004, C-245/02; A. “Warner-Lambert y Pfizer”, de 30 de enero de 2014, C-372/13.

es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre su interpretación” (apdo. 20).

Como es natural, los actos de la Unión que han sido dictados para la aplicación de acuerdos u otros actos internacionales que obligan a la UE habrán de ser interpretados atendiendo a estos últimos (Sent. “Interfood”, de 16 de abril de 1972, C- 92/71; Sent. “Brown Boveri”, de 18 de abril de 1991, C-79/89²²⁸; Sent. “Bosphorus”, de 30 de julio de 1996, C-84/95; Sent. “Ebony”, de 27 de febrero de 1997, C-177/95²²⁹; Sent. “Werner”, de 17 de octubre de 1995, C-70/94; y Sent. “Leifer”, de 17 de octubre de 1995, C-83/94), lo cual implica una “obligación de interpretación conforme” que se extiende no solo al acuerdo internacional del que la Comunidad fuese parte, sino a las normas de Derecho Internacional General, como puso de manifiesto el Tribunal de Justicia en la Sent. “Poulsen”, de 24 de noviembre de 1992, C-286/90²³⁰.

²²⁸ Interpretación del artículo 3 del Reglamento (CEE) nº 1224/80 del Consejo, de 28 de mayo de 1980, referente al valor en aduana de las mercancías.

Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio sobre la valoración en aduana de determinadas partidas de material informático (“hardware”) y de programas de ordenador (“software”).

El Tribunal de Justicia dice que, con arreglo a la Exposición de Motivos del Reglamento nº 1055/85- que modifica el Reglamento (CEE) nº 1224/80-, éste se adoptó en aplicación de una Decisión del Comité de Valoración en Aduana establecido respecto del “Acuerdo GATT”.

²²⁹ En este caso se trataba de la interpretación de los artículos 1 y 10 del Reglamento (CEE) nº 990/93 del Consejo, de 26 de abril de 1993, relativo al comercio entre la CEE y la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), y de los artículos 1 y 10 de la Decisión 93/235/CECA, de 26 de abril de 1993 relativo al comercio entre la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y la República Federal de Yugoslavia.

Dichas cuestiones, que fueron presentadas por el “Consiglio di Stato” italiano, se suscitaron en el marco de un recurso de anulación interpuesto contra una decisión del “Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia”, que resolvía la previa adoptada por el “Prefetto della Provincia di Brindisi” que ordenaba el embargo del buque cisterna con pabellón maltés “Lido II” y el decomiso de su carga de productos petrolíferos, ya que el Reglamento citado tenía como objetivo poner término al estado de guerra y a las violaciones masivas de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario en la República de Bosnia-Herzegovina, como objetivo de interés general fundamental para la Comunidad Internacional (apartado 38 de la sentencia), y teniendo en cuenta que se trataba de aplicar en la Comunidad determinados aspectos de las sanciones decididas contra la República Federal de Yugoslavia por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en sus Resoluciones nº 713, de 25 de septiembre de 1991; la nº 752, de 15 de mayo de 1992; la nº 787, de 16 de noviembre de 1992 y la nº 820, de 17 de abril de 1993.

²³⁰ Las cinco cuestiones prejudiciales se habían suscitado, en la Sentencia “Poulsen”, con ocasión de un litigio entre el Ministerio Fiscal danés, por una parte, y Peter Michael Poulsen y la empresa “Diva Navigation Corp.”, por otra, quienes fueron inculcados a causa de que la tripulación del buque “Onkel Sam”, registrado en Panamá y que enarbolaba pabellón panameño,

Como ha señalado DIEZ-HOCHLEITNER²³¹, en ocasiones el Tribunal de Justicia, cuando ha sido llamado a interpretar disposiciones convencionales que se expresan en términos idénticos o similares a disposiciones de los Tratados constitutivos, se ha apartado conscientemente de su propia jurisprudencia relativa a estas últimas (Sent. “Razanatsimba”, de 24 de noviembre de 1977, C- 65/77²³²; Sent. “Polydor”, de 9 de febrero de 1982,

de cual el Sr. Poulsen era su capitán, y “Diva Navigation Corp” su propietaria, ambos daneses, mantuvieron, transportaron y almacenaron a bordo 22.332 kilos de salmón pescado en el Atlántico Norte infringiendo un reglamento comunitario.

En efecto, en este caso se trataba de obtener una interpretación del artículo 6 del Reglamento (CEE) nº 3094/86 del Consejo, de 7 de octubre de 1986, por el que se establecen determinadas medidas técnicas de conservación de los recursos pesqueros. Para ello el TJUE declaró que las competencias de la Comunidad deben ser ejercidas respetando el Derecho Internacional y que, por consiguiente, el artículo 6 debe interpretarse, y su ámbito de aplicación circunscribirse, a la luz de las correspondientes normas de Derecho Internacional del Mar (aptdo. 9 de la sentencia).

Es por ello que el Tribunal dice que hay que tener en cuenta las Convenciones de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre el Mar Territorial y Zona Contigua, sobre Alta Mar y sobre Pesca y Conservación de las reservas biológicas en Alta Mar, en la medida en que codifican normas generales consagradas por la costumbre internacional, así como la Convención de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del Mar, que si bien en el momento en que esta sentencia se dictó no había entrado en vigor, una gran parte de sus disposiciones se consideran como expresión del estado actual del Derecho Internacional consuetudinario del Mar (aptdo. 10 de la sentencia).

A más abundamiento, el TJUE manifiesta que la prohibición de que se trata tiene por objeto la conservación de las especies protegidas, hallándose su fundamento, en especial, en un Convenio multilateral celebrado en 1982 por la Comunidad, es decir, el Convenio para la Conservación del Salmón en el Atlántico Norte. Este Convenio –sigue diciendo el Tribunal- responde a la obligación de todos los miembros de la Comunidad Internacional de cooperar en la conservación y administración de los recursos vivos de la alta mar, establecida por el artículo 118 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (aptdo. 11 de la sentencia).

²³¹ DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “*La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento Comunitario*”. McGraw-Hill / Interamericana de España S.A.U., Madrid 1998.

²³² Se trataba de la interpretación del artículo 62 del Convenio de Lomé (Convenio entre los Estados ACP y la CEE, firmado en Lomé el 28 de febrero de 1975, publicado como Anexo al Reglamento (CEE) nº 199/76 del Consejo, de 30 de enero de 1976) en relación con el derecho de establecimiento de los Abogados en la República Francesa.

El demandante en el asunto principal, Jean Razanatsimba, nacional malgache, licenciado en Derecho y con el certificado de aptitud para ejercer la profesión de Abogado, obtenido de acuerdo con la legislación francesa, solicitó su admisión como Abogado en prácticas en el Colegio de Abogados de Lille, lo que le es denegado al no reunir el requisito de nacionalidad.

C- 270/80²³³; además de las ya mencionadas Sent. “Kupferberg”²³⁴ y Sent. “Metalsa”²³⁵).

La razón de ello sería, siguiendo al autor citado, por el método “más prudente” que sigue el Tribunal de Justicia en su labor interpretativa, al tomar en consideración, además de los términos de la disposición considerada, su contexto, así como el objeto y el fin del Acuerdo en el que se inserta, en línea con lo que establece el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969²³⁶, lo que a su vez se ha tomado como paradigma en algunos ordenamientos nacionales²³⁷.

Esto contrastaría, según DÍEZ-HOCHLEITNER, con el método utilizado para la interpretación de los Tratados constitutivos, en los que tendría una importancia fundamental el elemento teleológico, en detrimento del gramatical, el cual ocuparía un papel casi secundario.

Consideramos, sin embargo, que siendo cierto el criterio que sigue el TJUE para la interpretación de los Acuerdos, se trata, con todo, de una equiparación errónea, por lo que no puede considerarse que el TJUE se separase de su jurisprudencia anterior, ya que en dichas sentencias (Sent. “Razanatsimba”) el Tribunal de Justicia concluye que no se trataba con el convenio citado de garantizar la igualdad de trato entre los nacionales de un Estado ACP y los de un EM de la CEE.

Como es lógico, el TJUE se ha declarado incompetente en lo que hace a los Acuerdos de Cooperación entre Estados miembros, ya que los mismos no forman parte del ordenamiento de la Unión (A. “Hartmann”, de 12 de noviembre de 1998, C-162/98), así como en relación con los restantes convenios que puedan haberse firmado entre dichos Estados, salvo que esa competencia prejudicial se haya establecido directamente en el propio

²³³ Se trataba de interpretar los artículos 14 y 23 del Acuerdo entre la CEE y la República Portuguesa, de 22 de julio de 1972, concluido y aprobado en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento (CEE) n° 2844/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, con ocasión de un litigio por infracción del derecho de propiedad intelectual.

²³⁴ Sentencia de 26 de octubre de 1982 (C-104/81).

²³⁵ Sentencia de 1 de julio de 1993 (C-312/91).

²³⁶ BOE n° 142, de 13 de junio de 1980.

²³⁷ Véase, en el caso de España, el artículo 35 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE n° 288, de 28 de noviembre de 2014).

convenio o que haya sido objeto de algún protocolo adicional²³⁸, como ha ocurrido con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Protocolo de 3 de junio de 1971)²³⁹, y que ha dado lugar, entre otras, a la Sent. “Farrell”, de 20 de marzo de 1997 (C-295/95)²⁴⁰; o con el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Protocolo de 19 de diciembre de 1988)²⁴¹, y

²³⁸ DANIELE, L., *“Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze”*. Cuarta edición, Giuffrè Editore, Milán, 2010, p.345.

²³⁹ DOCE, L 204, de 2 de agosto de 1975.

²⁴⁰ Entre otros casos, en relación con el Convenio de Bruselas, y sin ánimo de ser exhaustivo: Sent. “Riva”, de 22 de noviembre de 1977 (C-43/77); Sent. “Sanicentral”, de 13 de noviembre de 1979 (C-25/79); Sent. “Peters”, de 22 de marzo de 1983 (C-34/82); Sent. “Gerling Konzern”, de 14 de julio de 1983 (C-201/82); Sent. “Shenavai”, de 15 de enero de 1987 (C-266/85); Sent. “Gubisch Maschinenfabrik”, de 8 de diciembre de 1987 (C-144/86); Sent. “Six Constructions”, de 15 de febrero de 1989 (C-32/88); Sent. “Dumez France”, de 11 de enero de 1990 (C-220/88); Sent. “Rich”, de 25 de julio de 1991 (C-190/89); Sent. “Sonntag”, de 21 de abril de 1993 (C-172/91); Sent. “Mulox IBC”, de 13 de julio de 1993 (C-125/92); Sent. “Danvaern Production”, de 13 de julio de 1995 (C-341/93); Sent. “Hendrikman y Feyen”, de 10 de octubre de 1996 (C-78/95); Sent. “Rutten”, de 9 de enero de 1997 (C-383/95); Sent. “MSG”, de 20 de febrero de 1997 (C-106/95); Sent. “Van Uden Maritime”, de 17 de noviembre de 1998 (C-391/95); Sent. “Castelletti”, de 16 de marzo de 1999 (C-159/97); Sent. “Mietz”, de 27 de abril de 1999 (C-99/96); Sent. “GIE Groupe Concorde”, de 28 de septiembre de 1999 (C-440/97); Sent. “Dansommer”, de 27 de enero de 2000 (C-8/98); Sent. “Krombach”, de 28 de marzo de 2000 (C-7/98); Sent. “Group Josi”, de 13 de julio de 2000 (C-412/98); Sent. “Coreck Maritime”, de 9 de noviembre de 2000 (C-387/98); Sent. “Besix”, de 19 de febrero de 2002 (C-256/00); Sent. “Weber”, de 27 de febrero de 2002 (C-37/00); Sent. “Italian Leather”, de 6 de junio de 2002 (C-80/00); Sent. “Gabriel”, de 11 de julio de 2002 (C-96/00); Sent. “Tacconi”, de 17 de septiembre de 2002 (C-334/00); Sent. “Henkel”, de 1 de octubre de 2002 (C-167/00); Sent. “Baten”, de 14 de noviembre de 2002 (C-271/00); Sent. “Pugliese”, de 10 de abril de 2003 (C-437/00); Sent. “Gantner Electronic”, de 8 de mayo de 2003 (C-111/01); Sent. “Gasser”, de 9 de diciembre de 2003 (C-116/02); Sent. “Blijdenstein”, de 15 de enero de 2004 (C-433/01); Sent. “DFDS Torline”, de 5 de febrero de 2004 (C-18/02); Sent. “Frahuil”, de 5 de febrero de 2004 (C-265/02); Sent. “Nürnberger Allgemeine Versicherung”, de 28 de octubre de 2004 (C-148/03); Sent. “Owusu”, de 1 de marzo de 2005 (C-281/02); Sent. “Société financière et industrielle du Peloux”, de 12 de mayo de 2005, C-112/03; Sent. “GIE Réunion européenne”, de 26 de mayo de 2005, C-77/04; Sent. “Roche Nederland”, de 13 de julio de 2006 (C-539/03); Sent. “Lechouritou”, de 15 de febrero de 2007 (C-292/05); Sent. “Gambazzi”, de 2 de abril de 2009 (C-394/07).

(Vid. CASTILLO DE LA TORRE, F., *“Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Crónica de Jurisprudencia Mayo-Agosto 2005”*. RDCE, número 22, septiembre-diciembre de 2005, pp. 1095-1096; SEATZU, F., *“La proposta per la riforma del Regolamento “Bruxelles I” e i provvedimenti provvisori”*. Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2011), Vol. 3, Nº 2, pp. 170-177).

²⁴¹ Publicado en el DOUE nº 48, de 20 de febrero de 1989, y en el BOE nº 243, de 8 de octubre de 2004.

que ha dado lugar, entre otras, a la Sent. “ICF“, de 6 de octubre de 2009 (C-133/08)²⁴².

Tampoco son susceptibles de petición prejudicial los Autos y Sentencias del Tribunal de Justicia (A. “Wünsche”, de 5 de marzo de 1986, C-69/85, aptdos. 15 y 16)²⁴³, ya que para ellos se encuentra previsto en el propio Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia un “*recurso especial de interpretación*”, el cual se regula en el artículo 158 del RPTJ, y cuya aplicación a las resoluciones adoptadas en respuesta a una petición de decisión prejudicial expresamente la descarta el artículo 104.1 del RPTJ.

Lo que sí puede hacer el Juez nacional cuando tropiece con dificultades de comprensión o de aplicación de la sentencia dictada con ocasión de otro procedimiento prejudicial, pues en este caso estaría plenamente justificado, o bien cuando sea de su interés plantear al Tribunal una nueva cuestión de Derecho o, incluso, cuando decida someter la cuestión simplemente por el hecho de concurrir nuevos elementos de apreciación no tenidos en cuenta en la anterior sentencia prejudicial, y que eventualmente pudieran conducir al Tribunal a responder de manera diferente una cuestión ya planteada es, efectivamente, remitir nueva cuestión prejudicial (Sent. “Kaba II”, de 6 de marzo de 2003, C-466/00, aptdo. 39²⁴⁴).

Así, el artículo 104.2 del RPTJ dice que “corresponderá a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si la decisión prejudicial les ofrece información suficiente o si les parece necesario someter al Tribunal una nueva petición de decisión prejudicial”.

²⁴² Sobre el Convenio de Roma, véase también: Sent. “Koelzsch”, de 15 de marzo de 2011 (C-29/10); Sent. “Voogsgeerd”, de 15 de diciembre de 2011 (C-384/10); Sent. “Schlecker”, de 12 de septiembre de 2013 (C-64/12); Sent. “Unamar”, de 17 de octubre de 2013 (C-184/12); Sent. “Haeger & Schmidt”, de 23 de octubre de 2014 (C-305/13).

²⁴³ A propósito de la Sent. “Wünsche”, de 12 de abril de 1984, C-345/82.

(Vid. RIECHENBERG, K., “¿Interrogar nuevamente al Tribunal de Justicia? La remisión prejudicial como elemento de diálogo interjurisdiccional”, en “*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*”, PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOTXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, pp. 234-237).

²⁴⁴ Así lo hizo el “*Immigration Adjudicator*”, del Reino Unido, respecto de la Sent. “Kaba I”, de 11 de abril de 2000, C-356/98, de la que dijo tener algunas dudas.

Algo distinto, obviamente, es la propensión que parecieron demostrar los tribunales franceses en el pasado al remitir cuestiones prejudiciales que eran sustancialmente idénticas a otras ya planteadas por tribunales del mismo Estado (Sent. “Cullet”, de 29 de enero de 1985, C-231/83)²⁴⁵.

7.- Órganos nacionales de remisión y concepto de órgano jurisdiccional

El artículo 267 del TFUE, en consonancia con el antiguo artículo 234 del TCE, dice que la competencia para remitir una cuestión prejudicial compete a “los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros” –lo que excluye, de modo automático, a aquel que claramente no lo es, como pasó con el A. “Borker”, de 18 de junio de 1980, C-138/80²⁴⁶-. Por ello, habrá

²⁴⁵ Sentencia que se dictó por la petición realizada por el *Tribunal de Commerce de Toulouse* sobre la interpretación de lo dispuesto en la letra f) del artículo 3, y en el artículo 5 del Tratado CEE.

A esa sentencia siguieron las siguientes:

Como consecuencia de la remisión realizada por la *Cour d’appel de Rennes*, la Sent. “Binet”, de 25 de septiembre de 1985, C-149/84.

Para dar contestación a las cuestiones planteadas por el *Tribunal de grande instance de Briey*, la Sent. “Gratiot”, de 25 de septiembre de 1985, C-11/84.

Las remitidas por el *Tribunal de grande instance de Nanterre*, que dieron lugar a la Sent. “Leclerc”, de 25 de septiembre de 1985, C-34/84.

Respecto a la remitida por el *Tribunal de grande instance de Verdun-sur-Meuse*, se dictó la Sent. “Chabaud y Rémy”, de 25 de septiembre de 1985, en los asuntos acumulados C-79 y 80/84.

En relación con las planteadas por el *Tribunal de Commerce de Melun*, la Sent. “Piszko”, de 25 de septiembre de 1985, en los asuntos acumulados C-114 y 115/84.

Para las remitidas por el *Tribunal de grande instance d’Orléans*, la Sent. “Gontier”, de 25 de septiembre de 1985, C-201/84.

Respecto de la enviada por el *Tribunal de grande instance de Versailles*, la Sent. “Héricotte”, de 25 de septiembre de 1985, C-215/84.

En relación con las remitidas por el *Tribunal de grande instance d’Avignon*, la Sent. “Girault”, de 25 de septiembre de 1985, C-202/84.

Respecto de las planteadas por el *Tribunal de grande instance de La Roche-sur-Yon*, la Sent. “Chiron”, de 6 de febrero de 1986, en los asuntos acumulados C-271 a 274/84, C-6/85 y C-7/85.

(Vid. JARVIS, M.A., “*The application of EC Law by national courts. The free movement of goods*”. Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 429).

²⁴⁶ En este caso, la cuestión había sido remitida por “*il Conseil de l’Ordre des avocats à la Cour de Paris*”.

que precisar convenientemente la noción de “órgano jurisdiccional”, ya que, no habiendo una definición en el Tratado, ha dado lugar, ante las dudas que algunos casos suscitaban, a una “lectura teleológica”²⁴⁷ de dicho precepto y, por consiguiente, a una determinada jurisprudencia por parte del TJUE.

El Tribunal de Justicia ha declarado que se trata de una noción de índole estrictamente comunitaria, esto es, de contenido no supeditado y, por tanto, autónomo, a lo que establezcan los derechos internos de los Estados que conforman la Unión Europea. O, dicho en otros términos, y como ha expresado FERNÁNDEZ SEGADO, que puede hablarse de “un concepto comunitario de *órgano jurisdiccional*”²⁴⁸.

La autonomía del concepto comunitario de “órgano jurisdiccional” fue afirmada, por primera vez, por el Tribunal de Justicia con ocasión de la Sent. “Vaasen-Göbbels”, de 30 de junio de 1966, C- 61/65²⁴⁹, lo que hace que algún autor (GROZDANOVSKI, TURMO), certeramente, haya dicho que se trata, además, de una “noción flexible”²⁵⁰.

El Tribunal de Justicia reconoce legitimación a cualquier órgano, aunque a nivel nacional no se le reconozca como jurisdiccional, si responde a los criterios materiales de jurisdicción. Aunque también es cierto que órganos considerados como “jurisdiccionales” desde el punto de vista del derecho nacional, el Tribunal de Justicia no los ha considerado tales, a los efectos

²⁴⁷ GROZDANOVSKI, L., & TURMO, A., “*Le juge national, interlocuteur privilégié de la Cour de justice de l’Union Européenne. Réflexions sur l’avis 1/09 et l’arrêt Miles c./ écoles européennes*”. *Revue Suisse de Droit International et Européen*, 22 Jahrgang, 3/2012, Schultess, p.489.

²⁴⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “*El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello*”. Conferencia pronunciada como “lección magistral” en el acto académico de investidura del autor como doctor honoris causa por la Universidad de Messina, en Messina (Italia), el 11 de noviembre de 2004. Posteriormente publicada en la *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/13/ard/ard2.htm>.

(Vid. también DANIELE, L., “*Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze*”. Cuarta edición, Giuffrè Editore, Milán, 2010, p.337).

²⁴⁹ MUÑIZ FERNÁNDEZ, P., “La cuestión prejudicial de validez e interpretación ante el Tribunal de Justicia”, en “*Procedimientos Administrativos y Judiciales de la Unión Europea*”, MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. (Dir.), *Economist & Jurist*, Madrid, 2012, p.90.

²⁵⁰ GROZDANOVSKI, L., & TURMO, A., “*Op. Cit.*”, pp. 489 y 492.

de aceptar la remisión por los mismos de una petición prejudicial. Precisamente a esto se refería el Abogado General GAND, en el asunto “Vaasen-Göbbels”, cuando manifestaba:

*“La organización judicial y administrativa de los Estados miembros, por más que se funda en conjunto en principios comunes, ha estado influida por contingencias históricas o concepciones jurídicas diversas. De este modo podría suceder que las necesidades de la interpretación y la aplicación uniformes del Tratado induzcan al Tribunal de Justicia a reconocer la cualidad de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 177 a un organismo al que la Ley de su país no atribuye expresamente dicho carácter”*²⁵¹.

El Tribunal de Justicia, como veremos a continuación, se ha limitado, y así lo señaló en su momento RUÍZ-JARABO COLOMER, a establecer unos criterios orientativos sobre lo que deba entenderse por “órgano jurisdiccional”²⁵², por lo que, como dijo el Abogado General TESAURO, a la hora de calificar a un órgano remitente como órgano jurisdiccional, el Tribunal de Justicia atribuye una importancia determinante no tanto al “nomen iuris” del órgano de que se trate, sino más bien a sus características materiales²⁵³.

En relación con esto, me referiré a la Sent. “Syfait”, de 31 de mayo de 2005, C-53/03²⁵⁴, la cual, en su apdo. 29, califica la noción de “órgano jurisdiccional” a los efectos del antiguo artículo 234 del TCE, como provista de ciertos elementos: A) el origen legal del órgano, B) su

²⁵¹ Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Joseph GAND el 17 de mayo de 1966.

²⁵² Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso RUÍZ-JARABO COLOMER, presentadas el 28 de junio de 2001, en relación con el caso “De Coster” (punto 13).

Queremos subrayar la importancia de estas Conclusiones, en las que se hace un análisis sobre la noción de “órgano jurisdiccional”. La excesiva flexibilidad que, en relación al mismo, ha mostrado el Tribunal de Justicia (pese a tratarse de una noción de orden público), incurre en un cierto atentado al principio de seguridad jurídica, al “adueñarse” el Tribunal de su propia competencia, faltando con ello al derecho de saber que tienen, tanto los jueces nacionales como los ciudadanos de la UE, quiénes son los que, con una cierta previsibilidad, pueden ser considerados órganos jurisdiccionales a los efectos del actual artículo 267 del TFUE.

²⁵³ Conclusiones del Abogado General Sr. Giuseppe TESAURO, presentadas el 15 de mayo de 1997, en el asunto “Dorsch Consult” (punto 23).

²⁵⁴ Vid. CASTILLO DE LA TORRE, F., “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Crónica de Jurisprudencia Mayo-Agosto 2005”. RDCE, número 22, septiembre-diciembre de 2005, pp. 1054-1055.

permanencia, C) el carácter obligatorio de su jurisdicción, D) el carácter contradictorio del procedimiento, E) la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y F) su independencia.

Sigue con ello el criterio jurisprudencial establecido, por primera vez, por la Sent. “Vaasen-Göbbels”, y enunciado posteriormente, de modo más concreto, por la Sent. “Dorsch Consult”, de 17 de septiembre de 1997, C-54/96²⁵⁵.

Dado su carácter cumulativo, el hecho de que cualquiera de estos elementos pueda no concurrir hace que el Tribunal de Justicia se declare incompetente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, como ocurrió, además de en alguna de las mencionadas²⁵⁶, en la Sent. “Job Centre”, de 19 de octubre de 1995, C-111/94.

²⁵⁵ Este criterio fue continuado, *ex plurimis*, por la Sent. “Jokela y Pitkäranta”, de 22 de octubre de 1998, en los asuntos acumulados C-9/97 y C-118/97; Sent. “Gabalfrisa”, de 21 de marzo de 2000, en los asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98; Sent. “Österreichischer Gewerkschaftsbund”, de 30 de noviembre de 2000, C-195/98, aptdo. 24; Sent. “Salzmann”, de 14 de junio de 2001, C-178/99, aptdo. 13; A. “HSB-Wohnbau”, de 10 de julio de 2001, C-86/00; Sent. “Lutz”, de 15 de enero de 2002, C-182/00, aptdo. 12; Sent. “Schmid”, de 30 de mayo de 2002, C-516/99, aptdo. 34; Sent. “Standesamt Stadt Niebüll”, de 27 de abril de 2006, C-96/04, aptdo. 12; Sent. “Häupl”, de 14 de junio de 2007, C-246/05, aptdo. 16; Sent. “Österreichischer Rundfunk (ORF)”, de 18 de octubre de 2007, C-195/06; A. “Pilato”, de 14 de mayo de 2008, C-109/07, aptdo. 22; Sent. “Umweltanwalt von Kärnten”, de 10 de diciembre de 2009, C-205/08; Sent. “Cartesio”, de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, aptdo. 55; Sent. “Grillo Star”, de 19 de abril de 2012, C-443/09, aptdo. 20; Sent. “Westbahn Management”, de 22 de noviembre de 2012, C-136/11, aptdo. 27; Sent. “Epitropos”, de 19 de diciembre de 2012, C-363/11, aptdo. 18; Sent. “Sky Österreich”, de 22 de enero de 2013, C-283/11, aptdo. 26; Sent. “Belov”, de 31 de enero de 2013, C-394/11, aptdo. 38; A. “MF 7”, de 14 de noviembre de 2013, C-49/13, aptdo. 15; Sent. “Baláz”, de 14 de noviembre de 2013, C-60/12, aptdo. 32; o Sent. “Ascendi Beiras Litoral e Alta”, de 12 de junio de 2014, C-377/13, aptdo. 23, entre otros pronunciamientos del Tribunal de Justicia a este respecto.

²⁵⁶ De este modo, el A. “HSB-Wohnbau” se dictó con ocasión de unas cuestiones que se suscitaron en el marco de una solicitud, presentada por la sociedad alemana “HSB-Wohnbau GMBH”, constituida en 1988, con domicilio social en Sinsheim, e inscrita en el Registro Mercantil del *Amtsgericht Heidelberg*.

En agosto de 1999 todas las participaciones de esta sociedad se transmitieron a la sociedad “Paradies-Sonne-Meer, S.L.”, inscrita en España, que es, desde entonces, socio único. De modo paralelo, la junta general de “HSB-Wohnbau, GmbH” decidió cesar todas sus actividades en Alemania y ejercerlas a partir de ese momento en España, así como trasladar el domicilio social a Orihuela-Costa (Alicante, España).

En diciembre de 1999 “HSB-Wohnbau, GmbH” presentó ante el *Amtsgericht Heidelberg* su solicitud de que se inscribiera en el Registro Mercantil alemán el traslado del domicilio social a España. El *Amtsgericht Heidelberg*, de acuerdo con la “teoría del domicilio social”, denegó la solicitud, dictaminando que una sociedad solo tiene existencia jurídica cuando tiene su domicilio social real en el país conforme a cuyo Derecho fue constituida. Lo que significa que el

traslado de una sociedad al extranjero entraña obligatoriamente su disolución y liquidación, es decir, la pérdida de su personalidad jurídica en Alemania.

El *Amtsgericht Heidelberg* consideró que la legislación alemana en este sentido podría ser contraria al Derecho Comunitario y, en concreto, a los artículos 43 y 48 del TCE, relativos al derecho de establecimiento de las sociedades, por lo que decidió plantear dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia (apdo. 11) recuerda que:

“conforme a reiterada jurisprudencia, resulta del artículo 234 del TCE que los órganos jurisdiccionales nacionales sólo pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie si ante ellos está pendiente un litigio y si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional”.

En el caso de autos, el Tribunal de Justicia, puesto que de la resolución de remisión efectuada por el *Amtsgericht Heidelberg*, se desprende que la cuestión prejudicial se plantea en su calidad de autoridad encargada de la llevanza del Registro Mercantil y en un procedimiento relativo a una inscripción en dicho Registro, es claro que el mismo está actuando en el ejercicio de una función no jurisdiccional.

En la Sent. “Salzmann” se resume lo que venimos diciendo cuando, en su apdo. 15, dice, refiriéndose al “Bezirksgericht” –o Juzgado de Distrito-:

“Así pues, cuando actúa en calidad de autoridad administrativa, sin que deba al mismo tiempo resolver un litigio, no se puede considerar que el órgano remitente ejerce una función jurisdiccional, aunque cumpla los demás requisitos citados en el apartado 13 de la presente sentencia”.

Efectivamente esto era así porque, en el caso de autos, el *Bezirksgericht Bregenz* (Austria) se encontraba examinando una solicitud de inscripción en el Registro de la Propiedad de un contrato de compraventa de un bien inmueble, no resolviendo sobre un litigio sino que debía únicamente pronunciarse sobre la conformidad de la solicitud con los requisitos que establecía la normativa nacional austriaca para inscribir derechos de propiedad en el Registro de la Propiedad.

Y, de igual forma, en la Sent. “Lutz”, en la que, en su apdo. 15, se expresa lo siguiente, refiriéndose al *Landesgericht Wels* (Austria):

“De los autos se desprende que, cuando resuelve en calidad de Handelsgericht según las disposiciones nacionales sobre obligaciones de publicidad de las cuentas anuales y del informe de gestión, el Landesgericht Wels no conoce de ningún litigio, sino que se limita a llevar un registro mercantil y de sociedades (...). Además, nada consta en los autos que indique que ante el Landesgericht Wels pende un litigio entre Lutz y otros y una posible parte demandada”.

De este modo, en su apdo. 16, concluye diciendo que:

“Por consiguiente, debe declararse que, al realizar dicha actividad, el Landesgericht Wels ejerce una función no jurisdiccional”.

Y, por tanto:

Algunos autores (GROZDANOVSKI, TURMO)²⁵⁷ mantienen, sin embargo, que estos criterios adoptados por el TJUE para calificar la noción de “órgano jurisdiccional” a los efectos que nos ocupan, no tienen carácter cumulativo, y tampoco presentan todos la misma importancia, poniendo como ejemplo de ello la Sent. “Grillo Star” (C-443/09).

Por otra parte, la apreciación del Tribunal de Justicia es global y parece privilegiar elementos *materiales y procedimentales* –excepto, quizás, el del carácter contradictorio del procedimiento²⁵⁸–, mientras que los criterios puramente *orgánicos*, como la permanencia del órgano, son raramente decisivos (Sent. “Österreichischer Rundfunk (ORF)”, de 18 de octubre de 2007, C-195/06; A. “Merck Canada”, de 13 de febrero de 2014, C-555/13, aptdo. 24).

Analizaremos, a continuación, cada uno de dichos criterios, con el objetivo de alcanzar algunas conclusiones a este respecto.

7.1. El origen legal del órgano

El órgano en cuestión debe tener un origen legal o, al menos, estar sometido al control de los poderes públicos, o bien el recurso a este órgano debe estar impuesto por la ley (NAÔMÉ)²⁵⁹.

Como consecuencia de este aspecto, el Tribunal de Justicia ha considerado órganos jurisdiccionales, a los efectos del artículo 267 del TFUE, pese a las reticencias que o surgieron o podrían haberse suscitado, los siguientes:

En Países Bajos, la *Commissie van Beroep Huisartsgeneeskunde te Den Haag*, es decir, la Comisión de Apelación en materia de medicina general de La Haya (Sent. “Broekmeulen”, de 6 de octubre de 1981, C-246/80, aptdos. 9 y 16)²⁶⁰.

“(…) el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por el *Landesgericht Wels*, cuando actúa en su calidad de *Handelsgericht* en lo que atañe a la llevanza del registro de comercio y de sociedades” (aptdo. 17).

²⁵⁷ GROZDANOVSKI, L., & TURMO, A., “*Op. Cit.*”, p. 490.

²⁵⁸ Sent. “Cartesio”, de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, aptdo. 56.

²⁵⁹ NAÔMÉ, C., “*Le renvoi préjudiciel en droit européen. Guide pratique*”. 2º Edición. Éditions Larcier, Bruxelles, 2010, pp. 95-97.

²⁶⁰ Aunque dicho Estado había manifestado que la Comisión de Apelación no podía considerarse como un órgano jurisdiccional a los efectos del derecho neerlandés (aptdo. 11), lo cierto es que la composición de la Comisión de Apelación supone una marcada participación de

En Dinamarca, el *Faglige Voldgiftsret*, es decir, el Tribunal de Arbitraje Laboral (Sent. “Danfoss”, de 17 de octubre de 1989, C-109/88, aptdos. 7 a 9)²⁶¹.

En Bélgica, el *Conseil d'appel d'expression française de l'ordre des Architectes de Liège* (Sent. “Dreessen”, de 9 de agosto de 1994, C-447/93)²⁶².

las autoridades públicas neerlandesas (aptdo. 9) y que, como dice el TJUE en el aptdo. 16 de la sentencia, “*si, con arreglo al sistema jurídico de un Estado miembro, se confía a un organismo profesional que actúa bajo una cierta tutela administrativa, la aplicación de las disposiciones adoptadas por las Instituciones de 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*”.

²⁶¹ “*Por lo que respecta a la cuestión de si el Tribunal de arbitraje laboral constituye un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el sentido del artículo 177 del Tratado, procede subrayar, en primer lugar, que, según el artículo 22 de la Ley danesa n° 317, de 13 de junio de 1973, relativa al Tribunal de trabajo, los litigios que surjan entre las partes de los convenios colectivos —a falta de disposiciones especiales en dichos convenios— se someterán al procedimiento tipo establecido por la Confederación patronal y la Federación de empleados. En tal caso, un Tribunal de arbitraje laboral resuelve el litigio en última instancia. Cualquiera de las partes pueden someter el litigio a este Tribunal, no importando que la otra se oponga. De ello resulta que la competencia del Tribunal no depende del acuerdo de las partes*” (aptdo. 7).

“*Hay que señalar, a continuación, que la misma disposición de la Ley citada regula la manera en que debe constituirse el Tribunal y, en especial, el número de miembros que las partes deben nombrar y el modo en que debe designarse el árbitro superior en caso de desacuerdo entre ellas. Así pues, la composición del Tribunal no queda a la libre decisión de las partes*” (aptdo. 8).

²⁶² Aunque no consta en la sentencia ninguna referencia explícita a este extremo, podría deducirse del aptdo. 7, ya que se refiere al artículo 10 de la Directiva 85/384/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985, para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos en el sector de la arquitectura, y que incluye medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios, según el cual cada EM (*se entiende que el órgano que se haya creado a tal fin*) reconocerá los diplomas, certificados y otros títulos, contemplados en el artículo 11, expedidos por los demás Estados miembros a los nacionales de los Estados miembros que ya están en posesión de tales calificaciones en la fecha de la notificación de la Directiva o hayan comenzado sus estudios sancionados por tales diplomas, certificados y otros títulos a más tardar en el tercer año académico siguiente a dicha notificación, incluso si no cumplen las exigencias mínimas de los títulos a que se refiere el Capítulo II, dándoles, en lo relativo al acceso a las actividades contempladas en el artículo 1, el mismo efecto en su territorio que a los diplomas, certificados y títulos que expide en el campo de la arquitectura.

En Italia, el *Consiglio Nazionale Forense* (Sent. “Gebhard”, de 30 de noviembre de 1995, C-55/94)²⁶³.

En Finlandia, la *Maaseutuelinkeinojen Valituslautakunta*, es decir, la Comisión de recursos sobre actividades rurales (Sent. “Jokela y Pitkäranta”, de 22 de octubre de 1998, asuntos acumulados C-9/97 y C-118/97, aptdos. 17 a 24)²⁶⁴.

En Austria, el *Bundeskommunikationssenat*, es decir, el órgano regulador en materia de comunicación (Sent. “Österreichischer Rundfunk (ORF)”, de 18 de octubre de 2007, C-195/06, aptdo. 20; Sent. “Sky Österreich”, de 22 de enero de 2013, C-283/11, aptdos. 12, 27 y 28)²⁶⁵; así como la *Schiene-Control Kommission*, o Comisión de Control Ferroviario (Sent. “Westbahn Management”, de 22 de noviembre de 2012, C-136/11, aptdo. 28)²⁶⁶ y el *Unabhängiger Verwaltungssenat*, que es un órgano administrativo encargado del control de legalidad de los actos de la Administración, así como instancia de apelación en materia de infracciones administrativas (Sent. “HI”, de 4 de marzo de 1999, C-258/97, aptdo. 18²⁶⁷; o Sent. “Baláz”, de 14 de noviembre de 2013, C-60/12, aptdo. 39).

En Polonia, la *Krajowa Izba Odwoławcza* (Sent. “Forposta y ABC Direct Contact”, de 13 de diciembre de 2012, C-465/11, aptdo. 18)²⁶⁸.

²⁶³ En este caso estamos ante una admisión implícita, pues no se trata expresamente este extremo, sino que se asume su carácter de órgano jurisdiccional desde el apartado 19 de la sentencia, entendiendo que el *Consiglio Nazionale Forense* es el encargado, según la ley italiana, de resolver el recurso a la sanción impuesta al abogado alemán Sr. Reinhard Gebhard por el Colegio de Abogados de Milán, consistente en la suspensión del ejercicio de la actividad profesional durante seis meses.

²⁶⁴ Debe destacarse, en primer lugar -dice el TJUE en el aptdo. 19 de la sentencia- que el *Maaseutuelinkeinojen Valituslautakunta* fue creado por la Ley finlandesa n. 1203/1992, de 4 de diciembre de 1992.

²⁶⁵ En el aptdo. 10 de la Sent. “Österreichischer Rundfunk” se dice que el *Bundeskommunikationssenat* se crea por la ley federal austriaca “Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria und eines Bundeskommunikationssenates”.

En la Sent. “Sky Österreich” se remite a la anterior Sent. “Österreichischer Rundfunk”.

²⁶⁶ Según expresa el aptdo. 13 de la sentencia del TJUE, y fue indicado oportunamente en los puntos 28 y 30 de las Conclusiones del Abogado General Nilo JÄÄSKINEN, presentadas el 7 de junio de 2012, el artículo 81, apartado 1, de la “Eisenbahngesetz” (Ley de Ferrocarriles) creó la *Schiene-Control Kommission*.

²⁶⁷ Véase el Punto 13 de las Conclusiones del Abogado General Antonio SAGGIO, presentadas el 1 de octubre de 1998, en relación con este asunto.

²⁶⁸ El TJUE, en el aptdo. 18 de su sentencia, señaló que:

En Portugal, el *Tribunal Arbitral Necessário* (A. “Merck Canada”, de 13 de febrero de 2014, C-555/13, aptdos. 19 y 22)²⁶⁹, y el “*Tribunal Arbitral Tributário -Centro de Arbitragem Administrativa-*” (Sent. “Ascendi Beiras Litoral e Alta”, de 12 de junio de 2014, C-377/13, aptdo. 24²⁷⁰).

7.2. El carácter obligatorio de su jurisdicción

El hecho de que el órgano nacional tenga jurisdicción para entender de determinados asuntos es suficiente para otorgarle legitimidad a los efectos de plantear una cuestión prejudicial; y ello aunque no concurra en el mismo el carácter de órgano jurisdiccional ordinario, ya que el hecho de que un EM haya optado, en el marco de su autonomía procesal, a atribuir

“En el presente caso, procede declarar que de los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que la Krajowa Izba Odwoławcza, órgano creado por la Ley de contratación pública, que tiene competencia exclusiva para conocer en primera instancia de los litigios surgidos entre operadores económicos y entidades adjudicadoras, y cuyo funcionamiento regulan los artículos 172 a 198 de dicha Ley, constituye un órgano jurisdiccional, en el sentido del artículo 267 TFUE, cuando ejerce las competencias recogidas en dichas disposiciones, como sucede en el litigio principal. A este respecto es irrelevante la circunstancia de que dicho órgano jurisdiccional pueda tener atribuidas, en virtud de otras disposiciones, funciones de carácter consultivo”.

²⁶⁹ Este tribunal se crea por Ley 62/2011, de 12 de diciembre.

²⁷⁰ El aptdo. 24 de esta Sentencia 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. Por otra parte, el artículo 1 del Decreto-ley n° 10/2011, de 20 de enero de 2011, relativo al régimen jurídico del arbitraje tributario, establece que el arbitraje tributario constituye un medio alternativo de resolución jurisdiccional de litigios en materia tributaria para apreciar la legalidad de la liquidación de cualquier impuesto”.

Efectivamente, el artículo 209 de la Constitución Portuguesa de 25 de abril de 1976, que se intitula “de las categorías de Tribunales”, expresa lo siguiente en su punto 2:

“2.- Pueden existir Tribunales marítimos, Tribunales arbitrales y Juzgados de Paz”.

A propósito de este asunto, en el punto 17 de las Conclusiones del Abogado General SZPUNAR, presentadas el 8 de abril de 2014, se dice que el *Tribunal Arbitral Tributário* no forma parte del sistema general de órganos jurisdiccionales y administrativos en Portugal, sino que constituye “un medio alternativo de resolución jurisdiccional de litigios en materia fiscal”.

Con posterioridad, el *Tribunal Arbitral Tributário* ha vuelto a plantear otra cuestión prejudicial (Sent. “Lisboagás GDL”, de 11 de junio de 2015, C-256/14).

competencia sobre un cierto tipo de litigios a un organismo en particular, y no a un órgano jurisdiccional, no empece para que pueda recibir el mismo tratamiento a los efectos de considerar admisible la remisión que pueda hacer de una cuestión prejudicial (Sent. “Broekmeulen”, de 6 de octubre de 1981, C-246/80, aptdo. 16).

Lo relevante es el carácter vinculante de la resolución que emane de dicho órgano, como contrapuesto a lo que sería una decisión meramente consultiva²⁷¹.

Como ocurrió en la Sent. “Danfoss” (C-109/88) y en el A. “Merck Canada” (C-555/13) –resoluciones a las que, más adelante, me referiré con mayor detalle-, el tribunal, de carácter arbitral, tenía un origen legal, siendo sus resoluciones vinculantes, y además su competencia no dependía de la existencia de un acuerdo entre las partes.

En el mismo sentido podemos citar la Sent. “Ascendi Beiras Litoral e Alta” (C-377/13), la cual, en su aptdo. 29, se expresa del siguiente modo:

“Por ello, tal y como puso de manifiesto el Abogado General en los puntos 28 y 40 de sus conclusiones, el Tribunal Arbitral Tributário, cuyas decisiones son vinculantes para las partes en virtud del artículo 24, apartado 1, del Decreto-Ley nº 10/2011, se distingue de un órgano arbitral en sentido estricto. En efecto, su competencia resulta directamente de las disposiciones del Decreto-ley nº 10/2011, no estando, por ello, subordinada a la previa expresión por las partes de la voluntad de someter sus diferencias a arbitraje (véase, por analogía, la Sent. Danfoss, 109/88, aptdo. 7). Así, cuando el contribuyente recurrente somete su discrepancia al arbitraje tributario, la competencia del Tribunal Arbitral Tributário tiene, conforme al artículo 4, apartado 1, del Decreto-Ley nº 10/2001, carácter obligatorio para la autoridad tributaria y aduanera”.

7.3. La independencia de dicho órgano jurisdiccional

El concepto de “independencia”, como inherente a la función de juzgar, implica que el órgano de que se trate tenga la calidad de tercero respecto a la autoridad que haya adoptado la decisión recurrida²⁷², de modo que no

²⁷¹ MUÑIZ FERNÁNDEZ, P., “La cuestión prejudicial de validez e interpretación ante el Tribunal de Justicia”, en *“Procedimientos Administrativos y Judiciales de la Unión Europea”*, MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. (Dir.), Economist & Jurist, Madrid, 2012, pp. 91-92.

²⁷² Sent. “Pretore di Salò”, de 11 de junio de 1987, C-14/86, aptdo. 7; Sent. “Corbiau”, de 30 de marzo de 1993, C-24/92, aptdo. 15; Sent. “Abrahamsson y Anderson”, de 6 de julio de 2000, C-407/98, aptdo. 32; Sent. “Schmid”, de 30 de mayo de 2002, C-516/99, aptdo. 36; Sent.

tenga ningún vínculo orgánico con dicha autoridad, salvo que el contexto jurídico nacional pueda garantizar la separación funcional entre, por una parte, los servicios de la administración cuyas resoluciones se impugnan y, por otra parte, la autoridad que resuelve las reclamaciones presentadas contra las resoluciones de dichos servicios, sin recibir instrucción alguna de la administración de cuyos servicios dependen²⁷³.

Por tanto, se prima el criterio *funcional* sobre el *estructural*, es decir la existencia de salvaguardas suficientes que eviten la posibilidad de presiones por parte del Poder Ejecutivo, en el que, en principio, podría considerarse incluido el órgano en cuestión; aspecto éste que se ha considerado por la doctrina (ANAGNOSTARAS) como un “paso en la dirección correcta”²⁷⁴.

A fin de considerar la independencia del órgano remitente, la jurisprudencia exige que los casos de cambio o destitución de los miembros del organismo deban ser determinados por disposiciones legislativas expresas²⁷⁵.

Según algunos autores, entre los criterios que adopta el Tribunal de Justicia, el de la independencia del órgano parece revestir una gran importancia²⁷⁶. Por esa razón, cuando falla este requisito, no se lleva a cabo

“Wilson”, de 19 de septiembre de 2006, C-506/04, aptdo. 49; Sent. “Epitropos”, de 19 de diciembre de 2012, C-363/11, aptdo. 20; Sent. “H.I.D.”, de 31 de enero de 2013, C-175/11, aptdo. 95; Sent. “Ascendi Beiras Litoral e Alta”, C-377/13, aptdos. 31 y 32.

Por esta circunstancia considera el TJUE como órgano jurisdiccional, a los efectos que nos ocupan, en la Sent. “Abrahamsson y Anderson”, al “*Överklagandenämnden för Högskolan*” (Junta Universitaria), de Suecia.

²⁷³ Sent. “Köllensperger y Atzwanger”, de 4 de febrero de 1999, C-103/97, aptdo. 23; Sent. “Schmid”, C-516/99, aptdo. 37.

²⁷⁴ ANAGNOSTARAS, G., “*Preliminary problems and jurisdiction uncertainties: the admissibility of questions referred by bodies performing quasi-judicial functions*”. European Law Review, diciembre 2005, p.885.

²⁷⁵ Sent. “Jokela y Pitkäranta”, de 22 de octubre de 1998, asuntos acumulados C-9/97 y C-118/97, aptdo. 20; Sent. “Schmid”, antes citada, aptdo. 41; A. “Pilato”, de 14 de mayo de 2008, C-109/07, aptdo. 24; A. “MF 7”, de 14 de noviembre de 2013, C-49/13, aptdos. 23 y 24.

De este modo, en la Sent. “Jokela y Pitkäranta”, el Tribunal de Justicia, como hemos dicho más arriba, consideró órgano jurisdiccional, a los efectos del artículo 267 del TFUE, al “*Maaseutuelinkeinojen Valituslautakunta*” (Comisión de Recursos sobre Actividades Rurales), de Finlandia.

²⁷⁶ ANAGNOSTARAS, G., “*Op. Cit.*”, pp.883-884; GROZDANOVSKI, L., & TURMO, A., “*Op. Cit.*”, p.490.

un análisis mayor por ver si concurren los restantes elementos que califican al órgano en cuestión como jurisdiccional (A. “Devillers”, de 28 de noviembre de 2013, C-167/13²⁷⁷).

7.4.- El carácter contradictorio del procedimiento

Nos encontramos ante un requisito que, como ha manifestado el Tribunal de Justicia, no tiene el carácter de absoluto²⁷⁸ pues, como también se ha encargado aquél de recordar, podrían admitirse cuestiones que procedan de órganos que no estén sometidos a un procedimiento de estas características (Sent. “Cartesio”, de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, aptdo. 61).

7.5. Análisis del caso y algún pronunciamiento sorprendente

En los epígrafes anteriores, se ha hecho alusión a los rasgos genéricos de lo que se entiende por “órgano jurisdiccional” a estos efectos. La jurisprudencia, en su labor de interpretación, ha dado lugar a determinadas inclusiones -y también a exclusiones-, y con ello a pronunciamientos que no han dejado de causar cierta sorpresa y, por consiguiente, generado aceradas críticas, por la inseguridad jurídica a que conducía este excesivo casuismo, el cual parece estar informado por un criterio de amplia flexibilidad²⁷⁹.

Ahora bien, hay que señalar que en ocasiones el problema no tiene que ver con el órgano en sí, sino con las funciones que desempeña en un caso dado (lo que puede hacer necesario “*verificar cuál es la naturaleza específica de las funciones que ejerce en el contexto normativo particular en el que se ve obligado a pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie*”, como dice el aptdo. 23 del A. “ANAS”, de 26 de noviembre de 1999, C-192/98, o el aptdo. 41 de la Sent. “Belov”, de 31 de enero de 2013, C-394/11). Ello puede llevar al Tribunal de Justicia, finalmente, a la conclusión de que el órgano nacional no está actuando en dicha ocasión como órgano jurisdiccional sino, a lo mejor, como órgano administrativo (Sent. “Salzmann”, de 14 de junio de 2001, C-178/99²⁸⁰; Sent. “Belov”, C-394/11,

²⁷⁷ Por esta razón el Tribunal de Justicia no consideró órgano jurisdiccional al “*Conseil regional d’expression française de l’ordre des médecins vétérinaires*”, de Bélgica.

²⁷⁸ Sent. “Dorsch Consult”, de 17 de septiembre de 1997, C-54/96, aptdo. 31; Sent. “Gabalfrisa”, de 21 de marzo de 2000, C-110/98 a C-147/98, aptdo. 37; Sent. “De Coster”, de 29 de noviembre de 2001, C-17/00, aptdo. 14; Sent. “H.I.D.”, C-175/11, aptdo. 88.

²⁷⁹ ANAGNOSTARAS, G., “*Op. Cit.*”, p. 884.

²⁸⁰ Aptdo. 15.

aptdo. 51), o también puede suceder al contrario (Sent. “Giant”, de 19 de marzo de 1991, C-109/90²⁸¹).

La cuestión tratada no es baladí, sobre todo si tenemos en cuenta que el TJUE ha contestado a cuestiones prejudiciales planteadas por órganos que, en el caso concreto de España, no forman parte del Poder Judicial, como es el caso del Tribunal de Defensa de la Competencia y el de los Tribunales Económico-Administrativos.

En el caso de la Sent. “Syfait”²⁸², el Tribunal de Justicia no respondió a las cuestiones que le habían sido planteadas ya que, tras el examen de las características del órgano remitente (el EA -“*Epitropi Antagonismou*”- o Comisión de la Competencia en Grecia), llegó a la conclusión de que no se trataba de un órgano jurisdiccional de un EM a los efectos del artículo 234 del TCE. Efectivamente, la cuestión de su competencia es algo que ha de ser examinado de oficio por el Tribunal de Justicia antes de proseguir para contestar a las cuestiones prejudiciales planteadas.

Analizando en su totalidad los factores que fueron examinados, el TJUE estimó que el EA no tenía naturaleza de órgano jurisdiccional y, por tanto, no era competente para responder a las cuestiones prejudiciales que el mismo le había planteado, ya que, entre otras razones, no se trataba de un órgano independiente, esto es, no era un tercero respecto de la Administración u Órgano que adoptó la decisión impugnada (Sent. “Corbiau”, de 30 de marzo de 1993, C-24/92), por lo que no existía garantía de que no hubiera influencias o presiones por parte del Poder Ejecutivo.

El hecho de la propia composición del EA, así como que la revocación o anulación del nombramiento de sus miembros pudiera hacerse en cualquier

En este caso, como señalaron la Comisión, el Gobierno español y el Gobierno austriaco, el “*Bezirksgericht Bregenz*” (Austria) actuaba en calidad de tribunal encargado de la llevanza del Registro de la Propiedad, de modo que debía comprobar si las solicitudes de inscripción en el Registro de los títulos de propiedad cumplían los requisitos legales.

²⁸¹ En este asunto, el Abogado General JACOBS, en sus Conclusiones, presentadas el 7 de febrero de 1991, dictaminó que la tarea de la *Bestendige Deputatie* era fundamentalmente administrativa, pero, por razones históricas, también era competente para dirimir litigios relativos a impuestos municipales (punto 6), por lo que dijo no dudar de que dicho órgano debía considerarse como un órgano jurisdiccional de un EM en el sentido del (antiguo) artículo 177 del TCE (punto 8).

²⁸² ANAGNOSTARAS, G., “*Op. Cit.*”, pp. 878-890.

momento, eran datos que no abonaban la tesis de una independencia que se considera imprescindible y, por definición, consustancial a cualquier órgano jurisdiccional.

El Abogado General JACOBS defendió, sin embargo, en sus Conclusiones²⁸³ que no había razones suficientes para negar el carácter jurisdiccional del EA, pues éste cumplía muchos de los criterios considerados necesarios por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por lo que revestía un carácter lo suficientemente jurisdiccional como para ser considerado, valga la redundancia, una jurisdicción a los efectos del artículo 234 del TCE.

No podía olvidarse tampoco, como oportunamente argumentó JACOBS en el punto 35 de sus Conclusiones, que en el pasado había sido admitida por el TJUE la posibilidad de planteamiento de una cuestión prejudicial por una autoridad nacional que resolvía en asuntos de Competencia, en concreto, el Tribunal de Defensa de la Competencia español (Sent. “Dirección General de Defensa de la Competencia y Asociación Española de Banca Privada”, de 16 de julio de 1992, C-67/91)²⁸⁴.

Apoyaba su opinión con algunas razones de índole esencialmente práctica (punto 45) y, entre ellas, la de “economía procesal”, que JACOBS formulaba diciendo que el hecho de que se plantee una cuestión prejudicial en la fase más temprana posible sería conveniente, pues así se evitaría la necesidad de un procedimiento posterior ante un tribunal de revisión.

Este motivo podría suscribirlo -por lo que más adelante diré respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de la Administración Pública-, incluso, y por la misma razón, podría compartir otro de los motivos de su argumentario, y es el de que *“resulta, como mínimo, razonable afirmar que una autoridad en materia de competencia especializada, con características jurisdiccionales, puede estar en mejor situación para determinar las cuestiones pertinentes de Derecho comunitario de la competencia que un tribunal generalista encargado de la revisión de las resoluciones de dicho órgano en una fase posterior”*.

Aunque pueda resultar censurable, desde el punto de vista de la coherencia, porque del mismo se derivarían consecuencias contradictorias con la configuración actual de la cuestión prejudicial, que es la de que solo los

²⁸³ Presentadas el 28 de octubre de 2004.

²⁸⁴ ANAGNOSTARAS, G., “Op. Cit. ”, p. 881.

órganos con carácter jurisdiccional puedan dirigirse al TJUE, lo que parece cierto es que ciertos órganos administrativos, por la especialización que comporta su ámbito de competencia, puede encontrarse mejor situado que un órgano judicial contencioso-administrativo para delimitar con mayor conocimiento una cuestión prejudicial (p.e., la OEPM, o los Departamentos de Aduanas e Impuestos Especiales de la AEAT).

También en Grecia, ha ocurrido algo similar con el “Elegktiko Synedrio” (Sent. “Antonopoulos” de 19 de diciembre de 2012, C-363/11²⁸⁵).

En el caso de los Tribunales Económico-Administrativos de España y, pese a la controversia que suscitaba en la doctrina su carácter jurisdiccional, pues la independencia a la hora de resolver un asunto sobre el que tuvieran que pronunciarse y el carácter contradictorio de su procedimiento eran cuestionados, sin embargo, como se ha dicho antes, el TJUE aceptó su carácter jurisdiccional, en concreto el del Tribunal Económico-Administrativo Central de Madrid (Sent. “Iberlacta y Diversinte”, de 1 de abril de 1993, en los asuntos acumulados C-260/91 y C-261/91)²⁸⁶.

Otro ejemplo de pronunciamiento jurisprudencial del TJUE sobre esta cuestión lo constituye la Sent. “Walter Schmid”, de 30 de mayo de 2002, C-516/99, en la que el Tribunal de Justicia se declaró incompetente para responder a las cuestiones prejudiciales que le habían sido remitidas.

En esta sentencia, siguiendo el criterio del Abogado General TIZZANO, se consideró que la Sala Quinta de Recurso de la Dirección Regional de Hacienda de Viena, Baja Austria y Burgenland (“*Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland*”) no es un órgano jurisdiccional en el sentido del (antiguo) artículo 234 del TCE, puesto que en él no se cumple el requisito de independencia.

²⁸⁵ En este caso el TJUE afirma que la competencia del órgano en cuestión, habida cuenta la competencia en cuyo contexto se formula la petición de decisión prejudicial, guarda relación con el “control” previo de los gastos del Estado y, comoquiera que debe apreciar la legalidad presupuestaria de los gastos públicos y adoptar una decisión, la misma carece de fuerza de cosa juzgada.

Por otra parte, el TJUE señala que se ha acreditado en la vista que el interesado (el Sr. Antonopoulos), como beneficiario del gasto discutido, no es parte en el procedimiento nacional, ocupando una posición de simple observador.

²⁸⁶ La cuestión hoy día es incontrovertible con órganos similares, como en Italia ocurre con las “*Commissioni Tributarie Provinciali*” (A. “Calestani y Lunardi”, de 13 de enero de 2010, en los asuntos acumulados C-292/09 y C-293/09). Sus resoluciones son recurribles ante las “*Commissioni Tributarie Regionali*” y las emanadas de estas últimas en casación ante la “*Corte di Cassazione*” por los motivos previstos en el artículo 360 del *Codice di Procedura Civile* italiano.

En efecto, el Tribunal de Justicia considera que existe un vínculo orgánico, ya que consta que dos de los cinco miembros de la Sala de Recurso pertenecen a la Administración Tributaria, siendo significativo que el Presidente de la Dirección Regional de Hacienda sea legalmente miembro de la Sala de Recurso, en la que ejerce las funciones de presidente. Por otra parte, existe un vínculo funcional, ya que el funcionario de la Dirección Regional de Hacienda, que es el segundo miembro de la Sala de Recurso, procede de la Administración Tributaria, y continúa ejerciendo sus actividades en el seno de dicha administración y, por lo tanto, está sujeto a las instrucciones de sus superiores jerárquicos.

Al igual que ocurría en el caso de la Sent. “Syfait”, anteriormente mencionada, en ésta se concluye que:

“(…) a falta de disposición legal expresa que determine la duración del mandato de los miembros de las Salas de Recurso y que precise los casos de revocación, no puede considerarse que estos últimos dispongan de garantías suficientes contra intervenciones o presiones indebidas por parte del Poder Ejecutivo”.

También en relación con Austria, se ha considerado, sin embargo, que tiene el carácter de órgano jurisdiccional el “*Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission*” (OBDK), según establece la Sent. “Koller”, de 22 de diciembre de 2010 (C-118/09), que dice incluso que dado que sus resoluciones no pueden ser impugnadas con los recursos ordinarios de derecho interno, se trataría de un órgano obligado a someter la cuestión prejudicial²⁸⁷.

Lo mismo le ocurrió al “*Tiroler Landesvergabeamt*”, en el Land austriaco del Tirol, en el que el Tribunal de Justicia (Sent. “Köllensperger y Atzwanger” de 4 de febrero de 1999, C-103/97), pese a las dudas y objeciones planteadas por la Comisión, y contra el criterio manifestado por el Abogado General SAGGIO en sus conclusiones (punto 30), acaba otorgando carácter de órgano jurisdiccional al organismo citado, el cual tenía competencia para resolver los recursos planteados en el marco de los

²⁸⁷ En sus Conclusiones (punto 52), la Abogada General VERICA TRSTENJAK hace un pormenorizado análisis del órgano en cuestión (OBDK) para acabar diciendo que se trata de un órgano jurisdiccional y, por tanto, que está legitimado para someter una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros de obras y de concesión de obras²⁸⁸.

En Suecia, el Tribunal de Justicia, en contra de la opinión mostrada en sus Conclusiones por el Abogado General SAGGIO, ha otorgado el carácter de órgano jurisdiccional al “*Överklagandenämnden för Högskolan*” en la Sent. “Abrahamsson y Anderson”, de 6 de julio de 2000 (C-407/98), pese a reconocer que se trata de una autoridad administrativa. Sin embargo, ha señalado que está investida de una función jurisdiccional, que aplica normas jurídicas y que el procedimiento ante él es de naturaleza contradictoria²⁸⁹; que se pronuncia sin recibir ninguna instrucción y con total imparcialidad sobre los recursos contra determinadas resoluciones adoptadas en el seno de las Universidades y de las Escuelas Superiores²⁹⁰ y que, por tanto, dichas garantías le confieren la calidad de tercero en relación con las instancias que han adoptado la resolución que es objeto de recurso y la independencia necesaria para ser considerado un órgano jurisdiccional²⁹¹.

Hay que hacer una importante objeción a este órgano (y, con ello, subrayar también el “lapsus” de incoherencia en que incurre en su sentencia el Tribunal de Justicia), si es que rigurosamente hay que considerar a aquél como órgano jurisdiccional -pese al también admitido carácter administrativo- y es el referido a su composición. Efectivamente, estamos ante un órgano compuesto por ocho miembros, de los que el Presidente o el Vicepresidente deben ser –o deben haber sido- jueces titulares, y de entre sus miembros necesariamente tres deben ser juristas²⁹². Esto significa que cinco miembros no es necesario no solo que no sean jueces, sino que ni tan siquiera sean juristas, lo que cuestiona muy seriamente el concepto del

²⁸⁸ La Comisión planteaba que la ley tirolesa –“*Tiroler Gesetz über die Vergabe von Aufträgen*”- no contenía disposiciones específicas sobre la recusación y la abstención de los miembros del “*Tiroler Landesvergabeamt*”, y que esto no era compatible con el requisito de la independencia.

El aptdo. 25 de la Sentencia le otorga carácter de órgano jurisdiccional, colmando las lagunas que ofrece la ley tirolesa, e interpretando sus disposiciones, a la luz de la Ley General de Procedimiento Administrativo (“*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*”) y del artículo 20 de la Constitución Federal Austriaca.

²⁸⁹ Apto. 35 de la Sentencia.

²⁹⁰ Apto. 36 de la Sentencia.

²⁹¹ Apto. 37 de la Sentencia.

²⁹² Apto. 31 de la Sentencia.

instituto de la cuestión prejudicial tal como está concebido actualmente, es decir, como un “diálogo entre jueces”.

En España, en relación al “Tribunal de Defensa de la Competencia”, el cual presenta, según RUIZ JARABO COLOMER, los caracteres necesarios para que el Tribunal de Justicia admita la interposición de cuestiones prejudiciales (origen legal, independencia, permanencia, jurisdicción obligatoria en la esfera de sus competencias, procedimiento contradictorio y aplicación de normas jurídicas), el TJUE ha admitido y resuelto alguna cuestión prejudicial planteada por aquél (Sent. “Asociación Española de Banca Privada”, de 16 de julio de 1992, C-67/91).

En este caso el TJUE pecó de una cierta falta de rigor, ya que ni tan siquiera se planteó el hecho de que el Tribunal de Defensa de la Competencia -que pudiera tener un carácter administrativo por su adscripción al Ministerio de Economía y Hacienda- pudiera ser o no órgano jurisdiccional a los efectos de plantear una cuestión prejudicial, seguramente porque ninguna de las partes del proceso principal lo suscitó.

Sin embargo, un análisis de este extremo, como de oficio debería haber hecho, le habría llevado a la conclusión de que se trata de un órgano jurisdiccional, como se desprende del Preámbulo de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, así como de su artículo 20, en el que se dice que *“el Tribunal de Defensa de la Competencia... ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico”*.

¿Cuál es la consideración, a estos efectos, de los Juzgados de Instrucción?

El Tribunal de Justicia ha admitido su competencia para presentar cuestiones prejudiciales, ya que actúan en el marco general de su misión de juzgar, con independencia y conforme a Derecho, en asuntos sobre los cuales la ley les confiere competencia, en el marco de un procedimiento destinado a dictar una resolución jurisdiccional²⁹³, incluso aunque en el asunto en cuestión no sea competente para pronunciarse sobre el fondo del asunto (Sent. “Gozza”, de 3 de octubre de 2000, C-371/97)²⁹⁴.

²⁹³ Sent. “Châtain”, de 24 de abril de 1980, C-65/79; Sent. “Pretore di Salò”, de 11 de junio de 1987, C-14/86; A. “Saetti y Frediani”, de 15 de enero de 2004, C-235/02; Sent. “Dell’Orto”, de 28 de junio de 2007, C-467/05.

²⁹⁴ El Gobierno italiano alegó que las cuestiones prejudiciales eran inadmisibles debido a que habían sido formuladas por el *“Giudice istruttore del tribunale civile e penale”*, en este caso, el de Venecia, y que, por tanto, se trata de un juez que, según las normas procesales italianas, no es competente para pronunciarse sobre el fondo del asunto (aptdo. 29).

Respecto al Tribunal de Cuentas italiano (“*Corte dei Conti*”)²⁹⁵, el Tribunal de Justicia declaró que este órgano no tenía carácter jurisdiccional en el sentido que en ese momento indicaba el artículo 177 del TCE (A. “Radiotelevisione Italiana”, de 26 de noviembre de 1999, C-440/98) o, mejor dicho, que no disponía de ese carácter cuando se ocupaba de controlar los actos del gobierno o de la administración del Estado²⁹⁶.

El “*Consiglio di Stato*” italiano (Consejo de Estado -que en el derecho italiano tiene funciones de consulta, pero no solo, sino también de jurisdicción administrativa, ostentando la condición de tribunal supremo administrativo-)²⁹⁷, en el ámbito del recurso extraordinario al Jefe del

Sin embargo, la sentencia, en su aptdo. 30, dice que en atención al reparto de funciones entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, no incumbe a aquél verificar si la resolución por la que se le sometió el asunto fue adoptada de acuerdo con las normas procesales y de organización judicial del Derecho nacional; razón por la que acabó admitiendo las cuestiones prejudiciales planteadas (aptdo. 31).

²⁹⁵ El artículo 103, pfo. 2º, de la Constitución Italiana de 1948 dice que:

“El Tribunal de Cuentas tendrá jurisdicción en las materias de contabilidad pública y en las demás que la ley determine”.

(“*La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*”).

²⁹⁶ De este modo el aptdo. 15 de dicho Auto declara:

“*Orbene, dalle osservazioni presentate alla Corte risulta che la funzione di controllo successivo esercitata dalla Corte dei conti nel procedimento a quo è sostanzialmente una funzione di valutazione e di controllo dei risultati dell'attività amministrativa. Ne consegue che nello specifico contesto della domanda pregiudiziale in esame il detto organo non esercita funzioni giurisdizionali.*”

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia en el A. “ANAS”, de 26 de noviembre de 1999, C-192/98 (aptdo. 24).

Más recientemente, en la Sent. “Cicala”, de 21 de diciembre de 2011, C-482/10, deja el TJUE la cuestión en el aire, al desestimar su competencia por otro motivo, aunque ya la “Corte dei Conti” había argüido oportunamente, para defender su competencia en orden a plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo, que en el contexto del procedimiento principal ejercía funciones jurisdiccionales –y no actuaba como órgano administrativo- ya que en materia de pensiones ostenta una competencia exclusiva en cuanto al fondo y es competente para anular actos administrativos.

(Vid. DANIELE, L., “*Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze*”. Cuarta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2010, p. 338).

²⁹⁷ El artículo 103, pfo. 1º, de la Constitución italiana de 1948 dice:

Estado (“*Capo dello Stato*”), ha sido considerado como jurisdicción competente a los efectos del antiguo artículo 177 del Tratado (Sent. “Garofalo”, de 16 de octubre de 1997, en los asuntos acumulados C-69/96 a C-79/96²⁹⁸ y Sent. “CoNISMa”, de 23 de diciembre de 2009, C-305/08).

En el caso de Italia han sido también excluidos del concepto de jurisdicción tanto el Ministerio Fiscal –“*Procura della Repubblica*”-, en su cualidad de instructor (Sent. “Procura di Torino”, de 12 de diciembre de 1996, en los asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95²⁹⁹), aunque, en opinión de RUÍZ-

“El Consejo de Estado y los demás órganos de la justicia administrativa tienen jurisdicción para la protección frente a la Administración Pública de los intereses legítimos y, en ciertas materias que la ley indique, asimismo para la de los derechos subjetivos”.

(“Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”).

²⁹⁸ En este asunto el “*Consiglio di Stato*” plantea como primera cuestión prejudicial su propia competencia para presentar al Tribunal una cuestión prejudicial, y de este modo dice:

“Must the term “court or tribunal” in Article 177 of the Treaty be interpreted extensively so as to include not only judicial bodies specifically defined as such in national law but also bodies hearing contentious administrative proceedings characterized not only by impartiality, full exchange of argument and evidence between the parties and so forth but also by the fact that the decision cannot be revoked, amended or challenged by any other administrative or judicial authority?”.

La opinión del Abogado General RUÍZ-JARABO COLOMER, la cual se recoge en el apartado 25 de la Sentencia, es favorable, y dice:

“The Consiglio di Stato is a permanent, impartial and independent body whose members must satisfy the legal requirements of independence and impartiality, whether they are part of the advisory section or of the judicial section, and may not belong to both sections at the same time”.

Por otra parte, como menciona el aptdo. 26 de la Sentencia, el Tribunal, en un caso similar, había reconocido carácter de órgano jurisdiccional al “*Nederlandse Raad van State*” –Consejo de Estado de Países Bajos- (Sent. “*Nederlandse Spoorwegen*”, de 27 de noviembre de 1973, C-36/73).

(Vid. DANIELE, L., “*Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze*”. Cuarta edición, Giuffrè Editore, Milán, 2010, p. 338; MUÑIZ FERNÁNDEZ, P., “La cuestión prejudicial de validez e interpretación ante el Tribunal de Justicia”, en “*Procedimientos Administrativos y Judiciales de la Unión Europea*”, MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. (Dir.), Economist & Jurist, Madrid, 2012, p. 93).

²⁹⁹ De ahí que los aptdos. 17 a 20 de la Sentencia, en el asunto C-74/95, se pronuncien en el sentido de que:

JARABO³⁰⁰, que no comparto, podría resultar contradicho por la Sent. “Pretore di Salò”³⁰¹; como el Presidente del tribunal que se pronuncia en sede de jurisdicción voluntaria (Sent. “Job Centre”, de 19 de octubre de 1995, C-111/94).

En Francia, fue archivada la petición de decisión prejudicial realizada por el “*Conseil de l’ordre des avocats au barreau de Lille*” por actuar como autoridad administrativa, pero no jurisdiccional (A. “Razanatsimba”, de 15 de junio de 1977, C-3/77).

Recientemente, en Bélgica, de la “Comisión de autorización y control del Consejo Superior del Audiovisual de la Comunidad Francesa de Bélgica” (“*Collège d’autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l’audiovisuel de la Communauté française de Belgique*”) ha declarado el Tribunal de Justicia que no cumple los criterios que permiten apreciar que ese organismo tenga la naturaleza de “órgano jurisdiccional” en el sentido del artículo 267 del TFUE³⁰², pero sí que lo admitió en el caso del “*Collège Juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale*”³⁰³.

“ The Commission considers that the request in this case must be held inadmissible because the Procura della Repubblica is not a court or tribunal within the meaning of Article 177 of the Treaty.

The Court has held that reference may be made to it under Article 177 only by a body required to give a ruling in complete independence in proceedings which are intended to result in a judicial decision (...).

That is not the case here. As the Advocate General (RUIZ-JARABO COLOMER) has observed in points 6 to 9 of his Opinion, the role of the Procura della Repubblica in the main proceedings is not to rule on an issue in complete independence but, acting as prosecutor in the proceedings, to submit that issue, if appropriate, for consideration by the competent judicial body.

The Procura della Repubblica cannot, therefore, be regarded as a court or tribunal within the meaning of Article 177 of the Treaty, and its questions must be held inadmissible.”

³⁰⁰ Punto 42 de las Conclusiones presentadas en el asunto “De Coster”.

³⁰¹ Sentencia de 11 de junio de 1987 (C-14/86).

Efectivamente, en este supuesto, las funciones que desarrolla el “*pretore*” son tanto las de Ministerio Fiscal (como impulsor de la instrucción) como las de juez de instrucción (para dictar, en su caso, resolución de sobreseimiento de la causa) –apartado 6–, pero el Tribunal de Justicia reconoce que los “*pretori*” son jueces, “*aunque alguna de las funciones que corresponden a dicho órgano jurisdiccional en el procedimiento que ha suscitado la cuestión prejudicial no tenga carácter estrictamente jurisdiccional*”(aptdo. 7).

³⁰² Sent. “RTL Belgium”, de 22 de diciembre de 2010, C-517/09. En este caso fallaba el concepto de independencia del órgano en cuestión y, en definitiva, el de imparcialidad.

³⁰³ Sent. “De Coster”, de 29 de noviembre de 2001 (C-17/00).

El Tribunal de Justicia entendió en su momento –Sent. “Parfums Christian Dior”, de 4 de noviembre de 1997, C-337/95- que el Tribunal de Justicia del Benelux tenía la consideración de órgano jurisdiccional a los efectos del entonces artículo 234 del TCE –y ello aunque reuniera la especificidad de tratarse no de “un órgano jurisdiccional de uno de los Estados Miembros”, como decía el precepto indicado, sino de un órgano jurisdiccional común a varios Estados Miembros³⁰⁴.

Más recientemente, y pese a haberse intentado una extensión de este concepto –con la opinión favorable de la Comisión- que supone, en esencia, superar el carácter nacional de un órgano jurisdiccional como elemento de legitimidad para el planteamiento de una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia ha negado este carácter a la “Sala de Recursos de las Escuelas Europeas” (Sent. “Miles”, de 14 de junio de 2011, C-196/09)³⁰⁵.

7.6. ¿Puede un tribunal arbitral plantear una cuestión prejudicial?

Ya SOCINI afirmaba que no era posible, pues los árbitros no son, en rigor, órganos jurisdiccionales, al no disponer de competencia para juzgar determinados tipos de controversias, necesitando de un acto de la autoridad judicial que confiriese eficacia a sus decisiones; además de que tampoco puede predicarse de sus resoluciones el hecho de crear jurisprudencia³⁰⁶.

Aunque el TJUE, en distintas ocasiones³⁰⁷, ha negado la admisión de una cuestión prejudicial planteada por árbitros –lo que resulta contradictorio

³⁰⁴ Véase, sobre este particular, el apartado 82 del Dictamen 1/09 del Pleno del Tribunal de Justicia, de 8 de marzo de 2011.

³⁰⁵ Vid. GROZDANOVSKI, L., & TURMO, A., “*Op. Cit.*”, pp. 487-503.

³⁰⁶ SOCINI, R., “*Op. Cit.*”.

³⁰⁷ Sent. “Nordsee”, de 23 de marzo de 1982, C-102/81; Sent. “Broekmeulen”, de 6 de octubre de 1981, C-246/80; Sent. “Eco Swiss”, de 1 de junio de 1999, C-126/97; Sent. “Denuit y Cordenier”, de 27 de enero de 2005, C-125/04.

En la Sent. “Denuit y Cordenier”, los demandantes –Guy Denuit y Betty Cordenier- habían firmado un convenio arbitral con una Agencia de Viajes, de modo que las diferencias que pudieran surgir derivadas de la contratación por las partes de un viaje organizado a Egipto se sometieran a una asociación belga sin ánimo de lucro llamada “*Collège d’Arbitrage de la Commission de Litiges Voyages*” (Colegio Arbitral de la Comisión de Litigios sobre Viajes).

El Tribunal de Justicia se declaró incompetente dado que las partes no estaban obligadas a dirimir sus diferencias a través del arbitraje (aptdo. 13), ya que no se trataba del único medio a su alcance, y podían perfectamente haber acudido a los tribunales ordinarios (aptdo. 15).

con el estímulo que, sin embargo, se propone para su utilización desde la UE³⁰⁸-, hay quien sostiene que dicha posición es criticable. Y ello, toda vez que los árbitros, en cuanto cumplen una función de juzgar, esto es, decir el Derecho, como hacen los órganos jurisdiccionales, deberían tener abierta la posibilidad de cuestionar las dudas acerca de la validez o la interpretación de las normas de la Unión (BARONA VILAR, COSTA BENTO y RESENDE ALVES) pues, en otro caso, se estaría impidiendo la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión en sectores importantes de la actividad económica³⁰⁹.

Desde una postura más ecléctica hay quien distingue entre los diversos tipos de arbitraje, para atribuir o no la posibilidad de la vía prejudicial comunitaria (PESCATORE). Así, conforme a lo que señala este autor, si nos encontramos ante una instancia arbitral instituida por la ley y, como tal, investida de un mandato público y de una competencia obligatoria, estaríamos ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del TCE; por lo que, en definitiva, vendría a ser más importante entonces la función que ejerce que su estatus propiamente dicho³¹⁰.

Por el contrario, en el supuesto de un arbitraje privado hay que negarle tal carácter, ya que se trata de una emanación de la autonomía privada. En el mismo sentido cabría hablar en el caso de los “amigables compondores”³¹¹. En el fondo estaría la distinción entre *arbitraje de derecho* y *arbitraje de equidad*, como factor que debería propiciar la asimilación del árbitro a un órgano jurisdiccional (el primero) o no (el

³⁰⁸ Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DOCE, L 115, de 17 de abril de 1998); Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DOCE, C 155, de 6 de junio de 2000); Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (DOCE, L 109, de 19 de abril de 2001).

(COSTA BENTO, M., y RESENDE ALVES, D., “*A noção de jurisdição para efeitos de interpelação de recurso prejudicial: a questão dos tribunais arbitrais*”. Repositório da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, abril 2015, p. 17).

³⁰⁹ COSTA BENTO, M., y RESENDE ALVES, D., “*Op. Cit.*”, p. 18.

³¹⁰ CHALMERS, D.; HADJIEMMANUIL, C.; MONTI, G.; TOMKINS, A., “*European Union Law*”. Cambridge University Press, 2006, pp. 294-295.

³¹¹ CHEVALLIER, R-M. y MAIDANI, D., “*Guide Pratique Article 177 CEE*”. Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburgo, 1982, pp. 44-45.

segundo), ya que en este último caso la decisión se produce “*ex aequo et bono*”³¹².

Según el Tribunal de Justicia, si bien los tribunales arbitrales, cuando laudan en Derecho, deben observar el derecho de la Unión, el incidente prejudicial solo puede promoverse por el órgano judicial que entienda del recurso contra el laudo arbitral, incluso aunque deba resolver en equidad (Sent. “Almelo”, de 27 de abril de 1994, C-393/92)³¹³. Esto ha sido criticado en la doctrina iuscomunitarista por USHER³¹⁴, el cual, refiriéndose al asunto “Bulk Oil/ Sun International” (C-174/84)³¹⁵, pensaba que si el tribunal arbitral hubiera tenido la oportunidad de dirigirse al TJUE no se habría añadido un tiempo suplementario a la resolución del asunto, con lo que el resultado final, a este respecto, fue el de retardar su decisión.

En el caso del Tribunal de Arbitraje Laboral de Dinamarca, se ha entendido por el TJUE que sí debe considerársele órgano judicial a los efectos de plantear una cuestión prejudicial (Sent. “Danfoss”, de 17 de octubre de

³¹² En el caso de la ley portuguesa (Ley nº 63/2011, de 14 de diciembre, de Arbitraje Voluntario) se distingue entre un “arbitraje necesario” –cuando lo impone la ley, como refieren los artículos 510 y 511 del *Código de Trabalho*- y el “arbitraje voluntario” –cuando es producto de un convenio entre las partes-. Este último, a su vez, puede ser un “arbitraje *ad hoc*” –cuando el tribunal arbitral se constituye específicamente para resolver un determinado litigio; en cuyo caso difícilmente será considerado órgano jurisdiccional a los efectos que nos ocupa- o un “arbitraje institucional” –cuando la organización se lleva a cabo por una institución especializada, la cual tiene carácter de permanencia; en cuyo caso hay más probabilidades de que se admita una posible remisión prejudicial-.

(Vid. COSTA BENTO, M., y RESENDE ALVES, D., “*Op. Cit.*”, pp. 19 y 22).

³¹³ De este modo, el aptdo. 23 de esta Sentencia, dice que el órgano jurisdiccional de un EM ante el que se haya interpuesto, conforme a la legislación nacional, un recurso contra un laudo arbitral, se encuentra obligado, aunque resuelva en equidad, a respetar las normas del Derecho comunitario.

El aptdo. 24, remarcando la idea anterior, establece que “*un órgano jurisdiccional nacional que, en un caso previsto por la ley, resuelve un recurso interpuesto contra un laudo arbitral, debe ser considerado un órgano jurisdiccional nacional a efectos del artículo 177 del Tratado, incluso en el que caso de que, en virtud del convenio arbitral celebrado entre las partes, dicho órgano jurisdiccional deba resolver en calidad de amigable componedor.*”

(ANDERSON, D., “Initiating a Reference”, en “*Article 177 References to the European Court-Policy and Practice*”, ANDENAS, M. Butterworths, Gosport, Hampshire, 1994, p. 9).

³¹⁴ USHER, J.A., “Les renvois à titre préjudiciel”, en “*La réforme du système juridictionnel communautaire*”, VANDERSANDEN, G. Editions de l’Université de Bruxelles, 1994. Études Européennes, p. 63.

³¹⁵ Sentencia de 18 de febrero de 1986.

1989, C-109/88³¹⁶), del mismo modo que ha sucedido con el “Tribunal Arbitral Necesário” de Portugal (A. “Merck Canada”, de 13 de febrero de 2014, C-555/13)³¹⁷, lo que se justifica en el hecho de que el órgano arbitral ha de cumplir en el litigio en cuestión las “características *Vaasen-Göbbels*”³¹⁸.

7.7. ¿Qué se entiende, geográficamente hablando, por órgano nacional de remisión?

En lo que hace a la extensión territorial de la noción de órgano jurisdiccional, el Tribunal de Justicia se ha declarado competente para resolver una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Papeete, de la Polinesia Francesa, territorio de ultramar asociado a la Unión Europea³¹⁹. Esto ocurrió en la Sent. “Kaefer y Procacci”, de 12 de diciembre de 1990, en los asuntos acumulados C-100/89 y C-101/89, en la que el Tribunal de Justicia consideró que el Tribunal Administrativo de Papeete es un órgano jurisdiccional francés.

Por otra parte, el Tribunal consideró que la parte cuarta del Tratado CEE confería competencia a las instituciones comunitarias y, en concreto, al Consejo, para adoptar disposiciones relativas a los países y Territorios de

³¹⁶ El Tribunal de Justicia fundamentó en este caso su decisión en que cualquiera de las partes podía someter el litigio al Tribunal Arbitral Laboral, no importando que la otra se opusiera (aptdo. 7); y también en que la ley danesa regula la manera en que debe constituirse el Tribunal y, en especial, el número de miembros que las partes deben nombrar y el modo en que debe designarse el árbitro superior en caso de desacuerdo entre ellas. Así pues, la composición del Tribunal no queda a la libre decisión de las partes (aptdo. 8).

³¹⁷ A estos efectos el Tribunal de Justicia tuvo en consideración que el artículo 209, apartado 2, de la Constitución de la República Portuguesa clasifica los tribunales arbitrales entre las entidades que pueden ejercer una función jurisdiccional, y que el *Tribunal Arbitral Necesário* fue constituido mediante la Ley 62/2011, de 12 de diciembre (aptdo. 22).

Por otra parte, esta Ley 62/2011 confiere a este tribunal arbitral competencia obligatoria para resolver, en primera instancia, los litigios acerca de los derechos de propiedad industrial sobre medicamentos de referencia y medicamentos genéricos. Además, si no se interpone recurso contra el laudo dictado por dicho órgano jurisdiccional ante el tribunal de apelación competente, éste adquiere firmeza y tiene los mismos efectos que las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales ordinarios (apartado 19).

³¹⁸ MUÑIZ FERNÁNDEZ, P., “*Op. Cit.*”, p. 101.

³¹⁹ RUIZ-JARABO COLOMER, D., “*El Juez nacional como Juez Comunitario*”. Editorial Civitas. Fundación Universidad Empresa. Madrid, 1993; USHER, J.A., “*Op. Cit.*”, p. 62.

Ultramar³²⁰, y la Decisión 86/283/CEE constituye una de esas disposiciones³²¹.

Lo mismo sucedió con la Sent. “Barr & Montrose”, de 3 de julio de 1991, C-355/89, que consideró órgano jurisdiccional a la “Deputy High Bailiff’s Court” de Douglas, en la Isla de Man.

Y el tema no llegó ni tan siquiera a plantearse respecto de la “Royal Court of Jersey”³²² (Sent. “Pereira Roque”, de 16 de julio de 1998, C-171/96³²³). Sin embargo, sí fue tratado por el Abogado General LA PERGOLA en el Punto 24 de las Conclusiones presentadas para este caso el 23 de septiembre de 1997, remitiéndose a lo acordado por el Tribunal de Justicia en el asunto “Barr & Montrose”.

7.8.- Los Tribunales Constitucionales nacionales y su singularidad respecto al planteamiento de cuestiones prejudiciales

La relación entre los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros y el Tribunal de Justicia (como ha ocurrido también con el TEDH) no ha sido en algunos casos, digámoslo así, fácil, o todo lo fluida que habría sido deseable. Entre otras razones porque, evidentemente, se ha tenido que producir por parte de aquéllos una adaptación a los nuevos tiempos (“*tempori serviendum est*”), producto de los compromisos nacionales adquiridos como consecuencia de su integración en la UE, unido a la lógica evolución de ésta; ello implica asumir que cuestiones sobre las que estos tribunales venían pronunciándose de modo exclusivo, podían caer en el ámbito de decisión del Tribunal de Justicia, con la agravante de que se estaba obligado a aceptar sus pronunciamientos (aunque no porque

³²⁰ ANDERSON, D., “Initiating a Reference”, en “*Article 177 References to the European Court- Policy and Practice*”, ANDENAS, M. Butterworths, Gosport, Hampshire, 1994, pp. 9-10.

³²¹ Esta doctrina -como señala RUIZ-JARABO COLOMER en su obra anteriormente citada- se volvió a adoptar en la Sent. “Leplat”, de 12 de febrero de 1992, C-260/90 -con motivo de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Paz de Papeete-; así como también en la Sent. “Legros”, de 16 de julio de 1992, C-163/90, la cual admitió y resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Saint-Denis, en la Isla de la Reunión.

³²² Jersey es una de las dos bailías (“*bailiwicks*”) que componen las islas del Canal (la otra es la de la Isla de Guernsey). Se trata de un término que sirve para designar a una dependencia administrativa del Reino Unido con funciones políticas y judiciales.

³²³ El Sr. Pereira Roque, de nacionalidad portuguesa, y que había estado trabajando como portero en varios hoteles en Jersey, fue condenado por la comisión de varios robos en dichos hoteles, por lo que fue objeto de una orden de expulsión dictada por el “Lieutenant Governor”.

realmente nos encontrásemos ante distintos niveles de jerarquía en el ejercicio de la jurisdicción, como sucedería si hablásemos en términos de derecho nacional, sino por aplicación de los principios de cooperación, lealtad y diálogo entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Luxemburgo).

Algún autor (GROSSO), de modo muy gráfico, ha descrito la situación como “una creciente toma de conciencia de la ineluctabilidad, más que de la preferibilidad, del diálogo”³²⁴, lo que ha supuesto, en algunos casos, que la dejación de plantear una cuestión prejudicial por quien debiera haberlo hecho –un Tribunal Constitucional- suponga que sea otro órgano jurisdiccional quien, al final, adopte la iniciativa de hacerlo³²⁵.

Tampoco todos los Estados miembros han entendido del mismo modo la cuestión, o acaso no todos han mostrado la misma capacidad de adaptación a la nueva situación, por lo que existen diferencias notables entre unos y otros en lo que se refiere a su disponibilidad a acudir prejudicialmente al tribunal europeo.

En Italia, al igual que en Francia y en los Países Bajos, surgió la opinión, citada por SOCINI, de que el Tribunal Constitucional, no siendo partícipe de la jurisdicción (ya que es Juez del Derecho pero no del hecho, al no resolver el litigio concreto), no estaría legitimado a promover el procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Justicia³²⁶. Aunque ello, a

³²⁴ GROSSO, E., “Il dialogo necessario: la *Cour d’arbitrage* belga e le Corti europee, tra tutela dei diritti fondamentali e applicazione del diritto comunitario nell’ordine giuridico interno”, en “*Corti nazionali e Corti europee*”, a cura di G. FRANCO FERRARI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

³²⁵ Como sucedió con el Tribunal Constitucional Checo y el Supremo Tribunal Administrativo de la República Checa.

³²⁶ Así se pronunció en Italia la “*Corte Costituzionale*” en su Sentencia 13/1960, de 16 de marzo (siendo Presidente Gaetano AZZARITI y Ponente Nicola JAEGER); en la Sentencia 168/1991, de 8 de abril (siendo Presidente CORASANITI y Ponente GRANATA) y en el Auto (“*Ordinanza*”) 536/1995, de 15 de diciembre (siendo Presidente FERRI y Ponente GRANATA).

En su Auto 536/1995, la “*Corte Costituzionale*” dice:

<che detto giudice comunitario non può essere adito –come pur ipotizzato in una precedente pronuncia (sentenza n. 168 del 1991, cit.) –dalla Corte costituzionale, la quale “esercita essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni” (sentenza n. 13 del 1960);

Che pertanto nella Corte costituzionale non è ravvisabile quella “giurisdizione nazionale” alla quale fa riferimento l’art. 177 del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, poiché la Corte non può “essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell’ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali” (sent. n.13 del 1960, cit.)>.

Sin embargo, el criterio de la “Corte Costituzionale” cambia con el Auto (“Ordinanza”) 103/2008, de 13 de febrero (siendo Presidente Franco BILE, y Ponente Franco GALLO). En esta resolución se declara lo siguiente:

“che, quanto alla sussistenza delle condizioni perché quest Corte sollevi davanti alla Corte di giustizia CE questione pregiudiziale sull’interpretazione de diritto comunitario, va osservato che la Corte costituzionale, pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell’ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell’art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE e, in particolare, una giurisdizione di unica istanza (in quanto contro le su decisione –per il desposto dell’art. 137, terzo comma, Cost.- non è ammessa alcuna impugnazione): essa, pertanto, nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale è legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia CE;

Che, in tali giudizi di legittimità costituzionale, a differenza di quelli promossi in via incidentale, questa Corte è l’unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia;

Che, conseguentemente, ove nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale di cui all’art. 234 del Trattato CE, risulterebbe lesa il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE”.

En el mismo sentido, Sentencia de la Corte Costituzionale italiana nº 325/2010, de 17 de noviembre, de la que fue Ponente Franco GALLO, en cuyo punto 10.2 se dice:

“ (...) Spetterà semmai alla Corte costituzionale – come precisato nella sentenza n. 102 del 2008 e nell’ordinanza n. 103 del 2008 – effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nel caso in cui ritenga che l’interpretazione del diritto comunitario non sia chiara (...)” –, esto es, “corresponderá a lo más al Tribunal Constitucional –como fue precisado en la Sentencia nº 102 de 2008 y en el Auto número 103 de 2008-, efectuar el envío prejudicial al Tribunal de Justicia en el caso en el que considere que la interpretación del derecho comunitario no es clara (...)”.

Hay que precisar que la Corte Costituzionale, como jurisdicción de última instancia que espues contra sus decisiones no se admite ninguna impugnación, según expresa el artículo 137, párrafo tercero, de la Constitución italiana-, acepta dirigirse al Tribunal de Justicia en determinados casos (en los que únicamente se considera “jurisdicción de un EM en el sentido del artículo 267 del TFUE”), y cumpliendo, por autoimposición, determinadas características. De este modo, podrá hacerlo en un “*giudizio di costituzionalità in via principale o d’azione*” (equiparable al recurso de inconstitucionalidad en el derecho español), pero no en un “*giudizio di costituzionalità in via incidentale*” (que se asemeja a la cuestión de inconstitucionalidad) – Auto de la Corte Costituzionale nº 536, de 29 de diciembre de 1995, “Messagero”-.

Esta diferenciación a los efectos de la posibilidad de dirigirse o no al Tribunal de Justicia ha sido criticada por ciertos autores de la doctrina italiana (CARTABIA, PESOLE), quienes propugnarían que la Corte Costituzionale hiciera uso de la cuestión prejudicial incluso en aquellos casos en que tuviera que pronunciarse con ocasión de un “*giudizio di costituzionalità*”

juicio del autor citado, además de no ser exacto, podría suponer un daño a la eficiencia del sistema, precisamente debido a la gran relevancia que revisten los posicionamientos del Tribunal Constitucional de un EM (en este caso, de la *Corte Costituzionale italiana*)³²⁷.

Otro, y muy distinto, ha sido, sin embargo, el caso de la “*Cour d’arbitrage*” belga, la cual desde siempre ha mostrado un empeño especial en no entrar en conflicto con el Tribunal de Justicia. Por el contrario, ha entendido perfectamente el papel que le correspondía, haciendo así profesión de fe, a través de sus actos, de lealtad al Derecho de la Unión (p.e. realizando mención expresa de jurisprudencia comunitaria para la resolución de asuntos sobre los que tenía que resolver) y, en consecuencia, y en lo que aquí interesa, se ha dirigido al Tribunal de Justicia con mucha mayor frecuencia que cualquiera de sus homólogos de los otros Estados miembros³²⁸. A este estado de cosas, quizás haya ayudado el hecho de que,

in via incidentale” que, por otra parte, es el más frecuente. Según DANIELE, este cambio jurisprudencial, de cara al futuro, sería deseable.

Además, han de cumplirse los requisitos que, en su derecho interno, se exigen para dirigirse a la *Corte Costituzionale*, es decir: la “*rilevanza*” o relevancia (es decir, la norma sobre la que se dude ha de resultar necesaria a los efectos de la decisión), y que se aprecie una “*non manifesta infondatezza*” o no manifiesta falta de fundamento (es decir, debe existir una duda o incerteza, un cierto “*fumus*” de interpretación de la norma en diversos sentidos).

Las condiciones citadas, como dice DANIELE, no vienen impuestas por el artículo 267 del TFUE y parecen tender a hacer excepcional y, por consiguiente, extremadamente raro el recurso a esta posibilidad de envío prejudicial por la *Corte Costituzionale*.

(Véase a este respecto, entre otros, y sin ánimo de exhaustividad: MARTINICO, G., “*L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*”. Jovene editore, Napoli 2009; DANIELE, L., “*Corte Costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*”. *Giur. Cost.* 2009, 04, 3551 (también en Centro di documentazione europea, Università di Catania, Online Working Paper 2009/ n. 16, diciembre 2009, URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/16_2009.pdf.; DANIELE, L., “*Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze*”. Cuarta edición, Giuffrè Editore, Milán, 2010, p. 338; CORSARO, A., “*Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea sull’interpretazione della normativa “comunitaria”: I poteri del giudice nazionale*”. Centro di documentazione europea. Università di Catania. Online Working Paper 2012/ n. 43, agosto 2012. URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/43_2012.pdf.; VISMARA, F., “*Rapporti tra Corte costituzionale italiana e giudice ordinario nella dinamica del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*”. *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2/2012, pp. 309-322).

³²⁷ SOCINI, R., “*Op.cit.*”; QUADROS, I., “*A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*”. Almedina, Coimbra, noviembre 2006, p. 81.

³²⁸ Queremos destacar que, en el momento de realización de este trabajo, hemos apreciado que es el único tribunal constitucional que en su página web (<http://www.const->

a diferencia de otros tribunales constitucionales, la Cour d'arbitrage belga se ha considerado a sí misma incluida en el concepto de "jurisdicción nacional, contra cuyas decisiones no puede interponerse un recurso jurisdiccional de derecho interno" (como decía el anterior artículo 234 del TCE), y como prueba de ello su Resolución ("Arrêt") nº 6/97, de 19 de febrero de 1997, recurso nº 926³²⁹.

Aparte de lo que haya podido apuntar la doctrina en un momento determinado, lo cierto es que el TJUE considera habilitados a los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros para plantear una cuestión prejudicial y, como prueba palpable de ello, según señalaba más arriba, tenemos ejemplos de cuestiones prejudiciales planteadas por este tipo de órganos³³⁰. Algunos ejemplos que podemos citar serían, entre otros, los siguientes:

court.be/fr/common/home.html) tiene un apartado del siguiente tenor: "*Questions préjudicielles à la Cour de justice*".

³²⁹ Véase, entre otros, GROSSO, E., "Il dialogo necessario: la *Cour d'arbitrage* belga e le Corti europee, tra tutela dei diritti fondamentali e applicazione del diritto comunitario nell'ordine giuridico interno", en "*Corti nazionali e Corti europee*", a cargo de FRANCO FERRARI, G., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

Este autor refiere la resolución citada de la "*Cour d'arbitrage*", la cual sometió al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de determinados artículos de la Directiva 93/16/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos de estudio.

Reseñamos nosotros la consideración, breve pero significativa, que hace la "*Cour d'arbitrage*" en esta sentencia para tomar la decisión de dirigirse al Tribunal de Justicia:

"B.5.1. *La portée de la disposition attaquée doit cependant s'interpréter en la présumant conforme aux obligations internationales de la Belgique*".

³³⁰ Ha habido tribunales constitucionales que han tenido claro considerarse a sí mismos como jurisdicciones habilitadas para el planteamiento de cuestiones prejudiciales -p.e. Alemania, Austria, Bélgica, Italia, Lituania y Portugal-, y otros que, sin embargo, han tenido más dudas -España-. Pese a que el Tribunal Constitucional de Portugal reconoció con cierta prontitud (en 1990) estar obligado a dirigirse al TJUE en los casos en los que se discuta la interpretación o la validez de una norma del Derecho de la UE; sin embargo, no ha planteado hasta la fecha ninguna cuestión. Sí ha dicho en diversas ocasiones que la cuestión prejudicial pretendida no era pertinente (Sentencia nº 163/90, Sección 2ª, de 23 de mayo de 1990, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. Messias Bento, aptdo. 12º; Sentencia nº 658/99, Sección 2ª, de 7 de diciembre de 1999, de la que fue Ponente la Excmo. Sra. Maria Fernanda Palma, aptdo. 2º; Sentencia nº 278/00, Sección 1ª, de 16 de mayo de 2000, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. Vítor Nunes de Almeida, aptdo. 6º).

(Vid. QUADROS, I., "*A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*". Almedina, Coimbra, noviembre 2006, pp. 80-82; ORRÚ, R., "*Corti europee e Tribunal Constitucional portoghese: tracce di riflessione di un dialogo ad intensità variabile*" en "*Corti nazionali e Corti europee*", a cura di FERRARI, G. F., Edizioni

1.- El “*Verfassungsgerichtshof*” de Austria: Sent. “Adria-Wien”, de 8 de noviembre de 2001 (C-143/99); Sent. “Wählergruppe”, de 8 de mayo de 2003 (C-171/01); Sent. “Rechnungshof”, de 20 de mayo de 2003 (C-465/00); Sent. “Digital Rights Ireland y Seitlinger”, de 8 de abril de 2014 (C-293/12 y C-594/12).

2.- La “*Cour Constitutionnelle*”³³¹ de Bélgica: sin ánimo de exhaustividad, podemos citar la Sent. “Fédération belge des chambres syndicales de médecins”, de 16 de julio de 1998 (C-93/97)³³²; A. “Clerens”, de 1 de octubre de 2004 (C-480/03)³³³; Sent. “Advocaten voor de Wereld”, de 3 de mayo de 2007 (C-303/05)³³⁴; Sent. “Ordre des barreaux francophones y germanophone”, de 26 de junio de 2007 (C-305/05)³³⁵; Sent. “Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon”, de 1 de abril de 2008 (C-212/06)³³⁶; Sent. “Bressol”, de 13 de abril de 2010 (C-73/08)³³⁷; Sent. “Base NV”, de 6 de octubre de 2010 (C-389/08)³³⁸; Sent. “B”, de 21 de octubre de 2010 (C-306/09)³³⁹; Sent. “Association belge des consommateurs”, de 1 de marzo de 2011 (C-236/09)³⁴⁰; Sent.

Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 409-437; CIENFUEGOS MATEO, M., “El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles”, en “*España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial*”, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, p.56; MARTINICO, G., “*L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*”. Jovene editore, Napoli 2009, p.136; PORCHIA, O., “*Il ruolo della Corte di giustizia dell’Unione europea nella governance economica europea*”. Il Diritto dell’Unione Europea, 3/2013, pp. 607-608).

³³¹ Este órgano, que habiéndose dirigido al Tribunal de Justicia en algo más de 30 ocasiones, ha sido el Tribunal Constitucional que, con diferencia, con mayor frecuencia lo ha hecho, se llamó “*Cour d’arbitrage*” hasta el 7 de mayo de 2007. Se corresponde actualmente, en lengua flamenca, con la denominación “*Grondwettelijk Hof*”.

³³² El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. nº 120/1998, de 3 de diciembre de 1998.

³³³ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. nº 28/2005, de 9 de febrero de 2005.

³³⁴ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. nº 128/2007, de 10 de octubre de 2007.

³³⁵ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. nº 10/2008, de 23 de enero de 2008.

³³⁶ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. nº 11/2009, de 21 de enero de 2009.

³³⁷ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. nº 89/2011, de 31 de mayo de 2011.

³³⁸ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. nº 7/2011, de 27 de enero de 2011.

³³⁹ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. nº 28/2011, de 24 de febrero de 2011.

³⁴⁰ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. nº 116/2011, de 30 de junio de 2011.

“Solvay”, de 16 de febrero de 2012 (C-182/10)³⁴¹; Sent. “Inter-Environnement Bruxelles”, de 22 de marzo de 2012 (C-567/10)³⁴²; Sent. “Belgische Petroleum Unie”, de 31 de enero de 2013 (C-26/11)³⁴³; Sent. “Belgacom”, de 21 de marzo de 2013 (C-375/11)³⁴⁴; Sent. “Libert”, de 8 de mayo de 2013, (asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11)³⁴⁵; Sent. “Femarbel”, de 11 de julio de 2013, (C-57/12)³⁴⁶; A. “Kleynen”, de 15 de julio de 2013, (C-99/13)³⁴⁷; Sent. “IBV”, de 26 de septiembre de 2013, (C-195/12)³⁴⁸; Sent. “IPI”, de 7 de noviembre de 2013, (C-473/12)³⁴⁹; Sent. “Pelckmans Turnhout”, de 8 de mayo de 2014 (C-483/12)³⁵⁰; Sent. “Gielen”, de 9 de octubre de 2014 (C-299/13)³⁵¹; Sent. “M’Bodj”, de 18 de diciembre de 2014 (C-542/13); Sent. “Base Company y Mobistar”, de 11 de junio de 2015 (C-1/14); asunto “Ordre des barreaux francophones et germanophone” (C-543/14)³⁵²; asunto “X” (C-68/15)³⁵³; o asunto “Vervloet” (C-76/15)³⁵⁴.

3.- El “*Conseil Constitutionnel*” de Francia: Sent. “F”, de 30 de mayo de 2013 (C-168/13 PPU)³⁵⁵.

³⁴¹ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. n° 144/2012, de 22 de noviembre de 2012.

³⁴² El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. n° 95/2012, de 19 de julio de 2012.

³⁴³ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. n° 94/2013, de 9 de julio de 2013.

³⁴⁴ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. n° 137/2013, de 17 de octubre de 2013.

³⁴⁵ El Tribunal Constitucional belga dictó, para el asunto C-197/11, la Sent. n° 144/2013, de 7 de noviembre de 2013; y para el asunto C-203/11, la Sent. n° 145/2013, de 7 de noviembre de 2013.

³⁴⁶ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. n° 6/2014, de 23 de enero de 2014.

³⁴⁷ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. n° 7/2014, de 23 de enero de 2014.

³⁴⁸ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. n° 27/2014, de 13 de febrero de 2014.

³⁴⁹ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. n° 59/2014, de 3 de abril de 2014.

³⁵⁰ El TJUE se declaró incompetente, en este caso, para responder a la cuestión planteada.

³⁵¹ El Tribunal Constitucional belga dictó la Sent. n° 12/2015, de 5 de febrero de 2015.

³⁵² El TJUE no había dictado resolución en el momento del cierre de este trabajo.

³⁵³ El TJUE no había dictado resolución en el momento de cierre de este trabajo.

³⁵⁴ El TJUE no había dictado resolución en el momento del cierre de este trabajo.

³⁵⁵ El planteamiento de la cuestión prejudicial se produjo a propósito de una QPC (“question prioritaire de constitutionnalité”) proveniente de la *Cour de cassation*, acordando el *Conseil*

4.- La “*Corte Costituzionale*” de Italia: Sent. “Presidente del Consiglio dei Ministri”, de 17 de noviembre de 2009 (C-169/08)³⁵⁶; Sent. “Napolitano” (C-418/13)³⁵⁷.

5.- La “*Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas*” de Lituania: Sent. “Sabatauskas”, de 9 de octubre de 2008 (C-239/07)³⁵⁸.

6.- La “*Quorti Kostituzzjonali*” de Malta: Sent. “Vodafone Malta y Mobisle Communications”, de 27 de junio de 2013 (C-71/12).

7.- El Tribunal Constitucional de España: Sent. “Melloni”, de 26 de febrero de 2013 (C-399/11)³⁵⁹.

8.- La “*Supreme Court*” del Reino Unido (o “*House of Lords*”)³⁶⁰: Sent. “Marks & Spencer”, de 10 de abril de 2008 (C-309/06); Sent. “Aventis

constitutionnel, a través de la Decisión nº 2013-314P QPC, de 4 de abril de 2013, la remisión al Tribunal de Justicia (JORF de 7 de abril de 2013, p. 5799).

(Vid. ROVAGNATI, A., “*Il primo caso di rinvio pregiudiziale promosso dal Conseil constitutionnel*”. Quaderni costituzionali, 3/2013, pp. 641-647).

³⁵⁶ La *Corte Costituzionale* dictó la Sentencia 216/2010, de 9 de junio de 2010. La decisión de remisión se adoptó mediante Auto (“*Ordinanza*”) nº 103/2008, de 13 de febrero de 2008 (siendo Presidente Franco BILE, y Ponente Franco GALLO).

³⁵⁷ Sentencia de 26 de noviembre de 2014.

³⁵⁸ Vid. ROMANO, A., “*Los ordenamientos constitucionales de Letonia, Estonia y Lituania*”. ReDCE, Año 7, Número 14, Julio-Diciembre de 2010.

³⁵⁹ Es el Auto 86/2011, de 9 de junio, del Pleno del Tribunal Constitucional el que, en relación con el recurso de amparo nº 6922/08, plantea al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales en relación con la aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega.

Hemos de destacar el voto particular del Magistrado Pablo Pérez Tremps, el cual considera en este caso innecesario acudir al Tribunal de Justicia “*por muy interesantes que doctrinal y operativamente sean las preguntas planteadas*”. La observación final que hace este magistrado, en su voto particular, nos parece digno de reseña, por las implicaciones que ello tiene:

“Todo lo anterior, sin embargo, no excluye lo que ya señalé al comienzo del presente Voto, esto es, que me muestre plenamente de acuerdo con la decisión del Tribunal de abandonar estériles disputas de “jerarquías jurisdiccionales” para integrarse en un mucho más fructífero diálogo entre las instancias jurisdiccionales nacionales, en concreto los tribunales constitucionales, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque en mi opinión este caso no cumpla técnicamente con las exigencias del art. 267 TFUE”.

³⁶⁰ Aunque en el Reino Unido no exista propiamente una jurisdicción constitucional, pero las funciones que desempeña este tribunal pueden calificarse, por similitud, de constitucionales.

Pasteur”, de 2 de diciembre de 2009 (C-358/08); Sent. “Baxi Group”, de 7 de octubre de 2010 (asuntos acumulados C-53/09 y C-55/09); Sent. “McCarthy”, de 5 de mayo de 2011 (C-434/09); Sent. “Williams”, de 15 de septiembre de 2011 (C-155/10); Sent. “Edwards y Pallikaropoulos”, de 11 de abril de 2013 (C-260/11), entre otras.

9.- El “*Verfassungsgerichtshof*” de Alemania: Sent. “Gauweiler”, de 16 de junio de 2015 (C-62/14)³⁶¹.

La “Supreme Court” debe su nacimiento a la *Constitutional Reform Act* de 2005, dando comienzo su actividad el 1 de octubre de 2009.

Tiene su entronque en la “*House of Lords*”, y hay que decir que por la diversidad de funciones que ésta desempeñaba (entre ellas, la legislativa), la creación del *Supreme Court*, con una función jurisdiccional específica, venía siendo demandada desde hacía tiempo por la doctrina anglosajona.

(Vid. CIENFUEGOS MATEO, M., “El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica” en “*España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial*”, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, p.56; BERLINS, M. y DYER, C., “*The law machine*”, Penguin Books, fifth edition, London, 2000, pp.28-30; BOMBILLAR SÁENZ, F.M., “*El sistema constitucional del Reino Unido*”. ReDCE, año 8, nº 15, enero-junio 2011, pp. 139-184).

³⁶¹ La decisión de remisión se adoptó por el TCFA mediante Auto de 14 de enero de 2014 (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20140114_2bvr272813.html, dictado con ocasión de varios procesos relativos a quejas por inconstitucionalidad –“*Verfassungsbeschwerden*”- (2BvR 2728/13, 2BvR 2729/13, 2BvR 2730/13, 2BvR 2731/13) y a un conflicto de atribuciones –“*Organstreitverfahren*”- planteado contra la Dieta Federal –“*Bundestag*”- por la fracción de izquierdas “Die Linke” (2BvE 13/13), y que contó, de los ocho magistrados que adoptaron la decisión, con dos votos particulares –“*abweichende Meinungen*”- (la de los magistrados Gertrude Lübbe-Wolff y Michael Gerhardt, que piensan que los recursos deberían haber sido declarados inadmisibles –ya que no hay derechos fundamentales afectados por el acto comunitario en cuestión- pues, de otro modo, el TCFA puede estar sobrepasando los límites de sus competencias jurisdiccionales).

En relación con esto, es de interés la Nota de Prensa nº 9/2014, de 7 de febrero de 2014, publicada por el Tribunal Constitucional Alemán (<http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg14-009en.html>).

Esta cuestión prejudicial, además de ser la primera, se ha demostrado particularmente polémica, considerándose por algún autor (PERNICE) que la misma tiene un claro carácter hipotético y es abusiva, por lo que cabría presuponer, antes de que el Tribunal de Justicia se pronuncie, que , precisamente por esas razones, aunque no solo, fuera inadmitida. Se aduce, además, en apoyo de esta consideración, que no existe una norma legal propiamente dicha que deba ser interpretada, o incluso sobre la que deba declarar su validez o no, el TJUE; por no hablar de que la decisión en cuestión no puede reputarse relevante a los efectos de la decisión que ha de adoptar el TFCA.

Sin embargo, según el autor citado, declarar la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial podría tener efectos nefastos para el desarrollo de la cooperación entre ambos tribunales, ya que permitiría al TFCA decidir por su cuenta y riesgo, siguiendo una opinión (digamos que discutible o, al menos, delicada, desde el punto de vista de su trascendencia) que ya ha dejado

10.- El “*Trybunal Konstytucyjny*” de Polonia: asunto “RPO” (C-390/15), el cual todavía se encuentra pendiente de resolver.

7.9.- Algún apunte sobre los tribunales castrenses y consuetudinarios

Sobre los tribunales castrenses no cabe duda que, efectivamente, son órganos jurisdiccionales –eso sí, de una jurisdicción especial- y que, en el caso de España, están facultados para suscitar cuestiones de inconstitucionalidad, según prevé el ya citado artículo 5 de la Ley Orgánica 4/87. Tan es así que, aunque han sido escasos, existen ejemplos de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por órganos de la jurisdicción castrense³⁶².

Los tribunales consuetudinarios –en el caso de España, el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y el Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia³⁶³- tienen, asimismo, el carácter de órgano jurisdiccional, como reconocen tanto el artículo 125 de la Constitución española como el

indicada en la resolución de remisión –y para la que, en esencia, solicitaría su ratificación por el Tribunal de Justicia-, por lo que este estado de cosas podría mover al TJUE a querer entrar en materia y resolver las cuestiones planteadas.

THIELE, refiriéndose a la reluctancia del Tribunal Constitucional Alemán a cumplir las obligaciones derivadas del TFUE y aceptar el papel del Tribunal de Justicia como intérprete último del derecho europeo –motivo por el que ha sido criticado desde hace muchos años-, afirma que no está claro si la decisión de remisión es expresión de una apertura hacia el Tribunal de Justicia, o más bien una confirmación de su jurisprudencia anterior sobre el concepto “*ultra vires*” –que, en esencia, supondría incluso una contradicción con su Sent. “*Honeywell*”- y que, en definitiva, podría dañar seriamente la integración europea.

Según este autor, la justificación que habría construido el TCFA equivaldría, en la práctica, a introducir una especie de acción popular contra cualquier forma de violación de competencias por parte de la UE.

(Véase al respecto: LÓPEZ CASTILLO, A., “*Prejudicializando... Comentario urgente de la primera cuestión prejudicial del TCFA*”. *Osservatoriosullefonti.it*, fascículo 1/2014 (<http://www.osservatoriosullefonti.it>); PERNICE, I., “*A Difficult Partnership between courts: The first preliminary reference by the German Federal Constitutional Court to the CJEU*”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1, 2014; THIELE, A., “*Friendly or Unfriendly Act? The “Historic” Referral of the Constitutional Court to the ECJ Regarding the ECB’s OMT Program*”. *German Law Journal*, Vol. 15, nº 2, marzo 2014, pp. 241- 264).

³⁶² STC nº 202/11, de 13 de diciembre de 2011; ATC nº 119/12, de 5 de junio de 2012, *ex plurimis*.

³⁶³ Declarados ambos “Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad” por la UNESCO en 2009.

artículo 19, aptdos. 3 y 4, de la LOPJ³⁶⁴ y, según PÉREZ TREMPs, sería viable que estos tribunales pudieran plantear cuestiones de inconstitucionalidad³⁶⁵.

Aunque no nos consta que ni Tribunales Militares ni Tribunales Consuetudinarios se hayan dirigido hasta la fecha al Tribunal de Justicia suscitando alguna cuestión prejudicial, en opinión de este autor ello sería, seguramente, aceptado por los jueces del Kirchberg, por considerarlos órganos judiciales a los efectos del artículo 267 del TFUE.

8.- Obligatoriedad o carácter facultativo en el planteamiento de la cuestión

Una primera duda que puede suscitarse en torno a la remisión de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia es si nos encontramos ante una “obligación” o ante una “facultad”. O, dicho de otro modo, si suscitada una cuestión de este tipo, está obligado el órgano jurisdiccional nacional a remitir la cuestión para que sea resuelta por el Tribunal de Luxemburgo o, sin embargo, el órgano jurisdiccional nacional dispone de alguna facultad discrecional para negarse a ello. Y, en este caso, si el órgano jurisdiccional ha de fundar de algún modo su negativa a hacerlo.

La propia redacción del artículo 267 del TFUE nos da una pista sobre cómo deba resolverse este interrogante. *Primero*, cabe, efectivamente, un carácter facultativo en la remisión o no de una cuestión prejudicial y, *segundo*, cabe también que la remisión tenga un carácter obligado o imperativo.

Aunque, dicho así, seguramente no aclarare nada si, al mismo tiempo, no se indica en qué casos pueden operar cada uno de estos supuestos. De este modo, tendrá carácter facultativo la remisión de una cuestión prejudicial cuando el tema se suscite ante un órgano de primera instancia o cuando, sin serlo, contra la resolución que se dicte sea posible la interposición de un recurso.

³⁶⁴ Véase la STC nº 113/2004, de 12 de julio de 2004, que les reconoce también este carácter jurisdiccional; así como el artículo 36.1.3ª del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, según la redacción que resulta de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio (BOE nº 86, de 11 de abril de 2006).

³⁶⁵ PÉREZ TREMPs, P., “La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español”. Estudios Constitucionales (Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile), vol. 3, núm. 1, 2005, p. 133.

Sin embargo, cuando la cuestión surja ante un órgano jurisdiccional cuya resolución no sea susceptible de ser revisada mediante un recurso de derecho interno, entonces emerge y se impone la remisión de la cuestión al Tribunal de Luxemburgo³⁶⁶, porque de lo que se trata es de impedir que se consolide, en un EM cualquiera, una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho de la Unión.

Por consiguiente, lo determinante no es tanto la jerarquía o el rango del órgano jurisdiccional que tendría que decidir la remisión de la cuestión prejudicial –*teoría orgánica*–, cuanto la naturaleza del procedimiento y, por ende, la existencia procesal o no de recursos que puedan interponerse contra la resolución que se adopte en dicho proceso en particular –*teoría del litigio concreto*–³⁶⁷ (Sent. “Costa/Enel”); sin que, dicho sea de paso, ninguna norma nacional de derecho procesal pueda poner en entredicho esta facultad de remisión al Tribunal de Justicia por parte de cualquier órgano jurisdiccional³⁶⁸, incluso aunque al mismo tiempo se presente, o se encuentre pendiente de resolución, un recurso de inconstitucionalidad³⁶⁹.

Pero, ¿qué se entiende por “recurso” a los efectos del artículo 267 del TFUE?

Según el Tribunal de Justicia, se trata de los recursos ordinarios de derecho interno, es decir, los de apelación y casación (Sent. “Cartesio”, aptdo. 79) resultando, por consiguiente, excluidos, los recursos extraordinarios (p.e. el de amparo), como así lo ha dejado indicado aquél en su Sent. “Krizan” (C-416/10)³⁷⁰.

³⁶⁶ Sent. “Da Costa”, de 27 de marzo de 1963, en los asuntos acumulados C-28 a 30/62; Sent. “Costa/Enel”, de 15 de julio de 1964, C-6/64; Sent. “Gomes Valente”, de 22 de febrero de 2001, C-393/98; Sent. “Intermodal Transports”, de 15 de septiembre de 2005, C-495/03.

³⁶⁷ Vid., entre otros: CHEVALLIER, R-M. y MAIDANI, D., “*Guide Pratique Article 177 CEE*”. Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburgo, 1982, p. 56; QUADROS, I., “*A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*”. Almedina, Coimbra, noviembre 2006, pp. 110-115 y 174; o DANIELE, L., “*Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze*”. Quarta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2010, p. 341.

³⁶⁸ Sent. “Cartesio”, de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, aptdo. 93; Sent. “Elchinov”, de 5 de octubre de 2010, C-173/09, aptdo. 25; Sent. “Interedil”, de 20 de octubre de 2011, C-396/09, aptdo. 35; Sent. “Bericap”, de 15 de noviembre de 2012, C-180/11, aptdo. 54; Sent. “Krizan”, de 15 de enero de 2013, C-416/10, aptdo. 67.

³⁶⁹ Sent. “Kernkraftwerke”, de 4 de junio de 2015, C-5/14, aptdos. 34 a 37.

³⁷⁰ Así, esta Sentencia, en su aptdo. 72, afirma:

El Tribunal de Justicia sigue el criterio de la llamada “*teoría del litigio concreto*”, que hace referencia a que el tribunal está obligado a plantear la cuestión prejudicial si, en el caso concreto ante el tribunal nacional, no cabe recurso alguno contra la sentencia que se vaya a dictar³⁷¹.

Aun así, la imperatividad de la remisión, en los casos en que la misma pueda darse, tampoco opera de modo automático –con lo que se convierte, como señala SÁNCHEZ PATRÓN, en algo más teórico que real³⁷²–, ya que el órgano jurisdiccional nacional podría denegarla³⁷³, siempre que la

“(…) la calificación de un órgano jurisdiccional nacional como órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso jurisdiccional de Derecho interno, en el sentido del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, no resulta afectada por el hecho de que contra las decisiones de ese órgano jurisdiccional pueda interponerse ante el Tribunal constitucional del Estado miembro de que se trate un recurso limitado al examen de una posible violación de los derechos y de las libertades garantizados por la Constitución nacional o por un convenio internacional”.

³⁷¹ Sent. “Lyckeskog”, de 4 de junio de 2002, C-99/00, aptdo. 15.

³⁷² SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., “*La defensa judicial de los derechos y libertades fundamentales del particular ante la aplicación del Derecho Comunitario Europeo*”, en Actas de las IV Jornadas sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Facultad de Derecho (Universidad de Zaragoza), Zaragoza, 2002, p. 9.

³⁷³ Entre los casos, en la Jurisprudencia española, de denegación de una cuestión prejudicial comunitaria, por considerarse la misma improcedente, podemos citar, entre otros, los siguientes:

- Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 10 de junio de 2004, en el Recurso nº 60/2003, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Agustín Puente Prieto.
- Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 20 de junio de 2005, en el Recurso nº 106/2003, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano Baena del Alcázar.
- Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 10 de marzo de 2009, en el Recurso nº 87/2007, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.
- Sentencia nº 631/2006 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de lo Civil, de 22 de junio de 2006, en el Recurso nº 3492/1999, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, de 1 de diciembre de 2005, en el Recurso nº 1454/2002, del que fue Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís.
- Sentencia nº 113/2009 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 25 de febrero de 2009, en el Recurso nº 43/2009, de la que fue Ponente el Ilmo. Sr. D. José Enrique Mora Mateo.

denegación venga fundada en alguna de las siguientes razones, denominadas “excepciones CILFIT”:

a.- *que exista una jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia resolviendo el punto de derecho en cuestión –“regla del precedente”-*, el cual pretende plantearse con carácter prejudicial (artículo 104.3 del RPTJ); esto es, cuando se encuentra “aclarada” la duda objeto del litigio –*“acte éclairé”*- dada la identidad de la cuestión con otra ya resuelta por el Tribunal de Justicia³⁷⁴, y

b.- *si la aplicación de Derecho de la Unión se considera incontrovertible* en el extremo en cuestión –*“doctrina del acto claro”*- por lo que no se trata de que no haya dudas razonables, sino de que no exista duda alguna. Es decir, cuando pueda afirmarse la evidencia de la respuesta porque no exista duda razonable y fundada relativa a la interpretación y/o validez de la disposición del Derecho de la UE aplicable, teniendo en cuenta, como ha puesto de relieve el Tribunal de Justicia, tanto el contexto como el conjunto normativo al que pertenece la norma a interpretar³⁷⁵.

Esta teoría del acto claro –*“théorie de l’acte clair”*- más que una doctrina jurídica es una práctica judicial que surgió en el ordenamiento jurídico

-
- Sentencia nº 928/2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección 1ª, de 10 de junio de 2009, en Recurso nº 128/2006, de la que fue Ponente la Ilma. Sra. Dª María Luisa Alejandre Durán.

³⁷⁴ Sent. “Da Costa”, de 27 de marzo de 1963, en los asuntos acumulados 28 a 30/62; A. “Saetti y Frediani”, de 15 de enero de 2004, C-235/02; A. “Divani Akropolis”, de 18 de marzo de 2010, C-136/09; A. “Berkizi-Nikolakaki”, de 18 de enero de 2011, C-272/10.

En el asunto “Divani Akropolis” se apunta a que la cuestión prejudicial planteada puede haber sido contestada por la Sent. “SGAE”, de 7 de diciembre de 2006, C-306/05.

Del mismo modo, el Tribunal de Justicia, en el Auto de 3 de febrero de 2011, en el asunto C-230/10, resolvió archivar el caso, ya que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Almería acordó no mantener su petición de decisión prejudicial, al considerar que, efectivamente, y como le había indicado el TJUE, la Sent. “Gavieiro”, de 22 de diciembre de 2010, en los asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, daba respuesta al objeto de su petición (Esta última Sentencia se había dictado como consecuencia de las cuestiones prejudiciales formuladas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pontevedra que, en esencia, se referían a si procede que el personal funcionario perciba los trienios correspondientes al tiempo en que estuvo trabajando como personal interino).

³⁷⁵ Sent. “CILFIT”, de 6 de octubre de 1982; Sent. “Köbler” de 30 de septiembre de 2003, C-224/01, o Sent. “TNT Traco”, de 17 de mayo de 2001, C-340/99 entre otras.

francés. Se aplicó, primero, al ámbito de la interpretación para, posteriormente, referirse, o hacerse extensible, al ámbito de las cuestiones prejudiciales de validez. Se apoya en el brocardo jurídico latino “*in claris non fit interpretatio*”. O, lo que es lo mismo, que cuando el sentido y la finalidad de una norma de la UE no suscite “ninguna duda razonable” –a pesar de la aparente contundencia de la expresión, se trata de un concepto indeterminado donde los haya³⁷⁶–, no será necesaria su interpretación por parte del Tribunal de Justicia –como órgano jurisdiccional superior en lo que respecta a la aplicación e interpretación del Derecho de la Unión–. El Juez nacional, en su condición de Juez de la UE, deberá aplicarla sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial³⁷⁷, dado que nos encontramos ante un “sistema descentralizado de aplicación del Derecho de la Unión Europea”³⁷⁸ o de “jurisdicción compartida”³⁷⁹, en el cual los órganos

³⁷⁶ A este respecto, BENGOETXEA, de un modo asaz certero, ha señalado lo siguiente:

“Por muy clara que parezca una disposición, siempre es posible problematizarla de forma que se plantee una duda en la práctica. En gran medida la labor de los abogados es precisamente suscitar tales dudas ante disposiciones que parecían claras. El que el juez acepte tales problematizaciones como dudas genuinas depende en cierto modo de su propia interpretación de la disposición en cuestión”.

(BENGOETXEA, J., “El artículo 177 del Tratado de Roma y la sistemática interpretativa del Tribunal de Justicia”, en “*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*”, PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOETXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, p. 184).

³⁷⁷ Esta teoría, sin embargo, como refieren algunos autores, ha sido en ocasiones un pretexto para que los tribunales nacionales infringieran la obligación de remisión que establecía ya el artículo 177.3 del TCE. De este modo, lo que, evidentemente, debía ser un malentendido sobre el significado del precepto, según el autor citado, llevaba a que muy raramente un juez confesara albergar dudas sobre su propia interpretación de una disposición comunitaria, acentuándose esta tendencia a medida que se subía en el rango que ostentaba en el sistema el tribunal nacional.

(Vid.: HAGUENAU, C., “*L’application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*”. Bruylant, Edition de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 1995, pp. 139-172; CUTHBERT, M., “*European Union Law*”. Cavendish Publishing, Fifth Edition, 2003, pp. 89-92).

³⁷⁸ DANIELE, L., “*Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze*”. Quarta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2010, p. 329.

³⁷⁹ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “*La eficacia de las Sentencias dictadas por el TJCE*”. Editorial Aranzadi, 2004, p. 24.

nacionales se comportan como “órganos descentralizados de la jurisdicción comunitaria”, formando un “sistema de network”³⁸⁰.

Pero, dicho lo anterior, también hay que afirmar que nada impide a un tribunal nacional plantear al TJUE una cuestión prejudicial cuya respuesta no suscite ninguna duda razonable³⁸¹.

El riesgo³⁸² es que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso ulterior se crea dispensado de remitir una cuestión prejudicial, con base en la Sent. “CILFIT”³⁸³. Algún autor, de modo muy gráfico, le llama a esto “obligación evitada”³⁸⁴. Y el riesgo se consumaría si, posteriormente, se demostrase que el tribunal se encontraba en un error en su apreciación³⁸⁵, con lo que el resultado último podría ser, en definitiva, o el de una aplicación errónea o el de la no aplicación del Derecho de la Unión³⁸⁶.

El *Conseil d'État* francés aplicaba la doctrina del “*acte clair*” para evitar la remisión de cuestiones prejudiciales antes incluso de que esta doctrina hubiera sido explícitamente aceptada por el Tribunal de Justicia con la Sent. “CILFIT”, cuestión esta que parecía hacerse extensible al resto de tribunales franceses (incluida la *Cour de Cassation*). Éstos, sobre todo en

³⁸⁰ LIAKOPOULOS, D. y ROMANI, M., “*Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Tra integrazione comunitaria ed efficacia del diritto internazionale privato e processuale*”. CEDAM, Padova, 2009, p. 49.

³⁸¹ Sent. “UGT-Rioja”, de 11 de septiembre de 2008, asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06, aptdos. 42 y 43; Sent. “Painer”, de 1 de diciembre de 2011, C-145/10, aptdos. 64 y 65; Sent. “FOA”, de 18 de diciembre de 2014, C-354/13, aptdo. 48.

³⁸² Como refiere la Sent. “Kühne & Heitz”, de 13 de enero de 2004, C-453/00, aptdo. 18.

³⁸³ Hay que hacer, a propósito de esta sentencia, especial reseña y remisión a las Conclusiones del Abogado General Francesco CAPOTORTI, presentadas el 13 de julio de 1982, en las que se mostró muy crítico con los que se convertirían luego en fundamentos de esta “doctrina CILFIT”, al no resultar su Opinión secundada por el Tribunal de Justicia.

En el punto 4 de sus Conclusiones señalaba, sobre la “teoría del acto claro”, que es *infundada y ambigua* y que *llega en sustancia a privar de sentido al párrafo tercero del artículo 177* (que era el referido a los tribunales de última instancia, los cuales vendrían obligados a remitir, en su caso, una cuestión prejudicial).

³⁸⁴ CHEVALLIER, R.-M. y MAIDANI, D., “*Guide Pratique Article 177 CEE*”. Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburgo, 1982, p. 59.

³⁸⁵ En la sentencia referida ocurrió respecto de la interpretación de determinadas subpartidas arancelarias, las cuales no ofrecían la menor duda al tribunal en cuestión.

³⁸⁶ CUTHBERT, M., “*Op. Cit.*”, p. 91.

los primeros años de existencia del Derecho Comunitario, adquirieron notoriedad por su reluctancia a presentar cuestiones prejudiciales³⁸⁷, y ha seguido sucediendo así con posterioridad.

En todo caso, la inobservancia de la obligación de presentar cuestiones prejudiciales, al igual que el no respeto por un órgano nacional de la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, constituye una violación del Tratado de la Unión que es atribuible al EM correspondiente, y que puede llegar a sancionarse a través del procedimiento por incumplimiento que se preveía en el artículo 226 del TCE (hoy artículo 258 del TFUE)³⁸⁸.

Independientemente de lo que pueda hacer a este respecto la Comisión – como parte legitimada que es para iniciar un recurso por incumplimiento – lo bien cierto es que no se ha mostrado precisamente muy proclive a iniciar procedimientos por esta causa (quizás por el reconocimiento de la independencia de los órganos judiciales; o acaso por las dificultades que su activación representa, con lo que su función disuasoria puede ser puesta en tela de juicio), y ello aunque la situación descrita supone, sin duda, una grave alteración de la obligación de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia³⁸⁹, pese a que ese nivel de cooperación judicial, desde algún ámbito doctrinal (USHER), haya sido considerado de baja intensidad, desde el momento en que existen, tanto por parte del Tribunal de Justicia (interesado en restringir el número de cuestiones que se le plantean), como por parte de los órganos nacionales (interesados en minimizar las suspensiones de procedimientos por causa del planteamiento de una cuestión prejudicial), una serie de filtros que,

³⁸⁷ JARVIS, M.A., *“The application of EC Law by national courts. The free movement of goods”*. Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 422-423; QUADROS, I., *“A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”*. Almedina, Coimbra, noviembre 2006, pp. 73-75.

³⁸⁸ Este tipo de sanciones, de modo análogo, existen en otras organizaciones internacionales, como p.e. las que impone el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

(Vid. GARCÍA RICO, E.M., “Las sanciones internacionales del Consejo de Seguridad: Implicaciones para la industria del petróleo y el gas”, en *“Fuentes de energía y Derecho Internacional. Conflictos, principios, sanciones y seguridad”*, PASTOR PALOMAR, A., (ed.lit.). Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, 2014, pp.57-104).

³⁸⁹ JARVIS, M.A., *“Op.Cit.”*, p. 453; QUADROS, I., *“A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”*. Almedina, Coimbra, noviembre 2006, pp. 84-85 y 88.

irremisiblemente, frenan o limitan lo que debería ser un diálogo menos forzado y más fluido³⁹⁰.

Por otra parte, los límites al envío de cuestiones prejudiciales –es decir, las cautelas a una remisión de cuestiones innecesarias al Tribunal de Justicia– se entienden, desde una óptica de censura, pues una práctica distinta en este sentido podría suscitar por afectar al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas³⁹¹, al cual se refiere el artículo 24.2 CE³⁹².

9.- Resolución de remisión por la jurisdicción nacional

Recordemos que, como principio general, la cuestión prejudicial puede plantearse tanto en primera instancia, como en segunda instancia e, incluso, en casación, por lo que no existe un momento procesal preclusivo a este efecto.

Sobre la conveniencia de cuándo hacerlo, si bien el Juez nacional es libre³⁹³ para determinar en qué fase del procedimiento debe remitir una cuestión prejudicial³⁹⁴, el Tribunal de Justicia se ha decantado en el sentido de que la

³⁹⁰ USHER, J.A., “Les renvois à titre préjudiciel”, en “*La réforme du système juridictionnel communautaire*”, VANDERSANDEN, G. Editions de l’Université de Bruxelles, 1994. Etudes Europeennes, pp. 61-65.

³⁹¹ SENÉS MOTILLA, C., “*Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*”. McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1996, p. 158.

³⁹² Sentencia de la Sección 1ª de la Sala 4ª del Tribunal Supremo nº 6900/1993, de 15 de octubre de 1993, en el Recurso de Casación para unificación de doctrina nº 963/93, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, Fundamento de Derecho Segundo, in fine:

“(…) La estimación o desestimación de esta petición incidental depende de varias circunstancias que corresponde apreciar a esta Sala: que se refiera efectivamente a una cuestión de Derecho comunitario, y no a una cuestión jurídica de Derecho español o de Derecho convencional internacional; y que la controversia en torno a la misma suscite dudas consistentes sobre cuál haya de ser la solución correcta del problema de Derecho comunitario que tiene influencia en la decisión del caso. De concurrir estos requisitos la Sala debe plantear la cuestión prejudicial solicitada, al ser el órgano jurisdiccional nacional que la decide sin ulterior recurso judicial de Derecho interno (art. 177 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea - TCEE-). Pero en caso contrario no deberá hacerlo en atención al mandato constitucional de dar trámite al proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 de la Constitución); y lo es desde luego el planteamiento de una cuestión prejudicial innecesaria”.

³⁹³ En este sentido, en España, el Tribunal Supremo ha manifestado que “*no existe un momento procesal preclusivo para plantear la cuestión prejudicial*” (Auto nº 2618/2007 de la Sección 1º de la Sala Primera, de 20 de marzo de 2007, en el Recurso nº 2602/2003, del que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, F.J. 6º).

³⁹⁴ Sent. “Campus Oil”, de 10 de julio de 1984, C-72/83, aptdo. 10; Sent. “Mecanarte”, de 27 de junio de 1991, C-348/89, aptdo. 48; Sent. “Berit Hoj Pedersen”, de 19 de noviembre de 1998,

misma se plantee en un estado avanzado del proceso, pues así el Juez puede alcanzar un mayor grado de conocimiento sobre la posible duda razonable que sirva, en definitiva, de fundamento a la cuestión prejudicial³⁹⁵. Al Tribunal de Justicia se le facilita así conocer todos los elementos de hecho y de Derecho que pueden ser relevantes para la interpretación que se le solicita del Derecho de la Unión³⁹⁶.

Esto, sin embargo, puede tener alguna excepción, según comenta DYRBERG³⁹⁷, en aquellos casos en que se haga aconsejable plantear la cuestión prejudicial antes de que sean establecidos todos los hechos, como, por ejemplo, en un litigio penal en el que sea dudoso que la normativa nacional infringida sea compatible con el Derecho de la Unión³⁹⁸.

Particularmente, el órgano jurisdiccional que no resuelva en última instancia debe tener la libertad de someter al Tribunal de Justicia las cuestiones que le preocupan, si considera que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria al Derecho de la Unión³⁹⁹.

C-66/96, aptdo. 46; Sent. “JämO”, de 30 de marzo de 2000, C-236/98, aptdos. 30 y 32; Sent. “Elchinov”, de 5 de octubre de 2010, C-173/09, aptdo. 26; Sent. “Bericap”, de 15 de noviembre de 2012, C-180/11, aptdo. 53.

³⁹⁵ Sent. “Irish Creamery Milk”, de 10 de marzo de 1981, en los asuntos acumulados C-36/80 y C-71/80.

³⁹⁶ Sent. “Berit Hoj Pedersen”, C-66/96, aptdo. 45; Sent. “JämO”, C-236/98, aptdo. 31.

En el Reino Unido, como refiere CUTHBERT, ya se pronunció en ese sentido Lord Denning; criterio que fue reiterado después por otros Jueces británicos.

(CUTHBERT, M., “*European Union Law*”. Cavendish Publishing, Fifth Edition, 2003, p. 79. Véase también: DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. y MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C., “*Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2005 y 2006. Análisis y valoraciones de la práctica judicial*”. RDCE, Año 13, nº 32, enero-abril de 2009, pp. 182-183).

³⁹⁷ DYRBERG, P., “La pertinencia de las cuestiones planteadas y la redacción del auto de remisión”, en “*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*”, PASTOR BORGOÑÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOTXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, pp. 163-164.

³⁹⁸ Así ocurrió en el asunto “Tissier” (Sentencia de 20 de marzo de 1986, C-35/85).

³⁹⁹ Sent. “Rheinmühlen-Düsseldorf”, de 16 de enero de 1974, C-166/73, aptdo. 4; Sent. “ERG”, de 9 de marzo de 2010, C-378/08, aptdo. 32.

Por otra parte, el Juez nacional no se encuentra privado de la facultad ni exento de la obligación de dirigirse al Tribunal de Luxemburgo por el hecho de que, apreciando un supuesto de inconstitucionalidad de una disposición nacional, deba obligatoriamente interponer un recurso ante el Tribunal Constitucional⁴⁰⁰. Esto es consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁴⁰¹, que establece que el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las normas del Derecho de la Unión tiene la obligación de garantizar la eficacia plena del mismo, dejando inaplicada, en caso de necesidad, y en el ejercicio de las competencias de decisión que le corresponden, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, anterior o posterior⁴⁰², sin que para ello

Indirectamente, aunque en un contexto y con una significación más amplia, podría también citarse la Sent. “Cartesio”, de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, en cuyo aptdo. 94 se dice:

“Por otra parte, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en una situación en la que un órgano jurisdiccional de primera instancia conoce por segunda vez de un asunto, una vez que un órgano jurisdiccional de última instancia ha anulado una sentencia dictada por el órgano jurisdiccional de primera instancia, éste puede libremente acudir ante el Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 234 TCE, a pesar de que en Derecho interno exista una norma que vincule a los órganos jurisdiccionales a la valoración jurídica realizada por un órgano jurisdiccional de rango superior (...)”.

Y, precisamente, en ejercicio de esta libertad, y al dudar de que la jurisprudencia de la *Corte Suprema di Cassazione* fuese conforme con el Derecho comunitario, podemos citar la Sent. “Barsotti”, de 4 de marzo de 2004, en los asuntos acumulados C-19/01, C-50/01 y C-84/01, en que estas dudas las expresan el *Tribunale di Pisa* (C-19/01) y el *Tribunale di Siena* (C-50/01). La propia *Corte Suprema di Cassazione* dudó de su propia interpretación, y por ello planteó cuestión prejudicial (C-84/01), con motivo de un recurso de casación que había sido interpuesto contra una sentencia del *Tribunale di Bologna*.

⁴⁰⁰ Sent. “Mecanarte”, de 27 de junio de 1991, C-348/89, aptdo. 46.

⁴⁰¹ Sent. “Simmenthal”, de 9 de marzo de 1978, C- 106/77, aptdo. 24; Sent. “Debus”, de 4 de junio de 1992, en los asuntos acumulados C-13/91 y C-113/91, aptdo. 32; Sent. “IN.CO.GE’90”, de 22 de octubre de 1998, en los asuntos acumulados C-10 a 22/97, aptdo. 20; Sent. “Kutz-Bauer”, de 20 de marzo de 2003, C-187/00, aptdo. 73; Sent. “Consorzio Industrie Fiammiferi”, de 9 de septiembre de 2003, C-198/01, aptdo. 48; Sent. “Berlusconi”, de 3 de mayo de 2005, en los asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, aptdo. 72; Sent. “Lucchini”, de 18 de julio de 2007, C-119/05, aptdo. 61; Sent. “CEZ”, de 27 de octubre de 2009, C-115/08, aptdo. 138; Sent. “Filipiak”, de 19 de noviembre de 2009, C-314/08, aptdo. 31.

⁴⁰² Sobre este particular, queremos remitirnos a la Sent. “Ciola”, de 29 de abril de 1999 (C-224/97), la cual precisa –en su aptdo. 31- que entre las disposiciones de derecho interno contrarias a una norma comunitaria pueden encontrarse tanto disposiciones legislativas como administrativas (Sent. “Rewe”, de 7 de julio de 1981, C-158/80, aptdo. 43), y que entre estas últimas –aptdo. 32- no se comprenden únicamente las normas generales y abstractas, sino también las resoluciones administrativas individuales y concretas. Y, tratándose de una norma individual y concreta –aptdo. 34-, ésta se debe igualmente dejar inaplicada, aunque haya adquirido firmeza, si habiendo sido dictada antes de la adhesión de un EM a la Unión Europea

haya de solicitar o esperar a la supresión previa de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional⁴⁰³.

En línea con lo anterior, y por formularlo en términos más amplios, habría que decir con PALACIO GONZÁLEZ, que el respeto de las normas nacionales de procedimiento debe conciliarse con las exigencias derivadas de una aplicación uniforme del Derecho de la Unión, lo que comporta que los órganos jurisdiccionales nacionales cumplan con las obligaciones que han de salvaguardar derivadas de aquel Derecho⁴⁰⁴.

Como ha precisado la doctrina, y es entendible desde un punto de vista lógico, el margen de discrecionalidad de que dispondría el Juez nacional de

(en el caso de la sentencia comentada, se trataba de Austria), es contraria al derecho comunitario.

En palabras de ROSSOLINI, comentando la sentencia citada, lo que se desprende de la misma es la necesidad de dejar inaplicados aquellos actos administrativos que suponen un obstáculo a la aplicación directa del derecho comunitario, pues en la Sent. “Ciola” se trataba de dictaminar hasta qué punto era compatible con el Derecho comunitario, por atender a la libre prestación de servicios, la imposición de una sanción al Sr. Erich Ciola (porque había rebasado el contingente máximo de puestos de atraque reservados, en la orilla del lago Constanza, a las embarcaciones cuyos propietarios residen en el extranjero), aunque dicha sanción encontrase su fundamento en una resolución administrativa de 9 de agosto de 1990, es decir, anterior a la entrada de Austria en la Unión Europea (Ley de reforma constitucional votada por los austriacos el 12 de junio de 1994, publicada en el BGBl n° 744/1994; pero válida, a todos los efectos, desde el 1 de enero de 1995).

(Vid. ROSSOLINI, R., “*Conflitto tra Diritto Comunitario e Provvedimento Amministrativo alla luce della Sentenza della Corte di Giustizia sul caso CIOLA*”. Rivista di Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali, 1999, pp. 729-735).

⁴⁰³ Vid. COBREROS MENDAZONA, E., “*Las sentencias prospectivas en las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho comunitario*”. Revista Española de Derecho Europeo, n° 4, octubre-diciembre de 2002, en especial, p. 647; GENNUSA, M.E., “*Un’eccezione alla necessaria applicazione del diritto comunitario?*”. Quaderni costituzionali, 2/2010, pp. 379-382.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha expresado esta idea de modo preclaro en la Sent. “Nimz”, de 7 de febrero de 1991, C-184/89, aptdo. 19; en la Sent. “Rodríguez Caballero”, de 12 de diciembre de 2002, C-442/00, aptdo. 43, o en la Sent. “Filipiak”, C-314/08, aptdos. 81 a 85.

Algunas constituciones nacionales, como es el caso de la Constitución de Polonia de 2 de abril de 1997 (artículo 91), recogen expresamente que el juez nacional viene obligado a excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional contraria al Derecho de la UE.

⁴⁰⁴ Sent. “Schlüter & Maack”, de 6 de junio de 1972, C-94/71; Sent. “Rewe”, de 16 de diciembre de 1976, C-33/76; Sent. “Comet”, de 16 de diciembre de 1976, C-45/76.

(Vid. PALACIO GONZÁLEZ, J., “*El Sistema Judicial Comunitario. Perspectiva institucional, reglas de procedimiento y vías de recurso*”. Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, p. 252).

cara a una petición prejudicial de validez sería más limitado que si nos encontráramos ante una cuestión de interpretación, de modo que en aquel caso se trataría propiamente de una “obligación” y no de una “facultad” de planteamiento, independientemente del rango del órgano jurisdiccional que lo planteara⁴⁰⁵.

El órgano jurisdiccional nacional⁴⁰⁶ goza de discrecionalidad⁴⁰⁷ tanto para constatar la existencia de una duda, en el sentido más arriba indicado, como para circunscribir los términos en que la cuestión prejudicial ha de ser planteada⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ CICCONI, R., “*Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario*”. Editoriale Scientifica. Nápoles, 2011, p.37.

⁴⁰⁶ En la Sent. “Fratelli Pardini”, ya citada, el *Pretore di Lucca*, que fue el órgano remitente, consideraba que el hecho de formular una petición de decisión prejudicial en la fase correspondiente al procedimiento sobre medidas provisionales podía agilizar el procedimiento ulterior ante el Tribunal llamado a pronunciarse sobre el fondo del litigio, que sería un órgano jurisdiccional distinto a aquél que debía pronunciarse sobre las medidas provisionales.

El Tribunal de Justicia, en dicha Sentencia, manifestó, por el contrario, que únicamente puede ejercitar la facultad de dirigirse a este Tribunal el órgano jurisdiccional nacional que estime que la decisión prejudicial solicitada es “necesaria para poder emitir *su fallo*”, no la de ningún otro Tribunal.

Pese a ello, y dada la circunstancia de que la causa había sido resuelta por el órgano nacional “*inaudita altera parte*”, no habiendo, por tanto, convocado a una vista a las partes, como prevenían las normas procedimentales aplicables, se declaró la competencia del Tribunal de Justicia, al tener en cuenta la jurisprudencia de la *Corte Suprema di Cassazione* que entendía que mientras no se entablase el procedimiento en que debía dirimirse el fondo del litigio, se consideraba que el Pretore seguía conociendo del mismo, pudiendo convocar a las partes con el objeto de confirmar, modificar o revocar la medida ordenada con carácter inmediato.

⁴⁰⁷ La discrecionalidad de que goza el Juez, al decir de LUTHER, puede dar lugar a arbitrariedades, es decir, a abusos de poder, sea en la decisión de reenviar, sea en la de no hacerlo.

(LUTHER, J., “*Jueces europeos y jueces nacionales: La Constitución del diálogo*”. ReDCE, Año 2, Número 3, enero-junio 2005, pp. 1-22).

⁴⁰⁸ Sent. “BP Soupergaz”, de 6 de julio de 1995, C-62/93, aptdo. 10; Sent. “Spano”, de 7 de diciembre de 1995, C-472/93, aptdo. 15; Sent. “PreussenElektra”, de 13 de marzo de 2001, C-379/98, aptdo. 38; Sent. “Canal Satélite Digital”, de 22 de enero de 2002, C-390/99, aptdo. 18; Sent. “Adolf Truley”, de 27 de febrero de 2003, C-373/00, aptdo. 21; Sent. “Korhonen”, de 22 de mayo de 2003, C-18/01, aptdo. 19; A. “Saetti y Frediani”, de 15 de enero de 2004, C-235/02; Sent. “Kapper”, de 29 de abril de 2004, C-476/01, aptdo. 24; Sent. “Apis-Hristovich”, de 5 de marzo de 2009, C-545/07; Sent. “Hartlauer”, de 10 de marzo de 2009, C-169/07, aptdo. 24; Sent. “Winner Wetten”, de 8 de septiembre de 2010, C-409/06, aptdo. 36; Sent. “Volvo Car Germany”, de 28 de octubre de 2010, C-203/09; Sent. “Kleist”, de 18 de noviembre de 2010, C-356/09.

Y ello hasta el punto de que las partes (del proceso nacional) no pueden en el decurso del procedimiento ante el Tribunal de Justicia modificar el texto de la cuestión prejudicial planteada, o añadir alguna otra que no haya sido incluida por el Juez nacional, o pretender que alguna se declare improcedente⁴⁰⁹, ya que el procedimiento prejudicial es no contencioso, y ajeno a la iniciativa de las partes⁴¹⁰, y a éstas únicamente se les ofrece la posibilidad de manifestar su parecer (Sent. “Hessische Knappschaft” y Sent. “ATB”, ya citadas).

Sin embargo, algún autor (ANDERSON), ha relativizado este carácter no contencioso, ya que, en su opinión, de la lectura de las observaciones escritas y de lo que sucede en la audiencia oral no puede deducirse más que el procedimiento prejudicial es tan contencioso como cualquier otro tipo de litigio⁴¹¹. Y, muy posiblemente, le asista la razón en su apreciación, en especial respecto de las partes del procedimiento principal, ya que, en lo que hace a las observaciones presentadas ante el TJUE, lo que éstas pretenden, sabedoras de la trascendencia de la sentencia prejudicial, es extender al Tribunal de Justicia el diálogo “erístico” que iniciaron en el órgano de procedencia del litigio nacional.

De igual modo, como señala PALACIO GONZÁLEZ, si el Juez nacional suscita una cuestión relativa a la validez de un acto comunitario, las partes no tienen derecho alguno a pretender que el Tribunal de Justicia examine la cuestión por motivos distintos a los utilizados por el órgano jurisdiccional nacional (Sent. “Affaires Maritimes à Bayonne”, de 28 de octubre de 1982, asuntos acumulados C-50 a 58/82)⁴¹².

⁴⁰⁹ Sent. “Hessische Knappschaft”, de 9 de diciembre de 1965, C-44/65; Sent. “Grassi”, de 15 de junio de 1972, C-5/72, aptdo. 4; Sent. “Alsatel”, de 5 de octubre de 1988, C-247/86; Sent. “Leclerc”, de 9 de febrero de 1995, C-412/93; Sent. “Bruyère”, de 21 de marzo de 1996, C-297/94, aptdo. 19; Sent. “ATB”, de 6 de julio de 2000, C-402/98, aptdo. 29; Sent. “Katz”, de 9 de octubre de 2008, C-404/07, aptdos. 36 y 37; Sent. “Hochtief”, de 15 de octubre de 2009, C-138/08, aptdo. 21.

En el asunto “Hessische Kanppschaft”, el Tribunal de Justicia desestimó la pretensión de una de las partes, “Singer et Fils”, de declarar improcedente la petición de interpretación planteada por la *Cour d’Appel de Colmar* (Francia).

⁴¹⁰ Sent. “Kempter”, de 12 de febrero de 2008, C-2/06, aptdo. 41; Sent. “Cartesio”, de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, aptdo. 90; Sent. “UB Pénzügyi Lizing”, de 9 de noviembre de 2010, C-137/08, aptdo. 28.

⁴¹¹ ANDERSON, D.W.K., “*References to the European Court*”. Sweet & Maxwell, 2ª edición, Londres, 2002, p. 239.

⁴¹² PALACIO GONZÁLEZ, J., “*El Sistema Judicial Comunitario. Perspectiva institucional, reglas de procedimiento y vías de recurso*”. Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, pp. 246-247.

Se recomienda, sin embargo, por el Tribunal de Justicia: 1) que la decisión se adopte en una fase del procedimiento nacional en la que el Juez esté en condiciones de definir el marco fáctico y jurídico del asunto, para que el Tribunal de Justicia disponga de todos los elementos necesarios para comprobar, en su caso, que el Derecho de la Unión es aplicable al litigio principal y 2) que la cuestión prejudicial se plantee después de un debate contradictorio⁴¹³.

En este sentido, se dice por la doctrina que, aparte de la audiencia a las partes, si la cuestión se pretende plantear de oficio, resultaría adecuado extender la misma al Ministerio Fiscal, al ser su función la de velar por la competencia judicial⁴¹⁴.

Sin embargo, esto no significa que la cuestión prejudicial no pueda presentarse por el Juez “ex partes”⁴¹⁵, o incluso que no pueda hacerlo el

⁴¹³ Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, de 6 de noviembre de 2012 (DOUE, 2012/C, 338/01).

En este mismo sentido se había pronunciado ya el Tribunal de Justicia, pensando que era más conveniente para la buena administración de justicia que la formulación de una cuestión prejudicial se produjera como consecuencia de un debate contradictorio, aunque subrayando que es, en todo caso, al órgano jurisdiccional nacional a quien corresponde apreciar dicha necesidad (Sent. “Ligur Carni”, de 15 de diciembre de 1993, en los asuntos acumulados C-277/91, C-318/91 y C-319/91, aptdo. 16, a propósito de una cuestión prejudicial planteada por el Presidente del Tribunal de Génova en un procedimiento de “medidas cautelares”).

Y es que el conocimiento por un tribunal de unas medidas cautelares no empece para que pueda dirigirse, en vía prejudicial, al Tribunal de Justicia (Sent. “Hoffmann-La Roche”, de 24 de mayo de 1977, C-107/76; Sent. “Morson y Jhanjan”, de 27 de octubre de 1982, asuntos acumulados C-35/82 y C-36/82).

⁴¹⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F., “La técnica de planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Revista de Derecho Social nº 31/ 2005.

⁴¹⁵ Sent. “Salonia”, de 16 de junio de 1981, C-126/80, aptdo. 7; Sent. “Peterbroeck”, de 14 de diciembre de 1995, C-312/93, aptdo. 21; Sent. “Fazenda Pública”, de 14 de diciembre de 2000, C-446/98, aptdo. 48; Sent. “Huet”, de 8 de marzo de 2012, C-251/11, aptdo. 23; Sent. “Krizan”, de 15 de enero de 2013, C-416/10, aptdo. 65.

En la Sent. “Salonia”, el TJUE se pronuncia en los siguientes términos:

“(..) el hecho de que las partes en el litigio principal no hayan suscitado ante el órgano jurisdiccional nacional un problema de Derecho comunitario no impide que el órgano jurisdiccional nacional pueda remitirse al Tribunal de Justicia. Al prever la remisión con carácter prejudicial al Tribunal de Justicia cuando <se plantea una cuestión ante el órgano jurisdiccional nacional>, los párrafos segundo y tercero del artículo 177 del Tratado no han querido limitar dicha remisión sólo a los supuestos en que una u otra de las partes en el litigio principal haya tomado la iniciativa de suscitar una cuestión de interpretación o de validez del Derecho comunitario, sino que aquélla comprende igualmente los supuestos en que semejante

Juez en una fase del procedimiento en el que no exista propiamente “contradicción” entre las partes, como sería el caso de los procedimientos sumarios⁴¹⁶.

cuestión es promovida por el mismo órgano jurisdiccional que considere que una decisión del Tribunal de Justicia sobre este punto es <necesaria para poder dictar su sentencia>”.

Siguiendo a SOCINI (“*Op.Cit.*”) podemos decir que esta fue una cuestión que se originó desde el mismo principio, con el artículo 177 del TCE. La dicción literal de ese precepto indujo a algunos autores (VITTA, ZANNINI) a afirmar que el envío prejudicial únicamente podía ser acordado a instancia de parte y no de oficio, aunque muchos otros eran de la opinión de que era posible el envío de oficio por el Juez nacional (BARILE). Otra parte de la doctrina distinguía según se tratase de un Juez nacional cuyas decisiones fueran o no susceptibles de impugnación, es decir, según viniera “facultado” u “obligado” al envío de la cuestión prejudicial. En el primer caso, había quien sostenía la admisibilidad de envío de oficio (DAIG), mientras que otros pensaban que ello era solo posible si el Juez nacional era de última o de única instancia (STEINDORFF).

SOCINI, con muy buen criterio, partiendo del hecho de que en la interpretación de un texto jurídico, y particularmente en uno de derecho internacional, y más aún si lo que hace es instituir una Organización Internacional, dice que la interpretación no debe ser meramente literal, esto es, deducida del significado de las palabras que se utilicen, sino que hay que valerse de una interpretación lógica y teleológica, posicionándose, por tanto, a favor de otorgar en todo caso al Juez nacional, sea de la instancia que sea, el poder, incluso de oficio, de plantear una cuestión prejudicial.

El autor citado concluye que si no se permitiera al Juez nacional, por su propia iniciativa, plantear una cuestión prejudicial, limitando su puesta en funcionamiento a la propuesta que en este sentido pudiera hacer alguna de las partes, la finalidad de la cuestión prejudicial resultaría comprometida, aspecto éste contra el que habría que alzarse, ya que estamos hablando de algo que reviste consideración de “orden público” y, como tal, no puede depender solo de la voluntad de las partes.

En este sentido, y centrándose en la jurisdicción contencioso-administrativa, MORCILLO MORENO apunta al hecho de que el Juez administrativo puede tomar la iniciativa de “autoplantearse” una cuestión prejudicial no advertida por las partes, y cita como fundamento de ello las previsiones contenidas en los artículos 33.2 y 65.2 de la LJCA.

(Vid. MORCILLO MORENO, J., “*Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el Ámbito del Derecho Administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*”. La Ley, Wolters Kluwer España, Madrid, Junio 2007, 1ª Edición, p. 268).

⁴¹⁶ Sent. “Politi”, de 14 de diciembre de 1971, C-43/71; Sent. “Geddo/Ente Nazionale Risi”, de 12 de julio de 1973, C-2/73; Sent. “Birra Dreher”, de 21 de febrero de 1974, C-162/73; Sent. “San Giorgio”, de 9 de noviembre de 1983, C-199/82.

La Sentencia “Politi”, en el aptdo. 5, y en un supuesto muy similar al de la posterior Sent. “Birra Dreher”, afirma que:

“È sufficiente constatare che il presidente del tribunale di Torino esercita funzioni giurisdizionali nel senso previsto dall’art. 177 e ch’egli ha ritenuto necessario, prima di pronunziarsi, che il diritto comunitario fosse interpretato. Non occorre quindi che questa Corte accerti in quale stadio del procedimento sia stato disposto il rinvio”.

Como afirmó RUIZ-JARABO⁴¹⁷, el requisito de la contradicción ha ido perdiendo cada vez más sus perfiles, de modo que el Tribunal de Justicia ha dejado de plantearse como duda la admisibilidad de una cuestión prejudicial que haya surgido en una causa judicial sin existencia de partes⁴¹⁸.

En el asunto “Birra Dreher”, el Gobierno italiano presentó observaciones precisamente en dicho sentido, puesto que lo que había dado lugar a la remisión de la cuestión había sido un “*decreto ingiuntivo*”, es decir, un decreto judicial por el que se requiere de pago a un deudor, previamente a ser oído, y que se emite en aquellos casos en los que el acreedor ofrece una prueba escrita de su derecho:

“Il governo della Repubblica italiana sostiene che in un procedimento precontenzioso e sommario, come quello <per decreto ingiuntivo>, è escluso il contraddittorio sulla formulazione delle questioni di interpretazione che il giudice nazionale sottopone alla Corte di giustizia. Ammettendo la possibilità del rinvio in tali condizioni, si avallerebbe una disparità sul piano processuale e si creerebbe una discriminazione fra cittadini dei vari Stati membri in funzione di eventuali divergenze fra i rispettivi codici di procedura”.

Es, precisamente, después del requerimiento judicial cuando el deudor puede presentar oposición, dando lugar, por tanto, a la fase contradictoria.

El Tribunal de Justicia afirma que el artículo 177 del TCE no hace depender su competencia del carácter contradictorio o no del procedimiento en el curso del cual el Juez nacional ha efectuado la remisión de la cuestión prejudicial.

En la Sent. “San Giorgio” la cuestión prejudicial se planteó por el “*Presidente Istruttore del Tribunale di Trento*” en el marco de un “procedimiento monitorio”. El Tribunal de Justicia, en el aptdo. 8 de su sentencia, afirma que el derecho a someter una cuestión prejudicial al TJUE corresponde a cualquier órgano jurisdiccional de los Estados miembros, independientemente de la fase del juicio del que conoce y de la naturaleza de la decisión que deba pronunciar.

Acaba amartillando esa idea en el aptdo. 9, al decir que tanto la orden judicial de pago dictada por el Presidente del Tribunal en el procedimiento monitorio como la decisión de una suspensión, en su caso, de dicha orden, como consecuencia de la oposición de la *Amministrazione delle Finanze*, están comprendidas en el ámbito de los actos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 177 del Tratado.

Véase también el pormenorizado análisis, excurso de derecho comparado incluido, que sobre este particular realiza el Abogado General CAPOTORTI en sus Conclusiones en el asunto “Hoffmann-La Roche”, presentadas el 5 de mayo de 1977.

⁴¹⁷ Punto 33 de las Conclusiones presentadas el 28 de junio de 2001 en el asunto “De Coster” (C-17/00).

⁴¹⁸ Sent. “Pretura Unificata di Torino”, de 22 de septiembre de 1988, C-228/87; Sent. “Fratelli Pardini”, de 21 de abril de 1988, C-338/85.

Así, la cuestión prejudicial puede plantearse de oficio por el Juez nacional que está conociendo del proceso principal⁴¹⁹, algo cada vez más frecuente y que llamaríamos, por el objetivo que muchas veces persigue, “el ejercicio de la abogacía por parte del Juez” -y como ejemplo de ello se puede citar el Auto de planteamiento de cuestión prejudicial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 1 de diciembre de 1990, en el asunto “Micheletti”⁴²⁰-. También cabe el planteamiento a instancia de parte, esto es, a solicitud de alguna de las partes de aquél (Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ferrol, de 12 de abril de 2013, en el Procedimiento Ordinario nº 52/2011⁴²¹), por lo que se oirán a las mismas –principio de contradicción-, así como al Ministerio Fiscal, en aras a que el Juez disponga de todos los elementos de juicio para fundar su decisión, y todo ello por aplicación analógica de lo que previene el artículo 35.2 de la LOTC.

Recientemente, sin embargo, el legislador español se ha atrevido a introducir, con respecto a la cuestión prejudicial, el artículo 4 bis en la LOPJ, mediante modificación operada con la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, el cual reza:

⁴¹⁹ En relación con este punto, pero como algo diferente, pues tiene que ver con el litigio concreto, nos encontraríamos con la declaración que ha hecho el Tribunal de Justicia de no estar obligado el Juez nacional a aducir de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones comunitarias, cuando el examen de este motivo le obligaría a renunciar a la pasividad que le incumbe, saliéndose de los límites del litigio tal como ha sido circunscrito por las partes y basándose en hechos y circunstancias distintos de aquellos en los que fundó su demanda la parte interesada en la aplicación de dichas disposiciones (Sent. “Van Schijndel”, de 14 de diciembre de 1995, asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, aptdo. 22; Sent. “Van der Weerd”, de 7 de junio de 2007, asuntos acumulados C-222/05 a C-225/05, aptdos. 41 y 42).

(Vid. SILVA DE LAPUERTA, R., “*El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”. La Ley, Madrid, 1993, 2ª edición actualizada, p. 226).

⁴²⁰ El cual dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 1992, C-369/90; dictándose posteriormente por el TSJ de Cantabria, la Sentencia de 21 de septiembre de 1992.

⁴²¹ En el Antecedente de Hecho Octavo de dicho Auto se dice:

“Por Diligencia de ordenación de fecha 22 de febrero de 2013 se declaró concluso el período de prueba, concediendo a la parte demandante un plazo de diez días para presentar conclusiones. Por la procuradora Sra. Villalba López se presentó en fecha 1-03-13 un escrito solicitando el planteamiento de cuestión prejudicial comunitaria. Por diligencia de ordenación de fecha 5 de marzo de 2013 se acordó dar traslado a las partes personadas sobre la solicitud presentada por la Administración demandada”.

Esta remisión dio lugar, por parte del Tribunal de Justicia, a la Sent. “Ministerio de Defensa y Navantia”, de 9 de octubre de 2014, C-522/13.

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.*

Algún autor enmarcaría ese proceder del Juez, al actuar de oficio, en el ámbito de la competencia y, por consiguiente, del orden público⁴²², al tener que traer al procedimiento el Derecho de la Unión, si es que fuera aplicable y alguna de las partes no lo hubiera invocado y, finalmente, el mismo se suscitate algún tipo de duda. Siendo esto cierto, no contradice, en nuestra opinión, la afirmación anterior, dada la beligerancia con la que algunos Jueces, dependiendo del caso y de las circunstancias, optan de oficio por la vía prejudicial.

En cuanto a la forma de acordar la remisión, puesto que el Tratado no prevé la forma en la que el órgano jurisdiccional debe plantear su petición de decisión prejudicial (Sentencia “Bosch”, de 6 de abril de 1962, en el asunto 13/61), existe completa libertad, por lo que habrá que estar a lo que diga el derecho interno para los incidentes procesales.

Comoquiera que en el ordenamiento jurídico español no existe una regulación propia y específica para el procedimiento prejudicial comunitario –aparte de la breve referencia del artículo 4 bis de la LOPJ-, habrá que irse, como he dejado indicado, a lo que establecen para la cuestión prejudicial constitucional –la cuestión de inconstitucionalidad a que se refiere el artículo 163 de la Constitución- los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)⁴²³.

Una vez puestos en la tesitura sobre la decisión que quepa adoptar respecto del reenvío de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, el Juez nacional habrá de dictar una resolución que, de acuerdo con los artículos 4 bis.2 y 245.1.b) de la LOPJ⁴²⁴, adoptará la forma de Auto⁴²⁵, quizás por ser

⁴²² CHEVALLIER, R-M. y MAIDANI, D., “*Guide Pratique Article 177 CEE*”. Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburgo, 1982, p. 51.

⁴²³ SENÉS MOTILLA, C., “*Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*”. McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1996, p. 158.

⁴²⁴ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (BOE nº 157, de 2 de julio de 1985).

el tipo de resolución que puede declarar la suspensión de un procedimiento judicial, previa motivación, como dice la Profesora MORCILLO MORENO⁴²⁶, la cual se remite, además, con acierto, a los artículos 248.2 de la LOPJ, 40.3 de la LEC, 43 de la LEC y al artículo 208.2 de la LEC.

Consecuencia del mismo será que se deje en suspenso el procedimiento hasta que se obtenga respuesta del Tribunal de Justicia (S. “Wöhrmann”, de 14 de diciembre de 1962, en los asuntos acumulados C-31/62 y C-33/62).

¿Cabe algún recurso contra el Auto de remisión de una cuestión prejudicial?

Como indica BRIGUGLIO⁴²⁷, ninguna disposición comunitaria impone, excluye, limita o, en todo caso, condiciona explícitamente la posibilidad de impugnar, revocar, modificar o suspender la resolución de envío prejudicial

⁴²⁵ A. de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2006, en el Recurso de Casación nº 2.454/1999, del que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández; A. de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2007, en el Recurso de casación nº 6.926/2005, del que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona; A. de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008, en el Recurso Contencioso Administrativo nº 153/2007, del que fue Ponente la Excmo. Sra. D^a Margarita Robles Fernández; A. de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2010, en el Recurso de casación nº 1.724/2008, del que fue Ponente la Excmo. Sra. D^a María Isabel Perelló Doménech.

A un nivel jurisdiccional inferior pueden citarse otros ejemplos:

- Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, de 1 de abril de 2008, en los autos nº 190/2008, siendo Juez el Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán Muñoz.

- Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de San Javier, de 3 de enero de 2007, en los autos nº 35/2007, siendo Jueza la Ilma. Sra. D^a María Antonia Martínez Noguera.

-Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena, de 16 de agosto de 2013, en los autos de Procedimiento de Ejecución Hipotecaria nº 126/2013, siendo Juez el Ilmo. Sr. D. Manuel Ruíz de Lara (vid. ANEXO XX).

⁴²⁶ MORCILLO MORENO, J., *“Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el Ámbito del Derecho Administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales”*. La Ley, Wolters Kluwer España, Madrid, Junio 2007, 1^a Edición, p. 333.

⁴²⁷ BRIGUGLIO, A., *“Pregiudiziale Comunitaria e Processo Civile”*. Cedam, Padova, 1996, pp. 371- 374.

(Véase también: RAITI, G., *“La collaborazione giudiziaria nell’esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario”*. Giuffrè Editore. Università di Catania. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 2003, pp. 239-253).

al Tribunal de Justicia; por lo que, existiendo desinterés por el legislador comunitario sobre esta materia, deja amplia libertad a los legisladores de los Estados miembros para proveer en sentido positivo o negativo sobre esta cuestión (afirmación, por tanto, de la autonomía normativa de los ordenamientos procesales nacionales).

Esta cuestión, cuando comenzó la actividad prejudicial del Tribunal de Justicia, se la plantearon algunos Abogados Generales (LAGRANGE⁴²⁸, WARNER⁴²⁹), llegando a la conclusión (WARNER) de que no era posible impugnar la resolución de remisión prejudicial.

De lo dicho se deduce que no hay un principio general, y que la impugnabilidad o no de la resolución de remisión prejudicial dependerá

⁴²⁸ Véanse sus Conclusiones, presentadas el 27 de febrero de 1962, en el asunto “Bosch” (C-13/61), que dio lugar a la Sentencia de 6 de abril de 1962.

⁴²⁹ Véanse sus Conclusiones, presentadas el 12 de diciembre de 1973, en el asunto “Rheinmühlen” (C-166/73).

WARNER dice, de modo expreso, en sus Conclusiones:

“Creo, en buena lógica, que el punto de vista que propongo adoptar a este Tribunal implica necesariamente mantener que el Derecho nacional no puede establecer efectivamente el derecho de apelación contra una resolución de un órgano jurisdiccional inferior por la que se somete una cuestión a este Tribunal de Justicia. Esta es una conclusión trascendental, pues las normas de procedimiento vigentes en la mayoría de los Estados miembros prevén, ya sea expresa o implícitamente, este derecho de apelación. Por lo demás, es una conclusión que concuerda con dos sentencias de este Tribunal (...)”.

Y, a propósito, de esas Sentencias, se refiere a la que resolvió el asunto “Bosch”, y al asunto “Chanel” (que, en realidad, se resolvió mediante Auto).

WARNER difiere del punto de vista adoptado por LAGRANGE, con quien dice discrepar por no considerar correcto el enfoque adoptado por este último:

“Estoy respetuosamente de acuerdo, por supuesto, con las conclusiones del Abogado General Sr. Lagrange en dicho asunto, en la medida en que dijo que no correspondía a este Tribunal pronunciarse sobre cuestiones de Derecho nacional. Pero no me puedo conformar con ella en la medida en que aquél aceptó la posibilidad de apelación, con arreglo al Derecho nacional, contra una resolución de remisión efectuada al amparo del artículo 177. Como es natural, difiero de su opinión con la mayor modestia, pero me parece que su enfoque del problema no era correcto. Consistía fundamentalmente en considerar las normas aplicables en Francia y Alemania a las peticiones de decisión prejudicial entre órganos jurisdiccionales competentes en diferentes ámbitos, en averiguar que, con alguna excepción, estaba permitido apelar las resoluciones de remisión efectuadas por dichos órganos jurisdiccionales, y en concluir que, en este contexto, no sería razonable suponer que los autores del Tratado pretendieron excluir todo derecho de apelación tratándose de resoluciones de remisión a este Tribunal de Justicia”.

enteramente de lo que en cada EM haya establecido el legislador nacional⁴³⁰.

En el caso de España, aplicadas analógicamente las normas referidas a la cuestión prejudicial constitucional, la respuesta sería que no cabe ningún recurso (artículo 35.2 de la LOTC⁴³¹)⁴³². En línea con esta interpretación,

A continuación, añade:

“Ninguna disposición del Tratado ni del Estatuto permite que el Tribunal de Justicia tenga en cuenta cualquier documento procedente de un órgano jurisdiccional distinto del órgano remitente y, en particular, ninguna disposición permite tener en cuenta cualquier documento procedente de un Tribunal de apelación. Me parece, que si los autores del Tratado se hubieran propuesto que pudiera apelarse la resolución del órgano jurisdiccional remitente, habrían dispuesto al menos algún mecanismo referido a la posibilidad de dicha apelación”.

Y, respecto del Abogado General ROEMER, en sus Conclusiones presentadas en el asunto “Chanel”, el Abogado General WARNER también se distancia:

“En lo que discrepo del Abogado General Sr. Roemer -y discrepo de él, por supuesto, con la misma modestia con que disiento del Abogado General Sr. Lagrange- es en su aceptación de la tesis de que un recurso de apelación puede privar de objeto a una remisión, pues esto implica aceptar que el Derecho nacional puede imponer límites a dicha facultad discrecional. Además, el razonamiento expuesto por el Abogado General Sr. Roemer implica que el Tribunal de apelación nacional tiene la última palabra sobre si un caso concreto suscita una cuestión de Derecho comunitario. Ello significa, en determinadas circunstancias (perfectamente ilustradas en el presente asunto), dar a dicho órgano jurisdiccional la última palabra sobre el alcance del Derecho comunitario en vez de dársela a este Tribunal de Justicia”.

WARNER termina apostillando con la consideración de que *“no existe ninguna norma universal en el sentido de que toda resolución judicial deba ser necesariamente susceptible de recurso”.*

⁴³⁰ Véase BRIGUGLIO, A., *“Pregiudiziale Comunitaria e Processo Civile”*. Cedam, Padova, 1996, pp. 374-376; JARVIS, M.A., *“The application of EC Law by national courts. The free movement of goods”*. Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 428-429; CHALMERS, D.; HADJIEMMANUIL, C.; MONTI, G.; TOMKINS, A., *“European Union Law”*. Cambridge University Press, 2006, p. 293.

⁴³¹ *“El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el Juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme”.*

hago notar que en los Autos dictados por tribunales españoles acordando la remisión de una cuestión prejudicial, no se hace referencia a que contra dicha resolución quepa algún tipo de recurso (vid. ANEXO XIX y ANEXO XX).

Sin embargo, en Bélgica sí que parece ser ello posible (como se deduce del A. “Nationale Loterij”, de 24 de marzo de 2009, C-525/06, aptdo. 4⁴³³), así como en Francia (Sent. “Caisse regionale d’assurance maladie de Paris”, de 9 de octubre de 1974, C-24/74), en Países Bajos, en el Reino Unido⁴³⁴ (Sent. “Bouchereau”, de 27 de octubre de 1977, C-30/77) o en Hungría (Sent. “Cartesio”, de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, aptdo. 92)⁴³⁵; y a diferencia de Irlanda⁴³⁶, que no parece admitirlo. Alemania ha seguido una

Véase, también, a este respecto, la STC nº 173/2002, de 9 de octubre de 2002 (F.J. 5º); STC nº 149/2004, de 20 de septiembre de 2004 (F.J. 2º) o la STC nº 15/2004, de 23 de febrero de 2004 (F.J. 3º).

⁴³² MORCILLO MORENO, J., “*Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el Ámbito del Derecho Administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*”. La Ley, Wolters Kluwer España, Madrid, Junio 2007, 1ª Edición, p. 324.

⁴³³ Antes de éste podría hacerse referencia a la Sent. “Sabam”, de 30 de enero de 1974, C-127/73, así como a la Sent. “Delhaize”, de 6 de octubre de 1983, C-2 a 4/82.

En el apartado 8 de la Sent. “Delhaize” se dice que el Gobierno belga ha interpuesto recurso contra la sentencia de remisión de cuestión prejudicial; recurso que debía ser resuelto por la “*Cour d’appel de Bruxelles*”.

⁴³⁴ En la doctrina británica, el Profesor USHER –el cual fue, además, secretario del Abogado General WARNER– no encontraba ningún problema en admitir que un tribunal superior verificase si el Juez que había acordado el envío prejudicial había sobrepasado los límites de su discreción o competencia; pero que, por el contrario, al tribunal superior no le debería estar permitido imponer su interpretación particular de la norma comunitaria en cuestión, si el Juez que ha decidido el envío al Tribunal de Justicia no ha sobrepesado con ello los límites de la discreción o de la competencia para su planteamiento.

(USHER, J.A., “*Les renvois à titre préjudiciel*”, en “*La réforme du système juridictionnel communautaire*”, VANDERSANDEN, G. Editions de l’Université de Bruxelles, 1994. Etudes Europeennes, p. 64).

⁴³⁵ Vid. DANIELE, L., “*Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze*”. Cuarta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2010, pp. 336-337.

⁴³⁶ El Tribunal Supremo de Irlanda, en su Sent. “*Campus Oil Limited v. Minister for Industry and Energy*”, de 17 de junio de 1983, resolvió un recurso que se había interpuesto contra la decisión del Juez Murphy, de la *High Court*, de someter una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia que tenía que ver con la interpretación de los artículos 30, 31 y 36 del Tratado de Roma. Los demandados (Minister for Industry and Energy, Ireland, the Attorney General and Irish National Petroleum Corporation Ltd.) dijeron que no era necesario plantear cuestión prejudicial

orientación oscilante, ya que su jurisprudencia ha admitido, del mismo modo que ha negado, esta posibilidad.

En todo caso, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, en relación con un órgano jurisdiccional cuyas decisiones pueden ser objeto de un recurso judicial de Derecho interno, el actual artículo 267 del TFUE no se opone a que las resoluciones de tal órgano jurisdiccional, en mérito de las cuales somete una cuestión al Tribunal de Justicia para que se pronuncie con carácter prejudicial, estén sujetas a los recursos normales establecidos en el Derecho nacional⁴³⁷. Aunque, como dice

al TJUE o, subsidiariamente, que era prematuro hacerlo. El Juez Murphy desestimó la apreciación de los demandados, manteniendo su intención de dirigirse al Tribunal de Justicia.

El Tribunal Supremo de Irlanda rechazó el recurso sobre la base de que no existe, propiamente, tal recurso y que, por tanto, no tiene jurisdicción para resolver el mismo de acuerdo a lo establecido en el artículo 34 de la Constitución irlandesa (el cual trata sobre los tribunales). Y que incluso en el supuesto de que el recurso estuviera dentro de los límites del artículo 34 de la Constitución, la aplicación de lo previsto en el artículo 29.4.3 de la Constitución (*“El Estado podrá convertirse en miembro de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero -establecida por el Tratado de París de 18 de abril de 1951-, de la Comunidad Económica Europea -establecida por el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957- y la Comunidad Europea de Energía Atómica -establecida asimismo por el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957-. Ningún precepto de esta Constitución invalidará leyes aprobadas, actos ejecutados o medidas adoptadas por el Estado por exigencia de las obligaciones de pertenencia a las Comunidades en cuestión ni impedirá que las leyes promulgadas, actos ejecutados o medidas adoptadas por las Comunidades o instituciones de estas tengan fuerza de ley en el Estado”*) haría que el derecho a recurrir la decisión al Tribunal Supremo tuviera que ceder ante la primacía del artículo 177 del TCE (hoy artículo 267 del TFUE).

El Alto Tribunal irlandés dijo que el Tratado de Roma forma parte del derecho interno del Estado irlandés y que, consecuentemente, si el Juez Murphy, que era quien tenía que resolver la contienda judicial, entendió que el derecho comunitario era aplicable, es a él a quien le corresponde la decisión sobre si dirigirse o no al Tribunal de Luxemburgo, habida cuenta, primero, el derecho que tiene a hacerlo (no sometido a las partes del proceso ni a ningún otro órgano judicial) y, segundo, dada la función de interpretación del Derecho de la UE (en este caso, del Tratado de Roma) que al Tribunal de Justicia le ha sido atribuida. Además, argumentó el Tribunal Supremo que el instituto de la “prejudicial comunitaria” es similar al sistema irlandés del “consultative Cases Stated”, y que en derecho irlandés no cabe la posibilidad de recurso contra la decisión de cualquier Juez de plantear un “consultative case”.

El Tribunal Supremo de Irlanda dice ser consciente de que en otros Estados miembros es posible recurrir la decisión de plantear una cuestión prejudicial, pero que aquél no debe hacer ningún tipo de observación sobre el derecho de otros países, puesto que tiene que decidir la cuestión únicamente dentro del contexto del derecho irlandés.

(Vid. también las Conclusiones del Abogado General MADURO, presentadas el 22 de mayo de 2008, en el asunto “Cartesio”, C-210/06 –Punto 19-).

⁴³⁷ Sent. “Bosch”, de 6 de abril de 1962, C-13/61; Sent. “Rheinmühlen-Düsseldorf”, de 12 de febrero de 1974, C-146/73, aptdo. 3; Sent. “Cartesio”, de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, aptdo. 89.

BRIGUGLIO⁴³⁸, la transmisión al Tribunal de Justicia de la resolución del tribunal nacional solicitando la cuestión es suficiente para instaurar el proceso prejudicial, y el planteamiento de un recurso contra dicha resolución nacional no implica automáticamente la suspensión del procedimiento prejudicial⁴³⁹. Si bien, en efecto, puede llegarse a esta solución suspensiva (A. “Chanel”, C-31/68⁴⁴⁰; Sent. “Sabam”, C-127/73), si, como dice el autor citado, está bien fundamentada la petición que en este sentido se haga, ya que el Tribunal de Justicia es reacio a que los intervinientes en el proceso prejudicial dispongan del “iter” procesal establecido⁴⁴¹.

Si acabara dejándose sin efecto el Auto de remisión, en el tipo de supuestos referido, el litigio ya no estaría pendiente, propiamente, ante el órgano jurisdiccional remitente⁴⁴², por lo que, de pronunciarse el Tribunal de Justicia sobre la cuestión planteada, estaría emitiendo una opinión consultiva y, por tanto, vulnerando su propia jurisprudencia⁴⁴³. Consecuentemente, el proceso prejudicial se extingue, sin pronunciarse el TJUE sobre las cuestiones prejudiciales planteadas, si se anulase la resolución de remisión del órgano nacional –lo que ha de ser comunicado por éste al Tribunal de Justicia-, al faltar, como dice BRIGUGLIO, el

⁴³⁸ BRIGUGLIO, A., *“Pregiudiziale Comunitaria e Processo Civile”*. Cedam, Padova, 1996, pp. 385 y 386.

⁴³⁹ Así parecen indicarlo la Sent. “Sabam” (C-127/73) y la Sent. “Delhaize” (C-2 a 4/82).

En el aptdo. 8 de la Sent. “Delhaize” se solicita la suspensión del procedimiento prejudicial; mientras que en el apartado 9 se señala que el Tribunal de Justicia debe resolver las cuestiones planteadas sin tener en consideración las objeciones que han inducido al Gobierno belga a interponer apelación contra la sentencia de remisión.

⁴⁴⁰ En este caso, el Tribunal de Justicia, siguiendo la opinión del Abogado General ROEMER, decidió suspender el procedimiento mediante Auto de 3 de junio de 1969.

(Vid. CHEVALLIER, R-M. y MAIDANI, D., *“Guide Pratique Article 177 CEE”*. Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburgo, 1982, pp. 67-68; ANDERSON, D., “Initiating a Reference”, en *“Article 177 References to the European Court-Policy and Practice”*, ANDENAS, M. Butterworths, Gosport, Hampshire, 1994, p. 13).

⁴⁴¹ BRIGUGLIO, A., *“Op.Cit.”*, p. 393.

⁴⁴² A. “Nationale Loterij”, antes citado, aptdo. 9; Sent. “Stoilov i Ko”, de 24 de octubre de 2013, C-180/12, aptdos. 42 y 45.

⁴⁴³ A. “Nationale Lorerij”, aptdo. 10; Sent. “Stoilov i Ko”, antes citada, aptdo. 47.

“título jurídico”⁴⁴⁴ que, de ser otro el caso, le posibilitaría resolver la cuestión.

Podría, sin embargo, suceder que para cuando la resolución de remisión sea anulada por la jurisdicción nacional, o acaso modificada (p.e. reformulando las cuestiones, como ocurrió con la Sentencia “Caisse régionale d’assurance maladie de Paris”, de 9 de octubre de 1974, C-24/74)⁴⁴⁵, el Tribunal de Justicia ya se haya pronunciado sobre la cuestión que le había sido sometida. BRIGUGLIO afirma que, en una eventualidad como la descrita, ni la sentencia prejudicial será inválida ni, por otra parte, podrá considerarse la misma “*inutiliter data*”⁴⁴⁶. En el mismo sentido se pronunciaba el Abogado General LAGRANGE, en sus Conclusiones presentadas en el asunto “Bosch” (C-13/61)⁴⁴⁷. Estando, en líneas generales, de acuerdo con esto, sin embargo, pienso que el Tribunal de Justicia podría haberse ahorrado un trabajo que, en definitiva, el tribunal nacional que ha suscitado la cuestión no va a poder aprovechar (y, en definitiva, va a devenir, en mero caso/sentencia consultivo/a), por lo que soy de la opinión de que el modo de proceder del Tribunal de Justicia, en cualquier caso de impugnación de la resolución nacional de remisión, debería ser paralizar “*ipso facto*” el procedimiento, del mismo modo que se suspende el litigio nacional cuando el juez de un EM dice necesitar la

⁴⁴⁴ Así lo llama también, “título jurídico”, el Abogado General LAGRANGE, cuando se refiere en sus Conclusiones en el asunto “Bosch” (C-13/61), y a propósito de la competencia del Tribunal de Justicia, a la necesidad de una resolución de remisión para que el TJUE pueda pronunciarse.

LAGRANGE, en las Conclusiones presentadas con motivo de este asunto, dice que: “*Sólo en el supuesto de que el Hoge Raad de La Haya anule la resolución y, por consiguiente, la invalide retroactivamente, el Tribunal de Justicia deberá abstenerse puesto que, en ese momento, el “título” necesario para el pronunciamiento, a saber, la resolución de remisión, ya no existirá*”.

⁴⁴⁵ En el caso de modificación de la demanda prejudicial inicialmente remitida, como consecuencia de algún recurso interpuesto contra la misma, según BRIGUGLIO (Op.Cit.), habría que retirar la misma, y remitir una nueva, aunque sea una solución poco económica, pero sí más correcta desde el punto de vista de la regularidad del proceso.

⁴⁴⁶ BRIGUGLIO, A., “Op.Cit.”, p. 396.

⁴⁴⁷ LAGRANGE, ante un supuesto como este, se posicionaba en los siguientes términos:

“Sin duda, existe el riesgo de que esto se produzca después de que el Tribunal de Justicia haya dictado sentencia, que entonces carecerá de todo efecto sobre la sentencia en el litigio principal. Pero, en mi opinión, debe aceptarse este riesgo, al menos en un asunto como éste, en el que el alcance del principio de interpretación que se espera del Tribunal de Justicia indudablemente supera ampliamente los intereses de las partes procesales, cuyos derechos además están íntegramente protegidos en el marco del procedimiento interno, así como las prerrogativas de los Tribunales nacionales”.

respuesta del Tribunal de Justicia para resolver el asunto de que se trata. Si el tribunal remitente suspende su procedimiento nacional precisamente porque le falta el “dato” que dice precisar del Tribunal de Justicia, éste debería suspender también su procedimiento porque su respuesta podría, finalmente, no ser necesaria. O esto –que sería lo más fácil y práctico–, o que el legislador nacional establezca un plazo perentorio para la resolución de este tipo de recursos, en orden a evitar situaciones indeseables, como las que venimos refiriendo que, no por excepcionales, dejan, sin embargo, de ser posibles en su ocurrencia.

En todo caso, y respecto al contenido de la petición de decisión prejudicial, el artículo 94 del RPTJ señala que junto al texto de las preguntas formuladas al Tribunal con carácter prejudicial, la petición contendrá:

- a) una exposición concisa del objeto del litigio y de los hechos pertinentes, según se hayan constatado por el órgano jurisdiccional remitente, o al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones,
- b) el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente,
- c) la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión⁴⁴⁸ (sobre todo cuando no se desprenden de forma inequívoca del expediente⁴⁴⁹:

⁴⁴⁸ Un ejemplo muy gráfico de ilustrar el órgano remitente estas dudas (en este caso, de interpretación) lo encontramos en la Sent. “RLRE Tellmer Property”, de 11 de junio de 2009 (C-572/07), en cuyos aptdos. 11 y 12, se dice:

“El órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre la interpretación que debe hacerse tanto del Derecho nacional como del Derecho comunitario aplicable al caso de autos. Considera tres posibles respuestas a las cuestiones que se plantean en el litigio principal” (Aptdo. 11).

“En primer lugar, dado que existe, para los arrendatarios, una posibilidad de celebrar con terceros un contrato independiente sobre la limpieza de los espacios comunes, este servicio no forma parte del alquiler y su exención no tiene razón de ser. En segundo lugar, en la medida en que la exención de los gastos de limpieza de los citados espacios disminuye las cargas adeudadas en concepto de vivienda, razones de orden social podrían justificar la exención de estos gastos. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente no excluye que esta cuestión deba dejarse a la apreciación de los Estados miembros” (Aptdo. 12).

⁴⁴⁹ En otras ocasiones, esas razones puede ser posible deducirlas del expediente del órgano nacional (Sent. “Union laitière normande”, de 12 de julio de 1979, C-244/78).

Sent. “Bertini”, de 12 de junio de 1986, C-98, 162 y 258/85, apdos. 6 y 7), así como de la relación que, a su juicio, existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal⁴⁵⁰.

El Tribunal de Justicia recomienda que la redacción de la petición sea sencilla, clara y precisa, sin elementos superfluos, dada la necesidad de traducir la petición a todas las lenguas oficiales de la Unión Europea; que las cuestiones prejudiciales⁴⁵¹ figuren en una parte separada que se pueda

(Vid. BAPTISTA, M., “*Manuale del rinvio pregiudiziale*”. CEDAM, Padova, 2000, pp. 73-74).

⁴⁵⁰ Para GÓMEZ SANZ, el Auto de remisión del Juez nacional expresaría los problemas de aplicación local de la norma nacional en el contexto de aplicación del derecho comunitario, recurriéndose a la vía prejudicial por cuatro motivos distintos:

- a) Para propiciar un control de los actos de las AAPP cuando la normativa nacional no arroja un criterio de validez claro que sí se encuentra en el Derecho Comunitario.

(Sent. “Canal Satélite Digital”, de 22 de enero de 2002, C-390/99; Sent. “Asempre”, de 11 de marzo de 2004, C-240/02; Sent. “Industrias de Deshidratación Agrícola”, de 25 de marzo de 2004, C-118/02).

- b) Para controlar la aplicación de la ley nacional en relación con el régimen jurídico establecido por las normas comunitarias.

(Sent. “Telefónica de España”, de 13 de diciembre de 2001, C-79/00; Sent. “González Sánchez”, de 25 de abril de 2002, C-183/00; Sent. “Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española”, de 30 de septiembre de 2003, C-405/01).

- c) Con el objeto de completar o reforzar el ámbito de protección prescrito por las normas jurídicas nacionales en un ámbito en el que concurren normas comunitarias.

(Sent. “Chacón Navas”, de 11 de julio de 2006, C-13/05).

- d) En relación con el planteamiento de problemas de coexistencia entre los intereses protegidos por las normas e instituciones del derecho nacional y las disposiciones comunitarias en un ámbito de aplicación concurrente en el que el Juez plantea una armonización de intereses.

(Sent. “Bordessa”, de 23 de febrero de 1995, C-358/93).

(GÓMEZ SANZ, X., “Indicadores para evaluar el impacto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ejerce sobre los ordenamientos nacionales” en *“España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial”*, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, pp. 107-115).

⁴⁵¹ Respecto de las cuestiones formuladas sería deseable limitarse, en su número y extensión, a lo que sea suficiente para dar una respuesta al tribunal nacional respecto de los puntos sobre los que tiene dudas, de tal modo, como ha señalado ANDERSON, que se eviten ejemplos de no deseable seguimiento como el que constituyó el asunto “Adoui y Cornuaille” (Sentencia de 18

identificar con claridad –preferentemente al principio o al final de la resolución-, y que su extensión se limite a una decena de páginas, ya que ello suele bastar para exponer de modo adecuado el contexto de una petición de decisión prejudicial.

Asimismo, las disposiciones del Derecho de la Unión pertinentes en el litigio principal deberán ser identificadas con la mayor precisión posible, incluyendo, en su caso, un breve resumen de los argumentos aducidos por las partes en el litigio de procedencia de la cuestión.

Se recomienda, igualmente, que el órgano jurisdiccional remitente indique de modo sucinto su punto de vista sobre la respuesta que deben recibir las cuestiones planteadas (esto último se considera particularmente útil cuando la petición se plantea en el marco de un procedimiento acelerado o de un procedimiento de urgencia)⁴⁵².

Puede ser que el órgano remitente haya decidido aplicar el anonimato. En este caso, el Tribunal de Justicia respetará el mismo en el procedimiento pendiente ante él (artículo 95.1 del RPTJ). También podría suceder que, mediante petición motivada del órgano nacional, bien a instancias de alguna de las partes o de oficio, el Tribunal de Justicia oculte la identidad de una o varias personas o entidades afectadas por el litigio (artículo 95.2 del RPTJ).

de mayo de 1982, asuntos acumulados C-115/81 y C-116/81) en que el *Tribunal de Première Instance de Liège* (Bélgica) planteó 29 cuestiones -algunas de ellas, además, divididas en varios apartados-.

Añadimos que, con posterioridad, ha habido otros casos que no le van muy a la zaga, en lo que a profusión en la formulación de las cuestiones se refiere, al anteriormente citado (Sent. “Mondiet/Armement Islais”, de 24 de noviembre de 1993, C-405/92, siendo órgano remitente el *Tribunal de commerce de La Roche-sur-Yon*, de Francia; Sent. “Angelidaki”, de 23 de abril de 2009, asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07, siendo órgano nacional remitente el *Momomeles Protodikeio Rethymnis*, de Grecia; Sent. “Meilicke”, de 30 de junio de 2011, C-262/09, siendo, en este caso, órgano nacional remitente el *Finanzgericht Köln*, de Alemania).

Algún autor -KASTELIK-SMAZA- ha señalado que, a ser posible, debería ser objeto de cuestión prejudicial solo una pregunta, y ello como síntesis de un trabajo previo de madura elaboración por parte del órgano remitente.

(ANDERSON, D., “Initiating a Reference”, en “*Article 177 References to the European Court-Policy and Practice*”, ANDENAS, M. Butterworths, Gosport, Hampshire, 1994, pp. 19-20; KASTELIK-SMAZA, A., “*Das Vorabentscheidungsverfahren aus der Sicht des individuellen Rechtsschutzes*”. (1. Auflage). Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2010, p. 304).

⁴⁵² Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, publicadas el 6 de noviembre de 2012 (DOUE, 2012/C, 338/01).

La casuística indica que, en lo que hace a estos últimos supuestos, suele tratarse de procedimientos penales o que tienen que ver con el derecho de familia o de extranjería.

En este sentido, nos encontramos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con los siguientes ejemplos, los cuales se citan sin ánimo de exhaustividad: Sent. “C.H.W./G.J.H.”, de 31 de marzo de 1982, C-25/81⁴⁵³; Sent. “W.N.”, de 13 de abril de 2000, C-420/98⁴⁵⁴; Sent. “D.”, de 5 de julio de 2005, C-376/03⁴⁵⁵; Sent. “E y F”, de 29 de junio de 2010, C-550/09⁴⁵⁶; Sent. “B.”, de 21 de octubre de 2010, C-306/09⁴⁵⁷; Sent. “R.”, de 7 de diciembre de 2010, C-285/09⁴⁵⁸; Sent. “N.S.”, de 21 de diciembre de 2011, en los asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10⁴⁵⁹; Sent. “O. y S.”, de 6 de

⁴⁵³ Las cuestiones prejudiciales planteadas se suscitaron en el marco de un litigio entre dos cónyuges de nacionalidad neerlandesa, domiciliados en Bélgica, en relación con la administración por el marido de los bienes privativos de su mujer.

⁴⁵⁴ Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre W.N. (quien actúa como «apelante del litigio principal») y el *Staatssecretaris van Financiën* (Secretario de Estado de Hacienda de Holanda) sobre la decisión de éste de comunicar a las autoridades competentes españolas que el apelante del litigio principal había pagado pensiones alimenticias a su cónyuge en España.

⁴⁵⁵ Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. D., nacional alemán, y el “Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen” (administración tributaria neerlandesa) en relación con la negativa de ésta a concederle la aplicación de una cantidad exenta en el impuesto sobre el patrimonio.

(Vid. CASTILLO DE LA TORRE, F., “*Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Crónica de Jurisprudencia Mayo-Agosto 2005*”. RDCE, número 22, septiembre-diciembre 2005, pp. 1063-1066).

⁴⁵⁶ Esta petición se presentó en el marco de un procedimiento penal incoado contra E y F, quienes se encontraban en prisión provisional en Alemania, por presuntos hechos de pertenencia a un grupo terrorista en el extranjero y de infracción de los artículos 2 y 3 del Reglamento nº 2580/2001.

⁴⁵⁷ La petición se presentó en el marco de un procedimiento relativo a la ejecución, por parte del *Tribunal de Première Instance de Nivelles* (Bélgica), de una orden de detención europea dictada el 13 de diciembre de 2007 por el *Tribunalul București* (Tribunal de Bucarest) (Rumanía) contra I.B., nacional rumano residente en Bélgica, para la ejecución de una pena de cuatro años de prisión impuesta mediante una resolución judicial dictada en rebeldía.

⁴⁵⁸ Dicha petición se presentó en el marco del litigio relativo a las actuaciones penales emprendidas contra el Sr. R. a raíz del fraude fiscal que se le imputaba en materia de percepción del «IVA».

⁴⁵⁹ Dichas peticiones se suscitaron en el marco de litigios entre solicitantes de asilo que debían ser trasladados a Grecia en virtud del Reglamento nº 343/2003 y las autoridades, respectivamente, del Reino Unido e irlandesas.

diciembre de 2012, en los asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11⁴⁶⁰; Sent. “F”, de 30 de mayo de 2013, C-168/13 PPU⁴⁶¹; Sent. “ZZ”, de 4 de junio de 2013, C-300/11⁴⁶²; Sent. “G. y R.”, de 10 de septiembre de 2013, C-383/13 PPU⁴⁶³; Sent. “G”, de 16 de enero de 2014, C-400/12⁴⁶⁴; Sent. “M”, de 5 de junio de 2014, C-398/12⁴⁶⁵).

En otro orden de cosas, e independientemente de lo que se diga en el epígrafe referido a las observaciones, el artículo 23, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, no se opone, según ha manifestado el TJUE, a una disposición de derecho nacional que establece que un Juez que inicie un procedimiento prejudicial lo comunicará de oficio, simultáneamente, al Ministro que, en el EM de que se trate, sea competente en materia de Justicia⁴⁶⁶.

El órgano jurisdiccional remitente deberá informar al Tribunal de Justicia de cualquier incidente procesal que pueda tener alguna repercusión sobre

⁴⁶⁰ Las peticiones se plantearon en el marco de dos litigios entre, por una parte, el Sr. O. y la Sra. S., ambos nacionales de terceros países, y el *Maahanmuuttovirasto* (Oficina de inmigración) (asunto C-356/11) y, por otra, entre este último y la Sra. L., que también es nacional de un tercer país (asunto C-357/11), en relación con la denegación de los permisos de residencia solicitados al amparo de la reagrupación familiar.

⁴⁶¹ Esa petición se ha presentado en el marco de una cuestión prioritaria de constitucionalidad planteada por la *Cour de cassation* (Francia) al *Conseil Constitutionnel*, al conocer de un recurso de casación interpuesto por el Sr. F. contra la sentencia de 15 de enero de 2013 de la sala de instrucción de la *Cour d'appel* de Burdeos (Francia), que concedió el consentimiento a una solicitud de ampliación de entrega presentada por las autoridades judiciales del Reino Unido, por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que había motivado la orden de detención europea inicial emitida contra esa persona por la *Crown Court at Maidstone* (Reino Unido).

⁴⁶² Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre ZZ y el *Secretary of State for the Home Department*, relativo a la decisión de este último de prohibir al primero, por razones de seguridad pública, el acceso al territorio del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

⁴⁶³ Esta petición llegó al Tribunal de Justicia a través del *Raad van State* (Países Bajos) en el marco de los litigios entre los Sres. G. y R. y el *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (Secretario de Estado de Seguridad y Justicia) acerca de la legalidad de las decisiones de prórroga de medidas de internamiento a efectos de expulsión adoptadas contra ellos.

⁴⁶⁴ Esa petición, presentada por el *UTIAC* de Londres, trae causa de un litigio entre el *Secretary of State for the Home Department* (Ministro del Interior) y la Sra. G., acerca de una decisión cuyo objeto es la expulsión de dicha señora del territorio del Reino Unido.

⁴⁶⁵ Se presenta la cuestión por el *Tribunale di Fermo* (Italia), sobre la base de unos hechos que habían sido objeto de una instrucción paralela en Bélgica, en relación con unas agresiones sexuales cometidas contra una menor de edad.

⁴⁶⁶ Sent. “UB Pénzügyi Lizing”, de 9 de noviembre de 2010, C-137/08, aptdo. 35.

su petición de decisión prejudicial y, en particular, de la admisión de nuevas partes en el proceso nacional⁴⁶⁷. En este caso, el artículo 97.2 del RPTJ establece que la nueva parte en el litigio principal aceptará el procedimiento en el estado en que se encuentre en el momento en que se comunique esa información, dándosele traslado de todas las actuaciones y escritos procesales notificados a los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal.

Entre estas incidencias procesales posteriores, también se encuentra el hecho de que haya dejado de existir litigio -p.e. por haber alcanzado las partes un acuerdo transaccional o, en todo caso, por haber quedado el procedimiento principal sin objeto (desistimiento de la parte actora, etc.)- en cuyo caso es preciso notificarlo al Tribunal de Justicia. La consecuencia será que se archivará el procedimiento mediante Auto del Presidente del Tribunal de Justicia⁴⁶⁸.

La presentación de una petición de decisión prejudicial, como se sabe, lleva consigo la suspensión del proceso nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie, lo cual es natural, dado el carácter de incidente que representa a efectos del proceso nacional, y se traslada también al capítulo de costas, pues el procedimiento prejudicial es gratuito y el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre las costas de las partes del litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, ya que corresponde a este último decidir sobre este particular⁴⁶⁹.

Como prueba de ello, las sentencias del TJUE suelen dictarse con el siguiente tenor: *“Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso”*.

⁴⁶⁷ Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, de 6 de noviembre de 2012 (DOUE, 2012/C, 338/01). Se trata del aptdo. 30.

⁴⁶⁸ A. “Sujetová”, de 22 de octubre de 2012, C-252/11.

⁴⁶⁹ Apartado 5 de las “Instrucciones Prácticas a las partes sobre los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia”, de 25 de noviembre de 2013.

10.- Desarrollo del procedimiento ante el TJ

10.1. Los instrumentos normativos: un acercamiento al Estatuto y al Reglamento del Tribunal en este tema

En primer lugar, ha de hacerse referencia al Estatuto del Tribunal de Justicia (Protocolo nº 3) del que hay una versión consolidada con efectos 1 de julio de 2013, después de la modificación operada con el Reglamento (UE, Euratom) nº 741/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de agosto de 2012⁴⁷⁰, y por el artículo 9 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia⁴⁷¹.

El Título Tercero del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, en su versión consolidada de 25 de septiembre de 2012, modificado el 18 de junio de 2013⁴⁷², lleva por rúbrica “*De las cuestiones prejudiciales*”. Se encuentra dividido en cuatro capítulos: “Disposiciones Generales” (Capítulo Primero), que engloba los artículos 93 a 104; “Del Procedimiento Prejudicial Acelerado” (Capítulo Segundo), que abarca los artículos 105 y 106; “Del Procedimiento Prejudicial de Urgencia” (Capítulo Tercero), artículos 107 a 114, y “De la Asistencia Jurídica Gratuita” (Capítulo Cuarto), artículos 115 a 118.

Existe también un Reglamento Adicional, de 14 de enero de 2014⁴⁷³, que trata de las siguientes cuestiones: de las comisiones rogatorias (arts. 1 a 3); de la asistencia jurídica gratuita (arts. 4 y 5); y la denuncia de las violaciones del juramento de los testigos y peritos (arts. 6 y 7).

Asimismo, resultan enormemente útiles las “Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales”⁴⁷⁴, así como las “Instrucciones prácticas a las partes sobre los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia”⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ DOUE, L 228, de 23 de agosto de 2012.

⁴⁷¹ DOUE, L 112, de 24 de abril de 2012.

⁴⁷² DOUE, L 173, de 26 de junio de 2013, p. 65.

⁴⁷³ DOUE, L 32/37, de 1 de febrero de 2014.

⁴⁷⁴ DOUE, C 338/01, de 6 de noviembre de 2012.

⁴⁷⁵ DOUE, L 31, de 31 de enero de 2014.

Al referirse la misma al procedimiento ante el Tribunal de Luxemburgo, no puedo dejar de citar 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-Curia⁴⁷⁶, aspecto práctico éste donde los haya.

10.2. La cuestión prejudicial desde la óptica de los intervinientes

10.2.1. Secretaría del Tribunal

La Secretaría se responsabiliza de los autos de los asuntos pendientes y de la llevanza del Registro en que se inscriben todos los escritos procesales (artículo 21 del RPTJ).

Por tanto, se encarga de recibir, custodiar y transmitir los recursos, escritos y demás documentos procesales que dirigen al Tribunal de Justicia los abogados o agentes de las partes, ocupándose igualmente de toda la correspondencia y notificaciones en relación con la tramitación de los procedimientos ante el Tribunal de Justicia (artículo 20 del RPTJ).

De acuerdo con el artículo 18.4 del RPTJ, el Secretario será nombrado por un período de seis años y su mandato será renovable.

Según el artículo 10 del Estatuto del Tribunal de Justicia, el Secretario prestará juramento ante el TJUE de que ejercerá sus funciones con toda imparcialidad y en conciencia y de que no violará en modo alguno el secreto de las deliberaciones.

El Secretario sólo podrá ser separado de sus funciones cuando deje de reunir las condiciones requeridas o incumpla las obligaciones que se derivan de su cargo. El Tribunal de Justicia decidirá al respecto, después de haber ofrecido al Secretario la posibilidad de presentar sus observaciones (artículo 18.6 del RPTJ).

El artículo 19 del RPTJ prevé que el Tribunal pueda nombrar, por el mismo procedimiento establecido para el Secretario, un Secretario Adjunto encargado de asistirle y sustituirle en caso de impedimento.

Tras la presentación de una cuestión prejudicial, se ha de producir, y de esto se encarga la Secretaría del Tribunal de Justicia, la publicación de un Anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el cual

⁴⁷⁶ DOUE, C 289, de 1 de octubre de 2011.

contendrá la fecha de inscripción de la petición de decisión prejudicial en el Registro del Tribunal, el nombre y domicilio de las partes, el objeto del litigio, así como la determinación de los motivos o razones que sirven para fundamentar la cuestión prejudicial (véase ANEXO XVII).

10.2.2. El Abogado General

El Tratado de la Comunidad Europea establecía en los artículos 221 y 222 que el Tribunal de Justicia está compuesto por quince Jueces y asistido por ocho Abogados Generales⁴⁷⁷, aunque puede aumentarse el número de estos últimos (artículo 252, párrafo 1º, del TFUE). De hecho, de conformidad con la Decisión 2013/336/UE del Consejo, de 25 de junio de 2013⁴⁷⁸, el número de Abogados Generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se aumenta a nueve, con efectos 1 de julio de 2013; y a once, con efectos a partir del 7 de octubre de 2015.

A este respecto, el artículo 19.2 del TUE dice que *“El Tribunal de Justicia estará compuesto por un juez por Estado miembro. Estará asistido por abogados generales”*.

Los Jueces y los Abogados Generales, según el artículo 19.2 del TUE y el artículo 253 del TFUE (antes artículo 223 del Tratado de la Comunidad Europea), son designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados Miembros por un período de 6 años renovables –aunque cada 3 años tendrá lugar una renovación parcial- y se eligen entre juristas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones

⁴⁷⁷ Según se cita por BIAVATI, P. y CARPI, F., (*“Diritto Processuale Comunitario”*) y por BROWN, L. N. y KENNEDY, T., (*“The Court of Justice of the European Communities”*), el número de los Abogados Generales inicialmente era de dos y ha ido aumentando a medida que se iba ampliando la Comunidad con la integración de nuevos Estados Miembros. Los primeros dos Abogados Generales fueron el francés Maurice Lagrange (1952-1964) y el alemán Karl Roemer (1952-1973).

A Lagrange le sucedieron, sucesivamente, los también franceses Joseph Gand, Alain Dutheillet de Lamothe y Henri Mayras.

Por su parte, a Roemer le sucedieron, por orden, los alemanes Gerhard Reischl y Carl Otto Lenz.

El primer Abogado General italiano fue Alberto Trabucchi, al que le siguieron Francesco Capotorti, Federico Mancini y Giuseppe Tesaro.

Por su parte, el primer Abogado General británico fue Jean-Pierre Warner, al que le siguieron Sir Gordon Slynn y Francis Jacobs.

⁴⁷⁸ DO L 179, de 29.6.2013, p. 92.

requeridas para el ejercicio, en sus países respectivos, de entre las más altas funciones jurisdiccionales o que sean jurisconsultos de reconocida competencia⁴⁷⁹.

Para ello, el artículo 255 del TFUE establece que ha de constituirse un Comité para pronunciarse sobre la idoneidad de los candidatos para ejercer las funciones de Abogado General –también para la de Juez del Tribunal de Justicia-. El Comité estará compuesto por siete personalidades elegidas de entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia, uno de los cuales será propuesto por el Parlamento Europeo.

Tanto los Jueces como los Abogados Generales salientes podrán ser nuevamente designados (artículo 19.2 del TUE y artículo 253 TFUE).

Los Abogados Generales asisten al Tribunal y, por tanto, ayudan al mismo a cumplir su misión. De tal modo que su función es la de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado de la Unión. Para ello se encargan de presentar públicamente, con total imparcialidad e independencia –pues son independientes también respecto de los Estados de los que provienen, de los que no pueden recibir instrucciones ni erigirse en defensores de los intereses que les afectan⁴⁸⁰-, Conclusiones sobre los asuntos promovidos ante el Tribunal de Justicia – y las cuales, habitualmente, redacta en su lengua materna⁴⁸¹- y siempre que, según el Estatuto del Tribunal, requieran de su intervención (artículo 252, párrafo 2º, del TFUE), con el objeto de asegurar el respeto del Derecho de la Unión en lo que a su interpretación y aplicación se refiere. Por tanto, se trata de alguien independiente, que pertenece a la estructura del Tribunal, y que tiene por objeto, tanto en la fase escrita como en la oral del procedimiento, establecer un criterio⁴⁸², que podrá o no ser coincidente con

⁴⁷⁹ Los Abogados generales son designados por Decisión de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros.

⁴⁸⁰ IANNONE, C., “*L’avvocato generale della Corte di Giustizia delle Comunità europee*”. Il Diritto dell’Unione Europea, 1/2002, p. 134.

⁴⁸¹ Estas conclusiones, para el día fijado para su lectura en audiencia pública, estarán además disponibles tanto en francés –por ser la lengua de trabajo del TJUE- como en la lengua del procedimiento –en la que serán notificadas a las partes-.

(IANNONE, C., “*Op. Cit.*”, p. 129).

⁴⁸² El Abogado General LAGRANGE afirmó que la figura del Abogado General fue concebida como una contrapartida a la imposibilidad para los Jueces de dar a conocer públicamente su opinión individual.

el del Tribunal, ya que éste no tiene la obligación de seguirlo, pero que contribuye, y notablemente, a aclarar o precisar el alcance de un asunto sobre el que deba pronunciarse aquél⁴⁸³. Por su carácter gráfico, no nos sustraemos a recordar, a este respecto, lo que TOLEDANO LAREDO llamaba una “solución sugerida en interés de la legalidad”⁴⁸⁴.

De lo dicho se deduce que las conclusiones del Abogado General tienen el valor de un Dictamen, que recapitula los hechos aducidos y realiza un análisis jurídico del asunto sometido a la consideración del Tribunal, y en el ejercicio de esta función puede analizar una petición de decisión prejudicial colocándola en un contexto más amplio que el estrictamente definido por el órgano jurisdiccional remitente o por las partes en el litigio principal⁴⁸⁵.

El Abogado General, en sus conclusiones, hace referencia a la jurisprudencia anterior del Tribunal, tanto en el tema central como en aquellos que están relacionados con el mismo. Al final, y considerando lo anterior, propone al Tribunal la solución a la que ha llegado, la cual, dado

Quizás podría tratarse de un reflejo de la dialéctica existente entre la colegialidad del Tribunal de Justicia y el individualismo del Abogado General.

(Vid. TOLEDANO LAREDO, A., “*El Abogado General en el Tribunal de Justicia Andino y en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”. Revista de Instituciones Europeas, Vol. 11, nº 3, septiembre-diciembre 1984, pp. 813 y 815; IANNONE, C., “*Op. Cit.*”, p. 136).

⁴⁸³ Este cierto paralelismo entre las figuras del Juez y el Abogado General del Tribunal de Justicia se aprecia, entre otras cosas, en la prestación de juramento que, siendo común a ambos, es preciso con carácter previo a su entrada en funciones (artículo 2 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y artículo 4 del RPTJ):

“Juro ejercer mis funciones con toda imparcialidad y en conciencia; juro que no violaré en modo alguno el secreto de las deliberaciones”.

Así como el compromiso solemne que, como refiere el artículo 5 del RPTJ, supone la firma de la declaración que se contiene en el artículo 4, párrafo tercero, del Estatuto del Tribunal:

“En el momento de asumir sus funciones, se comprometerán solemnemente a respetar, mientras dure su mandato y aún después de finalizar éste, las obligaciones derivadas de su cargo y, en especial, los deberes de honestidad y discreción en cuanto a la aceptación, una vez terminado su mandato, de determinadas funciones o beneficios”.

⁴⁸⁴ TOLEDANO LAREDO, A., “*El Abogado General en el Tribunal de Justicia Andino y en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”. Revista de Instituciones Europeas, Vol. 11, nº 3, septiembre-diciembre 1984, p. 814.

⁴⁸⁵ Sent. “Hogan Lovells International”, de 11 de noviembre de 2010, C-229/09, aptdo. 26; Sent. “AJD Tuna”, de 17 de marzo de 2011, C-221/09, aptdo. 45.

su carácter no vinculante, tanto en lo que se refiere a sus conclusiones como a la motivación que desarrolla para llegar a las mismas⁴⁸⁶, podrá o no ser finalmente suscrita por aquél. Lo normal es que la Sentencia siga el dictamen expuesto por el Abogado General, pero ha habido bastantes casos en que no ha sido así: Sent. “Van Gend en Loos”, de 5 de febrero de 1963, C-26/62⁴⁸⁷; Sent. “Banks/Bristish Coal”, de 13 de abril de 1994, C-128/92⁴⁸⁸; Sent. “Abrahamsson y Anderson”, de 6 de julio de 2000, C-407/98⁴⁸⁹; Sent. “Kofisa Italia”, de 11 de enero de 2001, C-1/99⁴⁹⁰, entre otras.

La importancia de las conclusiones, sin embargo, es tal que algunos autores han aseverado que las mismas constituyen una “suerte de sentencia paralela” o una “suerte de prospecto de sentencia”⁴⁹¹, aunque otros (TOLEDANO LAREDO) se mostraron disconformes con dicha opinión⁴⁹².

De las conclusiones de los Abogados Generales se han destacado dos aspectos: el de “*servicio*”, que consistiría en dar una idea general de las concepciones defendidas en la doctrina y en la jurisprudencia sobre un

⁴⁸⁶ Sent. “Feinchemie Schwebda y Bayer CropScience”, de 22 de mayo de 2008, C-361/06, aptdo. 34; Sent. “Hogan Lovells International”, C-229/09, aptdo. 26; Sent. “Novartis Pharma”, de 11 de abril de 2013, C-535/11, aptdo. 31.

(Vid. ANEXO XXV).

⁴⁸⁷ Vid. las Conclusiones presentadas el 12 de diciembre de 1962 por el Abogado General ROEMER.

(ARNULL, A., “*The European Union and its Court of Justice*”. Oxford University Press, 1999, pp. 77-86).

⁴⁸⁸ Vid. la opinión del Abogado General VAN GERVEN, contenida en sus Conclusiones presentadas el 27 de octubre de 1993.

(ARNULL, A., “*Op. Cit.*”, pp. 94-95).

⁴⁸⁹ En este caso, el Abogado General SAGGIO propugnaba en sus Conclusiones, presentadas el 16 de noviembre de 1999, la inadmisibilidad de las cuestiones planteadas, toda vez que el “Överklagandenämnden för högskolan” de Suecia no podía ser considerado, en su opinión, un órgano jurisdiccional.

⁴⁹⁰ El Abogado General RUÍZ-JARABO, en sus Conclusiones presentadas el 26 de septiembre de 2000, propuso que el Tribunal de Justicia se declarase incompetente para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por el *Tribunale di Genova* (punto 53). El Tribunal de Justicia mostró, sin embargo, otro parecer, y se declaró competente (aptdo. 33 de la Sentencia).

⁴⁹¹ BIAVATI, P. y CARPI, F., “*Op. Cit.*”.

⁴⁹² TOLEDANO LAREDO, A., “*Op. Cit.*”, p. 814.

determinado asunto; y el de “*creación del Derecho*”, consistente en ofrecer una opinión fundada sobre el modo en el que debería evolucionar una cuestión jurídica concreta⁴⁹³.

Lo cierto es que, como ha indicado algún autor - CONWAY⁴⁹⁴ -, las opiniones expresadas por los Abogados Generales no es frecuente que consten o aparezcan expresadas en las sentencias del TJUE; aunque de esta circunstancia no puede derivarse una presunta incertidumbre sobre la medida en que resultan influyentes en el resultado final, pues solo hay que remitirse, como he dicho, a la alta coincidencia que suele existir entre el sentido de esos dictámenes y el criterio que expone el Tribunal en sus sentencias.

En todo caso, y como colofón de lo dicho anteriormente, el valor de las conclusiones se vuelve a evidenciar en el hecho de que sean publicadas con las sentencias del Tribunal.

La importancia del factor hermenéutico que ofrece el Abogado General, siguiendo el planteamiento de JOSÉ PALACIO, no puede subestimarse en un contexto en el que los jueces del TJCE son nombrados por un mandato relativamente breve, provienen de tradiciones y culturas jurídicas muy distintas, que pueden incluso afectar al concepto mismo de deliberación, y no todos tienen el mismo nivel de experiencia en el ámbito del Derecho de la Unión, ni de dominio de la lengua en la que se desarrollan normalmente las deliberaciones que, a la sazón, es el francés⁴⁹⁵.

⁴⁹³ INGHELDRAM, J., “*Les arrêts sans conclusions de l’avocat général: aperçu de l’application, depuis le traité de Nice, de l’article 20, dernier alinéa, du Statut de la Cour*”. Il Diritto dell’Unione Europea, 1/2007, pp. 185-186.

⁴⁹⁴ CONWAY. G., “*The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*”. Cambridge University Press, 2012, p. 9.

⁴⁹⁵ PALACIO GONZÁLEZ, J., “*El Abogado General (algunas reflexiones sobre coherencia, continuidad y disenso en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)*”. Unión Europea Aranzadi. Traducción al español del original inglés de la Ponencia presentada en el seminario “*The transformation of Europe- Oñate process II*”, que tuvo lugar en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate, los días 8 y 9 de junio de 2006.

Como refiere este autor “*El papel de los abogados generales como guardianes de la continuidad y coherencia de la doctrina se ha visto confirmado por el nuevo tenor del artículo 225, apartados 2 y 3, del Tratado CE, al legitimar al primer abogado general para incoar un procedimiento de reexamen ante el TJCE contra las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia adoptadas en vía prejudicial, o en el marco de recursos de casación interpuestos contra decisiones de la salas jurisdiccionales, en caso de riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho comunitario (véanse igualmente los artículos 62, 62 bis y 62 ter del Estatuto del TJCE)*”.

A la figura⁴⁹⁶ del Abogado General se le han encontrado paralelismos, salvando las diferencias, con ciertas instituciones arraigadas en los derechos nacionales. De este modo, la existente con el “Commissaire du Gouvernement”⁴⁹⁷ del proceso administrativo francés ante el Consejo de Estado (“Conseil d’État”); o con el “Oberbundesanwalt” del proceso administrativo alemán; o con “il Pubblico Ministero” italiano o, incluso, con “il Procuratore Generale ante la Corte di Cassazione” también en Italia; o con el “Amicus curiae” de la tradición anglosajona, encarnada por el “Queen’s Proctor”⁴⁹⁸.

Por otra parte, esta figura se ha difundido más ampliamente a nivel internacional, existiendo ejemplos de la misma, aunque con las debidas matizaciones, en la Corte Penal Internacional, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o en la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Se ha citado al español CARRILLO SALCEDO como primer jurista que estudia la figura del Abogado General ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, y un buen reflejo de ello sería su artículo “La figura del Abogado General en las Comunidades supranacionales europeas: naturaleza jurídica y función” (Revista Española de Derecho Internacional, vol. XII, 1959, p. 119).

(Vid. TOLEDANO LAREDO, A., “*Op. Cit.*”, p. 811; IANNONE, C., “*Op. Cit.*”, pp. 123-124; INGHELRAM, J., “*Les arrêts sans conclusions de l’avocat general: aperçu de l’application, depuis le traité de Nice, de l’article 20, dernier alinéa, du Statut de la Cour*”. Il Diritto dell’Unione Europea, 1/2007, p. 184).

⁴⁹⁷ El nombre, como dice TOLEDANO LAREDO, no es muy afortunado, pues no representa en modo alguno al Gobierno, sino que en realidad se trata de un “comisario de la Legalidad”.

(Vid. TOLEDANO LAREDO, A., “*Op. Cit.*”, p. 811).

⁴⁹⁸ BIAVATI, P. y CARPI, F., “*Op. Cit.*”, así como BROWN, L. N. y KENNEDY, T., “*Op. Cit.*”.

⁴⁹⁹ En el artículo 2 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del “amicus curiae”, se define el mismo como “la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”, y el artículo 44 de dicho Reglamento trata de los “Planteamientos de *amicus curiae*”.

Como ejemplo, en el asunto “López Mendoza vs. Venezuela”, resuelto mediante Sentencia de 1 de septiembre de 2011, el Tribunal recibió cinco escritos en calidad de “amicus curiae” (de la “Asociación Venezolana de Derecho Constitucional”, de “The Human Rights Foundation”, del Sr. Jorge Castañeda Gutman, del Sr. Hugo Mario Wortman Jofre y de “The Carter Center”), los cuales desarrollaron ideas en torno a las garantías judiciales y los derechos políticos.

Hay un tema, sin embargo, que ha supuesto una cierta crítica a la figura del Abogado General, y que tiene que ver con el principio procesal de contradicción, con el de defensa y, en definitiva, con el derecho a un juicio justo, y es el hecho de que, por regla general, no existe la posibilidad para las partes de presentar observaciones a las conclusiones de los Abogados Generales. Tanto más cuanto que la opinión manifestada por los mismos es tan determinante en la decisión final del Tribunal, hasta el punto de que en algunos momentos sus conclusiones –“conclusiones de contenido abiertamente rupturista”, que diría PALACIO, han representado la discrepancia potencial en el desarrollo de la jurisprudencia- y han contribuido a variar el rumbo de la jurisprudencia comunitaria en materias de considerable importancia⁵⁰⁰.

De este modo, y respecto a instituciones nacionales similares al Abogado General, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de analizar la compatibilidad de esta figura con las exigencias derivadas del principio de contradicción⁵⁰¹.

Sin embargo, es solo a partir de la Sent. “Nideröst-Huber” de 18 de febrero de 1997 cuando el Tribunal de Estrasburgo estima que habría lugar a que las partes presentaran observaciones cuando de las conclusiones se desprendiera algún hecho nuevo que no haya sido defendido anteriormente.

Claro que, posteriormente, se produjo un cierto viraje jurisprudencial, con la Sent. “Kess” de 7 de junio de 2001, en la que se estima que la ausencia de comunicación con anterioridad a la vista, de las conclusiones del Comisario de Gobierno francés y la imposibilidad para las partes de presentar réplica contra aquellas, no constituye una violación del artículo 6, párrafo 1º, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

¿Qué es lo que dice el Tribunal de Justicia a propósito del principio de contradicción?

⁵⁰⁰ PALACIO GONZÁLEZ, J. Artículo citado en (24), en el que en este punto señala *que “incluso cuando una propuesta innovadora y bien fundamentada no la acaban haciendo suya los jueces, las conclusiones que la desarrollen pueden estar anunciando un punto de inflexión en el desarrollo de la jurisprudencia”*.

Este efecto puede apreciarse en la Sent. “Unilever Italia”, de 26 de septiembre de 2000, C-443/98; en la Sent. “Ruiz Bernáldez”, de 28 de marzo de 1996, C-129/94; o en la Sent. “Mangold”, de 22 de noviembre de 2005, C-144/04, entre otras.

⁵⁰¹ Sent. “Delcourt” de 17 de enero de 1970; Sent. “Kaufman” de 9 de diciembre de 1986; Sent. “Borgers” de 30 de octubre de 1991; Sent. “Vermeulen” de 20 de febrero de 1996, entre otras.

Obviamente, el Tribunal respeta y tiene en cuenta, en relación con los procedimientos que se sustancian ante el mismo, la Convención de Derechos Humanos de 1950 y, en particular, de su artículo 6⁵⁰², pero entiende que la existencia del Abogado General no solo no priva a las partes de un juicio justo con todas las garantías procesales, sino que constituye un garante para la efectiva aplicación e interpretación del Derecho comunitario –tanto más cuanto que interviene en un proceso que se desarrolla ante una única jurisdicción en la que, por tanto, no hay posibilidad de recurso para el justiciable-. Y ello se justifica en que la participación de los Abogados Generales es equiparable a la del Juez Ponente, con la única diferencia de que el Abogado General presenta sus conclusiones, mientras que los Jueces deliberan y dictan la decisión que corresponda. Por tanto, los Abogados Generales no intervienen como partes del procedimiento, no haciendo valer ninguna pretensión que deba ser acogida por el Tribunal, o solicitando la admisión de medios de prueba, sino que se limitan a expresar su opinión jurídica –opinión que ha de estar siempre motivada- y actuando, por consiguiente, en defensa de la correcta interpretación y aplicación del Derecho de la Unión, por lo que una actuación del mismo contraria al principio de contradicción no es pensable en ningún caso. En este sentido, suelen remitir a la jurisprudencia emitida anteriormente por el TJUE y, en aquellos casos que pueden considerarse novedosos y, por tanto, carentes de una jurisprudencia anterior, pueden proponer al tribunal la solución que, a su entender, más se adecúa a los principios de la UE.

Pese a lo dicho, es decir, pese a que por lo general no quepa posibilidad de réplica a las conclusiones que presente el Abogado General, el artículo 83 del RPTJ (antes artículo 61) permite al Tribunal de Justicia, bien de oficio, a instancias del Abogado general, o bien de alguna de las partes, y si la petición se considera fundada, ordenar la reapertura del procedimiento oral⁵⁰³ con objeto de que las partes hagan observaciones a las conclusiones del Abogado general⁵⁰⁴.

⁵⁰² Sent. “Van Landewyck” de 29 de octubre de 1980, en los asuntos acumulados C-209 a 215/80 y C-218/80.

⁵⁰³ Y ello pese a que las conclusiones, ex artículos 18 del Estatuto del Tribunal de Justicia y 59 del RPTJ, ponen fin al procedimiento oral, abriendo la fase de deliberación del Tribunal.

⁵⁰⁴ Sent. “Weber”, de 3 de abril de 2014, C-438/12.

En este caso, la Sra. Weber solicitó, a la vista de las conclusiones del Abogado General JÄÄSKINEN, la reapertura de la fase oral del procedimiento, alegando que éstas contenían errores de hecho y de Derecho.

De hecho, el Tribunal ha utilizado la posibilidad que ofrece este artículo por razones procesales o porque consideraba que era necesaria una nueva audiencia para el buen conocimiento del asunto, al haber aparecido nuevos elementos señalados por el Abogado General o porque éste haya puesto de relieve alguna alegación o argumento que no haya sido debatido por las partes (Sent. “Locamion”, de 11 de diciembre de 1997, C-8/96⁵⁰⁵; A. “Emesa Sugar”, de 4 de febrero de 2000, C-17/98⁵⁰⁶; Sent. “Philips”, de 18

⁵⁰⁵ En el aptdo. 17 de la Sent. “Locamion”, refiriéndose a las Conclusiones que habían sido presentadas por el Abogado General COSMAS, se dice:

“Mediante escritos presentados en la Secretaría de este Tribunal de Justicia los días 20 de marzo y 7 de abril de 1997, es decir, con posterioridad a que el Abogado General presentara sus conclusiones, Locamion presentó observaciones sobre determinados extremos que, según ella, no habían sido objeto de suficiente desarrollo en la resolución de remisión ni en las observaciones escritas y orales de las partes. Sin solicitar formalmente la reapertura de la fase oral del procedimiento, Locamion se remitió al buen criterio del Tribunal de Justicia”.

Sin embargo, a continuación se dice (aptdo. 18).

“Con arreglo al artículo 61 del Reglamento de Procedimiento, este Tribunal de Justicia consideró que, en el caso de autos, no resultaba necesaria la reapertura de la fase oral del procedimiento”.

El Tribunal recuerda que ni el Estatuto del Tribunal de Justicia ni su Reglamento de Procedimiento prevén la posibilidad de que las partes presenten observaciones en respuesta a las conclusiones presentadas por el Abogado General.

⁵⁰⁶ Con el Auto “Emesa Sugar” se resuelve, en sentido desestimatorio, la petición que había realizado la empresa *Emesa Sugar* en el sentido de que se le permitiera presentar observaciones escritas a raíz de las conclusiones presentadas por el Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER.

El Tribunal recuerda que ni el Estatuto del Tribunal de Justicia ni su Reglamento de Procedimiento prevén la posibilidad de que las partes presenten observaciones en respuesta a las conclusiones presentadas por el Abogado General.

Sin embargo, *Emesa* invoca jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al alcance del artículo 6, apartado 1, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y, en particular, la Sent. “Vermeulen”, de 20 de febrero de 1996, entendiendo que esa jurisprudencia es aplicable a las conclusiones presentadas por el Abogado General ante el Tribunal y, por consiguiente, solicita poder responder a ellas.

La Sentencia, sin embargo, en su apartado 16, dice que “la jurisprudencia citada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no parece aplicable a las conclusiones de los Abogados Generales del Tribunal de Justicia”.

Por otra parte, reconocer a las partes el derecho a formular observaciones en respuesta a las conclusiones del Abogado General tropezaría con grandes dificultades y alargaría considerablemente la duración del procedimiento (aptdo. 17).

En otro orden de cosas, y por lo que hace a la presunta violación del derecho fundamental a un procedimiento contradictorio, el Tribunal de Justicia señala que no es éste el caso puesto que,

de junio de 2002, C-299/99⁵⁰⁷; Sent. “Kaba II”, de 6 de marzo de 2003, C-466/00⁵⁰⁸; Sent. “Radlberger”, de 14 de diciembre de 2004, C-309/02⁵⁰⁹; Sent. “Telefónica O2”, de 14 de junio de 2007, C-64/06⁵¹⁰; Sent. “Feinchemie Schwebda y Bayer CropScience”, de 22 de mayo de 2008, C-361/06⁵¹¹; Sent. “Kirin Amgen”, de 2 de septiembre de 2010, C-66/09⁵¹²; Sent. “Bank Handlowy y Adamiak”, de 22 de noviembre de 2012, C-116/11⁵¹³; Sent. “Novartis Pharma”, de 11 de abril de 2013, C-535/11⁵¹⁴; Sent. “Carratù”, de 12 de diciembre de 2013, C-361/12⁵¹⁵; Sent. “Weber”,

precisamente en aras de la propia finalidad del procedimiento contradictorio, que consiste en evitar que el Tribunal de Justicia puede verse influido por alegaciones que las partes no hayan podido discutir, el Tribunal de Justicia puede ordenar de oficio a propuesta del Abogado General, o incluso a instancia de las partes, la reapertura de la fase oral del procedimiento, conforme al artículo 61 de su RPTJ, si considera que no está suficientemente informado, o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes (aptdo. 18).

La causa de la desestimación, que se contiene en el aptdo. 19, se funda en que la solicitud de *Emesa* no tiene por objeto la reapertura de la fase oral y, por otra parte, tampoco ha invocado ningún elemento preciso que muestre la utilidad o la necesidad de dicha reapertura.

⁵⁰⁷ Aptdos. 17 a 20.

⁵⁰⁸ Aptdo. 26.

(Vid. BORRACCETTI, M., “*Il ruolo dell’Avvocato Generale nel sistema giurisdizionale dell’Unione europea*”. Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali. Fasc. 4/2004, pp. 859-860).

⁵⁰⁹ Aptdo. 21.

⁵¹⁰ Aptdos. 12 a 14.

⁵¹¹ Aptdos. 34 y 35.

⁵¹² En este caso, “Kirin Amgen Inc.” consideraba que la postura adoptada por el Abogado General en sus conclusiones era errónea, y que en ellas desarrollaba argumentos nuevos (aptdo. 17).

⁵¹³ Aptdos. 26, 27 y 29.

⁵¹⁴ Aptdo. 32 de esta Sentencia.

⁵¹⁵ En el aptdo. 20 de esta Sentencia, el TJUE dice:

“En el caso de autos, por un lado, no es en absoluto necesario que la petición de decisión prejudicial se dirima basándose en alegaciones que no hubieran sido debatidas entre las partes. Por otro lado, la petición de aclaraciones presentada por la Sra. Carratù carece de interés en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente expuso correctamente el marco normativo nacional, extremo que no fue discutido en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia. Por último, dado que no se acumularon los asuntos C-361/12 y C-89/13, el Estatuto del Tribunal de Justicia y el Reglamento de Procedimiento de éste no prevén la eventualidad de que al examinar un asunto se oiga a las partes de otro asunto. Por lo tanto, el

de 3 de abril de 2014, C-438/12⁵¹⁶). En todos estos casos la solicitud presentada con el citado objeto fue, sin embargo, desestimada por el Tribunal.

En otros casos, sí que lo ha aceptado⁵¹⁷.

Según el artículo 14 del RPTJ, cada año el TJUE ha de nombrar, entre los Abogados Generales, y tras oír a éstos, al Primer Abogado General, el cual será designado, como hemos apuntado, por un período de un año⁵¹⁸. Su nombramiento se publicará en el DOUE (artículo 14.3 del RPTJ)⁵¹⁹. Tiene como misión la de asignar los asuntos a los Abogados Generales y de adoptar las disposiciones necesarias en casos de ausencia o de incumplimiento por parte de algún Abogado General (artículo 16 del RPTJ), por lo que no desempeña propiamente función alguna de supremacía sobre el resto de Abogados Generales, sino que es un “primus inter pares”.

En cuanto a los criterios de atribución de los asuntos a los Abogados Generales no parece tenerse en consideración el país de procedencia de la cuestión prejudicial ni la materia específica sobre la que trate la cuestión, si bien pueden atribuirse al mismo Abogado General aquellas que tengan un objeto similar⁵²⁰.

Dicho lo que antecede, quisiera añadir que, si bien es cierto que a la figura del Abogado General, a la que últimamente se le ha descargando de trabajo –p.e., respecto de aquellos casos en que, por sus características, como veremos más adelante, un asunto puede resolverse sin necesidad de

Tribunal de Justicia está suficientemente instruido para pronunciarse sobre la referida petición de decisión prejudicial”.

⁵¹⁶ Aptdos. 30 y 31 de la Sentencia.

⁵¹⁷ A. “Legros” de 22 de enero de 1992, C-163/90; A. “Meng”, de 9 de diciembre de 1992, C-2/91; A. “Peterbroeck”, de 13 de diciembre de 1994, C-312/93; A. “Verkooijen”, de 17 de septiembre de 1998, C-35/98; A. “Sürül”, de 23 de septiembre de 1998, C-262/96.

⁵¹⁸ En el caso de que el primer Abogado General cese en sus funciones antes de la expiración normal de su mandato, se procederá a su sustitución por el período que falta para terminarlo (artículo 14.2 del RPTJ).

⁵¹⁹ Véase el ANEXO XVIII (en el que aparece publicada en el DOUE la designación como Primer Abogado General del Sr. Cruz Villalón para el período comprendido entre el 7 de octubre de 2013 y el 6 de octubre de 2014).

⁵²⁰ IANNONE, C., “Op. Cit. ”, pp. 128-129.

conclusiones- creo que todavía es susceptible de un margen muy amplio de cambio. Éste debería pasar por una reasignación de sus funciones, pues el cometido que históricamente ha venido cumpliendo, puede que no se justificara ya en su momento pero, desde luego, no lo hace hoy en día, con una UE ampliada como la actualmente existente y con los problemas de funcionamiento que, también por este motivo, presenta el Tribunal. Es por ello que, actualmente, y como abundaré después, se me antoja su función como una duplicidad y, en consecuencia, como un cierto “despilfarro”, que podría evitarse, según sugiero, otorgándoles funciones que fueran consecuencia de un “ensanche” de los órganos legitimados para presentar una cuestión prejudicial.

10.2.3. Los Agentes

El artículo 19 del Estatuto del Tribunal reza: *“Los Estados miembros, así como las instituciones de la Unión, estarán representados ante el Tribunal de Justicia por un agente designado para cada asunto; el agente podrá estar asistido por un asesor o un abogado. Los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, distintos de los Estados miembros, y el Órgano de Vigilancia de la AELC, previsto por dicho Acuerdo, estarán representados de la misma manera. Las otras partes deberán estar representadas por un abogado (...)”*.

Por consiguiente, los Agentes son los representantes de los Estados miembros y de las Instituciones de la Unión, los cuales deben justificar su condición mediante un documento oficial expedido por su mandante (artículo 44 del RPTJ), y gozarán de los privilegios, inmunidades y facilidades a que se refiere el artículo 43 del RPTJ (p.e., inmunidad por las palabras pronunciadas y por los escritos presentados en relación con el litigio o con las partes; imposibilidad de registro o incautación de escritos y documentos relativos a procedimientos en los que estén interviniendo, etc.).

En el caso de los Estados miembros, lo normal es que su Agente ante el Tribunal de Justicia sea un Abogado del Estado⁵²¹.

En España está constituida la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que depende de la Secretaría de Estado para

⁵²¹ En el Reino Unido, por ejemplo, lo es a través de un “barrister”, y el organismo competente era el “Treasury Solicitor’s Department”, el cual, a partir del 1 de abril de 2015, pasa a denominarse “Government Legal Department”.

la Unión Europea (SEUE)⁵²². A este propósito, en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 13 de junio de 1986, sobre actuación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y constitución de la Comisión de Seguimiento y Coordinación de las Actuaciones relacionadas con la defensa del Estado Español ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se decía:

“Corresponde al Agente del Estado Español la representación y defensa de España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El Agente será nombrado por el Ministro de Justicia a propuesta del de Asuntos Exteriores y, cuando no sea un Abogado del Estado, estará asistido, como Consejero Jurídico, por un Abogado del Estado, sin perjuicio de las demás colaboraciones técnicas que sean precisas”.

Otras referencias pueden encontrarse en el artículo 1.5 de la Ley 52/97, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas⁵²³, en el artículo 45 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado⁵²⁴, y el artículo 6 del Real Decreto 342/12, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación⁵²⁵.

Aunque lo habitual será, en lo que a postulación procesal se refiere, que la representación y defensa del Reino de España se haga a través de la Abogacía del Estado ante la Unión Europea cabe también la posibilidad de que, por motivos excepcionales, mediante acuerdo del Gobierno, oído el

⁵²² Es una de las tres Secretarías de Estado que forman parte del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y que hasta fechas recientes ha dirigido D. Íñigo Méndez de Vigo y Montojo (antes de ser nombrado Ministro de Educación, Cultura y Deporte, por R.D. 535/2015, de 25 de junio, publicado en el BOE nº 152, de 26 de junio de 2015), y que, actualmente, como consecuencia del nombramiento antedicho, recae en D. Fernando Eguidazu Palacios (R.D. 601/2015, de 3 de julio de 2015, publicado en el BOE nº 159, de 4 de julio de 2015).

(Vid. MUÑOZ PÉREZ, M., y RUBIO GONZÁLEZ, A., “La intervención del Reino de España en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la UE”, en *“Procedimientos Administrativos y Judiciales de la Unión Europea”*, MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. (Dir.), Economist & Jurist, Madrid, 2012, pp. 977-982).

⁵²³ Publicado en el BOE nº 285, de 28 de noviembre de 1997.

⁵²⁴ Publicado en el BOE nº 188, de 7 de agosto de 2003.

El cual ha sido modificado por el R.D. 3/2007, de 12 de enero (BOE nº 12, de 13 de enero de 2007) y por el R.D. 1003/2012, de 29 de junio (BOE nº 164, de 10 de julio de 2012).

⁵²⁵ Publicado en el BOE nº 36, de 11 de febrero de 2012.

Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado, se designe a otra persona como Abogado del Estado “ad hoc” (artículo 31.3 del R.D. 997/2003).

En el caso de Italia también es un Abogado del Estado quien ejerce la función de Agente, como dispone el artículo 42.3 de la Ley nº 234, de 24 de diciembre de 2012, de normas generales sobre la participación de Italia a la formación y actuación de la normativa y de las políticas de la Unión Europea⁵²⁶.

La figura del Agente, al igual que ha sucedido con la del Abogado General, se ha difundido a nivel internacional. De este modo, el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵²⁷, en su artículo 23.1, reza:

“Los Estados que sean partes en un caso estarán representados por Agentes, quienes a su vez podrán ser asistidos por cualesquiera personas de su elección”.

10.2.4. La intervención de tercero

Sobre este particular, como decía BRIGUGLIO⁵²⁸, el Tribunal de Justicia, al igual que algún Abogado General (GAND⁵²⁹) se han pronunciado en un

⁵²⁶ Publicada en la G.U. n. 3, de 4 de enero de 2013.

Véase, a modo de ejemplo, la Sent. “Gambazzi”, de 2 de abril de 2009, C-394/07, en la que el Gobierno italiano estuvo representado, en calidad de agente, por el Sr. I.M. Braguglia, y asistido por la Sra. W. Ferrante, Abogada del Estado; la Sent. “Angelidaki”, de 23 de abril de 2009, en los asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07, en la que, en lo que a las observaciones presentadas por el Gobierno italiano se refiere, se habla del Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por el Sr. P.Gentili, Abogado del Estado; o en la Sent. “Bruno”, de 10 de junio de 2010, en los asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08, en la que en las observaciones presentadas por el Gobierno italiano intervino la Sra. I. Bruni, en calidad de agente, asistida por la Sra. M. Russo, Abogada del Estado.

⁵²⁷ Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

⁵²⁸ BRIGUGLIO, A., “*Pregiudiziale Comunitaria e Processo Civile*”. Cedam, Padova (1996).

⁵²⁹ Véase las Conclusiones presentadas el 4 de noviembre de 1965 en el asunto “Hessische Knappschaft”, C-44/65, en las que el Abogado General Joseph GAND señaló:

“Dicho desvelo (se refiere al del Tribunal de Justicia por respetar la competencia del Juez nacional) explica igualmente que este Tribunal de Justicia no haya admitido la intervención de coadyuvantes en el procedimiento del artículo 177 porque éste únicamente se desarrolla entre las partes en el proceso incoado ante el órgano jurisdiccional del cual procede la petición de decisión prejudicial”.

sentido negativo, pues ello va más allá del círculo de legitimados a participar que refiere el artículo 23 del Estatuto del Tribunal⁵³⁰; aunque en este precepto, dice el autor citado, tampoco se limita o excluye esta posibilidad –lo que se debería haber hecho, de pretenderse así, según una técnica normativa correcta, p.e. aprovechando su poder de autorreglamentación procesal-, considerando, por este motivo, “apresurada” su decisión.

El Tribunal de Justicia se pronunció sobre esta cuestión en el A. “Costa” de 3 de junio de 1964 (C-6/64), a propósito de la petición de intervención en el procedimiento prejudicial interesada por la sociedad mercantil “Edison”, entendiendo el Tribunal de Justicia que no era admisible ya que esta sociedad era ajena al procedimiento pendiente ante el tribunal nacional que había planteado la cuestión (el *Giudice Conciliatore di Milano*), y que el proceso prejudicial no tiene un carácter contencioso sino de asistencia a los órganos judiciales nacionales.

El Tribunal de Justicia volvió a decidir en este mismo sentido, aduciendo idéntica razón, en la Sentencia “De Cicco”, de 19 de diciembre de 1968 (C-19/68)⁵³¹, así como en el A. “Ordre des barreaux francophones et germanophone”, de 9 de junio de 2006, C-305/05, aptdos. 3-11⁵³²; o en el A. “Satakunnan Markkinapörsi”, de 12 de septiembre de 2007, C-73/07, aptdo. 10⁵³³, entre otros casos.

⁵³⁰ En el aptdo. 31 de la Sent. “Runevic-Vardyn” (C-391/09), el TJUE dice:

“Además, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 267 TFUE establece un procedimiento no contencioso, que tiene el carácter de un incidente promovido en el ámbito de un litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional durante el cual tan sólo se da a las partes en el litigio principal la posibilidad de ser oídas en el marco jurídico trazado por el órgano jurisdiccional nacional. En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado que, mediante la expresión «partes litigantes», el artículo 23, apartado 1, del Estatuto del Tribunal de Justicia se refiere a las que tienen tal condición en el litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional”.

Nos remitimos, a estos mismos efectos, a la Sent. “Bollmann”, de 1 de marzo de 1973, C-62/72, aptdo. 4; y al A. “Biogen”, de 26 de febrero de 1996, C-181/95, aptdo. 6.

⁵³¹ En esta ocasión, el órgano nacional que había planteado la cuestión era el *Sozialgericht Augsburg*, de Alemania. El demandado en el litigio principal (“*Landesversicherungsanstalt Schwaben*”) solicitó que compareciera ante el Tribunal de Justicia la institución italiana de la Seguridad Social, la cual no era parte en el procedimiento principal.

⁵³² En relación con la intervención interesada por “le Conseil national des barreaux, la Conférence des bâtonniers et le Barreau de Paris”.

⁵³³ En este asunto, el “Supervisor Europeo de Protección de Datos” había solicitado que se admitiera su intervención con objeto de presentar observaciones respecto de las cuestiones prejudiciales planteadas por el “Korkein hallinto-oikeus” finlandés.

Esta intervención fue, igualmente, rechazada por el Tribunal de Justicia en un caso en el que determinadas partes habían sido aceptadas como intervinientes en el proceso principal –planteado por la “High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division”- después de que se hubiera remitido la cuestión prejudicial a Luxemburgo, y con la intención de presentar alegaciones en el tribunal europeo (A. “Football Association Premier League”, de 16 de diciembre de 2009, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, aptdos. 3, 9 y 10⁵³⁴).

BRIGUGLIO considera que no sería absurdo que el TJUE reconociera en el futuro esta posibilidad, precisamente pensando en el efecto general de sus sentencias y, por consiguiente, en el interés que podrían tener categorías de sujetos particulares en el asunto objeto de debate. Para ello, el Tribunal de Justicia debería disponer de una amplia discrecionalidad en la selección de quienes pudieran intervenir.

Este supuesto, sin embargo, no debe confundirse, por ser distinto, con la posibilidad de presentar Observaciones por parte, por ejemplo, de un Estado que no es miembro de la UE, en el caso de que éste participe como coadyuvante en el litigio principal que dio origen al procedimiento de reenvío, como ocurrió en el asunto “Monsanto Technology” (C-428/08)⁵³⁵, en el que presentó observaciones la República Argentina.

10.3. El desarrollo del procedimiento prejudicial

El procedimiento prejudicial, como proceso que se desarrolla ante el Tribunal de Justicia, se caracteriza por la vigencia de los principios de contradicción e igualdad entre las partes, el principio dispositivo –aunque con concesiones al principio de oficialidad-, la combinación de los principios de escritura y oralidad, así como el principio de única instancia procesal⁵³⁶.

(MUÑIZ FERNÁNDEZ, P., “La cuestión prejudicial de validez e interpretación ante el Tribunal de Justicia”, en *Procedimientos Administrativos y Judiciales de la Unión Europea*, MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. (Dir.), Economist & Jurist, Madrid, 2012, pp. 129-130).

⁵³⁴ Se había solicitado la intervención de la “Union of European Football Associations” (UEFA), “British Sky Broadcasting Ltd.”, “Setanta Sports Sàrl”, “Group Canal Plus SA” y “The Motion Picture Association”.

⁵³⁵ Sentencia de 6 de julio de 2010.

⁵³⁶ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., *“La eficacia de las Sentencias dictadas por el TJCE”*. Editorial Aranzadi, 2004, pp. 56-57.

10.3.1. Sus fases

El procedimiento prejudicial, en líneas generales, consta de una fase escrita y de una fase oral, en el que la fase escrita goza de una cierta preeminencia sobre la oral –pues es por escrito como se fijan las posiciones de los intervinientes; aunque la fase oral pueda influir de modo decisivo, al ser susceptible de desarrollarse en ella nuevos argumentos, además de poder ser escenario de las eventuales aclaraciones que puedan solicitar los Jueces a las partes⁵³⁷.

La lengua del procedimiento será la del Juez nacional que plantea la cuestión al Tribunal.

10.3.1.1. Fase escrita

En la fase escrita, las demandas prejudiciales, previa su traducción a las demás lenguas oficiales de la Unión por parte del Tribunal de Justicia, se notifican a las partes interesadas, a los Estados miembros, al Consejo y al Parlamento Europeo, así como a los Estados miembros del EEE y de la Autoridad de Vigilancia AELE.

El artículo 57 del RPTJ establece que el original de todo escrito procesal deberá llevar la firma del Agente o abogado correspondiente, y aportarse – junto con sus anexos- con cinco copias para el Tribunal⁵³⁸.

⁵³⁷ SILVA DE LAPUERTA, R., *“El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”*. La Ley, Madrid, 1993, 2ª edición actualizada, p. 260; GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., *“Op. Cit.”*, p. 56.

⁵³⁸ No será necesario presentar copias certificadas del escrito procesal presentado a través de e-Curia ni de sus eventuales anexos (artículo 4 de 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).

Ha de indicarse que “e-Curia” es una aplicación informática común a los tres órganos jurisdiccionales que componen el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la cual permitirá presentar y notificar escritos procesales por vía electrónica (artículo 1 de la Decisión de 13 de septiembre de 2011), y para cuya aplicación se requerirá la apertura de una cuenta que les dé acceso a las funciones de esta aplicación, para lo que precisa un nombre de usuario y una contraseña personalizados (artículo 2 de la referida Decisión del Tribunal de Justicia).

Con fecha 11 de octubre de 2011 se aprobaron las “Condiciones de utilización de la aplicación e-Curia por los representantes de las partes”.

Se adjuntarán en anexo a todo escrito procesal un expediente con todas las piezas de convicción y los documentos justificativos invocados en él, acompañado de una relación de los mismos.

El Tribunal podrá determinar, mediante Decisión, las condiciones en las que se considerará que un escrito procesal remitido a la Secretaría por vía electrónica es el original de dicho escrito⁵³⁹.

Según el artículo 58 del RPTJ, el Tribunal podrá determinar, mediante Decisión, una longitud máxima para los escritos de alegaciones o de observaciones que se presenten ante él.

Conforme al artículo 59 del RPTJ, cuando la fase escrita del procedimiento se declare terminada, el Presidente fijará la fecha en la que el Juez Ponente deberá presentar a la reunión general del Tribunal un Informe Preliminar.

El Informe Preliminar contendrá propuestas sobre la procedencia de practicar diligencias especiales de ordenación del procedimiento o de prueba, o de solicitar aclaraciones, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente⁵⁴⁰, así como sobre la formación del Tribunal a la que debería atribuirse el asunto. Dicho informe incluirá también la propuesta del Juez Ponente sobre la eventual omisión de la vista oral, así como sobre la eventual omisión de las conclusiones del Abogado General –si es que el asunto no plantea ninguna cuestión de Derecho nueva- con arreglo a lo dispuesto en el artículo 20, párrafo quinto, del Estatuto del Tribunal⁵⁴¹.

Según el artículo 54 del RPTJ, podrá ordenarse en todo momento la acumulación de varios asuntos de la misma naturaleza que se refieran al mismo objeto por razón de conexidad, a efectos de la fase escrita u oral del procedimiento, o de la sentencia que ponga fin al proceso.

La acumulación será decidida por el Presidente, tras oír al Juez Ponente y al Abogado General, si los asuntos ya han sido atribuidos y, salvo en el caso de las cuestiones prejudiciales, tras oír igualmente a las partes.

⁵³⁹ Véase al respecto 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” (DOUE C 289/7, de 1 de octubre de 2011).

⁵⁴⁰ A. “Semerdzhiev”, de 11 de mayo de 2011, C-32/10, aptdo. 20.

⁵⁴¹ Dicho artículo prevé que si el Tribunal de Justicia considera que el asunto no plantea ninguna cuestión de derecho nueva, podrá decidir, oído el Abogado General, que el asunto sea juzgado sin conclusiones del mismo.

Los asuntos que hayan sido acumulados podrán también separarse de nuevo (art. 54.3 del RPTJ).

10.3.1.2. Observaciones

Los Estados y las Instituciones de la Unión tienen el derecho, ex artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia⁵⁴², a presentar alegaciones u

⁵⁴² “En los casos a que se refiere el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la decisión del órgano jurisdiccional nacional que suspende el procedimiento y somete el asunto al Tribunal de Justicia será notificada a este último por dicho órgano jurisdiccional. A continuación, el Secretario del Tribunal de Justicia notificará tal decisión a las partes litigantes, a los Estados miembros y a la Comisión, así como a la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona.

En el plazo de dos meses desde esta última notificación, las partes, los Estados miembros, la Comisión y, cuando proceda, la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona tendrán derecho a presentar al Tribunal de Justicia alegaciones u observaciones escritas.

En los casos a que se refiere el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Secretario del Tribunal de Justicia notificará la decisión del órgano jurisdiccional nacional a los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, distintos de los Estados miembros, y al Órgano de Vigilancia de la AELC, previsto por dicho Acuerdo, que, en el plazo de dos meses desde la notificación y siempre que resulte afectado uno de los ámbitos de aplicación de tal Acuerdo, podrán presentar al Tribunal de Justicia alegaciones u observaciones escritas.

Cuando un acuerdo, referente a un ámbito determinado, celebrado por el Consejo y uno o varios terceros Estados atribuya a éstos la facultad de presentar alegaciones u observaciones escritas en el caso de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro someta al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial que afecte al ámbito de aplicación de dicho acuerdo, la decisión del órgano jurisdiccional nacional que plantee dicha cuestión se notificará también a los correspondientes terceros Estados, los cuales podrán presentar al Tribunal de Justicia alegaciones u observaciones escritas en el plazo de dos meses a partir de dicha notificación”.

Como ejemplos de presentación de Observaciones por el “Órgano de Vigilancia (o Autoridad de Supervisión) de la AELC o AELE”, es decir, en inglés de la EFTA, se pueden citar, sin pretender ser exhaustivos, los siguientes: Sent. “Rüffler”, de 23 de abril de 2009, C-544/07; Sent. “Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft”, de 30 de abril de 2009, C-531/07; Sent. “Teixeira”, de 23 de febrero de 2010, C-480/08; Sent. “Dos Santos Palhota”, de 7 de octubre de 2010, C-515/08; Sent. “Établissements Rimbaud”, de 28 de octubre de 2010, C-72/09 (presentó también observaciones el Principado de Liechtenstein); Sent. “DEB”, de 22 de diciembre de 2010, C-279/09; Sent. “Neukirchinger”, de 25 de enero de 2011, C-382/08; Sent. “Peñarroja Fa”, de 17 de marzo de 2011, en los asuntos acumulados C-372/09 y C-373/09; Sent. “Tele 2 Polska”, de 3 de mayo de 2011, C-375/09; Sent. “Pfleiderer”, de 14 de junio de 2011, C-360/09; Sent. “Toshiba Corporation”, de 14 de febrero de 2012, C-17/10; Sent. “VALE Épitési”, de 12 de julio de 2012, C-378/10; Sent. “A Oy”, de 19 de julio de 2012, C-48/11 (presentó también observaciones el Gobierno noruego); Sent. “Allianz Hungária Biztosító”, de 14 de marzo de 2013, C-32/11; Sent. “Las”, de 16 de abril de 2013, C-202/11; Sent. “ZZ”, de 4 de junio de 2013, C-300/11; o Sent. “Donau Chemie”, de 6 de junio de 2013, C-536/11.

observaciones, justificando los fundamentos en que se basan, lo cual tendrán que hacer en un plazo de dos meses (ampliado, por razón de la distancia, en un plazo único de diez días, ex artículo 51 del RPTJ), y que dado el carácter no contencioso del procedimiento en materia prejudicial, no está sometida a ningún requisito de forma particular. En ellas, y en un máximo de 20 páginas, deberán ofrecerse al Tribunal de Justicia aclaraciones sobre el alcance de la petición y, muy especialmente, sobre las respuestas que convendría dar a las cuestiones planteadas por el tribunal remitente⁵⁴³. Las observaciones pueden referirse tanto a la admisibilidad de alguna cuestión planteada (p.e. por considerar que debe ser juzgada exclusivamente con arreglo al derecho interno⁵⁴⁴, o por no exponer de modo suficiente el contexto fáctico y jurídico del litigio⁵⁴⁵), como al fondo⁵⁴⁶.

Con este objeto, el artículo 98 del RPTJ establece que:

“1. Las peticiones de decisión prejudicial mencionadas en el presente título serán notificadas a los Estados miembros en versión original, acompañadas de una traducción a la lengua oficial del Estado destinatario. Cuando la extensión de la petición de decisión prejudicial así lo aconseje, dicha traducción será reemplazada por la traducción a la

En el caso de que sea objeto de cuestión prejudicial algún tipo de Acuerdo firmado por la Unión, el tercer Estado en cuestión puede presentar observaciones, lo cual ha ocurrido p.e. en los siguientes casos: Sent. “Emesa Sugar”, de 8 de febrero de 2000, C-17/98 (en el que, tratándose sobre la validez de la Decisión 97/803/CE del Consejo, de 24 de noviembre de 1997, por la que se efectúa una revisión intermedia de la Decisión 91/482/CEE relativa a la asociación de los países y territorios de Ultramar a la Comunidad Económica Europea, presentó observaciones el Gobierno de Aruba).

⁵⁴³ Apartados 10, 11 y 33 de las “Instrucciones prácticas a las partes sobre los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia” de 25 de noviembre de 2013 (DOUE, L 31/1, de 31 de enero de 2014).

Estas Instrucciones derogan y sustituyen a las “Instrucciones prácticas relativas a los recursos directos y a los recursos de casación”, de 15 de octubre de 2004 (DOUE, L 361, p.15), en su versión modificada el 27 de enero de 2009 (DOUE, L 29, p.51).

Así, a modo de ejemplo, en la Sent. “Profisa” (C-63/06), en su aptdo. 12, puede leerse:

“Todas las partes que han presentado observaciones escritas proponen que se responda en sentido afirmativo a la cuestión prejudicial”.

⁵⁴⁴ Sent. “Rüffler”, de 23 de abril de 2009, C-544/07, aptdos. 33 y 35.

⁵⁴⁵ Sent. “Rüffler”, C-544/07, aptdo. 30.

⁵⁴⁶ Puede ocurrir que el gobierno de un EM considere en sus Observaciones que una cuestión es inadmisibile, y por ello no formule alegaciones sobre el fondo (Sent. “Rüffler”, C-544/07, aptdo. 49).

lengua oficial del Estado destinatario de un resumen de dicha petición, el cual servirá de base para la toma de posición de dicho Estado. En el resumen se incluirá el texto íntegro de la cuestión o las cuestiones planteadas con carácter prejudicial. Dicho resumen recogerá, en particular, en la medida en que figuren en la petición de decisión prejudicial, el objeto del litigio principal, los argumentos esenciales de las partes de ese litigio y una presentación concisa de la motivación de la remisión, así como la jurisprudencia y las disposiciones de Derecho nacional y de Derecho de la Unión invocadas.

(...)

3. Cuando un tercer Estado tenga derecho a participar en un procedimiento prejudicial de conformidad con el artículo 23, párrafo cuarto, del Estatuto, se le notificará la petición de decisión prejudicial en versión original, acompañada de una traducción de dicha petición, o en su caso de un resumen de la misma, a una de las lenguas mencionadas en el artículo 36, que será elegida por dicho Estado.”

Es por ello por lo que el Tribunal exige a los tribunales nacionales que, cuando vayan a enviar una cuestión prejudicial, motiven debidamente la decisión, lo cual significa tanto dar cuenta de la realidad del litigio, como hacer mención a la normativa de aplicación (nacional y de la Unión), como a expresar la relación que el Juez establece entre la pregunta y el asunto que ha de resolver⁵⁴⁷.

El Tribunal de Justicia ha señalado que incumbe al Juez nacional, si fuera el caso, identificar las disposiciones de la normativa nacional mediante las que se transpone una directiva de la Unión y, si fuera necesario, las disposiciones de dicha directiva aplicables a las circunstancias concretas de un asunto del que conoce⁵⁴⁸. Si bien, en palabras de RUIZ JARABO, “la insuficiencia de dicha motivación no se ha convertido en un límite significativo y de utilización relativamente frecuente en la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales hasta que en 1993 se dictó la Sentencia Telemarsicabruzzo”⁵⁴⁹.

Precisamente por esta razón, es decir, para garantizar este derecho a presentar observaciones -puesto que lo que se notifica a los Gobiernos de los Estados Miembros y a las partes interesadas son las resoluciones de

⁵⁴⁷ A. “Bejan”, de 28 de octubre de 2010, C-102/10, aptdo. 50.

⁵⁴⁸ Sent. “Scandic Distilleries”, de 30 de mayo de 2013, C-663/11, aptdo. 34.

⁵⁴⁹ RUIZ-JARABO COLOMER, D., “*La Justicia de la Unión Europea*”. Editorial Aranzadi, Pamplona, Primera edición, Junio 2011, p. 165.

remisión- es por lo que, por ejemplo, no se permite a las partes del litigio principal modificar el contenido de las cuestiones planteadas por el Juez nacional⁵⁵⁰.

La importancia de las observaciones, según señala GÓMEZ SANZ, y lo que indica -por el número de Estados intervinientes- es la importancia de un asunto en concreto, la cual se deduciría por el impacto que la decisión del Tribunal de Justicia pudiera ejercer sobre los ordenamientos jurídicos nacionales y sobre los intereses de los Estados en el seno de la Unión.

Las observaciones funcionan como un instrumento que enmarca el discurso y sirve para conocer la toma de posición de los Estados intervinientes respecto de un determinado asunto⁵⁵¹.

Lo que la práctica demuestra como habitual es que los Estados miembros intervengan, presentando observaciones, en aquellos asuntos procedentes de sus jurisdicciones nacionales⁵⁵². Una primera razón que justifica este

⁵⁵⁰ Sent. “Holdijk”, de 1 de abril de 1982, asuntos acumulados C-141/81 a C-143/81, aptdo. 6; Sent. “Wiljo”, de 30 de enero de 1997, C-178/95, aptdo. 30; Sent. “Phytheron International”, de 20 de marzo de 1997, C-352/95, aptdo. 14; Sent. “Santesteban Goicoechea”, de 12 de agosto de 2008, C-296/08 PPU, aptdo. 47; Sent. “Katz”, de 9 de octubre de 2008, C-404/07, aptdo. 38; o Sent. “Hochtief”, de 15 de octubre de 2009, C-138/08, aptdo. 22.

⁵⁵¹ Vid. ANEXO XXIV.

(Vid. GÓMEZ SANZ, X., “Indicadores para evaluar el impacto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ejerce sobre los ordenamientos nacionales”, en *“España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial”*, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, pp. 115 y ss.).

⁵⁵² ANDERSON, D.W.K., *“References to the European Court”*. Sweet & Maxwell, 2ª edición, Londres, 2002, pp. 242-244.

En el caso de España esto no siempre ha sido así, lo que hace pensar a algún autor (CIENFUEGOS MATEO) que no se advierte un excesivo interés por parte del Gobierno español –nosotros diríamos mejor, Estado español- respecto del incidente prejudicial. Decisión que, más que jurídica, parece tener tintes políticos, y se adopta por la “Comisión de Seguimiento y Coordinación de las Actuaciones relacionadas con la Defensa del Estado español ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Esta cuestión, que es de corte político, se explicaría por el hecho de que la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia dispone de 5 abogados del Estado para representar a España en todos los litigios en los que sea parte o decida intervenir. Este autor extiende su crítica afirmando que, cuando España ha presentado Observaciones, se echa de menos una mejor calidad en las mismas, en orden a poder estar a la altura de otros Estados, como el Reino Unido (y Francia), los cuales, además, suelen participar como coadyuvantes en los procesos prejudiciales (CIENFUEGOS MATEO, M., “El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica”, en *“España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política*

proceder es que la remisión puede perfectamente suponer la existencia de alguna incompatibilidad entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión. Y, en segundo lugar, que, como consecuencia de lo anterior, la sentencia del Tribunal de Justicia genere algún tipo de responsabilidad en el Estado en cuestión o, como mal menor, que el mismo se vea obligado a un cambio legislativo (por lo que los Estados, a través de sus servicios jurídicos, se ven en la tesitura de evaluar los posibles efectos, esto es, de valorar cómo pueda afectarles la sentencia que finalmente dicte el Tribunal de Justicia).

Sin embargo, cualquier Estado puede intervenir en cualquier asunto que no haya sido suscitado por un órgano de remisión de su nacionalidad. El criterio normal para hacerlo (aunque en ocasiones el mismo no parece haberse cumplido) es, nuevamente, la repercusión a nivel interno que pueda tener la decisión del Tribunal de Justicia⁵⁵³ Ello incluye la circunstancia de haberse puesto en cuestión una ley nacional de un EM que tenga ciertas semejanzas con la de otro, o el encontrarse implicado un nacional del Estado en cuestión. Por esta última circunstancia, España⁵⁵⁴ presentó

Judicial”, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, p. 85).

Como ejemplo de que, siendo un órgano jurisdiccional español el remitente de la cuestión prejudicial, el Reino de España no ha concurrido a presentar observaciones, tenemos el asunto “González Alonso” (C-166/11).

⁵⁵³ Sent. “Fedesa”, de 13 de noviembre de 1990, C-331/88.

En este caso, suscitado por la *High Court of Justice, Queen’s Bench Division*, del Reino Unido, la parte actora sostenía que la prohibición contenida en la Directiva 88/146/CEE del Consejo, de 7 de marzo de 1988 (DO L 70, p. 16) por la que se prohíbe la utilización de ciertas sustancias de efecto hormonal en la producción de carne de bovino, y que se justificaba en razones de protección de la salud, era contraria al principio de proporcionalidad. Gran Bretaña, como productora de carne de bovino en Europa era partidaria de esta regulación con objeto de protegerse de su competidora norteamericana que producía su ganado con estas sustancias y, en consecuencia, la competitividad de este sector productivo de su economía dependía, de algún modo, de que esta regulación no fuera modificada.

Las observaciones presentadas por Gran Bretaña sirvieron para que fueran asumidas tanto por el Abogado General Mischo, como por el Tribunal de Justicia.

(Vid. GÓMEZ SANZ, X, “*Op. Cit.*”, p. 118).

⁵⁵⁴ Aunque resulta curioso que no lo hiciera en otros casos: p.e., y de modo destacado, en el asunto “García Avello” (C-148/02); pero tampoco en el asunto “Peñarroja Fa” (C-372/09 y C-373/09).

Otros Estados Miembros, como *Alemania*, tampoco han presentado observaciones pese a estar implicado un nacional suyo (Sentencia “Ebert”, de 3 de febrero de 2011, C-359/09, en que el órgano remitente era un tribunal húngaro).

observaciones en el asunto “Martínez Sala”⁵⁵⁵; e Italia, por su parte, lo hizo en el asunto “Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos”⁵⁵⁶ y en el asunto “Gasparini”⁵⁵⁷, entre otros.

GÓMEZ SANZ refiere la Sent. “Veedfald”, de 10 de mayo de 2001 (C-203/99), como ejemplo del porqué algunos Estados intervinieron presentando observaciones en ese procedimiento de reenvío, ya que el mismo versaba sobre la responsabilidad por productos defectuosos cuando éstos se suministran en el marco de la prestación de un servicio, y la responsabilidad de los centros hospitalarios públicos por los daños ocasionados al paciente, y la resolución del Tribunal de Justicia podía afectar a la legislación vigente en esos Estados⁵⁵⁸.

ANDERSON afirma que no siempre es fácil anticipar una numerosa participación de Estados miembros en un asunto prejudicial ya que, a veces, el interés surge después de que se han presentado las observaciones escritas, de modo que hay más Estados miembros que se añaden, participando en la fase de la vista oral⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ Sentencia de 12 de mayo de 1998, C-85/96.

Este asunto fue remitido por el *Bayerisches Landessozialgericht* de Alemania, y traía causa de un litigio entre la Sra. María Martínez Sala y el Estado de Baviera (“Freistaat Bayern”) sobre la negativa de éste a concederle a la nacional española una prestación de crianza por su hija.

⁵⁵⁶ Sentencia de 19 de enero de 2006, C-330/03.

Dicha petición, instada por el Tribunal Supremo, se presentó a propósito de un litigio entre el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y la Administración del Estado, en relación con la solicitud presentada por el Sr. Giuliano Mauro Imo, de nacionalidad italiana, en posesión de un título de Ingeniero Civil, con especialidad en hidráulica, expedido en Italia, a fin de que se le autorizara a acceder a la profesión de ingeniero de caminos, canales y puertos en España.

⁵⁵⁷ Sentencia de 28 de septiembre de 2006, C-467/04.

Esta petición, remitida por la Audiencia Provincial de Málaga, se presentó en el marco de un procedimiento penal seguido contra los Sres. G.F. Gasparini, J.M^a L.A. Gasparini, Costa Bozzo, de Lucchi Calcagno, F.M. Gasparini y Hormiga Marrero, inculpados todos ellos por haber introducido en el mercado español, a través del puerto de Setúbal (y procedente de Túnez y Turquía), aceite de oliva lampante (no refinado) de contrabando, así como contra la Sindicatura de la quiebra.

⁵⁵⁸ Vid. GÓMEZ SANZ, X. “*Op.Cit.*”, pp. 118-120.

⁵⁵⁹ Sent. “Läärä”, de 21 de septiembre de 1999, C-124/97.

(Vid. ANDERSON, D.W.K., “*References to the European Court*”. Sweet & Maxwell, 2^a edición, Londres, 2002, pp. 245-246).

Por regla general, la iniciativa para acordar la intervención de un EM procede de los ministerios competentes por razón de la materia que se esté debatiendo –como ocurre en el caso de España-. De ser varios y existir discrepancias entre ellos, la solución parte del órgano encargado de la coordinación (Reino Unido o España⁵⁶⁰), o se veta al ministerio que se oponga a la intervención (Alemania) o se somete la controversia a la decisión del Primer Ministro (Francia)⁵⁶¹.

En el caso de España, también cabe la posibilidad de que pueda decidir la intervención una Comunidad Autónoma, si el procedimiento prejudicial afecta al ámbito de sus competencias, teniendo la posibilidad de designar abogados o asesores para que asistan al Abogado del Estado en su actuación ante el Tribunal de Justicia⁵⁶².

⁵⁶⁰ Competente a este respecto sería la Comisión de Seguimiento y Coordinación, a la que antes nos hemos referido.

⁵⁶¹ MUÑOZ PÉREZ, M., y RUBIO GONZÁLEZ, A., “La intervención del Reino de España en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la UE”, en *“Procedimientos Administrativos y Judiciales de la Unión Europea”*, MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. (Dir.), Economist & Jurist, Madrid, 2012, pp. 973, 974 y 977.

⁵⁶² A este respecto, se creó la “Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas” (CARCE) con la promulgación de la Ley 2/1997, de 13 de marzo (BOE de 15 de marzo de 1997), tratándose de un órgano de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para articular adecuadamente la concurrencia de éstas en las cuestiones propias de su participación en los asuntos de la UE. La Conferencia debe garantizar la participación efectiva de las Comunidades Autónomas en la fase de formación de la voluntad del Estado ante las Instituciones y en la ejecución del Derecho de la Unión Europea (conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 2/1997).

Este órgano acordó cambiar su anterior denominación por la de “Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea” (CARUE) mediante el Acuerdo adoptado en su reunión de 15 de abril de 2010.

Queremos, a este respecto, destacar el Apartado Séptimo del Acuerdo de la Conferencia de 29 de noviembre de 1990, cuya publicación se adopta por Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Relaciones con las Cortes de 7 de septiembre de 1992 (BOE nº 216, de 8 de septiembre de 1992), y el cual reza:

“La Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas informará a la Comunidad Autónoma respectiva de las cuestiones prejudiciales suscitadas por cualquier órgano jurisdiccional español siempre que el asunto tenga su origen en una disposición, resolución o acto emanado de los órganos de dicha Comunidad Autónoma, o en la omisión de los mismos.

La Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas lo examinará con la Comunidad Autónoma, a instancia de ésta, a los efectos, en su caso, de presentar observaciones ante el Tribunal de Justicia”.

Una vez adoptada la decisión de intervenir (bien en la fase escrita, o en la oral⁵⁶³), la representación ante el Tribunal de Justicia del EM en cuestión, en lo que hace a la elaboración de los escritos procesales, se coordina a este fin con el departamento ministerial correspondiente por razón de la materia –el cual suele definir, en lo esencial, la posición que ha de mantenerse⁵⁶⁴- y al que, por otra parte, se tiene en todo momento informado del devenir del procedimiento prejudicial⁵⁶⁵.

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pueden encontrarse asuntos en los que numerosos Estados miembros han concurrido a presentar observaciones (Sent. “Läärä”, de 21 de septiembre de 1999, C-124/97⁵⁶⁶; Sent. “Banca Popolare di Cremona”, de 3 de octubre de 2006, C-475/03⁵⁶⁷; Sent. “N.S.”, de 21 de diciembre de 2011, en los asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10⁵⁶⁸; Sent. “Pringle”, de 27 de noviembre de 2012, C-370/12⁵⁶⁹; Sent. “Radu”, de 29 de enero de 2013, C-396/11⁵⁷⁰; Sent.

Igualmente hay que destacar, sobre este particular, el Acuerdo de la Conferencia de 11 de diciembre de 1997, cuya publicación se adopta mediante Resolución de 24 de marzo de 1998 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia (BOE nº 79, de 2 de abril de 1998), en concreto el punto décimo (en relación con los puntos segundo, tercero y cuarto).

De este modo, cuando una Comunidad Autónoma tenga intención de que el Reino de España intervenga en un procedimiento prejudicial debe ponerlo en conocimiento del Presidente de la Comisión de Seguimiento, motivando esta solicitud quien aparezca como representante de dicha Comunidad en el Pleno de la CARUE (Vid. MUÑOZ PÉREZ, M., y RUBIO GONZÁLEZ, A., “*Op. Cit.*”, p. 991).

⁵⁶³ Siendo el objeto de las observaciones posibilitar su debate por parte de los intervinientes en la fase oral, la no presentación de observaciones en la fase escrita no significa que no puedan ser planteadas, en su caso, en la fase oral del procedimiento.

⁵⁶⁴ En el caso de España, si el departamento ministerial estima que se ha de intervenir en el procedimiento prejudicial, ha de informar de ello en el plazo de un mes; de modo que el Ministerio competente deberá elaborar un informe que sirva de base a la Abogacía del Estado para la preparación del correspondiente escrito procesal (MUÑOZ PÉREZ, M., y RUBIO GONZÁLEZ, A., “*Op. Cit.*”, p. 985).

⁵⁶⁵ MUÑOZ PÉREZ, M., y RUBIO GONZÁLEZ, A., “*Op. Cit.*”, pp. 976 y 977.

⁵⁶⁶ Finlandia, Bélgica, Alemania, España, Países Bajos, Austria, Portugal, Suecia, Reino Unido, Irlanda y Luxemburgo.

⁵⁶⁷ Italia, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemania, España, Francia, Hungría, Países Bajos, Austria, Portugal, Finlandia, Suecia y Reino Unido.

⁵⁶⁸ Irlanda, Reino Unido, Bélgica, República Checa, Alemania, Grecia, Francia, Italia, Países Bajos, Austria, Polonia, Eslovenia, Finlandia y Suiza.

⁵⁶⁹ Bélgica, Alemania, Grecia, España, Francia, Italia, Chipre, Países Bajos, Austria y Eslovaquia.

“Melloni”, de 26 de febrero de 2013, C-399/11⁵⁷¹; Sent. “HK Danmark”, de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11⁵⁷²; Sent. “Daiichi Sankyo”, de 18 de julio de 2013, C-414/11⁵⁷³; Sent. “Demirkan”, de 24 de septiembre de 2013, C-221/11⁵⁷⁴).

Como ya hemos señalado antes, la Autoridad de Vigilancia de la AELE y los Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo distintos de los Estados miembros solo podrán personarse en el procedimiento de reenvío, y presentar observaciones, cuando la cuestión planteada afecte al “ámbito de aplicación” de dicho Acuerdo.

La intervención de las Instituciones en el procedimiento prejudicial -no de la Comisión, que tiene derecho a hacerlo –en su calidad de “amicus curiae” o “amigo del tribunal”⁵⁷⁵-; pero sí del Consejo, del Parlamento Europeo y del BCE-, suele producirse cuando se pone en cuestión la validez de algún acto del que sean autoras⁵⁷⁶. De este modo, el Consejo de la Unión Europea y el Parlamento Europeo presentaron Observaciones, entre otros, en el

⁵⁷⁰ Rumanía, República Checa, Alemania, Lituania, Austria, Polonia y Reino Unido.

⁵⁷¹ España, Bélgica, Alemania, Italia, Países Bajos, Austria, Polonia, Portugal y Reino Unido.

⁵⁷² Dinamarca, Bélgica, Irlanda, Grecia, Italia, Polonia y Reino Unido.

⁵⁷³ Grecia, Alemania, Francia, Italia, Holanda, Portugal, Finlandia, Suecia y Reino Unido.

⁵⁷⁴ Alemania, República Checa, Dinamarca, Estonia, Grecia, Francia, Holanda, Eslovaquia y Reino Unido.

⁵⁷⁵ El Tribunal de Justicia, sin embargo, ha perdido la oportunidad –y con ello nos mostramos plenamente de acuerdo con algún autor que así lo ha resaltado (RODRÍGUEZ-IZQUIERDO)- de dotar de una aplicación más amplia a este término, en algún caso que se le ha planteado, y cuyas peculiares circunstancias lo habrían aconsejado (asunto “Landtová”, C-399/09, pues en éste el propio Gobierno checo desacreditó la jurisprudencia de su propio Tribunal Constitucional, el *Ústavní soud*). La actitud del TJUE, que en este caso podríamos considerar sin reparos como corta de miras, ha puesto en entredicho el “diálogo entre jurisdicciones” que implica la cuestión prejudicial, y con la agravante de que el desaire se produjo a un Tribunal Constitucional.

Precisamente de esto, entre otras cosas, se quejó el Tribunal Constitucional Checo en su Sent. “Slovak Pensions”, de 31 de enero de 2012, Pl. ÚS 5/12.

(RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., *“Diálogo entre Jurisdicciones, “Ultra Vires” y rabetas: Comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional Checo”*. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 97, enero-abril 2013, pp. 388 y 392).

⁵⁷⁶ ANDERSON, D.W.K., *“References to the European Court”*. Sweet & Maxwell, 2ª edición, Londres, 2002, p. 239.

asunto “Imperial Tobacco”⁵⁷⁷, pues en el mismo se discutía la validez de la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco; en el asunto “Intertanko”⁵⁷⁸, pues la normativa en cuestión era la Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones⁵⁷⁹; así como en el asunto “IATA y ELFAA”⁵⁸⁰, pues en éste se cuestionaba la validez del Reglamento (CEE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos⁵⁸¹; o en el asunto “ATAA”⁵⁸², que se encontraba en relación con la validez de la Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a partir del 1 de enero de 2012⁵⁸³.

Por supuesto, cabe citar algún ejemplo de actos de los que el Consejo era el único autor y que fueron puestos en cuestión (Sent. “Bela-Mühle”, de 5 de julio de 1977, C-114/76⁵⁸⁴; Sent. “Eurotunnel”, de 11 de noviembre de 1997, C-408/95⁵⁸⁵; Sent. “Leclerc y Deaconescu”, de 31 de mayo de 2001, C-43/99⁵⁸⁶).

⁵⁷⁷ Sentencia de 5 de octubre de 2000, C-74/99.

⁵⁷⁸ Sentencia de 3 de junio de 2008, C-308/06.

⁵⁷⁹ DOCE, L 255/11, de 30 de septiembre de 2005.

⁵⁸⁰ Sentencia de 10 de enero de 2006, C-344/04.

⁵⁸¹ DOCE, L 46/1, de 17 de febrero de 2004.

⁵⁸² Sentencia de 21 de diciembre de 2011, C-366/10.

⁵⁸³ DOUE, L 8, de 13 de enero de 2009.

⁵⁸⁴ En relación con el Reglamento (CEE) nº 563/76 del Consejo, de 15 de marzo de 1976, relativo a la compra obligatoria de leche desnatada en polvo en poder de los organismos de intervención destinada a ser utilizada en la fabricación de piensos.

⁵⁸⁵ Sobre la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme; así como en relación con la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de

De igual modo, el BCE ha presentado observaciones en el asunto “Gauweiler” (C-62/14), pues en este procedimiento estaba en entredicho la validez de las Decisiones del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo de 6 de septiembre de 2012, sobre ciertas características técnicas de las operaciones monetarias de compraventa de títulos (“Outright Monetary Transactions”).

10.3.1.3. Fase oral

El Presidente fijará la fecha de apertura de la fase oral del procedimiento una vez practicadas las diligencias de prueba (artículo 75.1 del RPTJ), siempre que se haya solicitado por las partes en el plazo de tres semanas desde la declaración de terminación de la fase escrita del procedimiento (artículo 76.1 del RPTJ).

Como señala PERTEK, la finalidad de esta fase procesal es la de permitir a los interesados exponer y defender de “*viva voce*” ante el Tribunal de Justicia la que sea su sugerencia de respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas. Supone, en consecuencia, una ocasión que se le brinda a todo interviniente que desee comparecer, al objeto de recordar la postura adoptada y los argumentos principales que la apoyan, según fueron dados a conocer en la fase anterior –o, para quien no hubiera comparecido todavía, para que los presente–; así como para refutar los argumentos contrarios expuestos por algún otro interviniente en la fase escrita; sin excluir también la posibilidad de aducir razones nuevas que no se hayan presentado en la fase anterior (amparadas, si es el caso, en jurisprudencia reciente del TJUE), pero que sirvan para rebatir lo que pueda haberse argüido en dicha fase⁵⁸⁷.

febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales.

En este asunto, pese a no estar directamente concernido, presentó también observaciones el Parlamento Europeo.

⁵⁸⁶ A propósito, por una parte, del Reglamento (CEE) n. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996; y, por otra, del Reglamento (CEE) n. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

⁵⁸⁷ PERTEK, J., “*La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire. Coopération entre CJCE et juges nationaux*”. Éditions Litec, Paris, 2001, pp.147-148.

A propuesta del Juez Ponente, y tras oír al Abogado General, el Tribunal de Justicia podrá decidir no celebrar una vista oral si estima, tras la lectura de los escritos de alegaciones o de observaciones presentados en la fase escrita del procedimiento, que dispone de información suficiente para resolver (artículo 76.2 del RPTJ), salvo que la solicitud provenga de uno de los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto que no haya participado en la fase escrita del procedimiento (artículo 76.3 del RPTJ).

Según el artículo 77 del RPTJ cabe la posibilidad de una “vista oral común” cuando las similitudes existentes entre varios asuntos de la misma naturaleza lo permitan.

Por motivos graves, en particular relacionados con la seguridad de los Estados miembros o la protección de menores, el Tribunal podrá decidir que la vista se desarrolle a puerta cerrada (artículo 79 del RPTJ).

Como establece el artículo 80 del RPTJ, en el transcurso de la vista oral, los Jueces que conforman la Sala y el Abogado General podrán formular preguntas a los Agentes, asesores o abogados de las partes y, en el supuesto contemplado en el artículo 47, apartado 2, del Reglamento, directamente a las partes del litigio principal o a sus representantes (por permitirles sus normas procesales nacionales aplicables al litigio principal comparecer a juicio sin asistencia de abogado⁵⁸⁸). Comparecencias personales de alguna de las partes ante el Tribunal de Justicia -tanto para presentar observaciones escritas como en la fase oral- se han producido, entre otros, en los asuntos “Konstantinidis” (C-168/91)⁵⁸⁹ y “Peñarroja Fa” (C-372/09 y C-373/09)⁵⁹⁰.

El representante de la parte tampoco tiene que ser necesariamente un abogado, si en el derecho nacional del órgano remitente se permite que ello sea así. En la jurisprudencia del TJUE hay casos en que alguna parte ha sido representada, por ejemplo, por un asesor fiscal (asunto “Zentrag”⁵⁹¹) o, incluso, por un delegado sindical (asunto “Del Grosso”⁵⁹²).

⁵⁸⁸ ANDERSON, D.W.K., “*Op. Cit.*”, pp. 250-251.

⁵⁸⁹ Sentencia de 30 de marzo de 1993.

⁵⁹⁰ Sentencia de 17 de marzo de 2011.

⁵⁹¹ Sentencia de 23 de febrero de 1984, C-93/83.

⁵⁹² Sentencia de 6 de abril de 1995, C-325/93.

(Vid. ANDERSON, D.W.K., “*Op. Cit.*”, p. 251).

El Presidente declarará terminada la fase oral tras oír los informes orales de las partes o de los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto (artículo 81 del RPTJ).

El Abogado General presentará sus conclusiones tras la declaración de terminación de la vista (artículo 82.1 del RPTJ), lo que suele hacer actualmente en un plazo de dos meses desde la celebración de ésta⁵⁹³, declarando el Presidente de este modo finalizada la fase oral⁵⁹⁴ (artículo 82.2 del RPTJ).

Sin embargo, y como se ha señalado anteriormente, en el apartado dedicado al Abogado General, cabe la apertura o reapertura de la fase oral –a petición de las partes, del Abogado General o de oficio-⁵⁹⁵, si el Tribunal de Justicia estima que la información de que dispone es insuficiente o cuando una parte haya invocado ante él, tras el cierre de esta fase, un hecho nuevo que pueda influir decisivamente en su resolución, o también cuando el asunto deba resolverse basándose en un argumento que no fue debatido entre las partes o los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto (artículo 83 del RPTJ).

Así lo ha declarado, expresamente, el Tribunal de Justicia⁵⁹⁶, habiéndolo denegado en gran parte de los casos⁵⁹⁷ y, sin embargo, habiéndolo aceptado en otros⁵⁹⁸.

⁵⁹³ Este aspecto ha supuesto un avance, ya que hace algo más de una década el tiempo medio era de cinco o seis meses.

Hay que resaltar algún caso en que las Conclusiones se han presentado el mismo día de la vista (asunto “Polo/Lauren”, C-383/98, en que el Abogado General RUÍZ-JARABO COLOMER presentó sus conclusiones el 16 de diciembre de 1999).

(PERTEK, J., “*La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire. Coopération entre CJCE et juges nationaux*”. Éditions Litec, París, 2001, pp.148-149; IANNONE, C., “*L’avvocato generale della Corte di Giustizia delle Comunità europee*”. Il Diritto dell’Unione Europea, 1/2002, p. 129).

⁵⁹⁴ Aunque, en sentido estricto, las Conclusiones del Abogado General no forman parte de la fase oral del procedimiento, pues se presentan con posterioridad a la celebración de la vista.

(GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “*La eficacia de las Sentencias dictadas por el TJCE*”. Editorial Aranzadi, 2004, p. 58).

⁵⁹⁵ Según declaran el A. “Emesa Sugar” de 4 de febrero de 2000, C-17/98, aptdo. 18, y la Sent. “Deutsche Telekom”, de 10 de febrero de 2000, C-50/96, aptdo. 22.

⁵⁹⁶ Sent. “Deutsche Post”, de 10 de febrero de 2000, asuntos acumulados C-270/97 y C-271/97, aptdo. 30; Sent. “Wouters”, de 19 de febrero de 2002, C-309/99, aptdo. 42; Sent. “Philips”, de

Esta posibilidad legal se fundamentaría en el artículo 6 del CEDH, como así, implícitamente, lo justificó el A. “Emesa Sugar”, de 4 de febrero de 2000 (C-17/98, aptdo. 18).

En el caso de una eventual reapertura de la fase oral, el Abogado General tendría que presentar nuevamente conclusiones, como ocurrió, además de en los asuntos “Banca Popolare di Cremona” y “Meilicke”, en el asunto “Legros” (C-163/90), en el que el Abogado General JACOBS presentó sus conclusiones los días 21 de noviembre de 1991 y 20 de mayo de 1992⁵⁹⁹.

10.3.2. Las diferentes vías de tramitación procedimental

Después de la modificación del Reglamento operada el 15 de enero de 2008 –y en vigor desde el 1 de marzo de 2008- que supuso, en esencia, la introducción del artículo 104 ter y, con él (actualmente el art. 107 del RPTJ), de un nuevo procedimiento –el de urgencia- respecto a los dos ya existentes, tenemos en la actualidad tres posibles cauces procedimentales para resolver una cuestión prejudicial: i) *el procedimiento prejudicial*

18 de junio de 2002, C-299/99, aptdo. 20; Sent. “Schilling y Fleck-Schilling”, de 13 de noviembre de 2003, C-209/01, aptdo. 19; Sent. “Recheio-Cash & Carry”, de 17 de junio de 2004, C-30/02, aptdo. 12; Sent. “Swedish Match”, de 14 de diciembre de 2004, C-210/03, aptdo. 25; Sent. “SGAE”, de 7 de diciembre de 2006, C-306/05, aptdo. 27; Sent. “Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft”, de 28 de junio de 2007, C-466/03, aptdo. 29; Sent. “Burda”, de 26 de junio de 2008, C-284/06, aptdo. 37; Sent. “Cartesio”, de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, aptdo. 46; Sent. “Liga Portuguesa de Futebol Profissional”, de 8 de septiembre de 2009, C-42/07, aptdo. 31; Sent. “Commerz Nederland”, de 17 de septiembre de 2014, C-242/13, aptdo. 26; Sent. “Boston Scientific Medizintechnik”, de 5 de marzo de 2015, asuntos acumulados C-503/13 y C-504/13, aptdo. 33; Sent. “Nordzucker”, de 29 de abril de 2015, C-148/14, aptdo. 24.

⁵⁹⁷ Sent. “Deutsche Post”, Sent. “Wouters”, Sentencia “Philips”, Sent. “Schilling y Fleck-Schilling”, Sent. “Recheio- Cash & Carry”, Sent. “Swedish Match”, Sentencia “SGAE”, Sent. “Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft”, Sentencia “Burda”, Sent. “Cartesio”, Sentencia “Liga Portuguesa de Futebol Profissional”, Sent. “Commerz Nederland”, Sentencia “Boston Scientific Medizintechnik”, Sent. “Nordzucker”.

⁵⁹⁸ Sent. “Banca Popolare di Cremona”, de 3 de octubre de 2006, C-475/03; Sent. “Meilicke”, de 6 de marzo de 2007, C-292/04; Sent. “Raytek y Fluke Europe”, de 12 de febrero de 2015, C-134/13.

(Vid. WALDHOFF, Chr., “Recent Developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ”. Common Market Law Review, volume 46, 2009, Wolters Kluwer, pp. 174-176).

⁵⁹⁹ Otro ejemplo de ello lo constituye el citado asunto “Banca Popolare di Cremona” (C-475/03), en el que el Abogado General JACOBS presentó sus conclusiones el 17 de marzo de 2005; y la Abogada General STIX-HACKL, una vez concluida la segunda vista, celebrada el 14 de diciembre de 2005, presentó nuevamente conclusiones el 14 de marzo de 2006.

ordinario, ii) el procedimiento prejudicial acelerado e iii) el procedimiento prejudicial de urgencia.

A continuación pasaré a analizar, someramente, cada uno de ellos.

10.3.2.1. Procedimiento prejudicial ordinario

El procedimiento prejudicial ordinario no permite que el Tribunal se pronuncie con la celeridad necesaria sobre las cuestiones que se han sometido a su consideración, según se desprende de su tramitación, recogida en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal.

Por lo demás, hemos de reiterar algunos de los aspectos que hemos señalado anteriormente, a saber:

Se recomienda que la resolución de remisión, esto es, el Auto, en nuestro ordenamiento jurídico, se redacte de un modo claro y preciso.

La motivación del mismo habrá de ser sucinta, pero sin desmerecer el que haya de ser también completa, pues ha de permitir tanto al Tribunal de Justicia como a todos aquellos que hayan de ser notificados, una comprensión tanto del marco de hecho –antecedentes de hecho- como de derecho –fundamentos de derecho- del asunto principal.

Por consiguiente, entre su contenido ha de contarse con las razones jurídicas que llevan al Juez a plantear la cuestión, así como lo que las partes hayan alegado sobre el particular, y todo ello con la finalidad de que el Tribunal de Justicia, con la sentencia que haya de dictar, proporcione una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional.

Pero el Auto no puede enviarse tal cual, sino que el mismo vendrá necesariamente acompañado de una copia de todos aquellos documentos que posibiliten una comprensión de la “litis” suscitada ante el órgano remitente, así como de todo aquello que, al entender del Juez nacional, coadyuve a esa finalidad.

Los destinatarios tienen la facultad de realizar Observaciones en un plazo de dos meses, posibilidad que se justifica en el hecho de que los problemas relativos a la interpretación o a la validez del Derecho de la UE revisten, comúnmente, un interés general. Los intervinientes estarán representados, según los casos, por abogados de las partes, y por agentes de las personas de derecho público.

En lo que a la Asistencia Jurídica Gratuita se refiere, en caso de que alguna de las partes del litigio principal carezca de recursos suficientes, puede solicitar en cualquier momento esta ayuda⁶⁰⁰ (artículos 115 a 118 del RPTJ, y apartado 6 de las “Instrucciones prácticas a las partes sobre los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia” de 25 de noviembre de 2013) y en la medida en que las normas nacionales lo permitan, el órgano jurisdiccional remitente puede concederle una ayuda para cubrir los gastos ocasionados por su intervención ante el Tribunal de Justicia, en particular los de representación letrada⁶⁰¹. El Tribunal de Justicia puede conceder también una ayuda de esta índole en el supuesto de que la parte de que se trate no disfrute ya de una ayuda en el ámbito nacional o en la medida en que dicha ayuda no cubra –o cubra sólo parcialmente– los gastos ocasionados por su intervención ante el Tribunal de Justicia⁶⁰². Esto es así porque las partes deben solicitar prioritariamente la asistencia jurídica gratuita al tribunal remitente o a las autoridades competentes del EM de que se trate, pues la justicia gratuita concedida por el Tribunal de Justicia tiene solo carácter subsidiario con respecto a la ayuda otorgada a nivel nacional y, como es natural, puede retirarse la misma en cualquier momento si en el curso del proceso cambian las circunstancias que llevaron a concederla (apartados 6 y 7 de las “Instrucciones prácticas a las partes sobre los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia” de 25 de noviembre de 2013).

En la resolución en que acuerde conceder la Asistencia Jurídica Gratuita, el Tribunal de Justicia ordenará que se designe un abogado para asistir al interesado, dando prioridad al que pueda proponer el interesado, y si éste no se admitiere o el interesado no propusiera ninguno, el Secretario enviará una copia certificada de la resolución y una copia de la solicitud de asistencia jurídica gratuita a la autoridad competente del Estado interesado, y habida cuenta de las propuestas transmitidas por esta autoridad, el Tribunal de Justicia procederá a la designación de oficio del abogado

⁶⁰⁰ Se ha concedido esta ayuda en algunas ocasiones, p.e.: al Sr. Kevin Lee, en el asunto “Lee” (Sentencia de 6 de mayo de 1980, C-152/79).

(ANDERSON, D.W.K., “*References to the European Court*”. Sweet & Maxwell, 2ª edición, Londres, 2002, p. 254).

⁶⁰¹ Véase a este respecto, en lo que hace a España, el artículo 50 de la Ley 1/96, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE nº 11, de 12 de enero de 1996).

⁶⁰² En relación con esto, hay que citar la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.

encargado de asistir al interesado (artículo 4 del Reglamento Adicional del Tribunal de Justicia, de 14 de enero de 2014)⁶⁰³.

Lo anteriormente señalado se ha hecho eco de lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶⁰⁴.

En la fase oral se permite al Tribunal de Justicia hacer preguntas a los que intervienen en el procedimiento, que tendrán la posibilidad de presentar sus conclusiones, incluso aunque no hayan depositado observaciones. Esta fase, sin embargo, no es preceptiva, puesto que el Tribunal de Justicia puede, oídos el Abogado General, así como las partes, los Estados Miembros y demás interesados a los que la Secretaría comunica copia de la cuestión prejudicial, decidir su no celebración, por entender que no es necesaria una vista pública (aspecto este al que el Tribunal de Justicia intenta resistirse; salvo que se acuerde la conveniencia de su celebración, por la relevancia jurídica del asunto).

La fase oral finaliza en todo caso con las Conclusiones del Abogado General (art. 82.2 RPTJ), si es que son precisas –ya que el asunto, según el artículo 20, último párrafo, del Estatuto del Tribunal de Justicia, puede ser juzgado sin conclusiones⁶⁰⁵–.

⁶⁰³ Publicado en el DOUE, L 32/39, de 1 de febrero de 2014.

La autoridad competente del Estado interesado es la que aparece designada para cada EM en el Anexo II de dicho Reglamento Adicional, que en el caso de España sería el “Consejo General de la Abogacía Española”; en el de Italia, el “Ministero della Giustizia”; y en el de Alemania, la “Bundesrechtsanwaltskammer”, por citar algunos ejemplos sobre esta cuestión.

⁶⁰⁴ Precepto que reconoce que *“se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”*.

⁶⁰⁵ La idea, informada por el objetivo de acelerar la tramitación de los asuntos, se planteó en el “Rapport du groupe de réflexion sur l’avenir du système juridictionnel des Communautés Européennes” –también conocido como “Informe Due”– de 19 enero de 2000 (http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/pdf/du_e_fr.pdf), en el que se decía (p. 48) que en el estado actual de desarrollo del Derecho de la Unión no parecía necesario que todos los asuntos fueran objeto de las conclusiones de un Abogado General.

La sugerencia fue acogida con la nueva redacción que se hizo del artículo 222 del Tratado de Niza –DOCE, C 80/01, de 10 de marzo de 2001–, el cual entró en vigor el 1 de febrero de 2003, y que a su vez dio lugar a la modificación del artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

Ha habido muchos asuntos, como puede imaginarse, que han sido decididos sin haberse emitido las conclusiones por el Abogado General (Sent. “Denuit y Cordenier”, de 27 de enero de 2005, C-125/04; Sent. “Huet”, de 8 de marzo de 2012, C-251/11; Sent. “Santander Asset Management”, de 10 de mayo de 2012, en los asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11; Sent.

No serán precisas estas conclusiones: cuando no se trate ninguna cuestión de Derecho nueva; cuando no se pretenda revisar una línea jurisprudencial que haya sido establecida por el Tribunal de Justicia; o aquellos asuntos en los que, habida cuenta la materia, o las alegaciones de las partes, no se consideren complejos. Como curiosidad, indicar que, normalmente, suelen atribuirse a las Salas de tres jueces⁶⁰⁶.

En el caso de presentarse Conclusiones, el Abogado General adoptará una posición determinada sobre los problemas planteados, proponiendo una solución al Tribunal de Justicia, el cual, finalmente, y sobre la base del proyecto de sentencia elaborado por el Juez Ponente⁶⁰⁷, y tras de deliberar a puerta cerrada, dictará por escrito una Sentencia, que puede ser objeto de aclaración, aunque no sea susceptible de ningún recurso, siendo, por tanto, firme desde el día en que se pronuncia.

Esta Sentencia se adopta por mayoría, no expresándose los votos particulares de los Jueces discrepantes; aspecto este que, como se argumentará más adelante, no parece muy indicado.

Esta circunstancia, como expresa GIMÉNEZ SÁNCHEZ, dificulta la redacción de sentencias en supuestos de divergencia de opiniones entre los Jueces, aunque ha sido valorada como algo positivo en relación con el funcionamiento del Tribunal de Justicia (duración relativamente breve del mandato de los Jueces, importancia del papel político desempeñado por el

“Elsacom”, de 21 de junio de 2012, C-294/11; Sent. “International Bingo Technology”, de 19 de julio de 2012, C-377/11; Sent. “Chemische Fabrik Kreussler”, de 6 de septiembre de 2012, C-308/11; Sent. “Portugal Telecom”, de 6 de septiembre de 2012, C-496/11; Sent. “Valenza”, de 18 de octubre de 2012, en los asuntos acumulados C-302/11 a C-305/11; Sent. “Heimann”, de 8 de noviembre de 2012, en los asuntos acumulados C-229/11 y C-230/11; Sent. “FranceAgriMer”, de 13 de diciembre de 2012, C-670/11; Sent. “Zakaria”, de 17 de enero de 2013, C-23/12; Sent. “Magdeburger Mühlenwerke”, de 21 de marzo de 2013, C-129/12; Sent. “Salzburger Flughafen”, de 21 de marzo de 2013, C-244/12; Sent. “Rusedespred”, de 11 de abril de 2013, C-138/12, entre otras).

(INGHELAM, J., “*Les arrêts sans conclusions de l’avocat general: aperçu de l’application, depuis le traité de Nice, de l’article 20, dernier alinéa, du Statut de la Cour*”. Il Diritto dell’Unione Europea, 1/2007, pp. 183-202).

⁶⁰⁶ IANNONE, C., “*L’avvocato generale della Corte di Giustizia delle Comunità europee*”. Il Diritto dell’Unione Europea, 1/2002, p. 138; INGHELAM, J., “*Op. Cit.*”, p. 199.

⁶⁰⁷ ANDERSON, D.W.K., “*References to the European Court*”. Sweet & Maxwell, 2ª edición, Londres, 2002, p. 307.

Tribunal, necesidad de que este órgano jurisdiccional hable con una sola voz, etc.)⁶⁰⁸.

Según LUTHER, la sensación que existe es que la publicación de los votos particulares no anónimos podría desincentivar el diálogo interno (“*in foro unionis*”) e incentivar, en cambio, el exterior con los jueces nacionales (“*in foribus nationum*”)⁶⁰⁹.

TOLEDANO LAREDO justificaba este hecho en la condición de la sentencia de acto colegial, que puede ser adoptado por unanimidad o bien por mayoría, pero que, en todo caso, refleja la decisión o la opinión del Tribunal; y en que “esto hace que no se abran vías colaterales en el manantial caudaloso de la jurisprudencia comunitaria y da a los Jueces una libertad de pensamiento y de acción que difícilmente tendrían si la sentencia pudiera ir acompañada de “*dissenting opinions*” (votos particulares), cuyo impacto no sólo jurídico, sino también y, sobre todo, político, podría crear dificultades en los Estados miembros”⁶¹⁰.

En todo caso, no parece difícil deducir cuándo ha habido problemas para alcanzar un consenso entre los Jueces, si tenemos en cuenta el tiempo en que ha tardado en dictarse la resolución por el TJUE (Sent. “*Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate*”, de 14 de diciembre de 1989, C-3/87⁶¹¹; Sent. “*Pehlivan*”, de 16 de junio de 2011, C-484/07⁶¹²) o, incluso, por las pistas que, en este sentido, ofrece la propia redacción de la misma⁶¹³ (Sent. “*Satakunnan markkinapörssi*”, de 16 de diciembre de 2008, C-73/07⁶¹⁴).

⁶⁰⁸ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “*La eficacia de las Sentencias dictadas por el TJCE*”. Editorial Aranzadi, 2004, p. 59.

⁶⁰⁹ LUTHER, J., “*Jueces europeos y jueces nacionales: La Constitución del diálogo*”. ReDCE, Año 2, Número 3, enero-junio 2005, pp. 1-22.

⁶¹⁰ TOLEDANO LAREDO, A., “*Op. Cit.*”, p. 813.

⁶¹¹ Las Conclusiones del Abogado General MISCHO habían sido presentadas hacía más de un año - concretamente, el 18 de noviembre de 1988-.

⁶¹² En este caso, las Conclusiones de la Abogada General SHARPSTON habían sido presentadas casi un año antes del dictado de la sentencia –en concreto, el 8 de julio de 2010-.

⁶¹³ ANDERSON, D.W.K., “*Op. Cit.*”, p. 308.

⁶¹⁴ El magistrado K., del órgano nacional que remitió dicha cuestión –*Korkein hallinto-oikeus*– en la entrevista que me concede, y que consta en esta obra, dice haber tenido claramente esa impresión cuando recibió la respuesta del Tribunal de Justicia.

Tampoco parece justificación suficiente para este hecho lo que señaló el Abogado General LAGRANGE, en su discurso ante el Tribunal de Justicia de 8 de octubre de 1964, de que la publicación de las Conclusiones del Abogado General, como miembro del Tribunal de Justicia, es una contrapartida a la prohibición a los Jueces de expresar su opinión discordante⁶¹⁵. La razón de mi desacuerdo es muy sencilla: desde el momento en que el Abogado General no participa en la redacción de la sentencia –que es la que, en definitiva, resuelve la cuestión-, por limitarse solo a sugerir cuál podría ser su contenido, y comoquiera que la sentencia puede separarse de su criterio –pues éste no es vinculante-, no creo que la publicación de su Opinión actúe a modo de compensación o contrapartida a la citada prohibición de dar a conocer el voto discrepante de un Juez, con nombre y apellidos, y por unos motivos concretos que ha de expresar.

Por supuesto, y como hemos dicho ya, cabe también que se declare la inadmisión de la cuestión prejudicial, por concurrir en ella la circunstancia de ser materialmente idéntica a otra ya sometida al Tribunal de Justicia, y sobre la que hubiera recaído pronunciamiento. En este caso, no mediante Sentencia, sino mediante Auto motivado, se hará referencia o se remitirá a la resolución anterior, o a la jurisprudencia aplicable, en la que se hubiera decidido sobre lo ahora nuevamente planteado⁶¹⁶.

Finalmente, indicar que el procedimiento prejudicial es gratuito y que el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre las costas del litigio principal, siendo el Juez nacional quien decidirá sobre ello.

10.3.2.2. Procedimiento prejudicial acelerado

El procedimiento acelerado –así como el de urgencia, que veremos a continuación- se crea con la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2007⁶¹⁷, el cual introduce un artículo 23 bis en el Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia, y cuyo tenor literal es el siguiente:

⁶¹⁵ IANNONE, C., “*Op. Cit.*”, p. 136.

⁶¹⁶ Sent. “Pedro IV”, de 2 de abril de 2009, C-260/07, aptdo. 31.

⁶¹⁷ DOUE, L 24, de 29 de enero de 2008, pp. 42 y 43.

Este procedimiento, así como el de urgencia, fueron creados por la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2007 con la que se añade el artículo 23 bis en el Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia o, mejor dicho, en el Estatuto del Tribunal de Justicia –según la denominación que se impone con la modificación operada el 23 de marzo de 2010 en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (DOUE 13.04.2010, L 92/12).

“El Reglamento de Procedimiento podrá establecer un procedimiento acelerado y, para las remisiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, un procedimiento de urgencia.

Estos procedimientos pueden prever, para las presentación de las alegaciones u observaciones escritas, un plazo inferior al previsto en el artículo 23 y, no obstante lo dispuesto en el artículo 20, párrafo cuarto, la falta de conclusiones del abogado general.

El procedimiento de urgencia puede prever, además, la limitación de las partes y otros interesados contemplados en el artículo 23, autorizados a presentar alegaciones u observaciones escritas, y, en casos de extrema urgencia, la omisión de la fase escrita del procedimiento.”

Este procedimiento se desarrolla en el artículo 105 del RPTJ⁶¹⁸ -antes artículo 104 bis del RPTJ- y procederá cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo, habiendo manifestado el TJUE que el hecho de que haya un gran número de personas o de situaciones jurídicas que puedan verse potencialmente afectados por la resolución que deba dictar el órgano jurisdiccional remitente no constituye “per se” una circunstancia excepcional que pueda justificar la aplicación del procedimiento acelerado⁶¹⁹.

La petición que pueda hacer un órgano jurisdiccional nacional para tramitar un asunto por esta vía ha de ser, por consiguiente, justificada, y para ello ha de exponer sin ambigüedad alguna –de modo que la Secretaría del Tribunal de Justicia pueda apreciar de inmediato que el expediente requiere una tramitación específica- las circunstancias de Derecho y de hecho que acrediten la perentoriedad de la decisión y, en particular, los riesgos en que se incurriría si la remisión siguiera el procedimiento ordinario, citando al efecto el artículo pertinente del Reglamento de Procedimiento que se refiere a la vía procedimental en cuestión.

⁶¹⁸ Según modificación operada en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de fecha 25 de septiembre de 2012 (DOUE, L 265, de 29 de septiembre de 2012), el cual introdujo cambios, tanto de fondo como de forma, con respecto al Reglamento de 19 de junio de 1991, en su versión modificada, por última vez, el 24 de mayo de 2011 (DOUE, L 162, de 22 de junio de 2011, página 17).

El artículo 209 del RPTJ actual deroga expresamente el de 1991 y, según establece su artículo 210, entra en vigor el 1 de noviembre de 2012.

⁶¹⁹ Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, de 6 de noviembre de 2012 (DOUE, 2012/C, 338/01). En concreto, se trata del aptdo. 38.

Según el artículo 105.2 del RPTJ, el Presidente señalará inmediatamente la fecha de la vista, que deberá comunicarse a los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto, junto con la notificación de la petición de decisión prejudicial.

El artículo 105.3 del RPTJ establece que en un plazo no inferior a quince días los interesados podrán presentar escritos de alegaciones u observaciones escritas, respecto de las que el Presidente podrá exhortar a los interesados a que se limiten a las cuestiones de Derecho esenciales suscitadas por la petición de decisión prejudicial.

Estos escritos se comunicarán antes de la vista a los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto (artículo 105.4 del RPTJ).

Este procedimiento acelerado consta de las mismas fases que el procedimiento ordinario, pero solo cabe aplicarlo con carácter excepcional, ya que la aceleración se consigue dando “prioridad” en su tramitación respecto a los demás asuntos pendientes.

Como ejemplos de tramitación por esta vía tenemos, por citar algunos casos, los siguientes:

Sent. “Jippes”, de 12 de julio de 2001, C-189/01⁶²⁰; Sent. “Kozlowski”, de 17 de julio de 2008, C-66/08⁶²¹; Sent. “Metock”, de 25 de julio de 2008, C-127/08⁶²²; Sent. “Melki y Abdeli”, de 22 de junio de 2010, en los asuntos

⁶²⁰ Las cuestiones prejudiciales suscitadas lo fueron en relación con la vacunación contra la fiebre aftosa de los animales que cría la Sra. Jippes (cuatro ovejas y dos cabras), los cuales no están destinados a la reproducción ni a la producción de leche o carne, y no saldrán de la parcela hasta que fallezcan de muerte natural.

La rápida respuesta a las cuestiones planteadas se justifica por el órgano jurisdiccional remitente basándose en el número de focos de fiebre aftosa en los Países Bajos, en la rapidez de propagación de la epizootia, en la incertidumbre sobre el modo en que ésta continuará propagándose y en el número de animales que pueden resultar sacrificados, cuando la vacunación constituiría un medio de protección contra el virus (aptdo. 44).

⁶²¹ Fue acordada la tramitación de la petición de decisión prejudicial por el procedimiento acelerado mediante Auto del Presidente del Tribunal de 22 de febrero de 2008.

⁶²² La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Dicha petición se presentó en el marco de cuatro recursos contencioso-administrativos ante la *High Court of Justice* de Irlanda, con el fin de obtener una resolución contra la denegación de la

acumulados C-188/10 y C-189/10⁶²³; Sent. “Purrucker II”, de 9 de noviembre de 2010, C- 296/10⁶²⁴; Sent. “Dereci”, de 15 de noviembre de 2011, C-256/11⁶²⁵; Sent. “Achughbabian”, de 6 de diciembre de 2011, C-329/11⁶²⁶; o Sent. “Pringle”, de 27 de noviembre de 2012, C-370/12⁶²⁷, entre otros.

concesión de una autorización de residencia a un nacional de un tercer país (Camerún) casado con una ciudadana de la Unión establecida en Irlanda.

⁶²³ El Presidente del Tribunal acuerda mediante Auto de 12 de mayo de 2010 tramitar las peticiones de decisión judicial mediante el Procedimiento Acelerado.

⁶²⁴ Este caso tenía por objeto la interpretación del Reglamento (CE) nº 2201/ 2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Concretamente, y con motivo de la situación de conflicto entre la nacional alemana, Doña Bianca Purrucker, y el nacional español, Don Guillermo Vallés Pérez, y las pretensiones deducidas por ambos con motivo de la guarda y custodia de los hijos de los mismos (Merlín y Samira), se trataba de dirimir si eran competentes los juzgados españoles o los alemanes para entender de las cuestiones de fondo relativas a la guarda y custodia, ya que el Sr. Vallés Pérez había solicitado en un Juzgado de San Lorenzo de El Escorial unas medidas provisionalísimas sobre este mismo asunto, pero no se dedujo posteriormente demanda ante el mismo, sino que la demanda fue presentada por la Sra. Purrucker en Alemania, lo que dio lugar que se planteara cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por parte del *Amtsgericht Stuttgart*. Obviamente se trata de evitar el riesgo de la libre determinación de la competencia o “forum shopping”.

Comoquiera que este mismo asunto había dado lugar ya a una resolución anterior por parte del Tribunal de Justicia –la Sent. “Purrucker I”, de 15 de julio de 2010, C-256/09-, planteada en este caso por el Tribunal Supremo de Alemania (“*Bundesgerichtshof*”), el *Amtsgericht Stuttgart* solicita que el conocimiento del asunto se asigne a la misma Sala del Tribunal que conoció de la primera petición de decisión prejudicial.

⁶²⁵ Se acordó la vía del procedimiento acelerado mediante Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2011.

Esta petición se presentó en el marco de los litigios entre el Sr. Dereci, y otros, contra el Ministerio del Interior austriaco, debido a la denegación por éste de las solicitudes de autorización de residencia presentadas por los demandantes en los litigios principales, unido, en el caso de algunos de ellos, a una orden de expulsión y medidas para el abandono del territorio austriaco.

⁶²⁶ Se acordó la tramitación como procedimiento acelerado mediante Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2011. Sin embargo, hay que tener en cuenta que se había solicitado también la tramitación por la vía de urgencia, siendo ello denegado.

Esta petición se presentó como consecuencia de un litigio entre el Sr. Achughbabian –ciudadano armenio- y el *Préfet du Val-de-Marne* en relación con la situación irregular de aquel en el territorio francés. El Sr. Achughbabian había solicitado un permiso de residencia, el cual le fue denegado, dictándose una orden por la que debía abandonar el territorio francés en el plazo de un mes. Posteriormente, al no haberlo llevado a efecto, fue sometido a detención preventiva.

Hay que decir que en algunos de estos casos se había solicitado, inicialmente, el procedimiento de urgencia, resultando el mismo desestimado, pero acogándose en su lugar la vía del procedimiento acelerado –Sent. “Achughbabian”-.

Obviamente, hay otros casos en los que se ha solicitado esta vía acelerada, pero el Tribunal de Justicia no la ha aceptado, por no reunirse en el caso las condiciones requeridas. Véanse, por ejemplo:

Sent. “Eman y Sevinger”, de 12 de septiembre de 2006, C-300/04⁶²⁸; A. “Autostrada dei Fiori”, de 16 de noviembre de 2007, C-12/07⁶²⁹; Sent. “Cedilac”, de 18 de diciembre de 2007, C-368/06; Sent. “Laval un Partneri”, de 18 de diciembre de 2007, C-341/05⁶³⁰; A. “Mihal”, de 21 de mayo de 2008, C-456/07; Sent. “Pontini”, de 24 de junio de 2010, C-375/08⁶³¹; Sent. “Jipa”, de 10 de julio de 2008, C-33/07⁶³²; Sent.

⁶²⁷ El Presidente del Tribunal de Justicia decidió la vía del procedimiento acelerado mediante Auto de 4 de octubre de 2012.

La petición prejudicial se presentó en el marco de un recurso contra una sentencia de la *High Court* de Irlanda interpuesto por el parlamentario irlandés Thomas Pringle, en el litigio entre el citado demandante y el *Government of Ireland*, en el que solicita que se declare que la modificación del artículo 136 del TFUE por el artículo 1 de la Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que establece un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro, constituye una modificación ilegal del TFUE.

⁶²⁸ Autos de 23 de agosto de 2004 y 18 de marzo de 2005, que rechazan ambos la solicitud.

⁶²⁹ La desestimación se produjo mediante Auto de 23 de marzo de 2007.

⁶³⁰ Se rechaza por Auto de 15 de noviembre de 2005.

⁶³¹ Esta petición, cursada por el *Tribunale di Treviso* (Italia), se presentó en el marco de un proceso penal seguido contra el Sr. Pontini y otros, a los que se les imputan diversas infracciones penales (asociación para delinquir, así como estafa agravada y continuada), cometidas en perjuicio de la Comunidad Europea, relacionadas con la percepción, considerada indebida por la parte acusadora –*la Procura della Repubblica*- de ayudas financieras comunitarias relativas a las primas especiales por bovinos machos y a los pagos por extensificación en los años 2000 a 2004. Se trataba de saber si era preceptivo acreditar el título jurídico válido que justificaba la utilización de superficies forrajeras.

Considerando que la cuestión requiere una respuesta urgente del TJUE, teniendo en cuenta que el procedimiento penal contra los acusados se hallaba pendiente desde el año 2004 y que, entretanto, la autoridad nacional competente ha suspendido todas las ayudas comunitarias en beneficio de éstos, el órgano jurisdiccional remitente solicitó al Tribunal que el procedimiento se tramitase mediante el *procedimiento de urgencia* o, subsidiariamente, y por las mismas razones, que se tramitara mediante el *procedimiento acelerado*, denegándose finalmente ambas solicitudes.

“Plantanol”, de 10 de septiembre de 2009, C-201/08⁶³³; A. “Affatato”, de 1 de octubre de 2010, C-3/10; Sent. “Lesoochranárske zoskupenie”, de 8 de marzo de 2011, C-240/09⁶³⁴; o A. “Micsa”, de 13 de julio de 2011, C-573/10⁶³⁵.

En las Recomendaciones del Tribunal de Justicia para los casos de petición del procedimiento acelerado, al igual que para el procedimiento de urgencia, se determina que para acelerar y facilitar las comunicaciones con el órgano jurisdiccional remitente y las partes que intervienen ante él, se insta al órgano jurisdiccional a que indique la dirección electrónica, o en su caso el número de fax, que el Tribunal de Justicia podrá emplear; así como las direcciones electrónicas o, en su caso, los números de fax de los representantes de las partes del litigio⁶³⁶.

Como afirma VALENTINI a propósito de esta vía procedimental, la celeridad fue uno de los motivos por los cuales se introdujo por el Tratado de Niza el artículo 245, párrafo segundo, del TCE y el artículo 104 bis del RPTJ, aunque la misma no haya dado los frutos esperados, pues prevé la clausura anticipada del procedimiento prejudicial solo si la cuestión objeto de la controversia resulta ser manifiestamente idéntica a otra sobre la cual el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado⁶³⁷.

10.3.2.3. Procedimiento prejudicial de urgencia

El procedimiento de urgencia viene actualmente contemplado en el artículo 107 del RPTJ⁶³⁸.

⁶³² Se rechaza la tramitación por el procedimiento acelerado mediante Auto de 3 de abril de 2007.

⁶³³ Se desestima la petición de procedimiento acelerado mediante Auto de 3 de julio de 2008.

⁶³⁴ Se desestima la petición mediante Auto de 23 de octubre de 2009.

⁶³⁵ Se rechaza la tramitación por el procedimiento acelerado a través de Auto de 31 de enero de 2011.

⁶³⁶ Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, de 6 de noviembre de 2012 (DOUE, 2012/C, 338/01).

Véase también el artículo 106 del RPTJ.

⁶³⁷ VALENTINI, A., *“Commento alla sentenza C-296/08 PPU: il caso Goicoechea e il secondo rinvio pregiudiziale d’urgenza”*. Studi sull’integrazione europea, 2009. Cacucci Editore, Bari.

⁶³⁸ Según modificación operada en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de fecha 25 de septiembre de 2012 (DOUE, L 265, de 29 de septiembre de 2012).

La introducción de este último procedimiento supuso, en aras de aportar indicaciones prácticas sobre el mismo, pero sin carácter vinculante, que el Tribunal de Justicia diera a conocer una *“Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales”*, de marzo de 2008, y que completaría las ya existentes de junio de 2005, o la anterior de 1996.

Así, el Tribunal de Justicia, a través de la Nota Informativa citada, insiste en que el cauce procedimental de urgencia sólo debe solicitarse en circunstancias en las que sea absolutamente necesario que el TJUE se pronuncie sobre la remisión prejudicial en el menor plazo posible.

De este modo, el artículo 107.1 del RPTJ dice así:

“A instancia del órgano jurisdiccional remitente o, excepcionalmente, de oficio, una cuestión prejudicial en la que se planteen una o varias cuestiones relativas a las materias contempladas en el título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea podrá tramitarse mediante un procedimiento de urgencia que establezca excepciones a las disposiciones del presente Reglamento”.

La petición que pueda hacer un órgano jurisdiccional nacional para tramitar un asunto por esta vía –al igual que decíamos en el supuesto de procedimiento acelerado- ha de venir debidamente fundada, exponiendo sin ambigüedad alguna las circunstancias de Derecho y de hecho que acrediten la urgencia (artículo 107.2 del RPTJ) y, en particular, los riesgos en que se incurre si la remisión sigue el procedimiento ordinario, citando al efecto el artículo pertinente del Reglamento de Procedimiento que se refiere a la vía procedimental en cuestión⁶³⁹.

Según el artículo 108.1 del RPTJ:

Antes era el artículo 104 ter del RPTJ, con la modificación operada el 15 de enero de 2008 (DOUE 29.01.2008, L 24/39), después de haber sido propuesto por la Comisión Europea que, a su vez, recogió la petición que en este sentido formuló el propio Tribunal de Justicia, el cual presentó en septiembre de 2006 al Consejo una propuesta de modificación del propio Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

⁶³⁹ Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, de 6 de noviembre de 2012 (DOUE, 2012/C, 338/01).

“la Sala designada decidirá, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, si procede tramitar la petición de decisión prejudicial mediante el procedimiento de urgencia (...)”.

Se trata de conseguir la tramitación rápida de un asunto a través de una simplificación de las fases del procedimiento judicial, potenciándose la utilización de medios electrónicos que doten de agilidad a la expedición y comunicación de notificaciones⁶⁴⁰.

La tramitación por la vía de urgencia, según expresa el artículo 107.3 del RPTJ, puede ser solicitada por el órgano jurisdiccional nacional o, excepcionalmente, ser decidido así de oficio por el Tribunal de Justicia – como, en este último caso, sucedió con el asunto “Aguirre Zarraga”, C-491/10 PPU-.

Para decidir sin concurren las circunstancias exigibles, el Juez Ponente hace su propuesta a la Sala, oído el Abogado General, sobre la estimación o no de la solicitud del órgano jurisdiccional remitente dirigida a que la remisión prejudicial se tramite mediante el procedimiento de urgencia.

En caso de desestimación (como, p.e., sucedió en la Sent. “H.I.D.” de 31 de enero de 2013, C-175/11⁶⁴¹), la cuestión será tramitada por la vía ordinaria.

En todo caso, preceptivo es, como ha quedado dicho más arriba, que la cuestión o cuestiones planteadas se refieran a las materias contempladas en el Título V de la Tercera Parte del TFUE⁶⁴².

⁶⁴⁰ En este sentido, MASSIMO FRAGOLA, en su artículo *“Il primo rinvio pregiudiziale d’urgenza: Il Caso Rinau”* hace notar que en el asunto Rinau el pronunciamiento del Tribunal de Justicia se produjo en menos de dos meses, un tiempo impensable si hubiera sido utilizado el procedimiento ordinario.

Esta rápida tramitación, como dice A.VALENTINI (*“Op. cit.”*), garantiza, sin embargo, el derecho a una tutela judicial efectiva y el derecho a una duración racional del proceso, asegurando de este modo el respeto de los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁶⁴¹ Resolución del Tribunal de Justicia de 2 de mayo de 2011.

⁶⁴² Anteriormente a la modificación operada en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia el 23 de marzo de 2010 se hablaba de las materias contempladas en el título VI del Tratado de la Unión (artículos 29 a 42), relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal, o en el Título IV de la tercera parte del Tratado CE (artículos 61 a 69), relativo a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, incluida la cooperación judicial en materia civil.

Así, situaciones concretas que podrían dar lugar a que un órgano jurisdiccional nacional planteara una cuestión prejudicial por esta vía de urgencia sería en el caso de detención preventiva de un detenido, o bien en supuestos de patria potestad o custodia de los hijos⁶⁴³.

De entre estos últimos preceptos había que resaltar el artículo 68.1 del Tratado CE, por la remisión expresa que hacía a la cuestión prejudicial contemplada en el entonces artículo 234 del TCE.

⁶⁴³ En este sentido tenemos la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2010, C-400/10 PPU, que trata sobre la interpretación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

En el presente caso, el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada por la “*Supreme Court*” de Irlanda, ya que el hecho de que se hubiera alegado para la restitución de unos menores el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, que regula los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hizo que la Comisión Europea y el Gobierno alemán solicitasen que se declarase la inadmisibilidad de la cuestión planteada. La cuestión, sin embargo, acabó siendo admitida, dada la interrelación existente entre el Reglamento citado y el instrumento internacional mencionado (y ello aunque se reconoce por el Abogado General NILO JÄÄSKINEN –punto 39 de sus Conclusiones- que “*el Convenio de La Haya de 1980 no forma parte, como tal, del ordenamiento jurídico de la Unión y que, por tanto, el Tribunal de Justicia no es competente para interpretarlo*”).

Este asunto se suscitó en el marco de un recurso planteado ante la *Supreme Court*, de Irlanda, contra la desestimación de la *High Court*, que versaba sobre la petición que había realizado un padre de tres hijos para que se adoptase una resolución o certificación que acreditara que el traslado que había realizado la madre de los menores al Reino Unido era ilícito en el sentido del artículo 2, número 11, del Reglamento n° 2201/ 2003, y que el padre de los menores era titular de un derecho de custodia en la fecha del traslado.

Concurría la circunstancia de que el padre de los menores no había estado nunca casado con la madre de los mismos, y que no existía ninguna resolución judicial que le confiriera el derecho de custodia; dándose, además, el hecho de que, con arreglo al derecho irlandés, el padre natural de los hijos no es titular de pleno derecho de la custodia de éstos, sino que puede obtener un derecho de custodia a raíz de una resolución judicial.

Otro ejemplo de tramitación por esta vía procedimental –además de la Sent. “*Deticek*”, de 23 de diciembre de 2009, C-403/09 PPU- lo constituye la Sent. “*Povse*”, de 1 de julio de 2010, C-211/10 PPU, que se dictó en un litigio suscitado entre la Sra. Doris Povse y el Sr. Mauro Alpage, en relación con la restitución a Italia de la hija de ambos, que se hallaba en Austria con su madre, y respecto del derecho de custodia de la menor por lo que, también en este caso, se solicita una interpretación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003.

Posteriormente a las indicadas cabe reseñar la Sent. “*Aguirre Zarraga*”, de 22 de diciembre de 2010, C-491/10 PPU, cuya petición se presentó por el *Oberlandesgericht Celle* (Alemania) en el marco de un litigio entre el Sr. Aguirre Zarraga y la Sra. Pelz respecto a la restitución a España de la hija de ambos, Andrea, que en ese momento vivía en Alemania con su madre; la Sent. “*Mercredi*”, de 22 de diciembre de 2010, C-497/10 PPU, que trata sobre el derecho de custodia de una menor, Chloé, y que pretende dirimir la competencia para resolver la cuestión, esto es, si

De estimarse la concurrencia de los requisitos necesarios, la decisión, según el artículo 109 del RPTJ, se transmite inmediatamente, sin ser traducida a otras lenguas diferentes a aquella que va a ser la del procedimiento, al juez nacional, a las partes del proceso, al EM en cuestión, a la Comisión, al Consejo y al Parlamento Europeo (en el caso de que lo controvertido sea un acto emanado de los mismos).

Como estos participantes dominan la lengua del procedimiento, la fase escrita puede comenzar de inmediato, sin esperar a que la petición de decisión prejudicial se traduzca a todas las lenguas oficiales. Dichos sujetos están autorizados a depositar en un breve término, y en la lengua del procedimiento –para abreviar el tiempo que, en otro caso, conllevaría la traducción a las lenguas restantes-, las observaciones escritas que tengan por conveniente. Por consiguiente, el resto de los Estados Miembros no están autorizados a participar en la fase de depósito de las observaciones escritas, sino que podrán tomar parte en la fase oral a los efectos de que puedan exponer verbalmente las oportunas observaciones.

Lo mismo ocurre con las conclusiones del Abogado General, las cuales no serán escritas, sino que será oído por el Tribunal en la fase oral del procedimiento (artículo 112 del RPTJ).

El primer procedimiento que se tramitó por la vía de urgencia fue el que dio lugar a la Sent. “Rinau” de 11 de julio de 2008, en el asunto C-195/08 PPU, con motivo de una litis matrimonial sobre custodia de un menor; y el segundo fue el que originó la Sent. “Santesteban Goicoechea” de 12 de agosto de 2008, en el asunto C-296/08 PPU, y que tiene como trasfondo la petición a Francia por parte de España de la puesta a disposición de Santesteban Goicoechea, mediante el envío de una Orden Europea de Detención⁶⁴⁴.

la tienen los tribunales ingleses o los de Saint-Denis, en la Isla de Reunión (Francia). La *Court of Appeal (England & Wales), Civil Division*, del Reino Unido plantea la petición prejudicial, interesando al Tribunal de Justicia orientación sobre la interpretación a este respecto del Reglamento (CE) nº 2201/2003. Cabe citar igualmente, entre otras, la Sent. “Health Service Executive”, de 26 de abril de 2012, C-92/12 PPU, que se dictó con motivo del planteamiento de una cuestión prejudicial por la *High Court* (Irlanda) en relación con el acogimiento de una menor, en régimen cerrado, en un centro asistencial inglés; la Sent. “Bradbrooke”, de 9 de enero de 2015, C-498/14 PPU, sobre la atribución de la competencia por parte de un EM (Bélgica) a un tribunal especializado para examinar las cuestiones de restitución o de custodia de un menor, incluso cuando otro órgano jurisdiccional conozca ya, por otra parte, de un procedimiento sobre el fondo acerca de la responsabilidad parental sobre dicho menor.

⁶⁴⁴ También en relación con la Orden Europea de Detención y Entrega (la denominada Euroorden) y, en concreto, sobre la interpretación del artículo 27, apartados 2 a 4 de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, se dictó la Sent. “Leyman – Pustovarov”, de 1 de diciembre de 2008, C-388/08 PPU, por solicitud realizada por órgano

En este marco penal, y en relación con otro tipo de cuestiones, también se han dictado resoluciones de índole prejudicial por parte del TJUE, como ocurrió con la Sent. “El Dridi”, de 28 de abril de 2011, C-61/11 PPU, a propósito del incumplimiento por un nacional de un tercer país de una orden de expulsión, en relación con la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008; la Sent. “Vo”, de 10 de abril de 2012, C-83/12 PPU⁶⁴⁵, la cual tiene por objeto la interpretación de los artículos 21 y 34 del Reglamento (CE) n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados); la Sent. “Adil”, de 19 de julio de 2012, C-278/12 PPU, la cual versa sobre la interpretación de determinados artículos del Reglamento (CE) n° 562/06 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código Comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras⁶⁴⁶; la Sent. “G. y R.”, de 10 de septiembre de 2013, C-383/13 PPU, sobre la interpretación del artículo 15, apartado 6, de la

jurisdiccional de Finlandia respecto de Artur Leyman y Aleksei Pustovarov por un delito relacionado con estupefacientes; o la Sent. “Melvin West”, de 28 de junio de 2012, C-192/12 PPU, por solicitud realizada por el Korkein Oikeus, de Finlandia, sobre la interpretación del artículo 28, apartado 2, de la Decisión Marco mencionada (en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009), en relación con una Orden de Detención Europea dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París, con el fin de ejecutar una pena a la que fue condenado el Sr. West por el hurto de mapas cartográficos antiguos y raros; o la Sent. “F”, de 30 de mayo de 2013, C-168/13 PPU, por solicitud realizada por el *Conseil Constitutionnel* francés sobre los artículos 27, apartado 4, y 28, apartado 3, letra c) de la Decisión Marco mencionada.

⁶⁴⁵ El *Bundesgerichtshof* (Alemania) ha motivado su solicitud indicando que el Sr. Minh Khoa Vo, de nacionalidad vietnamita, condenado a una pena de prisión de cuatro años y tres meses por el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina con ánimo de lucro y en banda organizada, se halla en situación de prisión provisional de modo continuado desde el 1 de enero de 2011 y que, si el Tribunal de Justicia respondiera afirmativamente a la cuestión prejudicial, ya no sería posible procesar penalmente al Sr. Vo y, por lo tanto, su privación de libertad carecería de fundamento (aptdo. 31).

⁶⁴⁶ Dicha petición se ha presentado en el marco de un litigio en el que interviene el Sr. Adil, nacional afgano, y que ha sido objeto de una medida de internamiento, debido al carácter irregular de su situación en Países Bajos, tras haber sido detenido durante un control realizado en dicho Estado en la zona fronteriza con Alemania. Se cuestiona la legalidad del antedicho control y, por consiguiente, de la medida de internamiento.

El órgano jurisdiccional remitente motivó esta solicitud explicando que, desde su detención en los Países Bajos, el Sr. Adil se encuentra privado de libertad y que la respuesta a las cuestiones planteadas es pertinente para pronunciarse sobre la medida de internamiento (aptdo. 34).

La Sala Segunda del TJUE, mediante Auto de 11 de junio de 2012, accedió a la solicitud de tramitación por el procedimiento de urgencia.

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008⁶⁴⁷ (muy similar a la Sent. “Mahdi”, de 5 de junio de 2014, C-146/14 PPU⁶⁴⁸), o la Sent. “Spasic”, de 27 de mayo de 2014, C-129/14 PPU, sobre la interpretación del artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985⁶⁴⁹, por citar algunos casos relevantes.

Este tipo de cuestiones se resolverán por una Sala constituida por 5 jueces, designada –o designadas, si fuesen varias⁶⁵⁰- por un tiempo de un año, y que en ocasiones ha recaído en la Sala Segunda⁶⁵¹, si bien posteriormente le ha correspondido a otras Salas⁶⁵², y algún asunto se ha resuelto en Gran Sala⁶⁵³. Se puede decir, en consecuencia, que la gran mayoría de los Jueces del Tribunal han tenido la oportunidad de juzgar un asunto en el que se solicitaba la aplicación del procedimiento prejudicial de urgencia. De este modo, la Sala que tenga atribuida la competencia para conocer de este tipo de asuntos se pronuncia sin que los mismos pasen por la Reunión General del Tribunal.

⁶⁴⁷ En este caso, un tribunal holandés –el *Raad van State*, que es, propiamente, el Consejo de Estado, y que tiene funciones tanto consultivas como jurisdiccionales- planteó la cuestión en el marco de un proceso de expulsión en el que se produjo una prórroga del internamiento hasta un máximo de doce meses, concurriendo la circunstancia de que los interesados no habían sido oídos en el proceso de adopción de esa decisión de prórroga.

⁶⁴⁸ En este procedimiento se plantea, en esencia, por parte del tribunal búlgaro remitente, la duda que alberga sobre si está justificada la prórroga del internamiento del ciudadano sudanés Bashir Mohamed Ali Mahdi, el cual se encontraba en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Busmantsi (Bulgaria), por no desear aquél la vuelta a su país de origen y, en estas circunstancias, no poderle emitir la embajada de la República de Sudán la documentación de viaje correspondiente que permitiera la ejecución de la resolución de expulsión.

⁶⁴⁹ La petición, planteada por el *Oberlandesgericht Nürnberg*, se presenta con ocasión de un procedimiento penal tramitado en Alemania contra el Sr. Zoran Spasic por un delito de estafa que cometió en Italia.

⁶⁵⁰ Hasta ahora nunca se ha designado más de una Sala de 5 Jueces.

⁶⁵¹ Así fue decidido en la reunión de 12 de octubre de 2012, y para un período de un año (hasta el 6 de octubre de 2013).

⁶⁵² La Sala Tercera para el período comprendido entre el 1 de marzo de 2008 y el 6 de octubre de 2008; la Sala Segunda para el período comprendido entre el 7 de octubre de 2008 y el 6 de octubre de 2009; la nueva Sala Tercera (antes Sala Cuarta) para el período comprendido entre el 7 de octubre de 2009 y el 6 de octubre de 2010; la Sala Primera para el período comprendido entre el 7 de octubre de 2010 y el 6 de octubre de 2011; o la Sala Tercera para el período comprendido entre el 7 de octubre de 2013 y el 6 de octubre de 2014 (vid. ANEXO XVIII).

⁶⁵³ Sent. “Kadzoev-Huchbarov”, de 30 de noviembre de 2009, C-357/09 PPU; Sent. “Spasic”, de 27 de mayo de 2014, C-129/14 PPU.

Con la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2007 figuraba anexa una “Declaración”⁶⁵⁴, cuyo tenor reproducimos al considerarlo de interés para el tema objeto de estudio en este apartado:

“El Consejo solicita al Tribunal que facilite, en la nota informativa sobre la introducción de los procedimientos prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales, indicaciones útiles para dichos órganos jurisdiccionales por lo que se refiere a los casos en los que procede solicitar la aplicación del procedimiento prejudicial de urgencia, en particular debido a los breves plazos impuestos por la legislación nacional o comunitaria o por consecuencias serias para la persona de que se trate. El Consejo solicita al Tribunal que aplique el procedimiento prejudicial de urgencia en situaciones de privación de libertad.

El Consejo toma nota de la intención del Tribunal de velar, teniendo en cuenta el grado de urgencia del asunto, por que los Estados miembros dispongan, para la elaboración de posibles observaciones escritas y para la preparación de sus alegaciones, del tiempo y de las traducciones necesarias para garantizar una participación efectiva y útil en el procedimiento. El Consejo pide al Tribunal que procure que los plazos a este respecto no sean en principio inferiores a diez días hábiles, y a que adapte el procedimiento verbal a las necesidades del procedimiento de urgencia. El Consejo tiene en cuenta que el procedimiento prejudicial de urgencia debería concluirse en un plazo de tres meses.

Por último, el Consejo toma nota de la intención del Tribunal de garantizar, como para cualquier procedimiento que incoe, la transparencia en la aplicación del procedimiento prejudicial de urgencia y le ruega que presente, a más tardar tres años después de la entrada en vigor de este procedimiento, un informe —cuyos datos serán objeto de una actualización anual— sobre la aplicación del mismo y, en particular, la práctica seguida por el Tribunal en cuanto a las decisiones de poner en marcha o no el procedimiento de urgencia.”

Como consecuencia de lo anterior, el TJUE presentó al Consejo un Informe sobre la Aplicación del Procedimiento Prejudicial de Urgencia en el Tribunal de Justicia, que viene datado el 31 de enero de 2012, el cual contenía un primer balance relativo al período comprendido entre el 1 de marzo de 2008 y el 6 de octubre de 2011.

⁶⁵⁴ DOUE, L 24, de 29 de enero de 2008, p. 44.

Según el mismo, el Tribunal informa que el término medio de resolución se encuentra en sesenta y seis (66) días⁶⁵⁵, no habiendo durado ningún procedimiento más de tres (3) meses. Este promedio, añadimos nosotros, se ha mantenido con posterioridad⁶⁵⁶.

Durante el período de referencia se han sometido al TJUE un total de 126 asuntos por esta vía, suponiendo un 11,64% del total resuelto.

De los 126 asuntos comprendidos en el ámbito de aplicación del procedimiento prejudicial de urgencia, más de la mitad (68 asuntos, es decir, un 54%) se referían a la cooperación judicial en materia civil, y dos terceras partes de estos últimos (42 asuntos) al Reglamento nº 44/2001. Diez (10) de estos asuntos se referían a la interpretación del Reglamento nº 1347/2000 y del Reglamento nº 2201/2003.

Un tercio de los 126 asuntos susceptibles de ser tramitados mediante el procedimiento de urgencia se referían a cuestiones de “visados, asilo e inmigración” (43 asuntos, es decir, un 34%); 22 de estos últimos se referían más concretamente a la Directiva 2008/115/CE⁶⁵⁷ y 14 a la Directiva 2004/83/CE⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ Sent. “Rinau”: 58 días; Sent. “Santesteban Goicoechea”: 40 días; Sent. “Leymann y Pustovarov”: 87 días; Sent. “Kadzoev-Huchbarov”: 84 días; Sent. “Deticek”: 64 días; Sent. “Povse”: 59 días; Sent. “Aguirre Zarraga”: 68 días; Sent. “Mercredi”: 65 días; Sent. “El Dridi”: 77 días.

⁶⁵⁶ Sent. “Health Service Executive”: 68 días; Sent. “West”: 65 días; Sent. “F”: 51 días; Sent. “Bradbrooke”: 60 días.

De hecho, el Informe Anual del Tribunal de Justicia del año 2013 publica que la duración de los procedimientos prejudiciales de urgencia tramitados en el año 2012 tuvieron una duración de 1,9 meses (57 días); mientras que en los años 2013 y 2014 fue de 2,2 meses (66 días).

⁶⁵⁷ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 348, de 24 de diciembre de 2008, p. 98).

⁶⁵⁸ Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (DO L 304, de 30 de septiembre de 2004, p. 12).

Finalmente, 18 de estos 126 asuntos (es decir, un 14%) se referían a la cooperación en materia penal⁶⁵⁹, y entre ellos 10 a la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la Orden Europea de Detención y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

De estos 126 asuntos, 21 iban acompañados de una solicitud de aplicación del procedimiento prejudicial de urgencia formulada por el órgano jurisdiccional nacional y a otro de ellos se le aplicó, excepcionalmente, dicho procedimiento tras haberlo solicitado así el Presidente del Tribunal de Justicia –como sucedió en el ya citado asunto “Aguirre Zarraga”-.

De estas 22 solicitudes se estimaron 12, es decir, más de la mitad (un 55%, aproximadamente), siendo 8 desestimadas, y 2 no recibieron respuesta (asuntos C-140/11, “Ngagne”; y C-156/11, “Ibrahim Music”)⁶⁶⁰.

Hay que referirse también al asunto C-105/10 PPU, “Gataev y Gataeva”⁶⁶¹, el cual se retiró por el propio órgano jurisdiccional de Finlandia que lo había planteado antes de que el Tribunal de Justicia lo resolviera; así como al asunto C-155/11 PPU, “Imran”⁶⁶², sobreesido por el TJUE al entender que, tras la comunicación efectuada por el órgano judicial nacional, la cuestión había adquirido un carácter hipotético, de mero dictamen.

De estas cifras deduce el TJUE las siguientes conclusiones:

- a) Que el número de solicitudes de aplicación del procedimiento de urgencia se ha mantenido bajo en términos absolutos, estimando improbable que ello sea debido a un desconocimiento del procedimiento, dado que las solicitudes presentadas proceden de

⁶⁵⁹ Vid. SALINAS DE FRÍAS, A., “La cooperación penal internacional y la Unión Europea: ¿Hacia un Derecho Penal Comunitario?”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXV, Valparaíso (Chile), 2004, pp. 405-415.

⁶⁶⁰ En ambos casos los órganos jurisdiccionales remitentes –la *Corte Suprema di Cassazione* y el *Tribunale di Bergamo*, respectivamente- retiraron las peticiones de decisión prejudicial después de que se dictara sentencia en el asunto C-61/11, “El Dridi”.

De este modo, mediante Auto de 29 de junio de 2011 en el asunto “Ngagne” y Auto de 21 de junio de 2011 en el asunto “Ibrahim Music”, fueron ambos archivados antes de que la Sala designada se pronunciase sobre las solicitudes de aplicación del procedimiento prejudicial de urgencia.

⁶⁶¹ Auto de 3 de abril de 2010.

⁶⁶² Auto de 10 de junio de 2011.

órganos jurisdiccionales de diversos grados y de varios Estados miembros, y

- b) Que las razones expuestas por los órganos jurisdiccionales nacionales en apoyo de sus solicitudes de aplicación del procedimiento de urgencia estaban fundadas en la mayoría de los casos, puesto que más de la mitad de estas solicitudes fueron estimadas.

Aunque el artículo 111 del RPTJ permite que se omita la fase escrita del procedimiento en casos de extrema urgencia, el Tribunal de Justicia nunca ha hecho uso de esta posibilidad.

La duración de la fase escrita del procedimiento de urgencia ha sido superior a 16 días –la media ha sido de 16,75 días-, por lo que se considera que el Tribunal de Justicia ha velado por que los Estados miembros dispongan del tiempo necesario para la elaboración de sus observaciones escritas. A este respecto, en la “Declaración” anexa a la Decisión de 20 de diciembre de 2007 a que me he referido anteriormente, el Consejo había solicitado del Tribunal que ese plazo no fuera de menos de 10 días hábiles.

La vista se ha celebrado, de media, 16 días después de la comunicación a las partes y a los interesados de las observaciones escritas presentadas, junto con la traducción de las mismas.

Un dato significativo es que la participación en la vista de Estados miembros distintos del EM del que depende el órgano jurisdiccional remitente ha sido comparativamente elevada, pues de media son tres los Estados miembros que comparecieron en la vista para formular observaciones orales, mientras que, por término medio, en un procedimiento prejudicial suele tomar parte en la vista solo un EM, además del Estado del que depende el órgano jurisdiccional remitente.

En los procedimientos prejudiciales de urgencia, el Abogado General ha formulado su opinión en un plazo medio de 3 días desde la celebración de la vista. El criterio general es el de publicación de las opiniones de los Abogados Generales presentadas por escrito, aunque cabe que la Sala que conoce del asunto pueda decidir lo contrario. De este modo todas las opiniones del Abogado General han sido publicadas, salvo una excepción⁶⁶³.

⁶⁶³ Asunto “Leymann y Pustovarov”, C-388/08 PPU.

La decisión de tramitar un procedimiento por esta vía, según el Informe al que vengo refiriéndome, suele adoptarse en aproximadamente 8 días, lo que hace que este tipo de decisiones no se motive.

Como dice FRAGOLA, sería deseable una utilización racional de esta vía procedimental -ya que la Sala Tercera (que era la competente en ese momento) se ocupa, además, de otro tipo de cuestiones, y no solo de las de urgencia- so pena de propiciar un alargamiento en el tiempo de resolución de las mismas⁶⁶⁴.

En este mismo sentido, VALENTINI espera que el buen sentido y la adecuada colaboración entre los Jueces nacionales y el Tribunal de Justicia limiten el riesgo del posible abuso de esta vía procedimental, evitando utilizarla para sustituir la vía ordinaria, precisamente para que no se vean dilatados los brevísimos plazos de resolución que vienen demostrándose en este tipo de procedimientos⁶⁶⁵.

Es por ello que la decisión de tramitación por esa vía, que compete siempre al Tribunal de Justicia, exige que la petición que se le haga venga –según se ha señalado- suficientemente motivada, exponiendo las circunstancias de Derecho que acrediten la urgencia y, en particular, los riesgos en que se incurriría si la remisión se tramitara por el procedimiento prejudicial ordinario.

10.3.3. Inadmisibilidad de la cuestión planteada

Conforme a la línea argumental antedicha, en la actualidad, y desde principios de los años noventa, se impone una doctrina mucho más rigurosa en la apreciación de la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales. Sin

⁶⁶⁴ FRAGOLA, M., (*“Il primo rinvio pregiudiziale d’urgenza: il caso Rinau”*), quien se adelanta al decir:

“Considerando i due casi (Rinai e Goicoechea) già risolti dalla Corte a pochi giorni l’uno dall’altro, non può escludersi in prospettiva un incremento dei ricorsi pregiudiziali d’urgenza da parte dei giudici nazionali che protrebbero portare all’aumento del carico di lavoro della Terza Sezione che, com’è noto, si occupa anche di altre questioni e non soltanto, come nella fattispecie, di risolvere rinvii pregiudiziali d’urgenza.

Vero è che le materie oggetto del rinvio, attesa la delicatezza delle decisioni, meritano un’attenzione particolarmente scrupolosa da parte dei giudici nazionali, nell’interesse primario delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli. Appare necessario, quindi, un utilizzo ragionevole e di buon senso della procedura, che altrimenti potrebbe, paradossalmente, dilatare i tempi del giudizio vanificando la ratio dell’intera procedura”.

⁶⁶⁵ VALENTINI, A., (*“Op. Cit”*).

embargo, hay que tener presente, ya que ello incide en la admisibilidad o no de la cuestión⁶⁶⁶, el contenido de la Nota Informativa del TJUE al respecto⁶⁶⁷ (actualmente reemplazada por las Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales -punto 22-⁶⁶⁸). En particular, que el Juez nacional está obligado a definir el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones prejudiciales o, al menos, los supuestos de hecho en los que se basan tales cuestiones, así como que el Juez nacional explicita las razones que le han llevado a plantearse la interpretación de determinadas disposiciones en concreto, así como la relación que establecía entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable al citado litigio⁶⁶⁹. Ello

⁶⁶⁶ La cuestión prejudicial puede declararse, simplemente, inadmisibile, con arreglo a lo previsto en los artículos 92, aptdo. 1, y 103, aptdo. 1, del RPTJ.

⁶⁶⁷ La Nota Informativa no contiene normas jurídicas, sino indicaciones prácticas, desprovistas de carácter obligatorio, cuya finalidad es garantizar la eficacia del procedimiento prejudicial sustentado en la colaboración del Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales.

⁶⁶⁸ DO 2012, C 338, p. 1, de fecha 6 de noviembre de 2012.

⁶⁶⁹ Sent. “Sermeš”, de 11 de julio de 1990, C-323/88; Sent. “Telemarsicabruzzo”, de 26 de enero de 1993, en los asuntos acumulados C-320/90, C-321/90 y C-322/90; A. “Banchem”, de 19 de marzo de 1993, C-157/92; A. “Monin Automobiles”, de 26 de abril de 1993, C-386/92, aptdos. 3 y 6; Sent. “Bosman”, de 15 de diciembre de 1995, C-415/93; A. “Saddik”, de 23 de marzo de 1995, C-458/93; A. “Max Mara”, de 21 de diciembre de 1995, C-307/95; A. “Bresle”, de 2 de febrero de 1996, C-257/95; A. “Banco de Fomento e Exterior”, de 13 de marzo de 1996, C-326/95; A. “Sunino”, de 20 de marzo de 1996, C-2/96; A. “Testa Italia”, de 25 de junio de 1996, C-101/96; A. “Modesti”, de 19 de julio de 1996, C-191/96; A. “Lahlou Hassan”, de 19 de julio de 1996, C-196/96; A. “Laguillaumie”, de 28 de junio de 2000, C-116/00, aptdo. 23; A. “Viacom”, de 8 de octubre de 2002, C-190/02; Sent. “Carbonati Apuani”, de 9 de septiembre de 2004, C-72/03; Sent. “Enirisorse”, de 23 de marzo de 2006, C-237/04, aptdos. 17 y 21; Sent. “Nemec”, de 9 de noviembre de 2006, C-205/05, aptdo. 26; Sent. “Placanica”, de 6 de marzo de 2007, en los asuntos acumulados C-338/04, C-359/04 y C-360/04, aptdo. 34; Sent. “Asemfo”, de 19 de abril de 2007, C-295/05, aptdo. 33; A. “Consel Gi. Emme”, de 11 de marzo de 2008, C-467/06, aptdo. 15; A. “Calestani y Lunardi”, de 13 de enero de 2010, en los asuntos acumulados C-292/09 y C-293/09; Sent. “Pontini”, de 24 de junio de 2010, C-375/08, aptdo. 51; A. “Bejan”, de 28 de octubre de 2010, C-102/10, aptdo. 50; A. “Agricola Esposito”, de 15 de diciembre de 2010, C-492/09; A. “Chihabi”, de 20 de enero de 2011, C-432/10; A. “Debiasi I” de 15 de abril de 2011, C-613/10; A. “Abdallah”, de 8 de septiembre de 2011, C-144/11; A. “Ciampaglia”, de 3 de mayo de 2012, C-185/12, aptdo. 4; A. “Ziemski y Kozak”, de 10 de octubre de 2012, C-31/12, aptdos. 5 y 6; A. “SKP”, de 8 de noviembre de 2012, C-433/11, aptdo. 23; A. “Augustus”, de 27 de noviembre de 2012, C-627/11, aptdo. 8; A. “Debiasi II”, de 13 de diciembre de 2012, C-560/11; Sent. “Mora IPR”, de 21 de febrero de 2013, C-79/12, aptdo. 35; A. “Mlamali”, de 14 de noviembre de 2013, C-257/13; A. “Herrenknecht”, de 6 de noviembre de 2014, C-366/14, aptdos. 15 y 22.

En el asunto “Asemfo”, el Tribunal de Justicia respondía a una petición prejudicial planteada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo español, inadmitiendo una de las tres cuestiones que le habían sido planteadas, y admitiendo las otras dos.

tiene transcendencia, a los efectos indicados, no solo para el propio Tribunal de Justicia, sino también para la eventual formulación de las observaciones por parte de los Estados Miembros, así como por parte de los órganos de la Unión⁶⁷⁰, conforme establece el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁷¹.

Véase la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo nº 444/2008, de 30 de enero de 2008, en el Recurso de Casación nº 548/02, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret, y que se dictó una vez el Tribunal de Justicia hubo contestado la petición prejudicial que, a propósito de este asunto, le había sido planteada por el Alto Tribunal español.

⁶⁷⁰ A. “Saddik”, de 23 de marzo de 1995, C-458/93, aptdo. 13; Sent. “Gervais”, de 7 de diciembre de 1995, C-17/94, aptdo. 19; Sent. “Gallotti”, de 12 de septiembre de 1996, en los asuntos acumulados C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 y C-157/95, aptdo. 8; A. “Anssens”, de 11 de mayo de 1999, C-325/98, aptdo. 8; Sent. “Altair Chimica”, de 11 de septiembre de 2003, C-207/01, aptdo. 25; Sent. “Enirisorse”, de 23 de marzo de 2006, C-237/04, aptdo. 18; A. “Consel Gi. Emme”, de 11 de marzo de 2008, C-467/06, aptdo. 17; Sent. “Heinrich”, de 10 de marzo de 2009, C-345/06, aptdo. 31; A. “Bejan”, C-102/10, aptdo. 49; Sent. “Schröder”, de 31 de marzo de 2011, C-450/09, aptdo. 18; Sent. “Varzim Sol”, de 16 de febrero de 2012, C-25/11, aptdo. 30; A. “Ciampaglia”, de 3 de mayo de 2012, C-185/12, aptdo. 6; Sent. “Allianz Hungária Biztosító”, de 14 de marzo de 2013, C-32/11, aptdo. 27; A. “Adiamix”, de 18 de abril de 2013, C-368/12, aptdo. 24.

⁶⁷¹ Aptdos. 24 y 26 del A. “Viacom”. En este Auto el Tribunal de Justicia declaró la inadmisibilidad de la petición prejudicial que le había sido planteada por el *Giudice di Pace di Genova-Voltri*.

Posteriormente, sin embargo, volvió a remitir una nueva petición en la que, tras realizar el oportuno análisis jurídico, resumía las conclusiones a las que había llegado, y que servían a modo de justificación del porqué de la remisión. Esta nueva petición dio lugar a la Sent. “Viacom”, de 17 de febrero de 2005, C-134/03.

En ella vuelven a ponerse de manifiesto diversas razones que llevan al Tribunal a declarar la inadmisibilidad, no de todas, pero sí de algunas de las cuestiones prejudiciales planteadas.

De este modo, el Gobierno italiano expresaba sus dudas acerca de la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial por estimar que, en particular, el contexto fáctico del asunto principal no estaba suficientemente descrito en la resolución de remisión. En sus observaciones escritas, la Comisión solicitó asimismo que se declarase la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial en su totalidad, debido a las diversas lagunas, contradicciones y ambigüedades que, a su juicio, presentaba la resolución de remisión. La Comisión afirmaba que el contexto fáctico y el régimen normativo descritos en dicha resolución eran tan oscuros que ella no estaba en disposición de sugerir al Tribunal de Justicia ninguna respuesta que abordase el fondo de las cuestiones prejudiciales (aptdo. 20).

En este sentido, hay que referirse también a la Sent. “Centro Europa 7”, de 31 de enero de 2008, C-380/05, la cual, en línea con lo mencionado anteriormente, dice en su aptdo. 54:

“A este respecto, la resolución de remisión debe indicar las razones precisas que han conducido al Juez nacional a interrogarse sobre la interpretación del Derecho comunitario y a estimar necesario plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En este contexto, es indispensable que el Juez nacional dé un mínimo de explicaciones sobre las razones de la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre estas disposiciones y la legislación nacional aplicable al litigio principal (...).”

Esta exigencia, como ha señalado alguna de la jurisprudencia citada (Sent. “Telemarsicabruzzo”⁶⁷², A. “Banhero”⁶⁷³ y A. “Monin Automobiles”⁶⁷⁴, Sent. “ASNEF-EQUIFAX”⁶⁷⁵, A. “RAI”⁶⁷⁶, A. “Investitionsbank Sachsen-Anhalt”⁶⁷⁷, A. “Acanfora”⁶⁷⁸, A. “Equitalia Nord”⁶⁷⁹), es especialmente pertinente en determinados ámbitos, como el de la Competencia, que se caracterizan por complejas situaciones de hecho y de Derecho.

Sin embargo, como refiere RUÍZ-JARABO⁶⁸⁰, la jurisprudencia Telemarsicabruzzo no se ha aplicado siempre de forma rigurosa, ya que esta exigencia de motivación es menos imperativa cuando se trata de cuestiones sobre extremos técnicos precisos que permiten al Tribunal de Justicia dar una respuesta eficaz, aunque el Juez nacional no haya presentado de forma exhaustiva la situación fáctica y jurídica, como ocurrió, p.e. con la Sent. “Vaneetveld”, de 3 de marzo de 1994, C-316/93

Por este mismo motivo se ha producido la inadmisibilidad de peticiones prejudiciales planteadas en otros casos (A. “Saddik”, de 23 de marzo de 1995, C-458/93; A. “Banhero”, de 19 de marzo de 1993, C-157/92; Sent. “Telemarsicabruzzo”, de 26 de enero de 1993, en los asuntos acumulados C-320/90, C-321/90 y C-322/90), ejemplos todos ellos de cuestiones remitidas por órganos jurisdiccionales de *Italia* –Pretura circundariale di Roma, Pretore di Genova, Pretura di Frascati, respectivamente-, o el A. “La Pyramide”, de 9 de agosto de 1994, C-378/93, a propósito de la petición realizada por el Tribunal de Comercio de Saint-Omer (*Francia*); así como, en *España*, el A. “González Alonso”, de 15 de diciembre de 2010, C-352/10, en relación con la petición planteada por la Audiencia Provincial de Oviedo; en *Rumanía*, los Autos “Anghel”, “SEMTEX” y “DRA SPEED”, de 7 de diciembre de 2010, en los asuntos C-441/10, 440/10 y 439/10, respectivamente, planteados todos ellos por la Corte de Apelación de Bacâu, en solicitud de interpretación del artículo 110 del TFUE.

⁶⁷² Apto. 7.

⁶⁷³ Apto. 5.

⁶⁷⁴ Apto. 7.

⁶⁷⁵ Sentencia de 23 de noviembre de 2006, C-238/05, apto. 23.

⁶⁷⁶ Auto de 9 de abril de 2008, C-305/07, apto. 18.

⁶⁷⁷ Auto de 17 de septiembre de 2009, asuntos acumulados C-404/08 y C-409/08, apto. 32.

⁶⁷⁸ Auto de 27 de febrero de 2014, C-181/13, apto. 14.

⁶⁷⁹ Auto de 3 de febrero de 2015, C-68/14, apto. 16.

⁶⁸⁰ RUÍZ-JARABO COLOMER, D., “*La Justicia de la Unión Europea*”. Editorial Aranzadi, Pamplona, Primera Edición, Junio de 2011, p. 168.

(Vid. también PALACIO GONZÁLEZ, J., “El Sistema Judicial Comunitario. Perspectiva institucional, reglas de procedimiento y vías de recurso”. Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, p. 267).

(apdo. 13); o cuando la resolución de remisión se inscribe en un marco fáctico y jurídico ya conocido, por haberse producido una remisión prejudicial anterior por parte de un mismo órgano y en relación a un mismo asunto, como sucedió, p.e. con la Sent. “Crispoltoni”, de 5 de octubre de 1994, asuntos acumulados C-133/93, C-300/93 y C-362/93, apdos. 18 a 20.

No incide, sin embargo, en la admisibilidad de una cuestión prejudicial y, por consiguiente, no es competente el Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre ello, cuando se trata de establecer la corrección del razonamiento de un órgano jurisdiccional al apreciar si las disposiciones nacionales cuya legalidad se discute pueden comprometer seriamente el resultado prescrito por una Directiva y, por ello, se decide remitir la cuestión al Tribunal de Justicia⁶⁸¹.

Cabría el supuesto de que la interpretación de la norma de la Unión o la determinación de su validez constituyan un “prius”, de modo que el Juez “a quo” sólo estaría en disposición de identificar los hechos que deben probarse a la luz de lo que pueda establecer la decisión prejudicial (Sent. “Charlton”, de 15 de diciembre de 1993, C-116/92⁶⁸²).

⁶⁸¹ Sent. “Inter-Environnement Wallonie”, de 18 de diciembre de 1997, C-129/96, apdos. 46 y 47; Sent. “Société fiduciaire nationale d’expertise comptable”, de 5 de abril de 2011, C-119/09, apdos. 19 y 20.

⁶⁸² En este caso, el órgano remitente –el *Manchester Crown Court* (Reino Unido)-, en relación con el Reglamento (CEE) n° 3820/85 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera, necesitaba conocer el contenido de determinados supuestos de hecho que se contenían en dicho Reglamento.

El tenor de las cuestiones prejudiciales planteadas es indicativo de ello:

“1.- Para una correcta interpretación de los apartados 1 y 2 del artículo 7, ¿crea el Reglamento períodos independientes de conducción de cuatro horas y media en total, después de los cuales o durante los cuales han de realizarse interrupciones de al menos cuarenta y cinco minutos si el conductor no inicia inmediatamente un período de descanso diario o un período de descanso semanal?”

2.- En relación con un período de conducción diario, ¿en qué momento comienza el cálculo de cuatro horas y media?”

3.- ¿Termina éste y empieza de nuevo un período de cuatro horas y media:

- a) Al cumplirse la totalidad de los cuarenta y cinco minutos de descanso, o*
- b) Al término de un total de cuatro horas y media de conducción, o*

Cabe también que el auto de remisión no contenga algunas informaciones pertinentes para la resolución del litigio principal pero que, pese a estas lagunas, el Tribunal de Justicia pueda determinar el alcance de las cuestiones prejudiciales y el contexto en el que se han planteado. Si esto, como ha ocurrido en alguna ocasión⁶⁸³, se ve acompañado de la circunstancia de que el contenido de las observaciones presentadas demuestran que la información sobre el contexto fáctico y jurídico ha de reputarse suficiente, ya que ha permitido a las partes del litigio principal y a los demás interesados pronunciarse de manera útil sobre las cuestiones planteadas, entonces el Tribunal de Justicia no ha tenido problema en admitirlas.

La consecuencia sería la inadmisibilidad de la cuestión planteada, en un supuesto en el que el Tribunal de Justicia llegara a la conclusión de que la disposición de Derecho de la Unión respecto de la que se solicita, por ejemplo, interpretación, no es aplicable al proceso principal que se está sustanciando en el órgano nacional remitente. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el A. “Mariano”, de 17 de marzo de 2009, C-217/08, en relación con una cuestión planteada por el Tribunal Ordinario de Milán⁶⁸⁴; o con el A. “Bâilâ”, de 6 de diciembre de 2010, C-377/10, a propósito de una cuestión planteada por el Tribunal de Apelación de Dolj (Rumanía) sobre la interpretación del artículo 110 del TFUE. Igualmente, este supuesto se repite en el A. “Vino”, de 11 de noviembre de 2010, C-20/10⁶⁸⁵, así como en la Sent. “Agafitei”, de 7 de julio de 2011, C- 310/10 (aptdos. 28, 33, 35 y 36)⁶⁸⁶.

c) *En un sistema continuo, en cualquier momento, cuando el conductor haya estado conduciendo durante cuatro horas y media en total y durante ese tiempo no haya realizado una interrupción de por lo menos cuarenta y cinco minutos?*

⁶⁸³ Sent. “Pedro IV”, de 2 de abril de 2009, C-260/07, aptdo. 30.

⁶⁸⁴ El aptdo. 27 de este Auto manifiesta que la situación del procedimiento principal nada tiene que ver con lo previsto en el artículo 13 del TCE, ni tampoco con la Directiva 2000/78.

⁶⁸⁵ Aptdos. 64 y 65.

⁶⁸⁶ En este caso la Corte de Apelación de Bacâu (Rumanía) presentó una cuestión prejudicial a propósito de la reclamación que habían hecho un grupo de magistrados para obtener la reparación del perjuicio que consideraban haber sufrido debido al trato discriminatorio del que supuestamente habían sido objeto en materia de retribución como consecuencia de un estatuto reservado a los fiscales. Pedían, para ello, la interpretación del artículo 15 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El Tribunal de Justicia ha afirmado que una modificación material (o sustancial) de las cuestiones prejudiciales debe considerarse incompatible con el papel que le otorga el anterior artículo 234 del TCE⁶⁸⁷.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en alguna ocasión, ha estimado admisibles cuestiones prejudiciales planteadas en términos “vagos”⁶⁸⁸.

Además, una cuestión prejudicial es perfectamente admisible aunque la Comisión haya iniciado un procedimiento por incumplimiento contra un EM en relación con la misma norma de la cual se solicita su interpretación (como sucedió en el caso de la Sent. “Niselli”, de 11 de noviembre de 2004, C-457/02, aptdo. 27⁶⁸⁹).

En otro orden de cosas, hay que destacar, como afirma PALACIO GONZÁLEZ, y con base en el principio de autonomía institucional, que “la irregularidad del auto de remisión, a la luz de la legislación procesal interna, no prejuzga la admisión a trámite de la cuestión prejudicial”⁶⁹⁰, y así lo ha entendido el Tribunal de Justicia (Sent. “De Cicco”, de 19 de diciembre de 1968, C-19/68⁶⁹¹; Sent. “Reina”, de 14 de enero de 1982, C-

El TJUE declaró inadmisibles las cuestiones prejudiciales planteadas al no tener por objeto verificar si una situación como la controvertida en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 15 de la Directiva 2000/43 y 17 de la Directiva 2000/78, sino que parten del presupuesto de que tal es el caso para solicitar una interpretación del Tribunal de Justicia, pese a que dichas normas de Derecho de la Unión no pueden aplicarse, ni directa ni indirectamente, a las circunstancias del asunto citado.

⁶⁸⁷ Sent. “Dumon y Froment”, de 16 de julio de 1998, C-235/95, aptdo. 26.

⁶⁸⁸ Sent. “Redmond”, de 29 de noviembre de 1978, C-83/78; Sent. “Dans Supermarked”, de 22 de enero de 1981, C-58/80.

⁶⁸⁹ El Tribunal de Justicia dijo que las cuestiones planteadas por el *Tribunale penale di Terni* (Italia), las cuales se referían a la interpretación de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, tenían un vínculo directo con el objeto del litigio pendiente ante este órgano jurisdiccional, y que no privaba en absoluto de objeto a dichas cuestiones prejudiciales el hecho de que se hubiera iniciado un procedimiento por incumplimiento contra la República Italiana en relación con esa misma Directiva.

⁶⁹⁰ PALACIO GONZÁLEZ, J., “*El Sistema Judicial Comunitario. Perspectiva institucional, reglas de procedimiento y vías de recurso*”. Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, p. 259.

⁶⁹¹ En este caso, el “*Landesversicherungsanstalt Schwaben*” se oponía a la admisibilidad de la cuestión planteada al Tribunal de Justicia, entre otras razones, fundándose en una supuesta incompetencia del órgano jurisdiccional nacional que había planteado la demanda prejudicial – el *Sozialgericht Augsburg*–.

65/81⁶⁹²); incluso en supuestos en los que se ponía en tela de juicio la competencia del órgano remitente para entender del asunto principal (Sent. “Dilexport”, de 9 de febrero de 1999, C-343/96; Sent. “Gozza”, de 3 de octubre de 2000, C-371/97, aptdo. 30⁶⁹³; Sent. “Radlberger”, de 14 de diciembre de 2004, C-309/02, aptdo. 26⁶⁹⁴); ello, salvo que la resolución de remisión haya sido anulada mediante un recurso previsto, en su caso, en su derecho nacional (A. “Chanel”, de 16 de junio de 1970, C-31/68⁶⁹⁵; Sent. “Balocchi”, de 20 de octubre de 1993, C-10/92, aptdos. 16 y 17).

10.4. Modos de resolución

10.4.1. El Auto

El artículo 99 del RPTJ menciona en qué casos el Tribunal de Justicia dictará Auto motivado⁶⁹⁶:

El Tribunal de Justicia desestimó la objeción planteada, toda vez que no le corresponde a éste pronunciarse sobre dicha cuestión, ya que la competencia para ello corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales.

⁶⁹² En este asunto, el “Landeskreditbank” objetaba contra la admisibilidad de la demanda prejudicial que la resolución del órgano remitente – el *Verwaltungsgericht Stuttgart*- no había sido dictada por la que debería haber sido la composición normal del tribunal, sino por una distinta.

El Tribunal de Justicia (apdo. 7) contesta diciendo que el tribunal debe atenerse a la resolución de envío emitida por un Juez de un EM, hasta que la misma no haya sido anulada como consecuencia de una eventual impugnación contemplada por el derecho nacional.

En el apartado 8 remacha esta idea, argumentando que si el Tribunal de Justicia ha sido requerido por el Juez de un EM en el sentido del artículo 177 del Tratado, es competente para resolver las cuestiones que le hayan sido sometidas, sin que sea necesario previamente establecer si la resolución de envío ha sido adoptada de modo conforme a las normas de organización judicial y procesal del derecho nacional.

⁶⁹³ El gobierno italiano alegaba que las cuestiones prejudiciales eran inadmisibles debido a que habían sido formuladas por el *Giudice istruttore del Tribunale civile e penale*, es decir, un Juez que, según las normas procesales italianas, no es competente para pronunciarse sobre el fondo del asunto (apdo. 29).

⁶⁹⁴ En este caso se alegaba por el demandado en el procedimiento principal que el competente para entender de la materia no era el *Verwaltungsgericht Stuttgart* sino el *Verwaltungsgericht Berlin* (apdo. 25).

⁶⁹⁵ Se dice que la Sentencia de 6 de mayo de 1970 del Tribunal de Apelación de La Haya ha reformado la Sentencia de 3 de diciembre de 1968, por la que se acordaba la remisión, con lo que el procedimiento ha devenido carente de objeto.

⁶⁹⁶ Véase ANEXO XXVIII.

“Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado.”

Hay varias razones por las que el Tribunal de Justicia, respecto de una cuestión prejudicial que se le ha sometido, viene obligado a emitir un Auto.

Una de ellas sería por el hecho de que haya dejado de existir litigio, p.e. por haber alcanzado las partes un acuerdo transaccional; o bien por haber quedado el procedimiento principal sin objeto, como sería el caso del desistimiento de la parte actora o del allanamiento de la demandada.

En estos casos, como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia, éste no es competente para pronunciarse⁶⁹⁷.

Es por ello que los órganos nacionales tienen la obligación de comunicar al Tribunal de Justicia la concurrencia de estas circunstancias, solicitando a éste el archivo de la petición prejudicial. En otro caso, el Tribunal de Justicia, como establece el artículo 100 del RPTJ, seguirá siendo competente hasta que el órgano jurisdiccional que le remitió la cuestión no la retire aunque, como es obvio, el Tribunal de Justicia pueda constatar en cualquier momento que ha dejado de ser competente para conocer de la petición de decisión prejudicial⁶⁹⁸. En algunos casos no se llega a explicitar la causa, sino que simplemente se retira la petición de decisión prejudicial⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ Sent. “Fratelli Pardini”, de 21 de abril de 1988, C-338/85, aptdo. 11; Sent. “Bernini”, de 26 de febrero de 1992, C-3/90, aptdo. 11; Sent. “Zabala Erasun”, de 15 de junio de 1995, asuntos acumulados C-422 a 424/93, aptdo. 30.

⁶⁹⁸ A. “Dansk Postordreforening”, de 6 de noviembre de 2003, C-169/02; A. “Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols”, de 4 de agosto de 2006, C-339/05; A. “Tedesco”, de 27 de septiembre de 2007, C-175/06; A. “AGEDI y AIE”, de 21 de enero de 2009, C-98/08; A. “Beecham Group”, de 12 de marzo de 2009, C-132/07; A. “Jansen”, de 25 de octubre de 2011, C-313/10; A. “Mesa Bertrán y Farrán Morenilla”, de 12 de enero de 2012, C-381/11.

En el asunto “Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols”, el *Landesgericht Innsbruck* (Austria) informó al Tribunal de Justicia de que las partes en el litigio principal habían acordado la suspensión perpetua (“ewiges Ruhen”) del procedimiento.

⁶⁹⁹ A. “Canadane Cheese Trading”, de 8 de agosto de 1997, C-317/95; A. “Haugsted Hansen”, de 21 de marzo de 2002, C-233/99, citados por RAITI, G., “*La collaborazione giudiziaria nell’esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*”. Giuffrè Editore. Università di Catania. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 2003, p. 253.

A efectos ilustrativos, resulta interesante aludir a la práctica española en l materia, la cual ofrece ejemplos curiosos al respecto. Así, en el A. “Cortiñas Yáñez”, de 3 de mayo de 2005, C-108/04, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, con sede en A Coruña, solicita al Tribunal de Justicia el archivo. En la Sentencia nº 659/2008 de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de 30 de abril de 2008 , en el Recurso de Suplicación nº 3999/05, de la que fue Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Cabezas Lefler.

En el A. “Méndez López”, de 15 de enero de 2008, C-97/07, el TSJ de Galicia.

En el A. “Mejnertsen”, de 7 de enero de 2009, C-148/08, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga.

En el A. “RENFE”, de 11 de enero de 2011, C-303/10, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, Sección 2, había dictado Auto de 3 de mayo de 2010, en el Recurso de Casación nº 6016/2004, del que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco, por el que acordaba plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial⁷⁰⁰.

O en el A. “Fradera Torredemer”, de 5 de febrero de 2013, C-364/12, la Audiencia Provincial de Barcelona.

Un caso particular a este respecto podría ser la Sent. “Esso Española”⁷⁰¹, en la que, pese a que al parecer el procedimiento principal había perdido su

⁷⁰⁰ Véase ANEXO XIX.

⁷⁰¹ Sentencia de 30 de noviembre de 1995, C-134/94.

En este caso, una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias, con sede en Santa Cruz, había anulado los Decretos 54/1992 y 36/91 de la Consejería de Industria, Comercio y Consumo del Gobierno de Canarias, de 23 de abril de 1992 y 14 de marzo de 1991, respectivamente.

Sin embargo, el órgano remitente, a requerimiento del Tribunal de Justicia sobre si el procedimiento que ante aquél se sustanciaba había quedado desprovisto de objeto, aquél respondió negativamente, exponiendo para ello una motivación diferente, a saber: que la sentencia anulatoria estaba pendiente de una recurso de casación ante el Tribunal Supremo; que la sentencia anulatoria no se basaba en el Derecho comunitario controvertido en el procedimiento del cual el órgano remitente estaba conociendo, y que en el caso de producirse sentencias contradictorias podría formularse recurso de unidad de doctrina ante el Tribunal Supremo (aptdo. 7).

El Abogado General Georgios COSMAS, en sus Conclusiones presentadas el 28 de septiembre de 1995, no ve clara la cuestión, pero finalmente opta por proponer al Tribunal de Justicia que

objeto, el propio órgano remitente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, mantiene las cuestiones prejudiciales que habían sido remitidas, aduciendo que *“la Sentencia que dicte el Tribunal de Justicia reviste gran trascendencia no sólo para el ámbito de las Islas Canarias, sino también para todo el territorio nacional”* (apdo. 6), lo que transmite, pese a la argumentación adicional ofrecida por el TSJ de Canarias, una idea del posible carácter hipotético de la cuestión al no existir realmente litigio.

Como hemos indicado al principio del epígrafe, otro supuesto que da lugar al dictado de un Auto es por haberse dictado anteriormente una Sentencia por el Tribunal de Justicia, la cual podría contestar la cuestión prejudicial que se le está suscitando (A. “Torres Aucejo”, de 28 de enero de 2005, C-314/04⁷⁰²; A. “Al Rima”, de 5 de febrero de 2007, C-395/06⁷⁰³; A. “Pascual García”, de 28 de noviembre de 2007, C-87/06⁷⁰⁴; A. “Flores Fanega”, de 21 de octubre de 2009, C-452/08⁷⁰⁵; A. “Entidad de Gestión de Derechos”, de 30 de noviembre de 2010, C-387/09⁷⁰⁶; A. “Saenz Morales”, de 3 de febrero de 2011, C-230/10⁷⁰⁷; A. “Gómez Cueto”, de 9 de marzo de 2011, C-517/10⁷⁰⁸; A. “Martínez Álvarez”, de 6 de agosto de 2012, C-194/11⁷⁰⁹;

se pronuncie sobre el fondo de las cuestiones prejudiciales. Y así, en el punto 13 de sus Conclusiones, dice:

“A pesar de todas estas reservas, teniendo en cuenta, primero, que, al parecer, sigue existiendo un litigio pendiente, en la medida en que no se deduce que la recurrente haya desistido de su recurso; segundo, que el órgano jurisdiccional de remisión afirma categóricamente que el procedimiento ante él pendiente no ha quedado sin objeto, y, tercero, que, según admite la jurisprudencia, el artículo 177 del Tratado no permite controlar los fundamentos de la resolución de remisión, opto por proponer al Tribunal de Justicia que se pronuncie en cuanto al fondo de las cuestiones prejudiciales”.

⁷⁰² La resolución que estimó el Tribunal de Justicia que podía servir de respuesta era la Sent. “Olaso Valero”, de 16 de diciembre de 2004, C-520/03.

⁷⁰³ Se refiere a la Sent. “SGAE”, de 7 de diciembre de 2006, C-306/05.

⁷⁰⁴ Se trata de la Sent. “Palacios de la Villa”, de 16 de octubre de 2007, C-411/05.

⁷⁰⁵ Se remite a estos efectos a la Sent. “Gómez-Limón Sánchez-Camacho”, de 16 de julio de 2009, C-537/07.

⁷⁰⁶ Se refiere a la Sent. “Padawan”, de 21 de octubre de 2010, C-467/08.

⁷⁰⁷ Se hace referencia a la Sent. “Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres”, de 22 de diciembre de 2010, en los asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09.

⁷⁰⁸ Se refiere también a la Sent. “Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres”, de 22 de diciembre de 2010, en los asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09.

⁷⁰⁹ Se trata de la Sent. “ANGED”, de 21 de junio de 2012, C-78/11.

A. “Rivas Montes”, de 7 de marzo de 2013, C-178/12⁷¹⁰; Sent. “Halaf”, de 30 de mayo de 2013, C-528/11⁷¹¹; A. “Compañía Europea de Viajeros de España”, de 4 de abril de 2014, C-592/12⁷¹²).

De este modo, con carácter previo a dictar el Auto correspondiente, y habiendo verificado también antes la presencia de elementos nuevos que puedan eventualmente justificar la nueva petición prejudicial, la Secretaría del Tribunal de Justicia envía al órgano jurisdiccional remitente copia de la sentencia que, a su juicio, podría contestar la cuestión o cuestiones formuladas, invitándole a indicar si, a la vista de dicha sentencia, desea mantener su remisión prejudicial.

El Auto, formalmente, ha de tener el contenido a que se refiere el artículo 89 del RPTJ, y será obligatorio desde el día de su notificación (artículo 91.2 del RPTJ), debiéndose publicar un anuncio en el DOUE en el que se hará constar la fecha y el fallo del mismo (artículo 92 del RPTJ)⁷¹³.

No se acaba de entender, sin embargo, por qué el Tribunal de Justicia, en estos casos, publica (o da a conocer) en su web la resolución únicamente en la lengua del órgano que ha planteado la cuestión (en el caso de que no sea el francés) y, además, en francés. Se supone que dicha resolución forma parte de la jurisprudencia del Tribunal y, por tanto, siendo del interés de todos los Estados miembros, no tiene por qué limitarse a esas dos lenguas,

⁷¹⁰ El Tribunal de Justicia dice, en el aptdo. 35, que las cuestiones planteadas pueden deducirse claramente de la jurisprudencia del tribunal, concretamente del A. “Vino I”, de 11 de noviembre de 2010 (C-20/10) y del A. “Vino II”, de 22 de junio de 2011 (C-161/11).

⁷¹¹ El Tribunal de Justicia aduce, a este respecto, el contenido de la Sent. “N.S.”, de 21 de diciembre de 2011, en los asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10.

En este caso, el tribunal remitente retiró algunas de las cuestiones inicialmente planteadas, manteniendo el resto.

⁷¹² Se remite a la Sent. “Transportes Jordi Besora”, de 27 de febrero de 2014 (C-82/12) y, en consecuencia, el TSJ de Madrid retiró su petición de decisión prejudicial.

⁷¹³ Los Autos, así como las Sentencias y los escritos procesales, se notificarán a través de e-Curia a los representantes de las partes cuando éstos hayan aceptado expresamente dicho método de notificación o bien cuando, en un asunto dado, hayan dado su conformidad a este método de notificación al presentar un escrito procesal a través de e-Curia (artículo 6 de 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).

Según el artículo 7 de la anteriormente citada Decisión del Tribunal de Justicia, los destinatarios de las notificaciones mencionadas en el artículo 6 serán avisados por correo electrónico de todas las notificaciones que se les envíen a través de e-Curia.

y debería ser traducida a todas las oficiales de la Unión, como ocurre con las sentencias.

Los errores de transcripción o de cálculo y las inexactitudes evidentes que puedan contener, al igual que ocurre con las sentencias, podrán ser rectificadas por el Tribunal, bien de oficio o bien a instancia de alguno de los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal, si la petición se formula en un plazo de dos semanas a partir de la notificación del Auto (artículo 103.1 del RPTJ), en cuyo caso el original del Auto que ordene la rectificación se unirá al original de la resolución rectificada (artículo 103.3 del RPTJ)⁷¹⁴.

10.4.2. La Sentencia

El artículo 87 del RPTJ hace referencia al contenido de la Sentencia, por lo que, centrándonos en la cuestión objeto del presente trabajo, el mismo habrá de ser el siguiente: la indicación de que ha sido dictada por el Tribunal; la designación de la formación que ha conocido del asunto; la fecha de su pronunciamiento; el nombre del Presidente y, en su caso, de los Jueces que hayan participado en las deliberaciones, indicando el Juez Ponente; el nombre del Abogado General; el nombre del Secretario; la designación de las partes o de los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto que hayan participado en el procedimiento; el nombre de sus representantes; la fecha de la vista oral; la indicación de que el Abogado General ha sido oído y, en su caso, la fecha de sus conclusiones; una exposición concisa de los hechos; los fundamentos de Derecho; y el fallo. En este último se expresará el parecer del Tribunal y, en materia de costas, se indica siempre que:

“Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los

⁷¹⁴ Esta norma procedimental tiene su correlato en los derechos nacionales de los Estados miembros. Podemos encontrar ejemplos de ello, en el caso de España: artículo 267 de la LOPJ, artículos 214 y 215 de la LEC; en Italia: artículo 287 del *Codice di Procedura Civile*; en Alemania, párrafos 319 y 320 del ZPO; en Portugal: artículos 613º y 614º del *Código de Processo Civil* (aprobado por Lei nº 41/2013, de 26 de junio).

En lo que hace a sentencias prejudiciales, el Tribunal de Justicia lo ha utilizado, por ejemplo, respecto de la Sent. “Fernández de Bobadilla”, de 8 de julio de 1999, C-234/97.

(Vid. ANDERSON, D.W.K., *“References to the European Court”*. Sweet & Maxwell, 2ª edición, Londres, 2002, p. 318).

gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso”.

Deseo destacar que, al igual que sucede con los Autos, las Sentencias aparecen estructuradas en párrafos numerados –a los que se les da el nombre de “apartados”-, lo que facilita la tarea, tanto al Tribunal -incluidos los Abogados Generales-, como a la doctrina, cuando se trata de citar el parecer, modo de pensar o jurisprudencia del Tribunal sobre algún extremo en particular.

Según el artículo 88 del RPTJ, la sentencia será pronunciada en audiencia pública.

En ocasiones, al haberse dictado sentencia por el Tribunal de Justicia en el mismo día y en un asunto idéntico (Sent. “Botzen”, de 7 de febrero de 1985, C-186/83⁷¹⁵), pese a la observación del Tribunal de Justicia al órgano remitente de que otra sentencia dictada por aquél podría contestar la cuestión prejudicial planteada, el órgano nacional ha mantenido su petición de decisión prejudicial, por lo que el Tribunal ha resuelto remitiendo a su sentencia anterior (Sent. “Mattiazzo”, de 17 de diciembre de 1987, C-422/85⁷¹⁶), cuando sería pensable que el modo de resolver debiera ser mediante Auto⁷¹⁷.

Si se me permite, y a efectos meramente prácticos, se analizará la estructura de las sentencias del Tribunal de Justicia:

⁷¹⁵ En cuyo apartado 8, y en lo que hace a la primera cuestión prejudicial que había sido planteada, el Tribunal de Justicia se remite a la Sent. “Abels”, de 7 de febrero de 1985, C-135/83.

⁷¹⁶ En este caso, el Tribunal de Justicia recordó al órgano “a quo” que ya había sido objeto de sentencia –concretamente, la Sent. “Bullo y Bonivento”, de 7 de abril de 1987, C-166/85- una cuestión planteada por la *Corte d’Appello di Venezia* relativa a la misma legislación nacional y que planteaba problemas similares a los de este asunto.

Informada de esta sentencia la *Pretura di Montagnana*, ésta hizo saber al Tribunal de Justicia que mantenía su petición de decisión prejudicial.

El Tribunal de Justicia manifestó en su sentencia que el examen de este asunto no aportaba ningún elemento nuevo al del asunto “Bullo y Bonivento”, por lo que había de remitirse a los argumentos dados con ocasión del dictado de la sentencia que resolvió la cuestión prejudicial planteada en el citado asunto.

⁷¹⁷ Como ejemplo, y con la agravante de la disparidad de fechas, me referiré a la Sent. “Rodríguez Caballero”, C-442/00; Sent. “Olaso Valero”, C-520/03; Sent. “Cordero Alonso”, C-81/05 y Sent. “Velasco Navarro”, C-246/06, en que los supuestos son sustancialmente idénticos.

a.- Síntesis de la materia sobre la que versa el asunto, con expresión de los conceptos que se tratan y el número de registro al que ha dado lugar en el Tribunal, el cual se expresa con una “C”⁷¹⁸ seguido del número y el año (p.e. C-153/11⁷¹⁹), expresándose en la cabecera la fecha de la resolución que, con un asterisco, remite al final de la sentencia, en la cual se expresa la lengua del procedimiento –que es la del órgano remitente de la cuestión, y que en nuestro ejemplo es el “búlgaro”-.

b.- La Sala del Tribunal de Justicia que dicta la Sentencia, los nombres de los Magistrados que la integran, el nombre del Abogado general, el del Secretario, y los nombres de los Agentes de los Estados miembros, así como los de las Instituciones, que hayan presentado observaciones, y los de los Abogados que representan a las partes del procedimiento principal, refiriendo igualmente si el asunto ha sido juzgado con o sin conclusiones del Abogado general, y si ha existido alguna petición de especialidad en la tramitación del procedimiento (procedimiento acelerado⁷²⁰ o procedimiento de urgencia⁷²¹)

En el caso del asunto que, a modo de ejemplo, mencionábamos más arriba (asunto “Klub”):

“EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. J.N. Cunha Rodrigues (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. A. Rosas, A. Ó Caoimh, A. Arabadjiev y C.G. Fernlund, Jueces;

Abogado General: Sra. E. Sharpston;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

– *en nombre del Gobierno búlgaro, por el Sr. T. Ivanov y la Sra. D. Drambozova, en calidad de agentes;*

⁷¹⁸ Esta letra sirve para distinguir los asuntos del Tribunal de Justicia de los que se deciden en otros tribunales de la Unión. De este modo, los asuntos del Tribunal General (antes Tribunal de Primera Instancia) se designan con la letra “T”, y los del Tribunal de la Función Pública con la letra “F”.

⁷¹⁹ Sent. “Klub”, de 22 de marzo de 2012 (vid. ANEXO XXVII).

⁷²⁰ Véase, a este particular, la Sent. “Purrucker”, de 9 de noviembre de 2010, C-296/10.

⁷²¹ Véase, a estos efectos, la Sentencia “Povse”, de 1 de julio de 2010, C-211/10 PPU.

– en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. L. Lozano Palacios y el Sr. D. Roussanov, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oída la Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia.”

c.- La mención del objeto de la petición de decisión prejudicial, esto es, las disposiciones del derecho de la Unión que ha solicitado el órgano jurisdiccional que sean interpretadas, o bien que sean objeto de declaración de validez o no por parte del Tribunal de Justicia.

En el caso del asunto que, a modo de ejemplo, me he propuesto seguir:

“La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 168, letra a), de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido”.

d.- Breve descripción del caso que se sustancia en el órgano nacional, y del cual trae causa el procedimiento ante el Tribunal de Justicia.

Que, en relación con el asunto elegido, sería:

“Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Klub OOD (en lo sucesivo, «Klub») y el Direktor na Direktsia «Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto» – Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite (Director de la Sección de «Impugnación y gestión de la ejecución» en Varna de la administración central de la agencia nacional de recaudación) relativo a una liquidación complementaria por la que se le deniega a Klub el derecho a deducir el impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, «IVA») que grava la adquisición de un apartamento”.

e.- Marco jurídico, en el cual se expresan las disposiciones del Derecho de la Unión, así como las del Derecho nacional, que tienen relevancia en la resolución del asunto.

Lo que, en este caso, se correspondería con lo siguiente, pues pasamos a exponer a continuación, de modo resumido, solo lo atinente a los apartados que correspondan.

“Marco jurídico

Derecho de la Unión

3 A tenor del artículo 9, apartado 1, de la Directiva IVA:

«Serán considerados “sujetos pasivos” quienes realicen con carácter independiente, y cualquiera que sea el lugar de realización, alguna actividad económica, cualesquiera que sean los fines o los resultados de esa actividad.»

Serán consideradas “actividades económicas” todas las actividades de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las actividades extractivas, las agrícolas y el ejercicio de profesiones liberales o asimiladas. En particular será considerada actividad económica la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.»

4 Según el artículo 26 de la Directiva IVA:

«1. Se asimilarán a las prestaciones de servicios a título oneroso las operaciones siguientes:

a) el uso de bienes afectados a una empresa para las necesidades privadas del sujeto pasivo o para las de su personal, o, más generalmente, para fines ajenos a la empresa, cuando tales bienes hubieran originado el derecho a la deducción total o parcial del IVA;

b) la prestación de servicios a título gratuito efectuada por el sujeto pasivo para sus necesidades privadas o para las de su personal o, más generalmente, para fines ajenos a su empresa.

2. Los Estados miembros podrán proceder en contra de lo dispuesto en el apartado 1 a condición de que ello no sea causa de distorsión de la competencia.»

5 El artículo 63 de la antedicha Directiva establece que *«[e]l devengo del impuesto se produce, y el impuesto se hace exigible, en el momento en que se efectúe la entrega de bienes o la prestación de servicios».*

6 A tenor del artículo 167 de la misma Directiva, *«[e]l derecho a deducir nace en el momento en que es exigible el impuesto deducible».*

7 El artículo 168 de la Directiva IVA establece:

«En la medida en que los bienes y los servicios se utilicen para las necesidades de sus operaciones gravadas, el sujeto pasivo tendrá derecho, en el Estado miembro en el que realice estas operaciones, a deducir del importe del impuesto del que es deudor los siguientes importes:

a) el IVA devengado o pagado en dicho Estado miembro por los bienes que le hayan sido o le vayan a ser entregados y por los servicios que le hayan sido o le vayan a ser prestados por otro sujeto pasivo;

[...]».

8 El artículo 273 de dicha Directiva tiene el siguiente tenor:

«Los Estados miembros podrán establecer otras obligaciones que estimen necesarias para garantizar la correcta recaudación del IVA y prevenir el fraude, siempre que respeten el principio de igualdad de trato de las operaciones interiores y de las operaciones efectuadas entre Estados miembros por sujetos pasivos, a condición que dichas obligaciones no den lugar, en los intercambios entre los Estados miembros, a formalidades relacionadas con el paso de una frontera.»

No podrá utilizarse la facultad prevista en el párrafo primero para imponer obligaciones suplementarias de facturación respecto de las fijadas en el capítulo 3.»

Derecho nacional

9 *En virtud del artículo 6, apartado 3, número 1, de la Zakon za danak varhu dobavenata stoynost (Ley del impuesto sobre el valor añadido, DV n° 63, de 4 de agosto de 2006; en lo sucesivo, «ZDDS»), se considerará entrega de bienes efectuada a título oneroso «la apropiación o la puesta a disposición de un bien para el uso personal del sujeto pasivo, del propietario, de sus trabajadores, o de terceros, siempre que se hubiese deducido el impuesto soportado total o parcialmente en el momento de su fabricación, importación o adquisición».*

10 *El artículo 12, apartado 1, de la ZDDS define operación imponible como «toda entrega de un bien o prestación de un servicio, en el sentido de los artículos 6 y 9, siempre que las lleve a cabo un sujeto pasivo con arreglo a esta Ley y que el lugar de ejecución se encuentre en territorio nacional, así como toda operación sujeta al tipo impositivo cero y efectuada por un sujeto pasivo, salvo que en esa Ley se disponga otra cosa».*

11 *El artículo 69, apartado 1, de la ZDDS dispone:*

«Cuando los bienes y servicios sean utilizados para las operaciones imponibles realizadas por una persona registrada, dicha persona estará facultada para deducir lo siguiente:

1. *el impuesto sobre los bienes o servicios que su suministrador o prestador de servicios —asimismo una persona registrada de conformidad con la presente Ley— le haya entregado o prestado o le vaya a entregar o prestar.»*

12 *El artículo 70, apartado 1, de la ZDDS precisa:*

«Aunque se reúnan los requisitos de los artículos 69 o 74, no existe derecho a deducción si:

[...]

2. *los bienes o servicios están destinados a operaciones a título gratuito o a actividades ajenas a la actividad económica del sujeto pasivo;*

[...]».

13 *A tenor del artículo 79, apartados 1 y 2, de la ZDDS:*

«(1) Una persona registrada que haya deducido total o parcialmente el IVA soportado por los bienes o servicios que ha producido, comprado, adquirido o importado y que, a continuación, los haya usado para realizar operaciones exentas del impuesto o para operaciones o actividades que no generan un derecho de deducción, estará obligado al pago de una cuota del impuesto equivalente a la cuantía del IVA deducido.

(2) Una persona registrada que haya deducido en su totalidad el IVA soportado por los bienes o servicios que ha producido, comprado, adquirido o importado y que, a continuación, los haya usado tanto para realizar operaciones que generan un derecho de deducción como para operaciones exentas del impuesto o para operaciones o actividades que no generan derecho de deducción, y que no pueda determinar qué parte de dichos bienes o servicios usa para operaciones que generan un derecho de deducción y qué parte para operaciones que no lo generan, estará obligada al pago de una cuota del impuesto calculada con arreglo al apartado 7.»

14 El artículo 79, apartado 7, de la ZDDS contiene las fórmulas de cálculo del impuesto adeudado en aplicación de los supuestos contemplados en el apartado 2 de esa misma disposición.

15 El artículo 38, apartado 3, de la Zakon za ustroystvo na teritoriyata (Ley de ordenación del territorio, DV n° 1, de 2 de enero de 2001; en lo sucesivo, «ZUT») establece:

«En un inmueble de uso residencial en régimen de copropiedad, estará permitido reformar y modificar la afectación de un local de habitación o de una vivienda independiente para hacer un gabinete médico, una oficina o un taller de creación individual, permitiendo a personas ajenas acceder al inmueble, siempre que los locales se encuentren en la planta baja o en el sótano, que su reforma cumpla las prescripciones sanitarias, de higiene, de prevención de incendios y otras prescripciones técnicas, y se cuente con el acuerdo expreso, por escrito y certificado ante notario, del conjunto de propietarios de las viviendas contiguas a los locales de que se trate. Con carácter excepcional, se podrá autorizar el acondicionamiento de los mencionados locales en otras plantas por encima de la superficie de la tierra únicamente sobre la base de una decisión de la asamblea general de copropietarios, adoptada con arreglo al procedimiento previsto a este efecto, y con el acuerdo expreso, por escrito y certificado ante notario, del conjunto de propietarios de las viviendas contiguas a los locales de que se trate.»

16 El artículo 177, apartado 1, de la ZUT dispone:

«Tras la terminación de las obras y, en su caso, la finalización de los controles previos a su recepción, el promotor solicitará el registro del inicio de explotación del bien ante la autoridad que expidió el permiso de construcción y presentará al mismo tiempo el informe final previsto en el artículo 168, apartado 6, los contratos celebrados con las empresas de explotación con vistas a la conexión a las redes de la infraestructura técnica, así como un documento de la agencia de geodesia, cartografía y catastro que certifique el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 175, apartado 5.»

17 Según el artículo 177, apartado 3, de la ZUT:

«En un plazo de 7 días a partir de la recepción de la solicitud, la autoridad que emitió el permiso de construcción registrará, tras asegurarse de que la documentación está completa, el inicio de explotación de la obra y expedirá un permiso de inicio de explotación.»

18 Del artículo 178, apartado 1, de la ZUT se desprende que la utilización, total o parcial, de la obra estará prohibida antes de que la autoridad competente haya autorizado su explotación en virtud del artículo 177 de la misma Ley”.

f.- A continuación, en un apartado que suele intitularse “litigio principal y cuestiones prejudiciales”, se hace mención al recorrido que ha tenido el litigio por el sistema jurisdiccional nacional en cuestión, haciendo referencia a las pretensiones de las partes, así como a lo resuelto por las instancias judiciales previas, hasta llegar al órgano jurisdiccional que decide plantear la cuestión prejudicial, exponiendo el tenor de la cuestión o, eventualmente, de las cuestiones que finalmente éste remite al Tribunal de Justicia.

También consta en este apartado, cuando es el caso, si se acuerda la acumulación de asuntos, y a qué efectos se hace (fase escrita, fase oral, sentencia, o bien a todos los efectos anteriormente citados⁷²²).

Siguiendo con el asunto “Klub”:

“19 La actividad de Klub consiste en la explotación de un hotel en Varna, que es una estación balnearia búlgara.

20 En mayo de 2009, esta sociedad adquirió un dúplex, destinado a uso residencial en Sofía. El IVA relativo a esta adquisición fue deducido, pero no se transmitió a los servicios tributarios ninguna declaración tributaria relativa al pago de los impuestos locales por lo que respecta a dicho apartamento.

21 Klub no modificó la afectación de ese inmueble ni abrió ninguna cuenta a su nombre para el suministro de agua y electricidad.

22 Las autoridades tributarias dedujeron de ello que el apartamento de que se trata en el litigio principal estaba destinado a uso residencial y no a uso profesional. Al estimar que ese apartamento no se utilizaba para la actividad de la empresa, dichas autoridades consideraron que su adquisición no había generado un derecho a deducir el IVA soportado y, por consiguiente, emitieron una liquidación complementaria dirigida a Klub.

⁷²² A título meramente ejemplificativo, de los numerosísimos que podrían citarse, valga el ejemplo de la Sent. “Boxus y Roua”, de 18 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-128/09 a C-131/09, C-134/09 y C-135/09, aptdo. 20; o el de la Sent. “Bero y Bouzalmate”, de 17 de julio de 2014, asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13, aptdo. 23.

23 Klub impugnó esta liquidación complementaria ante el Director na Direksia «Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto» – Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite, que confirmó dicha liquidación.

24 La demandante en el litigio principal interpuso un recurso ante el Administrativen sad Varna (Tribunal de lo contencioso-administrativo de Varna).

25 Ante este órgano jurisdiccional, Klub sostiene que el inmueble de que se trata en el litigio principal está destinado a uso profesional, ya que tiene la intención de utilizarlo para celebrar reuniones de negociación con los operadores turísticos.

26 Posteriormente, se presentó una declaración tributaria en concepto de impuestos locales que mencionaba la utilización de ese apartamento como local profesional.

27 Las autoridades tributarias estiman que Klub no ha demostrado que, en el momento de la inspección fiscal, el referido apartamento se utilizase con fines profesionales, ni que en el futuro fuese a utilizarse con esos fines.

28 En el marco del procedimiento principal se presentó un escrito del ayuntamiento de Sofía en el que se indicaba que este último no disponía de ninguna información relativa a una eventual solicitud de expedición de un certificado de inicio de explotación del antedicho apartamento.

29 Según el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 70, apartado 1, número 2, de la ZDDS ha sido objeto de interpretaciones divergentes por parte del Varhoven administrativen sad (Tribunal Supremo de lo contencioso-administrativo).

30 Una parte de la jurisprudencia admite que los sujetos pasivos pueden deducir el IVA soportado al adquirir un inmueble, por considerar o bien que sólo es posible determinar la afectación de este bien después del comienzo de su explotación, o bien que las actividades profesionales del sujeto pasivo comprenden también las prestaciones futuras.

31 Otra parte de la jurisprudencia considera que, para poder acogerse al derecho a la deducción del IVA relativo a la adquisición de un inmueble que aún no ha sido objeto de explotación, el sujeto pasivo deberá probar que el bien ha sido utilizado para fines relacionados con su actividad económica con anterioridad a la inspección fiscal.

32 El órgano jurisdiccional remitente cree que esta última interpretación literal del Derecho nacional es contraria a los principios del Derecho de la Unión que regulan el nacimiento del derecho a la deducción del IVA soportado por la adquisición de bienes de inversión.

33 En estas circunstancias, el Administrativen sad Varna decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 168, letra a), de la Directiva [IVA] en el sentido de que, una vez que el sujeto pasivo ha hecho uso de su derecho de opción y ha incluido un inmueble, que constituye un bien de inversión, en el patrimonio empresarial, ha de presumirse (es decir, ha de asumirse, hasta que se pruebe lo contrario) que dicho bien

se utiliza para las necesidades de las operaciones sujetas al impuesto realizadas por el sujeto pasivo?

2) *¿Debe interpretarse el artículo 168, letra a), de la Directiva [IVA] en el sentido de que, en caso de compra de un inmueble que se incluye en el patrimonio empresarial de un sujeto pasivo, el derecho de deducción se genera inmediatamente en el período impositivo en el que el impuesto se hace exigible, y ello con independencia de que el inmueble no pueda utilizarse debido a la falta de la autorización de explotación prevista legalmente con carácter obligatorio?*

3) *¿Es conforme con la Directiva y con la jurisprudencia que la interpreta una práctica administrativa como la de la Natsionalna agentsia za prihodite [Agencia nacional de recaudación], conforme a la cual se deniega la deducción del IVA practicada por sujetos pasivos, en el sentido de la [ZDDS], por bienes de inversión adquiridos por ellos debido a que dichos bienes se destinan a las necesidades privadas de los propietarios de las sociedades, sin que se exija el IVA por ese uso?*

4) *En un supuesto como el del litigio principal, ¿tiene la sociedad —la demandante— un derecho de deducción por la compra de un inmueble —un dúplex en Sofía—?»*

g.- Si se ha planteado que el procedimiento se tramite por alguna vía especial (que no es, sin embargo, el caso de la Sentencia que venimos analizando), el Tribunal hace referencia a ello con una rúbrica “ad hoc” – “Procedimiento ante el Tribunal de Justicia”⁷²³ o “Sobre el procedimiento de urgencia”⁷²⁴-, en la que expresa las razones aducidas por el órgano remitente para esa petición, así como la resolución, en forma de Auto, adoptada al efecto por el Tribunal.

También puede pronunciarse, si así se hubiera solicitado, y antes de entrar en la resolución de las cuestiones planteadas, lo que no es el caso del ejemplo antes mencionado, sobre la reapertura de la fase oral⁷²⁵, o sobre cualquier otra cuestión (petición de aclaraciones al órgano remitente⁷²⁶, petición de que las partes de otro procedimiento pendiente ante el Tribunal de Justicia presenten observaciones⁷²⁷, etc.).

⁷²³ Sent. “Purrucker”, C-296/10, aptdos. 52 y 53.

⁷²⁴ Sent. “Povse”, C-211/10 PPU, aptdos. 35 y 36.

⁷²⁵ Sent. “Novartis Pharma”, de 11 de abril de 2013, C-535/11, aptdos. 29 a 32; Sent. “Carratù”, de 12 de diciembre de 2013, C-361/12, aptdos. 17 a 21.

⁷²⁶ Sent. “Carratù”, C-361/12, aptdos. 17 a 21.

⁷²⁷ Sent. “Carratù”, C-361/12, aptdos. 17 a 21 (refiriéndose al asunto “D’Aniello”, C-89/13).

h.- En un apartado que viene denominándose “Sobre las cuestiones prejudiciales”, el Tribunal de Justicia resuelve las cuestiones que le han sido sometidas, lo que puede hacer una a una, o bien agrupando para su respuesta varias de las cuestiones, o incluso dejando sin respuesta alguna de ellas, si considera que por la vinculación que tiene con alguna de las anteriores, la respuesta dada a las mismas hace innecesario pronunciarse sobre ésta. También podría declararse incompetente, por la razón que aduzca, para no responder a una cuestión.

Es por eso que, en este apartado, pueden abordarse cuestiones de competencia, así como realizar el Tribunal consideraciones u observaciones preliminares⁷²⁸ y pronunciarse sobre la admisibilidad de alguna cuestión⁷²⁹ (contestando de este modo a las observaciones que, en este sentido, hayan podido hacerse por los Estados miembros⁷³⁰, las Instituciones de la Unión⁷³¹ o las partes del procedimiento principal⁷³²), o incluso sobre la admisibilidad de las Observaciones presentadas (p.e. por alguna Institución de la Unión⁷³³).

⁷²⁸ Sent. “Watts”, de 16 de mayo de 2006, C-372/04, aptdos. 43 a 50; Sent. “Fuss”, de 25 de noviembre de 2010, C-429/09, aptdos. 31 a 41; Sent. “Oberto y O’Leary”, de 11 de marzo de 2015, C-464/13 y C-465/13, aptdos. 32 a 38.

⁷²⁹ Sent. “Etimine”, de 21 de julio de 2011, C-15/10, aptdos. 56 y 57; Sent. “Génesis”, de 22 de marzo de 2012, C-190/10, aptdos. 24 a 28.

⁷³⁰ Sent. “Acoset”, de 15 de octubre de 2009, C-196/08, aptdos. 29 a 35 (*Austria*); Sent. “Zurita García y Choque Cabrera”, de 22 de octubre de 2009, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08, aptdos. 31 a 41 (*España*); Sent. “Kyrian”, de 14 de enero de 2010, C-233/08, aptdos. 51 y 52 (*República Checa*); Sent. “Stoss”, de 8 de septiembre de 2010, asuntos acumulados C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 y C-410/07, aptdos. 50 a 54 (*Italia*); Sent. “Jakubowska”, de 2 de diciembre de 2010, C-225/09, aptdos. 22 a 46 (*Irlanda, Austria y Hungría*); Sent. “Schröder”, de 31 de marzo de 2011, C-450/09, aptdos. 16 a 22 (*Alemania*); Sent. “Landtová”, de 22 de junio de 2011, C-399/09, aptdos. 26 a 30 (*Eslovaquia*); Sent. “Gueye”, de 15 de septiembre de 2011, asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10, aptdos. 34 a 45 (*España e Italia*); Sent. “Boxus y Roua”, de 18 de octubre de 2011, en los asuntos acumulados C-128/09 a C-131/09, C-134/09 y C-135/09, aptdos. 21 a 34 (*Bélgica*); Sent. “Varzim Sol”, de 16 de febrero de 2012, C-25/11, aptdos. 21 a 34 (*Portugal*); o Sent. “Arslan”, de 30 de mayo de 2013, C-534/11, aptdos. 32 a 39 (*Francia*), entre otros.

⁷³¹ Sent. “Nickel Institute”, de 21 de julio de 2011, C-14/10, aptdos. 55 y 56 (*Comisión*); Sent. “McDonagh”, de 31 de enero de 2013, C-12/11, aptdos. 18 a 25 (*Consejo de la Unión Europea*).

⁷³² Sent. “Amurta”, de 8 de noviembre de 2007, C-379/05, aptdos. 63 a 67; Sent. “Eurawasser”, de 10 de septiembre de 2009, C-206/08, aptdos. 27 a 36; Sent. “Stichting Natuur en Milieu”, de 26 de mayo de 2011, asuntos acumulados C-165/09 a C-167/09, aptdos. 44 a 53; Sent. “Rohm Semiconductor”, de 20 de noviembre de 2014, C-666/13, aptdos. 36 a 42.

⁷³³ Sent. “Marra”, de 21 de octubre de 2008, asuntos acumulados C-200/07 y C-201/07, aptdos. 21 a 23 (respecto de las presentadas por el *Parlamento Europeo*).

Lo que, a los efectos del asunto “Klub”, supuso como respuesta:

“Sobre las cuestiones prejudiciales primera a tercera

34 *Mediante sus cuestiones primera a tercera, que es preciso examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 168, letra a), de la Directiva IVA debe interpretarse en el sentido de que el derecho a deducir el IVA soportado por la adquisición de un inmueble, que constituye un bien de inversión incluido en el patrimonio empresarial, se genera en el período impositivo en el que el impuesto se hace exigible, con independencia de que el antedicho bien no haya sido inmediatamente utilizado con fines profesionales. Correlativamente, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si puede denegarse a un sujeto pasivo el derecho a deducir el IVA soportado por la adquisición de un bien de inversión alegando que dicho bien se destina a necesidades privadas.*

35 *Con carácter preliminar, procede recordar que el régimen de deducciones establecido en la Directiva IVA tiene por objeto liberar completamente al empresario del peso del IVA devengado o pagado en el marco de todas sus actividades económicas. Así, el sistema común del IVA pretende garantizar la perfecta neutralidad con respecto a la carga fiscal de todas las actividades económicas, cualesquiera que sean los fines o los resultados de las mismas, a condición de que dichas actividades estén a su vez, en principio, sujetas al IVA (véanse, en especial, las sentencias de 14 de febrero de 1985, Rompelman, 268/83, Rec. p. 655, apartado 19, y de 16 de febrero de 2012, Eon Aset Menidjmont, C-118/11, apartado 43).*

36 *Del artículo 168 de la Directiva IVA resulta que, en la medida en que el sujeto pasivo, actuando como tal en el momento en que adquiere un bien, utilice el bien para las necesidades de sus operaciones gravadas, podrá deducir el IVA devengado o pagado por dicho bien (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de julio de 1991, Lennartz, C-97/90, Rec. p. I-3795, apartado 8, y de 21 de abril de 2005, HE, C-25/03, Rec. p. I-3123, apartado 43). Con arreglo a los artículos 63 y 167 de la Directiva IVA, este derecho a deducir nace en el momento en que es exigible el impuesto deducible, es decir, en el momento de la entrega de los bienes (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de junio de 2005, Waterschap Zeeuws Vlaanderen, C-378/02, Rec. p. I-4685, apartado 31).*

37 *En cambio, cuando el sujeto pasivo no utilice el bien en las actividades económicas a que se refiere el artículo 9, apartado 1, párrafo segundo, de la misma Directiva, sino para su consumo privado, no puede nacer ningún derecho a deducir (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Lennartz, apartado 9, y HE, apartado 43).*

38 *En el caso de una operación consistente en la adquisición de un bien de inversión destinado, en parte, a un uso privado y, en parte, a un uso profesional, el sujeto pasivo puede optar por incluirlo íntegramente en el patrimonio empresarial (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de octubre de 1995, Armbrrecht, C-291/92, Rec. p. I-2775, apartado 20, y de 14 de julio de 2005, Charles y Charles Tijmens, C-434/03, Rec. p. I-7037, apartado 23, y jurisprudencia citada). En principio, el IVA soportado por la adquisición de ese bien es, por tanto, deducible íntegramente. En estas circunstancias, cuando un bien de inversión afectado a la empresa haya originado el derecho a la*

deducción total o parcial del IVA soportado, su utilización para las necesidades privadas del sujeto pasivo o de su personal o para fines ajenos a su empresa se asimilará a una prestación de servicios a título oneroso con arreglo al artículo 26, apartado 1, de la Directiva IVA (véanse las sentencias Charles y Charles-Tijmens, antes citada, apartados 24 y 25 y la jurisprudencia citada; de 23 de abril de 2009, Puffer, C-460/07, Rec. p. I-3251, apartado 41, y Eon Aset Menidjmont, antes citada, apartado 54).

39 Así, la adquisición de un bien por un sujeto pasivo que actúe como tal es lo que determina la aplicación del sistema del IVA y, por ende, del mecanismo de deducción (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Lennartz, apartado 15, y Eon Aset Menidjmont, apartado 57).

40 Un sujeto pasivo actúa como tal cuando opera en el contexto de su actividad económica en el sentido del artículo 9, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva IVA (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de marzo de 2001, Bakcsi, C-415/98, Rec. p. I-1831, apartado 29).

41 La cuestión de si un sujeto pasivo actúa como tal es una cuestión de hecho que deberá apreciarse teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, entre las que se incluyen la naturaleza del bien de que se trate y el período transcurrido entre la adquisición de éste y su utilización para las actividades económicas de dicho sujeto pasivo (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Bakcsi, apartado 29, y Eon Aset Menidjmont, apartado 58). Asimismo, podrá tomarse en consideración si se han llevado a cabo gestiones dirigidas a realizar las reformas y obtener las autorizaciones que se precisan para el uso profesional del bien como las que se mencionan en el artículo 38, apartado 3, de la ZUT.

42 Según el Tribunal de Justicia, si se denegara al sujeto pasivo la deducción del IVA soportado en relación con utilizations profesionales posteriores gravadas, pese a la intención inicial del sujeto pasivo de afectar el bien en cuestión en su totalidad a su empresa, con vistas a futuras operaciones, éste no podría ser liberado completamente del impuesto correspondiente al bien utilizado para las necesidades de su actividad económica y la imposición de sus actividades profesionales daría lugar a una doble imposición contraria al principio de neutralidad fiscal inherente al sistema común del IVA (véase, en este sentido, la Sent. Puffer, antes citada, apartados 45 y 46).

43 El principio de neutralidad del IVA en lo que respecta a la carga fiscal de la empresa exige que los gastos de inversión efectuados para las necesidades y fines de una empresa sean considerados como actividades económicas que dan lugar a un derecho inmediato a la deducción del IVA soportado (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Rompelman, apartado 22, y Puffer, apartado 47).

44 Por tanto, un particular que adquiere bienes para las necesidades de una actividad económica en el sentido del artículo 9, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva IVA lo hace como sujeto pasivo, aunque los bienes no se utilicen de inmediato para esas actividades económicas (véase, en este sentido, la Sent. Lennartz, antes citada, apartado 14).

45 *Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si, en el litigio principal, Klub efectivamente adquirió el bien inmueble de que se trata para las necesidades de su actividad económica. En ese caso, dicha sociedad podrá deducir íntegra e inmediatamente el IVA correspondiente al bien incluido totalmente en el patrimonio de su empresa aunque ese bien no sea utilizado inmediatamente para las necesidades de su actividad económica.*

46 *Debe añadirse que, a falta de circunstancias fraudulentas o abusivas, y sin perjuicio de las regularizaciones que eventualmente procedan con arreglo a los requisitos previstos en la Directiva IVA, el derecho a deducir, una vez nacido, sigue existiendo (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de junio de 2000, Breitsohl, C-400/98, Rec. p. I-4321, apartado 41, y de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, Rec. p. I-1609, apartado 84).*

47 *A este respecto, tal como ha declarado el Tribunal de Justicia, cuando el sujeto pasivo, por circunstancias ajenas a su voluntad, no haya podido utilizar los bienes o servicios que dieron lugar a deducción en el marco de operaciones sujetas al impuesto, el derecho a deducir sigue existiendo, ya que en tal supuesto no existe ningún riesgo de fraude o de abuso que pueda justificar una devolución posterior de las cantidades deducidas (sentencia de 8 de junio de 2000, Schloßstrasse, C-396/98, Rec. p. I-4279, apartado 42).*

48 *En cambio, en las situaciones de abuso o de fraude en las que el sujeto pasivo ha fingido querer ejercer una actividad económica concreta, pero en realidad ha pretendido incorporar a su patrimonio privado bienes que pueden ser objeto de deducción, la Administración Tributaria puede solicitar, con efecto retroactivo, la devolución de las cantidades deducidas, puesto que tales deducciones se concedieron basándose en declaraciones falsas (véase la Sent. Schloßstrasse, antes citada, apartado 40 y jurisprudencia citada).*

49 *Es preciso recordar que la constatación de que existe una práctica abusiva está supeditada al cumplimiento de dos requisitos. Por una parte, las operaciones de que se trate, a pesar de la aplicación formal de los requisitos establecidos en las disposiciones relevantes de la Directiva IVA y de la legislación nacional por la que se adapte el Derecho interno a esta Directiva, deben tener como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sea contraria al objetivo perseguido por tales disposiciones. Por otra parte, de un conjunto de elementos objetivos también debe resultar que la finalidad esencial de la operación de que se trate consista en obtener una ventaja fiscal (véase, en este sentido, la Sent. Halifax y otros, antes citada, apartados 74 y 75).*

50 *Las medidas que los Estados miembros están facultados para adoptar en virtud del artículo 273 de la Directiva 2006/112, a fin de garantizar la correcta recaudación del impuesto y prevenir el fraude, no deben ir más allá de lo que sea necesario para alcanzar tales objetivos ni deben cuestionar la neutralidad del IVA (véase la sentencia de 21 de octubre de 2010, Nidera Handelscompagnie, C-385/09, Rec. p. I-10385, apartado 49).*

51 *En el caso de autos, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si, a la luz de elementos objetivos, se ha demostrado la existencia de una práctica fraudulenta tal como se define en el apartado 49 de la presente sentencia.*

52 *De lo anterior se desprende que el artículo 168, letra a), de la Directiva IVA debe interpretarse en el sentido de que un sujeto pasivo que ha adquirido un bien de inversión actuando como tal y lo ha incluido en el patrimonio empresarial tiene derecho a deducir el IVA que grava la adquisición de dicho bien en el período impositivo en el que el impuesto se hace exigible, y ello con independencia de que el antedicho bien no haya sido utilizado inmediatamente con fines profesionales. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si el sujeto pasivo ha adquirido el bien de inversión para las necesidades de su actividad económica y apreciar, en su caso, la existencia de una práctica fraudulenta.*

Sobre la cuarta cuestión

53 *Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, en un supuesto como el del litigio principal, la demandante tiene un derecho de deducción por la compra de un inmueble en Sofía.*

54 *Procede recordar que, en el marco del artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia no está facultado para aplicar las normas del Derecho de la Unión a un caso determinado, sino sólo para interpretar los Tratados y los actos adoptados por las instituciones de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de mayo de 2001, *Veedfald*, C-203/99, Rec. p. I-3569, apartado 31, y de 10 de julio de 2008, *Feryn*, C-54/07, Rec. p. I-5187, apartado 19).*

55 *En el caso de autos, mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que efectúe una aplicación directa del artículo 168 de la Directiva IVA a los hechos de que se trata en el litigio principal, a pesar de que corresponde al órgano jurisdiccional nacional dirimir dicho litigio basándose, en su caso, en la respuesta dada a las otras cuestiones prejudiciales.*

56 *Por consiguiente, el Tribunal de Justicia no es competente para responder a la cuarta cuestión”.*

i.- Eventualmente, el Tribunal de Justicia, si así ha sido solicitado (lo que no es el caso de la Sentencia que he tomado como ejemplo), puede pronunciarse sobre la limitación de los efectos de la Sentencia con una rúbrica del siguiente tenor: “Sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la respuesta del Tribunal de Justicia”⁷³⁴, o “Sobre la limitación de los efectos en el tiempo de la presente sentencia”⁷³⁵ o “Sobre los efectos en el tiempo de la declaración prejudicial de invalidez”⁷³⁶.

⁷³⁴ Sent. “Redlihs”, de 19 de julio de 2012, C-263/11, aptdos. 56 a 65.

⁷³⁵ Sent. “Griesmar”, de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, aptdos. 70 a 78; Sent. “Vent De Colère”, de 19 de diciembre de 2013, C-262/12, aptdos. 38 a 44; Sent. “Transportes Jordi

j.- A continuación, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre las costas, haciéndolo siempre del mismo modo:

“57 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso”.

k.- Finalmente, la Sentencia concluye con una recapitulación de las respuestas que ha dado, las cuales aparecen consignadas en “negrita”.

“En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 168, letra a), de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, debe interpretarse en el sentido de que un sujeto pasivo que ha adquirido un bien de inversión actuando como tal y lo ha incluido en el patrimonio empresarial tiene derecho a deducir el impuesto sobre el valor añadido que grava la adquisición de dicho bien en el período impositivo en el que el impuesto se hace exigible, y ello con independencia de que el antedicho bien no haya sido utilizado inmediatamente con fines profesionales. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si el sujeto pasivo ha adquirido el bien de inversión para las necesidades de su actividad económica y apreciar, en su caso, la existencia de una práctica fraudulenta”.

10.5. Efectos de la Sentencia del Tribunal de Justicia

10.5.1. Efectos temporales

La interpretación que hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión lo es a través de una sentencia que, en todo caso, no tiene un valor constitutivo sino declarativo (Sent. “Richardson”, de 19 de octubre de 1995, C-137/94, aptdo. 33) –pues declarativa es la naturaleza de la mayoría de las sentencias del TJ⁷³⁷–, lo que hace que la sentencia tenga un efecto retroactivo o “ex tunc”⁷³⁸, es decir, tal como dicha norma debió ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor⁷³⁹.

Besora”, de 27 de febrero de 2014, C-82/12, aptdos. 37 a 50; Sent. “Liivimaa Lihaveis”, de 17 de septiembre de 2014, C-562/12, aptdos. 77 a 86.

⁷³⁶ Sent. “Feakins”, de 6 de noviembre de 2014, C-335/13, aptdos. 63 a 67.

⁷³⁷ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “La eficacia de las Sentencias dictadas por el TJCE”. Editorial Aranzadi, 2004, pp. 70-71.

⁷³⁸ PEERBUX-BEAUGENDRE, Z., “Une administration ne peut invoquer le principe de la force de chose définitivement jugée pour refuser de réexaminer une décision dont une interprétation préjudicielle ultérieure a révélé la contrariété avec le droit communautaire. Commentaire de l’arrêt de la CJCE du 13 janvier 2004”. Revue du Droit de l’Union

De esto resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el Juez nacional incluso a relaciones jurídicas nacidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, siempre y cuando se reúnan los requisitos necesarios para someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma⁷⁴⁰.

Otra cuestión sería si, aun considerando el principio general de seguridad jurídica reconocido por el Derecho de la Unión, esta obligación se impondría a pesar de la firmeza de una resolución administrativa adquirida antes de que se solicite su revisión para que se tome en consideración una sentencia del Tribunal de Justicia que se pronuncia sobre una cuestión prejudicial de interpretación.

En este sentido, el Tribunal de Justicia -en su Sent. “Kühne & Heitz”, de 13 de enero de 2004, C-453/00, aptdo. 28 - establece que el principio de cooperación derivado del antiguo artículo 10 TCE obliga a un órgano administrativo ante el que se presenta una solicitud en este sentido a examinar de nuevo una resolución administrativa firme para tomar en consideración la interpretación de la disposición pertinente del Derecho de la UE efectuada entre tanto por el Tribunal de Justicia⁷⁴¹ cuando:

Européenne, n° 3/ 2004, pp. 561 y 564; WALDHOFF, Chr., “Recent Developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ”. Common Market Law Review, volume 46, 2009, Wolters Kluwer, pp. 183-184; HINOJO ROJAS, M., “La garantía judicial del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea”, en “Curso de Derecho de la Unión Europea”, en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.; CASADO RAIGÓN, R., (et al.). Tecnos, Segunda Edición, 2014, p. 309.

⁷³⁹ Sent. “Denkavit”, de 27 de marzo de 1980, C-61/79, aptdo. 16; Sent. “Ariete”, de 10 julio de 1980, C-811/79, aptdo. 6; Sent. “MIRECO”, de 10 de julio de 1980, C-826/79, aptdo. 7; Sent. “Barra”, de 2 de febrero de 1988, C-309/85, aptdo. 11; Sent. “Blaizot”, de 2 de febrero de 1988, C-24/86, aptdo. 27; Sent. “Rodgers”, de 11 de agosto de 1995, en los asuntos acumulados C-367/93 a C-377/93, aptdo. 42; Sent. “Bosman”, de 15 de diciembre de 1995, C-415/93, aptdo. 141; Sent. “Deutsche Telekom”, de 10 de febrero de 2000, C-50/96, aptdo. 43; Sent. “Grzelczyk”, de 20 de septiembre de 2001, C-184/99, aptdo. 50; Sent. “Bidar”, de 15 de marzo de 2005, C-209/03, aptdo. 66; Sent. “Skov”, de 10 de enero de 2006, C-402/03, aptdo. 50; Sent. “Kempter”, de 12 de febrero de 2008, C-2/06, aptdo. 35.

⁷⁴⁰ Sent. “Denkavit”, de 27 de marzo de 1980, C-61/79, aptdo. 16; Sent. “Salumi”, de 27 de marzo de 1980, en los asuntos acumulados C-66/79, C-127/79 y C-128/79, aptdo. 9; Sent. “Ariete”, C-811/79, aptdo. 6; Sent. “MIRECO”, C-826/79, aptdo. 7; Sent. “Apple and Pear Development Council”, de 13 de diciembre de 1983, C-222/82, aptdo. 38; Sent. “Padovani”, de 5 de octubre de 1988, C-210/87, aptdo. 12; Sent. “Ventura”, de 14 de diciembre de 1988, C-269/87, aptdo. 15; Sent. “Rodgers”, asuntos acumulados C-367/93 a C-377/93, aptdo. 42; Sent. “Barreira Pérez”, de 3 de octubre de 2002, C-347/00, aptdo. 44; Sent. “Linneweber y Akritidis”, de 17 de febrero de 2005, asuntos acumulados C-453/02 y C-462/02, aptdo. 41.

⁷⁴¹ PEERBUX-BEAUGENDRE, Z., “Op. Cit.”, pp. 559-567.

i.- según el Derecho nacional, dispone de la facultad de reconsiderar esta resolución;

ii.- la resolución controvertida ha adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia;

iii.- dicha sentencia está basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, es errónea y que se ha adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 CE, apartado 3 (hoy artículo 267 del TFUE), y

iv.- el interesado se ha dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia.

Como derivación de esta jurisprudencia, que supone la expresión de la voluntad de dotar del mayor alcance posible al principio de primacía del Derecho de la Unión⁷⁴², el Tribunal de Justicia ha entendido que:

1º Cuando, por aplicación de las normas del Derecho nacional, la Administración está obligada a revocar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza, si ésta es manifiestamente incompatible con el Derecho interno, la misma obligación debe existir si dicha resolución es manifiestamente incompatible con el Derecho de la Unión⁷⁴³.

2º En el marco de un procedimiento ante un órgano administrativo que tiene por objeto revisar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza en virtud de una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional que conocía en última instancia, estando dicha sentencia fundada en una interpretación errónea del Derecho de la Unión a la vista de la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia, este Derecho no exige que el demandante en el litigio principal haya invocado el Derecho comunitario en el marco del recurso jurisdiccional de Derecho interno interpuesto contra dicha resolución (Sent. “Kempter”, C-2/06, aptdo. 46).

3º El Derecho de la Unión no impone ningún límite temporal para presentar una solicitud dirigida a la revisión de una resolución administrativa firme,

⁷⁴² PEERBUX-BEAUGENDRE, Z., “*Op. Cit.*”, p. 560.

⁷⁴³ Sent. “i-21 Germany”, de 19 de septiembre de 2006, asuntos acumulados C-392/04 y C-422/04, aptdos. 63 y 69.

de modo que los Estados son libres para establecer plazos razonables para la interposición del recurso, de conformidad con los principios comunitarios de efectividad y equivalencia (Sent. “Kempter”, C-2/06, aptdo. 60).

La Sent. “Kühne & Heitz” es, con todo, una excepción⁷⁴⁴ (pues establece, como hemos visto, los requisitos que habrían de darse para aceptarla). La norma general, como confirma el Tribunal de Justicia, es que “el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas de procedimiento internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho de la Unión por la decisión en cuestión”⁷⁴⁵. La obligación que recae sobre el órgano de que se trate de examinar de nuevo una resolución definitiva que parezca haber sido adoptada vulnerando el Derecho de la UE está supeditada al requisito de que el citado órgano disponga, con arreglo al Derecho nacional, de la facultad de reconsiderar dicha decisión. El Derecho de la Unión Europea, en línea con el principio de seguridad jurídica, no exige, *prima facie*, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza al expirar los plazos razonables de recurso o por agotamiento de las vías de recurso⁷⁴⁶.

Esta postura, con toda razón, ha sido criticada por PEERBUX-BEAUGENDRE al considerarla paradójica, pues se pregunta ¿si las propias sentencias del TJUE no tienen efecto de cosa juzgada respecto de los órganos jurisdiccionales nacionales –como veremos luego- cómo pueden constreñir a las Administraciones de los Estados miembros a revisar una decisión que ha adquirido firmeza después del agotamiento de los medios de recurso internos?⁷⁴⁷. En otras palabras, una sentencia del Tribunal de Justicia, cuyo fundamento o doctrina podría ser cambiado con el tiempo –pues no tiene efecto de cosa juzgada- es, sin embargo, motivo suficiente para revisar una decisión administrativa anterior, ya firme, cuyo contenido no se conformó a lo que, posteriormente, resolvió el Tribunal de Justicia.

⁷⁴⁴ Véase también la Sent. “Byankov”, de 4 de octubre de 2012, C-249/11.

⁷⁴⁵ Sent. “Eco Swiss”, de 1 de junio de 1999, C-126/97, aptdos. 46 y 47; Sent. “Kapferer”, de 16 de marzo de 2006, C-234/04, aptdos. 21 y 23; Sent. “Fallimento Olimpiclub”, de 3 de septiembre de 2009, C-2/08, aptdo. 23.

⁷⁴⁶ Sent. “Kühne & Heitz”, C-453/00, aptdo. 24; Sent. “i-21 Germany”, C-392/04 y C-422/04, aptdo. 51; Sent. “Kempter”, C-2/06, aptdo. 37.

⁷⁴⁷ PEERBUX-BEAUGENDRE, Z., “*Op. Cit.*”, pp. 566-567.

Esta Sent. “Kühne & Heitz” será, en mi opinión, y como se desarrollará posteriormente, un argumento más para pensar seriamente en la posibilidad de admitir que las Administraciones Públicas se dirijan prejudicialmente al Tribunal de Justicia.

Por otra parte, cabe la posibilidad de limitar en el tiempo los efectos de la sentencia prejudicial, pero tal limitación, según reconoce la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, tendrá un carácter excepcional, por mor del principio general de seguridad jurídica⁷⁴⁸ inherente al ordenamiento jurídico de la UE, y únicamente podrá admitirse en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada⁷⁴⁹.

Por esta razón, la Sent. “Barra”, de 2 de febrero de 1988, C-309/85, refiriéndose en su aptdo. 14 a que la Sent. “Gravier”, de 13 de febrero de 1985, C-293/83, no había limitado en la propia resolución los efectos de su pronunciamiento, resuelve que el alcance de la interpretación que en ésta se daba del artículo 7 del Tratado CEE se aplica también al período anterior a la fecha de esa sentencia, por lo que, según el Derecho comunitario, no puede ser oponible a los alumnos y estudiantes de otros Estados miembros

⁷⁴⁸ La primera vez que un gobierno –y fue el francés– invocó el principio de confianza legítima (como corolario que es del principio de seguridad jurídica) en apoyo de una petición de que se limiten en el tiempo los efectos de una sentencia fue en el asunto “Ampafrance y Sanofi” (Sentencia de 19 de septiembre de 2000, asuntos acumulados C-177/99 y C-181/99, aptdo. 68), pues, generalmente, era invocado por los particulares (agentes económicos) que se encuentran en una situación de confianza legítima creada por los poderes públicos.

⁷⁴⁹ Sent. “Barber”, de 17 de mayo de 1990, C-262/88, aptdo. 41; Sent. “Legros”, de 16 de julio de 1992, C-163/90, aptdo. 30; Sent. “Bosman”, de 15 de diciembre de 1995, C-415/93, aptdo. 142; Sent. “EKW y Wein”, de 9 de marzo de 2000, C-437/97, aptdo. 57; Sent. “Bidar”, de 15 de marzo de 2005, C-209/03, aptdo. 67; Sent. “Krawczynski”, de 17 de julio de 2008, C-426/07, aptdos. 43 y 44.

En otros casos, pese a haber sido solicitada esta limitación, la misma ha resultado desestimada por el Tribunal de Justicia, p.e. por la no identidad entre el supuesto analizado en la sentencia y el que podría dar lugar a la limitación (como ocurrió en la Sent. “Skoma-Lux”, de 11 de diciembre de 2007, C-161/06, en la que se trataba de establecer los efectos sobre los particulares en la República Checa de un reglamento que no había sido publicado en el DOUE en una de las lenguas oficiales de la Unión (el checo).

En el aptdo. 68 de esta sentencia se dice:

“en el presente asunto, no se trata de la cuestión de la limitación en el tiempo de los efectos de una sentencia del Tribunal de Justicia relativa a la interpretación de una disposición del Derecho comunitario, sino de la limitación de los efectos de una sentencia que se refiere a la propia oponibilidad de un acto comunitario en el territorio de un Estado miembro. Por consiguiente, no cabe aplicar por analogía dicha jurisprudencia en el presente asunto”.

una ley nacional que les prive del derecho a obtener la devolución de unos derechos de matrícula complementarios indebidamente pagados en el caso de que no hayan ejercitado una acción judicial de reembolso con anterioridad a la Sent. “Gravier”.

La limitación de los efectos –en lo que se conoce como una “sentencia prospectiva”- suele pedirse normalmente por los gobiernos de los Estados miembros implicados⁷⁵⁰, o incluso por otros Estados miembros distintos al del órgano jurisdiccional remitente (Sent. “Buchner”, de 23 de mayo de 2000, C-104/98⁷⁵¹; Sent. “Sürül”, de 4 de mayo de 1999, C-262/96⁷⁵²), aunque también ha ocurrido que lo hagan las partes del proceso principal⁷⁵³.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia muy consolidada ha establecido que, para que pueda declararse una limitación en el tiempo de los efectos de una sentencia, han de concurrir dos criterios fundamentales:

- 1.- que las personas de que se trate –las interesadas- hayan actuado de buena fe, y
- 2.- que exista un riesgo de problemas o trastornos graves⁷⁵⁴.

⁷⁵⁰ Sent. “Barreira Pérez”, de 3 de octubre de 2002, C-347/00; Sent. “Athinaïki Zythopoia”, de 4 de octubre de 2001, C-294/99.

⁷⁵¹ El órgano remitente era austriaco –el “*Oberster Gerichtshof*”-, pero la limitación de los efectos, además de Austria, la pidió el Reino Unido.

⁷⁵² En este caso, el órgano remitente era alemán, de Aquisgrán –el “*Sozialgericht Aachen*”-, pero la limitación de los efectos de la sentencia, además de Alemania, la solicitaron Francia y el Reino Unido.

⁷⁵³ Sent. “Worringham y Humphreys”, de 11 de marzo de 1981, C-69/80; Sent. “Heininger”, de 13 de diciembre de 2001, C-481/99.

(Vid. COBREROS MENDAZONA, E., “*Las sentencias prospectivas en las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho comunitario*”. Revista Española de Derecho Europeo, nº 4, octubre-diciembre de 2002, pp. 632-633).

⁷⁵⁴ Sent. “Vroege”, de 28 de septiembre de 1994, C-57/93, aptdo. 21; Sent. “Buchner”, C-104/98, aptdo. 39; Sent. “Cooke”, de 12 de octubre de 2000, C-272/98, aptdo. 42; Sent. “Skov”, de 10 de enero de 2006, C-402/03, aptdo. 51; Sent. “Brzezinski”, de 18 de enero de 2007, C-313/05, aptdo. 56; Sent. “Skoma-Lux”, de 11 de diciembre de 2007, C-161/06, aptdo. 64; Sent. “Kalinchev”, de 3 de junio de 2010, C-2/09, aptdo. 50; Sent. “Nisipeanu”, de 7 de julio de 2011, C-263/10, aptdo. 33; Sent. “Redlihs”, de 19 de julio de 2012, C-263/11, aptdo. 59; Sent. “Mednis”, de 18 de octubre de 2012, C-525/11, aptdo. 42; Sent. “Forposta y ABC Direct Contact”, de 13 de diciembre de 2012, C-465/11, aptdo. 45.

Aunque también es preciso subrayar que las consecuencias financieras que podrían derivar para un EM de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación de los efectos en el tiempo de esta sentencia⁷⁵⁵.

Por lo general, una decisión en este sentido lleva al Tribunal de Justicia a valorar las circunstancias concurrentes en el caso concreto; y, entre estas circunstancias pueden apreciarse como protegibles aquellas que supongan reclamaciones importantes desde un punto de vista económico, originadas por el elevado número de relaciones constituidas de buena fe, sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y de la que quepa deducir que era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones o los principios del Derecho de la Unión.

A dicha incertidumbre podrían haber contribuido, eventualmente, los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o, incluso, por la Comisión⁷⁵⁶; o aquellas que hagan prever situaciones de especial gravedad en la situación financiera de las empresas⁷⁵⁷; o el hecho de que la Comisión haya permanecido pasiva frente a una situación determinada, en lugar de adoptar las medidas legales conducentes a la denuncia y persecución del incumplimiento en cuestión⁷⁵⁸.

En la Sent. “Skoma-Lux”, el Tribunal de Justicia, en su aptdo. 68, subraya que el supuesto analizado no trata de la cuestión de la limitación en el tiempo de los efectos de una sentencia del Tribunal de Justicia relativa a la interpretación de una disposición de Derecho comunitario, sino de la limitación de los efectos de una sentencia que se refiere a la propia oponibilidad de un acto comunitario en el territorio de un EM; y que ambas circunstancias no son análogas.

⁷⁵⁵ Sent. “Bautiaa y Société française maritime”, de 13 de febrero de 1996, en los asuntos acumulados C-197/94 y C-252/94, aptdo. 55; Sent. “Buchner”, C-104/98, aptdo. 41; Sent. “Grzelczyk”, C-184/99, aptdo. 52; Sent. “Bidar”, C-209/03, aptdo. 68; Sent. “Brzezinski”, C-313/05, aptdo. 58; Sent. “Kalinchev”, C-2/09, aptdo. 52; Sent. “Nisipeanu”, C-263/10, aptdo. 34; Sent. “Redlihs”, C-263/11, aptdo. 61; Sent. “Mednis”, C-525/11, aptdo. 44; Sent. “Forposta y ABC Direct Contact”, C-465/11, aptdo. 47.

⁷⁵⁶ Sent. “Richards”, de 27 de abril de 2006, C-423/04, aptdo. 42; Sent. “Brzezinski”, C-313/05, aptdo. 57; Sent. “Santander Asset Management”, de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11, aptdo. 60; Sent. “Mednis”, C-525/11, aptdo. 43; Sent. “Forposta y ABC Direct Contact”, C-465/11, aptdo. 45.

⁷⁵⁷ Sent. “Defrenne”, de 8 de abril de 1976, C-43/75, aptdos. 70 y 75.

⁷⁵⁸ BAPTISTA, M., “*Manuale del rinvio pregiudiziale*”, CEDAM, Padova 2000, pp. 153-162; LIAKOPOULOS, D. y ROMANI, M., “*Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità*”

Si no concurren claramente dichas circunstancias, el Tribunal de Justicia ha optado por denegar la solicitud formulada respecto de la limitación de los efectos de la sentencia⁷⁵⁹, o simplemente, habida cuenta su respuesta a otras cuestiones planteadas en el mismo asunto, la ha declarado sin objeto⁷⁶⁰, o la ha denegado por remisión a otra sentencia anterior⁷⁶¹.

El Tribunal de Justicia, en definitiva, ha limitado de algún modo los efectos de la sentencia dictada, entre otros, en los siguientes casos⁷⁶²: Sent. “Defrenne”, de 8 de abril de 1976, C-43/75; Sent. “Blaizot”, de 2 de febrero de 1988, C-24/86; Sent. “Barber”, de 17 de mayo de 1990, C-262/88⁷⁶³; Sent. “Legros”, de 16 de julio de 1992, C-163/90; Sent. “Simitzi”, de 14 de septiembre de 1995, C-485/93 y C-486/93; Sent. “Bosman”, de 15 de diciembre de 1995, C-415/93⁷⁶⁴; Sent. “Sürül”, C-

Europee. Tra integrazione comunitaria ed efficacia del diritto internazionale privato e processuale. CEDAM, Padova, 2009, p. 48.

⁷⁵⁹ Sent. “Worringham y Humphreys”, de 11 de marzo de 1981, C-69/80, aptdo. 33; Sent. “Essevi y Salengo”, de 27 de mayo de 1981, en los asuntos acumulados C-142/80 y C-143/80, aptdo. 34; Sent. “Ampafrance y Sanofi”, asuntos acumulados C-177/99 y C-181/99, aptdos. 69 y 70; Sent. “Brzezinski”, C-313/05, aptdos. 60 y 62; Sent. “Nisipeanu”, C-263/10, aptdos. 35 a 38; Sent. “Redlihs”, C-263/11, aptdos. 62 y 63; Sent. “Mednis”, C-525/11, aptdos. 45 a 47; Sent. “Forposta y ABC Direct Contact”, C-465/11, aptdos. 48 y 49.

⁷⁶⁰ A. “Forwards V”, de 28 de febrero de 2013, C-563/11, aptdo. 45.

⁷⁶¹ Sent. “Barreira Pérez”, C-347/00, aptdo. 46; Sent. “Krawczynski”, C-426/07, aptdos. 46 y 47.

La Sent. “Barreira Pérez” hace expresa remisión a la Sent. “Di Prinzio”, de 18 de febrero de 1992, C-5/91.

La Sent. “Krawczynski” se remite a lo establecido en la Sent. “Brzezinski”.

⁷⁶² D’ALESSANDRO, E., *“Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia”*. G. Giappichelli Editore, Torino 2012, pp. 386 y 387; COBREROS MENDAZONA, E., *“Op. Cit.”*, p. 633.

⁷⁶³ El aptdo. 44 establece: *“En tales circunstancias, consideraciones imperativas de seguridad jurídica se oponen a que se replanteen situaciones jurídicas que han agotado sus efectos en el pasado, ya que, en tal caso, podrían transformar con carácter retroactivo el equilibrio económico de numerosos Planes de Pensiones convencionalmente excluidos del régimen general. Procede, sin embargo, hacer una excepción a favor de las personas que en tiempo hábil hayan iniciado acciones judiciales para salvaguardar sus derechos. Por último, procede señalar que no puede admitirse ninguna limitación de los efectos de dicha interpretación para causar derecho a una pensión a partir de la fecha de la presente sentencia”*.

⁷⁶⁴ El aptdo. 145 dice: *“En consecuencia, procede declarar que el efecto directo del artículo 48 del Tratado no puede ser invocado en apoyo de reivindicaciones relativas a una compensación por transferencia, formación o promoción que, en la fecha de la presente sentencia, ya ha sido pagada o se adeude aún en cumplimiento de una obligación nacida antes de dicha fecha, salvo*

262/96; Sent. “EKW y Wein & Co.”, de 9 de marzo de 2000, C-437/97; Sent. “Carbonati Apuani”, de 9 de septiembre de 2004, C-72/03.

Con todo, esta limitación del efecto retroactivo de las sentencias –que ni se encuentra autorizada ni prohibida en el TUE, sino que se trata, además de un *vulnus* al principio de la certeza del Derecho, de una especie de “autoatribución” por parte del Tribunal de Justicia⁷⁶⁵- ha sido acogida de modo dispar por la doctrina, como señala VILLAGÓMEZ CEBRIÁN⁷⁶⁶, pues el Tribunal de Justicia podría estarse atribuyendo una competencia que no le toca, ya que le correspondería al legislador, que es quien establece el alcance de la norma en el tiempo (HAMSON, DUMON).

Sin embargo, otros autores (KUTSCHER) se han mostrado partidarios de la solución dada por el Tribunal de Justicia, p.e. en la Sent. “Defrenne” – primera de este tipo que se dictó⁷⁶⁷ -, por analogía con lo que ocurre con las jurisdicciones constitucionales de determinados países, que poseen la facultad de anular las leyes que consideran inconstitucionales con un efecto “ex nunc”, o limitando sus consecuencias de cara al futuro.

Considero que la limitación “ex nunc” de los efectos de una sentencia por parte del tribunal que la dicta se encuentra ínsita en la facultad de juzgar, pues ésta lleva consigo, al menos idealmente, un análisis de la situación fáctica concurrente, y presupone una valoración de todos los intereses en conflicto, en aras a encontrar la solución que, informada desde la óptica del principio de prudencia, se repute la más justa. El razonamiento que se basa en este punto de vista, más que consideraciones meramente analógicas, como sería establecer paralelismos con lo que ocurre con los pronunciamientos de determinados tribunales constitucionales, es el que me lleva a apoyar la solución que el Tribunal de Justicia dio en la Sent.

para los justiciables que, antes de dicha fecha, hayan iniciado una acción judicial o formulado una reclamación equivalente según el Derecho nacional aplicable”.

Y, el aptdo. 146, por su parte, establece: “*En cambio, por lo que se refiere a las cláusulas de nacionalidad, no cabe admitir la limitación temporal de los efectos de la presente sentencia (...)*”.

⁷⁶⁵ D’ALESSANDRO, E., “*Op. Cit.*”, pp. 378 y 379; COBREROS MENDAZONA, E., “*Op. Cit.*”, pp. 634-635.

⁷⁶⁶ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., “*La cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario Europeo*”, Tecnos, Madrid, 1994, p. 155.

⁷⁶⁷ COBREROS MENDAZONA, E., “*Op. Cit.*”, pp. 631, 632 y 642.

“Defrenne”, así como en otras que, posteriormente, ha dictado siguiendo el mismo criterio.

10.5.2. Efectos respecto de la jurisdicción remitente y en relación con las restantes jurisdicciones. “*Res iudicata*”

La importancia de la Sentencia prejudicial radica en que se constituye en un auténtico precedente, y en el hecho de que, al vincular al Juez nacional y, por tanto, nacer con una vocación de surtir efectos “*inter partes*”⁷⁶⁸ proyecta su dimensión más allá –es decir, “*ultra partes*”- hasta alcanzar

⁷⁶⁸ Sent. “International Chemical Corporation”, de 13 de mayo de 1981, C-66/80, aptdo. 13; Sent. “Fazenda Pública”, de 14 de diciembre de 2000, C-446/98, aptdo. 49; Sent. “Elchinov”, de 5 de octubre de 2010, C-173/09, aptdos. 29 y 30.

Esta cuestión fue objeto históricamente de amplio debate, señalándose (p.e. por la doctrina italiana mayoritaria) que la eficacia era solo “*inter partes*”, como consecuencia de su carácter de acto jurisdiccional (BENVENUTI, FERRARI BRAVO). Como han reconocido desde el principio los Abogados Generales (LAGRANGE- vid. Conclusiones presentadas el 13 de marzo de 1963 en el asunto “Da Costa”, C-28 a 30/62; LAGRANGE, M., “*L’action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire*”, RTDE, 1974, pp. 294 a 296-). Si bien ello no excluía que estuviera dotada de “autoridad moral”, otro sector (ZUCCALÀ) era favorable a una eficacia general, tanto de las cuestiones de tipo interpretativo como a las de validez.

ZUCCALÀ, a quien cita SOCINI, ha afirmado que no se trataba de una “interpretación judicial”, que, por su naturaleza relativa, estaba limitada al caso concreto, sino de una “interpretación directiva”, es decir, similar a la “interpretación auténtica”- que consiste en la interpretación de una norma anterior dada por el legislador en virtud de una norma posterior dotada del mismo valor formal-. De este modo, a su modo de ver, la prejudicialidad representaría un elemento susceptible de desvincularse del pronunciamiento del caso concreto que la ha ocasionado, de modo que le imprimiría un carácter abstracto y, por tanto, la naturaleza obligatoria que se encuentra en la base de la interpretación auténtica como “*diritto scritto e cioè autoritativamente formulato*”.

En este mismo sentido, MIELE ha afirmado que sería ilógico, antieconómico y contrario al principio de igualdad entre los Estados Miembros, limitar la eficacia del pronunciamiento del Tribunal de Justicia a los solos fines del juicio nacional.

Respecto a la opinión de los Abogados Generales sobre este particular, la posición de los mismos, sin embargo, también se ha encontrado dividida, pues mientras para algunos las resoluciones del TJUE tenían efectos “*erga omnes*” (Marco DARMON, Punto 12 de las Conclusiones presentadas el 18 de noviembre de 1987 en el asunto “Fratelli Pardini”, C-338/85; Walter VAN GERVEN, Punto 8 de las Conclusiones presentadas el 29 de junio de 1989 en el asunto “Torfaen”, C-145/88), otros han mantenido, con ciertas matizaciones, lo contrario (Carl Otto LENZ, Punto 39 de las Conclusiones presentadas el 25 de abril de 1989 en el asunto “Fratelli Costanzo”, C-103/88).

(Vid. CHALMERS, D.; HADJEMMANUIL, C.; MONTI, G.; TOMKINS, A., “*European Union Law*”. Cambridge University Press, 2006, p. 295).

propriadamente un efecto “*erga omnes sui generis*”⁷⁶⁹ (Sent. “International Chemical Corporation”, C- 66/80, aptdos. 13 y 15). Ello implica, como ha

⁷⁶⁹ Esto ha sido reconocido por la “Corte Costituzionale” italiana en su Auto (“*Ordinanza*”) 536/1995, de 15 de diciembre (siendo Presidente Mauro FERRI, y Ponente Renato GRANATA), la cual declaró:

“che- ferma per un verso la possibilita del controllo di costituzionalità per violazione dei principio fondamentali e dei diritti inviolabili della persona (cfr. da ultima sent. n. 509 del 1995) –non compete per altro verso a questa Corte fornire l’interpretazione della normativa comunitaria che non risulti di per sé di “chiara evidenza” (sentenza n. 168 del 1991), né tanto meno le spetta risolvere i contrasti interpretativi insorti (come nella fattispecie) in ordine a tale normativa, essendone demandata alla Corte di giustizia delle Comunità europee la interpretazione con forza vincolante per tutti gli Stati membri”.

BIAVATI señaló que las decisiones del Tribunal de Justicia tienen una eficacia general de precedente que va más allá del caso concreto. Esta eficacia general se impone a todos los jueces nacionales, incluso a los de los otros países al de aquél al que pertenece el órgano jurisdiccional del que ha emanado la resolución de envío de la cuestión prejudicial (BIAVATI, P., “*Diritto Processuale dell’Unione Europea*”. Terza Edizione. Giuffrè Editore, Milano, 2005).

En esta misma línea, al entender como “precedentes” las sentencias prejudiciales, se situaba el Abogado General Jean-Pierre WARNER, en las conclusiones presentadas el 20 de septiembre de 1977 en el asunto “Manzoni” (C-112/76), en las que después de un largo razonamiento, y refiriéndose al sistema judicial británico, decía que “Una resolución de la *House of Lords*, en virtud de la doctrina del *stare decisis*, es obligatoria y debe ser cumplida por todos los órganos jurisdiccionales del Reino Unido (naturalmente, en la medida en que el Derecho que define sea aplicable al conjunto del Reino Unido), pero la propia *House of Lords* –y sólo ella- puede en un caso posterior reconsiderar su resolución y apartarse de ella. Si lo hace, la nueva resolución de la *House of Lords* es la que tendrá fuerza de obligar para todos los demás órganos jurisdiccionales”.

Por su parte, SOCINI, asumiendo la extrema opinabilidad de la cuestión, se mostraba partidario, una vez admitida la eficacia general, absoluta, de las sentencias prejudiciales, de dotarles de un efecto que se extendiera a todos los Estados Miembros. De hecho, observaba una tendencia a que ello fuera así, ya que los jueces nacionales de los Estados Miembros sentirían la tentación de atenerse a la interpretación dada por el Tribunal de Justicia cuando tuvieran que resolver sobre un asunto que hubiera sido ya objeto de interpretación constante por el Tribunal, en especial si ello ha ocurrido en sentencias recientes.

Lo justificaba por una cierta “tendencia a la aquiescencia”, que este autor consideraba perfectamente natural, por aplicación del viejo dicho “*quieta non movere*”, pues mostrarse en desacuerdo con una interpretación constantemente uniforme comportaría la carga de una larga, elaborada y quizás no fácil motivación. Por no hablar del sentimiento de inutilidad que causaría un posicionamiento diferente, porque es de suponer que el Tribunal de Justicia, enfrentado a una misma cuestión ya resuelta en otras ocasiones, acabaría ateniéndose a su jurisprudencia anterior. Este mismo hecho provocaría también una cierta reluctancia en las partes a proponer una cuestión afectada por las circunstancias antedichas.

TRABUCCHI también se mostró favorable a la tesis del efecto “*erga omnes*”, precisamente por la cesación oficial de la incertidumbre que supone la clarificación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia cuando interviene en una decisión prejudicial y, por consiguiente, por el efecto de unificación sustancial del Derecho de la UE que se alcanza; también porque se trata de una

recordado el Tribunal de Justicia –posicionándose, por tanto, a favor de una tesis intermedia⁷⁷⁰ respecto de las distintas corrientes doctrinales existentes-

decisión (en un procedimiento) en el que no existen partes (Vid. TRABUCCHI, A., “*L’effet erga omnes des décisions préjudicielles rendues par la CJCE*”. RTDE, 1974, pp. 56 a 87).

Sin embargo, como suele suceder, existe una posición ecléctica, la de aquellos que hacen depender el efecto de la sentencia prejudicial de que se trate con ella de dirimir un problema de interpretación o de validez, de modo que si es una cuestión de interpretación se consideraría que la sentencia tiene un efecto “inter partes”, mientras que si lo es de validez la sentencia que sobre ello se pronunciara tendría un efecto “*erga omnes*”.

MORCILLO MORENO, citando a IGLESIAS CABERO, afirma que la sentencia resolviendo la cuestión prejudicial tendrá fuerza obligatoria y efectos “*erga omnes*” obligando no solo a la jurisdicción nacional que planteó la cuestión, sino también a las demás, trascendiendo del proceso concreto en que surgió y sentando un precedente para el futuro. MANGAS MARTÍN, a quien también cita MORCILLO MORENO, afirma que tendría una “autoridad general respecto de otras controversias”, siendo por ello invocable en otros asuntos sometidos a los jueces nacionales.

(Vid. ANDERSON, D., “Initiating a Reference”, en “*Article 177 References to the European Court- Policy and Practice*”, ANDENAS, M. Butterworths, Gosport, Hampshire, 1994, p. 7; PALACIO GONZÁLEZ, J., “*El sistema judicial comunitario. Perspectiva institucional, reglas de procedimiento y vías de recurso*”, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, pp. 276-278; MORCILLO MORENO, J., “*Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el Ámbito del Derecho Administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*”. La Ley, Wolters Kluwer España, Madrid, Junio 2007, 1ª Edición, p. 343; HINOJO ROJAS, M., “La garantía judicial del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea”, en “*Curso de Derecho de la Unión Europea*”, en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.; CASADO RAIGÓN, R., (et al.). Tecnos, Segunda Edición, 2014, p. 309).

⁷⁷⁰ Anteriormente, el Tribunal de Justicia no había acabado de definirse o, al menos, de pronunciarse de modo explícito sobre esta cuestión. Valga como ejemplo el A. “Wünsche”, de 5 de marzo de 1986, C-69/85, en cuyo apartado 13 puede leerse lo siguiente:

“De ello se sigue que una sentencia por la que el Tribunal se pronuncia con carácter prejudicial sobre la interpretación o la validez de un acto adoptado por una institución de la Comunidad resuelve, con autoridad de cosa juzgada, una o varias cuestiones de Derecho comunitario y vincula al juez nacional para la resolución del litigio principal”.

La misma falta de claridad puede apreciarse, a nuestro juicio, en el apartado 15 de dicho Auto, aunque algún autor (CLERGERIE), intuya que el Tribunal de Justicia pretende dotar a las decisiones prejudiciales en apreciación de validez de una autoridad de cosa juzgada casi absoluta.

(Vid. CLERGERIE, J-L., “*Le renvoi préjudiciel*”. Ellipses Édition, París, 2000, p. 129).

Puede que, incluso, siguiendo el sentir de alguna doctrina (BOULOUIS) la invocación de la autoridad de la cosa juzgada sea algo “artificial” o que, directamente, haya que rechazar plantear el problema en términos de autoridad de cosa juzgada (VAN RAEPENBUSCH).

(Vid. BOULOUIS, J., “*Droit institutionnel de l’Union européenne*”, Montchrestien, 5ª edición, 1995, p. 313; VAN RAEPENBUSCH, S., “*L’autorité des arrêts préjudiciels*”, Droit institutionnel de l’Union et des Communautés européennes, De Boeck Université, Bruselas, 1996, p. 403).

que las Instituciones y las autoridades nacionales extraigan de las sentencias prejudiciales las consecuencias pertinentes⁷⁷¹, so pena de que el EM que no se atenga a la doctrina que emane de este tipo de sentencias se vea abocado a que la Comisión inicie un recurso por incumplimiento, ex artículo 258 TFUE⁷⁷².

Algún autor (CORSARO) afirma que las resoluciones del Tribunal de Justicia tienen eficacia directa en el ordenamiento interno de los Estados miembros, como los reglamentos, las directivas y las decisiones de la Comisión, vinculando al Juez nacional a la no aplicación de las normas internas que contravengan lo dispuesto por dichas resoluciones⁷⁷³.

La Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia ha de ser asumida obligatoriamente por el órgano jurisdiccional “a quo”, ya que el procedimiento prejudicial no implica que la resolución del Tribunal tenga, al final, un efecto meramente consultivo y carezca de efecto vinculante (Sent. “Kleinwort Benson”, de 28 de marzo de 1995, C-346/93, aptdo.

⁷⁷¹ Sent. “International Chemical Corporation”, C-66/80, aptdo. 16; Sent. “Pinna”, de 2 de marzo de 1989, C-359/87, aptdo. 13.

Claro que, precisamente, por estas disquisiciones sobre el efecto de cosa juzgada o no, algún tribunal, y nos referimos en concreto al *Conseil d'État* francés, ha manifestado su oposición a que una decisión del TJ –en concreto, la Sent. “Roquette”, de 15 de octubre de 1980- pueda afectar al asunto que aquél trataba de resolver (véase la Resolución nº 42204, de 26 de julio de 1985 y, de modo más contundente, la Resolución nº 53153, de 13 de junio de 1986, ambas en relación con la “Office national interprofessionnel des céréales”).

⁷⁷² Sent. de 14 de febrero de 1984, “Comisión vs. Alemania”, C-325/82; Sent. de 2 de febrero de 1988, “Comisión vs. Bélgica”, C-293/85; Sent. de 24 de noviembre de 2011, “Comisión vs. Italia”, C-379/10.

Hay que citar, con un carácter más amplio, el Dictamen 1/09 del Pleno del Tribunal de Justicia, de 8 de marzo de 2011 (aptos. 86 y 87), así como como la Sent. “Comisión c. Italia”, de 9 de diciembre de 2003, C-129/00, aptos. 29, 30 y 32; y la Sent. “Comisión c. España”, de 12 de noviembre de 2009, C-154/08, aptdo. 125.

(Vid. PIGNATELLI, N., “*L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati (Nota a Cons. Stato, sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244)*”. Foro it., 2012, III, pp. 350 y ss.; MUÑIZ FERNÁNDEZ, P., “La cuestión prejudicial de validez e interpretación ante el Tribunal de Justicia”, en “*Procedimientos Administrativos y Judiciales de la Unión Europea*”, MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. (Dir.), Economist & Jurist, Madrid, 2012, p. 120).

⁷⁷³ CORSARO, A., “*Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea sull'interpretazione della normativa “comunitaria”: I poteri del giudice nazionale*”. Centro di documentazione europea. Università di Catania. Online Working Paper 2012/ n. 43, agosto 2012. URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/43_2012.pdf.

24)⁷⁷⁴. Dicha afirmación no es solo aplicable a los elementos del fallo que respondan a las cuestiones planteadas por el órgano nacional, sino a todos y cada uno de los fundamentos (“*obiter dicta*”)⁷⁷⁵. Es decir, la Sentencia prejudicial vincula con autoridad de cosa juzgada al Juez que planteó la cuestión, quien deberá aplicar la norma comunitaria de conformidad con la interpretación dada por el Tribunal de Justicia pues, en otro caso, en opinión de PALACIO GONZÁLEZ⁷⁷⁶, se estaría incurriendo en “exceso de jurisdicción”, así como las decisiones interpretativas emanadas del Tribunal de Justicia, como indica VILLAGÓMEZ CEBRIÁN⁷⁷⁷, tienen una

⁷⁷⁴ PALACIO GONZÁLEZ, J., “*El sistema judicial comunitario. Perspectiva institucional, reglas de procedimiento y vías de recurso*”, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, p. 273.

⁷⁷⁵ ANDERSON, D.W.K., “*References to the European Court*”. Sweet & Maxwell, 2ª edición, Londres, 2002, pp. 314-315.

⁷⁷⁶ PALACIO GONZÁLEZ, J., “*Op.Cit.*”, p. 274.

Este autor se refiere, en este sentido, a la Sentencia del Tribunal Constitucional de la RFA de 8 de abril de 1987 (“Kloppenbug-Beschluss”, 2BvR 687/85, en BVerfGE 75, 223), en la que consideró que desconoce el “derecho al juez legal” el órgano jurisdiccional que, tras haber planteado una cuestión prejudicial, resuelva el litigio ignorando la sentencia del Tribunal de Justicia y, por consiguiente, infringe el artículo 101.1.2 de la Constitución alemana (“*Grundgesetz*”).

Tiene como base, precisamente, la Sent. “Kloppenbug”, de 22 de febrero de 1984, C-70/83, que había dictado el Tribunal de Justicia, tras haber solicitado decisión prejudicial el “*Niedersächsisches Finanzgericht*” (Tribunal de lo contencioso-tributario de la Baja Sajonia).

Así, los párrafos 62 y 63 de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán referida establecen:

“Wollte der Bundesfinanzhof der Rechtsauffassung des Gerichtshofs gleichwohl nicht folgen, so wäre er, da die Auslegung der Sechsten Umsatzsteuerrichtlinie des Rates für ihn entscheidungserheblich war, gemäss Art. 177 Abs. 3 EWGV zu einer neuerlichen Vorlage an den Gerichtshof verpflichtet gewesen. In seinem Vorlagebeschluss hätte er seine Bedenken gegen die Rechtsauffassung des Gerichtshofs zur Anrufbarkeit nicht fristgerecht in innerstaatliches Recht umgesetzter Richtlinien und zumal in bezug auf die nach seiner Auffassung fehlende Kompetenz des Gerichtshofs zur Rechtsfortbildung des Vertragsrechts dartun müssen” (62)

“Dieser Verpflichtung zur neuerlichen Vorlage an den Gerichtshof gemäss Art. 177 Abs. 3 EWGV hat sich der Bundesfinanzhof in objektiv willkürlicher Weise entzogen: Verweigert sich ein letztinstanzliches Gericht dieser Vorlagepflicht bezüglich derjenigen Rechtsfragen, die bereits Entscheidungsgegenstand einer im selben Verfahren ergangenen Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs waren, so ist das eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, wie immer im übrigen der Massstab der Willkür im Hinblick auf Verstösse gegen die Vorlagepflicht aus Art. 177 EWGV zu fassen sein mag”. (63)

⁷⁷⁷ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., “*La cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario Europeo*”, Tecnos, Madrid, 1994, p. 144.

autoridad general y deben ser seguidas por todas las jurisdicciones nacionales, sean de primera o de última instancia.

Por eso, deben enviarse al Tribunal de Luxemburgo las sentencias dictadas por los órganos nacionales de remisión como consecuencia de una sentencia prejudicial dictada con ocasión de dicho envío.

La cuestión de la obligación del tribunal nacional de atenerse a lo resuelto por el Tribunal de Justicia como consecuencia del planteamiento de una cuestión prejudicial ha dado lugar desde antiguo a debates sobre el cumplimiento o no de la sentencia. Este era hace cuatro décadas, en opinión de SOCINI, el “*punctum dolens*” de la cuestión, hasta el punto de afirmar que esa “obligación está desprovista de sanción y que no existe hoy, ni será posible que exista mañana, el cumplimiento coactivo en forma específica de las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia”⁷⁷⁸.

Habría que contemplar, aun hoy en día, aquello que citaba el mismo autor, sobre la consideración de la responsabilidad internacional del Estado transgresor, es decir, aquel al que pertenece el órgano judicial que ha incurrido en incumplimiento de la sentencia⁷⁷⁹, y que podría dar lugar (aunque subraya su difícil realización) a un resarcimiento pecuniario del daño causado a aquellos que hayan sido lesionados por el incumplimiento⁷⁸⁰, además de que la Comisión pueda iniciar un proceso por incumplimiento contra el Estado (artículos 258 a 260 del TFUE)⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ SOCINI, R., “*La competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*”. Milano, 1967. Dott. A. Giuffrè Editore. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Cagliari.

(Vid. también: THIELE, A., “*Friendly or Unfriendly Act? The “Historic” Referral of the Constitutional Court to the ECJ Regarding the ECB’s OMT Program*”. German Law Journal, vol. 15, nº 2, marzo 2014, p. 248).

⁷⁷⁹ Lo que supone un paralelismo con lo establecido en el artículo 41 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

⁷⁸⁰ SOCINI, R., (Op.cit.) “*L’affermata responsabilità internazionale dello Stato trasgressore, di per se stessa di assai difficile realizzazione, potrà unicamente dar luogo ad una forma di riparazione per equivalente e cioè ad un risarcimento di carattere pecuniario del danno sofferto da corrispondente a coloro che siano stati lesi dalla violazione delle norme concernenti l’istituto del rinvio pregiudiziale, imprese o individui ed eventualmente Stati Membri da corrispondere, nel caso di soggetti diversi da questi, per il tramite dello Stato di appartenenza dato che la responsabilità internazionale è un rapporto da Stato a Stato*”.

En el caso de España nos encontraríamos ante una responsabilidad patrimonial del Estado por el error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (artículo 121 de la Constitución; artículos 292 a 297 de la LOPJ y artículo 139.4 de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común).

En otro orden de cosas, tampoco puede olvidarse la responsabilidad personal –civil y penal- del juez o de los magistrados que pudiera derivarse de una vulneración de la jurisprudencia comunitaria, por aplicación de los artículos 405 y ss de la LOPJ, aunque la práctica demuestre que este sería un supuesto casi de “ciencia ficción”.

(Vid. QUADROS, I., “*A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*”. Almedina, Coimbra, noviembre 2006, pp. 166-176).

⁷⁸¹ Consideramos que, en España, el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE nº 161, de 6 de julio de 2013) podría ser aplicable al ámbito de las cuestiones prejudiciales. Tiene por objeto desarrollar lo previsto en la D.A. 2ª de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (BOE nº 103, de 30 de abril de 2012), dictada al amparo del artículo 135 de la Constitución. Su fin parece ser preventivo, al tratar de “sensibilizar” a las entidades administrativas derivadas de un Estado territorialmente descentralizado, como es el Reino de España, de las consecuencias que podrían derivarse para el Estado al ser sancionado por la Unión Europea en relación con algún incumplimiento; en definitiva, habrán de responder frente al Estado de esas consecuencias, si fuesen imputables a ellas, y en la medida en que lo sean – como efecto, pensamos, de lo previsto en el artículo 27 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, ya que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”-.

Creemos que esta posibilidad de aplicación se deriva de la Exposición de Motivos, la cual comienza afirmando:

“La adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1986 produjo un cambio fundamental en el ordenamiento jurídico español, toda vez que las normas del Derecho comunitario pasan a integrarse en nuestro sistema de fuentes del Derecho. Desde ese momento, como Estado miembro, queda obligada a aplicar el Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con los principios de primacía y efecto directo del derecho europeo y el de colaboración leal, entre otros.”

El artículo 3.3.e) de dicho Real Decreto 515/2013, en lo que al ámbito objetivo de aplicación se refiere, también nos confirma en esta idea, pues establece:

“Se entenderá que existe un incumplimiento cuando se realicen actuaciones u omisiones contrarias al Derecho de la Unión Europea y, en particular, entre otros, en los siguientes supuestos:

- e) Falta de ejecución o ejecución incorrecta de sentencias, actos o decisiones dictados por las Instituciones europeas.”*

En un caso relacionado con una cuestión prejudicial, que podría ir desde el no seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en casos resueltos con ocasión del planteamiento de cuestiones prejudiciales por cualquier órgano judicial de un EM) hasta el no planteamiento de una cuestión prejudicial (cuando se debiera hacer) o al no cumplimiento por parte del órgano remitente, en la resolución que dicte en el proceso principal, de una sentencia prejudicial, consecuencia de esa remisión, nos encontraríamos ante un incumplimiento de la Administración de Justicia –y, por tanto, del Estado-, cuestión ésta prevista por la Disposición Adicional

QUADROS muestra, sin embargo, sus dudas sobre ello, ya que, entre otras razones, faltaría el elemento subjetivo del dolo o de la culpa grave⁷⁸², por lo que nos encontraríamos ante cuestiones opinables y, por tanto, ante un error excusable. Concluía diciendo que, aunque la constatación del hecho pueda ser insatisfactoria, “la situación no parece actualmente susceptible de un remedio jurídico”.

En esta sede se estaría ante la “obligatoriedad” de la sentencia (Sent. “Benedetti”⁷⁸³), y no ante la “ejecutoriedad”, ya que las sentencias prejudiciales, por su propia naturaleza, no son susceptibles de dar lugar a una ejecución forzosa, como ya decía SOCINI, precisamente porque tienen un contenido declarativo.

Segunda del R.D. 515/2013, lo cual afectaría a la partida presupuestaria del Ministerio afectado que, en este caso, sería el Ministerio de Justicia.

En Italia ha ocurrido algo similar con la Ley de 24 de diciembre de 2012, n° 234, de normas generales sobre la participación de Italia en la formación y en la ejecución de la normativa y las políticas de la Unión Europea (publicada en la G.U. n. 3, de 4 de enero de 2013) que, entre otras cuestiones, trata el derecho de repetición del Estado (“*diritto di rivalsa*”) contra las regiones, las provincias autónomas, los entes territoriales, y otros entes públicos y sujetos equiparados, en aquellos casos en los que sean responsables de incumplimientos del Derecho de la UE de los que resulte una condena del Estado italiano.

En este sentido, y ejercitando la facultad contenida en el artículo 29 de la citada ley, actualmente se están tramitando dos Proyectos de Ley, presentados al Consejo de Ministros por el Ministro para los Asuntos Europeos (“*Ministro per gli Affari Europei*”) Enzo Moavero Milanese.

⁷⁸² Esta autora señala que de la Sent. “Köbler” se extrae que es suficiente un criterio objetivo, el cual vendría determinado por el hecho de que la violación del derecho comunitario cometida por el EM –en concreto por el órgano correspondiente a éste, siéndolo también un órgano jurisdiccional- se considere “suficientemente caracterizada”, es decir, inexcusable y, en definitiva, grave.

Y esto ocurriría cuando “la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia” (apdo. 56 de la Sent. “Köbler”).

(QUADROS, I., “*Op. Cit.*”, pp. 175-176).

⁷⁸³ Sentencia de 3 de febrero de 1977 (C-52/76), en la que se afirma: “*La pronuncia pregiudiziale della Corte è vincolante per il giudice nazionale per quanto riguarda l’interpretazione del trattato o di altro atto comunitario ovvero l’apprezzamento della validità di quest’ultimo*”.

(“La resolución prejudicial del Tribunal es vinculante para el Juez nacional en lo que se refiere a la interpretación del tratado o de otro acto comunitario o a la apreciación de la validez de este último”).

Claro que, como este tipo de resoluciones no tiene el carácter, en sentido estricto, de “cosa juzgada”⁷⁸⁴, tampoco hay que descartar que el tribunal nacional que había planteado la cuestión opine que la respuesta no es suficientemente clara, por lo que el mismo podría volver a plantear la cuestión⁷⁸⁵; o que cualquier Juez nacional solicite al Tribunal de Justicia un nuevo procedimiento prejudicial –incluso sustancialmente idéntico a otro ya resuelto- que tenga por objeto la misma norma o asunto en cuestión, bien por problemas de aplicación o interpretación de una sentencia prejudicial previa⁷⁸⁶, o una clarificación⁷⁸⁷, aduciendo nuevos elementos de hecho, o bien argumentos, que pueden, en su caso, dar lugar a una reconsideración de la cuestión y, en definitiva, a un cambio en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ Vid. BIAVATI, P., “*Diritto Processuale dell’Unione Europea*”. Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 431-433.

A este propósito, este autor señala: “L’espressione *cosa giudicata* non deve però trarre in inganno: essa va letta nel senso di decisione a carattere vincolante, dotata di imperatività, ma non certo nel senso di accertamento della situazione sostanziale, né di pronuncia di natura definitiva ed irreformabile”.

⁷⁸⁵ Sent. “Milch-, Fett- und Eierkontor”, de 24 de junio de 1969, C- 29/68.

⁷⁸⁶ Sent. “Ten Oever”, de 6 de octubre de 1993, C-109/91; Sent. “Moroni”, de 14 de diciembre de 1993, C-110/91; Sent. “Neath”, de 22 de diciembre de 1993, C-152/91 y Sent. “Coloroll”, de 28 de septiembre de 1994, C-200/91 -todas ellas respecto de la Sent. “Barber”, de 17 de mayo de 1990, C-262/88-.

⁷⁸⁷ Sent. “Marchandise”, de 28 de febrero de 1991, C-332/89.

⁷⁸⁸ La posibilidad de que se habla aparece enunciada, en las distintas circunstancias que comprende, en el A. “Wünsche”, de 5 de marzo de 1986, C-69/85, aptdo. 15; y en la Sent. “Pretore di Salò”, de 11 de junio de 1987, C-14/86, aptdo. 12.

En este sentido, el Abogado General Maurice LAGRANGE, en sus conclusiones presentadas el 13 de marzo de 1963, en los asuntos acumulados 28 a 30/62 –Sent. “Da Costa”, de 27 de marzo de 1963-, afirmaba que los efectos de las sentencias interpretativas del Tribunal de Justicia tenían autoridad de “cosa juzgada relativa”. Incluso llega a decir lo siguiente, a propósito de que las cuestiones planteadas en esos asuntos son materialmente idénticas a las del asunto 26/62, que dio lugar a la Sent. “Van Gend en Loos” de 5 de febrero de 1963:

“De esta forma, el Tribunal que conoce del litigio principal está vinculado por la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en lo que respecta a la cuestión de derecho sobre la que éste se ha pronunciado: dentro de este límite, la sentencia dictada con carácter prejudicial tiene efecto de cosa juzgada. Sin embargo, el Juez del asunto principal conserva la libertad de extraer de la sentencia de carácter prejudicial las consecuencias que en derecho procedan con el fin de dirimir el fondo del litigio, y aún la de no extraer consecuencia alguna, si, por ejemplo, descubriera con posterioridad que no era necesario plantearla y que podía resolver sobre una base diferente”.

Precisamente por no demostrarse la existencia de una circunstancia de hecho o de derecho apta para inducir al Tribunal de Justicia a un cambio en la interpretación anterior dada a una

Esta posibilidad de volver a plantear la cuestión prejudicial se daría también en el caso de una cuestión planteada inicialmente por un tribunal no de última instancia, respecto de los de rango superior que, eventualmente, pudieran conocer de algún recurso interpuesto contra la resolución del órgano nacional que solicitó la cuestión prejudicial.

En línea de principio, la sentencia del Tribunal de Justicia vincula a todos los órganos jurisdiccionales que pudieran conocer del litigio, como consecuencia de la interposición de algún recurso del que debieran conocer, ya que la eficacia de la sentencia del Tribunal en los casos de interpretación de una norma se extiende, como dice BIAVATI, a todo el proceso nacional y no solo a una fase, o a una instancia del mismo⁷⁸⁹.

Como ejemplos de cambio de criterio⁷⁹⁰ por parte del Tribunal de Justicia, como consecuencia de un nuevo planteamiento de cuestión prejudicial,

determinada norma, dicha interpretación ha resultado con posterioridad confirmada (Sent. “Alaimo”, de 29 de enero de 1975, C-68/74, aptdo. 7). Lo mismo puede decirse de otros casos similares (p.e. Sent. “Kus”, de 16 de diciembre de 1992, C-237/91 –respecto de la Sent. “Sevince”, de 20 de septiembre de 1990, C-192/89-; Sent. “Baglieri”, de 20 de octubre de 1993, C-297/92, aptdo. 14 –respecto de la Sent. “Vigier”, de 27 de enero de 1981, C-70/80).

(Vid. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., “*La cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario Europeo*”, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 138 y ss.; RIECHENBERG, K., “¿Interrogar nuevamente al Tribunal de Justicia? La remisión prejudicial como elemento de diálogo interjurisdiccional”, en “*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*”, PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOTXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993. Páginas 201-238; ANDERSON, D.W.K., “*References to the European Court*”. Sweet & Maxwell, 2ª edición, Londres, 2002, pp. 319-322).

⁷⁸⁹ BIAVATI, P., “*Diritto Processuale dell’Unione Europea*”. Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milano 2005, p. 432.

(Vid. también: PALACIO GONZÁLEZ, J., “*El sistema judicial comunitario. Perspectiva institucional, reglas de procedimiento y vías de recurso*”. Universidad de Deusto, Bilbao 1996, p. 273).

⁷⁹⁰ RIECHENBERG, K., “¿Interrogar nuevamente al Tribunal de Justicia? La remisión prejudicial como elemento de diálogo interjurisdiccional”, en “*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*”, PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOTXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco,

indicar, entre otros, los siguientes: Sent. HAG I (Sent. “Van Zuylen”, de 3 de julio de 1974, C-192/73⁷⁹¹) y Sent. HAG II (Sent. “CNL-Sucal”, de 17 de octubre de 1990, C-10/89⁷⁹²), así como la Sent. ”Marschall”, de 11 de noviembre de 1997, C-409/95 (respecto de la Sent. “Kalanke”, de 17 de octubre de 1995, C-450/93)⁷⁹³, o la Sent. “Metock”, de 25 de julio de 2008, C-127/08⁷⁹⁴ (respecto de la Sent. “Akrich”, de 23 de septiembre de 2003, C-109/01).

10.5.3. Particularidades en el caso de sentencias en apreciación de validez

Reiterando lo que antes quedó reseñado, en las cuestiones en las que se suscite la validez o no de un acto de la UE, la sentencia prejudicial que recaiga tendrá un efecto “ex tunc”.

Respecto a los efectos a desplegar por las sentencias dictadas con motivo de una cuestión prejudicial de validez, debe precisarse que si el acto de la Institución comunitaria es considerado válido, el Juez nacional vendrá obligado a hacer una aplicación conforme del mismo.

Sin embargo, tendría como consecuencia la de anular el acto en cuestión, si es que el Tribunal de Justicia reputa inválido el acto, por lo que el Juez nacional –no solo el de remisión, sino también cualquier otro⁷⁹⁵– no deberá en este caso aplicar la norma que haya sido objeto de enjuiciamiento (Sent. “International Chemical Corporation”, de 13 de mayo de 1981, C-66/80, aptdos. 12 y 13).

se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, pp. 212-218).

⁷⁹¹ Esta cuestión fue planteada por el *Tribunal d’arrondissement de Luxembourg*.

⁷⁹² Esta cuestión fue planteada por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo) de Alemania.

Véase el aptdo. 10 de esta Sentencia.

⁷⁹³ REY MARTÍNEZ, F., “*La discriminación positiva de mujeres. (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)*”. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, Número 47 (mayo-agosto 1996), pp. 309-332; MARTINICO, G., “*L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*”. Jovene editore, Napoli 2009, p. 143.

⁷⁹⁴ Aptdo. 58.

⁷⁹⁵ CUTHBERT, M., “*European Union Law*”. Cavendish Publishing, Fifth Edition, 2003, p. 87.

Se produce, por consiguiente, en palabras de VILLAGÓMEZ CEBRIÁN⁷⁹⁶, una extensión a este tipo de sentencias prejudiciales de los efectos generales o “erga omnes” que el Tribunal de Justicia ha reconocido a las de interpretación, estando en este caso, por extinguir un estado jurídico preexistente, todavía más justificado, dado que la consecuencia nociva de la aplicación de una norma inválida, como refería MERTENS y convendré en que es así, es mucho mayor que la derivada de una divergencia en la interpretación de una norma.

Esto no obsta para que cualquier órgano jurisdiccional nacional, después de declarar el Tribunal de Justicia la invalidez de un acto de una Institución comunitaria, considere la necesidad de plantear una cuestión de validez, si subsisten cuestiones, es decir, dudas relativas a los motivos, al alcance o a las consecuencias de la invalidez anteriormente declarada (Sent. “International Chemical Corporation”, de 13 de mayo de 1981, C-66/80, aptdo. 14) y, en todo caso, si se invocan causas de ilegalidad distintas.

De este modo, el Tribunal de Justicia, como refería LOUIS⁷⁹⁷, ha sido preguntado hasta en tres ocasiones sobre la invalidez del artículo 46, párrafo 3º, del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los Regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad⁷⁹⁸, no declarando las cuestiones inadmisibles por este hecho, sino que se ha limitado a reiterar la declaración de invalidez (Sent. “Petroni”, de 21 de octubre de 1975, C-24/75, aptdo. 22⁷⁹⁹; Sent. “Strehl”, de 3 de febrero de 1977, C-62/76, aptdo. 17⁸⁰⁰ y Sent. “Giuliani”, de 20 de octubre de 1977, C-32/77, aptdo. 5).

⁷⁹⁶ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., “La cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario Europeo”, Tecnos, Madrid, 1994, p. 146; el cual cita a MERTENS, M.J., “Annulation et appréciation de validité dans le Traité de la CEE: convergence ou divergence?”.

⁷⁹⁷ LOUIS, J.V., “Los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, RIE, vol. 10, n. 1, enero-abril 1983.

⁷⁹⁸ DO L 149, p. 18.

⁷⁹⁹ Estableció que el apartado 3 del artículo 46 resultaba incompatible con el artículo 51 del Tratado en la medida en que impone una limitación a la acumulación de dos prestaciones obtenidas en distintos Estados miembros, mediante la disminución de la cuantía de una prestación obtenida únicamente con arreglo a la legislación nacional.

⁸⁰⁰ En este caso, el tribunal laboral belga –*Arbeidsrechtbank Hasselt*– solicita realmente la interpretación del artículo referido, pero el Tribunal de Justicia se remite a lo ya establecido con su Sent. “Petroni”.

En este caso, la Institución comunitaria de la cual emanaba el acto podrá adoptar uno nuevo y, naturalmente diferente, que tenga en cuenta los motivos que han dado lugar a la decisión de invalidez de aquel al que pretende sustituir⁸⁰¹. Así lo ha establecido el Tribunal de Justicia cuando, en diversas sentencias, refiriéndose al Consejo o a la Comisión, como Instituciones autoras de Reglamentos declarados inválidos, señala que están obligadas a deducir de la sentencia del Tribunal de Justicia las consecuencias que ésta lleva consigo⁸⁰².

Sin embargo, y hasta tanto la Institución de la UE proceda en consecuencia respecto de la declaración realizada en su sentencia por el Tribunal de Justicia, éste puede realizarle al Juez nacional las indicaciones oportunas que más en consonancia se encuentren con los intereses comunitarios⁸⁰³.

El Tribunal de Justicia podría declarar, como de hecho ha sucedido, la invalidez parcial de un acto de una Institución de la UE⁸⁰⁴, en cuyo caso, como es obvio, el Juez nacional solo podrá hacer aplicación de la parte declarada válida.

Cabe incluso la existencia de un “*tertium genus*” en aquellos casos en los que el Tribunal de Justicia declara la “inexistencia” o, mejor, la “carencia de fuerza vinculante”, de un acto de la UE, p.e. por no haber sido publicado el mismo⁸⁰⁵.

⁸⁰¹ Naturalmente, la sola declaración de invalidez no es algo que permita restablecer la legalidad, sino que será preciso un nuevo acto de derecho positivo que la restablezca.

(Vid. VANDERSANDEN, G., “*La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l’Union européenne*”, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 145-147; TAVASSI, M., “*Nuove prospettive nei rapporti fra giudici comunitari e giudici nazionali dopo il Trattato di Amsterdam*”. Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali, Fasc. 3/ 2000, pp. 463-485).

⁸⁰² Sent. “Ruckdeschel”, de 19 de octubre de 1977, en los asuntos acumulados C-117/76 y C-16/77, aptdo. 13; Sent. “Moulins Pont-à-Mousson”, de 19 de octubre de 1977, en los asuntos acumulados C-124/76 y C-20/77, aptdo. 29; Sent. “Providence agricole de la Champagne”, de 15 de octubre de 1980, C-4/79, aptdo. 44; Sent. “Maïseries de Beauce”, de 15 de octubre de 1980, C-109/79, aptdo. 44; Sent. “Roquette”, de 15 de octubre de 1980, C-145/79, aptdo. 51; Sent. “International Chemical Corporation”, C-66/80, aptdo. 16; Sent. “Van Landschoot”, de 29 de junio de 1988, C-300/86, aptdo. 22.

⁸⁰³ Sent. “Van Landschoot”, C-300/86, aptdo. 24; Sent. “Pinna II”, de 2 de marzo de 1989, C-359/87, aptdo. 17.

⁸⁰⁴ Sent. “Ecroyd”, de 6 de junio de 1996, C-127/94.

⁸⁰⁵ Sent. “Heinrich”, de 10 de marzo de 2009, C-345/06, aptdo. 63.

El Tribunal de Justicia, también en estos casos, tiene la posibilidad - siempre excepcional- de limitar la eficacia retroactiva de una declaración de nulidad⁸⁰⁶, lo que supondría la consideración como definitivos de determinados efectos producidos por una norma declarada nula.

En aquellos supuestos en que la declaración de invalidez de un acto comunitario pueda incidir, por ser ejecución de aquél, en la validez de una norma de carácter nacional, esta consecuencia deberá ser extraída por el órgano nacional, según se ha preocupado de decir el Tribunal de Justicia⁸⁰⁷.

10.5.4. Impacto sobre los ordenamientos nacionales

Como ha expuesto GÓMEZ SANZ⁸⁰⁸, el diálogo que se produce entre Jueces nacionales y Jueces de la UE lleva a una influencia recíproca entre

Esta sentencia, en su aptdo. 65, literalmente dice: *“A este respecto debe destacarse en primer lugar que, en la presente sentencia, el Tribunal de Justicia no declara total o parcialmente inválido el Reglamento nº 622/2003”*.

⁸⁰⁶ Sent. “Pinna I”, de 15 de enero de 1986, C-41/84, aptdos. 28 a 30; Sent. “Lomas”, de 10 de marzo de 1992, C-38/90 y C-151/90, aptdos. 27 a 29; Sent. “Silos”, de 8 de noviembre de 2001, C-228/99, aptdo. 35; Sent. “Régie Networks”, de 22 de diciembre de 2008, C-333/07, aptdos. 121 y 128.

En la Sent. “Régie Networks”, dictada a propósito de una petición de decisión prejudicial planteada por la *Cour administrative d’appel de Lyon* (Francia), en su aptdo. 128, dispone:

“Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión planteada que la Decisión controvertida es inválida. No obstante, procede mantener en suspenso los efectos de la declaración de invalidez de dicha Decisión hasta que la Comisión adopte una nueva decisión con arreglo al artículo 88 CE. Dichos efectos se mantienen en suspenso por un período que no puede exceder de dos meses a partir de la fecha en que se dicte la presente sentencia en el caso de que la Comisión decidiera adoptar esta nueva decisión en el marco del artículo 88 CE, apartado 3, y durante un período suplementario razonable si la Comisión decide incoar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2. Se exceptúa de esta limitación en el tiempo de los efectos de la presente sentencia únicamente a las empresas que, antes de que se dicte la presente sentencia, hubieran interpuesto un recurso jurisdiccional o presentado una reclamación equivalente relativa a la percepción de la exacción sobre las empresas de publicidad creada mediante el artículo 1 del Decreto nº 97-1263”.

⁸⁰⁷ Sent. “Rey Soda”, de 30 de octubre de 1975, C-23/75, aptdos. 50 y 51.

Esta sentencia, a propósito de unas cuestiones prejudiciales planteadas por el *Pretore di Abbiategrosso* (Italia), declara la invalidez del artículo 6 del Reglamento (CEE) nº 834/74, de la Comisión.

⁸⁰⁸ GÓMEZ SANZ, X., “Indicadores para evaluar el impacto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ejerce sobre los ordenamientos nacionales”, en *“España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial”*, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y

todos ellos, lo que se ha dado en llamar “*cross fertilization*” -es decir, influencias cruzadas-.

Para que se pueda producir este efecto, así como maximizar su alcance, es muy importante, como es lógico, el número de cuestiones prejudiciales que planteen las jurisdicciones nacionales.

Pero más allá del número, la materia sobre la que se versan dichas cuestiones es un factor igualmente a tener en cuenta, pues produce una determinada reacción en según qué Estados dependiendo del contenido de su legislación.

De este modo, GÓMEZ SANZ⁸⁰⁹ se refiere a los casos de Alemania (Sent. “Atlanta”, de 9 de noviembre de 1995, C-466/93⁸¹⁰; Sent. “DE + ES Bauunternehmung”, de 14 de septiembre de 1999, C-275/97⁸¹¹; Sent. “BIAO”, de 7 de enero de 2003, C-306/99⁸¹²) y España (Sent. “Océano Grupo Editorial y Salvat Editores”, de 27 de junio de 2000, en los asuntos acumulados C-240 a 244/98⁸¹³; Sent. “Rodríguez Caballero”, de 12 de diciembre de 2002, C-442/00; Sent. “Cordero Alonso”, de 7 de septiembre de 2006, C-81/05⁸¹⁴).

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, p. 104.

(Véase también CIENFUEGOS MATEO, M., “El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica”, en “*España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial*”, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, p. 50).

⁸⁰⁹ GÓMEZ SANZ, X., (Op. Cit.), pp. 106-107.

⁸¹⁰ El problema se suscitó ante la aplicación del Reglamento 404/93 por el que se establece el mercado común de los plátanos y una potencial lesión de derechos fundamentales garantizados en la Constitución alemana.

⁸¹¹ Tenía que ver con la aplicación de la Cuarta Directiva (Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978) respecto de las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad.

⁸¹² En relación con las normas de contabilidad en su relación la Cuarta Directiva (Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978) respecto de las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad.

⁸¹³ Sobre la protección de los consumidores a raíz de la aplicación de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de contratación, y de la Ley 26/1984, en relación con la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas.

⁸¹⁴ Tanto la Sent. “Rodríguez Caballero” como la Sent. “Cordero Alonso”, ambas en el ámbito social, y sobre las dificultades que planteaba en el Derecho Español la aplicación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones

Con todo, uno de los efectos más relevantes es cuando se produce una modificación legislativa a consecuencia de una sentencia prejudicial.

En España podemos encontrar un ejemplo de ello, citado por GÓMEZ SANZ⁸¹⁵, en el RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁸¹⁶. A éste podría añadirse el de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social⁸¹⁷, a propósito de la Sent. “Aziz” (C-415/11)⁸¹⁸, dictada como consecuencia de la remisión prejudicial efectuada por el Magistrado D. José María Fernández Seijo, siendo titular del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona; o el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal⁸¹⁹, que fue promulgado para la adaptación de la LEC (en concreto, su artículo 695.4⁸²⁰,

de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

⁸¹⁵ GÓMEZ SANZ, X. “*Op.Cit.*”, p. 121.

Este ejemplo viene referido a la interpretación dada por el Tribunal de Justicia del concepto de “poder adjudicador” en relación con las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE, sobre contratos públicos.

⁸¹⁶ Publicado en el BOE nº 148, de 21 de junio de 2000.

Esta norma fue posteriormene derogada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE nº 261, de 31 de octubre de 2007), a excepción del Capítulo V del Título V del Libro II –artículos 253 a 260, ambos inclusive-.

⁸¹⁷ BOE nº 116, de 15 de mayo de 2013.

Una ley que, según ha manifestado el Magistrado D. Manuel Ruíz de Lara, era y es caldo de cultivo para presentar nuevas cuestiones prejudiciales, desde la óptica de los principios de equivalencia y efectividad, p.e. en relación con la nueva redacción dada por esta ley al artículo 693.3 de la LEC (creando una distinción, para la liberación del bien hipotecado, entre vivienda habitual y no habitual); o la nueva redacción dada al artículo 695.4 de la LEC, si se la compara con lo establecido en el artículo 561.3 de la LEC. (RUÍZ DE LARA, M., “*Cuestiones prejudiciales comunitarias en el marco del procedimiento de ejecución español*”. Ponencia dictada en el Ciclo de Conferencias organizado por la Facultad de Derecho de Málaga, el 6 de noviembre de 2014, con el título “Derechos del justiciable, reformas de la Justicia e independencia del Poder Judicial”).

⁸¹⁸ Se dicta a propósito de la interpretación solicitada de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

⁸¹⁹ BOE nº 217, de 6 de septiembre de 2014.

⁸²⁰ Véase, respecto del artículo citado, la Disposición Final Tercera de dicho Real Decreto-ley.

que ya había sido modificado por la Ley 1/2013) a la Sent. “Sánchez Morcillo”, de 17 de julio de 2014 (C-169/14).

PARTE II: UNA VISIÓN ANALÍTICA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL: ALGUNOS ASPECTOS CUANTITATIVOS Y CUALITATIVOS

1.- Evolución cuantitativa y procesal en relación con los pronunciamientos realizados por el Tribunal de Justicia.

La cuestión temporal, es decir, el tiempo de espera a que debía someterse el tribunal nacional hasta obtener una respuesta por el Tribunal de Justicia, ha sido algo que ha contribuido a considerar como una “opción indeseable” la remisión de una cuestión prejudicial, sobre todo en aquellos casos en que la demora correspondiente incidiera en las expectativas de los litigantes en el proceso principal, hasta el punto de llegar a frustrarlas (como pudo ocurrir con la Sentencia “Smanor”, de 14 de julio de 1988, C-298/87)⁸²¹.

Comoquiera que la utilización de la cuestión prejudicial incide, como no podía ser de otro modo en un sistema basado en la cooperación judicial, en el nivel de confianza que los tribunales nacionales tengan en que el TJ dé una respuesta lo suficientemente rápida como para que la decisión a los procedimientos nacionales sea útil a las expectativas de las partes al plantearlos, no podemos dejar de preguntarnos si los plazos de resolución actuales responden o no a lo que los tribunales nacionales esperan del funcionamiento del Tribunal de Justicia.

En relación con la duración de los procedimientos prejudiciales ha sido, en meses, la siguiente: año 2000 (21,6); año 2001 (22,7); año 2002 (24,1); año 2003 (25,5); año 2004 (23,5); año 2005 (20,4); año 2006 (19,8); año 2007 (19,3); año 2008 (16,8); año 2009 (17,1); año 2010 (16,1); año 2011 (16,3); año 2012 (15,6); año 2013 (16,3); año 2014 (15,0)⁸²².

En relación con ésta, la Disposición Transitoria Cuarta, en opinión de RUÍZ DE LARA, por lo que se refiere al plazo preclusivo de un mes para la formulación de recurso de apelación –aparte del despropósito legislativo que supone-, sería susceptible, igualmente, de constituir objeto de cuestión prejudicial, pues podrían estarse incumpliendo los principios de equivalencia y efectividad.

⁸²¹ JARVIS, M.A., *“The application of EC Law by national courts. The free movement of goods”*. Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 427-428.

⁸²² Según la información publicada en los Informes Anuales del Tribunal de Justicia.

Respecto de los procedimientos prejudiciales de urgencia, desde que se creó esta vía procesal y computado en meses, el promedio de su duración ha sido el siguiente: año 2008 (2,1); año 2009 (2,6); año 2010 (2,2); año 2011 (2,5); año 2012 (1,9); año 2013 (2,2); año 2014 (2,2)⁸²³.

2.- Los Estados Miembros y su tendencia a acudir al Tribunal de Justicia en vía prejudicial: una visión inicial

Aunque a los efectos de este trabajo nos interesan solo algunos Estados, básicamente los de más reciente incorporación; además, evidentemente, del caso español, séanos dado citar lo siguiente a efectos meramente informativos:

Fue un tribunal holandés de La Haya, y en 1961 –es decir, cuatro años después de la entrada en vigor del originario Tratado CEE- el que presentó la primera cuestión prejudicial. El Tribunal de Justicia dictó así la Sent. “Bosch”, de 6 de abril de 1962 (C-13/61).

Italia no presentó su primera cuestión prejudicial sino hasta 1964, lo que dio lugar a la Sent. “Costa ENEL”, de 15 de julio de 1964 (C- 6/64).

Alemania lo hizo un año más tarde, en 1965, dando lugar a la Sent. “Deutschmann”, de 8 de julio de 1965 (C-10/65).

2.1. Análisis de las cuestiones planteadas por los Estados incorporados a la Unión en 2004

Gran parte de estos Estados, al igual que sucedió con los que se incorporaron con posterioridad, mostraban importantes carencias que, a mi juicio, habría hecho necesario que la Unión hubiera sido más “paciente” antes de haber dado el *placet* a su adhesión, ya que evidenciaban problemas, puestos de manifiesto por la Comisión Europea⁸²⁴, que eran reputados objetivamente como graves y, por tanto, ello implicaba que sus condiciones distaran de ser las ideales para hacerlos partícipes en ese momento de su integración en este sistema normativo, con todo lo que ello iba a llevar consigo.

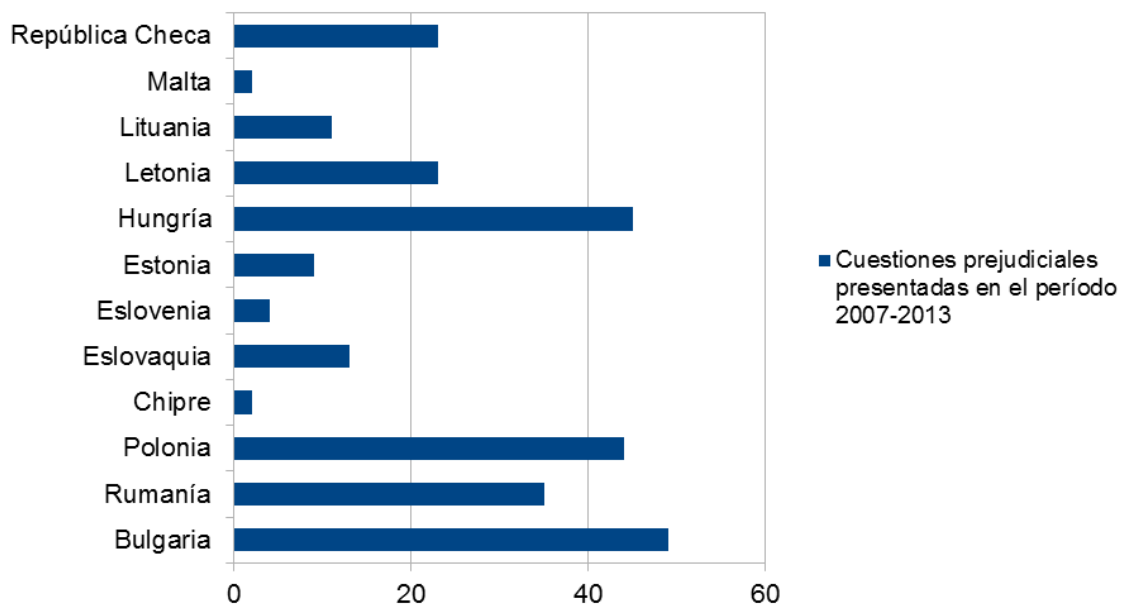
⁸²³ Según la información publicada en los Informes Anuales del Tribunal de Justicia de 2012, 2013 y 2014.

⁸²⁴ “Conseguir que la ampliación sea un éxito. Documento de estrategia e informe de la Comisión Europea sobre los progresos de cada uno de los países candidatos en la vía de la adhesión”. COM, año 2001, n° 700.

De los datos que a continuación se expresarán se puede deducir que no existe una correspondencia entre las cuestiones planteadas por estos Estados y la población de los mismos.

Como referencia, podemos tomar la evolución de su población de 2010 a 2014, adoptando como base el número de habitantes a 1 de enero de cada uno de esos años. Se incluirá también, en la tabla que a continuación se inserta, a los Estados que se incorporaron en 2007 y 2013 (Fuente: EUROSTAT):

	<u>2010</u>	<u>2011</u>	<u>2012</u>	<u>2013</u>	<u>2014</u>
Bulgaria:	7.421.766	7.369.431	7.327.224	7.284.552	7.245.677
Chipre:	819.140	839.751	862.011	865.878	858.000
Croacia:	4.302.847	4.289.857	4.275.984	4.262.140	4.246.700
Eslovaquia:	5.390.410	5.392.446	5.404.322	5.410.836	5.415.949
Eslovenia:	2.046.976	2.050.189	2.055.496	2.058.821	2.061.085
Estonia:	1.333.290	1.329.660	1.325.217	1.320.174	1.315.819
Hungría:	10.014.324	9.985.722	9.931.925	9.908.798	9.879.000
Letonia:	2.120.504	2.074.605	2.044.813	2.023.825	2.001.468
Lituania:	3.141.976	3.052.588	3.003.641	2.971.905	2.943.472
Malta:	414.027	414.989	417.546	421.364	425.384
Polonia:	38.167.329	38.529.866	38.538.447	38.533.299	38.495.659
Rep. Checa:	10.462.088	10.486.731	10.505.445	10.516.125	10.512.419
Rumanía:	20.294.683	20.199.059	20.095.996	20.020.074	19.942.642



No resultaría ocioso poner de relieve que, seguramente como correlato del carácter “político” que a veces ha querido verse desde el principio en las

resoluciones del Tribunal de Justicia, la primera cuestión prejudicial que estos países formularon pretendió acaso una decisión de este cariz.

Nos referimos, en concreto, a la presentada por Hungría y que dio lugar al A. “Vajnai”, de 6 de octubre de 2005, C-328/04⁸²⁵.

Ésta tenía por objeto que el TJUE se pronunciase sobre la compatibilidad del artículo 269/B, apartado 1, del Código penal húngaro con el principio de no discriminación, y ello en relación con el hecho de que el Sr. Attila Vajnai –a la sazón, en ese momento, vicepresidente del Partido de los Trabajadores de Hungría- había utilizado o exhibido en público, con motivo de una manifestación celebrada en Budapest el 21 de febrero de 2003, el símbolo consistente en una estrella roja de cinco puntas, el cual –siendo un signo comunista- se consideraba por el Código penal de Hungría como un “símbolo del totalitarismo”; y se ponía ello en contraste con el hecho de que, sin embargo, las organizaciones italianas de izquierdas puedan llevar los símbolos del movimiento obrero sin estar sometidas a prohibición alguna.

El Tribunal de Justicia, de un modo diplomático pero, a mi modo de ver, también harto discutible -habida cuenta su función-, se declaró incompetente, alegando que el caso no presentaba ningún elemento de conexión con ninguna de las situaciones contempladas en las disposiciones de los Tratados.

A continuación se procede a comentar los casos relacionados con cada EM, a modo meramente ilustrativo.

2.1.1. Chipre

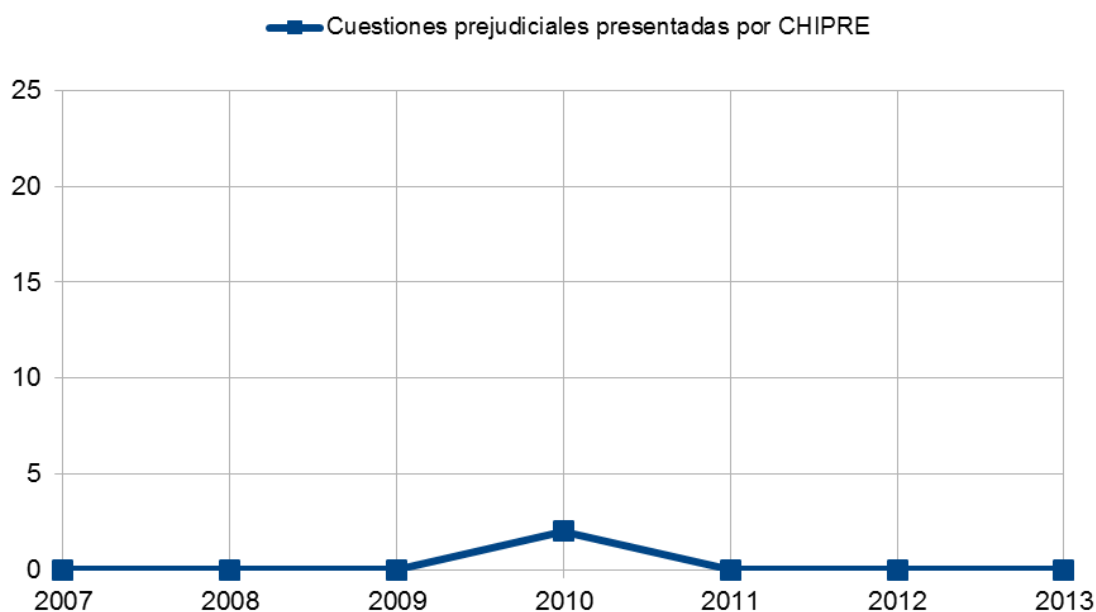
De este Estado, con carácter previo a la adhesión, la Comisión destacaba, de un modo particular, las carencias en lo tocante al control del blanqueo de capitales.

Las cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia en el caso de Chipre en el período 2007-2013, ambos incluidos, nos deja solo dos asuntos resueltos en el año 2010⁸²⁶, lo que da una idea de lo poco que ha

⁸²⁵ CHALMERS, D.; HADJIEMMANUIL, C.; MONTI, G.; TOMKINS, A., “*European Union Law*”. Cambridge University Press (2006), pp. 309-310.

⁸²⁶ A. “Michalias”, de 17 de junio de 2010, C-312/09; y Sent. “Symvoulio”, de 21 de octubre de 2010, C-570/08.

utilizado este país la vía procesal estudiada, teniendo en cuenta que forma parte de la UE desde el 1 de mayo de 2004.



Respecto a las cuestiones planteadas por este EM hay que subrayar, en lo que hace a su ámbito material, las que vienen referidas a la Cooperación Judicial en Materia Civil (1), así como a los Contratos Públicos (1), como se desprende de la siguiente síntesis:

En relación con la *Cooperación Judicial en Materia Civil*, el asunto “Michalias” (C-312/09), sobre la interpretación del Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (hoy derogado por el Reglamento CE nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003⁸²⁷). Se discutía por los cónyuges la competencia para entender de un procedimiento de divorcio, dándose la circunstancia de que uno de ellos había presentado la demanda en un tribunal chipriota, mientras que el otro lo había hecho en uno británico.

El Tribunal de Justicia resolvió mediante Auto, amparándose en lo previsto en el artículo 104, párrafo 3º, segundo, pues entendió que la cuestión prejudicial no dejaba lugar a duda razonable alguna. Y, efectivamente, así era, pues se invocó por una de las partes del procedimiento principal la aplicación del Reglamento (CE) nº 1347/2000 cuando era notorio que en la

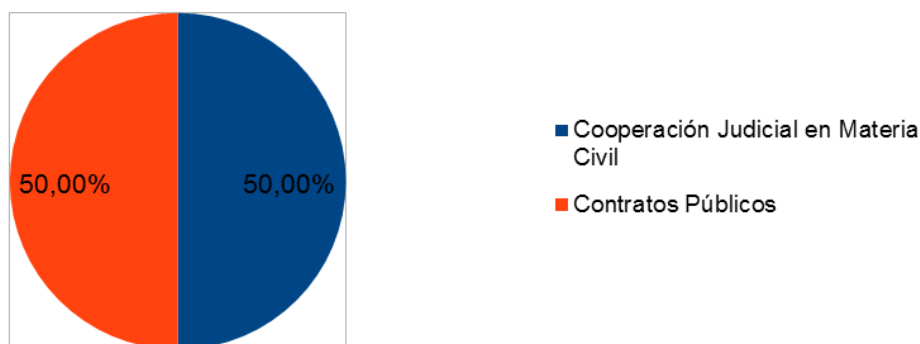
⁸²⁷ DOCE núm. L 338/1, de 23 de diciembre de 2003.

fecha de presentación de la demanda de divorcio por esa misma parte, Chipre no era todavía miembro de la Unión Europea. La cuestión, por tanto, la resuelve el Tribunal de Justicia diciendo, en el apartado 29 del Auto, que el órgano jurisdiccional chipriota debe examinar su competencia a la luz de los tratados internacionales firmados por ese país, así como de las disposiciones de su derecho interno, y no de un Reglamento –el ya citado- que, por las razones antedichas, no era aplicable en ese momento en territorio chipriota.

La cuestión parece “a priori” tan clara que dudo en atribuir el planteamiento de la cuestión por el órgano chipriota al motivo de su comprensible inexperiencia (teniendo en cuenta que era la primera cuestión prejudicial –aunque, técnicamente, hubiera que decir que era la segunda- que planteaba un órgano de este país al Tribunal de Justicia), o si precisamente, y haciendo caso omiso de lo que el sentido común pudiera haber indicado, el juzgador chipriota pretendía, simplemente, probar los cauces del diálogo interjurisdiccional con los jueces de Luxemburgo para adquirir experiencia en ello.

Por su parte, el asunto “Symvoulio” (C-570/08) se encuentra en relación con la materia referente a los *Contratos Públicos*, y su trasfondo es la facultad de interponer un recurso por parte de la Agencia de Saneamiento de las Aguas Residuales de Nicosia, como entidad adjudicadora, ante un órgano de naturaleza jurisdiccional.

Ránking chipriota por materias



2.1.2. Eslovaquia

A juicio de la Comisión, Eslovaquia se encontraba, en el estado previo a su adhesión, en una situación en la que necesitaba reforzar la independencia del Poder Judicial, intensificar la persecución de la corrupción, actuar en lo concerniente a los malos tratos policiales y avanzar en el respeto de las minorías⁸²⁸.

Tampoco este país que, como el anterior, se incorporó a la UE en 2004, se ha caracterizado por haber planteado un número razonable de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, y así queda demostrado si hacemos un análisis del período comprendido entre los años 2007 a 2013.

Efectivamente, en el año 2007⁸²⁹ se resolvió un asunto, también uno en el año 2008⁸³⁰, en el año 2009 no se resolvió ningún asunto, mientras que en el año 2010⁸³¹ se decidió un asunto, dos en el año 2011⁸³², cinco en el año 2012⁸³³ y tres en el año 2013⁸³⁴.

⁸²⁸ SALINAS DE FRÍAS, A., “*La ampliación comunitaria a los países de la Europa Central y Oriental y la protección de los derechos humanos*”. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 43/44, Valencia, 2003, p. 74.

⁸²⁹ A. “Koval’ský”, de 25 de enero de 2007, C-302/06.

⁸³⁰ A. “Mihal”, de 21 de mayo de 2008, C-456/07.

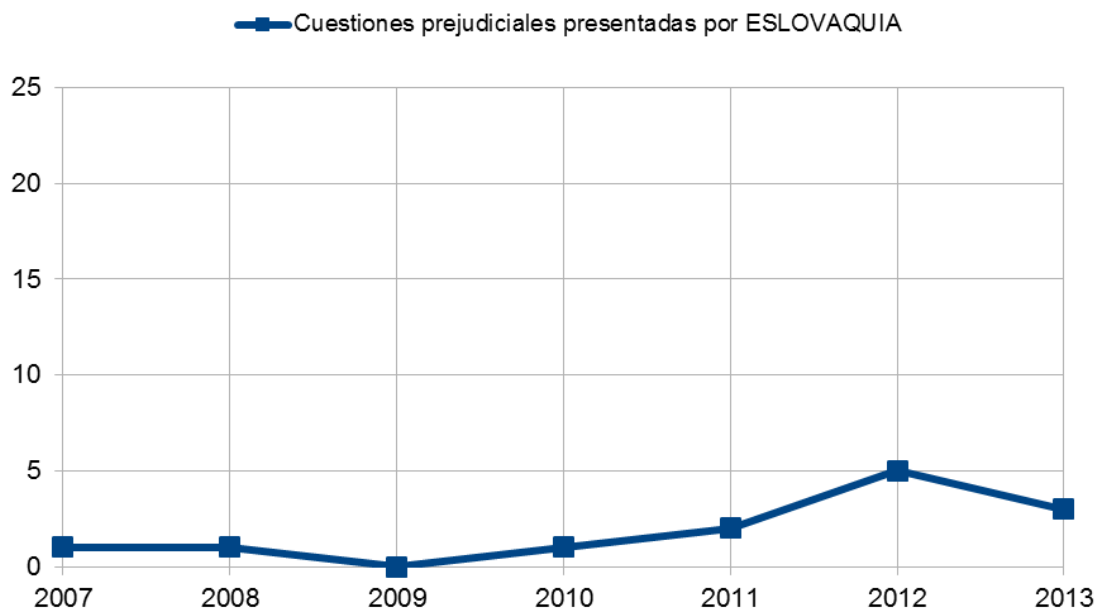
⁸³¹ A. “Pohotovost’”, de 16 de noviembre de 2010, C-76/10.

⁸³² Sent. “Lesoochránárske zoskupenie“, de 8 de marzo de 2011, C-240/09; y Sent. “Tanoarch”, de 27 de octubre de 2011, C-504/10.

⁸³³ Sent. “Perenicová y Perenic”, de 15 de marzo de 2012, C-453/10; Sent. “SAG ELV Slovensko”, de 29 de marzo de 2012, C-599/10; A. “Sujetová”, de 22 de octubre de 2012, C-252/11; Sent. “Profitube”, de 8 de noviembre de 2012, C-165/11; y A. “SKP”, de 8 de noviembre de 2012, C-433/11.

⁸³⁴ Sent. “Krizan”, de 15 de enero de 2013, C-416/10; Sent. “Slovenská sporiteľňa”, de 7 de febrero de 2013, C-68/12; y Sent. “Haasová”, de 24 de octubre de 2013, C-22/12.

Hubo, igualmente, dos asuntos que fueron retirados por los tribunales remitentes (C-373/12 y C-496/12).



En este EM destacan, en primer lugar, las cuestiones referidas a la Protección de los Consumidores (4), seguidas de las que tienen que ver con el IVA (3) y las relacionadas con el Medio Ambiente (2).

La primera cuestión suscitada por este EM, enmarcable en la categoría de *Principios, Objetivos y Misiones de los Tratados*, fue la que dio lugar al A. “Koval’ský” (C-302/06). En línea con lo sucedido con la experiencia de algunos otros Estados de los que estamos hablando, devino en una declaración de manifiesta incompetencia por parte del Tribunal de Justicia, ya que se pretendía en el procedimiento principal el pago de una suma a título de compensación por la utilización de un terreno privado donde había unas instalaciones eléctricas que servían para el transporte colectivo de la ciudad de Presov y, para resolver el asunto, el órgano remitente precisaba, supuestamente, la interpretación del *Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (o Protocolo nº 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos), firmado en París el 20 de marzo de 1952⁸³⁵.

La segunda cuestión, A. “Mihal” (C-456/07), fue todo lo lejos que supone una declaración por parte del Tribunal de Justicia de que la respuesta a la cuestión planteada podía deducirse claramente de su jurisprudencia.

⁸³⁵ El Tribunal de Justicia, como fundamento de su decisión, hacía notar en su Auto que las cuestiones que le habían sido sometidas no tenían nada que ver con la interpretación del Tratado ni con un acto adoptado por una Institución comunitaria (aptdo. 21); y, por otra parte, la situación fáctica del procedimiento principal no ofrecía ningún nexo para la aplicación del derecho comunitario (aptdo. 22).

Destacamos, sin embargo, el hecho de que la cuestión tratara sobre la Sexta Directiva del *IVA* en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros⁸³⁶.

También sobre la aplicación del IVA –en relación con una patente- versa la Sent. “Tanoarch” (C-504/10)⁸³⁷, así como la Sent. “Profitube” (C-165/11).

En el A. “Pohotovost” (C-76/10), acerca de un asunto de *Protección de los Consumidores* con ocasión de un crédito al consumo (en el que concurre la ejecución de un laudo arbitral y la existencia de posibles cláusulas abusivas –entre las que se encuentra la aplicación de una TAE de un 95,60% que, sin embargo, no se menciona en el contrato celebrado entre las partes-), el Tribunal de Justicia vuelve a considerar que las respuestas a las cuestiones planteadas pueden deducirse claramente de su jurisprudencia.

La Sent. “Perenicová y Perenic” (C-453/10) trata, igualmente, sobre la protección a los consumidores en relación con un crédito al consumo en el que el operador –“SOS”, que es una entidad no bancaria que concede créditos al consumo en virtud de contratos de adhesión estándar-, había indicado una TAE inferior a la realmente aplicable (la TAE del contrato era del 48,63%, mientras que, según el cálculo realizado por el órgano jurisdiccional remitente, es en realidad del 58,76%, ya que la entidad no había incluido en su cálculo los gastos inherentes al crédito concedido).

Igualmente, el A. “Sujetová” (C-252/11), en relación con un contrato de seguro de vida, aunque la cuestión prejudicial acabó retirándose por el tribunal remitente, puesto que el procedimiento principal había devenido sin objeto; y el A. “SKP” (C-433/11)- referido a una cláusula abusiva en un contrato de leasing- aunque la misma fue declarada manifiestamente inadmisibile por el Tribunal de Justicia.

En la Sent. “Lesoochránárske zoskupenie” (C-240/09) el asunto se refiere al ámbito del *Medio Ambiente*, ya que se pide una interpretación del Convenio de Aarhus⁸³⁸; al igual que ocurre con la Sent. “Krizan” (C-

⁸³⁶ Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios (DO L 145, de 13 de junio de 1977).

⁸³⁷ Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

⁸³⁸ Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, celebrado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005 (DO L 124, p.1).

416/10) en la que, también en relación con este Convenio, y por parte de 45 personas físicas actuando como demandantes, el tema de fondo versaba sobre la legalidad de resoluciones de la autoridad administrativa que autorizaban la construcción y la explotación de un vertedero de residuos⁸³⁹.

En la Sent. “SAG ELV Slovensko” (C-599/10) nos encontramos ante una materia de *Contratos Públicos*, sobre la exclusión de varias empresas de una licitación abierta para la prestación de servicios de cobro de peajes en las autopistas y en determinadas carreteras⁸⁴⁰.

Por su parte, la Sent. “Slovenská sporiteľňa” (C-68/12), relativa al ámbito de la *Competencia*, versa sobre la interpretación del artículo 101 del TFUE, y cuyo trasfondo es el comportamiento de tres bancos, constitutivo de un posible acuerdo colusorio para restringir la competencia.

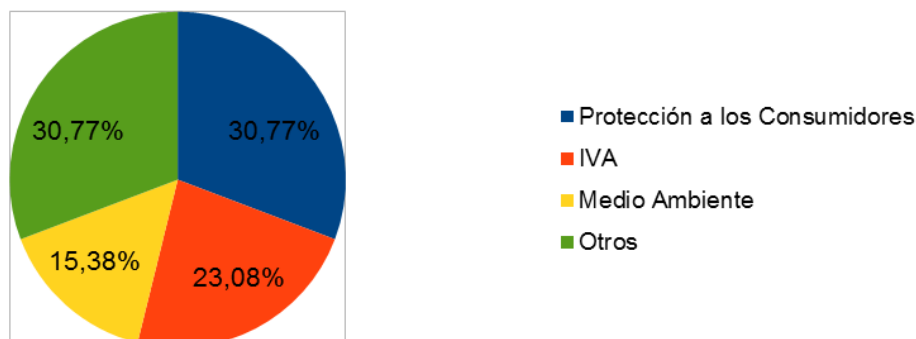
Finalmente, la Sent. “Haasová” (C-22/12) tiene como fundamento el *Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil* derivada de la circulación de vehículos automóviles.

⁸³⁹ En esta Sentencia podemos apreciar una reedición de esos conflictos que, de vez en vez, y en algunos países (República Checa, etc.) se producen entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y que, trascendiendo del ámbito nacional, llegan al Tribunal de Justicia, por mor de la “venenosa” formulación, claramente alusiva, de alguna cuestión prejudicial. Valga como ejemplo la cuestión primera que se planteó en el asunto del que hablamos, y que a continuación transcribimos:

“¿Impone o permite el Derecho [de la Unión] (en particular el artículo 267 TFUE) que el Tribunal supremo de un Estado miembro plantee de oficio ante el [Tribunal de Justicia] una petición de decisión prejudicial en una fase procesal en la que el Tribunal constitucional ha anulado la sentencia del Tribunal supremo, basada principalmente en la aplicación de la [normativa de la Unión] en materia de protección del medio ambiente, obligándole a atenerse a las apreciaciones jurídicas del Tribunal constitucional basadas en la vulneración de los derechos constitucionales procesales y sustantivos de una parte del procedimiento judicial sin tener en cuenta las cuestiones de [Derecho de la Unión] del litigio; en otras palabras, cuando el Tribunal constitucional, actuando como órgano jurisdiccional de última instancia, no considera que debe plantear una cuestión prejudicial ante el [Tribunal de Justicia] y excluye con carácter prejudicial la aplicación en el litigio principal del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y a su protección?”

⁸⁴⁰ Se pedía la interpretación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114).

Ránking eslovaco por materias



2.1.3. Eslovenia

El diagnóstico de Eslovenia, previo a su adhesión, a juicio de la Comisión, era el de un Estado con serios problemas en lo que hace al trato dispensado por la policía, así como presentaba carencias en lo que hace a la independencia del Poder Judicial⁸⁴¹.

Este país forma parte de la UE desde el 1 de mayo de 2004. Ha sido muy discreto también el papel desempeñado por los órganos jurisdiccionales eslovenos a la hora de plantear cuestiones prejudiciales en el período 2007-2013, ya que solo en el año 2009⁸⁴² se pronunció el TJ en un caso, en otro lo hizo en el año 2011⁸⁴³, en uno en el año 2012⁸⁴⁴ y, finalmente, también en un caso en el año 2013⁸⁴⁵.

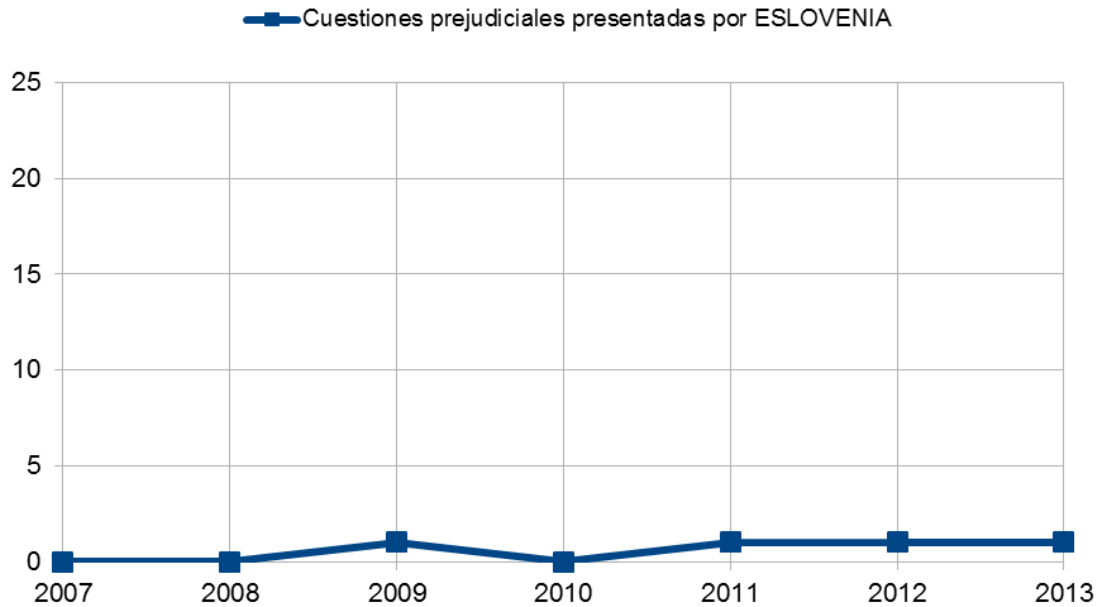
⁸⁴¹ SALINAS DE FRÍAS, A., “*La ampliación comunitaria a los países de la Europa Central y Oriental y la protección de los derechos humanos*”. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 43/44, Valencia, 2003, p. 74.

⁸⁴² Sent. “Deticek”, de 23 de diciembre de 2009, C-403/09 PPU.

⁸⁴³ Sent. “Omejc”, de 16 de junio de 2011, C-536/09.

⁸⁴⁴ Sent. “Pelati”, de 18 de octubre de 2012, C-603/10.

⁸⁴⁵ A. “Grilc”, de 17 de enero de 2013, C-541/11.



De la casuística de los asuntos presentados por este EM, procede hacer la siguiente síntesis:

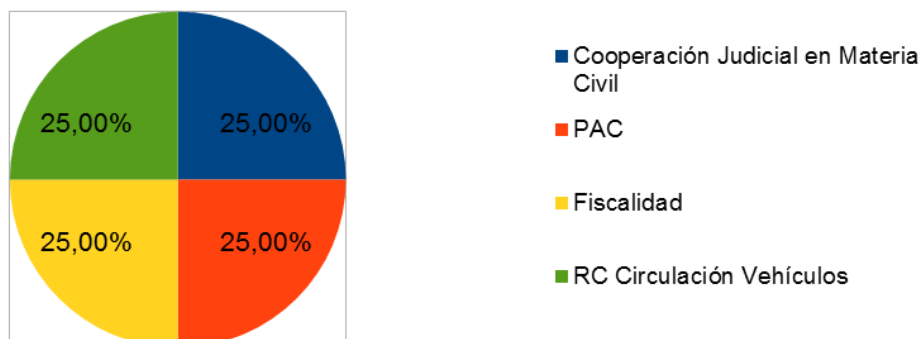
En el área de la *Cooperación Judicial en Materia Civil*, la Sent. “Deticek” (C-403/09 PPU), que se dicta en el marco de un litigio entre la Sra. Deticek y el Sr. Sgueglia sobre la custodia de su hija Antonella.

En el ámbito de la *Política Agrícola Común (PAC)*, la Sent. “Omejc” (C-536/09), sobre la denegación de una solicitud de ayuda directa a la agricultura presentada por la Sra. Omejc.

En relación con la *Fiscalidad*, la Sent. “Pelati” (C-603/10), sobre una solicitud de concesión de ventajas fiscales con motivo de una escisión de empresa.

Respecto al *Seguro de Responsabilidad Civil derivada de la Circulación de Vehículos Automóviles*, el A. “Grilc” (C-541/11), sobre la indemnización de los daños sufridos por un accidente de circulación en Eslovaquia.

Ráaking esloveno por materias



2.1.4. Estonia

Los problemas de Estonia previos a su adhesión a la Unión se centraban en la discriminación e integración de las minorías —en especial, la rusa—⁸⁴⁶.

Los órganos jurisdiccionales estonios, que desde el 2004 disponían de la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales, se han caracterizado también por haber acudido con cierta parquedad a la vía prejudicial, de modo que el Tribunal de Justicia, en el período 2007-2013, se ha pronunciado en cuatro ocasiones en el año 2009⁸⁴⁷, dos en el año 2011⁸⁴⁸, una en el 2012⁸⁴⁹ y dos en el 2013⁸⁵⁰.

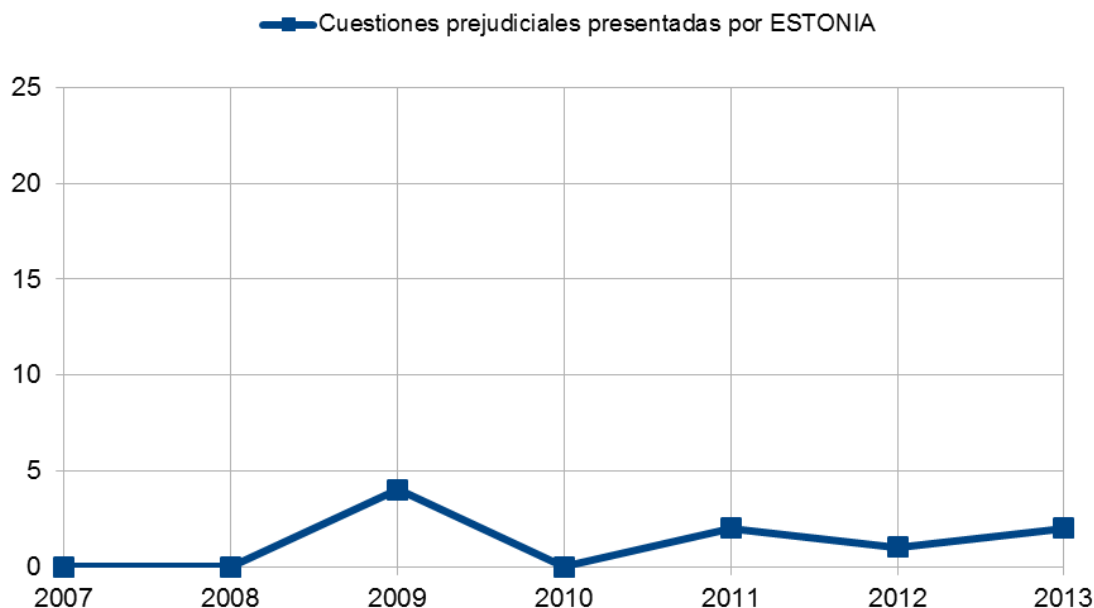
⁸⁴⁶ SALINAS DE FRÍAS, A., “*La ampliación comunitaria a los países de la Europa Central y Oriental y la protección de los derechos humanos*”. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 43/44, Valencia, 2003, p. 74.

⁸⁴⁷ Sent. “JK Otsa Talu”, de 4 de junio de 2009, C-241/07; Sent. “Balbiino”, de 4 de junio de 2009, C-560/07; Sent. “Pärlitigu”, de 16 de julio de 2009, C-56/08; y Sent. “Rakvere Lihakombinaat”, de 29 de octubre de 2009, C-140/08.

⁸⁴⁸ Sent. “Novo Nordisk”, de 5 de mayo de 2011, C-249/09; y Sent. “Rakvere Piim”, de 7 de julio de 2011, C-523/09.

⁸⁴⁹ Sent. “Pimix”, de 12 de julio de 2012, C-146/11.

⁸⁵⁰ Sent. “Nordecon y Ramboll Eesti”, de 5 de diciembre de 2013, C-561/12; y Sent. “Ragn-Sells”, de 12 de diciembre de 2013, C-292/12.



Hay que destacar, como más notables, las materias referidas a la PAC (4 asuntos) y a la Unión Aduanera (2 asuntos).

A modo de síntesis sobre las materias concernidas en las cuestiones planteadas por este EM, valga lo siguiente:

En el ámbito de la *PAC*, la Sent. “JK Otsa Talu” (C-241/07), en relación con la denegación de la concesión de ayudas a una producción favorable para el medio ambiente, en el marco del FEOGA.

La Sent. “Balbiino” (C-560/07), relativa al gravamen a una empresa sobre los excedentes de productos agrícolas que comercializa.

La Sent. “Rakvere Piim” (C-523/09), sobre el cálculo de tasas adeudadas en concepto de inspecciones y controles sanitarios de la producción de leche.

La Sent. “Pimix” (C-146/11), en relación con la percepción del gravamen sobre los excedentes de los productos agrícolas.

En relación con la *Unión Aduanera*, la Sent. “Pärlitigu” (C-56/08), sobre una liquidación tributaria referida a la importación de espaldas congeladas de salmón de piscifactoría originario de Noruega, y en el que se trata de determinar, para la correcta clasificación arancelaria, si es un “desperdicio de pescado” o si, por el contrario, un producto apto para el consumo humano.

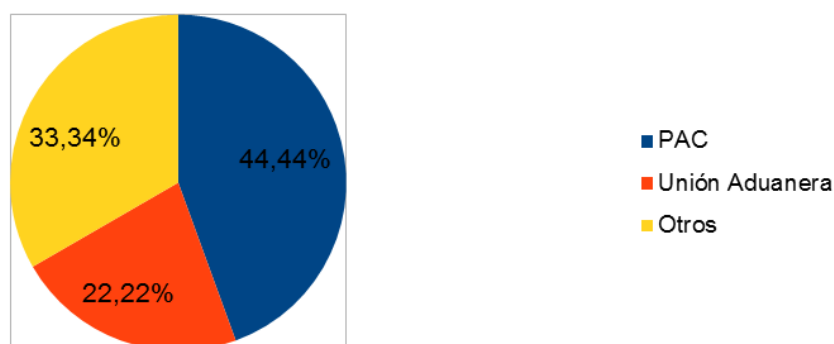
La Sent. “Rakvere Lihakombinaat” (C-140/08), que tiene su origen en el gravamen sobre los excedentes de carne congelada de pollo, y en el que el órgano nacional tiene dudas sobre la clasificación arancelaria de los productos objeto del litigio principal.

Respecto de los *Medicamentos*, la Sent. “Novo Nordisk” (C-249/09), en relación con una resolución de la Oficina de Medicamentos de la República de Estonia por la que se obliga a la sociedad “Novo Nordisk” a poner fin a la publicidad de “Levemir” (análogo de insulina), por ser contraria a la Ley del Medicamento pues, según ésta, la publicidad de un medicamento no debe contener información no recogida en el resumen de las características del producto.

En relación con los *Contratos Públicos*, la Sent. “Nordecon y Ramboll Eesti” (C-561/12), sobre la anulación de un procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación para la adjudicación de un contrato público, referido a la construcción de un tramo de carretera.

En el ámbito de la *Competencia*, la Sent. “Ragn-Sells” (C-292/12), sobre determinadas cláusulas del Pliego de Condiciones elaborado por el Municipio de Sillamäe, en el marco del procedimiento de adjudicación de una concesión de servicios relativos a la recogida y transporte de residuos generados en su término municipal.

Ránking estonio por materias



2.1.5. Hungría

Hungría, antes de su incorporación a la UE, tenía problemas de malos tratos policiales, así como discriminación severa de los gitanos⁸⁵¹.

La República de Hungría es uno de los países del grupo al que nos venimos refiriendo que, incorporado a la Unión en el año 2004, más cuestiones prejudiciales ha planteado.

De este modo, en el período 2007-2013 podemos reseñar que el Tribunal de Justicia ha resuelto un asunto en el año 2007⁸⁵², dos asuntos en el año 2008⁸⁵³, cinco asuntos en el año 2009⁸⁵⁴, diez asuntos en el año 2010⁸⁵⁵, tres asuntos en el año 2011⁸⁵⁶, once asuntos en el año 2012⁸⁵⁷ y trece en el año 2013⁸⁵⁸.

⁸⁵¹ SALINAS DE FRÍAS, A., “*La ampliación comunitaria a los países de la Europa Central y Oriental y la protección de los derechos humanos*”. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 43/44, Valencia, 2003, p. 74.

⁸⁵² Sent. “KÖGÁZ”, de 11 de octubre de 2007, en los asuntos acumulados C-283/06 y C-312/06.

⁸⁵³ Sent. “Katz”, de 9 de octubre de 2008, C-404/07; y Sent. “Cartesio”, de 16 de diciembre de 2008, C-210/06.

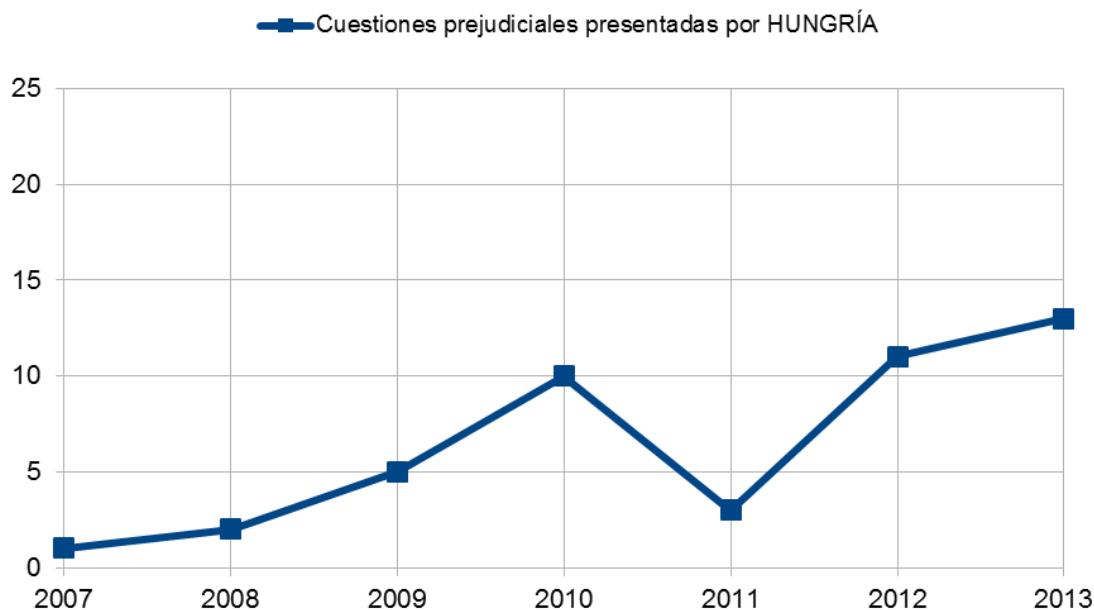
⁸⁵⁴ Sent. “PARAT Automotive Cabrio”, de 23 de abril de 2009, C-74/08; Sent. “Lidl Magyarország”, de 30 de abril de 2009, C-132/08; Sent. “Pannon GSM”, de 4 de junio de 2009, C-243/08; A. “Pannon”, de 17 de septiembre de 2009, C-143/09; y Sent. “Hochtief”, de 15 de octubre de 2009, C-138/08.

⁸⁵⁵ Sent. “Sió-Eckes”, de 25 de febrero de 2010, C-25/09; Sent. “CIBA”, de 15 de abril de 2010, C-96/08; A. “RANI Slovakia”, de 16 de junio de 2010, C-298/09; Sent. “Bolbol”, de 17 de junio de 2010, C-31/09; Sent. “Pannon Gép Centrum”, de 15 de julio de 2010, C-368/09; Sent. “Uzonyi”, de 30 de septiembre de 2010, C-133/09; Sent. “Uszodaépítő”, de 30 de septiembre de 2010, C-392/09; Sent. “Eredics y Sápi”, de 21 de octubre de 2010, C-205/09; Sent. “VB Pénzügyi Lízing”, de 9 de noviembre de 2010, C-137/08; y Sent. “Ker-Optika”, de 2 de diciembre de 2010, C-108/09.

⁸⁵⁶ Sent. “Ebert”, de 3 de febrero de 2011, C-359/09; Sent. “Bábolna”, de 9 de junio de 2011, C-115/10; y Sent. “Nagy”, de 21 de julio de 2011, C-21/10.

⁸⁵⁷ Sent. “Urbán”, de 9 de febrero de 2012, C-210/10; Sent. “Invitel”, de 26 de abril de 2012, C-472/10; Sent. “Mahagében y Dávid”, de 21 de junio de 2012, en los asuntos acumulados C-80/11 y C-142/11; Sent. “ERSTE Bank Hungary”, de 5 de julio de 2012, C-527/10; A. “Hermes Hítel”, de 6 de julio de 2012, C-16/12; Sent. “VALE Építési”, de 12 de julio de 2012, C-378/10; Sent. “Mecsek-Gabona”, de 6 de septiembre de 2012, C-273/11; Sent. “Tóth”, de 6 de septiembre de 2012, C-324/11; Sent. “Édukovávizig”, de 18 de octubre de 2012, C-218/11; Sent. “Bericap”, de 15 de noviembre de 2012, C-180/11; y Sent. “Abed El Karem”, de 19 de diciembre de 2012, C-364/11.

⁸⁵⁸ A. “Peró Gáz”, de 14 de febrero de 2013, C-349/12; Sent. “Banif Plus Bank”, de 21 de febrero de 2013, C-472/11; Sent. “Fekete”, de 7 de marzo de 2013, C-182/12; Sent. “Allianz



Hemos de destacar la prevalencia que alcanzan los asuntos relativos al ámbito tributario –en particular, con el IVA- (10 asuntos); así como aquellos que tienen que ver con la Protección a los Consumidores –en concreto, en relación con cláusulas abusivas en los contratos- (6 asuntos) y, finalmente, con la Libertad de Establecimiento (3 asuntos).

Valgan, en síntesis, las menciones que a continuación se exponen, y que vienen referidas a los asuntos planteados por órganos jurisdiccionales pertenecientes a este EM:

En la Sent. “KÖGÁZ” (asuntos acumulados C-283/06 y C-312/06) se solicita por dos órganos jurisdiccionales húngaros la interpretación de la Sexta Directiva IVA.

Como ya hemos manifestado antes, esta materia suscita recurrentes cuestiones planteadas por esta categoría de Estados Miembros, no solo

Hungría Biztosító”, de 14 de marzo de 2013, C-32/11; Sent. “Shomodi”, de 21 de marzo de 2013, C-254/11; Sent. “Alakor”, de 16 de mayo de 2013, C-191/12; A. “Hardimpex”, de 16 de mayo de 2013, C-444/12; Sent. “Jörös”, de 30 de mayo de 2013, C-397/11; Sent. “Csonka”, de 11 de julio de 2013, C-409/11; A. “Nagy”, de 10 de octubre de 2013, asuntos acumulados C-488 a 491/12 y C-526/12; A. “Kovács”, de 10 de octubre de 2013, C-5/13; Sent. “OTP Bank”, de 17 de octubre de 2013, C-519/12; y Sent. “BDV Hungary Trading”, de 19 de diciembre de 2013, C-563/12.

porque es algo que no existía en su sistema tributario anterior, sino también debido a que, como en el presente caso, podía confluír con otras figuras tributarias similares que venían existiendo hasta ese momento, relacionadas con un impuesto sobre el volumen de negocios -que, en este asunto, viene referido al HIPA (*“helyi iparúzési adó”*)- por lo que se generaba una duda sobre su compatibilidad.

También sobre esta materia, la Sent. “PARAT Automotive Cabrio” (C-74/08), que trataba sobre el derecho a deducir el IVA en la compra de un bien que se paga con una subvención financiada con fondos públicos.

Igualmente, la Sent. “Pannon Gép Centrum” (C-368/09), en la que aunque el órgano remitente citase la Sexta Directiva, el Tribunal de Justicia precisó que, puesto que había sido derogada y sustituida por la Directiva 2006/112, había que entender las cuestiones referidas a esta última; siendo el tema de fondo, básicamente, el derecho a deducción del IVA en supuestos en los que existen errores formales en la emisión de las facturas. Cabe mencionar, en relación con la misma materia, y en un supuesto prácticamente idéntico, la Sent. “Uszodaépítő” (C-392/09).

La Sent. “Mahagében y Dávid” (asuntos acumulados C-80/11 y C-142/11) vuelve a tratar el mismo tema, en este caso centrado en la deducción del IVA en relación con operaciones consideradas sospechosas (suministro y entrega de troncos de acacia, en uno de los supuestos; y, en el otro, un contrato de obra).

En un supuesto análogo al examinado en el asunto principal que dio lugar a la anterior, la Sent. “Tóth” (C-324/11), en el que el derecho a deducción del IVA de un empresario se cuestionaba por el hecho de haberse cancelado la inscripción en el censo de empresarios del emisor de la factura.

En el mismo ámbito material, el A. “Hardimpex” (C-444/12), sobre la deducción del IVA en supuestos sospechosos (proveniencia no verificada de los bienes que constan en las facturas, irregularidades en la obligación de declaración fiscal por parte de la empresa emisora de la factura, etc.) en el que el TJ dice que la respuesta puede deducirse claramente de su jurisprudencia.

En la Sent. “Mecsek-Gabona” (C-273/11) se dilucida el tema de una entrega de bienes exenta de IVA, por ser una entrega intracomunitaria, y en qué medida y bajo qué condiciones el vendedor (una sociedad húngara), cuando no realiza él mismo el transporte, responde de la conducta

supuestamente fraudulenta del adquirente (una sociedad italiana), y viene obligado al pago del IVA.

Con la Sent. “Alakor” (C-191/12), y en relación con el IVA, se trata una cuestión de devolución de ingresos indebidos por parte de un EM.

Y, finalmente, en relación con este ámbito material, tenemos la Sent. “BDV Hungary Trading” (C-563/12), que versa sobre la exención del IVA en las entregas de bienes expedidos o transportados fuera de la Unión.

Sobre la *Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal* trata la Sent. “Katz” (C-404/07)⁸⁵⁹, en un supuesto de estafa en el que una parte actúa como acusación particular sustitutoria; y la Sent. “Eredics y Sápi” (C-205/09), en un caso de daños a los intereses económicos de la UE.

Respecto de la *Cooperación Judicial en Materia Civil*, en un asunto referido a una insolvencia⁸⁶⁰, tenemos la Sent. “ERSTE Bank Hungary” (C-527/10).

En la Sent. “Lidl Magyarország” (C-132/08) se plantea un asunto sobre la *Libre Circulación de Mercancías*, relativa a la comercialización por “Lidl” en Hungría de un equipo radioeléctrico fabricado por una sociedad con domicilio social en Bélgica.

También sobre esta materia, la Sent. “Ker-Optika” (C-108/09), a propósito de una resolución administrativa por la que se prohibía a una empresa, Ker-Optika, la comercialización de lentes de contacto por internet, y en la que se realizaba una interpretación de la Directiva sobre el Comercio Electrónico⁸⁶¹.

Con la Sent. “Pannon GSM” (C-243/08) se aborda un asunto de *Protección a los Consumidores*, en concreto, con cláusulas abusivas contenidas en un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil. En el caso de autos consistía en la competencia jurisdiccional de los tribunales

⁸⁵⁹ La referencia concreta es a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO L 82, p. 1).

⁸⁶⁰ Se solicita la interpretación del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DOCE, L 160, de 30 de junio).

⁸⁶¹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DOCE, L 178, de 17 de julio de 2000).

correspondientes a la circunscripción del domicilio social de la empresa suministradora para toda controversia nacida del contrato, lo que, como es natural, pudiendo aquél estar lejos del domicilio del consumidor, le produciría a éste –por los gastos asociados- dificultades para su comparecencia en juicio y, por tanto, para la defensa de sus intereses.

También en sede de Protección a los Consumidores⁸⁶² podría ubicarse el A. “Pannon” (C-143/09), el cual tenía como trasfondo el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas a los usuarios finales, y que fue resuelto diciendo que la respuesta a las cuestiones planteadas podía deducirse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en este caso, afirmando que los preceptos interesados de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, no eran aplicables, pues el litigio principal se refería al año 2003, es decir, a un momento anterior a la adhesión de Hungría a la Unión Europea).

En el mismo sentido, la Sent. “UB Pénzügyi Lizing” (C-137/08), que se refiere a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁸⁶³; en particular, un contrato de préstamo para financiar la compra de un vehículo. En este asunto volvemos a encontrarnos con una cláusula de atribución de competencia jurisdiccional, que no lo es a favor de los tribunales de la circunscripción del domicilio del consumidor demandado (contrariando con ello lo previsto en las normas de enjuiciamiento civil húngaras), lo que podría caracterizarla como “cláusula abusiva”. Teniendo este caso una similitud tan grande con el asunto “Pannon GSM” antes comentado, una vez dictada en éste la correspondiente Sentencia, el órgano remitente informó al Tribunal de Justicia que retiraba parcialmente las cuestiones que le había sometido, excepto una –la tercera cuestión- sobre la que seguía interesado en obtener una respuesta, y planteando otras cuestiones de carácter complementario.

Igualmente, la Sent. “Invitel” (C-472/10), en la que se plantean cuestiones sobre el uso por parte de “Invitel” de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores (exigencia del pago de gastos inicialmente no acordados entre las partes, por ejemplo, los derivados del abono de las facturas por giro postal).

⁸⁶² Considerando Segundo de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 (DO L 108, de 24 de abril).

⁸⁶³ DOCE, L 95, de 21 de abril, pp. 29-34.

Otro ejemplo lo constituye la Sent. “Banif Plus Bank” (C-472/11), cuyo trasfondo lo constituye el pago de las cantidades adeudadas en virtud de un contrato de préstamo en un supuesto de resolución anticipada del contrato por la entidad prestamista debido a un comportamiento imputable al prestatario, y en el que se pone en cuestión el carácter abusivo de una cláusula de dicho contrato. La misma estipulaba que si el contrato se resolvía antes de que finalizara su vigencia a consecuencia de un incumplimiento del prestatario o por cualquier otro motivo derivado de un comportamiento que le fuera imputable, el prestatario debería abonar, además de los intereses de demora y los gastos, el importe total de las cuotas de amortización restantes. Dichas cuotas vencidas comprendían, además del principal, los intereses del préstamo y la prima del seguro.

Respecto del mismo ámbito material, la Sent. “Jörös” (C-397/11), en la que se interpreta la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, a propósito de las cantidades adeudadas en virtud de un contrato de préstamo como consecuencia de una serie de cláusulas contractuales que preveían una modificación unilateral de determinadas estipulaciones por parte del establecimiento financiero (“Aegon”).

En la Sent. “Hochtief” (C-138/08) se plantea un tema relacionado con los *Contratos Públicos* que, en particular, se refiere a la adjudicación de una obra pública, cuya licitación había sido convocada por el Ayuntamiento de Budapest.

En el mismo ámbito hay que situar a la Sent. “Édukövìzig” (C-218/11), sobre la adjudicación de un contrato público de realización de obras en infraestructuras de transporte, y que tiene también como protagonista a la empresa “Hochtief”. Comoquiera que la entidad adjudicadora exigía, en lo que atañe a la capacidad económica y financiera de los candidatos, la presentación de un documento uniforme, elaborado conforme a las normas contables, fijando un nivel mínimo, de tal modo que se requería la inexistencia de un resultado negativo en el balance en más de uno de los tres últimos ejercicios concluidos. El órgano nacional interesaba, a este respecto, la interpretación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios⁸⁶⁴.

⁸⁶⁴ DOUE, L 134, de 30 de abril de 2004. Actualmente derogada por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (DOUE, L 94, de 28 de marzo de 2014).

En la Sent. “Sió-Eckes” (C-25/09) se dilucida un asunto enmarcable dentro de la *Política Agrícola Común* (PAC), pues se trata de una ayuda utilizada, de modo presuntamente irregular, por una empresa húngara para la producción de pulpa de melocotón, por lo que se la conminaba a la devolución de la misma, más los intereses correspondientes.

En este sentido también, la Sent. “Uzonyi” (C-133/09), respecto a las diferencias de pago por el azúcar; la Sent. “Bábolna” (C-115/10), en relación con la concesión de una ayuda nacional complementaria a una empresa que ejerce una actividad agraria, si la misma se encuentra incurso en un procedimiento de liquidación voluntaria; y la Sent. “Nagy” (C-21/10), sobre la denegación de una ayuda agroambiental quinquenal.

Dentro de la *Libertad de Establecimiento* se encuentra la Sent. “CIBA” (C-96/08), por cuanto se dirimía si el importe de la cotización de formación profesional que una empresa húngara debía pagar en este país, según su legislación, por una sucursal que tenía en la República Checa, podía suponer una doble imposición fiscal y, por consiguiente, una restricción a la libertad de establecimiento.

Dentro del mismo ámbito, la Sent. “VALE Építési” (C-378/10), en relación con una transformación transfronteriza de una sociedad mercantil italiana en una sociedad húngara.

En un supuesto muy similar, la Sent. “Cartesio” (C-210/06) versa sobre la interpretación de los artículos 43, 48 y 234 TCE, y cuyo tema de fondo es la denegación de inscripción del traslado de una sociedad mercantil de Hungría a Italia (Gallarate).

En el A. “RANI Slovakia” (C-298/09) el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el *Desplazamiento de Trabajadores* efectuado en el marco de una prestación de servicios⁸⁶⁵, afirmando que la respuesta a la cuestión podía ser deducida de la jurisprudencia dictada.

Sobre el *Reconocimiento de Nacionales de Terceros Países o Apátridas como Refugiados*⁸⁶⁶ versa la Sent. “Bolbol” (C-31/09), en la que a la Sra.

⁸⁶⁵ Directiva 96/71/CE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 (DO, L 18, de 21 de enero).

⁸⁶⁶ Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (DOUE, L 304, de 30 de abril).

Bolbol, que había abandonado la Franja de Gaza por, según manifestaba, la inseguridad por los enfrentamientos diarios de “Al Fatah” y “Hamás”, se le denegaba por la Oficina de Inmigración y Nacionalidad de Hungría la solicitud del estatuto de refugiado.

En un supuesto prácticamente idéntico, y respecto de apátridas también de origen palestino, la Sent. “Abed El Karem” (C-364/11) trata de interpretar igualmente la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004.

La Sent. “Ebert” (C-359/09), sobre el *Reconocimiento de Títulos de Enseñanza Superior* y, en concreto, sobre el derecho a ejercer la abogacía, hace referencia en los procedimientos administrativos y judiciales en que se intervenga, además de al título de abogado de su país de origen, al propio del EM de acogida, sin ser miembro de un Colegio de Abogados radicado en este último Estado⁸⁶⁷.

En la Sent. “Urbán” (C-210/10) se plantea una cuestión sobre el *Transporte por Carretera* y, en particular, la obligación de los Estados miembros de establecer sanciones proporcionadas por la infracción de las normas relativas a la utilización del tacógrafo.

El A. “Hermes Hitel” (C-16/12), con el cual el Tribunal de Justicia se declara manifiestamente incompetente para responder a la cuestión planteada, acerca de la aplicación de los *Principios Generales del Derecho Comunitario* –y, en concreto, el de seguridad jurídica- en relación con una Ley de Montes cuya aplicación provoca que bienes inmuebles hipotecados sean considerados como “fuera del comercio”.

Con la Sent. “Bericap” (C-180/11) se aborda un asunto de *Propiedad Intelectual e Industrial* y, más en concreto, la presunta falta de novedad y de actividad inventiva de un modelo de utilidad.

Con la aplicación del *Código Aduanero* tiene que ver la Sent. “Fekete” (C-182/12), a propósito de la determinación del estatuto aduanero de un vehículo matriculado en Guinea-Bissau, del que es titular la Fundación “Juntos por África”. El mismo fue introducido en la Unión, sin declaración aduanera, bajo el régimen de importación temporal y, por consiguiente, con

⁸⁶⁷ Se interpretan la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (DO, L 19, de 24 de enero de 1989); así como la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado de un EM distinto de aquel en el que se haya obtenido el título (DO, L 77, de 14 de marzo de 1998).

exención total de los derechos de importación, por el fundador de aquella, y para sus fines privados, dentro del territorio húngaro. Se cuestiona el posible devengo de los correspondientes derechos de aduana e IVA por este hecho.

La Sent. “Allianz Hungária Biztosító” (C-32/11) se encuentra en el ámbito de la *Competencia*. El órgano nacional solicita la interpretación del artículo 101, apartado 1, del TFUE respecto de la celebración de acuerdos bilaterales entre una Entidad Aseguradora y talleres de reparación de vehículos, en virtud de los cuales el precio por hora de reparación abonado por la Aseguradora al taller de los vehículos asegurados por ella depende, entre otros factores, del número y porcentaje de contratos de seguro suscritos con la Entidad Aseguradora por mediación del taller, el cual actúa como mediador de seguros de dicha Aseguradora.

La Sent. “Shomodi” (C-254/11) se refiere al *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, en un asunto relativo a la decisión de denegar a un nacional ucraniano la entrada en territorio húngaro por haber superado la duración máxima de estancia autorizada en ese territorio, conforme al régimen de tráfico fronterizo menor.

Sobre el *Seguro de Responsabilidad Civil derivada de la Circulación de Vehículos Automóviles* versa la Sent. “Csonka” (C-409/11), en un supuesto de insolvencia de una aseguradora, y en el que se dirime la responsabilidad de Hungría por la transposición en su ordenamiento jurídico, supuestamente incorrecta, de una Directiva comunitaria.

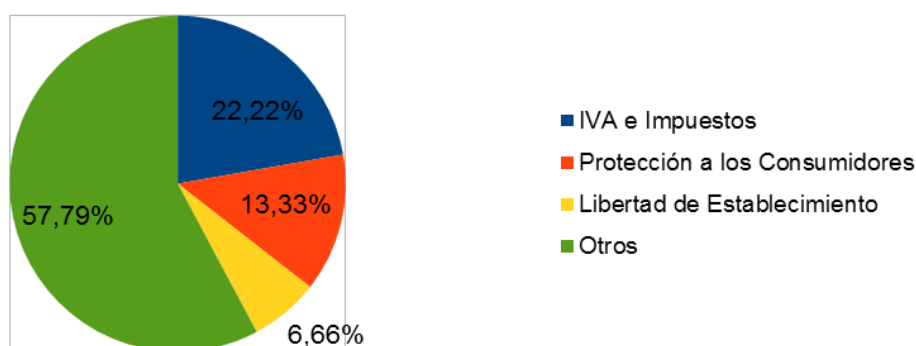
El A. “Nagy” (C-488 a 491/12 y C-526/12), relativo a la ilegalidad de unos *Despidos*, declaró la incompetencia manifiesta del Tribunal de Justicia, pues la cuestión no entraba dentro del campo de aplicación del derecho comunitario, y la disposición que invoca el órgano nacional, a efectos de su interpretación, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a la sazón, el artículo 30) no es suficiente, por sí sola, para permitir un juicio favorable sobre la admisibilidad de la cuestión.

El A. “Kovács” (C-5/13), susceptible de ser considerado desde el prisma de la *Libre Circulación de Trabajadores*, trata de la imposición de una multa a un residente húngaro que circula en este país con un vehículo matriculado en Austria, pero que pertenece a su empleador. El Tribunal de Justicia dice que la respuesta puede deducirse de su jurisprudencia, por lo que aplica el artículo 99 del RPTJ.

En relación con el *Reglamento (CE) n° 44/2001*, la Sent. “OTP Bank” (C-519/12), en la que vuelve a intervenir la empresa “Hochtief”, a la que nos hemos referido más arriba, trata de la reclamación de reembolso de un préstamo concedido por un banco húngaro –OTP Bank- a una empresa húngara, de la que Hochtief, empresa alemana, adquirió en 2006 más del 75% de su capital; no existiendo, por tanto, vínculo contractual entre el banco y la sociedad no residente.

Por otra parte, fueron retirados por las jurisdicciones nacionales otros procedimientos, lo que dio lugar a que el Tribunal de Justicia dictara las oportunas resoluciones al respecto⁸⁶⁸.

Ránking húngaro por materias



2.1.6. Letonia

Nos encontramos ante otro Estado que forma parte de la hornada de los que en 2004 ampliaron la UE a 25 Estados miembros.

Letonia, antes de su incorporación a la UE, según la Comisión, tenía problemas en la Administración Pública y el Poder Judicial, así como en materia de corrupción –cuyos niveles se consideraban preocupantes-.

El Tribunal de Justicia resolvió dos asuntos planteados por órganos letones en el año 2009⁸⁶⁹, cinco asuntos en el año 2010⁸⁷⁰, dos nuevamente en el

⁸⁶⁸ A. “Peró Gáz” (C-349/12). Lo fue como consecuencia del dictado de la Sent. “Bericap” (C-180/11).

⁸⁶⁹ Sent. “Schenker I”, de 12 de febrero de 2009, C-93/08; y Sent. “Schenker II”, de 11 de junio de 2009, C-16/08.

año 2011⁸⁷¹, siete en el año 2012⁸⁷² y otros siete en el año 2013⁸⁷³. En los años 2007 y 2008 no se resolvió ninguno.

Estamos ante un EM, que alcanzó su independencia de la Unión Soviética en 1991, y que ha sufrido una cierta resistencia por parte de sus órganos judiciales a que el Derecho de la Unión calase en la aplicación de la ley; lo que es extensible, igualmente, a la desestimación de solicitudes de remisión efectuadas por las partes en un proceso⁸⁷⁴.

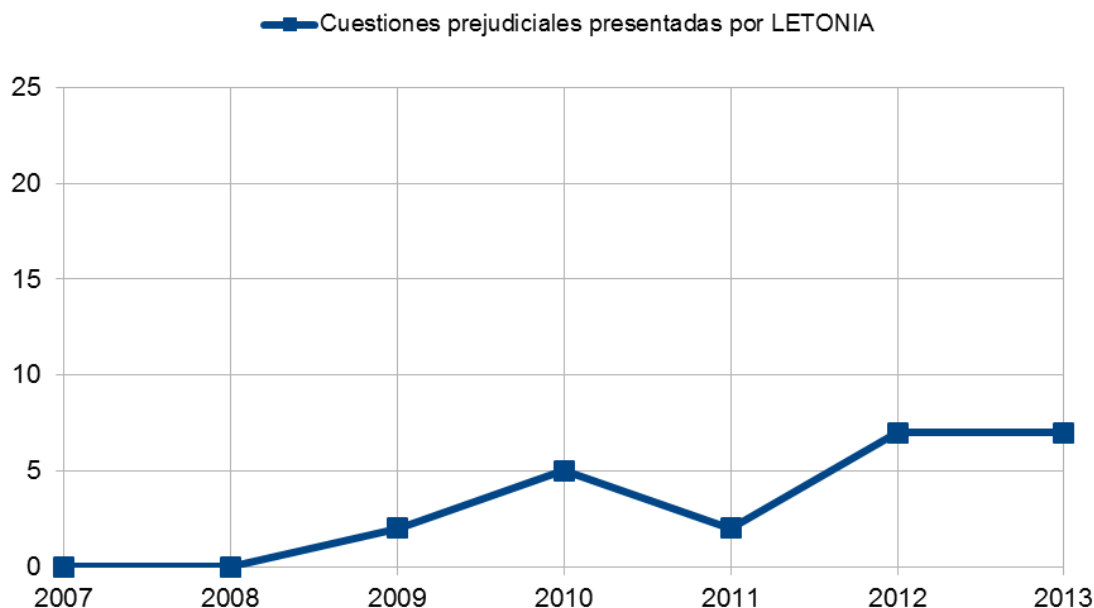
⁸⁷⁰ Sent. “Alstom Power Hydro”, de 21 de enero de 2010, C-472/08; Sent. “Pakora Pluss”, de 29 de julio de 2010, C-248/09; Sent. “Stils Met”, de 7 de octubre de 2010, C-382/09; Sent. “Danosa”, de 11 de noviembre de 2010, C-232/09; y Sent. “Schenker III”, de 2 de diciembre de 2010, C-199/09.

⁸⁷¹ Sent. “Eglitis y Ratnieks”, de 12 de mayo de 2011, C-294/10; y Sent. “Norma-A y Dekom”, de 10 de noviembre de 2011, C-348/10.

⁸⁷² Sent. “Redlihs”, de 19 de julio de 2012, C-263/11; Sent. “Garkalns”, de 19 de julio de 2012, C-470/11; Sent. “Trade Agency”, de 6 de septiembre de 2012, C-619/10; Sent. “Cido Grupa”, de 6 de septiembre de 2012, C-471/11; Sent. “Treimanis”, de 6 de septiembre de 2012, C-487/11; Sent. “Mednis”, de 18 de octubre de 2012, C-525/11; y Sent. “Kurcums Metal”, de 15 de noviembre de 2012, C-558/11.

⁸⁷³ A. “Brunovskis”, de 10 de enero de 2013, C-650/11; Sent. “Zakaria”, de 17 de enero de 2013, C-23/12; Sent. “Pusts”, de 7 de febrero de 2013, C-454/11; A. “Forwards V”, de 28 de febrero de 2013, C-563/11; Sent. “Ablessio”, de 14 de marzo de 2013, C-527/11; Sent. “Riezniece”, de 20 de junio de 2013, C-7/12; y Sent. “Drozdovs”, de 24 de octubre de 2013, C-277/12.

⁸⁷⁴ ROMANO, A., *“Los ordenamientos constitucionales de Letonia, Estonia y Lituania”*. ReDCE, Año 7, Número 14, julio-diciembre de 2010.



Sobre la jurisprudencia generada por el Tribunal de Justicia como consecuencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por Letonia, nos permitimos hacer la siguiente síntesis:

En la Sent. “Schenker I” (C-93/08), se dirime una cuestión relativa a una cuestión *Aduanera*, asociada con la vulneración de determinados derechos de propiedad intelectual –de productos falsificados que llevaban la marca “Nokia”- y, en su relación, si procede o no la imposición de una sanción administrativa⁸⁷⁵.

También en relación con esta materia, la Sent. “Schenker II” (C-16/08), que trata, en concreto, sobre la interpretación de la Nomenclatura Combinada (NC)⁸⁷⁶ respecto de determinados dispositivos de cristal líquido de matriz activa (LCD).

Se sitúa en este ámbito, la Sent. “Schenker III” (C-199/09), que versa sobre la solicitud de información arancelaria vinculante sobre mercancía

⁸⁷⁵ Para ello se solicitaba la interpretación del artículo 11 del Reglamento (CE) n° 1383/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos (DOUE, L 196, de 2 de agosto de 2003). Actualmente derogado por el Reglamento (CE) n° 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013 (DOUE, L 181, de 29 de junio de 2013).

⁸⁷⁶ Sistema de codificación arancelaria de las mercancías en la UE.

consistente en paneles de cristal líquido LCD utilizados como componentes en la fabricación de aparatos electrónicos.

Del mismo modo, la Sent. “Pakora Pluss” (C-248/09), sobre la procedencia del pago de los derechos de aduana e IVA por la importación por vía marítima de un vehículo procedente de Alemania.

A un supuesto que reviste cierta similitud se refiere la Sent. “Treimanis” (C-487/11), en la que se discute si se cumplen los requisitos para beneficiarse de la franquicia de derechos de importación respecto de un vehículo importado en territorio de la Unión Europea⁸⁷⁷. Existían dudas, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso, sobre si dicho vehículo realmente puede reputarse como un “bien destinado a las necesidades del hogar”.

Igualmente, la Sent. “Stils Met” (C-382/09), sobre la interpretación de la NC a efectos de atribuir un código TARIC a unos cables de acero procedentes de Ucrania, importados por una sociedad letona en el período comprendido entre mayo de 2004 y septiembre de 2005.

Sobre la misma materia, la Sent. “Kurcums Metal” (C-558/11), en relación con el pago de derechos antidumping definitivos, de derechos de importación y de IVA (junto a intereses y un multa) respecto de la importación desde Rusia de cabos y de grilletes para aparejos – fabricados en forma de abrazadera-.

Por su parte, la Sent. “Alstom Power Hydro” (C-472/08) viene referida al IVA (en concreto a la Sexta Directiva), y versa sobre el plazo de prescripción para solicitar lo indebidamente pagado por este concepto a la administración tributaria.

En el mismo asunto incide la Sent. “Redlihs” (C-263/11) en la que se dilucida una cuestión sobre un ciudadano que ha realizado entregas de madera sin encontrarse inscrito en el registro de sujetos pasivos del IVA ni, por otra parte, haber declarado actividad económica alguna, por lo que se enfrenta a una sanción –respecto de la que se discute su proporcionalidad-. El Tribunal de Justicia trata de determinar los perfiles de lo que haya de

⁸⁷⁷ Se trataba de un vehículo importado desde los Estados Unidos. Hay que recordar que se ha producido una inmigración a este EM, proveniente de los Estados Unidos, tratándose principalmente de descendientes de ciudadanos letones que emigraron a este país durante la ocupación soviética (Vid. ROMANO, A., “*Los ordenamientos constitucionales de Letonia, Estonia y Lituania*”. ReDCE, año 7, número 14, julio-diciembre de 2010).

entenderse por “actividad económica”, pues el ciudadano en cuestión había alegado que la adquisición por su parte del bosque privado de donde procedía la madera tenía por objeto atender sus necesidades personales, las entregas habían tenido como causa paliar los efectos causados por una tormenta y, en todo caso, esa actividad no era sistemática sino que tenía carácter excepcional.

La Sent. “Mednis” (C-525/11) trata de la solicitud de reembolso de un importe en concepto de excedente de IVA, en relación con la negativa de la Administración de Hacienda a proveer a ello en la parte que supera un cierto porcentaje de las operaciones imponibles -18%-, y hasta que aquélla haya examinado la declaración-liquidación anual en cuestión –lo que puede llevar al sujeto pasivo a esperar más de un año para recibir esa devolución-.

El A. “Forwards V” (C-563/11), en relación con la Sexta Directiva IVA, trata de la negativa a admitir el derecho a deducción de este impuesto en operaciones consideradas sospechosas, en este caso referidas al suministro de piezas de repuesto y de otros productos para automóviles. Este asunto fue resuelto por el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 99 del RPTJ, por entender que la respuesta podía deducirse claramente de su jurisprudencia.

También en este ámbito material ha de incardinarse la Sent. “Ablessio” (C-527/11), que se dicta a propósito de la negativa de la Administración Tributaria letona a inscribir a una sociedad en el registro de sujetos pasivos del IVA, por considerar que dicha sociedad no disponía de la capacidad material, técnica y financiera necesaria para ejercer la actividad económica declarada, que era la prestación de servicios de construcción. Se fundaba ello en que dicha sociedad no disponía de activos inmovilizados, por el arrendamiento que había hecho de un espacio de tan solo 4 m², por no encontrarse dicha sociedad inscrita en el registro de empresas de construcción y no haber ejercido ninguna actividad desde su creación, y por ser el único empleado de la empresa el presidente de su consejo de administración.

En relación con un asunto de tipo impositivo, la Sent. “Cido Grupa” (C-471/11) trata de la percepción de un gravamen sobre los excedentes de jarabe de azúcar⁸⁷⁸.

⁸⁷⁸ Se interpreta, a estos efectos, el contenido del Reglamento (CE) n° 60/2004 de la Comisión, de 14 de enero de 2004, por el que se establecen medidas transitorias en el sector del azúcar con motivo de la adhesión de la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia (DOUE, L 9, de 15 de enero de 2004).

Con la Sent. “Danosa” (C-232/09) nos encontramos ante una materia incardinable en el ámbito de la *Política Social*, ya que se analiza una situación en la que la junta de socios de una sociedad mercantil destituye de su cargo a la Sra. Danosa, como miembro del consejo de dirección de dicha sociedad, alegándose por ésta que se encontraba embarazada de once meses en el momento del despido.

Asimismo, la Sent. “Riezniece” (C-7/12), en la que se valora la procedencia de una baja en la función pública del Estado de una funcionaria, tras el regreso al trabajo después de haber disfrutado de un permiso parental, y que viene motivada por la amortización de su puesto de trabajo.

La Sent. “Eglitis y Ratnieks” (C-294/10) trata una cuestión relativa al *Transporte Aéreo*, solicitándose, ante un caso de cancelación de un vuelo de la Compañía “Baltic Air” por concurrencia de causas extraordinarias, la interpretación de determinados preceptos del Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos⁸⁷⁹.

En relación con los *Contratos Públicos* está la Sent. “Norma-A y Dekom” (C-348/10), en la que se dilucida una cuestión referida a la atribución de la concesión de servicios de transporte colectivo en autobús en la ciudad de Ludza y en la comarca del mismo nombre.

En el ámbito de la *Libre Prestación de Servicios*, la Sent. “Garkalns” (C-470/11), respecto a la denegación de apertura de un salón de juegos de azar en un Centro Comercial de Riga.

Por lo que hace a la *Cooperación Judicial en Materia Civil* nos encontramos con la Sent. “Trade Agency” (C-619/10), en la que se dilucida, con base en una interpretación del Reglamento (CE) nº 44/2001, el reconocimiento y ejecución en Letonia de una resolución dictada en rebeldía por un tribunal inglés (la “High Court of Justice”), respecto de la que se alega por el demandado no haber recibido la notificación de la cédula de emplazamiento; y, por otra parte, el tribunal letón de la ejecución, basándose en la falta de motivación de la resolución a ejecutar,

⁸⁷⁹ DOUE, L 46, de 17 de febrero de 2004.

se plantea el hecho de que una resolución, en esas circunstancias, contravendría el orden público letón.

Por su parte, en el A. “Brunovskis” (C-650/11), el cual fue resuelto con arreglo al artículo 99 del RPTJ, por entender el Tribunal de Justicia que la respuesta podía ser claramente deducida de su jurisprudencia, solventa un asunto relacionado con la *PAC* (en concreto, los pagos directos nacionales de carácter complementario por las vacas lecheras).

Con *Agricultura y Pesca* tiene que ver la Sent. “Pusts” (C-454/11), en la que se dilucida la procedencia del reembolso de las ayudas agroambientales concedidas a un agricultor por las autoridades letonas, por no haber cumplido aquél los requisitos formales (solicitud anual debidamente cumplimentada) durante el período de compromiso quinquenal.

La Sent. “Zakaria” (C-23/12) solventa un asunto inscribible en el *Código de Fronteras Schengen*⁸⁸⁰, y cuyo trasfondo era la denegación de daños y perjuicios reclamada por el Sr. Zakaria a raíz del comportamiento – supuestamente grosero, provocativo y ofensivo para la dignidad humana– de la Guardia de Fronteras letona, con ocasión de un control que llevó a cabo en la persona del Sr. Zakaria en un trayecto de avión desde Beirut a Copenhague, via Riga, y en el que, debido al tiempo invertido en dicho control, el interesado perdió el avión a Copenhague.

Sobre el *Seguro de Responsabilidad Civil derivada de la Circulación de Vehículos Automóviles* trata la Sent. “Drozdovs” (C-277/12), la cual se discute respecto de la indemnización (de los daños morales) por parte de una Compañía de Seguros al Sr. Drozdovs, como consecuencia del fallecimiento de sus padres en un accidente de tráfico ocurrido en Riga, y que fue causado por un conductor que se encontraba bajo los efectos del alcohol, que además conducía a una velocidad excesiva un vehículo en mal estado –desde el punto de vista técnico, y que había efectuado, en el momento del accidente, una maniobra de adelantamiento peligrosa.

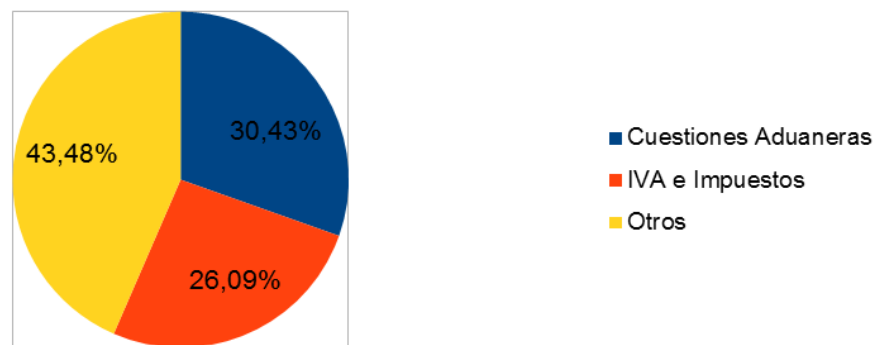
De los asuntos remitidos por este EM, hemos de subrayar la preponderancia de los que vienen referidos a cuestiones aduaneras (7), así como los que tienen relación con el IVA o con materia impositiva (6), cuya suma supone casi la mitad del total.

⁸⁸⁰ Se solicita la interpretación de determinados preceptos del Reglamento (CE) n° 562/06 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (DOUE, L 105, de 13 de abril de 2006).

Además de lo anterior, debe llamarse la atención sobre el hecho de que prácticamente todos ellos -excepto dos casos: el asunto “Schenker II” (C-16/08) y el asunto “Treimanis” (C-487/11)- hayan sido planteados por su Tribunal Supremo (“*Augstākās tiesas Senāts*”).

Otro dato estadístico a considerar, en relación con los veintitrés (23) asuntos referidos, es que hasta en tres (3) ocasiones –asuntos “Redlihs” (C-263/11), “Mednis” (C-525/11) y “Forwards V” (C-563/11)- Letonia ha solicitado al TJ la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia (habiendo sido ello, por cierto, denegado en todos los casos).

Ránking letón por materias



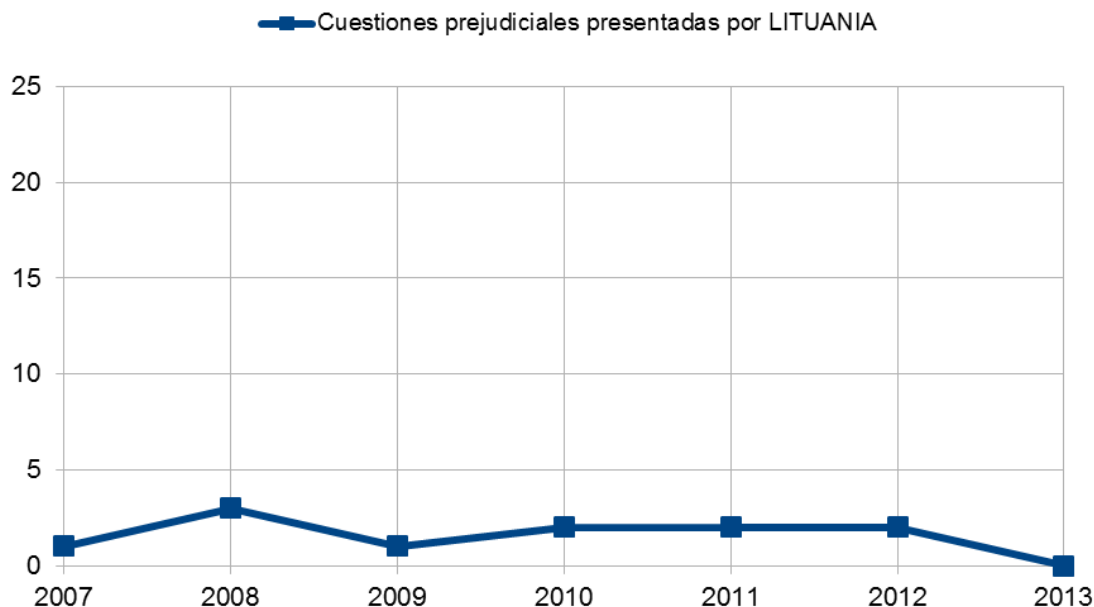
2.1.7. Lituania

Lituania, antes de su adhesión a la UE, presentaba problemas de respeto a las minorías, así como deficiencias en lo que hace a la asistencia en instituciones públicas para menores, y problemas de corrupción⁸⁸¹.

Muy discretos son, por otra parte, los números de Lituania, que logró su independencia de la Unión Soviética en 1990, y es otro de los Estados miembros de la UE desde el año 2004.

⁸⁸¹ SALINAS DE FRÍAS, A., “*La ampliación comunitaria a los países de la Europa Central y Oriental y la protección de los derechos humanos*”. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 43/44, Valencia, 2003, p. 74.

Así, el Tribunal de Justicia resolvió un asunto de este país en el año 2007⁸⁸², tres en el año 2008⁸⁸³, un asunto en el año 2009⁸⁸⁴, dos en el año 2010⁸⁸⁵, dos en el año 2011⁸⁸⁶, otros dos en el año 2012⁸⁸⁷ y ninguno en el año 2013.



Apreciamos en este EM un puesto de prevalencia de las cuestiones relativas al IVA o de carácter tributario (4), seguida de aquellas que tienen que ver con la Cooperación Judicial en Materia Civil (2).

En este caso, la síntesis a realizar sobre los casos planteados, sería la siguiente:

⁸⁸² Sent. “Profisa”, de 19 de abril de 2007, C-63/06.

⁸⁸³ Sent. “Rinau”, de 11 de julio de 2008, C-195/08 PPU; A. “Babanov”, de 11 de julio de 2008, C-207/08; y Sent. “Sabatauskas”, de 9 de octubre de 2008, C-239/07 –siendo el órgano remitente, en este último caso, su tribunal constitucional, el *Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas* -.

⁸⁸⁴ A. “Mechel Nemunas”, de 5 de febrero de 2009, C-119/08.

⁸⁸⁵ Sent. “Kirin Amgen”, de 2 de septiembre de 2010, C-66/09; y Sent. “Nidera”, de 21 de octubre de 2010, C-385/09.

⁸⁸⁶ Sent. “Runevic-Vardyn”, de 12 de mayo de 2011, C-391/09; y Sent. “Valciukienė”, de 22 de septiembre de 2011, C-295/10.

⁸⁸⁷ Sent. “F-Text”, de 19 de abril de 2012, C-213/10; y Sent. “Lietuvos gelezinkeliai”, de 19 de julio de 2012, C-250/11.

En la Sent. “Profisa” (C-63/06) se dirime un tema relacionado con el ámbito de los *Impuestos Especiales* y, en concreto, la sujeción al impuesto especial armonizado del alcohol contenido en productos a base de chocolate.

En materia de *IVA*, el A. “Mechel Nemunas” (C-119/08), sobre el reembolso de sumas pagadas a título de retención sobre el rendimiento previsto por la ley lituana de financiación del programa de mantenimiento y desarrollo de la red de carreteras. Comoquiera que el Tribunal de Justicia entendió que, en este caso, la respuesta a la cuestión planteada podía ser deducida de su jurisprudencia, usó la vía prevista en el artículo 104.3 del RPTJ.

Sobre esta misma materia, la Sent. “Nidera” (C-385/09), en la que se dirime, básicamente, el derecho de una empresa a deducir el IVA pagado con ocasión de la compra en Lituania de bienes exportados a Estados terceros, no habiéndose identificado aquélla con carácter previo como sujeto pasivo de este impuesto.

En el mismo sentido, la Sent. “Lietuvos gelezinkeliai” (C-250/11), sobre la compra de gasóleo para abastecer a locomotoras de las estaciones ferroviarias de Nesterov y de Sovetsk, en el territorio de Kaliningrado (Rusia), siendo introducido dicho carburante en los depósitos de las locomotoras e importado en el territorio aduanero de la Unión Europea, sin ser objeto de declaración en aduana.

En el ámbito de la *Cooperación judicial en Materia Civil* se inscribe la Sent. “Rinau” (C-195/08 PPU), sobre la restitución a Alemania de una menor, retenida en Lituania por su madre.

Igualmente, la Sent. “F-TEX” (C-213/10) que, partiendo del hecho del abono de una cantidad de dinero por parte de una empresa alemana, que ya se encontraba en quiebra, a una empresa lituana, se dilucida la aplicación del Reglamento (CE) nº 44/2001 a una reclamación dineraria que tiene por fundamento la cesión o transmisión previa de un derecho de crédito realizada por el síndico de la quiebra, de modo que en la misma resulta también comprendida la acción revocatoria que la ley nacional atribuye a dicho síndico.

En relación con la *PAC*, el A. “Babanov” (C-207/08), sobre la interpretación de la reglamentación comunitaria aplicable al cultivo del cáñamo. Este asunto se decidió por el TJUE con base en el artículo 104.3

del RPTJ, pues la respuesta podía ser claramente deducida de su jurisprudencia.

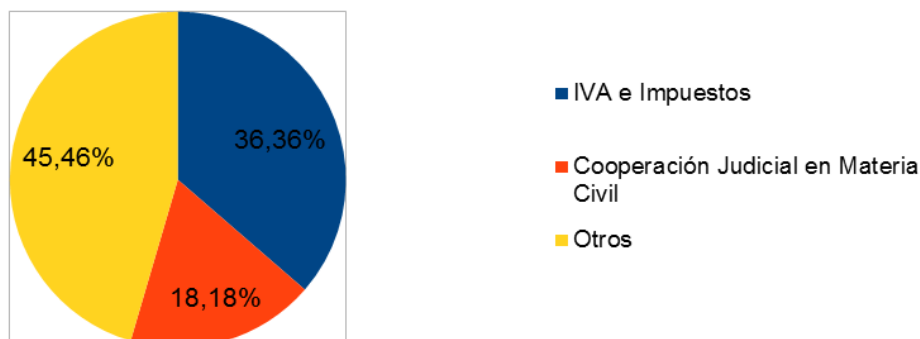
Cae dentro del campo del *Mercado Interior de la Electricidad* la Sent. “Sabatauskas” (C-239/07), que se planteó por el Tribunal Constitucional de este EM como consecuencia de un procedimiento introducido ante el mismo por un grupo de miembros del Parlamento, y que trataba sobre la constitucionalidad de un precepto de la Ley relativa a la Electricidad.

En el área de *Patentes*, la Sent. “Kirin Amgen” (C-66/09), sobre la negativa de la Oficina Nacional de Patentes de la República de Lituania para conceder a la sociedad “Kirin Amgen Inc” un certificado complementario para su medicamento “Aranesp”.

Sobre la *Ciudadanía de la Unión*, la Sent. “Runevic-Vardyn” (C-391/09), que trata sobre la negativa del Registro Civil de Vilna a modificar los nombres y apellidos de los demandantes en el litigio principal, y que tiene que ver con las diferencia de grafía entre el polaco y el lituano.

Respecto del *Medio Ambiente*, la Sent. “Valciukiené” (C-295/10), que trataba de dos resoluciones mediante las que se aprobaban “planes pormenorizados” –esto es, documentos relativos a la ordenación del territorio a escala local-, los cuales regulaban la construcción de un complejo inmobiliario destinado a la cría intensiva de cerdos, y el aprovechamiento del suelo de las dos parcelas en que debían construirse esos complejos.

Ránking lituano por materias



2.1.8. Malta

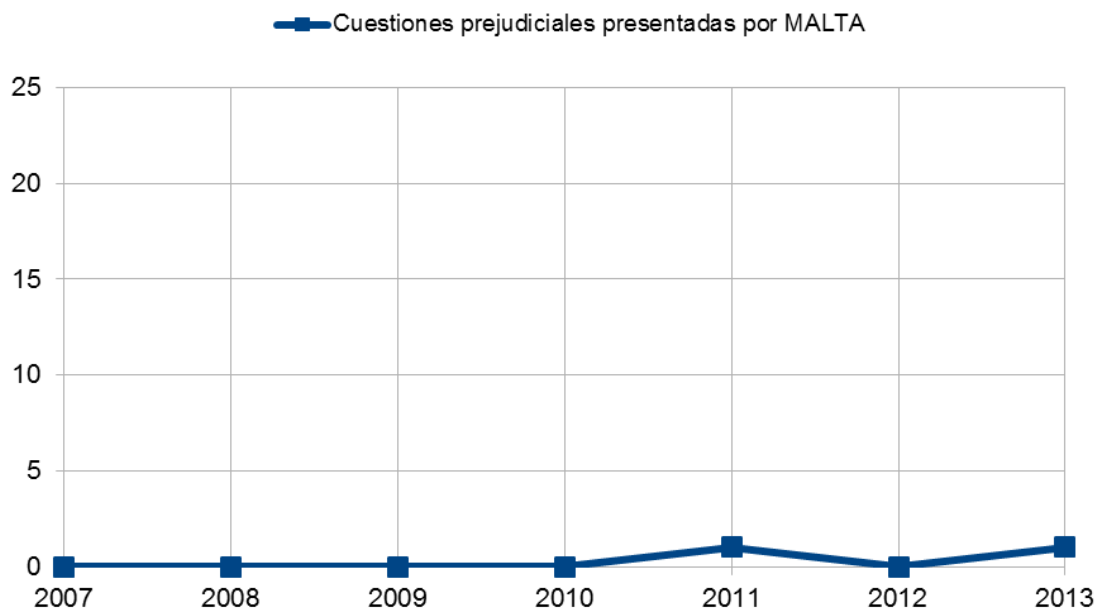
De este Estado, la Comisión destacaba, antes de su adhesión, los problemas en relación con la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral y la seguridad en el trabajo, el medio ambiente, agricultura y libre prestación de servicios.

Se trata del país que, formando parte de la UE desde su adhesión el 1 de mayo 2004⁸⁸⁸, menos ha recurrido al planteamiento de cuestiones prejudiciales, el cual, en el período 2007-2013, ha visto que el Tribunal de Justicia ha tenido que pronunciarse únicamente sobre dos asuntos: uno en el año 2011⁸⁸⁹ y otro en el 2013⁸⁹⁰ -este caso fue planteado por el Tribunal Constitucional de ese país (“*Qorti Kostituzzjonali*”)-.

⁸⁸⁸ El Tratado de Adhesión se firmó el 16 de abril de 2003.

⁸⁸⁹ Sent. “AJD Tuna”, de 17 de marzo de 2011, C-221/09.

⁸⁹⁰ Sent. “Vodafone Malta y Mobisle Communications”, de 27 de junio de 2013, C-71/12.



Respecto de este EM, el más pequeño de la Unión, el cual adquirió su independencia del Reino Unido en 1964, es preciso señalar que en el referéndum celebrado el 8 de marzo de 2003 ganó el “sí” a la adhesión por una estrecha mayoría -el 53,64%, frente al 46,35% que dijo “no”⁸⁹¹-, por lo que hay que preguntarse si este escaso entusiasmo mostrado por los malteses a su incorporación a la UE puede explicar, de alguna manera, la parquedad de sus tribunales a remitir cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia⁸⁹².

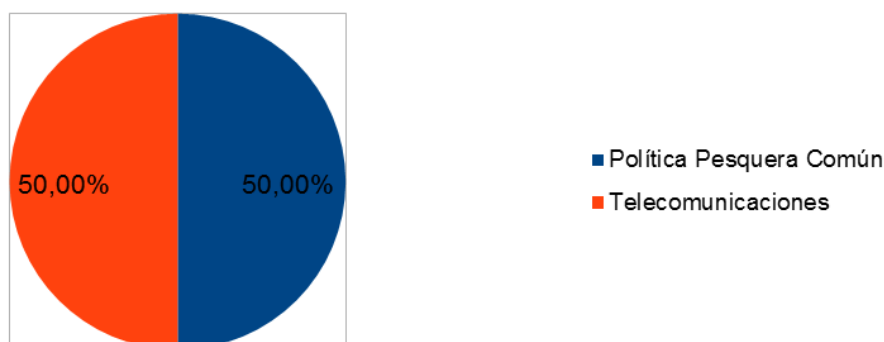
Del escaso bagaje prejudicial que se deduce de las dos cuestiones planteadas, cabe señalar que una de ellas- Sent. “AJD Tuna” (C-221/09)- trataba sobre la *Política Pesquera Común*, en relación con las capturas de atún rojo para la cría y engorde; y la otra –Sent. “Vodafone Malta y Mobisle Communications” (C-71/12)- se refiere al ámbito de las *Telecomunicaciones*, concretamente a una ley maltesa que establecía la percepción de un impuesto especial a pagar por los operadores que prestan servicios de telefonía móvil, en relación con los pagos que perciben de los usuarios de tales servicios.

⁸⁹¹ Resultados publicados en el periódico “Malta Today” del 9 de marzo de 2003.

⁸⁹² Como acertadamente ha afirmado FARAMIÑÁN, con los últimos ingresos producidos en la UE se ha generado número, pero no conciencia europeísta; lo cual es predicable, muy en especial, de algunos casos que han resultado muy significados (Polonia o República Checa).

(DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.M., “*El Tratado de Lisboa (Un juego de espejos rotos)*”. REEI, nº 17, 2009).

Ránking maltés por materias



2.1.9. Polonia

Antes de su adhesión a la UE, Polonia era un Estado que adolecía de deficiencias en la lucha contra la corrupción⁸⁹³.

Dicho EM, integrado en el seno de la Unión desde 2004, es uno de los que más proclives se han mostrado a remitir cuestiones prejudiciales. De este modo, el Tribunal de Justicia resolvió tres asuntos en el año 2007⁸⁹⁴, cuatro asuntos en el año 2008⁸⁹⁵, cinco asuntos en el año 2009⁸⁹⁶, siete en el año 2010⁸⁹⁷, otros siete en el año 2011⁸⁹⁸, trece en el año 2012⁸⁹⁹ y cinco en el año 2013⁹⁰⁰.

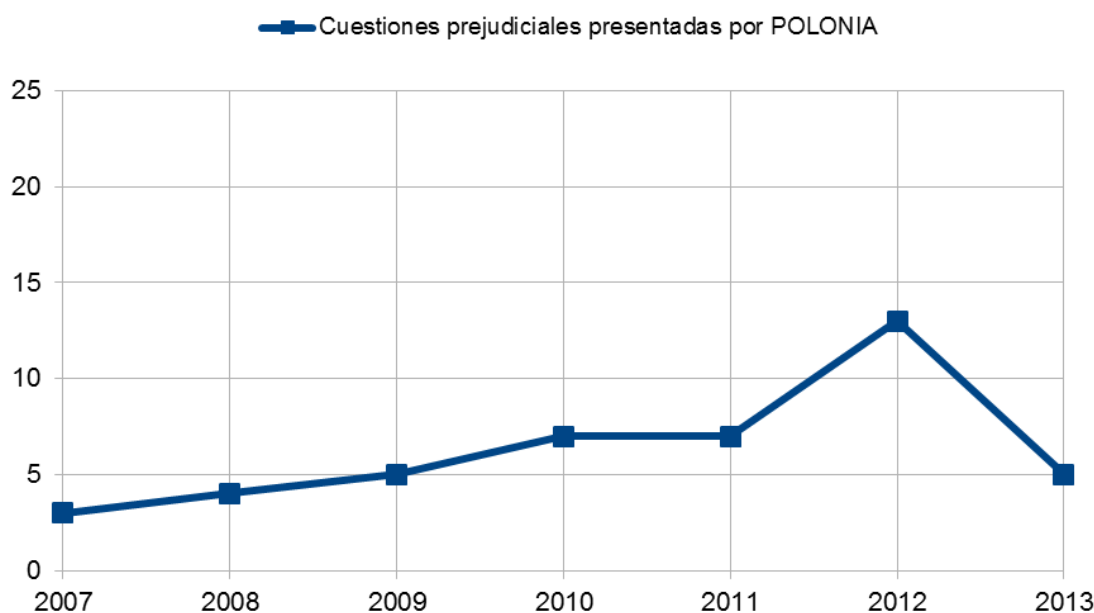
⁸⁹³ SALINAS DE FRÍAS, A., “*La ampliación comunitaria a los países de la Europa Central y Oriental y la protección de los derechos humanos*”. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 43/44, Valencia, 2003, p. 74.

⁸⁹⁴ Sent. “Brzezinski”, de 18 de enero de 2007, C-313/05; A. “Ceramika Paradyz”, de 6 de marzo de 2007, C-168/06; y A. “Kawala”, de 10 de diciembre de 2007, C-134/07.

⁸⁹⁵ Sent. “Nerkowska”, de 22 de mayo de 2008, C-499/06; Sent. “Sosnowska”, de 10 de julio de 2008, C-25/07; Sent. “Krawczynski”, de 17 de julio de 2008, C-426/07; y Sent. “Magoora”, de 22 de diciembre de 2008, C-414/07.

⁸⁹⁶ Sent. “K-1”, de 15 de enero de 2009, C-502/07; Sent. “Rüffler”, de 23 de abril de 2009, C-544/07; Sent. “Rubach”, de 16 de julio de 2009, C-344/08; Sent. “Elektrownia Patnów II”, de 12 de noviembre de 2009, C-441/08; y Sent. “Filipiak”, de 19 de noviembre de 2009, C-314/08.

⁸⁹⁷ Sent. “MG Probud Gdynia”, de 21 de enero de 2010, C-444/07; Sent. “Telekomunikacja Polska”, de 11 de marzo de 2010, C-522/08; Sent. “Polska Telefonía Cyfrowa”, de 1 de julio de 2010, C-99/09; Sent. “Profaktor Kulesza”, de 29 de julio de 2010, C-188/09; Sent. “Oasis East”,



Polonia destaca de un modo sobresaliente por el número de cuestiones prejudiciales que ha presentado sobre aspectos relativos a materia tributaria y de IVA (26), seguida muy de lejos por aquellas cuestiones relacionadas con la Cooperación Judicial en Materia Civil (5).

de 30 de septiembre de 2010, C-395/09; Sent. “Kronospan Mielec”, de 7 de octubre de 2010, C-222/09; y Sent. “Dankowski”, de 22 de diciembre de 2010, C-438/09.

⁸⁹⁸ Sent. “Werynski”, de 17 de febrero de 2011, C-283/09; Sent. “Tomaszewska”, de 3 de marzo de 2011, C-440/09; Sent. “Tele2 Polska”, de 3 de mayo de 2011, C-375/09; Sent. “Polska Telefonía Cyfrowa”, de 12 de mayo de 2011, C-410/09; Sent. “Logstor ROR Polska”, de 16 de junio de 2011, C-212/10; Sent. “Slaby”, de 15 de septiembre de 2011, en los asuntos acumulados C-180/10 y C-181/10; Sent. “Inter-Mark Group”, de 27 de octubre de 2011, C-530/09.

⁸⁹⁹ Sent. “Kraft Foods Polska”, de 26 de enero de 2012, C-588/10; Sent. “Pak-Holdco”, de 16 de febrero de 2012, C-372/10; Sent. “Polski Trawertyn”, de 1 de marzo de 2012, C-280/10; Sent. “Bonda”, de 5 de junio de 2012, C-489/10; Sent. “Bawaria Motors”, de 19 de julio de 2012, C-160/11; Sent. “Fortuna”, de 19 de julio 2012, en los asuntos acumulados C-213/11, C-214/11 y C-217/11; Sent. “Format Urzadzenia”, de 4 de octubre de 2012, C-115/11; A. “Ziemski y Kozak”, de 10 de octubre de 2012, C-31/12; Sent. “Kozak”, de 25 de octubre de 2012, C-557/11; Sent. “Bank Handlowy y Adamiak”, de 22 de noviembre de 2012, C-116/11; Sent. “Szyrocka”, de 13 de diciembre de 2012, C-215/11; Sent. “Forposta y ABC Direct Contact”, de 13 de diciembre de 2012, C-465/11; y Sent. “Alder”, de 19 de diciembre de 2012, C-325/11.

⁹⁰⁰ Sent. “BGZ Leasing”, de 17 de enero de 2013, C-224/11; Sent. “Wencel”, de 16 de mayo de 2013, C-589/10; Sent. “TNT Express Worldwide (Poland)”, de 16 de mayo de 2013, C-169/12; Sent. “RR Donnelley Global Turnkey”, de 27 de junio de 2013, C-155/12; y Sent. “MDDP”, de 28 de noviembre de 2013, C-319/12.

A modo de comentario, se propone la siguiente relación:

En el ámbito de los *Impuestos Especiales* se incardina la Sent. “Brzezinski” (C-313/05), la cual trata de un impuesto especial al que fue sometida la importación a Polonia de un vehículo de segunda mano que había sido adquirido en Alemania.

En un supuesto muy similar, la Sent. “Krawczynski” (C-426/07), que trata sobre los impuestos especiales que se impusieron por la venta de cinco vehículos automóviles de segunda mano antes de su primera matriculación en Polonia.

En relación con el *IVA*, el A. “Ceramika Paradyz” (C-168/06), sobre la percepción de una “carga fiscal suplementaria”, y cuyo trasfondo era el error cometido en unas declaraciones fiscales que tenían por objeto las compraventas realizadas de determinados bienes inmuebles. Comoquiera que los hechos se referían a un momento anterior a la adhesión de Polonia a la UE, el Tribunal de Justicia declaró que no era competente para responder a las cuestiones planteadas, por lo que dictó Auto motivado al amparo del artículo 104.3 del RPTJ.

En un caso parecido, la Sent. “K-1” (C-502/07), sobre la “carga tributaria adicional” que se impuso al sujeto pasivo cuando, en su declaración, indicó como diferencia tributaria –en concepto de IVA soportado que le ha de ser devuelto- una cantidad superior a la que le es debida.

En el mismo ámbito, la Sent. “Sosnowska” (C-25/07), que trata sobre una solicitud de devolución del excedente del IVA pagado.

La Sent. “Magoora” (C-414/07), sobre la interpretación del ámbito y modalidades de aplicación del derecho fiscal nacional en lo que respecta a la deducción del IVA soportado en la compra de carburante para un automóvil utilizado por una empresa, en virtud de un contrato de leasing, en las actividades que le son propias.

La Sent. “Profaktor Kulesza” (C-188/09), sobre la limitación del derecho a deducir el IVA soportado, cuando el sujeto pasivo ha incumplido la obligación de utilizar una caja registradora para contabilizar las ventas hechas “a personas físicas que no actúan en ejercicio de una actividad económica”.

La Sent. “Oasis East” (C-395/09), que trata sobre la deducción del IVA soportado por una empresa polaca –que vende sistemas refrigeradores de agua- por la importación de servicios administrativos prestados por una empresa cuyo domicilio social se encuentra en uno de los territorios enumerados en el Anexo número 5 de la Ley del IVA de 2004 (vigente en Polonia).

La Sent. “Kronospan Mielec” (C-222/09), en relación con la determinación, a efectos de la percepción del IVA, del lugar en que se consideran efectuadas las prestaciones de servicios de unos ingenieros que trabajan para una empresa que tiene su domicilio social en Polonia, y que presta servicios a un cliente domiciliado en Chipre.

La Sent. “Inter-Mark Group” (C-530/09), la cual trata también sobre el lugar, a efectos de la recaudación del IVA, en que se presume efectuada una prestación de servicios –que consiste en el alquiler de puestos en ferias de muestras y exposiciones-.

La Sent. “Dankowski” (C-438/09), sobre la limitación del derecho a la deducción del IVA, motivada por la circunstancia de que el emisor de las facturas no se había dado de alta como sujeto pasivo de este impuesto.

La Sent. “Slaby” (asuntos acumulados C-180/10 y C-181/10), que trata sobre el hecho de si las cesiones de varios terrenos edificables –que antes eran rústicos pero, como consecuencia de una modificación de los planes urbanísticos, han devenido con esta nueva condición-, deben estar sometidos al IVA, teniendo en cuenta que dichas cesiones han sido realizadas por una persona física que hasta ese momento ha ejercido una actividad agrícola en los terrenos recalificados.

La Sent. “Kraft Foods Polska” (C-588/10), que se dictó a propósito de un dictamen particular del Ministerio de Hacienda polaco destinado a la empresa KFP –la cual opera en el sector de la producción y distribución de productos alimenticios- y que declaraba la ilegalidad, conforme a la normativa nacional, de la reducción de la base imponible y del IVA adeudado, sobre la base de una factura rectificadora dirigida al cocontratante si, en la fecha de presentación de la declaración del mencionado impuesto, KFP no tenía en su poder un acuse de recibo de dicha factura rectificadora entregado por ese co-contratante.

La Sent. “Polski Trawertyn” (C-280/10), relativa a la deducción del IVA soportado por varias operaciones realizadas antes de la inscripción de una sociedad en el Registro Mercantil.

La Sent. “Bawaria Motors” (C-160/11), en relación con la aplicabilidad del régimen de imposición del margen de beneficios –regulado en el artículo 120 de la Ley del IVA polaca- a determinadas actividades de una sociedad, que consisten en la reventa de vehículos de ocasión.

La Sent. “Kozak” (C-557/11), sobre el cálculo del IVA aplicable a su actividad por una agencia de viajes, cuando el transporte lo presta dicha agencia con medios propios (estableciendo para ello la ley nacional un tipo reducido del 7%), y aunque ello forme parte de un servicio turístico global combinado en el que existen prestaciones de otros sujetos pasivos a la agencia en cuestión (y que haría que el tipo impositivo fuera el 22%).

Se encuentra un cierto paralelismo con el caso anterior en la Sent. “BGZ Leasing” (C-224/11), sobre la exención del IVA de una operación consistente en prestar una cobertura de seguro a un bien objeto de un “leasing”, cuando este seguro es contratado por el propio arrendador financiero, acompañando al servicio de “leasing”, sujeto al IVA, y facturándose aparte al arrendatario (aunque ascendiendo exactamente a la misma cantidad cobrada por el asegurador al arrendador).

La Sent. “TNT Express Worldwide (Poland)” (C-169/12) se refiere a la determinación del momento en que se hace exigible el IVA. El órgano remitente plantea una serie de cuestiones prejudiciales a propósito de una empresa que efectúa prestaciones de servicios de distribución de correo, transporte y expedición.

La Sent. “RR Donnelley Global Turnkey” (C-155/12), sobre la determinación del lugar en que se considera realizada una prestación de servicios de almacenamiento de mercancías, a efectos de la recaudación del IVA.

La Sent. “MDDP” (C-319/12), en relación a la exención del IVA de los servicios de educación prestados con fines comerciales por organismos que no sean de Derecho Público. Las cuestiones planteadas traen causa de una sociedad polaca que organiza actividades de formación y conferencias especializadas en distintos ámbitos de educación y de formación como la fiscalidad, la contabilidad y las finanzas y en ámbitos vinculados a la organización y a la gestión de empresas, incluido el desarrollo de competencias profesionales y personales. La importancia del carácter o no de exento de los servicios prestados por esta empresa se asociaba al derecho correlativo a deducirse el IVA soportado.

También sobre materia tributaria –*Tributos Internos*–, el A. “Kawala” (C-134/07), que versaba sobre una tasa a pagar para la obtención del certificado de primera matriculación de un vehículo usado, importado en Polonia desde Alemania. El Tribunal de Justicia resolvió este caso mediante Auto, ex art. 104.3 del RPTJ, por entender que la respuesta podía deducirse de su jurisprudencia.

También en relación con un tributo interno, la Sent. “Rüffler” (C-544/07), a propósito de la negativa de la administración tributaria polaca a permitir la deducción en el impuesto sobre la renta de las cotizaciones al seguro de enfermedad abonadas en otro EM (Alemania), siendo el caso que tal deducción se permite al contribuyente que cotiza al seguro de enfermedad en Polonia.

Un supuesto prácticamente idéntico, pero en el que las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social y al seguro de enfermedad se estaban abonando en los Países Bajos, podemos encontrarlo en la Sent. “Filipiak” (C-314/08).

Igualmente, la Sent. “Elektrownia Patnów II” (C-441/08), en un asunto en que se discutían los impuestos indirectos que gravan las concentraciones de capital; y, en concreto, sobre la existencia de una doble imposición en concepto de impuesto sobre las aportaciones en caso de conversión de préstamos en capital (de una sociedad mercantil).

La Sent. “Logstor ROR Polska” (C-212/10) trata sobre impuestos indirectos (“impuesto sobre negocios jurídicos civiles”) que gravan la concentración de capitales respecto a un préstamo concedido a una empresa por su socio.

En un caso similar a los dos anteriores, la Sent. “Pak-Holdco” (C-372/10), sobre los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

Respecto al *Derecho a la Libre Circulación y Residencia*, la Sent. “Nerkowska” (C-499/06) trata sobre la denegación (o, mejor dicho, suspensión del derecho reconocido) al pago de una pensión de invalidez a una ciudadana polaca, en virtud del perjuicio para la salud y como consecuencia de seis años de deportación en la antigua URSS, y siendo el motivo de la denegación (o suspensión) el hecho de que la beneficiaria no reside en territorio polaco, sino en Alemania.

En el área de la *Protección de las Especies de la Fauna y Flora Silvestres*, la Sent. “Rubach” (C-344/08), cuyo trasfondo viene constituido por unas

infracciones de la normativa polaca sobre protección de la naturaleza, ya que el Sr. Rubach había adquirido por vía de subasta en el portal de internet “Allegro” varias arañas exóticas de una especie protegida, dedicándose a su reproducción en un criadero y la posterior venta, mediante subasta, de tales arácnidos a través de internet.

En el ámbito de la *Cooperación Judicial en Materia Civil*, la Sent. “MG Probud Gdynia” (C-444/07), que tiene como trasfondo el procedimiento promovido por el síndico polaco responsable de la liquidación de una sociedad polaca del sector de la construcción -que tiene su domicilio social en Polonia, pero que lleva a cabo, a través de una sucursal, obras de construcción en Alemania- y que tiene por objeto la recuperación, en beneficio de la masa, de bienes de esa sociedad que han sido embargados en Alemania.

Otro ejemplo lo constituye la Sent. “Werynski” (C-283/09), sobre si el órgano jurisdiccional irlandés requerido –de acuerdo a su derecho nacional- puede condicionar la toma de declaración a un testigo a que el órgano jurisdiccional requirente abone a dicho testigo una indemnización –que, según el derecho irlandés, asciende a 40, 00 €, y se refiere a los gastos de transporte (“viaticum”)-, tratándose con ello de interpretar el Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

Un caso más en este sentido lo tenemos en la Sent. “Bank Handlowy y Adamiak” (C-116/11), en relación con la apertura en Polonia de un procedimiento de insolvencia contra una sociedad polaca respecto a la que anteriormente se había abierto en Francia un procedimiento de “sauvegarde” –en el que se aprecia que el deudor no se halla en situación de suspensión de pagos, pero que podría encontrarse en ella en defecto de una rápida reestructuración financiera-.

La Sent. “Szyrocka” (C-215/11) trata de un proceso monitorio europeo seguido a instancias de una persona física residente en Polonia contra una sociedad con domicilio social en Tangermünde (Alemania).

La Sent. “Alder” (C-325/11) versa sobre la solicitud de reapertura de un procedimiento de reclamación de cantidad en Polonia, por no haberse llevado a cabo una serie de notificaciones a los demandantes, los cuales tenían su domicilio en Alemania y no habían nombrado representante autorizado para recibir notificaciones en el lugar del proceso. Se solicita para ello interpretación del Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

En lo que hace a la *Protección a los Consumidores*, la Sent. “Telekomunikacja Polska” (C-522/08), la cual se dictó con motivo de la prohibición impuesta a una empresa proveedora de servicios de telecomunicaciones, de supeditar la celebración de un contrato de prestación de servicios (de acceso a Internet de alta velocidad) a la concertación por el usuario final de un contrato sobre la prestación de otros servicios (telefónicos).

Con cierta relación a esta misma materia, la Sent. “Polska Telefonia Cyfrowa” (C-99/09), cuyo telón de fondo es la imposición de una multa a una empresa de telefonía que facturaba en caso de cambio de operador, pues dicho importe disuadía a los abonados de hacer uso a su derecho a la conservación de su número de teléfono.

En relación con la *Política Agrícola Común (PAC)*, la Sent. “Bonda” (C-489/10), la cual se refería a un asunto por fraude en la declaración sobre la superficie agrícola con derecho al pago único por superficie.

Sobre el *Mercado Interior*, la Sent. “Fortuna” (asuntos acumulados C-213/11, C-214/11 y C-217/11), a propósito de unas autorizaciones para organizar y explotar actividades en el ámbito de los juegos automáticos con precios limitados.

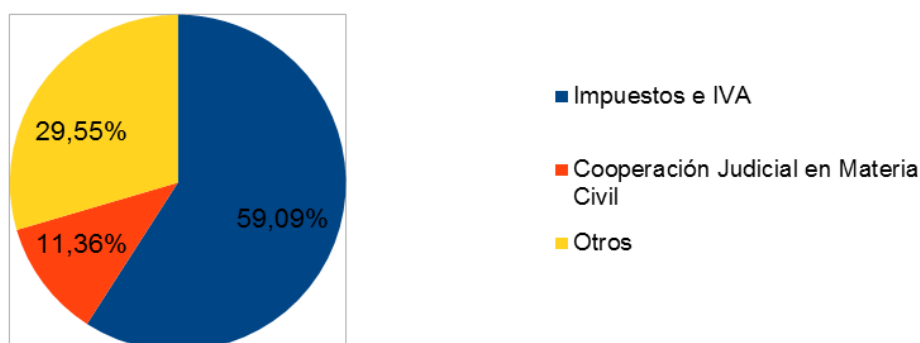
También centrado sobre los juegos de azar, el A. “Ziemski y Kozak” (C-31/12), aunque la cuestión fue declarada manifiestamente inadmisibile por falta de descripción del litigio principal.

En el área de *Seguridad Social*, la Sent. “Format Urzadzenia” (C-115/11), sobre la determinación de la legislación aplicable a un empleado que trabaja para una empresa subcontratista de obras, la cual ejerce sus actividades en determinados Estados miembros, y que por esta razón dicho trabajador ha desempeñado su relación laboral en Francia y en Finlandia.

Igualmente, la Sent. “Wencel” (C-589/10), sobre el derecho a percibir una pensión de jubilación y, más en concreto, la acumulación de varias pensiones, que tienen dos orígenes distintos –Polonia y Alemania-, unido todo ello al concepto de “residencia” y, en última instancia, al derecho de libre circulación de personas entre los Estados miembros, recogido en el artículo 45 TFUE.

En el ámbito de los *Contratos Públicos*, la Sent. “Forposta y ABC Direct Contact” (C-465/11) trata de la adjudicación de un contrato público para la entrega de los paquetes postales nacionales e internacionales, paquetes postales de más de 10 kilos, envíos contra reembolso y paquetes postales aceptados en condiciones especiales.

Ránking polaco por materias



2.1.10. República Checa

La República Checa, antes de la adhesión, planteaba, sobre todo, problemas con la comunidad romaní⁹⁰¹.

Estamos ante un Estado que ha suscitado ciertas divergencias con el Tribunal de Justicia desde su ingreso en la Unión en el año 2004, y que ha hecho una escasa remisión de cuestiones prejudiciales.

Concretamente, el Tribunal Constitucional Checo ha tenido algún rifirrafe, si se nos permite la expresión, con el Tribunal de Justicia, provocado en gran parte, aunque no solo, por la propia actitud del Alto Tribunal de la República Checa.

Subyace también, en este estado de cosas, la propia beligerancia a nivel interno entre el Supremo Tribunal Administrativo y el Tribunal

⁹⁰¹ SALINAS DE FRÍAS, A., “*La ampliación comunitaria a los países de la Europa Central y Oriental y la protección de los derechos humanos*”. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 43/44, Valencia, 2003, p. 74.

Constitucional, que ha llevado a una cierta provocación, como la llama RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, por parte del primero⁹⁰².

Efectivamente, el nuevo planteamiento de cuestión prejudicial por el Supremo Tribunal Administrativo, a cuenta del tema de las pensiones tras la escisión de la antigua Checoslovaquia, y que ha dado lugar al A. “JS”, de 27 de marzo de 2013 (C-253/12) del Tribunal de Justicia, era en sí una bomba de relojería que, afortunadamente, fue desactivada. El tribunal checo retiró la cuestión prejudicial, ya que después de los antecedentes vividos –Sent. “Landtová”, del Tribunal de Justicia, y posterior rebelión del Tribunal Constitucional con su Sent. “Slovak Pensions”, de 31 de enero de 2012⁹⁰³–, el Supremo Tribunal Administrativo formulaba una de las cuestiones que dieron lugar al asunto C-253/12 con un texto del siguiente tenor:

“¿el Derecho de la Unión Europea se opone a que un tribunal nacional, que es la instancia superior del Estado en el ámbito contencioso-administrativo y cuyas resoluciones no pueden ser objeto de recurso, esté vinculado por la apreciación jurídica del Tribunal Constitucional de la República Checa cuando la apreciación de este no parezca conforme al Derecho de la Unión tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea?”.

De este modo, y por referirnos al mismo período que venimos contemplando, el Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado en tres asuntos remitidos por un órgano jurisdiccional checo en el año 2007⁹⁰⁴, en ninguno en el año 2008, en un asunto en el año 2009⁹⁰⁵, en cuatro en el año 2010⁹⁰⁶, en dos en el año 2011⁹⁰⁷, en cuatro en el año 2012⁹⁰⁸, y en nueve en el año 2013⁹⁰⁹.

⁹⁰² RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “Diálogo entre Jurisdicciones, “Ultra Vires” y rabietas: Comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional Checo”. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 97, enero-abril 2013, p. 390.

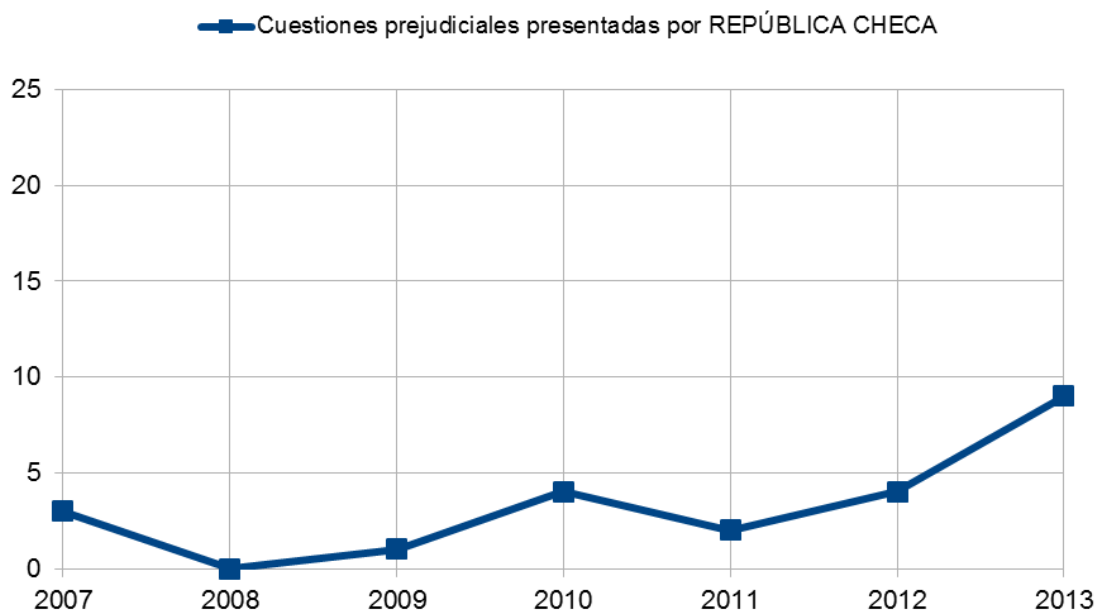
⁹⁰³ Sentencia que, sin embargo, contó con un voto particular, el del magistrado Jirí Nykodým.

⁹⁰⁴ A. “Vorel”, de 11 de enero de 2007, C-437/05; Sent. “Telefónica O2”, de 14 de junio de 2007, C-64/06; Sent. “Skoma-Lux I”, de 11 de diciembre de 2007, C-161/06.

⁹⁰⁵ Sent. “RLRE Tellmer Property”, de 11 de junio de 2009, C-572/07.

⁹⁰⁶ Sent. “Kyrian”, de 14 de enero de 2010, C-233/08; Sent. “CPP Vienna Insurance Group”, de 20 de mayo de 2010, C-111/09; Sent. “Skoma-Lux II”, de 16 de diciembre de 2010, C-339/09; y Sent. “BSA”, de 22 de diciembre de 2010, C-393/09.

⁹⁰⁷ Sent. “Landtová”, de 22 de junio de 2011, C-399/09; y Sent. “Hypoteční banka”, de 17 de noviembre de 2011, C-327/10.



En el caso de este EM destacan los asuntos relativos a la Cooperación Judicial en Materia Civil (5), seguidos de las que tienen que ver con el IVA (3) y, finalmente, los de Agricultura (2) y Seguridad Social (2).

Nos permitimos hacer al respecto la siguiente síntesis de los asuntos presentados por la República Checa:

En lo que hace a la *Política Social*, el A. “Vorel” (C-437/05), sobre la definición del concepto de “tiempo de trabajo” en el sentido de las Directivas 93/104 y 2003/88, en relación con los servicios de atención continuada prestados por un médico en un hospital y de la retribución adeudada como contrapartida de éstos. El Tribunal de Justicia, al considerar que la respuesta a la cuestión planteada puede deducirse

⁹⁰⁸ Sent. “Toshiba Corporation”, de 14 de febrero de 2012, C-17/10; A. “Star Coaches”, de 1 de marzo de 2012, C-220/11; Sent. “Wolf Naturprodukte”, de 21 de junio de 2012, C-514/10; y Sent. “CS AGRO Ronov”, de 4 de octubre de 2012, C-390/11.

⁹⁰⁹ Sent. “Mesto Zamberk”, de 21 de febrero de 2013, C-18/12; Sent. “Ceská sporitelna”, de 14 de marzo de 2013, C-419/11; Sent. “Soukupová”, de 11 de abril de 2013, C-401/11; Sent. “Arslan”, de 30 de mayo de 2013, C-534/11; Sent. “Green-Swan Pharmaceuticals CR”, de 18 de julio de 2013, C-299/12; Sent. “Sabou”, de 22 de octubre de 2013, C-276/12; Sent. “Baláz”, de 14 de noviembre de 2013, C-60/12; A. “MF7”, de 14 de noviembre de 2013, C-49/13; y Sent. “Casta”, de 5 de diciembre de 2013, C-166/12.

claramente de su jurisprudencia, resuelve conforme a lo previsto en el artículo 104, apartado tercero, párrafo primero, del RPTJ.

En el ámbito de la *Seguridad Social*, la Sent. “Landtová” (C-399/09), respecto al importe de la pensión de jubilación parcial que concede el Instituto Checo de Seguridad Social a una ciudadana checa, residente en este Estado, pero que trabajó para una empresa que tenía su sede en el territorio de la República Eslovaca.

La Sent. “Casta” (C-166/12), sobre el cálculo del capital correspondiente a los derechos de pensión adquiridos en el régimen de pensiones nacional – en este caso, el checo- que puede ser transferido por cuenta del interesado, el Sr. Casta, al régimen de pensiones de la Unión –al haber entrado dicha persona al servicio de la Comisión-.

Respecto a las *Telecomunicaciones*, la Sent. “Telefónica O2” (C-64/06), sobre la obligación de un operador de telecomunicaciones de celebrar un acuerdo de interconexión de su red con la de otro operador, a los efectos de extender la cooperación existente a los servicios de internet de banda ancha de alta velocidad (ADSL).

En lo que hace a la propia *Adhesión* a la UE de la República Checa, la Sent. “Skoma-Lux I” (C-161/06), en relación a la multa impuesta a la empresa “Skoma-Lux” –que se dedica a la importación y comercio de vinos- por unas infracciones aduaneras supuestamente cometidas entre marzo y mayo de 2004. Dicha empresa alegaba que la Dirección de Aduanas no podía invocar en su contra una normativa comunitaria que aún no había sido publicada en lengua checa en el DOUE.

En relación con la *Unión Aduanera*, la Sent. “Skoma-Lux II” (C-339/09), sobre la clasificación en la NC de una mercancía denominada “vino tinto de postre Kagor VK” importada en la República Checa desde Moldavia.

En el ámbito de la *Propiedad Intelectual*, la Sent. “BSA” (C-393/09), sobre la negativa a conceder autorización a la “Asociación para la Protección de los Programas Informáticos” (BSA) para ejercer la gestión colectiva de los derechos patrimoniales de autor ligados a los programas de ordenador.

Respecto a la *Cooperación Judicial en Materia Civil*, la Sent. “Kyrian” (C-233/08), sobre la verificación del carácter ejecutivo de un título que permite el cobro de un crédito emitido por la Oficina Principal de Aduanas de Regensburg (Alemania).

La Sent. “CPP Vienna Insurance Group” (C-111/09), en relación con un requerimiento de pago de una prima de seguro que hace una compañía aseguradora domiciliada en la República Checa al tomador de un seguro domiciliado en Eslovaquia, y sobre la competencia de un Juez, que realmente es incompetente de acuerdo al Reglamento (CE) nº 44/2001, pero al que no se le ha presentado por la parte interesada una excepción de incompetencia, y los efectos de prórroga tácita de competencia que ello comporta.

La Sent. “Hypotecni banka” (C-327/10), la cual se dicta a propósito de un litigio entre “Hypotečni banka a.s.” –sociedad checa con domicilio social en Praga- y el Sr. Lindner –nacional alemán-, con domicilio desconocido, dirigido a obtener el pago de una cantidad de aproximadamente 4,4 millones de coronas checas (CZK), más los intereses de demora, correspondiente a cuotas impagadas de un crédito hipotecario que la primera había concedido al segundo.

La Sent. “Wolf Naturprodukte” (C-514/10), en relación con el reconocimiento y ejecución en la República Checa de una resolución judicial dictada en Austria.

La Sent. “Ceská sporitelna” (C-419/11), sobre determinadas cuestiones relativas a un pagaré emitido de forma incompleta (en esencia, si puede considerarse materia contractual a los efectos del Reglamento nº 44/2001), y ello en el contexto de una reclamación por parte del tenedor contra el avalista del emisor del pagaré.

Sobre la *Cooperación Judicial en Materia Penal*, la Sent. “Baláz” (C-60/12), que trae causa de un procedimiento de ejecución relativo al cobro de una multa impuesta a un nacional checo –consistente en 220, 00 € con pena de privación de libertad de 60 horas en caso de impago en el plazo fijado- por una infracción de tráfico cometida por él en Austria, al conducir un vehículo articulado para el transporte de mercancías matriculado en la República Checa, y constando como no respetada una señal de “Entrada prohibida a vehículos de un peso superior a 3,5 toneladas”.

En relación con la *Competencia*, la Sent. “Toshiba Corporation” (C-17/10), que trae causa de un litigio entre varias empresas y la Autoridad Checa de Defensa de la Competencia, en relación a la resolución de esta Autoridad por la que se impone a aquellas empresas sanciones de multa por vulneración del derecho de la competencia checo, pues consideraba que había estado actuando un cártel en el mercado de los conmutadores con aislamiento de gas.

En lo que se refiere al *IVA*, la Sent. “RLRE Tellmer Property” (C-572/07) trata la cuestión de si los gastos de limpieza de los espacios comunes de un inmueble en alquiler están, como el alquiler, exentos del IVA.

El A. “Star Coaches” (C-220/11), sobre la liquidación girada por el IVA a la empresa “Star Coaches”, que se dedica al transporte de personas en autocar, y trata de establecer si a la misma le es de aplicación el régimen especial de las agencias de viajes contemplado en el artículo 306 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006. Este asunto se resolvió conforme a lo establecido en el artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del RPTJ, por entender el Tribunal de Justicia que la respuesta podía deducirse claramente de su jurisprudencia.

La Sent. “Mesto Zamberk” (C-18/12), en relación con la sujeción al IVA del precio de entrada establecido por la ciudad de Zamberk para el acceso a su parque acuático municipal, y en la que se trata de establecer o perfilar el concepto de “actividad o práctica deportiva” a los efectos de la exención del citado impuesto.

Respecto a la *Agricultura*, la Sent. “CS AGRO Ronov” (C-390/11), en relación a una ayuda a la reestructuración para productores de remolacha azucarera.

La Sent. “Soukupová” (C-401/11), sobre la denegación de una solicitud de participación en el plan de ayudas al cese anticipado de la actividad agraria por parte de titulares de explotaciones agrarias.

En relación con la *Política de Inmigración*, cabe citar la Sent. “Arslan” (C-534/11), dictada en el marco de un litigio en el que intervenía un nacional turco, el Sr. Arslan. Éste había sido detenido e internado en la República Checa con vistas a su expulsión administrativa y, durante dicho internamiento, solicitó protección internacional con arreglo a la normativa nacional sobre asilo, respecto a la decisión de prorrogar el internamiento inicial de sesenta días por un período adicional de ciento veinte días. Esa prórroga era necesaria para proseguir los trámites de ejecución de la decisión de expulsión del interesado, habida cuenta, en particular, de que aún estaba en curso el procedimiento sobre la solicitud de protección internacional presentada por el Sr. Arslan y la decisión de expulsión no podía ejecutarse durante el período de examen de dicha solicitud.

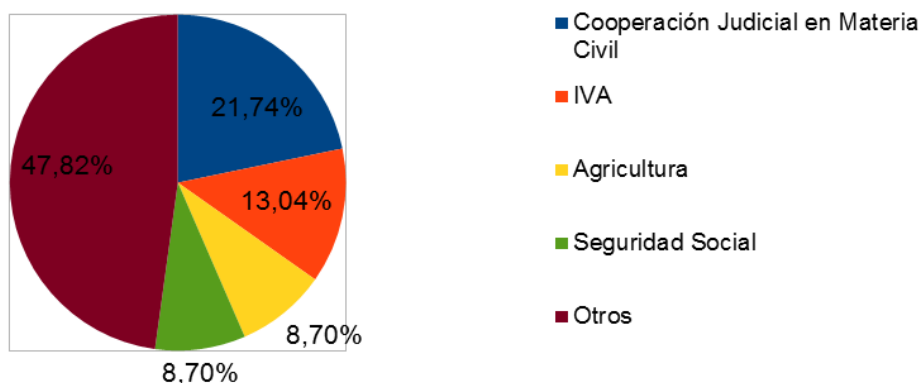
En el ámbito de la *Protección a los Consumidores*, la Sent. “Green-Swan Pharmaceuticals CR” (C-299/12), sobre la calificación de una

comunicación que figura en el envase de un complemento alimenticio denominado “GS Merilin”, en el sentido de que «el preparado también contiene calcio y vitamina D3, que ayuda a reducir un factor de riesgo de aparición de osteoporosis y fracturas».

Sobre la *Libre Circulación de Capitales*, la Sent. “Sabou” (C-276/12) se inscribe en el marco de un litigio entre el Sr. Sabou, futbolista profesional, y la Dirección de Servicios Tributarios del Ayuntamiento de Praga, en relación con la cuantía de la renta imponible de aquél correspondiente al ejercicio de 2004, y en ella se dilucidan cuestiones sobre la intervención del investigado en los procedimientos de requerimiento de información entre Administraciones Tributarias de diversos Estados miembros.

Respecto a la *Propiedad Intelectual*, el A. “MF 7” (C-49/13), relativo a una solicitud de anulación de determinadas marcas. En este caso el Tribunal de Justicia, aplicando el artículo 53, apartado 2, del RPTJ, se declaró manifiestamente incompetente, pues el órgano remitente se consideraba que no tenía carácter jurisdiccional, sino meramente administrativo.

Ráaking checo por materias



2.2. Análisis de las cuestiones planteadas por los Estados incorporados a la Unión en fecha más reciente

En este apartado nos referiremos a Bulgaria y Rumanía, Estados que pasaron a formar parte de la Unión en 2007, y a Croacia, cuya incorporación se produjo en 2013.

2.2.1. Bulgaria

El balance total de Bulgaria antes de la adhesión no era, a juicio de la Comisión, muy halagüeño, como hemos indicado respecto de otros hoy Estados miembros, pues se le reprochaban problemas de malos tratos por parte de la policía en la práctica de detenciones; unido ello a la existencia de condiciones inhumanas en centros de acogida de menores, así como una discriminación muy severa contra los gitanos⁹¹⁰.

Las cuestiones planteadas por este país que han sido resueltas por el Tribunal de Justicia en el año 2009⁹¹¹, 2010⁹¹², 2011⁹¹³, 2012⁹¹⁴ y 2013⁹¹⁵

⁹¹⁰ SALINAS DE FRÍAS, A., *“La ampliación comunitaria a los países de la Europa Central y Oriental y la protección de los derechos humanos”*. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 43/44, Valencia, 2003, p. 74.

⁹¹¹ Sent. “Apis-Hristovich”, de 5 de marzo de 2009, C-545/07; A. “Canon Kabushiki I”, de 17 de septiembre de 2009, C-181/09 y Sent. “Kadzoev”, de 30 de noviembre de 2009, C-357/09 PPU.

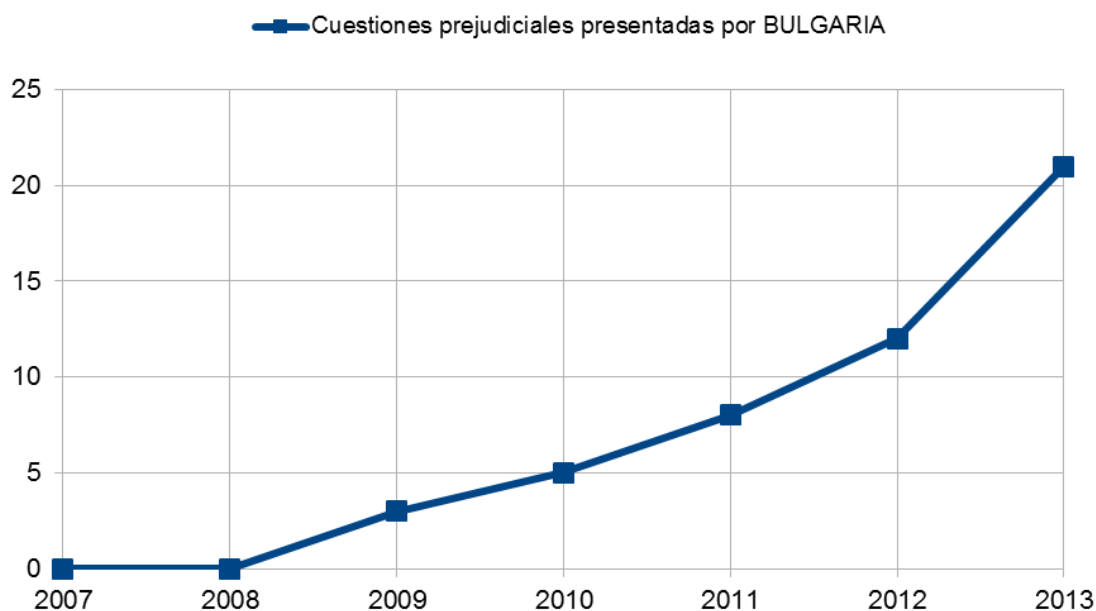
⁹¹² Sent. “Kalinchev”, de 3 de junio de 2010, C-2/09; Sent. “Elchinov”, de 5 de octubre de 2010, C-173/09; Sent. “Georgiev”, de 18 de noviembre de 2010, en los asuntos acumulados C-250/09 y C-268/09; A. “Canon Kabushiki II”, de 28 de octubre de 2010, C-449/09 y A. “Asparuhov Estov” de 12 de noviembre de 2010, C-339/10.

⁹¹³ Sent. “Auto Nikolovi”, de 3 de marzo de 2011, C-203/10; Sent. “Aurubis Bulgaria”, de 31 de marzo de 2011, C-546/09; A. “Semerdzhiev”, de 11 de mayo de 2011, C-32/10; Sent. “Enel Maritsa Iztok 3”, de 12 de mayo de 2011, C-107/10; Sent. “DP grup”, de 15 de septiembre de 2011, C-138/10; Sent. “Gaydarov”, de 17 de noviembre de 2011, C-430/10; Sent. “Aladzhov”, de 17 de noviembre de 2011, C-434/10 y Sent. “Evroetil”, de 21 de diciembre de 2011, C-503/10.

⁹¹⁴ Sent. “Eon Aset Menidjmont”, de 16 de febrero de 2012, C-118/11; Sent. “Klub”, de 22 de marzo de 2012, C-153/11; Sent. “Balkan and Sea Properties”, de 26 de abril de 2012, en los asuntos acumulados C-621/10 y C-129/11; Sent. “Vinkov”, de 7 de junio de 2012, C-27/11; Sent. “EMS-Bulgaria Transport”, de 12 de julio de 2012, C-284/11; Sent. “Byankov”, de 4 de octubre de 2012, C-249/11; Sent. “PIGI”, de 4 de octubre de 2012, C-550/11; Sent. “TETS Haskovo”, de 18 de octubre de 2012, C-234/11; Sent. “Digitalnet”, de 22 de noviembre de 2012, en los asuntos acumulados C-320/11, C-330/11, C-382/11 y C-383/11; Sent. “Kremikovtzi”, de 29 de noviembre de 2012, C-262/11; Sent. “Bonik”, de 6 de diciembre de 2012, C-285/11; y Sent. “Orfey Bulgaria”, de 19 de diciembre de 2012, C-549/11.

⁹¹⁵ Sent. “Belov”, de 31 de enero de 2013, C-394/11; Sent. “Stroy trans”, de 31 de enero de 2013, C-642/11; Sent. “LVK-56”, de 31 de enero de 2013, C-643/11; Sent. “Efir”, de 7 de marzo de 2013, C-19/12; A. “Sani treyd”, de 21 de marzo de 2013, C-153/12; Sent. “Rusedespred”, de 11 de abril de 2013, C-138/12; Sent. “Mustafa”, de 18 de abril de 2013, C-247/12; Sent. “Marinov”, de 8 de mayo de 2013, C-142/12; Sent. “Halaf”, de 30 de mayo de 2013, C-528/11; Sent. “Paltrade”, de 6 de junio de 2013, C-667/11; A. “Cholakova”, de 6 de junio de 2013, C-14/13; Sent. “Slancheva sila”, de 12 de septiembre de 2013, C-434/12; Sent. “Kostov”, de 13 de junio de 2013, C-62/12; Sent. “Rodopi-M 91”, de 20 de junio de 2013, C-259/12; Sent. “Agrokonsulting-04”, de 27 de junio de 2013, C-93/12; A. “Menidzherski”, de 4 de julio de 2013, C-572/11; Sent. “Evita-K”, de 18 de julio de 2013, C-78/12; Sent. “AES- 3C

revelan una clara progresión de sus cifras, ya que fueron tres, cinco, ocho, doce y veintiuna, respectivamente, las cuestiones resueltas. En los años 2007 y 2008 no se produjo ningún pronunciamiento del Tribunal de Justicia, aunque hay que tener en cuenta que este país se incorporó a la UE en 2007.



Hay que subrayar que la República de Bulgaria ha presentado un número destacadísimo de remisiones prejudiciales referidas al IVA (22), a mucha distancia de las que ocuparían un segundo lugar en el ránking, que son aquellas que versan sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (4), la Ciudadanía de la Unión (4) y la Unión Aduanera (4).

Valga la sintética enumeración que a continuación exponemos, clasificada por materias, sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por este EM:

En relación con la *Protección Jurídica de las Bases de Datos*, la Sent. “Apis-Hristovich” (C-545/07), con la que se trata de solventar una serie de cuestiones relativas a la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, para, de este modo, poder pronunciarse el órgano remitente sobre un litigio que se había producido entre dos

Maritza”, de 18 de julio de 2013, C-124/12; Sent. “Serebryannay vek”, de 26 de septiembre de 2013, C-283/12; Sent. “Schneider”, de 3 de octubre de 2013, C-386/12; y Sent. “Stoilov i Ko”, de 24 de octubre de 2013, C-180/12.

sociedades búlgaras que comercializan bases electrónicas de datos jurídicos oficiales.

Sobre la *Propiedad Intelectual, Industrial y Comercial*, el A. “Canon Kabushiki I” (C-181/09), a propósito de un procedimiento de prohibición de comercialización de una marca sin el consentimiento del titular de la misma.

En un supuesto con ciertas analogías al anterior, el A. “Canon Kabushiki II” (C-449/09), sobre el envío desde Hong Kong a Bulgaria de cartuchos de la marca “Canon”, sin el consentimiento de dicha empresa. El mismo fue resuelto de acuerdo a lo prevenido en el artículo 104, aptdo. 3, del RPTJ, por estimar el TJUE que la respuesta podía deducirse claramente de su jurisprudencia.

En el área del *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, la Sent. “Kadzoev” (C-357/09 PPU), en relación con el mantenimiento de un ciudadano ruso en un Centro Especial de Internamiento de Extranjeros.

La Sent. “Vinkov” (C-27/11), en relación con una resolución de la policía de tráfico búlgara por la que se impone una sanción pecuniaria, así como la retirada de cuatro puntos del permiso de conducción, por un accidente de tráfico en un aparcamiento de Sofía al efectuarse una maniobra de marcha atrás. El motivo de la remisión prejudicial se basaba en la no posibilidad en el derecho búlgaro de recurrir judicialmente una multa si su importe es inferior a 50 leva⁹¹⁶. El TJ declaró en este caso la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial por no ser de aplicación las normas del Derecho de la Unión al objeto del litigio nacional.

La Sent. “Halaf” (C-528/11), sobre la denegación de la incoación de un procedimiento para la concesión del Estatuto de Refugiado a un nacional iraquí -el Sr. Halaf- y la autorización de su traslado a Grecia.

La Sent. “Schneider” (C-386/12), que se dictó con motivo de una petición surgida en el marco de un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria iniciado a instancias de un ciudadano húngaro sometido a curatela, el cual había solicitado autorización para vender su cuota indivisa en la propiedad de un inmueble sito en la República de Bulgaria, y que había adquirido a consecuencia de la herencia causada por su madre.

⁹¹⁶ Esta moneda es designada como “BGN” en el Código ISO 4217 (Códigos de Divisas).

Respecto a los *Impuestos Especiales*, la Sent. “Kalinchev” (C-2/09), que trata de la tributación en Bulgaria de los vehículos de segunda mano; remisión prejudicial que se planteó a propósito de la importación a este país de un automóvil BMW que había sido adquirido en Francia.

La Sent. “Evroetil” (C-503/10), a propósito de la legalidad de un requerimiento de pago de impuestos especiales, en relación con la clasificación en la NC de un producto (si es bioetanol, y si el mismo puede ser considerado un producto energético).

En relación con la *Seguridad Social*, la Sent. “Elchinov” (C-173/09), sobre la negativa de la Caja Nacional de Enfermedad de este país a expedir una autorización para recibir asistencia hospitalaria en Alemania. Se trataba de seguir un tratamiento de última generación en una clínica especializada de Berlín, dado que dicho tratamiento no se practicaba en Bulgaria.

En materia de *Política Social*, la Sent. “Georgiev” (asuntos acumulados C-250/09 y C-268/09), en la que se dirimen cuestiones referidas, por una parte, a la contratación por parte de la Universidad Técnica de Sofía, mediante un contrato de duración determinada, de un catedrático, una vez cumplidos los 65 años y, por otra, su jubilación forzosa a los 68 años.

La Sent. “Mustafa” (C-247/12), en relación con la negativa a conceder el pago del crédito de una trabajadora –por los conceptos de remuneración de una mensualidad e indemnización compensatoria de vacaciones anuales– contra su empresario, en el marco de un procedimiento de insolvencia.

Sobre los *Principios, Objetivos y Misiones de los Tratados*, el A. “Asparuhov Estov” (C-339/10), en el que se plantea la cuestión de si la falta de reconocimiento, en derecho nacional, de recurrir contra una resolución relativa al PGOU de la capital es incompatible con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En este caso, el TJ se declaró manifiestamente incompetente, procediendo conforme establece el artículo 92, aptdo. 1, del RPTJ.

La Sent. “Belov” (C-394/11), que se dicta a propósito de una petición formulada en el marco de un procedimiento cuyo objeto es determinar si resulta discriminatoria por razón del origen étnico la medida consistente en instalar en dos barrios de la ciudad de Montana (Bulgaria) –Ogosta y Kosharnik– habitados mayoritariamente por personas gitanas, contadores para medir el consumo de electricidad a una altura de 7 metros en postes situados en el exterior de las viviendas en las que se efectúa el suministro y, en caso afirmativo, se solicita el cese de tal discriminación y la condena de

sus responsables al pago de multas. En el presente caso, el TJ se declaró incompetente puesto que el órgano remitente, la “Comisión de Defensa contra la Discriminación” (“*Komisija za zashtita ot diskriminatsia*”) no actúa en la cuestión pendiente ante la misma como un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 del TFUE, sino como un órgano administrativo.

Respecto al IVA, la Sent. “Auto Nikolovi” (C-203/10), sobre el derecho de una empresa dedicada principalmente a la venta de vehículos de ocasión, a deducir el IVA abonado en el momento de importar en la UE piezas de ocasión para vehículos automóviles procedentes de Suiza.

También la Sent. “Enel Maritsa Iztok 3” (C-107/10), en relación con la fecha pertinente a partir de la cual se devengan intereses de demora por el IVA que debe devolverse por la Administración tributaria a una empresa.

En el mismo sentido, la Sent. “Eon Aset Menidjmont” (C-118/11), sobre la liquidación complementaria de IVA a la que se somete a una empresa como consecuencia de habersele denegado un derecho a deducción.

La Sent. “Klub” (C-153/11), acerca de la liquidación complementaria por la que se deniega a una empresa búlgara el derecho a deducir el IVA que grava la adquisición de un apartamento (por considerar las autoridades tributarias que dicho inmueble no se utilizaba para la actividad propia de la empresa, que era la explotación de un hotel en la estación balnearia de Varna, pese a que dicha empresa afirmaba que sí tenía un destino profesional, pues la intención era la de utilizarlo para celebrar reuniones de negociación con operadores turísticos).

La Sent. “Balkan and Sea Properties” (asuntos acumulados C-621/10 y C-129/11), en relación con unas liquidaciones tributarias por las que se impedía a dos empresas búlgaras beneficiarse del derecho a deducción del IVA, pues había discrepancias respecto a si la base imponible constituía el valor real de mercado.

La Sent. “EMS-Bulgaria Transport” (C-284/11), a propósito de una liquidación complementaria por la que las autoridades tributarias deniegan el derecho a deducir el IVA soportado, por caducidad, en relación con unas adquisiciones intracomunitarias.

La Sent. “PIGI” (C-550/11), sobre la regularización de una deducción del IVA en relación con el robo de unas mercancías, y su asimilación a un supuesto de fuerza mayor, esto es, a algo que ni se pudo prever ni prevenir.

La Sent. “TETS Haskovo” (C-234/11), respecto a la regularización de una deducción en el IVA.

La Sent. “Bonik” (C-285/11), sobre el derecho a deducir, en forma de crédito tributario, el IVA correspondiente a determinadas compras de trigo realizadas por una sociedad.

La Sent. “Orfey Balcia” (C-549/11) tiene su origen en una liquidación complementaria que supone el pago de una cuota adicional en el IVA, a propósito de un derecho de superficie establecido por unos particulares sobre una parcela en la que se iba a construir un edificio.

En un supuesto prácticamente idéntico al anterior, la Sent. “Efir” (C-19/12) y el A. “Sani treyd”(C-153/12). Este último asunto fue resuelto conforme establece el artículo 99 del RPTJ, toda vez que la respuesta podía ser fácilmente deducida de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en concreto de la Sent. “Orfey Balcia” y de la Sent. “Efir”).

La Sent. “Stroy trans” (C-642/11), sobre la denegación del derecho a deducir el IVA a una empresa dedicada al transporte de mercancías por carretera y la prestación de servicios mecanizados con equipos especializados, en relación con unas facturas de combustible diesel, por no haberse demostrado la realidad de operaciones anteriores.

La Sent. “LVK-56” (C-643/11), la cual trata también sobre la denegación del derecho a deducir el IVA –en este caso a una empresa agrícola-, por considerar que no está acreditada la realidad de operaciones anteriores.

La Sent. “Rusedspred” (C-138/12), sobre la denegación del derecho a la devolución del IVA que una empresa había facturado a un cliente, toda vez que la Administración Tributaria había denegado previamente a este último el derecho a deducir dicho IVA porque la operación de que se trataba estaba exenta.

La Sent. “Marinov” (C-142/12), en relación con una liquidación tributaria de IVA, respecto de unas deducciones por este impuesto practicadas respecto de unos vehículos en régimen de arrendamiento financiero.

La Sent. “Kostov” (C-62/12), que versa sobre una liquidación tributaria relativa a transacciones relacionadas con un contrato de mandato; en concreto el contraído por una empresa con un ciudadano búlgaro, el Sr. Galin Kostov, agente judicial privado, por el que éste tenía que presentar

ofertas en el marco de tres procedimientos por subasta, respecto de tres inmuebles, parcialmente edificados, que eran de propiedad privada del Estado, y administrados por el Ministerio de Defensa, con objeto de que, si le eran adjudicados, se obligaba a transmitir su propiedad a la empresa con la que había contratado.

La Sent. “Rodopi-M 91” (C-259/12), en relación con la multa que se impuso a una empresa búlgara por contabilización y declaración extemporáneas de la anulación de una factura, a efectos de IVA.

El A. “Menidzherski” (C-572/11), sobre el rechazo del derecho a deducir el IVA mencionado en las facturas emitidas por un proveedor, porque las operaciones relacionadas en esas facturas tienen un carácter ficticio. El Tribunal de Justicia entendió que la respuesta a la cuestión suscitada por el órgano remitente podía ser deducida claramente de su jurisprudencia, por lo que dictó el correspondiente Auto, conforme establece el artículo 99 del RPTJ.

La Sent. “Evita-K” (C-78/12), que trata sobre la denegación del derecho a deducción, en forma de crédito fiscal, del IVA relativo a facturas sobre entregas de terneros destinados al sacrificio, así como las presuntas irregularidades concurrentes en el emisor de la factura.

La Sent. “AES-3C Maritza” (C-124/12), sobre el derecho a deducir el IVA soportado por la adquisición de diversos bienes y servicios destinados a trabajadores cedidos por otra sociedad.

La Sent. “Serebryannay vek” (C-283/12), que se pronuncia al girarse una liquidación complementaria por la que se exigía a una empresa –a la que se había otorgado un derecho real de usufructo sobre dos inmuebles, con la condición de acondicionarlos, explotarlos en su actividad, y devolverlos a sus propietarios, al término del contrato- el pago del IVA correspondiente al mes de julio de 2010.

En relación con la *Unión Aduanera*, la Sent. “Aurubis Balgaria” (C-546/09), sobre los intereses de la deuda adicional declarada a las autoridades aduaneras, a efectos de IVA, como consecuencia de la emisión de factura definitiva, así como la fecha a partir de la cual se devengan dichos intereses.

La Sent. “DP grup” (C-138/10), sobre la anulación de una declaración en aduana, por considerarse incorrecta la clasificación arancelaria de la mercancía.

La Sent. “Digitalnet” (asuntos acumulados C-320/11, C-330/11, C-382/11 y C-383/11), en relación con el pago de los derechos de aduana, correspondientes a unos adaptadores multimedia que desempeñan una función de comunicación, así como su clasificación en la NC.

La Sent. “Stoilov i Ko” (C-180/12), a propósito de la clasificación arancelaria de mercancías designadas como “materiales para la fabricación de estores enrollables” procedentes de China.

En el ámbito de los *Viajes Combinados*, el A. “Semerdzhiev” (C-32/10), que trae causa de una reclamación de indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la falta de entrega, antes del viaje, del original de la póliza de seguro que cubre los gastos médicos que, en caso de enfermedad o accidente, puedan originarse durante el mismo. En este caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 92, aptdo. 1, y 103, aptdo. 1, del RPTJ, el Tribunal de Justicia se ha declarado incompetente para conocer de la cuestión planteada.

Sobre la *Ciudadanía de la Unión*, la Sent. “Gaydarov” (C-430/10), respecto de una medida de prohibición de salida del territorio búlgaro y de expedición de pasaporte u otro documento similar, a un ciudadano de esta nacionalidad que había sido condenado previamente en Serbia a una pena de prisión por tráfico de estupefacientes.

De igual modo, la Sent. “Aladzhov” (C-434/10), en relación con la prohibición a un ciudadano búlgaro de salir del territorio nacional hasta que el crédito fiscal de una sociedad de la que es gerente sea abonado, o hasta que se constituya una garantía de pago íntegro de ese crédito.

La Sent. “Byankov” (C-249/11), dictada en relación con la negativa a reabrir un procedimiento administrativo de prohibición de abandonar el territorio búlgaro a un nacional de este país –lo que supone prohibición de expedición de pasaportes o documentos de identidad sustitutivos- y ello como consecuencia del impago de una deuda de carácter privado.

El A. “Cholakova” (C-14/13), en relación con una acción para obtener la nulidad de una orden de arresto emitida por un agente de policía por haber rechazado una ciudadana búlgara, después de haberle sido requerido, presentar su carné de identidad, con motivo de un control policial. El Tribunal de Justicia entendió que, puesto que la cuestión surge en un contexto puramente nacional y no presenta ningún vínculo con el Derecho

de la Unión, era manifiestamente incompetente para conocer del asunto, por lo que procedió conforme señala el artículo 53, pfo. 2º, del RPTJ.

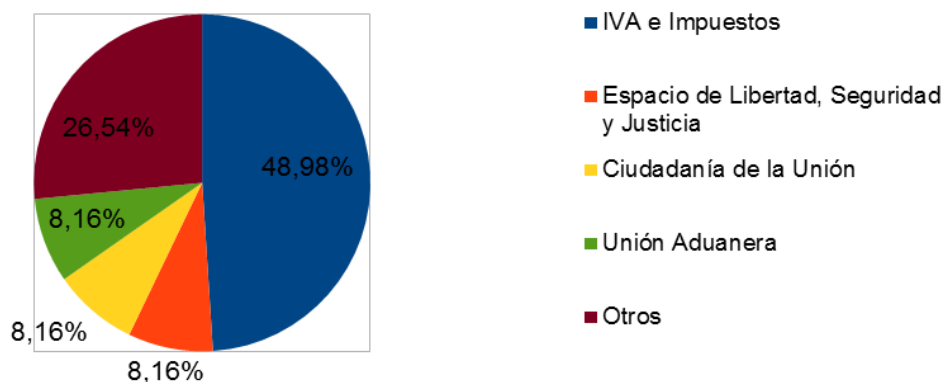
En el sector de la *Competencia*, la Sent. “Kremikovtzi” (C-262/11), en relación con una resolución sobre un crédito público consistente en unas ayudas concedidas a una sociedad siderúrgica de propiedad pública – privatizada en 1999- y que se encuentra en situación de insolvencia.

En lo atinente a la *Política Comercial*, la Sent. “Paltrade” (C-667/11), sobre una resolución que condena a una empresa a pagar derechos antidumping adicionales.

Respecto a la *Agricultura y Pesca*, la Sent. “Slancheva sila” (C-434/12), sobre la denegación de una solicitud de ayuda con cargo al FEADER para un proyecto de parque fotovoltaico, por entender que se habían creado artificialmente las condiciones requeridas para la concesión de la ayuda – división de un único proyecto en tres proyectos de menor tamaño- y que el propósito era obtener una ventaja contraria a los objetivos del régimen de ayuda.

La Sent. “Agrokonsulting-04” (C-93/12), en relación con una solicitud de ayuda para obtener financiación en virtud de la PAC.

Ránking búlgaro por materias



2.2.2. Rumanía

Los problemas de Rumanía, antes de la adhesión, se centraban en la falta de ayuda a la infancia, en la criminalización de la homosexualidad, el tráfico de seres humanos, los malos tratos policiales, las condiciones inhumanas en

instituciones de protección a la infancia, el trato dispensado a las minorías, los problemas de integración lingüística o la discriminación contra los gitanos⁹¹⁷.

Este Estado, miembro desde el año 2007, ha demostrado una progresión importante en el número de cuestiones prejudiciales que ha enviado y, por tanto, resuelto, el Tribunal de Justicia, que va de los cero asuntos en el año 2007, uno en el año 2008⁹¹⁸, cero en el año 2009, cinco en 2010⁹¹⁹, catorce en el 2011⁹²⁰, seis en el año 2012⁹²¹ y nueve en el año 2013⁹²².

⁹¹⁷ SALINAS DE FRÍAS, A., “*La ampliación comunitaria a los países de la Europa Central y Oriental y la protección de los derechos humanos*”. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadriqué Furió Ceriol, nº 43/44, Valencia, 2003, p. 74.

⁹¹⁸ Sent. “Jipa”, de 10 de julio de 2008, C-33/07.

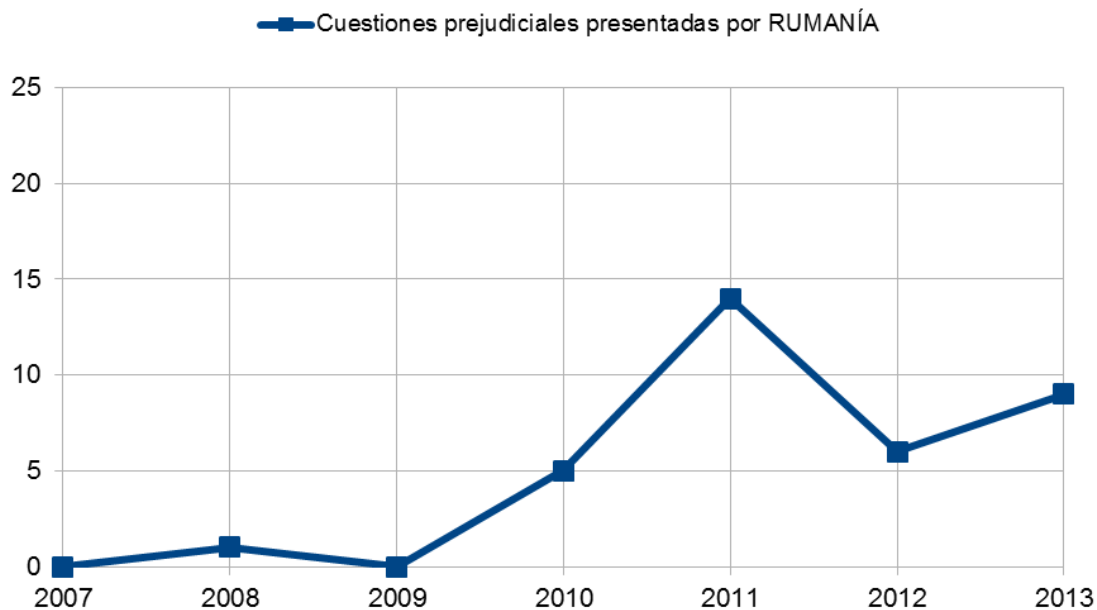
⁹¹⁹ A. “Bejan”, de 28 de octubre de 2010, C-102/10; A. “Bâilâ”, de 6 de diciembre de 2010, C-377/10; A. “DRA SPEED”, de 7 de diciembre de 2010, C-439/10; A. “SEMTEX”, de 7 de diciembre de 2010, C-440/10; y A. “Anghel”, de 7 de diciembre de 2010, C-441/10.

⁹²⁰ A. “Grigore”, de 4 de marzo de 2011, C-258/10; Sent. “Tatu”, de 7 de abril de 2011, C-402/09; A. “Obreja y Darmi”, de 8 de abril de 2011, asuntos acumulados C-136/10 y C-178/10; A. “Ijac”, de 8 de abril de 2011, C-336/10; A. “Sfichi y Ilas”, de 8 de abril de 2011, asuntos acumulados C-29/11 y C-30/11; Sent. “Nisipeanu”, de 7 de julio de 2011, C-263/10; Sent. “Agafitei”, de 7 de julio de 2011, C-310/10; A. “Vijulan”, de 13 de julio de 2011, C-335/10; A. “Drutu”, de 13 de julio de 2011, C-438/10; A. “Micsa”, de 13 de julio de 2011, C-573/10; A. “Corpul I”, de 14 de diciembre de 2011, C-434/11; A. “Cozman”, de 14 de diciembre de 2011, C-462/11; y A. “Boncea”, de 14 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-483/11 y C-484/11.

⁹²¹ Sent. “Nilas”, de 22 de marzo de 2012, C-248/11; A. “Corpul II”, de 10 de mayo de 2012, C-134/12; Sent. “SC Volksbank România”, de 12 de julio de 2012, C-602/10; A. “Corpul III”, de 15 de noviembre de 2012, C-369/12; A. “Augustus”, de 27 de noviembre de 2012, C-627/11; y Sent. “Gran Via Moinesti”, de 29 de noviembre de 2012, C-257/11.

⁹²² Sent. “Radu”, de 29 de enero de 2013, C-396/11; Sent. “Mora IPR”, de 21 de febrero de 2013, C-79/12; Sent. “Irimie”, de 18 de abril de 2013, C-565/11; Sent. “Asociatia Accept”, de 25 de abril de 2013, C-81/12; Sent. “Scandic Distilleries”, de 30 de mayo de 2013, C-663/11; A. “Luca”, de 11 de julio de 2013, C-430/12; Sent. “Rafinaria Steaua Română”, de 24 de octubre de 2013, C-431/12; Sent. “Tulică y Plavosin”, de 7 de noviembre de 2013, asuntos acumulados C-249/12 y C-250/12; y A. “SC Schuster”, de 7 de noviembre de 2013, C-371/13.

Además, dos asuntos fueron retirados por los órganos jurisdiccionales remitentes (C-108/12 y C-123/12).



Respecto a los asuntos planteados por este EM, valga la siguiente relación:

En el ámbito de la *Ciudadanía de la Unión*, la Sent. “Jipa” (C-33/07), en relación con la prohibición a un nacional rumano -que previamente había sido repatriado de Bélgica, debido a su “situación ilegal” en ese país- de trasladarse, durante un período máximo de tres años, al EM mencionado.

Respecto al ámbito de la *Política Interior de la UE*, el A. “Bejan” (C-102/10), sobre un accidente de tráfico en el que el conductor guiaba el vehículo en estado de ebriedad.

La Sent. “Nilas” (C-248/11) tiene su origen en una petición que se presenta en el marco de una acción penal incoada a causa de la imputación de un delito de manipulación de las acciones de una sociedad anónima en el mercado de instrumentos financieros Rasdaq.

En relación al campo de *Tributos Internos*, el A. “Bâilâ” (C-377/10), el Auto “DRA SPEED” (C-439/10), el A. “SEMTEX” (C-440/10), el A. “Anghel” (C-441/10), teniendo todos ellos su origen en la solicitud de reembolso de un impuesto medioambiental pagado con la matriculación de un vehículo. El Tribunal de Justicia no resolvió las cuestiones planteadas por los tribunales remitentes, en el primer caso por no existir relación entre la interpretación solicitada del Derecho de la Unión y el objeto del litigio principal; en los restantes casos tampoco lo hizo por no contener la

resolución de remisión una descripción, ni siquiera sucinta, del marco fáctico del litigio principal.

La Sent. “Tatu” (C-402/09), en relación con un impuesto medioambiental que un ciudadano rumano abonó al matricular un automóvil que había importado de otro EM (Alemania), y la diferencia de trato respecto de vehículos rumanos con las mismas características.

En el mismo sentido, el A. “Obreja y Darmi” (asuntos acumulados C-136/10 y C-178/10), el A. “Ijac” (C-336/10) y el A. “Sfichi y Ilas” (asuntos acumulados C-29/11 y C-30/11), en relación con cinco vehículos que habían sido importados de Alemania. Estos asuntos fueron resueltos al amparo del artículo 104, apartado 3, párrafo 1, del RPTJ, pues eran esencialmente idénticos al de la Sent. “Tatu”.

Otro vehículo comprado en Alemania, y con motivo del pago del mismo impuesto, fue el que dio lugar a la Sent. “Nisipeanu” (C-263/10), en la que el Tribunal de Justicia desestimó, además, la petición del gobierno rumano de limitar los efectos de la sentencia. En la misma línea cabe citar el A. “Vijulan” (C-335/10), el A. “Drutu” (C-438/10), el A. “Micsa” (C-573/10), los cuales se dictaron conforme a lo prevenido en el artículo 104, apartado 3, párrafo 1, del RPTJ, pues los supuestos sobre los que versaban (vehículos comprados en Alemania en los dos primeros casos; y en Italia, en el tercero), así como las cuestiones remitidas, eran idénticos al de la Sent. “Nisipeanu”.

La Sent. “Irimie” (C-565/11), en relación con el pago de los intereses al devolver un impuesto recaudado en infracción del Derecho de la Unión (concretamente el medioambiental al que nos hemos referido más arriba), por causa de la adquisición de un vehículo matriculado en Alemania.

La Sent. “Scandic Distilleries” (C-663/11), en relación con la devolución de impuestos especiales tras la entrega de productos alcohólicos, objeto de los mencionados impuestos, destinados al consumo en un EM distinto a Rumanía (en concreto, la República Checa).

En materia de *IVA*, la Sent. “Gran Via Moinesti” (C-257/11), en relación con la tributación por este impuesto derivada de la adquisición de un terreno y de las edificaciones construidas en él con la finalidad de realizar un proyecto inmobiliario.

La Sent. “Mora IPR” (C-79/12), sobre el IVA aplicado a importaciones de productos provenientes de Francia.

La Sent. “Rafinâria Steaua Română” (C-431/12), en relación con una solicitud de pago de intereses correspondientes a la demora en la devolución del excedente del IVA soportado por una empresa.

La Sent. “Tulicâ y Plavosin” (asuntos acumulados C-249/12 y C-250/12), a propósito de la determinación del IVA debido cuando las partes no han dispuesto nada sobre dicho impuesto en la fijación del precio del bien entregado (tratándose, en este caso, de inmuebles), es decir, si se considera o no incluido en el precio de venta pactado.

En el área de la *Política Social*, el A. “Grigore” (C-258/10), respecto a la noción de “tiempo de trabajo” en lo que se refiere a los servicios de vigilancia que un guarda forestal ha efectuado en los cotos forestales de su competencia, así como la remuneración debida en concepto de estos servicios (horas suplementarias, horas de trabajo realizadas los sábados y domingos, horas de trabajo en horario nocturno y subsidio de vivienda). En este caso, el TJUE entendió que las respuestas a las cuestiones planteadas podían deducirse de su jurisprudencia, por lo que procedió conforme establece el artículo 104, apartado 3, párrafo 1, del RPTJ.

La Sent. “Asociatia Accept” (C-81/12), con la que se trataba de interpretar la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a propósito de la presunta política de contratación homófoba de un club de fútbol, el Steaua de Bucarest. El litigio nacional versaba sobre una denuncia presentada por la ONG “Accept” –dedicada a promover y proteger los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales- contra el Sr. Gigi Becali y el citado club de fútbol, por la violación del principio de igualdad de trato en materia de contratación de personal (en este caso, de un futbolista), y por la influencia que sobre este particular habría ejercido, como antiguo accionista de la entidad, el Sr. Becali, merced a determinadas declaraciones realizadas a la prensa⁹²³.

En materia de *Principios, Objetivos y Misiones de los Tratados*, la Sent. “Agafitei” (C-310/10), a propósito de un recurso planteado por unos magistrados para obtener la reparación del perjuicio que consideraban haber sufrido debido al trato discriminatorio en materia de retribución.

⁹²³ El Sr. Becali fue el presidente del Steaua de Bucarest entre los años 2003 y 2007. Son sobradamente conocidas sus declaraciones constantes contra la homosexualidad, hasta el punto de prohibir las canciones del grupo musical “Queen” en el campo del Steaua por la homosexualidad de su cantante, Freddie Mercury.

El A. “Corpul I” (C-434/11), a propósito de la disminución en la remuneración a determinados miembros de la policía rumana. El TJUE entendió, en este caso, que era manifiestamente incompetente para responder a la cuestión que se le había remitido, pues no se apreciaba ningún vínculo con el Derecho de la Unión.

El A. “Cozman” (C-462/11), en relación a la disminución salarial en el contrato de un empleado del teatro municipal de Târgoviste; y en la que el Tribunal de Justicia se declaró también manifiestamente incompetente para responder, ya que la cuestión era ajena al ámbito de aplicación de la normativa comunitaria.

El A. “Boncea” (asuntos acumulados C-483/11 y C-484/11), sobre la reparación del daño moral de personas que sufrieron condenas de carácter político durante el régimen comunista. El Tribunal de Justicia estimó que no podía aplicarse al supuesto en cuestión el Derecho de la Unión, razón por la que se declaró manifiestamente incompetente.

El A. “Corpul II” (C-134/12), en relación con la disminución en la remuneración a abonar a miembros de la policía del Departamento de Tulcea. También en este caso, por la inexistencia de nexo de unión con el Derecho de la UE, el TJ se declaró incompetente para conocer de la cuestión remitida.

El A. “Corpul III” (C-369/12), en relación igualmente con la disminución salarial a abonar a miembros de la policía pero, en este caso, del Departamento de Brasov. El Tribunal de Justicia se declaró incompetente.

También respecto a la política interior de la UE, en lo que hace a la *Protección a los Consumidores*, la Sent. “SC Volksbank România” (C-602/10), se dicta a propósito de determinadas cláusulas –consistentes en comisiones bancarias- incluidas en los contratos de crédito al consumo celebrados entre Volksbank y sus clientes, las cuales podrían contravenir la normativa nacional que tiene por objeto la transposición de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo.

Los Autos “SC Volksbank România” (C-108/12)⁹²⁴ y (C-123/12)⁹²⁵, dictados para dar cuenta de que el tribunal remitente de cada uno de estos asuntos había procedido a retirarlo.

⁹²⁴ Auto de 26 de septiembre de 2013.

⁹²⁵ Auto de 10 de julio de 2013.

En relación con la *Cohesión Económica, Social y Territorial*, el A. “Augustus” (C-627/11), que se origina como consecuencia de la petición de reembolso de una subvención percibida para la realización de un proyecto en el marco del Programa “SAPARD”⁹²⁶. El Tribunal de Justicia declaró la inadmisibilidad de la cuestión por falta de expresión de los elementos fácticos y jurídicos en la resolución de remisión.

Por lo que hace a la *Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal*, la Sent. “Radu” (C-396/11) versa sobre la ejecución en Rumanía de cuatro órdenes de detención europeas emitidas por las autoridades alemanas –en concreto, por las fiscalías de Münster, Coburgo, Bielefeld y Verden– contra el Sr. Radu, para el ejercicio de acciones penales por delitos de robo con violencia.

En el campo de la *Seguridad Social*, el A. “Luca” (C-430/12), sobre el reembolso de los gastos de atención hospitalaria dispensada en Viena a la Sra. Elena Luca. El Tribunal de Justicia se pronunció con arreglo al artículo 99 del RPTJ, puesto que entendió que las respuestas a las cuestiones planteadas por la *Curtea de Apel Bacău* podían ser deducidas claramente de la jurisprudencia del Tribunal⁹²⁷.

En el área de la *Cooperación Judicial en Materia Civil*, el A. “SC Schuster” (C-371/13), sobre la legalidad de la notificación de liquidación de un impuesto y de una decisión que ordena medidas cautelares sobre los bienes de la demandante en el litigio principal, estando ello relacionado con un procedimiento de insolvencia. El Tribunal de Justicia se pronunció con base en el artículo 53.2 del RPTJ, declarándose manifiestamente incompetente.

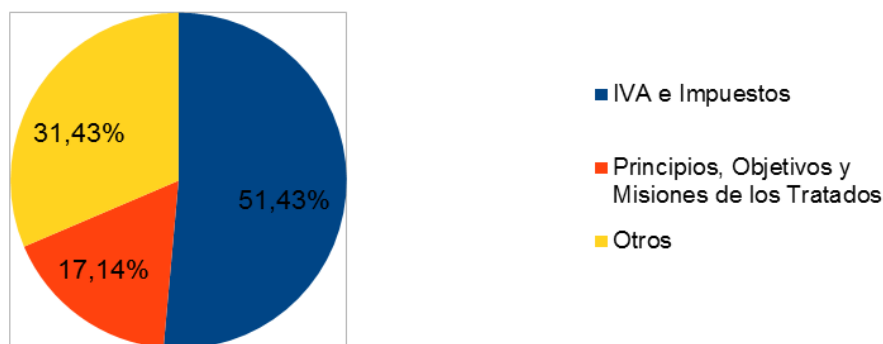
De lo dicho se deduce la cantidad de cuestiones remitidas que tienen que ver con IVA e Impuestos (18), seguidas de lejos por las referidas a los Principios, Objetivos y Misiones de los Tratados (6).

⁹²⁶ El “SAPARD” (“*Special Accession Programme for Agriculture and Rural Development*”) es un marco de ayuda comunitaria a la agricultura y al desarrollo rural duradero en favor de los países candidatos de Europa Central y Oriental (PECO) durante el proceso de preadhesión para el período 2000-2006, y que fue creado en junio de 1999. Aspira a solucionar los problemas de adaptación a largo plazo del sector agrícola y de las zonas rurales. Constituye un apoyo financiero para la aplicación del acervo comunitario en relación con la política agrícola común y las políticas conexas.

⁹²⁷ En concreto, de la Sent. “Elchinov”, de 5 de octubre de 2010, C-173/09.

Habría que poner de manifiesto, por otra parte, que Rumanía ha sido el EM cuyos órganos jurisdiccionales han demostrado, con diferencia, una peor técnica y/o cuidado en la remisión de cuestiones prejudiciales, pues el Tribunal de Justicia o se ha declarado manifiestamente incompetente, o ha concluido que la resolución de remisión no contenía todos los elementos que precisaba, o bien ha tenido que remitirse a jurisprudencia anterior del propio Tribunal (remarcando que de ella podía deducirse la respuesta a las cuestiones planteadas) en diecinueve (19) casos.

Ránking rumano por materias



2.2.3. Croacia

Croacia, Estado independiente desde 1991, se convirtió el 1 de julio de 2013 en el EM número 28 de la Unión Europea.

La única cuestión resuelta hasta el momento por el Tribunal de Justicia ha sido una en el año 2014⁹²⁸, y tiene, además de su número, en otro sentido, un carácter “testimonial”, pues el Tribunal se declaró manifiestamente incompetente.

Por tanto, y en el ámbito del *Medio Ambiente*, el A. “VG Vodoopskrba” (C-254/14), sobre el pago de facturas por el consumo de agua, tenía como base la interpretación de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. Como

⁹²⁸ A. “VG Vodoopskrba”, de 5 de noviembre de 2014, C-254/14.

adelantábamos más arriba, el Tribunal de Justicia, con base en el artículo 53.2 del RPTJ, se declaró manifiestamente incompetente para conocer del asunto que se le estaba sometiendo, pues los hechos eran anteriores a la fecha de adhesión de Croacia a la Unión.

PARTE III: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y LA PRÁCTICA EN LA MATERIA. UNA APROXIMACIÓN A LA PRÁCTICA ESPAÑOLA

1.- ¿Por qué los tribunales españoles hacen, comparativamente con los de otros Estados miembros, un uso tan limitado de la cuestión prejudicial?

Esta parte hará referencia a la cuestión prejudicial en el ámbito de España, incluso de todo aquello relacionado con su estadística (que, mayoritariamente, vendrá referida a la esfera jurisdiccional de lo contencioso-administrativo pues, como señala MORCILLO MORENO, gran parte de las materias reguladas por el Derecho de la Unión tienen que ver con el derecho administrativo⁹²⁹; pero también con la vertiente social del Derecho).

Anteriormente hemos hecho referencia, en lo que al derecho español se refiere, al entronque de la cuestión prejudicial con el artículo 93 de la CE, y la referencia implícita contenida en el artículo 4.1 de la LJCA.

En la LEC actual⁹³⁰ finalmente no cristalizó, por ser suprimido, un artículo (el 38) que se contenía en el Borrador del Anteproyecto de la LEC, y que llevaba por título “Cuestiones prejudiciales ante los Tribunales de la Comunidad Europea”, de modo que la regulación de las cuestiones prejudiciales, en la Ley Rituaria Civil, se encuentra recogida en los artículos 40 a 43 de la LEC y, en lo que hace a la prejudicial europea, habría que considerarla incluida en el artículo 42 de la LEC, que es el precepto que se intitula “cuestiones prejudiciales no penales”, sin olvidar lo que establece el artículo 4 bis de la LOPJ –recientemente aprobado-.

⁹²⁹ MORCILLO MORENO, J., “*Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el Ámbito del Derecho Administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*”. La Ley, Wolters Kluwer España, Madrid, Junio 2007, 1ª Edición, p. 344.

⁹³⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero (BOE nº 7, de 8 de enero de 2000).

Las remisiones prejudiciales que ha realizado España desde su incorporación a la Unión Europea, en 1986, no han sido demasiadas, comparativamente con otros países⁹³¹ -suponiendo un promedio de unos 8

⁹³¹ Vid. DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. y MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C., “Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2003 y 2004. Comentarios y valoraciones de la práctica judicial”. RDCE, Año 9, nº 22, septiembre-diciembre de 2005, pp. 748-749; CIENFUEGOS MATEO, M., “El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica”, en “España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial”, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, p. 76.

Teniendo en cuenta, como hemos hecho en la Parte II, aquellas que han sido efectivamente resueltas por el Tribunal de Justicia (es decir, no las que fueron presentadas y, luego, por la razón que sea, fueron retiradas), y centrándonos no en el momento de su remisión, sino en el de su resolución por el Tribunal, hemos de referir, citando el órgano jurisdiccional que las remitió, las siguientes:

Un (1) asunto en el AÑO 1987:

Sent. “Giménez Zaera”, de 29 de septiembre de 1987, C-126/86 (*Tribunal Central de Trabajo*).

Ningún (0) asunto en el AÑO 1988.

Un (1) asunto en el AÑO 1989:

Sent. “Ford España”, de 11 de julio de 1989, C-170/88 (*Audiencia Territorial de Valencia*).

Un (1) asunto en el AÑO 1990:

Sent. “Marleasing”, de 13 de noviembre de 1990, C-106/89 (*Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Oviedo*).

Dos (2) asuntos en el AÑO 1991:

Sent. “Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia”, de 25 de julio de 1991, en los asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90 (*Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*); y Sent. “Ayuntamiento de Sevilla”, de 25 de julio de 1991, C-202/90 (*Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*).

Cinco (5) asuntos en el AÑO 1992:

Sent. “López Brea e Hidalgo Palacios”, de 28 de enero de 1992, en los asuntos acumulados C-330/90 y C-331/90 (*Juzgado de lo Penal nº 4 de Alicante*); Sent. “Aguirre Borrell”, de 7 de mayo de 1992, C-104/91 (*Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid*); Sent. “Ferrer Laderer”, de 25 de junio de 1992, C-147/91 (*Juzgado de lo Penal nº 4 de Alicante*); Sent. “Micheletti”, de 7 de julio de 1992, C-369/90 (*Tribunal Superior de Justicia de Cantabria*); y Sent. “Dirección General de Defensa de la Competencia”, de 16 de julio de 1992, C-67/91 (*Tribunal de Defensa de la Competencia*).

Tres (3) asuntos en el AÑO 1993:

Sent. “Diversinte e Iberlacta”, de 1 de abril de 1993, C-260/91 y C-261/91 (*Tribunal Económico-Administrativo Central*); Sent. “Federación de Distribuidores Cinematográficos”, de 4 de mayo de 1993, C-17/92 (*Tribunal Supremo*); y Sentencia “Wagner Miret”, de 16 de diciembre de 1993, C-334/92 (*Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*).

Tres (3) asuntos en el AÑO 1994:

Sent. “Banco Exterior de España”, de 15 de marzo de 1994, C-387/92 (*Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*); Sent. “Gestión Hotelera Internacional”, de 19 de abril de 1994, C-331/92 (*Tribunal Superior de Justicia de Canarias*); y Sent. “Transáfrica”, de 15 de diciembre de 1994, C-136/93 (*Audiencia Nacional*).

Seis (6) asuntos en el AÑO 1995:

Sent. “Bordessa”, de 23 de febrero de 1995, en los asuntos acumulados C-358/93 y C-416/93 (*Audiencia Nacional*); A. “Grau Gomis”, de 7 de abril de 1995, C-167/94 (*Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Sueca*); Sent. “Zabala Erasun”, de 15 de junio de 1995, en los asuntos acumulados C-422/93, C-423/93 y C-424/93 (*Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*); Sent. “Esso Española”, de 30 de noviembre de 1995, C-134/94 (*Tribunal Superior de Justicia de Canarias*); Sent. “Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Ceuta”, de 7 de diciembre de 1995, C-45/94 (*Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*); y Sent. “Sanz de Lera”, de 14 de diciembre de 1995, en los asuntos acumulados C-163/94, C-165/94 y C-250/94 (*Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional*).

Cuatro (4) asuntos en el AÑO 1996:

Sent. “Tirma”, de 29 de febrero de 1996, C-300/94 (*Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*); Sent. “Blázquez Rivero”, de 7 de marzo de 1996, C-192/94 (*Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Sevilla*); Sent. “Ruiz Bernáldez”, de 28 de marzo de 1996, C-129/94 (*Audiencia Provincial de Sevilla*); y Sent. “Lafuente Nieto”, de 12 de septiembre de 1996, C-251/94 (*Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*).

Cuatro (4) asuntos en el AÑO 1997:

Sent. “Martínez Losada”, de 20 de febrero de 1997, en los asuntos acumulados C-88/95, C-102/95 y C-103/95 (*Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela*); Sent. “Burdalo Trevejo”, de 17 de abril de 1997, C-336/95 (*Juzgado de lo Social nº 16 de Barcelona*); Sent. “Careda”, de 26 de junio de 1997, en los asuntos acumulados C-370/95, C-371/95 y C-372/95 (*Audiencia Nacional*); y Sent. “Naranjo Arjona”, de 9 de octubre de 1997, en los asuntos acumulados C-31/96, C-32/96 y C-33/96 (*Tribunal Superior de Justicia de Extremadura*).

Cinco (5) asuntos en el AÑO 1998:

Sent. “Solred”, de 5 de marzo de 1998, C-347/96 (*Tribunal Superior de Justicia de Madrid*); Sent. “FECSA”, de 27 de octubre de 1998, en los asuntos acumulados C-31/97 y C-32/97 (*Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*); Sent. “Hernández Vidal”, de 10 de diciembre de 1998, en los asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97 (*Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Arbeitsgericht Frankfurt am Main –Alemania- y Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra*); Sent. “Sánchez Hidalgo”, de 10 de diciembre de 1998, en los asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96 (*Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha y Arbeitsgericht Lörrach –Alemania-*); y Sent. “Grajera Rodríguez”, de 17 de diciembre de 1998, C-153/97 (*Tribunal Supremo*).

Tres (3) asuntos en el AÑO 1999:

Sent. “Ferreiro Alvite”, de 25 de febrero de 1999, C-320/95 (*Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela*); Sent. “Travel Vac”, de 22 de abril de 1999, C-423/97 (*Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Valencia*); y Sent. “Fernández de Bobadilla”, de 8 de julio de 1999, C-234/97 (*Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid*).

Seis (6) asuntos en el AÑO 2000:

Sent. “Amengual Far”, de 3 de febrero de 2000, C-12/98 (*Audiencia Provincial de Palma de Mallorca*); Sent. “Egeda”, de 3 de febrero de 2000, C-293/98 (*Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Oviedo*); A. “Juntas Generales de Guipúzcoa y Diputación Foral de Guipúzcoa”, de 16 de febrero de 2000, en los asuntos acumulados C-400/97, C-401/97 y C-402/97 (*Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*); Sent. “Gabalfrixa”, de 21 de marzo de 2000, en los asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98 (*Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña*); Sent. “Océano Grupo Editorial y Salvat Editores”, de 27 de junio de 2000, en los asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98 (*Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona*); y Sent. “Simap”, de 3 de octubre de 2000, C-303/98 (*Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*).

Cuatro (4) asuntos en el AÑO 2001:

Sent. “Analir”, de 20 de febrero de 2001, C-205/99 (*Tribunal Supremo*); A. “CIG”, de 3 de julio de 2001, C-241/99 (*Tribunal Superior de Justicia de Galicia*); Sent. “Jiménez Melgar”, de 4 de octubre de 2001, C-438/99 (*Juzgado de lo Social Único de Algeciras*); y Sent. “Telefónica de España”, de 13 de diciembre de 2001, C-79/00 (*Tribunal Supremo*).

Cinco (5) asuntos en el AÑO 2002:

Sent. “Canal Satélite Digital”, de 22 de enero de 2002, C-390/99 (*Tribunal Supremo*); Sent. “González Sánchez”, de 25 de abril de 2002, C-183/00 (*Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Oviedo*); Sent. “Barreira Pérez”, de 3 de octubre de 2002, C-347/00 (*Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense*); Sent. “Parras Medina”, de 17 de octubre de 2002, C-208/01 (*Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha*); y Sent. “Rodríguez Caballero”, de 12 de diciembre de 2002, C-442/00 (*Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha*).

Dos (2) asuntos en el AÑO 2003:

Sent. “Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española”, de 30 de septiembre de 2003, C-405/01 (*Tribunal Supremo*); y Sent. “ACOR”, de 20 de noviembre de 2003, C-416/01 (*Tribunal Supremo*).

Cuatro (4) asuntos en el AÑO 2004:

Sent. “Asempre”, de 11 de marzo de 2004, C-240/02 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Merino Gómez”, de 18 de marzo de 2004, C-342/01 (*Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid*); Sent. “Industrias de Deshidratación Agrícola”, de 25 de marzo de 2004, C-118/02 (*Tribunal Supremo*); y Sent. “Olaso Valero”, de 16 de diciembre de 2004, C-520/03 (*Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*).

Nueve (9) asuntos en el AÑO 2005:

Sent. “García Blanco”, de 20 de enero de 2005, C-225/02 (*Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense*); Sent. “Salgado Alonso”, de 20 de enero de 2005, C-306/03 (*Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense*); Sent. “QDQ Media”, de 10 de marzo de 2005, C-235/03 (*Juzgado de Primera*

Instancia nº 35 de Barcelona); Sent. “Keller”, de 12 de abril de 2005, C-145/03 (*Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid*); Sent. “Simutenkov”, de 12 de abril de 2005, C-265/03 (*Audiencia Nacional*); Sent. “Comité Andaluz de Agricultura Ecológica”, de 14 de julio de 2005, C-107/04 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Xunta de Galicia”, de 21 de julio de 2005, C-71/04 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Contse”, de 27 de octubre de 2005, C-234/03 (*Audiencia Nacional*); y A. “Guerrero Pecino”, de 13 de diciembre de 2005, C-177/05 (*Juzgado de lo Social Único de Algeciras*).

Once (11) asuntos en el AÑO 2006:

Sent. “Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos”, de 19 de enero de 2006, C-330/03 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Sarkatzis Herrero”, de 16 de febrero de 2006, C-294/04 (*Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid*); Sent. “Matratzen Concord”, de 9 de marzo de 2006, C-421/04 (*Audiencia Provincial de Barcelona*); Sent. “Acereda Herrera”, de 15 de junio de 2006, C-466/04 (*Tribunal Superior de Justicia de Cantabria*); Sent. “Chacón Navas”, de 11 de julio de 2006, C-13/05 (*Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid*); Sent. “Cordero Alonso”, de 7 de septiembre de 2006, C-81/05 (*Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León*); Sent. “Gasparini”, de 28 de septiembre de 2006, C-467/04 (*Audiencia Provincial de Málaga*); Sent. “Mostaza Claro”, de 26 de octubre de 2006, C-168/05 (*Audiencia Provincial de Madrid*); Sent. “ASNEF-EQUIFAX”, de 23 de noviembre de 2006, C-238/05 (*Tribunal Supremo*); Sent. “SGAE”, de 7 de diciembre de 2006, C-306/05 (*Audiencia Provincial de Barcelona*); y Sent. “Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio”, de 14 de diciembre de 2006, C-217/05 (*Tribunal Supremo*).

Ocho (8) asuntos en el AÑO 2007:

Sent. “Asociación Nacional de Empresas Forestales”, de 19 de abril de 2007, C-295/05 (*Tribunal Supremo*); A. “Blanco Pérez y Chao Gómez”, de 13 de junio de 2007, en los asuntos acumulados C-72/07 y C-111/07 (*Tribunal Superior de Justicia de Asturias*); Sent. “Del Cerro Alonso”, de 13 de septiembre de 2007, C-307/05 (*Juzgado de lo Social nº 1 de San Sebastián*); Sent. “Palacios de la Villa”, de 16 de octubre de 2007, C-411/05 (*Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid*); Sent. “Navicon”, de 18 de octubre de 2007, C-97/06 (*Tribunal Superior de Justicia de Madrid*); Sent. “International Mail Spain”, de 15 de noviembre de 2007, C-162/06 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Nieto Nuño”, de 22 de noviembre de 2007, C-328/06 (*Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona*); y Sent. “Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia”, de 18 de diciembre de 2007, C-220/06 (*Audiencia Nacional*).

Once (11) asuntos en el AÑO 2008:

Sent. “Velasco Navarro”, de 17 de enero de 2008, C-246/06 (*Juzgado de lo Social Único de Algeciras*); Sent. “Promusicae”, de 29 de enero de 2008, C-275/06 (*Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid*); Sent. “Robledillo Núñez”, de 21 de febrero de 2008, C-498/06 (*Juzgado de lo Social Único de Algeciras*); Sent. “Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, de 6 de marzo de 2008, C-82/07 (*Tribunal Supremo*); A. “Club Náutico de Gran Canaria”, de 16 de abril de 2008, C-186/07 (*Tribunal Superior de Justicia de Canarias*); Sent. “Ecologistas en Acción-CODA”, de 25 de julio de 2008, C-142/07 (*Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 22 de Madrid*); A. “Nihat Kahveci”, de 25 de julio de 2008, C-152/08 (*Tribunal Superior de Justicia de Madrid*); Sent. “CEPSA”, de 11 de septiembre de 2008, C-279/06 (*Audiencia Provincial de Madrid*); Sent. “Unión General de Trabajadores de La Rioja”, de 11 de septiembre de 2008, en los asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06 (*Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*); Sent. “Kirtruna y Viganò”, de 16 de octubre de 2008, C-313/07 (*Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona*); y A. “N.N. RENTA”, de 27 de noviembre de 2008, C-151/08 (*Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*).

Doce (12) asuntos en el AÑO 2009:

A. “UTECA”, de 5 de marzo de 2009, C-222/07 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Pedro IV Servicios”, de 2 de abril de 2009, C-260/07 (*Audiencia Provincial de Barcelona*); Sent. “Roda Golf”, de 25 de junio de 2009, C-14/08 (*Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de San Javier*); Sent. “FEIA”, de 2 de julio de 2009, C-32/08 (*Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante y nº 1 de Marca Comunitaria*); Sent. “Gómez Limón”, de 16 de julio de 2009, C-537/07 (*Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid*); A. “Lubricarga”, de 3 de septiembre de 2009, C-506/07 (*Audiencia Provincial de A Coruña*); Sent. “Vicente Pereda”, de 10 de septiembre de 2009, C-277/08 (*Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid*); Sent. “Compañía Española de Comercialización de Aceite”, de 1 de octubre de 2009, C-505/07 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Asturcom Telecomunicaciones”, de 6 de octubre de 2009, C-40/08 (*Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Bilbao*); Sent. “Zurita García”, de 22 de octubre de 2009, en los asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08 (*Tribunal Superior de Justicia de Murcia*); Sent. “Rodríguez Mayor”, de 10 de diciembre de 2009, C-323/08 (*Tribunal Superior de Justicia de Madrid*); y Sent. “Martín Martín”, de 17 de diciembre de 2009, C-227/08 (*Audiencia Provincial de Salamanca*).

Trece (13) asuntos en el AÑO 2010:

A. “Saenz Morales”, de 20 de enero de 2010, C-389/09 (*Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Almería*); Sent. “Transportes Urbanos y Servicios Generales”, de 26 de enero de 2010, C-118/08 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Walz”, de 6 de mayo de 2010, C-63/09 (*Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona*); Sent. “Blanco Pérez y Chao Gómez”, de 1 de junio de 2010, en los asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07 (*Tribunal Superior de Justicia de Asturias*); Sent. “Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid”, de 3 de junio de 2010, C-484/08 (*Tribunal Supremo*); Sent. “UGT-FSP”, de 29 de julio de 2010, C-151/09 (*Juzgado de lo Social Único de Algeciras*); Sent. “Roca Álvarez”, de 30 de septiembre de 2010, C-104/09 (*Tribunal Superior de Justicia de Galicia*); A. “Sáez Sánchez”, de 6 de octubre de 2010, C-563/08 (*Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Granada*); A. “Inmogolf”, de 6 de octubre de 2010, C-487/09 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Padawan”, de 21 de octubre de 2010, C-467/08 (*Audiencia Provincial de Barcelona*); A. “González Alonso”, de 15 de diciembre de 2010, C-352/10 (*Audiencia Provincial de Oviedo*); Sent. “Gavieiro Gavieiro”, de 22 de diciembre de 2010, en los asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09 (*Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña y Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pontevedra*); y Sent. “ASTIC”, de 22 de diciembre de 2010, C-488/09 (*Tribunal Supremo*).

Doce (12) asuntos en el AÑO 2011:

Sent. “CLECE”, de 20 de enero de 2011, C-463/09 (*Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha*); Sent. “Telefónica Móviles España”, de 10 de marzo de 2011, C-85/10 (*Tribunal Supremo*); A. “Montoya Medina”, de 18 de marzo de 2011, C-273/10 (*Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*); Sent. “Barcenilla Fernández y Macedo Lozano”, de 19 de mayo de 2011, en los asuntos acumulados C-256/10 y C-261/10 (*Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León*); Sent. “Campsa Estaciones de Servicio”, de 9 de junio de 2011, C-285/10 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Telefónica de España”, de 21 de julio de 2011, C-284/10 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Rosado Santana”, de 8 de septiembre de 2011, C-177/10 (*Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Sevilla*); Sent. “Gueye y Salmerón”, de 15 de septiembre de 2011, C-483/09 (*Audiencia Provincial de Tarragona*); Sent. “Unió de Pagesos de Catalunya”, de 15 de septiembre de 2011, C-197/10 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Sousa Rodríguez”, de 13 de octubre de 2011, C-83/10 (*Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra*); Sent. “ASNEF”, de 24 de noviembre de 2011, C-468/10 (*Tribunal Supremo*); y Sent. “BBVA”, de 8 de diciembre de 2011, C-157/10 (*Tribunal Supremo*).

Catorce (14) asuntos en el AÑO 2012:

asuntos por año- y, además, gran parte de ellas se refieren a cuestiones de “interpretación” del Derecho de la UE, encontrándose en su trasfondo, como señala CIENFUEGOS MATEO, posibles incompatibilidades con una norma española⁹³².

A. “Lorenzo Martínez”, de 9 de febrero de 2012, C-556/11 (*Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Valladolid*); Sent. “Celaya Empananza”, de 16 de febrero de 2012, C-488/10 (*Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante*); Sent. “Ascafor y Asidac”, de 1 de marzo de 2012, C-484/10 (*Tribunal Supremo*); Sent. “González Alonso”, de 1 de marzo de 2012, C-166/11 (*Audiencia Provincial de Oviedo*); Sent. “Génesis”, de 22 de marzo de 2012, C-190/10 (*Tribunal Supremo*); Sent. “ANETT”, de 26 de abril de 2012, C-456/10 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Banco Español de Crédito”, de 14 de junio de 2012, C-618/10 (*Audiencia Provincial de Barcelona*); Sent. “ANGED”, de 21 de junio de 2012, C-78/11 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Vodafone España”, de 12 de julio de 2012, en los asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11 (*Tribunal Supremo*); Sent. “International Bingo Technology”, de 19 de julio de 2012, C-377/11 (*Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*); Sent. “Rodríguez Cachafeiro”, de 4 de octubre de 2012, C-321/11 (*Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña*); Sent. “Cuadrench Moré”, de 22 de noviembre de 2012, C-139/11 (*Audiencia Provincial de Barcelona*); Sent. “Elbal Moreno”, de 22 de noviembre de 2012, C-385/11 (*Juzgado de lo Social de Barcelona*); y Sent. “Espada Sánchez”, de 22 de noviembre de 2012, C-410/11 (*Audiencia Provincial de Barcelona*).

Quince (15) asuntos en el AÑO 2013:

A. “La Retoucherie de Manuela”, de 7 de febrero de 2013, C-117/12 (*Audiencia Provincial de Burgos*); Sent. “Salgado González”, de 21 de febrero de 2013, C-282/11 (*Tribunal Superior de Justicia de Galicia*); Sent. “Fédération Cynologique Internationale”, de 21 de febrero de 2013, C-561/11 (*Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante y nº 1 de Marca Comunitaria*); A. “Maestre García”, de 21 de febrero de 2013, C-194/12 (*Juzgado de lo Social de Benidorm*); Sent. “Melloni”, de 26 de febrero de 2013, C-399/11 (*Tribunal Constitucional*); A. “Rivas Montes”, de 7 de marzo de 2013, C-178/12 (*Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba*); Sent. “Aziz”, de 14 de marzo de 2013, C-415/11 (*Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona*); Sent. “Jyske Bank Gibraltar”, de 25 de abril de 2013, C-212/11 (*Tribunal Supremo*); Sent. “Genil 48”, de 30 de mayo de 2013, C-604/11 (*Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid*); Sent. “Promociones y Construcciones BJ 200”, de 13 de junio de 2013, C-125/12 (*Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada*); Sent. “Betriu Montull”, de 19 de septiembre de 2013, C-5/12 (*Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida*); Sent. “Duarte Hueros”, de 3 de octubre de 2013, C-32/12 (*Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Badajoz*); Sent. “Iberdrola”, de 17 de octubre de 2013, asuntos acumulados C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 y C-640/11 (*Tribunal Supremo*); A. “Banco Popular Español”, de 14 de noviembre de 2013, asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13 (*Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Catarroja y Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca*); y Sent. “Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León”, de 5 de diciembre de 2013, C-413/12 (*Audiencia Provincial de Salamanca*).

Además se retiraron otros dos asuntos (C-364/12 y C-276/13).

⁹³² CIENFUEGOS MATEO, M., “El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica”, en *“España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial”*, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, p. 66.

Respecto de la materia, hay que destacar el planteamiento de cuestiones de índole laboral, debido a la labor de los tribunales “a quibus”, en sentido lato, del orden social lo que, según SARMIENTO⁹³³, no solo ha contribuido a la conformación del Derecho laboral europeo, sino que le ha permitido a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo realizar una aplicación correcta del Derecho de la UE.

Se ha destacado por la doctrina un hecho que parece contrastadamente cierto, y es el de la escasa penetración del Derecho comunitario en los estamentos judiciales, pese a que hay quien no piensa de este modo (CIENFUEGOS MATEO)⁹³⁴.

El Reino de España, apenas dos meses y medio después de la adhesión a las Comunidades, planteó su primera cuestión prejudicial. Lo hizo la Sala Cuarta del Tribunal Central de Trabajo, a través de su Auto de 21 de marzo de 1986, al que dio respuesta el Tribunal de Justicia con la Sent. “Giménez Zaera”, de 29 de septiembre de 1987, en el asunto C-126/86.

En todo caso, podemos destacar, de entre los órganos jurisdiccionales solicitantes de cuestiones prejudiciales, el papel relevante que viene teniendo el Tribunal Supremo –en especial, la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, “joya de la corona”, como la califica

Este autor considera, además, que las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles han sido de carácter “menor”, pues se han centrado en asuntos domésticos, lo que no les ha permitido entablar un diálogo de mayor calado con el Tribunal de Justicia, como pasaría si se hubieran tratado cuestiones fundamentales del Derecho comunitario.

(En el mismo sentido, SARMIENTO, D., “La cuestión prejudicial comunitaria y el Tribunal Supremo”, en *“España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial”*, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, p. 235, el cual, refiriéndose al caso concreto del Tribunal Supremo, afirma que no se ha preocupado por impulsar el desarrollo de los grandes pilares estructurales que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, sino más bien ha preferido la búsqueda de respuestas concretas a problemas específicos surgidos en el marco de un litigio).

⁹³³ SARMIENTO, D., “La cuestión prejudicial comunitaria y el Tribunal Supremo”, en *“España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial”*, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, p. 233.

⁹³⁴ CIENFUEGOS MATEO, M., “El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica”, en *“España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial”*, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, p. 76.

SARMIENTO, y dentro de ella, la Sección Tercera; pero también, aunque en menor medida, la Sala Cuarta, de lo Social⁹³⁵-, eso sí, después de salvar su inicial indiferencia o reticencia⁹³⁶. Este papel destacado realmente no es tal, ya que hablamos solo en términos relativos. En términos absolutos su papel es discretísimo, habida cuenta el hecho de que se trata de una jurisdicción de última instancia, es decir, de las que vienen obligadas al planteamiento de cuestión prejudicial.

De este modo, y hasta 2006, según refiere SARMIENTO⁹³⁷, la Sala Primera (de lo Civil) había planteado una única cuestión prejudicial; la Sala Segunda (de lo Penal), ninguna; mientras que la Sala Cuarta (de lo Social), una sola cuestión. Frente a esta estadística, contrastan las trece cuestiones planteadas hasta ese año por la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo).

Las razones de esta preponderancia en el planteamiento de este tipo de cuestiones por parte de la Sala Tercera la encuentra SARMIENTO⁹³⁸, en

⁹³⁵ DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. y MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C., “Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2003 y 2004. Comentarios y valoraciones de la práctica judicial”. RDCE, Año 9, nº 22, septiembre-diciembre de 2005, p. 750.

⁹³⁶ SCARCIGLIA, R., “Diritto comunitario e relazioni fra il *Tribunal Constitucional* spagnolo, il Tribunale europeo dei diritti umani e la Corte di giustizia delle Comunità europee”, en “*Corti nazionali e Corti europee*”, a cura di Giuseppe FRANCO FERRARI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 395.

(Vid. también CIENFUEGOS MATEO, M., “El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica”, en “*España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial*”, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, pp.60 y ss.; SARMIENTO, D. “La cuestión prejudicial comunitaria y el Tribunal Supremo”, en “*España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial*”, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, pp. 225-249).

⁹³⁸ SARMIENTO, D., “*Op.Cit.*”, p. 232.

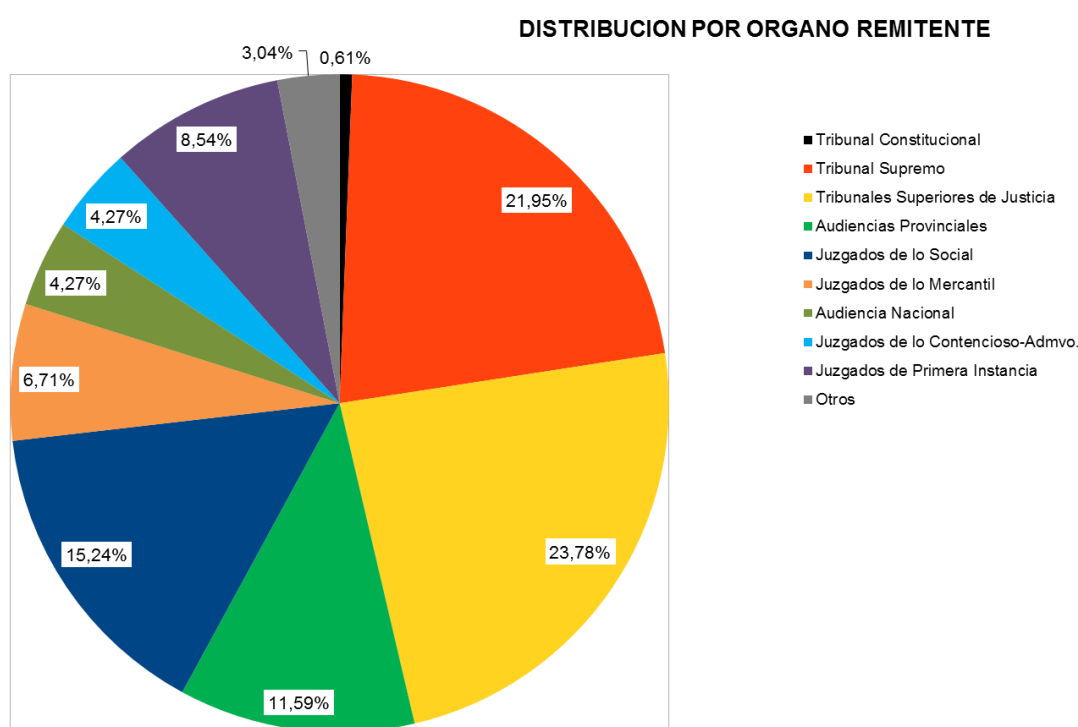
Este autor destaca también, para explicar los diferentes criterios de actuación entre las diversas Salas, el hecho de que no exista una política judicial comunitaria del Tribunal Supremo, lo que trae causa en la atomización interna del Tribunal y, por tanto, ello se traduce, como se ha dicho, en que no haya una actuación uniforme en todos sus miembros.

A ello hay que añadir, según este autor, la existencia de cierta incomodidad por parte del Tribunal Supremo cuando ha de aplicar normas del Derecho de la UE, siendo raras las ocasiones en que lo hace de oficio; pese a que, como indica, GIMÉNEZ SÁNCHEZ, al igual que cualquier otro Juez nacional, vendría obligado a ello, en virtud del principio “*iura novit curia*”.

(Vid. DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. y MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C., “Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2003 y 2004. Comentarios y valoraciones de la práctica

primer lugar, en el hecho de que gran parte de las disposiciones de Derecho derivado comunitario tienen carácter administrativo y, en segundo lugar, en tratarse de un órgano con una clara preocupación por la aplicación del Derecho de la Unión Europea.

En definitiva, y como afirma ORDÓÑEZ SOLÍS en su obra citada, desde nuestra integración en la entonces Comunidad⁹³⁹ prácticamente todas las instancias judiciales han planteado cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, siendo de destacar que el Tribunal Supremo, dada la reticencia de la que hemos hablado, esperó hasta el 12 de diciembre de 1991 para plantear su primera cuestión prejudicial⁹⁴⁰.



Fuente: Elaboración Propia

judicial". RDCE, Año 9, nº 22, septiembre-diciembre de 2005, p. 750; GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., "La eficacia de las Sentencias dictadas por el TJCE". Editorial Aranzadi, 2004, p. 26).

⁹³⁹ Se produjo por Ley Orgánica 10/1985, de 2 de Agosto, de Autorización para la Adhesión de España a las Comunidades Europeas (BOE nº 189, de 8 de agosto de 1985).

⁹⁴⁰ La petición se produjo por Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, dictado el 12 de diciembre de 1991, en un asunto que enfrentaba a la Federación de Distribuidores Cinematográficos y al Gobierno del Reino de España, actuando la Unión de Productores de Cine y Televisión como parte coadyuvante. Este asunto dio lugar en el Tribunal de Justicia a la Sentencia de 4 de mayo de 1993, C-17/92.

Me pregunto si la reciente modificación de la LJCA (Ley 29/1998), a través de la Ley Orgánica 7/2015, y en concreto por lo que hace al artículo 88.2.f) de la LJCA, que considera que habrá interés casacional objetivo cuando la resolución que se impugna “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” va a suponer, realmente, un mayor número de cuestiones remitidas a los Jueces del Kirchberg.

En lo que hace a las Comunidades Autónomas, destaca Cataluña como la que más cuestiones ha presentado (en especial, los órganos judiciales radicados en Barcelona).

Mención especial merece el Tribunal Constitucional, y aunque el tema suscitó sus dudas en un primer momento (STC. nº 28/91, de 14 de febrero, de la que fue Ponente Jesús Leguina Villa), es evidente que este órgano, aun encontrándose fuera del Poder Judicial, es considerado como órgano jurisdiccional a los efectos del planteamiento de una cuestión prejudicial, pues cumple todos los requisitos que comporta dicha noción⁹⁴¹.

El problema del Tribunal Constitucional (y también del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional) para mantener una posición negativa al planteamiento de cuestiones prejudiciales durante tan largo tiempo ha residido en la frecuente utilización que ambos han hecho del “acto claro” y del “acto aclarado”⁹⁴².

⁹⁴¹ CIENFUEGOS MATEO, M., “El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica”, en *“España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial”*, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, p. 54.

⁹⁴² Vid. DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. y MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C., *“Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2003 y 2004. Comentarios y valoraciones de la práctica judicial”*. RDCE, Año 9, nº 22, septiembre-diciembre de 2005, pp. 726-737; SCARCIGLIA, R., “Diritto comunitario e relazioni fra il Tribunale Costituzionale spagnolo, il Tribunale europeo dei diritti umani e la Corte di giustizia delle Comunità europee”, en *“Corti nazionali e Corti europee”*, a cura di FRANCO FERRARI, G. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 398.

El principio del “acto aclarado” fue introducido por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 27 de marzo de 1963 (“Da Costa”, asuntos acumulados C-28 a 30/62). Se trata, como dice SARMIENTO, de una versión más laxa del “acto claro”, y que presupone una sentencia previa en un caso materialmente idéntico.

(Vid. SARMIENTO, D., “La cuestión prejudicial comunitaria y el Tribunal Supremo”, en *“España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial”*,

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 201/1996, en su Fundamento Jurídico Segundo, se dijo taxativamente que *“para que dicha obligación pueda reputarse existente es preciso que el órgano judicial en cuestión abrigue una duda razonable acerca de la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario, y que la solución de dicha duda sea necesaria para poder emitir su fallo”*.

Esto significa que los órganos jurisdiccionales no están obligados a plantear la cuestión prejudicial si, tras efectuar el correspondiente *“juicio de relevancia”*, determinan que la misma no es pertinente, es decir, en el caso de que la respuesta a dicha cuestión, cualquiera que fuese, no pudiera tener ninguna influencia en la solución del litigio, es decir, no condicione el sentido de fallo –irrelevancia de la cuestión-⁹⁴³.

Esto no supone más que repetir lo que ya ha expresado en numerosas ocasiones el Tribunal de Justicia⁹⁴⁴.

A más abundamiento, la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 6 de julio de 2000, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, en el Recurso nº 2504/1995, determinó en su Fundamento de Derecho Primero que *“no resulta procedente plantear la cuestión prejudicial que se aporta, ya que, conforme al art. 177 del Tratado de Roma, su interposición por el órgano judicial interno sólo procede cuando exista duda racional, y con ello fundada, respecto a la interpretación que deba darse a cualquier disposición de Derecho Comunitario en relación con una determinada contienda judicial, y así lo proclama la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo”*.

Con ello el Tribunal Supremo no hacía más que referirse a la jurisprudencia recaída sobre el particular en el Tribunal de Justicia⁹⁴⁵.

RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, p. 246).

⁹⁴³ Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 10 de junio de 2004, en el Recurso nº 60/2003, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Agustín Puente Prieto, Fundamento de Derecho Segundo.

⁹⁴⁴ Sent. “Mattheus”, de 22 de noviembre de 1978, C-93/78 y Sent. “Foglia/Novello”, de 16 de diciembre de 1981, entre otras.

⁹⁴⁵ Sent. “Rheinmühlen Düsseldorf” de 16 de enero de 1974, C- 166/73; Sent. “Rheinmühlen Düsseldorf” de 12 de febrero de 1974, C- 146/73; y Sent. “Cilfit”, de 6 de octubre de 1982, C-283/81.

Esta situación, y su posterior resolución, ha venido marcada por la interposición de recursos de amparo ante los Tribunales Constitucionales de algunos de los Estados miembros. Se trataba con ello de combatir en sede constitucional la posible lesión de derechos fundamentales (p.e. la interdicción de causar indefensión, o el derecho al Juez predeterminado por la ley o el de la tutela jurisdiccional efectiva) que pudiera originarse con la denegación del planteamiento de una cuestión prejudicial por un órgano jurisdiccional nacional⁹⁴⁶.

Así que, cuando esta misma cuestión se suscitó ante el Tribunal Constitucional Alemán (“*Bundesverfassungsgericht*”)⁹⁴⁷, con base en el artículo 101 de la Constitución Alemana de 23 de mayo de 1949, que lleva por rúbrica general la de “prohibición de tribunales de excepción” (“*Verbot von Ausnahmegerichten*”), el Tribunal de Karlsruhe, ante un caso de denegación de envío de la cuestión prejudicial, estimó que, en determinados casos, podríamos encontrarnos ante una lesión del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (“*Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden*”), lo que permite a los particulares afectados abrir la vía del recurso de amparo o de queja constitucional (“*Verfassungsbeschwerde*”)⁹⁴⁸.

La pregunta, en el caso español, era evidente: ¿se estaría con ello lesionando el artículo 24.1 de la Constitución Española que, como dovela arquitectónica, sostiene el entramado procesal de nuestro país, y que contribuye a situarlo entre los llamados Estados de Derecho?

Efectivamente, y por contestar la pregunta que me hago más arriba, el artículo 24 de la Constitución Española, desde el momento en que el mismo contiene una interdicción a atentar contra la tutela judicial efectiva, puede

⁹⁴⁶ Vid. DANIELE, L., “*Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze*”. Cuarta edición, Giuffrè Editore, Milán, 2010, pp. 332-333.

⁹⁴⁷ Sentencia TFCA de 22 de octubre de 1986 (Solange II).

⁹⁴⁸ Vid., MORCILLO MORENO, J., “*Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el Ámbito del Derecho Administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*”. La Ley, Wolters Kluwer España, Madrid, Junio 2007, 1ª Edición, pp. 340 y ss.; QUADROS, I., “*A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*”. Almedina, Coimbra, noviembre 2006, p. 138-157; CALLIESS, Chr., “*Der EuGH als gesetzlicher Richter im Sinne des Grundgesetzes. Auf dem Weg zu einer kohärenten Kontrolle der unionsrechtlichen Vorlagepflicht?*”. NJW, 27/2013, 66. Jahrgang, 4 de julio 2013, pp. 1905-1910.

ser conculcado tanto por contravenir el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, como por obviar el derecho a un proceso con todas las garantías.

En este sentido, RUIZ-JARABO opinaba que *“el no planteamiento de la cuestión prejudicial cuando haya obligación de hacerlo, y la consiguiente vulneración del derecho fundamental al Juez legal, es sancionable a través del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional en el sistema jurídico español. La estimación del amparo produciría como consecuencia la nulidad de las actuaciones procesales llevadas a cabo ante el Juez legal, aunque esta no haya sido siempre la postura adoptada por el Tribunal Constitucional”*.

De este modo, la Sentencia nº 58/2004, de 19 de abril de 2004, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en el Recurso de amparo nº 4979/1999, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Manuel Cachón Villar, estableció, cambiando con ello la jurisprudencia existente hasta entonces⁹⁴⁹, que inaplicar el derecho interno por su supuesta incompatibilidad con el Derecho Comunitario –en línea con lo previsto en la Sent. “Simmenthal”-, sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial prevista en el (entonces) artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

⁹⁴⁹ Hasta ese momento el Tribunal Constitucional había rechazado los recursos de amparo, por violación del artículo 24 de la Constitución, contra las faltas de proposición de cuestiones prejudiciales por parte de los órganos nacionales.

SCARCIGLIA, R., en la obra citada, remitiéndose a BAÑO LEÓN, J.M., (*“El Tribunal Constitucional”*) habla de una “rebelión judicial”, que es precisamente la que se inició por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña –en concreto con su Sentencia nº 769/1999 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, de 5 de octubre de 1999, de la que fue Ponente la Ilma. Sra. Dª Maria Luisa Pérez Borrat- que fue la que resultó posteriormente casada por la STS, Sala 3ª, de 29 de septiembre de 2001, y luego esta última anulada por la STC, Sala Segunda, nº 58/2004, de 19 de abril.

(Vid. también MORCILLO MORENO, J., *“Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el Ámbito del Derecho Administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales”*. La Ley, Wolters Kluwer España, Madrid, Junio 2007, 1ª Edición, pp. 316 y ss.; SARMIENTO, D., “La cuestión prejudicial comunitaria y el Tribunal Supremo”, en *“España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial”*, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, pp. 241-243; ALONSO GARCÍA, R., *“Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)”*. CDP, nº 38, septiembre-diciembre 2009, pp. 11-30; DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. y MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C., *“Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2003 y 2004. Comentarios y valoraciones de la práctica judicial”*. RDCE, Año 9, nº 22, septiembre-diciembre de 2005, pp. 723-725; IZQUIERDO SANS, C., *“Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española”*. RGDE nº 23, 2011, pp. 8-14).

era tanto como desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido⁹⁵⁰.

De este modo, se rechaza por el Tribunal Constitucional el juicio subjetivo de compatibilidad o no de la norma legal nacional y la de la Unión por parte del órgano jurisdiccional nacional, basado en su propia autoridad, sin atenerse para ello a lo manifestado por el Tribunal de Justicia y a los precedentes jurisprudenciales (en definitiva, siempre que se produzca una preterición del sistema de fuentes sobre el control de normas).

La conclusión a la que se llega es que el Juez que actúa como última instancia tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial y, si no lo hace, está vulnerando el artículo 24.2 de la Constitución, esto es, el derecho a un proceso con todas las garantías legales⁹⁵¹.

De este modo, el Tribunal Constitucional se convierte también en garante indirecto del cumplimiento del Derecho de la Unión –dentro de lo que se ha llamado “*relación cooperativa*”–, al aceptar que la cuestión prejudicial constituye una garantía procesal de las partes en el proceso, en los casos en que el Juez nacional omite la presentación de una cuestión prejudicial, porque, con ello, se trata de evitar dos efectos indeseables: a) la eventual alteración del sistema de fuentes que este hecho podría suponer, y, b) la privación a la parte afectada de una garantía procesal tendente a garantizar la unidad en la aplicación del Derecho de la Unión y, por ende, a hacer efectivo el principio de prelación o primacía de este ordenamiento.

⁹⁵⁰ GARCÍA ROSS, J., “*De cuestiones prejudiciales y Concierto Económico*”. Boletín de la Academia Vasca de Derecho (Zuzenbidearen Euskal Akademia Aldizkaria), año III, nº 8. Bilbao, diciembre 2005, pp. 17-21.

⁹⁵¹ Parece que esto ha de seguir siendo así después de la reforma del recurso de amparo operada con la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (BOE nº 125, de 25 de mayo de 2007), que objetiva este recurso, en su fase de admisión, exigiendo que el recurso presente una “especial trascendencia constitucional”, lo que corresponde justificar al recurrente, ya que se erige en requisito insubsanable, si es que no se lleva a cabo con la demanda -artículo 50.1. b) de la LOTC-.

Estos “criterios de especial trascendencia constitucional” han sido expuestos en la STC 155/2009, de 25 de junio, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas, F.J. 2º –cuestión nueva (supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo); aclaración o cambio de doctrina constitucional; inconstitucionalidad de ley; interpretación lesiva de ley; incumplimiento o negativa al cumplimiento de la jurisprudencia constitucional y trascendencia general de los efectos del amparo–, aunque si bien se reconoce que éstos, como elenco, no constituyen un “*numerus clausus*”, siendo posible más adelante, dado el carácter dinámico de la jurisdicción del TC y la casuística que pueda irse planteando, nuevas incorporaciones o, incluso, una redefinición de los mismos. (Vid. IZQUIERDO SANS, C., „*Op. Cit.*“, pp. 26 a 29).

A este fin de asegurar que el Derecho de la UE surta el mismo efecto en todos los Estados miembros, a través de la cuestión prejudicial, es decir, al objetivo de conseguir una interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea por parte de los tribunales de los Estados miembros, ya se refería el Tribunal de Justicia en la Sent. “Rheinmühlen Düsseldorf”, de 16 de enero de 1974, C-166/73, así como en la posterior Sent. “Hoffmann – La Roche”, de 24 de mayo de 1977, C-107/76.

El gran logro, por tanto, de la Sentencia nº 58/2004 del Tribunal Constitucional (Sala Segunda)⁹⁵² es que la misma supone un *punto de inflexión* respecto a la jurisprudencia anterior, la cual había actuado como si el planteamiento de una cuestión prejudicial fuera algo ajeno a las garantías procesales.

De este modo, en la sentencia mencionada (F.J.11º), el Tribunal Constitucional manifiesta que:

“En este sentido es importante recordar que, de la misma manera que el constituyente quiso sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (por ejemplo, SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1; y 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), por corresponder de forma exclusiva la depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, al Tribunal Constitucional, que es el único que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar con eficacia erga omnes la inconstitucionalidad de las leyes (SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8; 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3; y 173/2002, de 9 de octubre, FJ 9), el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador de Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías, "tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es la expresión de la voluntad popular - como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución- y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España" (por todas, STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 9)”.

En el F.J.12º, *in fine*, se añade que:

⁹⁵² La Sala estaba compuesta por: Tomás S. Vives Antón (Presidente), Pablo Cachón Villar (Ponente), Vicente Conde Martín de Hijas, Guillermo Jiménez Sánchez, Elisa Pérez Vera y Eugeni Gay Montalvo.

“De la doctrina judicial expuesta se puede comprobar, entonces, que tanto antes de haberse planteado por la Audiencia Nacional las cuestiones prejudiciales que desembocaron en la STJCE de 26 de junio de 1997 como, con más motivo, después de haber recaído la citada Sentencia, los diferentes órganos judiciales españoles habían apreciado de una forma razonable la compatibilidad entre la tasa fiscal del juego y el art. 33 de la sexta Directiva. No lo ha entendido así, sin embargo, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para quien, por el contrario, se daban todos los presupuestos que determinaban la incompatibilidad de la tasa fiscal sobre el juego con el art. 33 de la sexta Directiva, atendidos los razonamientos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de junio de 1997”.

Y, a continuación, en el F.J.13º:

“Lo anterior supone que cuando la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de forma aislada y ajena al resto de la doctrina judicial recaída en la materia, aprecia la contradicción entre el Derecho interno y el comunitario está, de entrada, introduciendo una duda en la aplicación del Derecho comunitario donde hasta ese momento no existía. En consecuencia, el órgano judicial -aun cuando expresara su ausencia de toda duda respecto de la incompatibilidad entre la norma nacional y la norma comunitaria-, dado que precisamente venía a asumir una contradicción donde ningún otro órgano judicial la había apreciado, debía haber planteado, conforme a la doctrina del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea para someter a la consideración del Tribunal de Luxemburgo las causas o motivos por los que, a su juicio, y fuera de los criterios interpretativos ya sentados previamente, podía ser incompatible un Derecho con el otro (SSTJCE de 24 de junio de 1969, asuntos Milch, Fett und Eierkontor, 29/68; y de 11 de junio de 1987, asunto Pretori di Salò, 14/86).

Debe tenerse en cuenta, al efecto, que la existencia o inexistencia de una duda - a los efectos ahora considerados- no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna. Por ello el criterio expuesto por el Tribunal Supremo, unido al de los restantes órganos judiciales que se

pronunciaban de forma concurrente en contra de la incompatibilidad, debía sembrar (sobre quien podía entender lo contrario) la duda suficiente en la materia como para generar la obligación de, antes de inaplicar el derecho interno por su supuesta contradicción, plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE. Cabe afirmar, en el mismo sentido, que la existencia de una previa Sentencia interpretativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no excusa del nuevo planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando un órgano judicial utiliza los criterios interpretativos fijados en un sentido que conduce a una conclusión contraria a la expresada por los restantes órganos judiciales”.

Se entendía producido, por tanto, con este modo de proceder, un “exceso de jurisdicción” (F.J.14º), ya que:

“ (...) cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución española, o el de la cuestión prejudicial, si es contraria al Derecho comunitario (eso sí, siempre y cuando, respecto de esta última y como ocurre en el presente caso, se den las circunstancias para tal planteamiento), debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española basadas en una pretendida inconstitucionalidad de la misma o utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario. En el asunto que nos ocupa era insoslayable para inaplicar la disposición de ley al caso concreto, por causa de su posible inconstitucionalidad o de su posible contradicción con el Derecho comunitario, la promoción de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial (arts. 163 CE y 234 TCE), sin las cuales, las normas legales no podían ser, en manera alguna, inaplicadas o preteridas”.

O, dicho de otro modo (F.J.14º):

“Tal actuación es contraria al principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su título preliminar (art. 9.3 CE), y que se instituye en un límite no sólo de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) sino también de la judicial (art. 117.1 CE; STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2)”.

En palabras de ALONSO GARCÍA, refiriéndose a la STC nº 58/2004, “no fue el hecho en sí de inaplicar una ley por contraria al Derecho comunitario, sino el modo de inaplicarla, lo que desembocó en la estimación del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; concretamente, el inaplicarla negando al justiciable una interpretación del Tribunal de Luxemburgo sobre la norma europea

determinante de la inaplicación (por incompatibilidad) de la ley nacional⁹⁵³.

El Tribunal Constitucional, merced a sendos recursos de amparo solicitados por el Gobierno de Canarias, ha encontrado ocasión de volver a tratar el hecho de la inaplicación por el Juez ordinario de una ley nacional, por ser incompatible con el Derecho Comunitario, basándose aquél en su propia autoridad o, lo que es igual, no planteando cuestión prejudicial (STC, Sala Segunda, nº 194/2006, de 19 de junio y STC, Pleno, nº 78/2010, de 20 de octubre)⁹⁵⁴.

De este modo, la STC nº 78/2010 ratifica la doctrina expresada en la STC nº 58/2004, corrigiendo lo insinuado por la STC nº 194/2006, ya que esta última, en su F.J.5º, había dado a entender que para inaplicar una ley nacional por ser contraria al Derecho de la Unión, aunque el Juez nacional no albergue ninguna duda sobre el particular, había que remitir la correspondiente cuestión prejudicial al TJ.

La STC nº 78/2010, por su parte, afirma 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 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria” (F.J.2º.b).

Sin embargo, pese a lo dicho, todavía quedaba un paso por dar, y es que el Tribunal Constitucional plantease él mismo una cuestión prejudicial. No sabemos si esa larga espera se ha debido a un proceso de concienciación hasta “tragarse su orgullo”, como afirmó ZBÍRAL⁹⁵⁵, pero con el ATC nº 86/ 2011, de 9 de junio (Magistrado Ponente: D. Javier Delgado Barrio)⁹⁵⁶,

⁹⁵³ ALONSO GARCÍA, R., “Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010”. CDP, nº 38, septiembre-diciembre 2009, pp. 16-17.

⁹⁵⁴ IZQUIERDO SANS, C., “Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española”. RGDE nº 23, 2011, pp. 19 a 25.

⁹⁵⁵ ZBÍRAL, R., “Czech Constitutional Court, Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12”. Common Market Law Review, volume 49, number 4, august 2012, Wolters Kluwer Law & Business, p. 1485.

⁹⁵⁶ El recurso de amparo fue interpuesto contra el Auto de la Sala 1ª de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008 (Magistrado Ponente: Juan Ramón Sáez Valcárcel).

se ha inclinado a ello, en el marco de un recurso de amparo interpuesto por un ciudadano italiano condenado en ausencia –“*in absentia*”- por la autoridades judiciales de ese EM, por un delito de quiebra fraudulenta, y contra una resolución de la Audiencia Nacional dictada en ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega (Stefano Melloni, C-399/11)⁹⁵⁷.

Antes de que se iniciara el procedimiento que ha dado lugar al recurso de amparo, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional había declarado procedente, por Auto de 1 de octubre de 1996, la extradición a Italia del recurrente para que fuera juzgado por el Tribunal Penal de Ferrara.

Comoquiera que por Auto de 29 de abril de 1996 el Juzgado Central de Instrucción número 1 había acordado su libertad bajo fianza, el Sr. Melloni la prestó, dándose inmediatamente a la fuga y no pudiendo por este motivo ser entregado a Italia. Esta circunstancia llevó a que no compareciera personalmente en la vista oral del procedimiento que se estaba siguiendo contra él en su país, aunque el acusado había designado a dos abogados de su confianza a los que se les efectuaron todas las notificaciones pertinentes, los cuales comparecieron durante el procedimiento principal y en la fase de apelación ante el Tribunal de Apelación de Bolonia, planteando incluso un recurso de casación ante la Corte Suprema Italiana.

En el marco del procedimiento de ejecución de la Orden Europea de Detención y Entrega, el reclamado se opuso, alegando, entre otras cuestiones, que al no contemplar la legislación procesal italiana la posibilidad de recurrir las condenas dictadas en ausencia, la Orden Europea de Detención debería condicionarse a que Italia garantizase un recurso contra la sentencia condenatoria.

La Audiencia Nacional entendió, sin embargo, que no era necesaria condicionar la entrega a ninguna garantía, toda vez que el recurrente era conecedor de la celebración del juicio, situándose libre y voluntariamente en rebeldía.

El Tribunal Constitucional, antes de aplicar la doctrina contenida en su Sentencia nº 91/2000, y a través de la formulación de tres cuestiones prejudiciales, se interroga sobre la interpretación y la validez del artículo 4 bis de la Decisión Marco 2009/299/JAI⁹⁵⁸, así como sobre la interpretación

⁹⁵⁷ Sent. “Melloni”, de 26 de febrero de 2013.

⁹⁵⁸ Este artículo establece la imposibilidad de denegar la detención o entrega, aun cuando el juicio se haya realizado en ausencia del imputado, cuando este “haya sido citado en persona e

de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus relaciones con las Constituciones de los Estados Miembros.

Sobre este último particular hay que recordar que, con su entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009, el Tratado de Lisboa ha dado tal fuerza a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, que se la considera “con el mismo valor jurídico que los Tratados” (artículo 6.1 del TUE).

Como indica ARROYO JIMÉNEZ⁹⁵⁹, el Auto del TC es relevante por diversos motivos:

Primero, porque con él parece que el TC se plantea la posibilidad de revisar o, cuando menos, matizar su doctrina acerca de las vulneraciones indirectas de un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución) a la luz de la evolución del Derecho de la Unión Europea.

Segundo, y fundamentalmente, porque en esa resolución el TC utiliza por vez primera el instrumento de la cuestión prejudicial, modificando con ello el modo en que hasta la fecha había contemplado sus relaciones con el Derecho de la Unión Europea y, por tanto, con el propio Tribunal de Justicia.

Es preciso señalar que el Ministerio Fiscal se opuso a la promoción de la cuestión porque, a su juicio, la Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero de 2009 –que modifica la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, del Consejo-, no resultaría aplicable “*ratione temporis*” al litigio que ha dado lugar al recurso de amparo, ya que los hechos traen causa del año 1997 y el Auto de la Audiencia Nacional que se recurre en amparo fue dictado en 2007, esto es, dos años antes de la modificación de la Decisión Marco.

El Auto, con parecer acertado, dice que la Decisión Marco de 2009 es aplicable, en todo caso, como criterio de integración del contenido reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, cuyo desconocimiento

informado así de la fecha y el lugar previstos para el juicio” o cuando pueda “establecerse sin lugar a dudas que tenía conocimiento de la celebración prevista del juicio”. Igualmente no será posible limitar la obligación de detención y entrega cuando “conociendo la fecha prevista del juicio, haya sido defendido en él por un Letrado al que haya dado el correspondiente mandato, garantizando con ello que la asistencia letrada es real y efectiva”.

⁹⁵⁹ ARROYO JIMÉNEZ, L., “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias”. InDret, Barcelona, nº 4, octubre 2011.

determina su “vulneración indirecta” por parte de los órganos judiciales españoles.

La doctrina de la “vulneración indirecta” del artículo 24.2 de la Constitución se inauguró con la STC 91/2000, de 30 de marzo –y se ha mantenido hasta la STC 199/2009, de 28 de septiembre-, habiendo admitido el Tribunal Constitucional diversos recursos de amparo contra las decisiones de órganos jurisdiccionales españoles de extraditar a ciudadanos europeos, porque entendía que se estaban contraviniendo lo que son las garantías del proceso y, con ello, el “contenido esencial” del derecho fundamental en cuestión⁹⁶⁰. Y esta fundamentación se ha centrado, como dice AGUILAR CALAHORRO, en el argumento según el cual la presencia física del acusado en el procedimiento, el derecho a participar en la vista oral y defenderse por sí mismo, no solo forma parte del principio de contradicción en el proceso, sino del contenido absoluto del derecho a la defensa⁹⁶¹.

Efectivamente, siguiendo a AGUILAR CALAHORRO, esta doctrina sostiene que los poderes públicos españoles vulneran los derechos fundamentales de la Constitución española cuando su actuación supone una condición “sine qua non” para la vulneración de los mismos por órganos estatales extranjeros. Es decir, el vínculo incondicionado “*ad intra*” del derecho fundamental desplegaría también un efecto “*ad extra*”. En este caso, la decisión de ejecutar la Euroorden por la Audiencia Nacional podía producir que el tribunal italiano vulnerase el contenido del artículo 24.2 de la Constitución por contribuir aquella a la ejecución de una condena dictada en rebeldía sin posibilidad de recurso⁹⁶².

⁹⁶⁰ “Esta decisión de conceder el amparo impidiendo la extradición ha sido objeto de numerosas críticas basadas en que, al impedir el cumplimiento de condenas impuestas –concretamente por Italia frente a importantes miembros de la mafia de ese Estado radicados en España- se estaba construyendo “un paraíso de impunidad para cierta delincuencia organizada”. Como el propio Consejo ha señalado, la cuestión de la suficiencia de las garantías que condicionan la entrega queda a discreción de la autoridad de ejecución, por lo que es difícil saber con exactitud cuándo puede denegarse la ejecución, por ello la Decisión Marco pierde su virtualidad armonizadora”.

(AGUILAR CALAHORRO, A., “*La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea- Auto del Tribunal Constitucional 86/ 2011, de 9 de junio*”. Revista de Derecho Constitucional Europeo, n. 16, julio-diciembre, 2011, pp. 471-512.).

⁹⁶¹ AGUILAR CALAHORRO, A., “*La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*”. Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 16, julio-diciembre 2011, pp. 471-512.

⁹⁶² AGUILAR CALAHORRO, A., “*Op.Cit*”.

La respuesta que, eventualmente, pudiera dar el Tribunal de Justicia, entendía el TC, confirmando, por ejemplo, la validez del artículo 4 bis de la Decisión Marco, podría llevar a que el tribunal español tuviera que modular su doctrina para admitir las entregas incondicionadas.

ARROYO JIMÉNEZ ha señalado que restaba por ver si, en el futuro, el Tribunal Constitucional circunscribiría este planteamiento a los casos en los que los derechos fundamentales generasen efectos “ad extra”, como ocurre en el de autos en virtud de la doctrina de las vulneraciones indirectas del derecho a un proceso con todas las garantías, o si terminaría extendiendo con carácter general la decisión de promover cuestiones prejudiciales de interpretación de las disposiciones de la Carta sobre las cuales el Tribunal de Justicia no se haya pronunciado todavía y en las que su interpretación del Derecho de la Unión pueda generar efectos en el Derecho interno, ya sea en virtud del artículo 10.2 de la Constitución o en los términos del artículo 93 de nuestra Carta Magna.

El mismo autor apoya la opinión difundida entre la doctrina de que con la STC 199/2009, de 28 de septiembre -que se refería a un caso sustancialmente igual al del ATC 86/2011, de 9 de junio- “en lugar de contribuir a avanzar en la integración armónica de ordenamientos a través del planteamiento de la cuestión prejudicial, optó por remitir el potencial conflicto a los tribunales ordinarios, evidenciando su autismo hacia el Derecho Europeo”⁹⁶³.

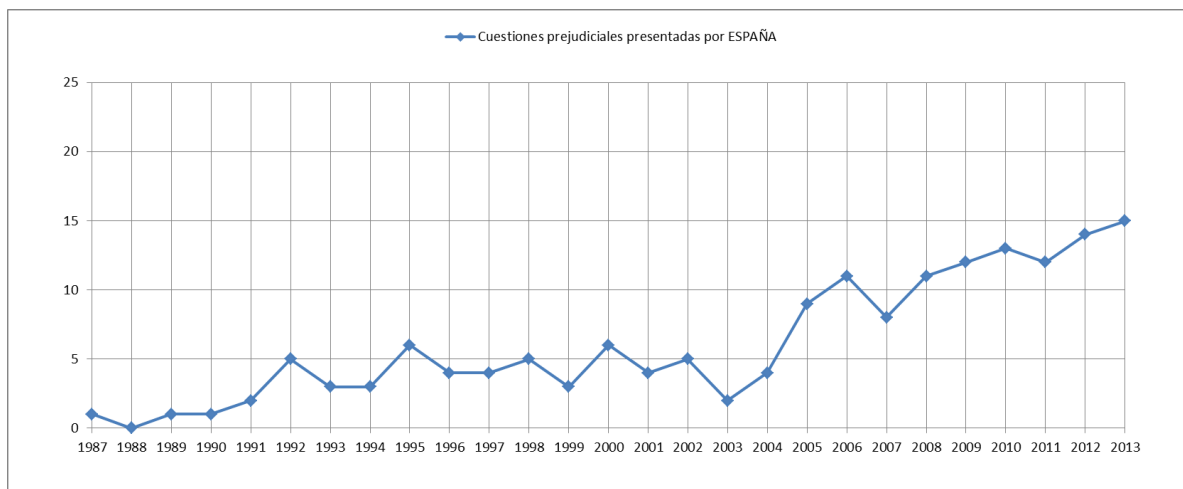
Por tanto, y como expone AGUILAR CALAHORRO, la enorme diferencia en el tratamiento de ambos casos por el TC es que, con el ATC 86/2011, el Tribunal Constitucional reconoce en mayor medida el marco jurídico derivado del Derecho de la Unión Europea, aunque trata y caracteriza este ordenamiento como un mero Tratado Internacional -artículo 10 de la Constitución-, y olvida su naturaleza supranacional y su eficacia especial, atribuida vía artículo 93 de la Constitución⁹⁶⁴.

⁹⁶³ ARROYO JIMÉNEZ, L., “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias”. InDret, Barcelona, nº 4, octubre 2011.

⁹⁶⁴ AGUILAR CALAHORRO, A., “La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio”. Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 16, julio-diciembre 2011, pp. 471-512.

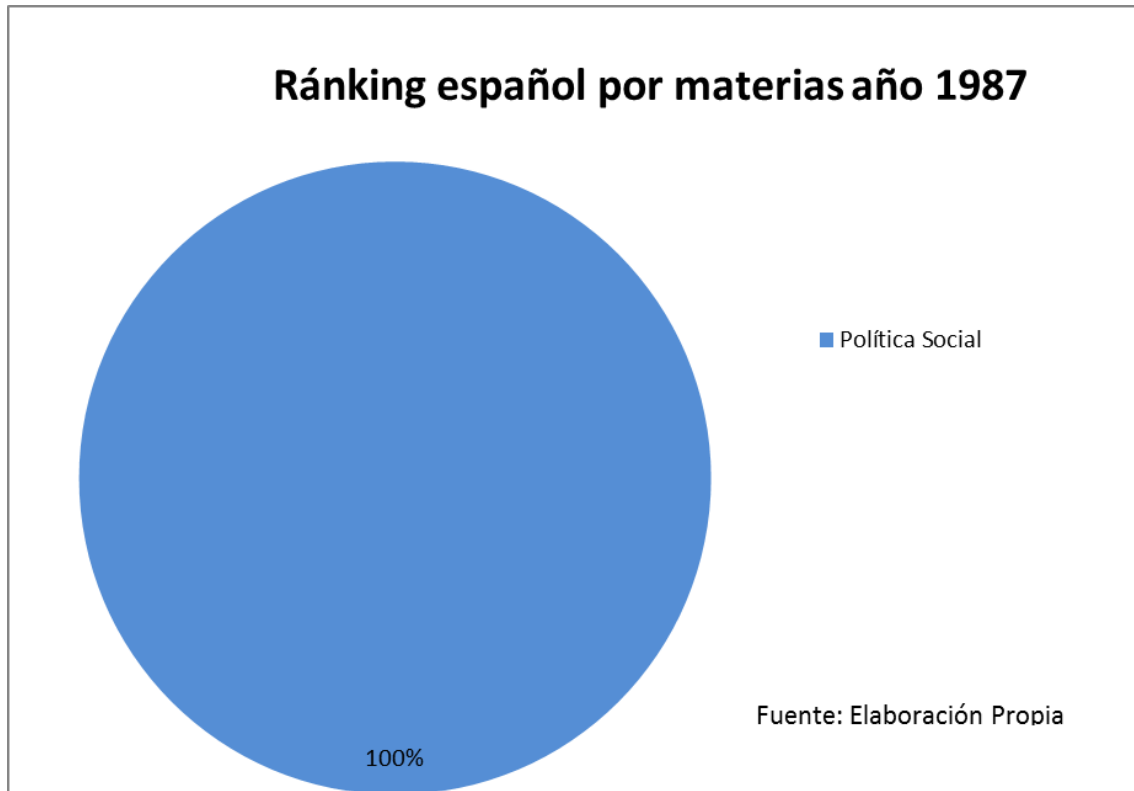
2.- A vista de pájaro: la práctica española

Una vez realizadas estas consideraciones generales, quiero adentrarme en un recorrido a vista de pájaro sobre las cuestiones prejudiciales que han sido planteadas por los tribunales españoles, haciendo una referencia por año, no de planteamiento, sino de resolución, pues me ha parecido éste el criterio más operativo, habida cuenta que el propósito que me anima es citarlos, para conocerlos, y saber también, someramente, el trasfondo del litigio nacional que dio origen al reenvío prejudicial.



*En el AÑO 1987, como habíamos indicado, se produce un solo asunto, y se refiere a *Política Social* (1) –“Giménez Zaera”, C-126/86-.

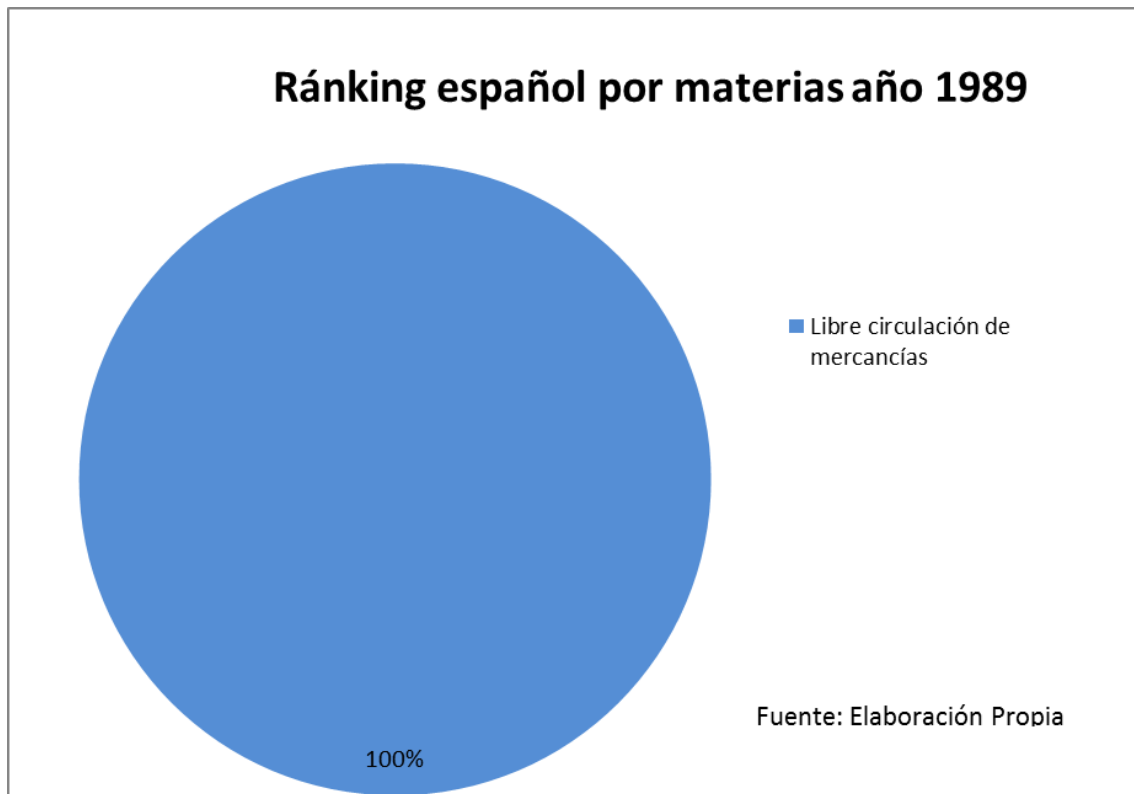
Las cuestiones que fueron planteadas en este asunto vienen referidas a la interpretación de los artículos 2, 117 y 118 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y se suscitaron en el marco de un litigio entre el Sr. Fernando Roberto Giménez Zaera, por una parte, y el INSS y laTGSS, en relación con la decisión de suspender el pago de la pensión de jubilación del régimen general de la Seguridad Social que el interesado, funcionario en activo, cobraba como consecuencia del empleo que había ocupado anteriormente en el sector privado. La decisión había sido adoptada en aplicación del artículo 52, apartado 1, de la Ley de 28 de diciembre de 1983 que aprobó los Presupuestos del Estado para 1984, disposición que establecía la incompatibilidad de la percepción de una pensión de jubilación del régimen de la Seguridad Social con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad retribuida en cualquier administración pública.



*En el *AÑO 1988* no se resolvió ningún asunto, como ha quedado apuntado más arriba.

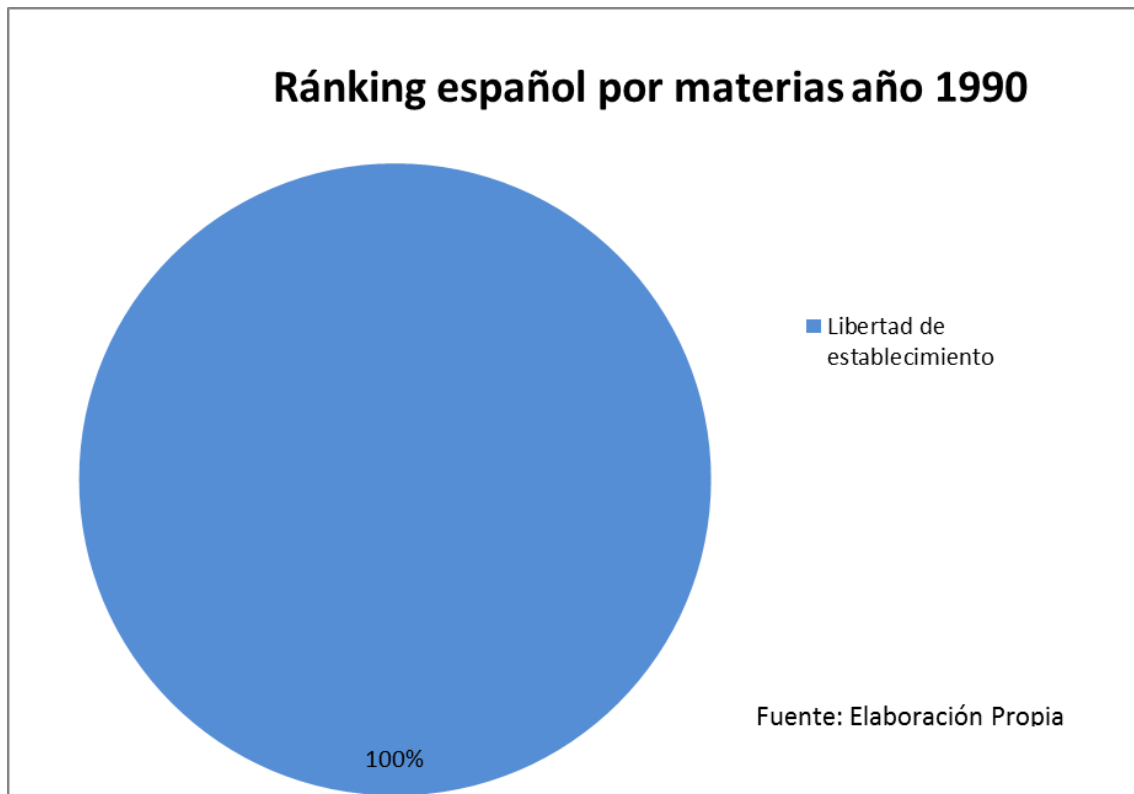
*En el *AÑO 1989* el único asunto existente es sobre *Libre Circulación de Mercancías* (1) –“Ford España”, C-170/88-.

Este asunto estaba relacionado con el cobro de una carga económica interna, calculada en función del valor declarado en aduana, de unas mercancías por el hecho de atravesar la frontera; lo que el Tribunal de Justicia consideró que se trataba de una exacción de efecto equivalente.



*En el AÑO 1990 el único asunto resuelto viene referido a la *Libertad de Establecimiento* (1) –“Marleasing”, C-106/89-.

Este caso se suscitó con ocasión de un litigio entre “Marleasing, S.A.” – demandante en el procedimiento principal-, y un determinado número de demandadas, entre las que se encuentra “La Comercial Internacional de Alimentación, S.A.”. La demandante había solicitado que se declarase la nulidad del contrato de sociedad por el que se constituía esta última, alegando falta de causa, por simulación y por haberse realizado en fraude de acreedores de una sociedad –“Barviesa”- que era cofundadora de la mercantil “La Comercial Internacional de Alimentación, S.A.”. Se aducía para ello el contenido de los artículos 1261 y 1275 del Código Civil. Sin embargo, en el artículo 11 de la Directiva 68/151, entre los casos enumerados para la declaración de nulidad de una sociedad, no figuraba la falta de causa.



*En las cuestiones resueltas en el *AÑO 1991* copan el panorama, en igual medida, las cuestiones relativas a la *Libre Circulación de Mercancías* (1) – “Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia”, C-1/90 y C-176/90- y al *IVA* (1) – “Ayuntamiento de Sevilla”, C-202/90-.

En la Sent. “Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia” (C-1/90 y C-176/90) el litigio nacional versaba sobre unas sociedades que habían sido sancionadas con multa por infringir una norma de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que prohibía la publicidad de bebidas alcohólicas de más de 23 grados en medios de comunicación, calles y carreteras, cines y transportes públicos. Las empresas sancionadas alegaban que la ley catalana en cuestión era contraria al artículo 30 del Tratado, debido a que con dichas restricciones de publicidad se afectaba la posibilidad de comercializar bebidas que, en su mayor parte, procedían de otros Estados miembros.

En la Sent. “Ayuntamiento de Sevilla” (C-202/90) se trata de resolver si la relación profesional de unos Recaudadores de Zona con el citado Ente local, por desarrollar la labor de cobranza de los impuestos a percibir por esa Administración, está sujeta o no al IVA.



*En las cuestiones resueltas en el *AÑO 1992* se aprecia un claro predominio de las que tienen que ver con el ámbito de la *Libertad de Establecimiento* (4) –“López Brea e Hidalgo Palacios”, C-330/90 y C-331/90; “Aguirre Borrell”, C-104/91; “Ferrer Laderer”, C-147/91; “Micheletti”, C-369/90-, seguido del de la *Competencia* (1) –“Dirección General de Defensa de la Competencia”, C-67/91-.

En la Sent. “López Brea e Hidalgo Palacios” (C-330/90 y C-331/90) las cuestiones que se plantean fueron suscitadas en el marco de sendos procedimientos penales por intrusismo seguidos por el MF contra los Sres. Ángel López Brea y Carlos Hidalgo Palacios, los cuales se habían establecido en Alicante como Agentes de la Propiedad Inmobiliaria sin poseer la cualificación profesional ni las autorizaciones pertinentes.

En la Sent. “Aguirre Borrell” (C-104/91) la cuestión de fondo coincide con la del asunto anteriormente citado. En este caso, es el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria el que presenta una querrela criminal por un presunto delito de intrusismo en relación con la profesión de API.

En la Sent. “Ferrer Laderer” (C-147/91) vuelve a repetirse la misma cuestión. Aquí es el MF el que sigue un proceso penal contra la Sra. Michèle Ferrer Laderer por intrusismo. La causa es la ya mencionada, es

decir, haberse establecido también en Alicante, sin poseer la cualificación profesional ni las autorizaciones pertinentes.

En la Sent. “Micheletti” (C-369/90) el trasfondo de la cuestión versa sobre el no reconocimiento al Sr. Mario Vicente Micheletti, que ostenta la doble nacionalidad italiana y argentina, de una tarjeta definitiva de residente comunitario para establecerse en España como odontólogo.

La negativa de la Administración española se basaba en el artículo 9 del Código Civil español, según el cual, en los supuestos de doble nacionalidad, y si ninguna de ellas es la española, prevalecerá la correspondiente al lugar de residencia habitual anterior a la llegada a España del interesado, es decir, en el caso del Sr. Micheletti, la argentina.

El Tribunal de Justicia se pronunció en el sentido de que las disposiciones del entonces Derecho comunitario en materia de libertad de establecimiento se oponían a que un EM denegase dicha libertad a un nacional de otro EM, que ostenta al mismo tiempo la nacionalidad de un Estado tercero, basándose en que la legislación del EM de acogida lo considera nacional del Estado tercero.

La Sent. “Dirección General de Defensa de la Competencia” (C-67/91) se dicta como consecuencia de un procedimiento nacional en el que la Dirección General de Defensa de la Competencia había abierto expediente contra la AEB y algunos bancos por haber vulnerado supuestamente las disposiciones de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia⁹⁶⁵, en lo referente a determinados servicios y comisiones bancarias.

⁹⁶⁵ BOE nº 175, de 23 de julio de 1963.



*En el *AÑO 1993* se observa una diversidad de materias en los asuntos españoles resueltos por el Tribunal de Justicia: *Agricultura y Pesca* (1) – “Diversinte e Iberlacta”, C-260/91 y C-261/91-; *Libre Prestación de Servicios* (1) -“Federación de Distribuidores Cinematográficos”, C-17/92- y *Política Social* (1) –“Wagner Miret”, C-334/92-.

La Sent. “Diversinte e Iberlacta” (C-260/91 y C-261/91) trata sobre la validez de la retroactividad del último párrafo del artículo 3 del Reglamento (CEE) nº 744/87 de la Comisión, de 16 de marzo de 1987, por el que se establecía un gravamen sobre la leche desnatada en polvo y desnaturalizada procedente de España.

La cuestión se suscitó entre dos sociedades españolas –Diversinte e Iberlacta- y la Administración Principal de Aduanas e Impuestos Especiales de La Junquera, en relación con una exportación a Alemania de leche en polvo, la cual había sido desnaturalizada para su utilización en la alimentación animal.

El Tribunal de Justicia acabó acogiendo el criterio defendido por dichas empresas (al no cumplir el Reglamento controvertido los requisitos exigidos por el TJUE para admitir la retroactividad) y, por tanto, declaró no válido dicho Reglamento en lo que se refiere a que su vigencia y aplicabilidad lo serían a partir del 12 de febrero de 1987.

En la Sent. “Federación de Distribuidores Cinematográficos” (C-17/92), la cuestión se suscita en el contexto de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la asociación “Federación de Distribuidores Cinematográficos”, con el que se pretende obtener la anulación del artículo único del RDL 1257/1986, de 13 de junio, que adaptaba determinadas leyes a la normativa comunitaria, en virtud de la habilitación legislativa conferida por la Ley de Bases de 27 de diciembre de 1986.

El órgano remitente -el Tribunal Supremo- deseaba saber si era compatible con el ordenamiento de la Unión el condicionar la concesión de licencias de doblaje de películas de terceros países, para su distribución en España en versión doblada a alguna lengua oficial española, a la previa contratación para su distribución de una película española hecha por la empresa distribuidora solicitante de la licencia.

Ni que decir tiene que el Tribunal de Justicia consideró que esta medida restrictiva suponía una discriminación respecto de los productores de películas de otros Estados miembros, declarando que perseguía un objetivo puramente económico (y, por tanto, no de orden público, a los efectos del artículo 56 del TCE).

En la Sent. “Wagner Miret” (C-334/92), las cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio en el que un miembro del personal de alta dirección de una empresa declarada insolvente, y que había cesado como consecuencia de un ERE, reclama al FOGASA el pago de retribuciones impagadas.

En este caso se mezclaba lo interpretado por los órganos judiciales españoles respecto de lo previsto en el artículo 33 del antiguo ET –el de 1980-, así como el hecho de que el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, no hiciese ninguna remisión al precepto citado del ET, para entender que la protección del FOGASA no alcanzaba al personal de alta dirección, acaso contraviniendo con ello lo dispuesto por la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.



*En el *AÑO 1994* los asuntos resueltos, sin haber una prevalencia por materias de unos sobre otros, se refieren a distintas áreas: *Competencia* (1) –“Banco Exterior de España”, C-387/92-, *Libertad de Establecimiento* (1) –“Gestión Hotelera Internacional”, C-331/92- y *Agricultura y Pesca* (1) –“Transáfrica”, C-136/93-.

En la Sent. “Banco Exterior de España” (C-387/92), las cuestiones se suscitan en el marco de un litigio entre el Banco Exterior de España y el Ayuntamiento de Valencia en relación con las liquidaciones por el Impuesto Municipal de Radicación, que era un impuesto que gravaba la utilización o disfrute de locales de cualquier naturaleza, usados para fines industriales o comerciales y para el ejercicio de actividades profesionales, y que estén sitos en el término municipal de Valencia.

El órgano remitente entendía que podía existir una vulneración del principio de libre competencia, por suponer un favorecimiento a determinadas empresas, el hecho de la exención de toda clase de tributos a las Entidades Oficiales de Crédito que ostenten la condición de contribuyente, según consta en el artículo 29 de la Ley 13/71, de 19 de junio, sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial.

El Tribunal de Justicia concluye diciendo que una medida mediante la cual un Estado miembro concede una exención tributaria a empresas públicas

constituye una ayuda de Estado a los efectos del, entonces vigente, artículo 92 del TCE.

En la Sent. “Gestión Hotelera Internacional” (C-331/92) tiene que ver con dos Concursos Públicos: uno para adjudicar la autorización definitiva de instalación y apertura de un Casino de Juego en los locales del Hotel Santa Catalina en Las Palmas; y otro relativo al uso de las instalaciones del Hotel y la explotación de la actividad hotelera.

Se exigía que el adjudicatario estaría obligado a realizar una serie de obras de adaptación o adecuación no solo en las dependencias del Hotel, sino también en las del Casino, un desembolso mínimo de mil millones de pesetas y debía garantizar que el Hotel conservara su categoría de “cinco estrellas”.

El órgano jurisdiccional remitente se plantea si tal contrato mixto, cuyo objeto es a la vez la ejecución de obras y una cesión de bienes, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; contestando el Tribunal de Justicia que si las obras tienen solo un carácter accesorio respecto del objeto principal de la licitación, que es la cesión de bienes, en ese caso dicho contrato no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305.

Con la Sent. “Transáfrica” (C-136/93) se trata de dirimir la liberación de una garantía constituida con arreglo al apartado 3 del artículo 2 del Reglamento (CEE) nº 3593/86 de la Comisión, de 26 de noviembre de 1986, el cual tenía que ver con el precio que había alcanzado el maíz, las dificultades que ello estaba causando en el mercado español, y las subvenciones que se establecieron para la importación de este producto.



*En el AÑO 1995 dominan ampliamente los asuntos que tienen que ver con la *Libre Circulación de Mercancías* (4) –“Bordessa”, C-358/93, C-416/93; “Grau Gomis”, C-167/94; “Esso Española”, C-134/94; “Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Ceuta”, C-45/94-, seguida del ámbito de la *Seguridad Social* (1) –“Zabala Erasun”, C-422/93, C-423/93 y C-424/93- y de la *Libre Circulación de Capitales* (1) –“Sanz de Lera”, C-163/94, C-165/94 y C-250/94-.

La Sent. “Bordessa” (C-358/93 y C-416/93) tiene su entronque en dos procesos penales con motivo de haber sido hallada, con ocasión de la inspección de un vehículo que pretendía pasar a Francia por el puesto fronterizo de La Jonquera, una cantidad de dinero en efectivo, escondido en el interior de aquél, de 50 millones de pesetas. Comoquiera que falta la autorización administrativa para la exportación de esa cantidad de dinero, además de ser detenido el Sr. Bordessa, se decomisó el efectivo que había sido encontrado.

Lo mismo ocurrió nueve días más tarde, pero respecto de un importe de treinta y ocho millones de pesetas, con el matrimonio Marí Mellado y Barbero Maestre.

Las dudas que el órgano nacional alberga giran en torno a la interpretación de los artículos 30 y 59 del TCE y de la Directiva 88/361/CEE, puesto que

la situación podría llevarle a aplicar el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, con lo que tendría que excluir la aplicación del Derecho nacional en la medida en que fuera contrario al Derecho de la Unión.

El A. “Grau Gomis” (C-167/94) tiene que ver con unas actuaciones seguidas ante el Juzgado de Instrucción de Sueca (Valencia) contra siete personas por un presunto delito de contrabando de tabaco.

En este caso, el Juez albergaba dudas sobre la interpretación de determinados artículos del TCE, y su compatibilidad con algunas normas nacionales, en concreto con la Ley Orgánica 7/82, de 13 de julio de 1982, sobre Delitos de Contrabando.

El Tribunal de Justicia se declaró manifiestamente incompetente toda vez que el auto de remisión adolecía de importantes defectos, puestos de manifiesto por los intervinientes, tanto en lo referido al contexto fáctico como al jurídico, así como en la relación que pudiera existir entre la normativa nacional y la comunitaria –citada, por cierto, esta última, incorrectamente por el Juez nacional–.

La Sent. “Esso Española” (C-134/94) que se dicta en el marco de un recurso contencioso-administrativo contra la Comunidad Autónoma de Canarias, en el que la empresa “Esso Española, S.A.” pretende la nulidad del Decreto 54/1992, de 23 de abril de 1992, de la Consejería de Industria, Comercio y Consumo del Gobierno de Canarias, en relación con el Estatuto regulador de las actividades de operador mayorista de productos petrolíferos en las Islas Canarias.

Puesto que el dicho Estatuto establecía que todos los operadores deberían prestar suministro en un mínimo de cuatro islas del archipiélago canario, el órgano jurisdiccional nacional se pregunta si tal exigencia constituye una restricción a la libertad de establecimiento.

La Sent. “Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Ceuta” (C-45/94), la cual se dicta en el ámbito de un recurso contencioso-administrativo por el que se pretende la anulación de un acuerdo municipal del Ayuntamiento de Ceuta, por el que se aprueba definitivamente la Ordenanza Municipal reguladora del Arbitrio sobre la Producción y la Importación en la ciudad de Ceuta.

Se aducía que dicho arbitrio podía constituir una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana.

La Sent. “Zabala Erasun” (C-422/93, C-423/93 y C-424/93) en relación con varios litigios que se sustancian contra el INEM⁹⁶⁶ por la negativa de éste a conceder el subsidio por desempleo de nivel asistencial que habían solicitado los demandantes, los cuales habían estado trabajado en Francia y habían agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo.

Posteriormente a la remisión de la cuestión prejudicial, las prestaciones reclamadas fueron abonadas a los interesados, por lo que el INEM solicitó al órgano judicial remitente –el TSJ del País Vasco- que retirase las cuestiones planteadas, de modo que, el Tribunal de Justicia, una vez hubo tenido conocimiento de este hecho, preguntó al órgano remitente si mantenía las cuestiones planteadas, contestando éste que sí, ya que no entendía que, realmente, se hubiera producido un allanamiento. Entiende, de este modo, el órgano nacional que el interés controvertido “escapa del campo de debate entre las partes y va más lejos del particularismo de la situación de que se trata en los litigios principales”.

El Tribunal de Justicia, dadas las manifestaciones realizadas por el órgano nacional, se declaró incompetente para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas, ya que éste no había declarado que el allanamiento no implicase la terminación del procedimiento.

La Sent. “Sanz de Lera” (C-163/94, C-165/94 y C-250/94) se dicta en el marco de tres procesos penales, cuyo mínimo denominador común se encuentra en que tres ciudadanos se encontraban viajando con importantes cantidades de dinero que no habían sido declaradas ni se había solicitado a las autoridades españolas ninguna autorización para la exportación de dichas cantidades.

El Juez remitente considera que la validez del apartado 1, del artículo 4, del Real Decreto 1816/1991, con respecto al Derecho de la Unión, constituye un “prius” al eventual reconocimiento de la infracción penal prevista en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios.

Aquí también el Juez considera que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable haría que fueran inaplicables las disposiciones nacionales que calificaban los hechos como incursores en infracciones penales, si es que dichas disposiciones fueran incompatibles con los artículos 73B a 73D del TCE.

⁹⁶⁶ El nombre actual de este Organismo sería el de SEPE (Servicio Público de Empleo Estatal).



*En el AÑO 1996, los ámbitos materiales que concurren en las resoluciones dictadas son de lo más diverso: *Libre Circulación de Mercancías* (1) – “Tirma”, C-300/94-, *Consumidores* (1) – “Blázquez Rivero”, C-192/94-, *Seguro de Responsabilidad Civil* (1) – “Ruiz Bernáldez”, C-129/94- y *Seguridad Social* (1) – “Lafuente Nieto”, C-251/94-.

Con la Sent. “Tirma” (C-300/94) se aborda, como cuestión, el pago del elemento móvil de los derechos de aduana establecido por el Reglamento nº 3033/80, y tenía como trasfondo la importación de determinadas partidas de caramelos procedentes de las Islas Canarias.

La Sent. “Blázquez Rivero” (C-192/94) se suscita en el marco de un litigio entre una sociedad financiadora (“El Corte Inglés”) y la Sra. Blázquez Rivero, debido a que esta última dejó de abonar los plazos de un préstamo, al alegar un incumplimiento en el contrato de viaje turístico que había sido la causa de la financiación.

Aunque el Tribunal de Justicia remitió al órgano jurisdiccional remitente copia de la Sent. “Faccini Dori” (C-91/92) por ver si, a la luz de la misma, mantenía la cuestión, dicha sentencia no debió de responder completamente

a las dudas del órgano nacional, por lo que prosiguió el procedimiento prejudicial.

En el fondo, se trataba de establecer si la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, permitía una acción dirigida contra un concedente de crédito a causa de defectos en el suministro de bienes o en la prestación de servicios por parte del proveedor o del prestador con el que dicho concedente de crédito ha celebrado un acuerdo de financiación exclusiva.

La Sent. “Ruiz Bernáldez” (C-129/94) tiene su origen en un procedimiento penal incoado contra el Sr. Ruiz Bernáldez por causar un accidente en estado de embriaguez.

Se trata de dirimir con las cuestiones planteadas por la Audiencia Provincial de Sevilla si el contrato obligatorio puede prever que, en determinados supuestos (p.e. embriaguez del conductor) la Compañía de Seguros no esté obligada a indemnizar los daños materiales y personales causados a terceros por el vehículo asegurado.

Con la Sent. “Lafuente Nieto” (C-251/94) se trata de resolver un asunto que tiene que ver con el cálculo de una pensión de invalidez de un trabajador que había cotizado tanto en España como en Alemania, y que resultó afectado por una incapacidad permanente absoluta para trabajar.

El Tribunal de Justicia, en las consideraciones que efectúa en su sentencia, gira en torno a la idea de que un trabajador migrante no debe sufrir una reducción de la cuantía de la prestación que habría obtenido si no fuera migrante.



*En el AÑO 1997 los asuntos relativos a *Seguridad Social* se erigen en dominantes, en cuanto a su número (2) –“Martinez Losada”, C-88/95, C-102/95 y C-103/95; “Naranjo Arjona”, C-31/96, C-32/96 y C-33/96-, seguidos de los relativos a *Política Social* (1) –“Burdalo Trevejo”, C-336/95- y *Fiscalidad* (1) –“Careda”, C-370/95, C-371/95 y C-372/95-.

La Sent. “Martinez Losada” (C-88/95, C-102/95 y C-103/95) tiene que ver con varios litigios que se sustanciaban contra el INEM y el INSS, en relación con el pago del subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años previsto por la legislación española.

Los demandantes en los litigios principales habían ejercido una actividad por cuenta ajena en varios Estados miembros, pero nunca habían trabajado en España y, por ende, no podían justificar ningún periodo de cotización al régimen de Seguridad Social español, aunque varios de ellos habían percibido el subsidio por desempleo (y, por consiguiente, había habido una cotización por el seguro de enfermedad y de prestaciones familiares).

Los Juzgados de lo Social remitentes albergaban dudas, en el presente caso, sobre la aplicación del Reglamento nº 1408/71.

En la Sent. “Naranjo Arjona” (C-31/96, C-32/96 y C-33/96), se trata de dirimir cómo deba hacerse –es decir, sobre qué base de cotización- el

cálculo de las pensiones de jubilación y de invalidez de tres trabajadores españoles, los cuales habían estado cotizando también en Alemania.

Con la Sent. “Burdalo Trevejo” (C-336/95) nos encontramos con un litigio contra el FOGASA en el que se discute el cómputo de la antigüedad en una empresa de los demandantes, en orden al cálculo de las indemnizaciones previstas para el caso de despido o extinción de la relación laboral.

En este caso se había producido, a través de una resolución del “Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya”, la extinción de la relación laboral de los demandantes.

Pese a que los demandantes habían trabajado durante muchos años (entre 24 y 42) en una empresa textil que había cambiado de titular en varias ocasiones, el FOGASA, para el cálculo de las indemnizaciones, se negó a tomar en consideración los períodos de empleo anteriores a la fecha de la primera transmisión de la empresa.

Finalmente, el TJUE dijo que la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, no podía ser invocada en relación con una transmisión de empresa que se había producido en una fecha en que la Directiva no había empezado a producir efectos jurídicos en el Estado miembro en cuestión.

La Sent. “Careda” (C-370/95, C-371/95 y C-372/95), que tiene su origen en unas liquidaciones practicadas por el concepto tributario de gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, y en el que se trata de dirimir si el mismo tiene el carácter de impuesto sobre el volumen de negocios (y si, a estos efectos, es necesario que la legislación nacional prevea expresamente que pueda repercutirse a los consumidores; y si es comparable, por sus características, al IVA).



*Durante el *AÑO 1998* son las resoluciones relativas a la *Fiscalidad* (2) – “Solred”, C-347/96; “FECSA”, C-31/97 y C-32/97-, y la *Política Social* (2) – “Hernández Vidal”, C-127/96, C-229/96 y C-74/97; “Sánchez Hidalgo”, C-173/96 y C-247/96-, las que adquieren una especial notoriedad, seguidas de la *Seguridad Social* (1) – “Grajera Rodríguez”, C-153/97-.

Con la Sent. “Solred” (C-347/96) las cuestiones que se suscitan lo son en el marco de un litigio entre “Solred, S.A.” y la Administración General del Estado, en relación con el pago de un impuesto sobre la escritura notarial por la que se formaliza la aportación diferida de una parte del capital social, el cual había sido suscrito en su totalidad al constituirse la sociedad. Tiene que ver, por ende, con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su regulación por el RDL 3050/80, de 30 de diciembre (aunque la normativa vigente del mencionado impuesto era –y sigue siendo en la actualidad, aunque con algunas modificaciones posteriores- la del RDL 1/1993, de 24 de septiembre⁹⁶⁷).

La Sent. “FECSA” (C-31/97 y C-32/97) tiene que ver con el pago de un impuesto (AJD) que grava las escrituras notariales de amortización de obligaciones (cancelación de empréstitos), y la consideración de que ello es

⁹⁶⁷ BOE nº 251, de 20 de octubre de 1993.

contrario a la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

En la Sent. "Hernández Vidal" (C-127/96, C-229/96 y C-74/97), se sustancia, en el fondo, la existencia de un posible despido de una trabajadora, en relación con una transmisión de empresa, y todo ello, como ocurre en el caso que comento a continuación, a la luz de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977.

En la Sent. "Sánchez Hidalgo" (C-173/96 y C-247/96) se parte de una situación de una concesión del Ayuntamiento de Guadalajara a favor de una empresa para la gestión del servicio de ayuda a domicilio a personas en situación de necesidad. Con la expiración de la concesión, se adjudicó el servicio a otra empresa, que contrató al mismo personal de la anterior adjudicataria del servicio, aunque sin reconocerle la antigüedad en la primera empresa. Puesto que se consideró que podía existir una infracción del artículo 44 del ET, se solicitó judicialmente la existencia de una subrogación de empresa; albergando el órgano remitente dudas sobre si la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977 (sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad) puede aplicarse a supuestos de mera sucesión en el ejercicio de una actividad, al margen de la transmisión de los elementos del activo. Los órganos remitentes, habiendo sido requeridos por el TJ a manifestar si, a la vista de la Sent. "Süzen"⁹⁶⁸ y de la Sent. "Schmidt"⁹⁶⁹, deseaban mantener su petición, se pronunciaron en el sentido de insistir en la misma.

La Sent. "Grajera Rodríguez" (C-153/97) trae causa de un litigio entre el Sr. Grajera Rodríguez (por una parte) y el INSS y la TGSS (por otra), en relación con el sistema de cálculo de la pensión de vejez del interesado, el cual había estado ejerciendo actividades por cuenta ajena tanto en España como en Alemania.

⁹⁶⁸ Sentencia de 11 de marzo de 1997, C-13/95.

⁹⁶⁹ Sentencia de 14 de abril de 1994, C-392/92.



*Las resoluciones dictadas por el TJ durante el *AÑO 1999* se distribuyen entre los ámbitos materiales de la *Seguridad Social* (1) –“Ferreiro Alvite”, C-320/95-; *Consumidores* (1) –“Travel Vac”, C-423/97- y la *Libre Circulación de los Trabajadores* (1) –“Fernández de Bobadilla”, C-234/97-

La Sent. “Ferreiro Alvite” (C-320/95) se dicta como consecuencia de un litigio entre el Sr. Ferreiro Alvite –por una parte- y el INEM y el INSS -por otra-, en relación con el pago del subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años previsto por la legislación española. El Tribunal de Justicia preguntó al órgano remitente –el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela- si mantenía la petición prejudicial a la vista de la Sent. “Martínez Losada”, reiterando éste su petición, aunque reformulando las cuestiones que había planteado.

Con la Sent. “Travel Vac” (C-423/97) se trata de aclarar determinadas cuestiones que surgieron en un litigio entre “Travel Vac, S.L.” y el Sr. Antelm Sanchís en relación con el derecho de éste de renunciar a los efectos del compromiso adquirido en virtud de un contrato celebrado entre ambas partes, a cuyo tenor el Sr. Antelm Sanchís adquiriría un derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido, junto con un derecho a disfrutar de determinados servicios.

La Sent. “Fernández de Bobadilla” (C-234/97) se refiere a la homologación de un título extranjero con el título español de conservador y restaurador de bienes culturales.



*Durante el *AÑO 2000*, los asuntos resueltos por el TJ hacen referencia, en especial, al *IVA* (2) –“Amengual Far”, C-12/98 y “Gabalfrisa”, C-110/98 a C-147/98-, seguidos de los referidos a *Libertad de Establecimiento* (1) –“Egeda”, C-293/98-; *Competencia* (1) –“Juntas Generales de Guipúzcoa y Diputación Foral de Guipúzcoa”, C-400/97 a C-402/97-; *Consumidores* (1) –“Océano Grupo Editorial y Salvat Editores”, C-240/98 a C-244/98- y *Política Social* (1) –“Simap”, C-303/98-.

La Sent. “Amengual Far” (C-12/98), en relación con un litigio de desahucio que enfrenta a dos hermanos, siendo uno de ellos arrendador y el otro arrendatario de un local comercial, por la falta de pago a su debido tiempo de la parte de la renta correspondiente al IVA. El Tribunal de Justicia se pronuncia en el sentido de que la Sexta Directiva IVA permite que los Estados miembros sometan a este impuesto los arrendamientos de bienes inmuebles, eximiendo del mismo únicamente, como excepción, los arrendamientos de bienes inmuebles destinados a vivienda.

La Sent. “Gabalfrisa” (C-110/98 a C-147/98) ve la luz en el marco de un litigio entre varios empresarios o profesionales y la Agencia Tributaria en

relación con la deducción del IVA soportado por operaciones realizadas por aquéllos antes del inicio de sus actividades.

La Sent. “Egeda” (C-293/98) versa sobre si el sistema de captación de programas de televisión difundidos vía satélite o terrestre para su distribución exclusiva a los clientes que ocupan las habitaciones de un hotel es un “acto de comunicación al público” o de “recepción por el público” a los efectos de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, concluyendo el Tribunal de Justicia que esa situación no está regulada por dicha Directiva, y que debe ser apreciada conforme al Derecho nacional.

La Sent. “Océano Grupo Editorial y Salvat Editores” (C-240/98 a C-244/98), cuyo trasfondo se encuentra en la existencia de varios litigios con los que se pretende el pago de las cantidades adeudadas en relación con unos contratos de ventas a plazos para la adquisición de unas enciclopedias. El núcleo de la cuestión es si el Juez nacional puede apreciar de oficio la abusividad de una cláusula contenida en dichos contratos, según la cual la jurisdicción competente serían los juzgados de Barcelona –ciudad en la que, sin embargo, no estaba domiciliado ninguno de los demandados, pero era el lugar donde se encontraba el domicilio social de las demandantes-.

La Sent. “Simap” (C-303/98), cuyo origen hay que encontrarlo en un conflicto colectivo entre el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública de la Comunidad Valenciana y la Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana en relación con el personal médico destinado en los Equipos de Atención Primaria de la Comunidad Valenciana y las prolongadas jornadas de trabajo a que se ve sometido. El órgano jurisdiccional remitente afirmaba que el Derecho español no se había adaptado correctamente a lo dispuesto en la Directiva 93/104, y que el ámbito del Real Decreto 1561/95 se circunscribía a las relaciones laborales ordinarias de Derecho privado, no conteniendo ninguna disposición relativa al sector de la sanidad.

El Auto “Juntas Generales de Guipúzcoa y Diputación Foral de Guipúzcoa” (C-400/97 a C-402/97) resultó dictado por el Tribunal de Justicia como consecuencia de que el órgano remitente, el TSJ del País Vasco, informó del desistimiento de la parte demandante en el procedimiento principal.



*En el AÑO 2001 domina la *Política Social* (2) –“CIG”, C-241/99; “Jiménez Melgar”, C-438/99-, seguida del área referida a los *Transportes* (1) –“Analir”, C-205/99- y la *Aproximación de las Legislaciones* (1) –“Telefónica de España”, C-79/00-.

La Sent. “Analir” (C-205/99), en la que las cuestiones se suscitaron en el marco de cuatro litigios planteados en el Tribunal Supremo entre la Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (ANALIR), Isleña de Navegación, S.A. (ISNASA), Fletamientos de Baleares, S.A., y la Unión Sindical Obrera (USO), respectivamente, y la Administración General del Estado, sobre sendos recursos contencioso-administrativos entablados por aquéllas para obtener la anulación del Real Decreto 1466/1997, de 19 de septiembre, por el que se determina el régimen jurídico de las líneas regulares de cabotaje marítimo y de las navegaciones de interés público⁹⁷⁰. Se basaba en que éste es contrario a la normativa comunitaria (en concreto al Reglamento CEE nº 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados Miembros), puesto que se duda de que la prestación de los servicios de cabotaje insular esté sometida a la obtención de autorización administrativa previa.

⁹⁷⁰ BOE nº 226, de 20 de septiembre de 1997.

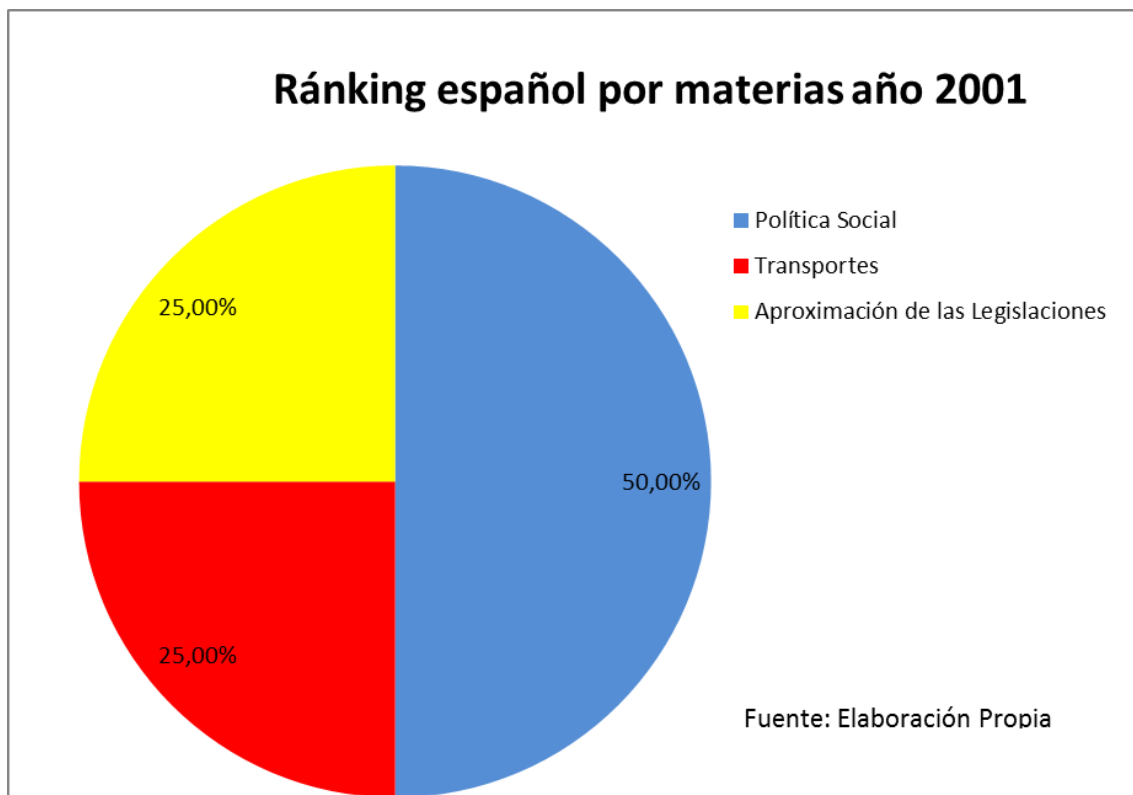
En el A. “CIG” (C-241/99) las cuestiones vienen suscitadas por un litigio entre la “Confederación Intersindical Galega” y el “Servicio Galego de Saúde” sobre el horario de trabajo del personal de los servicios de urgencias extrahospitalarias en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, y en el que la interpretación que se solicita es la de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

El TJ, antes de resolver, recuerda al órgano remitente que en la Sent. “Simap”, de 3 de octubre de 2000 (C-303/98) se trataban cuestiones análogas a las suscitadas en este asunto, para el caso de que, habida cuenta de esta sentencia, manifestara si mantenía la petición prejudicial, a lo que el órgano nacional respondió que mantenía dicha petición dado “el distinto ámbito personal del conflicto”. Finalmente, el TJ contesta al tribunal “a quo” conforme a lo resuelto en la Sent. “Simap”.

En la Sent. “Jiménez Melgar” (C-438/99) las cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la Sra. Jiménez Melgar y su antiguo empleador, el Ayuntamiento de Los Barrios (Cádiz) como consecuencia de la no renovación de su contrato de trabajo, habiendo desarrollado, sucesivamente, labores de asistenta domiciliaria de jubilados sin familia; de ayuda en la limpieza y cuidado de niños en edad escolar durante las vacaciones escolares; de ayuda, cuidado y asistencia a domicilio de niños con dificultades para su desplazamiento al colegio y, finalmente, de ayuda domiciliaria a familias numerosas con dificultades para la atención escolar de sus hijos en edad preescolar, para su desplazamiento a los colegios públicos de la localidad. En varios de estos contratos determinados no se indicaba la fecha de finalización, pero el órgano nacional se plantea si, habida cuenta el embarazo de la Sra. Jiménez Melgar, pueda estarse ante un supuesto de discriminación por razón de sexo. Entiendo que esta cuestión, como señalaron el Gobierno español y la Comisión, podría haberse evitado, simplemente recalificando como de duración indefinida el contrato de la Sra. Jiménez Melgar, aplicando para ello el derecho español.

En la Sent. “Telefónica de España” (C-79/00) se trata de resolver una cuestión suscitada en el marco de un litigio entre Telefónica de España, S.A. y la Administración General del Estado, relativo a la conformidad con la Directiva 97/33/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997 -relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta- de

determinadas disposiciones del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio⁹⁷¹, que adaptó el Derecho español a la misma.



*En el AÑO 2002, el tipo de asuntos resueltos es muy variopinto: *Libre Circulación de Mercancías* (1) –“Canal Satélite Digital”, C-390/99-, *Aproximación de las Legislaciones* (1) –“González Sánchez”, C-183/00-, *Seguridad Social* (1) –“Barreira Pérez”, C-347/00-, *Agricultura y Pesca* (1) –“Parras Medina”, C-208/01- y *Política Social* (1) –“Rodríguez Caballero”, C-442/00-.

La Sent. “Canal Satélite Digital” (C-390/99), en la que las cuestiones planteadas se suscitaron en el marco de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por Canal Satélite Digital, S.L. ante el Tribunal Supremo, con objeto de que, no solo por diversos vicios formales, si no también de fondo –concretados en la vulneración de normas comunitarias– se declarase la nulidad del Real Decreto 136/1997, de 31 de enero de 1997, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite⁹⁷².

⁹⁷¹ BOE nº 181, de 30 de julio de 1998.

⁹⁷² BOE nº 28, de 1 de febrero de 1997.

La Sent. “González Sánchez” (C-183/00) tiene su origen en una demanda de indemnización que se había presentado en el órgano remitente, y con la que se reclamaban los daños que habían sido causados a la Sra. González Sánchez por una transfusión sanguínea, como consecuencia de la cual ésta había resultado contagiada por el virus de la hepatitis C. Se interesaba la interpretación del artículo 13 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

La Sent. “Barreira Pérez” (C-347/00) trata sobre la liquidación, con arreglo a la legislación española, de la pensión de jubilación del Sr. Barreira Pérez, el cual había estado trabajando en Alemania y en España.

La Sent. “Parras Medina” (C-208/01) versa sobre la disminución de los importes que debían abonarse a una empresa vitícola por haber incumplido el plazo previsto para la presentación de la declaración de existencias exigida por el Reglamento nº 1294/96. Se trata de valorar si puede considerarse concurrente un supuesto de “fuerza mayor”, dado el fallecimiento repentino del administrador único de la explotación familiar, como causa de justificación suficiente para excluir una posible negligencia en la actitud de los partícipes de la comunidad de bienes -que es la denominación jurídica que tenía la empresa vitícola en cuestión-.

La Sent. “Rodríguez Caballero” (C-442/00) cuyo trasfondo es la negativa del FOGASA a abonarle al Sr. Rodríguez Caballero los salarios de tramitación, los cuales habían sido pactados entre éste y su empresario en un acto de conciliación a presencia judicial por el despido improcedente de que había sido objeto el trabajador.



*Durante el *AÑO 2003*⁹⁷³ nos encontramos con la resolución de dos asuntos, (1) relacionado con la *Libre Circulación de Trabajadores* - “Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española”, C-405/01- y el otro (1) con el ámbito de la *Agricultura y Pesca* -“ACOR”, C-416/01-.

La Sent. “Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española” (C-405/01) se dicta como consecuencia de las cuestiones planteadas a propósito de un recurso de anulación interpuesto ante el Tribunal Supremo por el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española contra el Real Decreto 2062/1999, de 30 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de formación en profesiones marítimas⁹⁷⁴. El motivo del recurso se fundaba en la vulneración de los intereses colectivos de los oficiales de la Marina Mercante española, al reconocer a los nacionales de otros Estados Miembros la posibilidad de ejercer el mando de determinados buques españoles.

La Sent. “ACOR” (C-416/01) sobre la reasignación de cuotas de producción de azúcar por parte de la Administración, por razones de

⁹⁷³ DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. y MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C., “*Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2003 y 2004. Comentarios y valoraciones de la práctica judicial*”. RDCE, Año 9, nº 22, septiembre-diciembre de 2005, pp. 707-757.

⁹⁷⁴ BOE nº 18, de 21 de enero de 2000.

defensa de la competencia, con motivo de una operación de fusión de empresas.



*En el AÑO 2004⁹⁷⁵ los asuntos relacionados con la *Política Social* (2) son los que adquieren una mayor relevancia –“Merino Gómez”, C-342/01; “Olaso Valero”, C-520/03-.

La Sent. “Merino Gómez” (C-342/01) tiene que ver con la solicitud de vacaciones anuales por parte de una trabajadora –la Sra. Merino Gómez- y el hecho de que su permiso por maternidad coincidía con uno de esos períodos vacacionales establecidos por un acuerdo colectivo para su centro de trabajo.

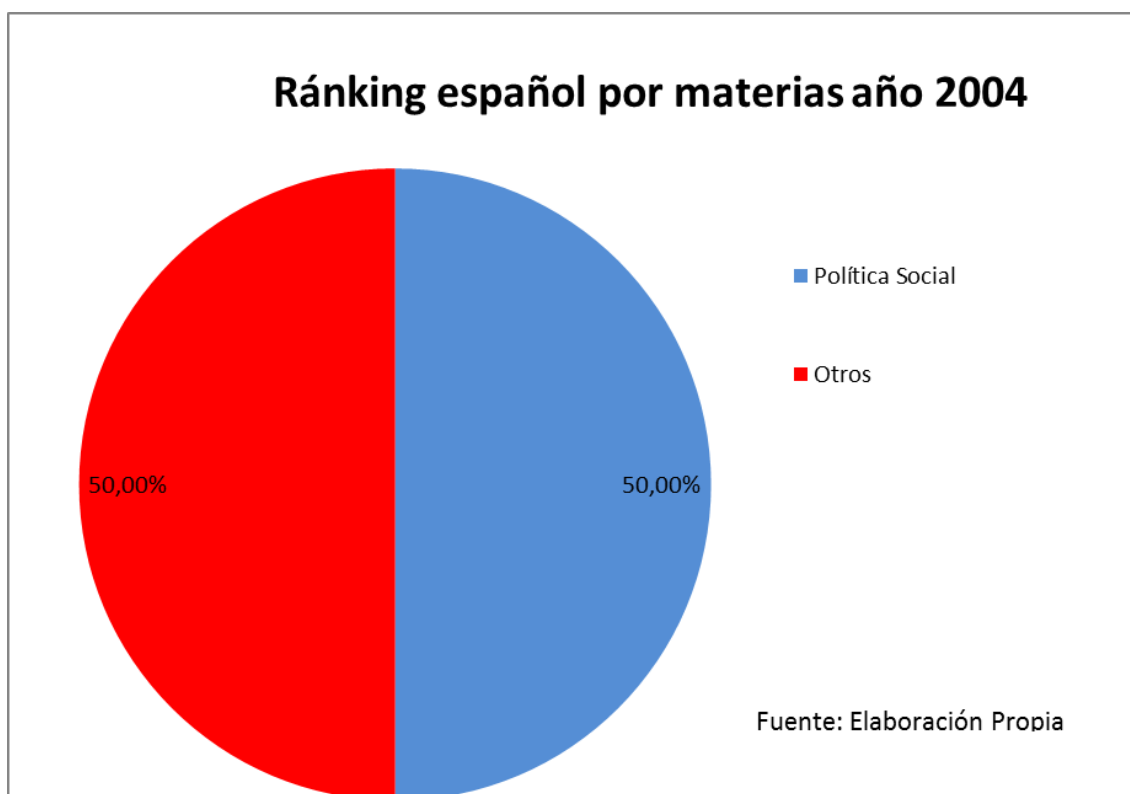
Queremos apuntar que el Juez remitente envía la cuestión por ser de la opinión de que la jurisprudencia española –la cual concreta en la emanada

⁹⁷⁵ DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. y MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C., “*Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2003 y 2004. Comentarios y valoraciones de la práctica judicial*”. RDCE, Año 9, nº 22, septiembre-diciembre de 2005, pp. 707-757.

En este artículo se hace referencia también a los asuntos que fueron archivados: “López Gil” (C-309/03), “Cortiñas Yáñez” (C-108/04) y “Torres Aucejo” (C-314/04).

sobre el particular en diversas sentencias del Tribunal Supremo, TSJ de Navarra, TSJ de Andalucía y TSJ de Madrid- sería favorable al criterio de que la trabajadora no tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en período distinto al fijado por el acuerdo colectivo alcanzado por la empresa, primando con ello lo así pactado sobre el derecho individualizado al disfrute por parte de la trabajadora y, sin embargo, mantener el Juez remitente un criterio distinto con base en la normativa comunitaria aplicable al caso.

Con la Sent. “Olaso Valero” (C-520/03) nos encontramos con un supuesto de negativa del FOGASA a pagar a un trabajador una indemnización por despido improcedente que había sido pactada en el acto de conciliación celebrado entre dicho trabajador y su empresario, alegando el Organismo de Garantía citado que dicho importe no había sido reconocido en sentencia, resolución de la autoridad laboral o resolución judicial complementaria.



*En el AÑO 2005⁹⁷⁶ son las resoluciones referidas al ámbito material de la *Seguridad Social* (3) las que adquieren una especial preponderancia – “García Blanco”, C-225/02; “Salgado Alonso”, C-306/03; “Keller”, C-145/03-.

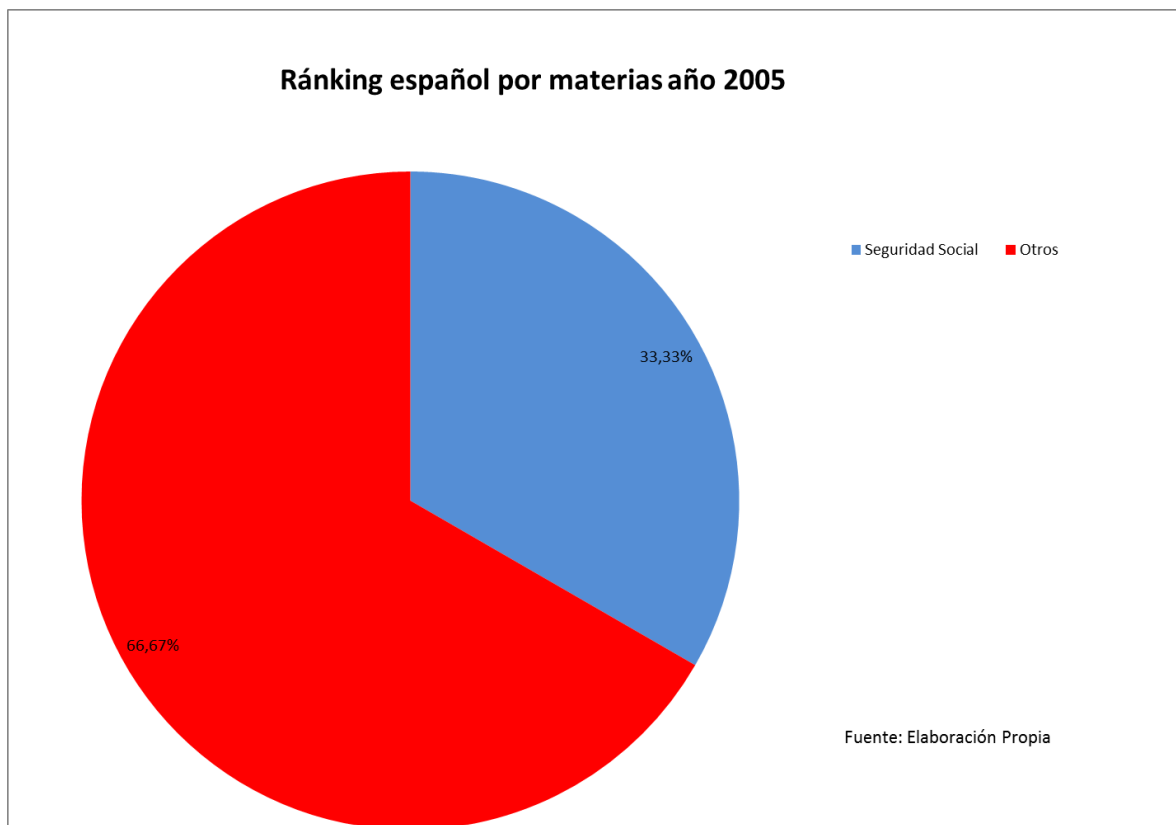
La Sent. “García Blanco” (C-225/02) respecto de la liquidación de la pensión de jubilación de la Sra. García Blanco con arreglo a la legislación española. Habiendo trabajado también en Alemania, en este país obtuvo la correspondiente pensión a abonar por el sistema de seguridad social alemán; pero, en el caso de España, el INSS mantenía que no había alcanzado el período mínimo de cotización para causar derecho a pensión.

En un caso parecido, la Sent. “Salgado Alonso” (C-306/03) se dicta con ocasión de que el INSS había denegado a la Sra. Salgado Alonso la pensión de jubilación por no reunir el período mínimo de cotización de quince años, ni de dos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de la solicitud.

La Sent. “Keller” (C-145/03), que se sustancia por la denegación del INSALUD (posteriormente denominado INSS) a reembolsar los gastos de asistencia hospitalaria recibida por la Sra. Keller en una clínica suiza.

El A. “Guerrero Pecino” (C-177/05) queremos igualmente destacarlo por suponer una reiteración de otros asuntos que todavía enviará España al Tribunal de Justicia, respecto a la negativa del FOGASA a pagar a la Sra. Guerrero Pecino, en virtud de la responsabilidad subsidiaria que le corresponde, una indemnización por el despido procedente de que había sido objeto, y cuyo importe indemnizatorio había sido previamente pactado por la trabajadora y su empresario en el acto de conciliación. Entiende el TJ que la respuesta podía deducirse de su jurisprudencia y, en concreto, de la Sent. “Olaso Valero”, procediendo así conforme establece el artículo 104, aptdo 3º, pfo. 1º, del RPTJ.

⁹⁷⁶ Vid. DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. y MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C., “*Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2005 y 2006. Análisis y valoraciones de la práctica judicial*”. RDCE, Año 13, nº 32, enero-abril de 2009, pp. 181-237.



*El *AÑO 2006*⁹⁷⁷ nos descubre un lugar destacado, en las resoluciones adoptadas, para los asuntos relacionados con la *Política Social* (3) – “Sarkatzis Herrero”, C-294/04; “Chacón Navas”, C-13/05; “Cordero Alonso”, C-81/05- , así como con los relativos a la *Competencia* (2) – “ASNEF-EQUIFAX”, C-238/05; “Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio”, C-217/05-.

La Sent. “Sarkatzis Herrero” (C-294/04) acerca de la fecha que debe tomarse como referencia para el cómputo de la antigüedad de la interesada como funcionaria: si la de su nombramiento, pese a que en esa fecha se encontraba de permiso de maternidad, o la fecha de su toma de posesión efectiva –lo que implica que sea al término de dicho permiso-.

La Sent. “Chacón Navas” (C-13/05) en relación con un despido producido con ocasión de una baja laboral por enfermedad.

La Sent. “Cordero Alonso” (C-81/05) a propósito de un litigio entre un trabajador que había sido despedido y el FOGASA, por la negativa de este

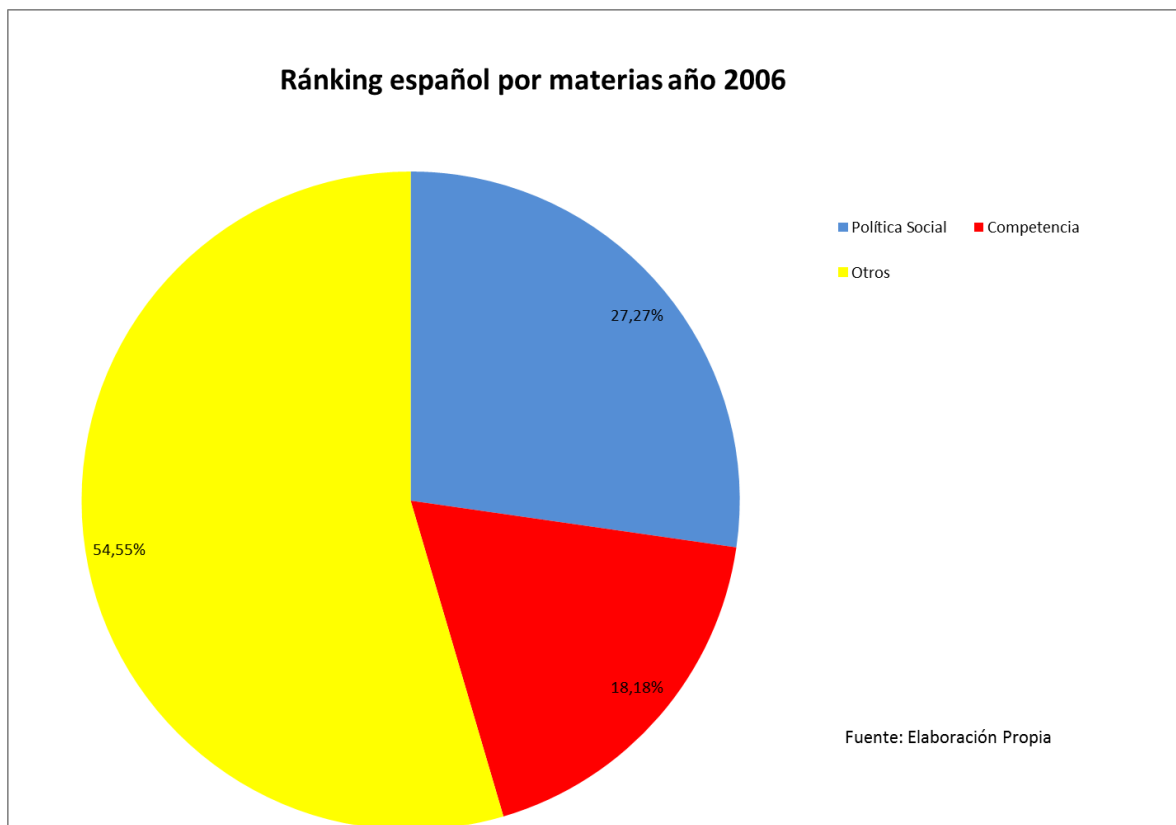
⁹⁷⁷ Vid. DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. y MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C., “Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2005 y 2006. Análisis y valoraciones de la práctica judicial”. RDCE, Año 13, nº 32, enero-abril de 2009, pp. 181-237.

último a pagarle a aquél, con base en su responsabilidad subsidiaria, la correspondiente indemnización por despido, dada la situación de insolvencia del empleador. El FOGASA le abonaba solo el 40% de la indemnización porque ésta no había sido reconocida en sentencia judicial, sino que había sido objeto de un acuerdo conciliatorio –aunque el mismo se hubiera llevado a cabo en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial-. El Tribunal de Justicia estima, en este caso, que la medida es contraria al principio de igualdad.

La Sent. “ASNEF-EQUIFAX” (C-238/05), en relación con el sistema de intercambio de información entre entidades financieras sobre la solvencia de los clientes, lo cual se podía considerar que restringe la competencia por cuanto, compartir datos considerados normalmente como “secreto de negocios”, lo que hace es eliminar los factores de riesgo que implica toda decisión empresarial, facilitando una respuesta homogénea de las entidades financieras frente al solicitante del crédito.

La Sent. “Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio” (C-217/05) trata sobre las prácticas restrictivas de la competencia derivadas de contratos celebrados con empresas titulares de estaciones de servicio, y que suponen que el titular de la estación de servicio se comprometa a vender exclusivamente carburantes y combustibles del suministrador, de conformidad con los precios de venta al público, las condiciones y las técnicas de venta y explotación fijadas por éste.

Por su importancia en el ámbito de la protección a los consumidores, deseamos referirnos igualmente a la Sent. “Mostaza Claro” (C-168/05), que tiene como trasfondo la validez de una cláusula compromisoria contenida en un contrato, por el que se somete cualquier litigio a que el mismo pudiera dar lugar a la AEADE.



*En las resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia durante el *AÑO 2007* a casos que habían sido planteados por España sobresalen las referidas a las siguientes materias: *Libertad de establecimiento* (2) – “Asociación Nacional de Empresas Forestales”, C-295/05; “Blanco Pérez y Chao Gómez”, C-72/07 y C-111/07-, *Política Social* (2) – “Del Cerro Alonso”, C-307/05; “Palacios de la Villa”, C-411/05- y *Libre Prestación de Servicios* (2) – “International Mail Spain”, C-162/06; “Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia”, C-220/06-.

La Sent. “Asociación Nacional de Empresas Forestales” (C-295/05) trata de dilucidar si existe abuso de posición dominante en el mercado español de obras, servicios y proyectos forestales, habida cuenta el trato privilegiado que se denuncia, por no seguirse los procedimientos de adjudicación previstos en la ley, en el caso de una empresa pública de la que, sin embargo, se dice que es un servicio técnico de la Administración.

El A. “Blanco Pérez y Chao Gómez” (C-72/07 y C-111/07) viene referido a varias cuestiones prejudiciales que se planteaban respecto de las bases de una convocatoria para la autorización de nuevas oficinas de farmacia en el Principado de Asturias; pero el Tribunal de Justicia declaró, al amparo de los artículos 92, aptdo. 1, y 103, aptdo. 1, del RPTJ, la inadmisibilidad de

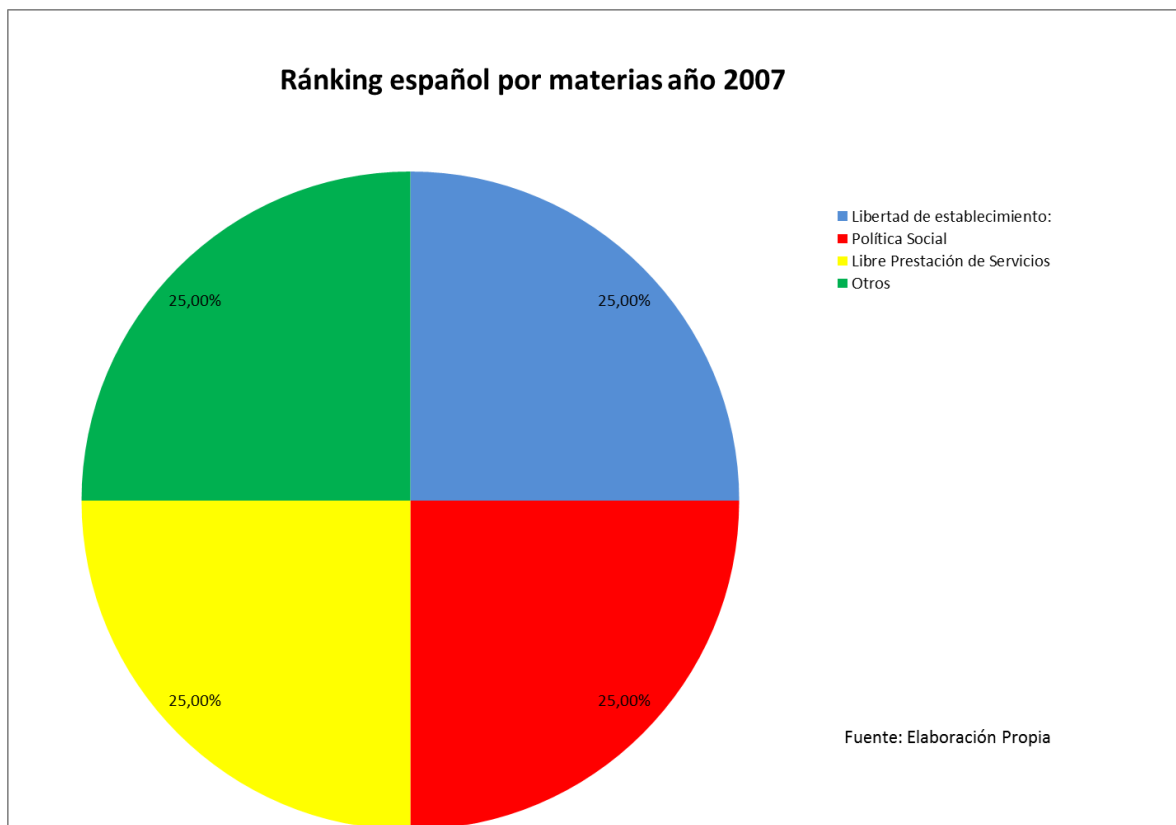
las mismas, por las importantes carencias que observaba en los autos de remisión (no se define el marco fáctico; no se explicitan los supuestos de hecho en que se basan las cuestiones planteadas; no se aporta información sobre el marco jurídico nacional; el órgano jurisdiccional remitente no da ninguna explicación sobre la elección del artículo 43 del TCE, cuya interpretación solicita, ni la relación que establece entre esta disposición y la situación de hecho).

La Sent. “Del Cerro Alonso” (C-307/05) que versa sobre un litigio entre una empleada y su empleador –el Servicio Vasco de Salud- respecto de la concesión de unos trienios, y que se basa sobre la discriminación que, a estos efectos de pago de una prima por antigüedad, puede existir por el hecho de haber desempeñado con anterioridad un trabajo de duración determinada –en calidad de “personal estatutario temporal”- con carácter previo al momento en que resultó incorporada como “personal fijo de plantilla”.

La Sent. “Palacios de la Villa” (C-411/05) en relación con la extinción automática del contrato de un trabajador por haber cumplido el límite de edad para la jubilación forzosa (65 años).

La Sent. “International Mail Spain” (C-162/06) tiene como telón de fondo una Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones que sanciona a la empresa “International Mail Spain, S.L.” por haber realizado sin la autorización del operador prestador del servicio postal universal, servicios postales reservados a éste que, en este caso, se concretan en los transfronterizos de salida de tarjetas postales desde las principales localidades turísticas españolas –para lo que la citada empresa colocaba buzones en hoteles, campings, apartamentos, supermercados, etc.-.

La Sent. “Asociación Profesional de Empresas de Reparto y de Manipulado de Correspondencia” (C-220/06), sobre la decisión de adjudicar los servicios postales, sin licitación pública previa, a la “Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.”.



*Los asuntos resueltos durante el *AÑO 2008* nos hacen apreciar una prevalencia, como materia, de la *Política Social* (3) –“Velasco Navarro”, C-246/06; “Robledillo Núñez”, C-498/06 y “Kirtruna y Vigano”, C-313/07- seguida de la *Fiscalidad* (2) –“Club Náutico de Gran Canaria”, C-186/07 y “NN Renta”, C-151/08- y la *Competencia* (2) –“CEPSA”, C-279/06 y “Unión General de Trabajadores de La Rioja”, C-428 a 434/06-.

La Sent. “Velasco Navarro” (C-246/06) ha de enmarcarse en un litigio entre una trabajadora que había sido despedida y el FOGASA, por la negativa de éste, como responsable subsidiario, a pagarle la indemnización correspondiente, ya que esta indemnización había sido pactada en el acto de conciliación entre la trabajadora y su empresario, es decir, no había resultado reconocida por sentencia o por resolución judicial.

La Sent. “Robledillo Núñez” (C-498/06) trata, básicamente, sobre lo mismo que el asunto “Velasco Navarro”, pero con la particularidad de que la conciliación había sido extrajudicial.

La Sent. “Kirtruna y Vigano” (C-313/07), en relación con unos procedimientos de desahucio sobre ciertos locales comerciales situados en Sitges (Barcelona), instados por los propietarios y arrendadores, que argumentaban no haber prestado su consentimiento al traspaso de los

contratos; traspaso que se habría producido en una situación de sucesión empresarial, por haber sido asumida por una tercera empresa los derechos y obligaciones de otra –la arrendataria de los locales- y la cual había solicitado concurso de acreedores.

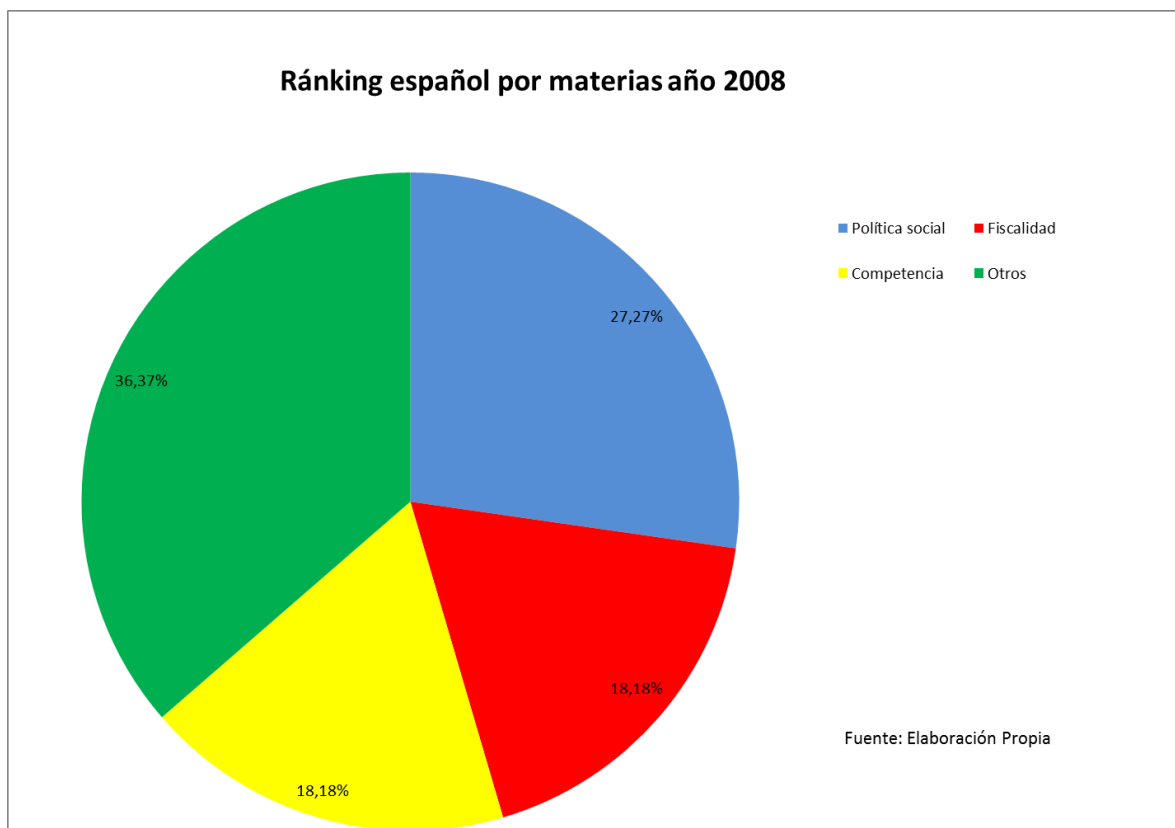
El A. “Club Náutico de Gran Canaria” (C-186/07), por el que el TJ declaró la inadmisibilidad manifiesta de la cuestión prejudicial planteada, al amparo del art. 92, aptdo. 1, del RPTJ, pues se hacía referencia al IGIC, el cual no se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación de la Sexta Directiva ni *ratione loci* (pues el territorio de las Islas Canarias se encuentra fuera del ámbito de aplicación del IVA) ni *ratione materiae* (pues el IGIC es un impuesto de naturaleza distinta a la del IVA).

El A. “N.N. Renta” (C-151/08) sobre el pago de ITPAJD en un supuesto que podría considerarse que concurre con la obligación de pago del IVA, y si ello es compatible con el artículo 33 de la Sexta Directiva IVA. El Tribunal de Justicia, entendiendo que la respuesta a la cuestión prejudicial planteada podía deducirse claramente de su jurisprudencia, proveyó con arreglo a lo previsto en el artículo 104, aptdo. 3, pfo. 1º, del RPTJ.

La Sent. “CEPSA” (C-279/06) trata de un contrato de suministro exclusivo de productos petrolíferos –“Contrato de Abanderamiento e Imagen, de Asistencia Técnica y Comercial, y de Suministro en Régimen de Comisionista con Estaciones de Servicio”- entre un titular de una estación de servicio y una empresa petrolera, y en el que se dirime si se está en presencia de prácticas colusorias, es decir, ante un acuerdo de no competencia.

La Sent. “Unión General de Trabajadores de La Rioja” (C-428 a 434/06), sobre normas tributarias aprobadas con arreglo al Concierto Económico en el País Vasco, las cuales modifican determinados aspectos del Impuesto de Sociedades, y que por establecer un tipo impositivo inferior al general de la ley estatal, así como unas deducciones de la cuota que no existen en el ordenamiento jurídico tributario estatal, podrían tener encaje en la noción de “ayuda de Estado” y existir, por ello, la obligación de ser comunicadas a la Comisión⁹⁷⁸.

⁹⁷⁸ Podemos encontrar más que un eco sobre esta materia, con negativa a plantear cuestión prejudicial, en la Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2004, en el Recurso de Casación nº 7893/99, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Montalvo. Interesante, por lo que hace a la decisión de no reenvío, es el Auto de 4 de abril de 2005, por el que el TS desestima la nulidad de actuaciones que, posteriormente, se presentó contra la Sentencia mencionada.



*En los casos resueltos en el *AÑO 2009* destacan los asuntos relativos a *Política Social* (2) –“Gómez Limón”, C-537/07; “Vicente Pereda”, C-277/08-, *Competencia* (2) –“Pedro IV Servicios”, C-260/07; “Lubricarga”, C-506/07- y *Consumidores* (2) –“Asturcom Telecomunicaciones”, C-40/08; “Martín Martín”, C-227/08-.

Con la Sent. “Gómez Limón” (C-537/07) se trata de establecer si existe discriminación respecto de la Sra. Gómez Limón en su derecho de pensión por incapacidad permanente total para su profesión habitual, habida cuenta la reducción de salario que se le aplicó como consecuencia de la disminución de jornada con motivo de un permiso parental.

En la Sent. “Vicente Pereda” (C-277/08) se dirime la cuestión si un trabajador que ha estado en situación de incapacidad temporal durante el período de vacaciones que le ha sido asignado por la empresa en la que trabaja, tiene derecho, por ese motivo, a disfrutar del descanso vacacional en un período distinto.

(Vid. GARCÍA ROSS, J., “*De cuestiones prejudiciales y Concierto Económico*”. Boletín de la Academia Vasca de Derecho (Zuzenbidearen Euskal Akademia Aldizkaria), año III, nº 8. Bilbao, diciembre 2005, pp. 5-30).

La Sent. “Pedro IV Servicios” (C-260/07) tiene como trasfondo la petición de una empresa que explota una Estación de Servicio de que se anule la relación contractual compleja –compuesta de cuatro contratos- creada con otra empresa –dedicada a proveer productos petrolíferos-, por estimar que existen cláusulas restrictivas de la competencia.

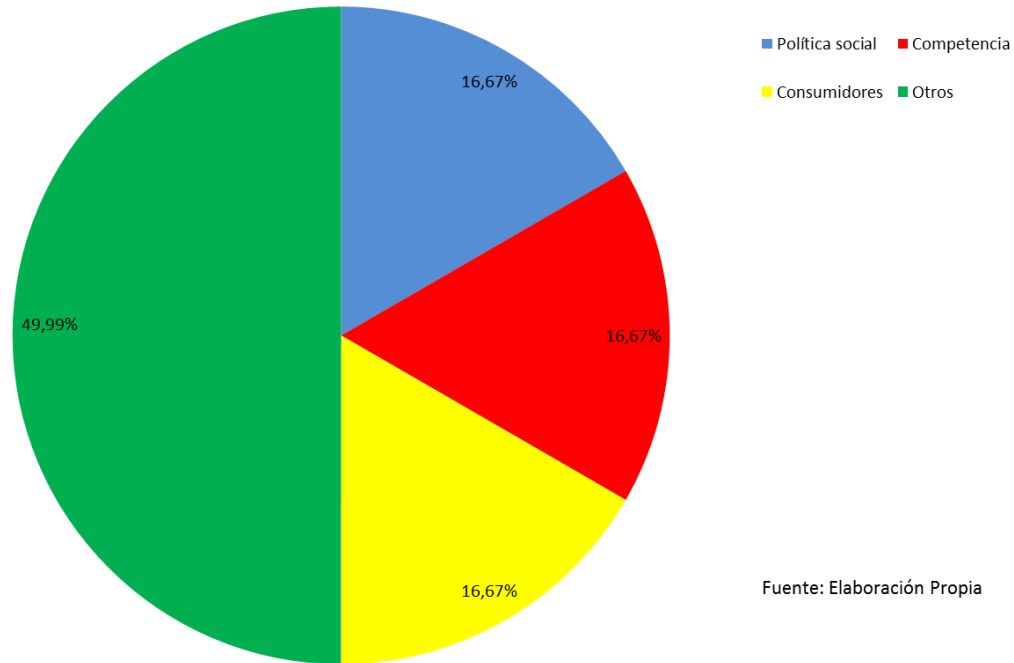
El A. “Lubricarga” (C-506/07) se dicta al amparo del artículo 104, aptdo. 3, pfo. 1º, del RPTJ, por poderse deducir las respuestas a las cuestiones planteadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en concreto, de la Sent. “Pedro IV Servicios”.

La Sent. “Asturcom Telecomunicaciones” (C-40/08) se dicta como consecuencia de un procedimiento de ejecución forzosa de un laudo arbitral que, por no haberse solicitado su anulación, ha devenido firme, relativo al pago de una determinada cantidad adeudada en virtud de un contrato de telefonía móvil. En este caso, el Juez de la ejecución del laudo, puesto que el consumidor no compareció en el procedimiento arbitral, se plantea la posibilidad de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del convenio arbitral, aunque la Ley de Arbitraje⁹⁷⁹ no permite a los árbitros apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas arbitrales abusivas, a lo que hay que añadir que la LEC tampoco prevee la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas arbitrales por el Juez competente para conocer de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme.

La Sent. “Martín Martín” (C-227/08) sobre la posibilidad que tiene un órgano jurisdiccional nacional, en el ámbito de un contrato celebrado fuera de un establecimiento comercial en el que no se informó por escrito al consumidor de su derecho de rescisión en un plazo de 7 días desde la recepción de la mercancía, de declarar de oficio –por no haberlo invocado la parte interesada- la nulidad de dicho contrato.

⁹⁷⁹ Ley 60/2003, de 23 de diciembre (BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003).

Ránking español por materias año 2009



*En los casos decididos en el AÑO 2010 adquieren especial relieve los referidos a *Política Social* (4) –“Saenz Morales”, C-389/09; “UGT-FSP”, C-151/09; “Roca Álvarez”, C-104/09 y “Gavieiro Gavieiro”, C-444/09 y C-456/09-, seguidos por los relativos a la *Libertad de Establecimiento* (2) – “Blanco Pérez y Chao Gómez”, C-570/07 y C-571/07; “Sáez Sánchez y Rueda Vargas”, C-563/08-, Consumo (2) –“Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid”, C-484/08; “González Alonso”, C-352/10- y *Fiscalidad* (2) –“Transportes Urbanos y Servicios Generales”, C-118/08; “Inmogolf”, C-487/09-.

La Sent. “UGT-FSP” (C-151/09) tiene como telón de fondo un Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de La Línea de la Concepción (Cádiz) por el que se acuerda el rescate de varias concesiones de servicios públicos que habían sido prestados hasta entonces por empresas concesionarias privadas. El Ayuntamiento operó la correspondiente subrogación en los derechos y obligaciones de dichas empresas, por lo que sus plantillas pasaron a integrarse en la plantilla del Ayuntamiento de La Línea. El problema surge cuando los representantes legales de los trabajadores de cada una de estas empresas solicitaron al meritado Ayuntamiento el disfrute del crédito horario para sus actividades de representación, y las peticiones fueron denegadas, argumentándose por el Ayuntamiento que los trabajadores

afectados habían cesado en sus funciones como representantes legales al integrarse en la plantilla municipal. El Tribunal de Justicia, en este caso, analiza la cuestión planteada bajo el prisma de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

La Sent. “Roca Álvarez” (C-104/09) analiza la procedencia de la negativa de una empresa, a tenor de la legislación española, a conceder un permiso denominado “de lactancia” al padre del niño, debido a que la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez no es trabajadora por cuenta ajena, sino por cuenta propia.

La Sent. “Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres” (C-444/09 y C-456/09) se dicta con ocasión de la negativa de la “Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia” a abonar trienios con efecto retroactivo, precisamente porque la LEBEP⁹⁸⁰ negaba los mismos a los funcionarios interinos hasta el 13 de mayo de 2007 –fecha de entrada en vigor de dicha ley-.

La Sent. “Blanco Pérez y Chao Gómez” (C-570/07 y C-571/07) se refiere al concurso para la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias en la Comunidad Autónoma de Asturias y, en concreto, sobre si los criterios del régimen de planificación territorial establecido por un Decreto del Principado de Asturias⁹⁸¹ contravenían lo dispuesto en el artículo 49 del TFUE.

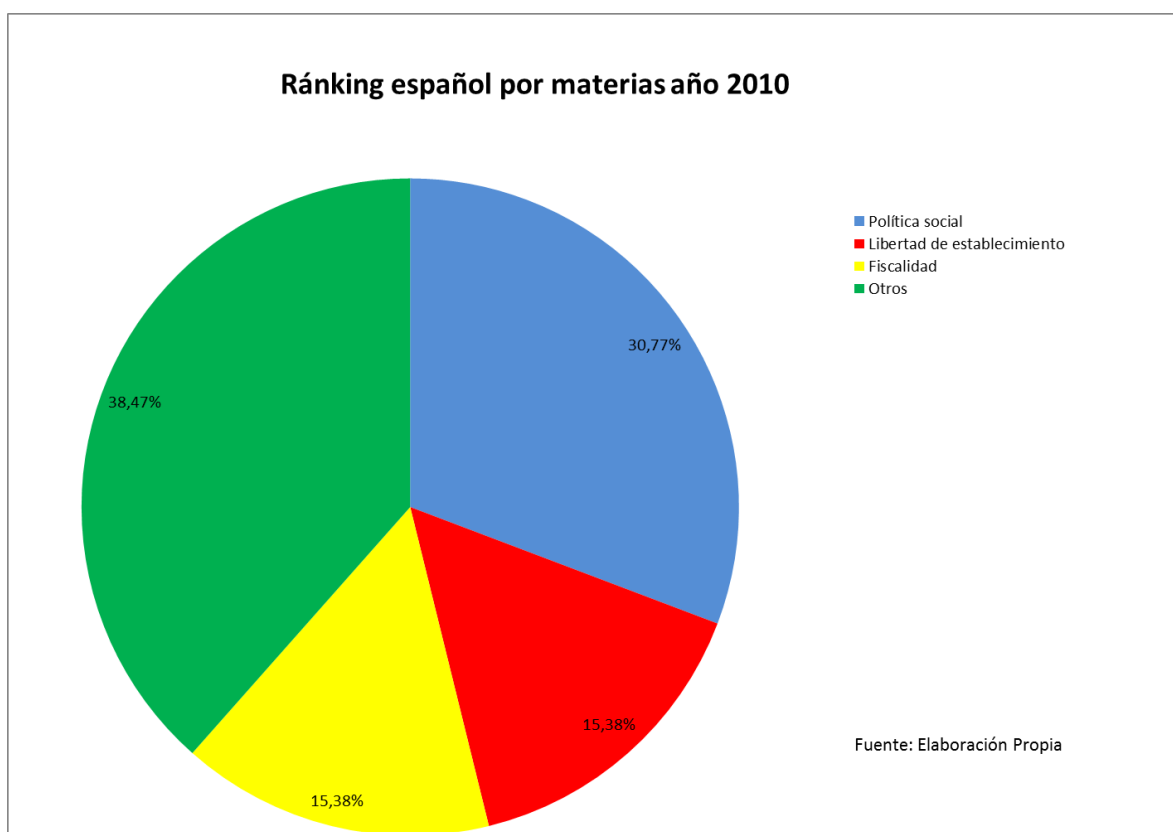
El A. “Sáez Sánchez y Rueda Vargas” (C-563/08) se dicta al amparo del artículo 104, aptdo. 3, pf. 1º, del RPTJ, por remisión a la Sent. “Blanco Pérez y Chao Gómez”, ya que la respuesta a la cuestión que en este asunto se mencionaba, es decir, la denegación de la solicitud de apertura de una farmacia en la Unidad Territorial Farmacéutica de Almuñécar (Granada), podía fácilmente deducirse, por la identidad existente entre los supuestos fácticos entre ambos casos, de la Sentencia a la que se ha hecho referencia.

⁹⁸⁰ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE nº 89, de 13 de abril de 2007).

⁹⁸¹ Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias (BOPA nº 175, de 28 de julio de 2001).

La Sent. “Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid” (C-484/08), es decir, a vueltas de nuevo con las cláusulas abusivas de los bancos. En este caso se trataba de un pleito entre “Caja Madrid” y “Ausbanc” (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) en relación con la legalidad de una cláusula contractual –la conocida como “cláusula de redondeo”– introducida por la mencionada Entidad bancaria en los contratos de préstamo a interés variable celebrados con sus clientes y destinados a la adquisición de vivienda.

La Sent. “Transportes Urbanos y Servicios Generales” (C-118/08) sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español por infracción del Derecho de la Unión, como consecuencia de la Sentencia de 6 de octubre de 2005, Comisión/España, C-204/03, por la que se establece la incompatibilidad de determinados artículos de la Ley 37/92, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido⁹⁸², con la Sexta Directiva IVA.



*De entre los asuntos que se resolvieron en el *AÑO 2011* sobresalen los relacionados con *Política Social* (4) –“CLECE”, C-463/09; “Montoya

⁹⁸² BOE nº 312, de 29 de diciembre de 1992.

Medina”, C-273/10; “Barcenilla Fernández y Macedo Lozano”, C-256/10 y C-261/10 y “Rosado Santana”, C-177/10- y con la *Política Interior* (3) – “Telefónica Móviles España”, C-85/10; “Telefónica de España”, C-284/10 y “ASNEF”, C-468/10 y C-469/10-.

Con la Sent. “CLECE” (C-463/09) se discute si es aplicable al Ayuntamiento de Cobisa (Toledo) la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Se trataba de un caso en que la Sra. Martín Valor trabajaba para “CLECE”, empresa que prestaba servicios de limpieza, la cual había celebrado un contrato con el Ayuntamiento antedicho para la limpieza de colegios y dependencias municipales. Ocurrió que el Ayuntamiento rescindió el contrato con objeto de hacerse cargo él mismo de la limpieza, para lo cual no solo no contó con la Sra. Martín Valor, sino que contrató a otras cinco trabajadoras. CLECE afirmó que, según el Convenio Colectivo de aplicación, la Sra. Martín Valor pasaba a formar parte de la plantilla del Ayuntamiento (subrogándose éste en los derechos y obligaciones de dicho contrato de trabajo). La trabajadora, en el procedimiento principal, había demandado por despido improcedente tanto a CLECE como al Ayuntamiento de Cobisa.

El A. “Montoya Medina” (C-273/10) se dicta con ocasión de un litigio entre el Sr. Montoya Medina, de una parte, y de otra, el FOGASA y la Universidad de Alicante, por la negativa a abonarle trienios. En el fondo se encontraba la cuestión sobre la diferencia de trato entre los profesores ayudantes doctores y los profesores contratados doctores. Se resolvió con base en el artículo 104, aptdo. 3, pfo. 1º, del RPTJ, pues la respuesta podía deducirse claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁹⁸³.

En la Sent. “Barcenilla Fernández y Macedo Lozano” (C-256/10 y C-261/10) la duda del órgano nacional era si existía una obligación de pago de un complemento salarial por parte de una empresa cuando las condiciones del puesto de trabajo resultan especialmente penosas, en este caso en relación con el nivel de ruido proveniente de una máquina cortadora automática de piedra, y ello aunque la empresa hubiera proporcionado a los trabajadores un equipo de protección auditiva individual.

⁹⁸³ En particular, de las Sents. “Cerro Alonso” (C-307/05), “Impact” (C-268/06) y “Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres” (C-444/09 y C-456/09).

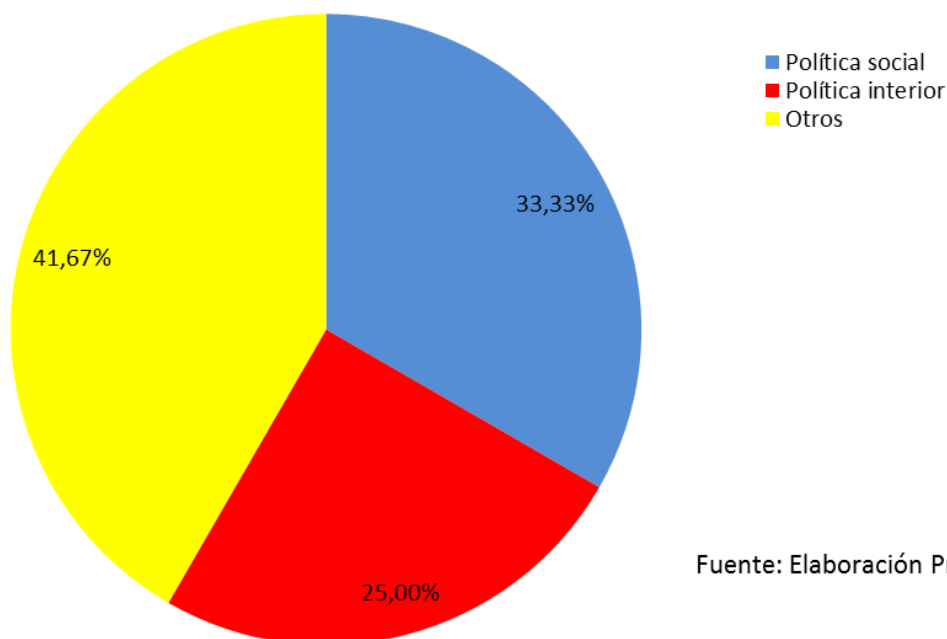
En relación con un recurso contencioso-administrativo contra diversos artículos del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre⁹⁸⁴, se dicta la Sent. “ASNEF” (C-468/10 y C-469/10), en relación con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos.

Queremos hacer referencia a la Sent. “BBVA”(C-157/10) en la que se sustancia un asunto sobre la libre circulación de capitales, por cuanto la Administración General del Estado había negado al BBVA la deducción en el Impuesto de Sociedades del ejercicio fiscal 1991 de la cuota devengada en Bélgica por los intereses obtenidos en dicho EM, pero que realmente no se pagó por encontrarse exento en la legislación fiscal de este Estado.

En la Sent. “Gueye y Salmerón Sánchez” (C-483/09 y C-1/10) se trata en esencia de aclarar, a la luz de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, si respecto a los acusados de haber infringido la prohibición de aproximarse a sus correspondientes víctimas, pese a haberseles impuesto en sentencia esa pena accesoria, puede hablarse de un delito de quebrantamiento de la pena impuesta, al haber reanudado ambos la convivencia con sus víctimas, por petición de éstas, antes del cumplimiento de la sentencia; así como si es posible excluir la mediación en este tipo de delitos.

⁹⁸⁴ Mediante el mismo –publicado en el BOE nº 17, de 19 de enero de 2008- se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Ránking español por materias año 2011



*En los asuntos resueltos en el *AÑO 2012* destacan los referidos a *Política Social* (3) –“Lorenzo Martínez”, C-556/11; “ANGED”, C-78/11; “Elbal Moreno”, C-385/11-; y *Transportes* (3) –“Rodríguez Cachafeiro”, C-321/11; “Cuadrench Moré”, C-139/11; “Espada Sánchez”, C-410/11-.

En el asunto “Lorenzo Martínez” (C-556/11) se trata de esclarecer si existe discriminación –o, por el contrario, si concurre una razón objetiva que justifique una diferencia de trato– entre los funcionarios interinos y los funcionarios de carrera, en lo que hace al cobro de los sexenios que, en el presente caso, le fueron denegados a una funcionaria interina (docente no universitaria en un centro de enseñanza público de la Comunidad Autónoma de Castilla y León), la cual tenía prestados no solo los años de servicio requeridos, sino la acreditación correspondiente respecto a la formación recibida –cien horas cada seis años-. Esas mismas circunstancias habrían sido suficientes, sin embargo, a los efectos del devengo del pago de sexenio por un funcionario de carrera⁹⁸⁵.

⁹⁸⁵ Este asunto se resolvió mediante Auto, con fundamento en el artículo 104, apartado 3, del RPTJ -aptdo. 29-, toda vez que la respuesta a la cuestión planteada podía deducirse claramente de la jurisprudencia, en concreto: de la Sent. “Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres”, de 22 de diciembre de 2010 (asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09); del A. “Montoya Medina”, de 18 de marzo de 2011 (C-273/10) y de la Sent. “Rosado Santana”, de 8 de septiembre de 2011 (C-177/10) –aptdo. 30-.

La Sent. “ANGED” (C-78/11) se dicta como consecuencia de unas demandas de conflicto colectivo presentadas por varios sindicatos con objeto de que se declare el derecho de determinados trabajadores a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas, aun cuando éstas coincidan con períodos de baja por incapacidad laboral temporal.

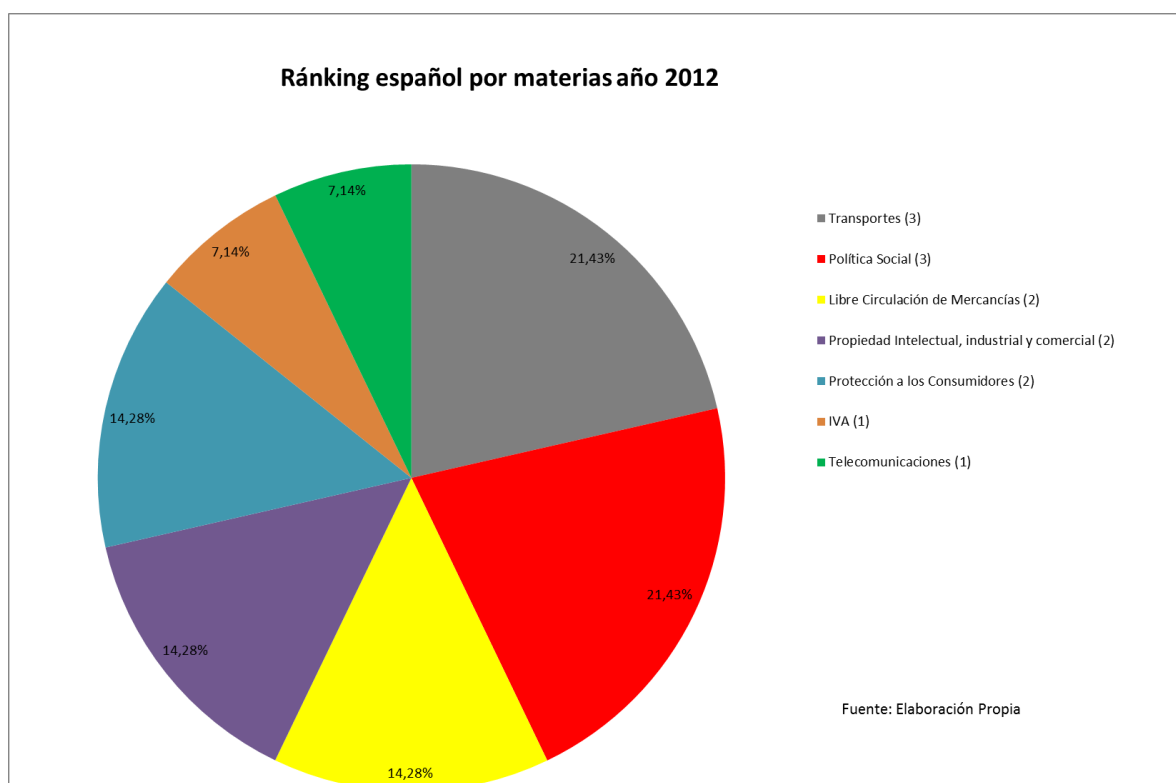
Con la Sent. “Elbal Moreno” (C-385/11) nos encontramos ante un caso de denegación de una pensión de jubilación, por no reunirse el período mínimo de cotización de quince años exigido para poder causar dicha pensión, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 161 de la LGSS. Está en relación con una discriminación indirecta, y que tiene que ver con la exigencia de un período de cotización proporcionalmente mayor para un trabajador a tiempo parcial que para otro a tiempo completo, a los efectos de poder causar la pensión. La discriminación queda acreditada por cuanto se parte del dato estadístico de que, al menos, el 80% de los trabajadores a tiempo parcial en España son mujeres.

Con la Sent. “Rodríguez Cachafeiro” (C-321/11) se decide un asunto, con base en el Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por la decisión de “Iberia” de no indemnizar a los demandantes en el asunto principal por haberles denegado el embarque en un vuelo entre Madrid y Santo Domingo. La denegación se produjo por haber sufrido un retraso el primer vuelo (La Coruña-Madrid), completamente imputable a la Compañía Aérea, lo que unido a la errónea previsión de que los pasajeros no llegarían a tiempo al segundo vuelo (Madrid-Santo Domingo), provocó que sus tarjetas de embarque fueran anuladas y sus plazas ocupadas por otros pasajeros. La duda del órgano jurisdiccional es si el concepto de “denegación de embarque” que consta en dicho Reglamento se refiere exclusivamente a los supuestos en que los vuelos han sido objeto de un exceso de reservas desde el principio (“overbooking”), o si puede extenderse a otras situaciones, como la del caso de autos.

El Reglamento (CE) nº 261/2004 vuelve a ser objeto de cuestión prejudicial en el asunto “Cuadrench Moré” (C-139/11), con objeto de la negativa de “KLM” a indemnizar a un pasajero –el Sr. Cuadrench Moré– por la cancelación de un vuelo (Shanghai-Barcelona), basándose en que la acción de reclamación, que el pasajero había interpuesto tres años después de la ocurrencia del hecho, podría encontrarse prescrita al amparo de los Convenios de Varsovia y Montreal –los cuales establecían un plazo de dos años–. El Tribunal de Justicia se pronuncia, sin embargo, en el sentido de

que el plazo de ejercicio de las acciones de reclamación se determina conforme a las normas de cada EM.

En el asunto “Espada Sánchez” (C-410/11) se trata de determinar, con arreglo al Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, si el derecho de indemnización a cargo de un transportista aéreo –en este caso, “Iberia”- por el extravío de un equipaje –consistente en dos maletas- perteneciente a cuatro pasajeros, es por bulto o por pasajero.



*En los asuntos resueltos en el *AÑO 2013* hay que destacar, por su número, aquellos que tienen que ver con la *Protección a los Consumidores* (5) – “Aziz”, C-415/11; “Genil 48”, C-604/11; “Duarte Hueros”, C-32/12; “Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León”, C-413/12; “Banco Popular Español”, asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13- y, a continuación, los referidos a *Política Social* (2) – “Betriu Montull”, C-5/12; “Maestre García”, C-194/12-, sin olvidar el hito que ha supuesto la Sent. “Melloni”, por ser el primer asunto planteado por el Tribunal Constitucional español.

El asunto “Aziz” (C-415/11) sin duda ha de considerarse un asunto estrella, por cuanto ha supuesto un golpe a la legislación hipotecaria española, y por ello nos detendremos un poco más en el mismo. En este caso, la legislación

de contraste de la UE era la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se originó con motivo de un litigio entre el Sr. Aziz y “Caixacataluña” en relación con la validez de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre ambas partes, y cuya garantía era la vivienda que constituía el domicilio familiar de aquél.

La cuestión que era objeto de remisión prejudicial era el hecho de que la legislación española no contempla, entre los motivos de oposición a una ejecución, la existencia de cláusulas abusivas en dicho contrato, por lo que era muy complicado para un Juez español, en esta tesitura, garantizar una protección eficaz al consumidor.

En efecto, para conseguir la declaración de nulidad de una cláusula, por considerarse abusiva, había que presentar un proceso declarativo (en este caso, el que acabó sustanciándose ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona), y ello sin poder suspender, mediante la adopción de medidas cautelares, el procedimiento de ejecución (que, en este caso, se había tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell), por lo que el TJ señaló que la normativa española controvertida no se ajustaba al principio de efectividad *“en la medida que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos”*.

El TJ se pronuncia igualmente sobre el concepto de “desequilibrio importante”, como referido al vencimiento anticipado, con reclamación de la totalidad del préstamo, por parte de la entidad financiera en aquellos casos de impago de alguno de los plazos vencidos.

En el asunto “Duarte Hueros” (C-32/12), en relación con la resolución del contrato de compraventa de un vehículo de la marca Citroën por falta de conformidad del mismo con el contrato, se planteaba la posible oposición del artículo 400 de la LEC con la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Comoquiera que se trataba de la adquisición de un vehículo con techo corredizo, en el que se filtraba el agua en el habitáculo cuando llovía, y en el que no habían resultado eficaces las diversas reparaciones realizadas, se había solicitado al concesionario la sustitución del coche, habiéndose éste negado, por lo que el consumidor planteó demanda interesando la resolución del contrato y la consiguiente devolución del precio.

El Juez nacional –que, en este caso, era el del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Badajoz-, en previsión de cuál iba a ser su resolución, es decir, desfavorable para el consumidor, debido a un defecto en el planteamiento de la demanda –en la que no se solicitaba de modo subsidiario la reducción en el precio-, hizo de “abogado” del particular, planteando cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, y pretendiendo con ello tener la posibilidad de actuar de oficio para subsanar un error inicial en la formulación de la demanda –que la parte tenía vedado realizar ex art. 412.1 de la LEC- ya que no estimaba que el defecto invocado fuera suficiente para la resolución del contrato y, en ese caso, iba a verse compelido a las consecuencias derivadas de los principios de justicia rogada y congruencia establecidos en los artículos 216 y 218 de la LEC.

Claro que el intento del Juez nacional habría quedado en nada si el Tribunal de Justicia no hubiera captado el mensaje tácito que portaba la cuestión prejudicial planteada, por lo que éste facilitó al tribunal nacional el instrumento que necesitaba para que pudiera proteger los intereses del consumidor, haciendo una interpretación que, si bien loable desde el punto de vista de lo que podemos convenir que es la justicia material, sería discutible desde un punto de vista técnico, pues la posibilidad de solicitar la reducción del precio existía en derecho nacional, solo que no había sido planteada en la demanda inicial. Debía haberse previsto –aunque fuera con carácter subsidiario- que el defecto por el que se reclamaba pudiera no ser suficiente para llegar a una resolución del contrato.

En el caso “Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León” (C-413/12) se discutía, en relación con el artículo 52.1. apartados 14º y 16º, y el artículo 67, ambos de la LEC, la competencia territorial para interponer una acción de cesación por parte de una Asociación de Defensa de los Consumidores contra las cláusulas de uso que aparecen en un portal de internet dedicado a la publicación de anuncios sobre inmuebles y productos de segunda mano. La cuestión giraba en torno a si la competencia territorial podía ser Salamanca –lugar de la sede de la actora, una Asociación de Defensa de los Consumidores- o si, por el contrario, debía ser necesariamente Barcelona, por ser el lugar en el que tenía la sede la sociedad titular del portal de internet y, por tanto, el domicilio de la demandada.

En lo que hace al asunto “Banco Popular Español” (C-537/12 y C-116/13), la cuestión de fondo era el cobro de deudas impagadas derivadas de contratos de préstamo hipotecario. Ello asociado a la invocación que, en alguno de esos casos, se hacía del carácter abusivo de la “cláusula suelo” incluida en el contrato de préstamo –la cual tiene el efecto, en la práctica,

de transformar un préstamo de interés variable en un préstamo de interés fijo- y el hecho de no figurar esta causa –el de su carácter abusivo- entre las posibles de oposición a la ejecución hipotecaria que contempla el artículo 695 de la LEC. Comoquiera que la cuestión era sustancialmente idéntica al caso “Aziz”, el Tribunal de Justicia resolvió sobre la base de lo dispuesto en el artículo 99 del RPTJ.

En lo referente a Política Social, en concreto cabe citar un caso en el que se discutía la negativa a conceder una prestación por maternidad, al amparo del artículo 133 bis de la LGSS⁹⁸⁶, debido a que la madre biológica, cuya profesión era Procuradora de los Tribunales, no estaba afiliada al sistema público de seguridad social –pues lo estaba a la Mutualidad General de Procuradores y no al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos-. Se consideraba que existía una desigualdad en el trato, pues el artículo 48.4 del ET⁹⁸⁷ establecía una distinción en el derecho según se tratase de padre biológico o adoptivo.

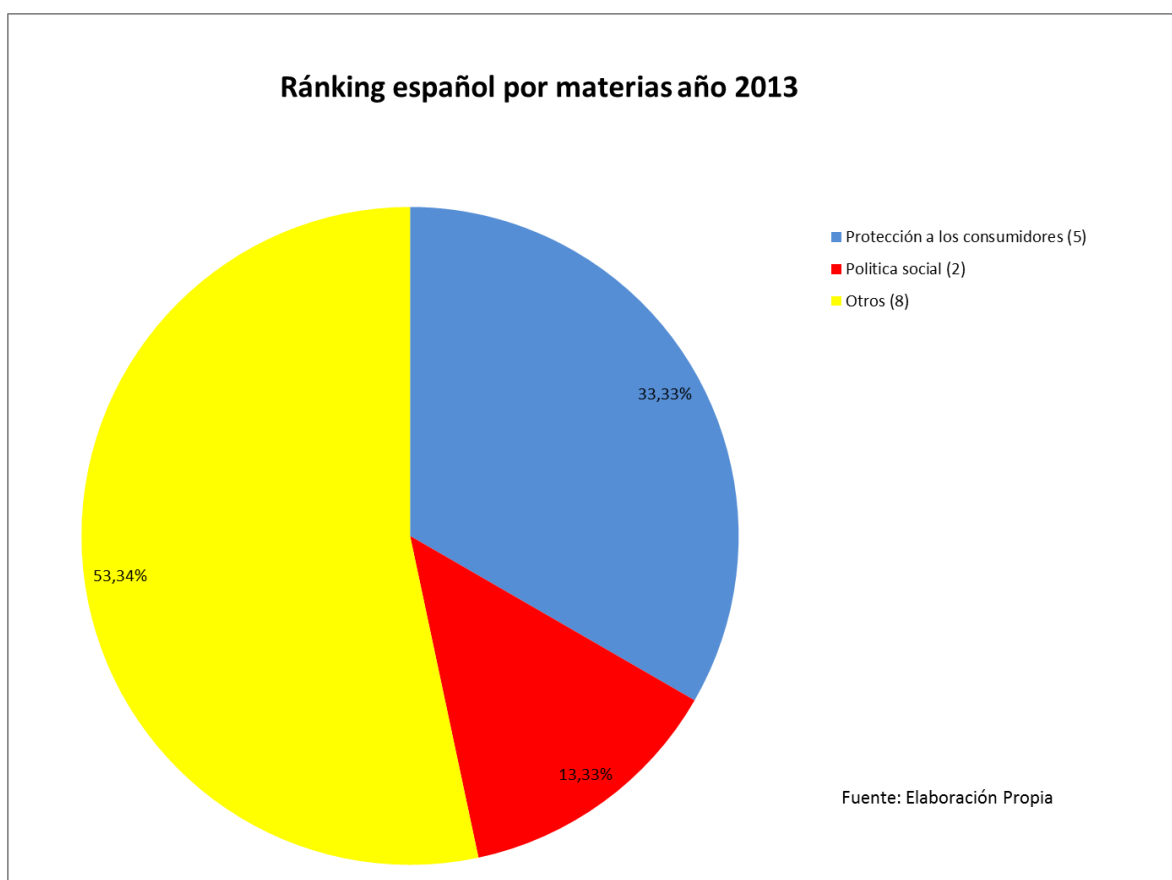
Este asunto –“Betriu Montull”, C-5/12- se suscitó por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida, después de que éste hubiera planteado, y le fuera denegada, la cuestión de inconstitucionalidad que había enviado al Tribunal Constitucional, por entender que el artículo 48.4 del ET podría oponerse al Derecho de la Unión y, en concreto, a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo), así como a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996 (relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES).

Sobre el derecho a disfrutar de vacaciones anuales fuera del período fijado por la empresa o, con carácter subsidiario, a obtener una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas trata el asunto “Maestre García” (C-194/12), en un caso en el que en dicho período la trabajadora – que estaba empleada como cajera de “Carrefour”- se encontraba en situación de incapacidad temporal por enfermedad. El Tribunal de Justicia resolvió mediante Auto, con base en el artículo 99 del RPTJ, haciendo mención a la jurisprudencia de la que podía deducirse claramente la

⁹⁸⁶ RDL 1/1994, de 20 de junio (BOE nº 154, de 29 de junio de 1994).

⁹⁸⁷ RDL 1/1995, de 24 de marzo (BOE nº 75, de 29 de marzo de 1995).

respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas y que, en este caso, venía referida, fundamentalmente, a la Sent. “Vicente Pereda”⁹⁸⁸.



3.- Breve comparativa con lo ocurrido en algunos Estados miembros originarios

3.1. La práctica alemana

En lo que hace a los efectos en Alemania de las resoluciones del Tribunal de Justicia en relación a cuestiones prejudiciales, algún autor (NICOLAYSEN) ha manifestado no haber descubierto ningún incumplimiento de un tribunal alemán, desoyendo lo acordado por el tribunal de Luxemburgo⁹⁸⁹.

⁹⁸⁸ Sentencia de 10 de septiembre de 2009, C-277/08.

⁹⁸⁹ NICOLAYSEN, G., “*The effects of judgments of the Court of Justice of the European Communities in the Federal Republic of Germany*”, en “*Les effets des décisions de la Cour de Justice des Communautés Europeennes dans les Etats Membres*”. Institut Universitaire International Luxembourg. Centre International d’Etudes et de Recherches Europeennes. Editions UGA, 1980. Kortrijk-Bruxelles-Namur (Belgique).

De hecho, dice el mencionado autor, los tribunales alemanes han sido muy cooperativos con el Tribunal de Justicia, pese a algunas dudas en los primeros años de vida de la Comunidad⁹⁹⁰, hasta que se decidieron a plantear cuestiones prejudiciales, destacando la cantidad de veces que se han dirigido al tribunal. De hecho, hasta el Tribunal Constitucional (“*Bundesverfassungsgericht*”) declaró su intención de hacerlo, aunque a fecha de 1980, según refiere NICOLAYSEN, todavía no lo había hecho.

Este autor cuenta la anécdota de un encuentro que tuvo con un colega inglés que se quejaba de la falta de inclinación de los Jueces británicos a hacer uso del procedimiento prejudicial, teniendo NICOLAYSEN que consolarle, al ser lo mismo que ocurría con los Jueces alemanes.

Tan es así que la primera cuestión prejudicial que planteó un tribunal alemán lo fue en 1965, es decir, siete años después de que se creara la CEE; mientras que hasta 1980, es decir, en los primeros siete años de pertenencia del Reino Unido a la Comunidad –pues se integró en 1973- este Estado se había dirigido en numerosas ocasiones al Tribunal de Luxemburgo, a propósito del planteamiento de una cuestión prejudicial.

Este autor decía que, para vencer esta tendencia a no dirigirse al Tribunal de Justicia, los abogados europeos debían concentrarse en tres tareas: 1) ampliar el conocimiento sobre este procedimiento, 2) derribar la resistencia existente contra el procedimiento, y 3) intensificar el apetito de los Jueces a hacer uso del mismo.

¿Qué efectos han tenido las sentencias prejudiciales en otros tribunales alemanes?

No solo el Tribunal Constitucional alemán, sino también otros tribunales alemanes –*Bundesverwaltungsgericht*⁹⁹¹ y *Bundesfinanzhof*⁹⁹²- han reconocido su sometimiento al pronunciamiento concreto que el Tribunal de Justicia haya realizado sobre una cuestión prejudicial, cuando aquella se ha producido en un asunto sometido por un tribunal inferior, y en ese

⁹⁹⁰ ARNULL, A., “*The European Union and its Court of Justice*”. Oxford University Press, 1999, pp. 102-105.

⁹⁹¹ Tribunal Administrativo Federal Alemán (BVerwG), que es desde 1953 en Alemania la instancia jurisdiccional suprema en asuntos administrativos, cuya sede se encuentra en Leipzig.

⁹⁹² Tribunal Federal de Hacienda (BFH), que es la más alta instancia jurisdiccional en Alemania en asuntos fiscales y de aduanas, y tiene su sede en Munich.

mismo asunto, en virtud de los recursos que hayan sido planteados, deban posteriormente resolver.⁹⁹³

¿Qué es lo que se puede decir de los efectos en la Administración de la RFA de las resoluciones con ocasión del sometimiento de una cuestión prejudicial?

La primera cuestión a dirimir sería si la Administración puede considerarse que, propiamente, y al no tratarse del órgano jurisdiccional que efectuó la remisión prejudicial, viene obligada a adecuar su actuación al resultado del pronunciamiento en cuestión.

La respuesta parece clara cuando el Tribunal de Justicia declara que una normativa administrativa no es conforme con las disposiciones del Tratado o con las disposiciones comunitarias. El efecto de la sentencia del Tribunal de Justicia, en este caso, sería indirecto por cuanto la anulación que se hiciera de la disposición nacional cuestionada lo sería como consecuencia de la resolución del tribunal nacional, al respetar este y, por tanto, llevar a su sentencia, lo que le haya indicado el TJUE.

NICOLAYSEN dice que esto que, en principio, parece claro, no lo es en algunos casos, y cita para ello el *asunto “Cassis”*.

En otro tipo de casos, NICOLAYSEN manifiesta que la Administración no está obligada, aunque ello no quiera decir que en algunos casos aquélla no se haya sentido obligada y, efectivamente, haya decidido seguir lo resuelto por el Tribunal de Justicia, p.e. cuando éste ha declarado que una norma alemana no es conforme con el derecho comunitario.

Obviamente, ello no depende de ninguna consideración de oportunidad política o de cualquier razón atribuible a la libre voluntad, sino al hecho, como dice NICOLAYSEN, de que la Administración viene obligada a aplicar el Derecho Comunitario y a observar el principio de primacía de este derecho sobre el derecho nacional. Tratándose con una cuestión prejudicial de expresar la correcta y “auténtica” interpretación del Derecho Comunitario, es obvio que de los pronunciamientos de este tipo es predicable también la obligatoriedad que dimana de los principios antes referidos.

⁹⁹³ En este mismo sentido opinaba una parte de la doctrina italiana (CATALANO, FERRARI BRAVO) que, de este modo, se situaban en una posición intermedia entre quienes afirmaban la eficacia general de las sentencias prejudiciales, y quienes propugnaban un efecto meramente particular –es decir, limitado en su vinculación al tribunal que había planteado la cuestión-.

¿Qué efectos cabe apreciar a nivel del Poder Legislativo?

NICOLAYSEN dice que los Parlamentos pueden elegir entre actuar o no. Si deciden hacerlo, han de cambiar aquellas disposiciones del derecho nacional que no sean conformes con el Tratado. Si deciden no hacerlo, la disposición nacional en cuestión no podría aplicarse, y entonces deberíamos preguntarnos si esta inactividad es compatible con las obligaciones derivadas del Tratado.

Este autor dice que se han dado situaciones clasificables en un sentido y en otro.

Así, en el caso “Bonsignore”⁹⁹⁴ no se hizo necesario un cambio legislativo, ya que bastaba un cambio en la interpretación de la ley alemana. Por el contrario, en el caso “Sagulo”⁹⁹⁵ se produjo una modificación de la ley.

Otros ejemplos de cambios legislativos, o que lo propiciaron, aparte de otros citados en esta obra, podemos encontrarlos en el asunto “P/S y Cornwall County Council”⁹⁹⁶, “PARAT Automotive Cabrio”⁹⁹⁷, en el asunto “Alder”⁹⁹⁸, en los asuntos “Tatu” y “Nisipeanu”⁹⁹⁹.

⁹⁹⁴ Sentencia de 26 de febrero de 1975, C- 67/74.

⁹⁹⁵ Sentencia de 14 de julio de 1977, C-8/77.

⁹⁹⁶ Sentencia de 30 de abril de 1996, C-13/94.

Dio lugar en el Reino Unido al cambio de la *Sex Discrimination de 1975*, mediante la aprobación de las *Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations de 1999*, para incluir en su ámbito de aplicación los casos de discriminación directa de cualquier empleado basada en el cambio de sexo (como así lo refiere, por su parte, la Sent. “K.B.”, de 7 de enero de 2004, C-117/01, aptdo. 7).

⁹⁹⁷ Sentencia de 23 de abril de 2009, C-74/08.

Esta Sentencia supuso la introducción del artículo 124/D, apartado 5, en la Ley General Tributaria de Hungría (Ley XCII de 2003), lo cual se realizó a través del apartado 23 de la Ley XXXV de 2009.

⁹⁹⁸ Sentencia de 19 de diciembre de 2012, C-325/11.

Como consecuencia de ella se modificó el artículo 1135 del Código de Procedimiento Civil de Polonia, aunque ya en el nuevo Código de Procedimiento Civil de 13 de junio de 2013 (“*Kodeks postępowania cywilnego*”), publicado el 18 de agosto de 2013, en el apartado 880 del *Dziennik Ustaw* (Dz. U. z 2013 r. poz 880).

⁹⁹⁹ Se trataría de las Sentencias de 7 de abril y de 7 de julio de 2011, en los asuntos C-402/09 y C-263/10, respectivamente, que dieron lugar en Rumanía a la adopción de la OUG nº 9/2013 (según consta, además, citado en la Sent. “Nicula”, de 15 de octubre de 2014, C-331/13, aptdo.

Pero, a la pregunta de si el Poder Legislativo viene obligado a proveer en el sentido que indica una sentencia del Tribunal de Justicia cuando, con motivo de una cuestión prejudicial, declara que determinada disposición legal de carácter nacional contraviene lo dispuesto por el Tratado, o por cualquier otra disposición comunitaria, NICOLAYSEN decía que, pese a no encontrarnos ante un procedimiento por incumplimiento del antiguo artículo 169 del Tratado, la respuesta ha de ser afirmativa, precisamente por el juego del efecto directo del Derecho Comunitario. De este modo, después de la resolución del Tribunal de Justicia no puede decirse que existan dudas sobre la interpretación del contenido de la disposición comunitaria en cuestión, por lo que un conflicto entre la Comisión y un determinado EM no sería posible o, al menos, no tendría sentido –concluye el citado autor-; y ello aunque el procedimiento prejudicial no tenga respecto del de incumplimiento el mismo estatus “a los ojos del público” ni, propiamente, pueda decirse que la resolución del Tribunal en un procedimiento prejudicial tenga el mismo peso que una resolución de condena de un EM.

3.2. La práctica francesa

Los tribunales franceses, sobre todo los de tipo administrativo y, por jerarquía, los más cercanos a la cúspide, han realizado en el pasado un uso abusivo de la teoría del acto claro, como señala HAGUENAU¹⁰⁰⁰, lo cual puede poner en tela de juicio el principio de primacía del derecho comunitario, aunque la evolución reciente parece más favorable al planteamiento de cuestiones prejudiciales.

El “*Conseil Constitutionnel*”, es decir, el Tribunal Constitucional francés, no había planteado ninguna cuestión prejudicial hasta el año 2013, en que presentó la primera, según hemos visto más arriba¹⁰⁰¹. Se ha argüido

32), visto lo que había establecido el TJUE en aquellas sentencias respecto de la OUG nº 50/2008.

¹⁰⁰⁰ HAGUENAU, C., “*L’application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*”. Editions Bruylant, Edition de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 1995, pp. 142 y 149.

¹⁰⁰¹ Y eso que estamos ante una jurisdicción, como es la constitucional, cuyas resoluciones, como suele ser habitual, no son susceptibles de recurso.

El artículo 62, párrafo 2º, de la Constitución francesa de 1958, dice:

“*Las decisiones del Consejo Constitucional no son susceptibles de recurso. Se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales*”.

(HAGUENAU) como posible motivo, y con base en el artículo 61 de la Constitución francesa de 1958¹⁰⁰², la brevedad de tiempo que este órgano tiene para pronunciarse, por lo que le resultaría inasumible la larga espera que entrañaría el plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia¹⁰⁰³.

No podemos estar de acuerdo con este planteamiento ya que el tenor del precepto constitucional citado se refiere exclusivamente a un control de constitucionalidad “a priori”- previo a la aprobación de una norma en el derecho interno francés-, y también “a posteriori”¹⁰⁰⁴, sin consideración alguna de tipo comunitario, o de ejercicio propiamente jurisdiccional, en el que el *Conseil Constitutionnel* tenga que pronunciarse sobre la aplicación del Derecho comunitario; sin contar con el hecho de que se encuentra prevista la posibilidad de una “suspensión” que, en el artículo 61 de la Constitución francesa, viene referida a la promulgación de la norma, pero que nada empecería para que se aplicase igualmente al plazo para dictar la resolución que procediera por el tribunal constitucional, teniendo en cuenta que el actual artículo 267 del TFUE –y antes que él, el artículo 234 del TCE, y el 177 del TCE-, que es directamente aplicable en Francia¹⁰⁰⁵, hace

¹⁰⁰² “*Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.*”

Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores.

En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días.

En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación”.

¹⁰⁰³ HAGUENAU, C., “*Op. Cit*”, p. 143.

¹⁰⁰⁴ Ley constitucional nº 2008-724 de 23 de julio de 2008, de modernización de las instituciones de la V República (JORF nº 171 de 24 de julio de 2008, p. 11890).

¹⁰⁰⁵ Según el artículo 88-1 de la Constitución francesa (añadido por la Ley constitucional nº 92-554, de 25 de junio de 1992 –JORF nº 147 de 26 de junio de 1992, p. 8406-):

“La República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, compuestas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los Tratados que las instituyen, ejercer en común ciertas competencias”.

referencia a la suspensión del procedimiento nacional hasta el dictado de la resolución por el TJUE.

El caso más flagrante, con todo, de aplicación del “acte clair”, es el del *Conseil d’Etat*, el cual, aparte de su hábito, según HAGUENAU, de no motivar sus decisiones sobre los fundamentos de derecho comunitario, se arriesga a hacer una interpretación de la norma comunitaria, en lugar de dirigirse al Tribunal de Justicia, y a veces hasta el punto de separarse de la jurisprudencia de éste¹⁰⁰⁶.

Ha habido sentencias del TJUE dictadas en cuestiones prejudiciales que han dado lugar a modificaciones legales en Francia, como la ocurrida tras el asunto “Griesmar”¹⁰⁰⁷.

3.3. La práctica italiana

Lo cierto es que, como dice DANIELE¹⁰⁰⁸, muchos de los “*leading cases*” o “*grands arrêts*” del derecho comunitario han sido sentencias del Tribunal de Justicia dictadas con motivo de cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales italianos, de modo que constituyen los precedentes más citados por el Tribunal de Justicia, los Abogados Generales y la doctrina (Costa Enel¹⁰⁰⁹, Simmenthal¹⁰¹⁰, Ratti¹⁰¹¹, Cilfit¹⁰¹²,

¹⁰⁰⁶ HAGUENAU, C., (*Op.cit.*), pp.150-151. Pone como ejemplo la Sentencia del *Conseil d’Etat* en el asunto “Cohn-Bendit”, de 22 de diciembre de 1978, la cual contrastaría con la Sentencia “Rutili”, de 28 de octubre de 1975 (C-36/75).

(Vid. también: FERNÁNDEZ SEGADO, F., “*El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello*”. Conferencia pronunciada como “lección magistral” en el acto académico de investidura del autor como doctor honoris causa por la Universidad de Messina, en Messina (Italia), el 11 de noviembre de 2004. Posteriormente publicada en la Revista Mexicana de Derecho Constitucional. <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/13/ard/ard2.htm>).

¹⁰⁰⁷ Sentencia de 29 de noviembre de 2001, C-366/99.

En este caso, Francia tuvo que modificar el contenido del artículo L.12, letra b) del *Code des pensions civiles et militaires*, lo que se produjo a través del artículo 48 de la Ley nº 2003-775, de 21 de agosto de 2003, conocida como “Loi Fillon sus les retraites” (*JORF*, 22 de agosto de 2003, p. 14310).

¹⁰⁰⁸ DANIELE, L., “*Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant’anni di rinvio pregiudiziale*”. Ponencia presentada en el Congreso de celebración del cincuentenario de la firma del Tratado de Roma, organizado por la Universidad de Padua el 7 de noviembre de 2007, y publicada posteriormente en la revista *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, Fasc. 3/2008, pp. 447-461.

¹⁰⁰⁹ Sentencia de 15 de julio de 1964, C- 6/ 64.

Francovich¹⁰¹³, Telemarsicabruzzo¹⁰¹⁴, Faccini Dori¹⁰¹⁵, Pupino¹⁰¹⁶, Traghetti del Mediterraneo¹⁰¹⁷, Manfredi¹⁰¹⁸, Lucchini¹⁰¹⁹, entre otras).

Como observa el mismo autor, las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales italianos lo han sido, sobre todo, de órganos de primera instancia y, en menor medida, de órganos de apelación.

El autor citado llama, igualmente, la atención sobre la relevancia de las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos italianos que, en un primer momento, estuvieron informadas por la compatibilidad con el derecho comunitario de una norma de derecho interno –normalmente una ley o una disposición con fuerza de ley-. En este sentido, la famosa Sent. “Costa Enel”, planteada por el Giudice Conciliatore di Milano, y las que en el tiempo le sucedieron, esto es, la Sent. “Albatros”¹⁰²⁰ y la Sent. “Salgoil”¹⁰²¹.

¹⁰¹⁰ Sentencia de 9 de marzo de 1978, C-106/ 77.

¹⁰¹¹ Sentencia de 5 de abril de 1979, C-148/ 78.

¹⁰¹² Sentencia de 6 de octubre de 1982, C-283/ 81.

¹⁰¹³ Sentencia de 19 de noviembre de 1991, en los asuntos acumulados C-6/ 90 y C-9/ 90.

¹⁰¹⁴ Sentencia de 26 de enero de 1993, en los asuntos acumulados C-320/ 90, C-321/ 90 y C-322/ 90.

¹⁰¹⁵ Sentencia de 14 de julio de 1994, C-91/92.

¹⁰¹⁶ Sentencia de 16 de junio de 2005, C-105/03.

(Vid. CASTILLO DE LA TORRE, F., “*Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Crónica de Jurisprudencia Mayo-Agosto 2005*”. RDCE, número 22, septiembre-diciembre de 2005, pp. 1090-1095).

¹⁰¹⁷ Sentencia de 13 de junio de 2006, C-173 03.

¹⁰¹⁸ Sentencia de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/ 04 a C-298/ 04.

¹⁰¹⁹ Sentencia de 18 de julio de 2007, C-119/05.

¹⁰²⁰ Sentencia de 4 de febrero de 1965, C-20/64.

(Vid. BAPTISTA, M., “*Manuale del rinvio pregiudiziale*”. CEDAM. Padova, 2000, pp. 68-71).

¹⁰²¹ Sentencia de 19 de diciembre de 1968, C 13/68.

(Vid. BAPTISTA, M., “*Manuale del rinvio pregiudiziale*”. CEDAM. Padova, 2000, pp. 72-73).

Los jueces italianos, según el autor citado, han contribuido con sus reenvíos a que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado sobre el efecto de los reglamentos y de las directivas.

Por lo que hace a los Reglamentos, destaca la Sent. “Leonesio”¹⁰²² y la Sent. “Variola”¹⁰²³.

El asunto de las Directivas tuvo su importancia dado que Italia venía padeciendo un mal crónico consistente en que aquéllas no se transponían dentro del plazo legal, lo que generaba ciertas disfunciones. En este sentido, el Tribunal de Justicia, a iniciativa de peticiones prejudiciales solicitadas por este país, hubo de pronunciarse en el sentido de reconocer que las directivas que no hayan sido transpuestas al derecho interno pueden producir, en determinados casos, efectos directos (Sent. “SACE”¹⁰²⁴, Sent. “Ratti”¹⁰²⁵, Sent. “Faccini Dori”¹⁰²⁶), lo que luego fue ratificado por otras resoluciones del TJUE a cuestiones planteadas por otros países (Sent. “Becker”, de 19 de enero de 1982, C-8/81)¹⁰²⁷.

Por su carácter innovador en la jurisprudencia comunitaria, el autor referido destaca la Sent. “Arcaro”¹⁰²⁸, la Sent. “Berlusconi”¹⁰²⁹ y la Sent. “Pupino”¹⁰³⁰.

¹⁰²² Sentencia de 17 de mayo de 1972, C-93/71. Esta cuestión., que fue planteada por el *Pretore di Lonato*, sirvió para que el Tribunal de Justicia afirmase que “*il regolamento comunitario produce effetti immediati ed è, in quanto tale, atto ad attribuire ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare*”.

¹⁰²³ Sentencia de 10 de octubre de 1973, C-34/73.

¹⁰²⁴ Sentencia de 17 de diciembre de 1970, en el asunto 33/ 70. La cuestión prejudicial había sido suscitada por el Tribunal de Brescia, y produjo que el Tribunal de Justicia declarase que una directiva no transpuesta “*è direttamente efficace nei rapporti fra lo Stato membro destinatario della direttiva e i suoi cittadini*”.

¹⁰²⁵ Sentencia de 5 de abril de 1979, C-148/78.

¹⁰²⁶ Sentencia de 14 de julio de 1994, en el asunto C-91/92. A la misma se llegó por el reenvío realizado por el *Giudice Conciliatore di Firenze*, y que sirvió para que el Tribunal de Justicia dijera que las Directivas no transpuestas no tienen eficacia directa horizontal, por lo que no pueden ser invocadas contra un particular.

¹⁰²⁷ DAVIES, P., “The European Court of Justice, National Courts, and the Member States”, en “*European Community Labour Law. Principles and Perspectives*”, DAVIES, P.; LYON-CAEN, A.; SCIARRA, S. y SIMITIS, S.. Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 104-106.

¹⁰²⁸ Sentencia de 26 de septiembre de 1996, C-168/ 95, dictada a propósito del envío realizado por el *Pretore di Vicenza*, en su función de juez penal, y según la cual un particular no puede ser

PARTE IV: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN LA ENCRUCIJADA.

1.- Opiniones sobre la cuestión prejudicial de algunos Jueces remitentes

Antes de comenzar con el análisis de la cuestión prejudicial, en lo que se refiere a sus virtudes, sus defectos, su utilidad en la práctica y su posible desarrollo en el futuro, sin olvidar algún apunte sobre propuestas concretas para esa deseable evolución, se me antojaba que en esta obra había que dar, de algún modo, la palabra a los Jueces remitentes. En un mecanismo procesal que se califica como “diálogo entre jueces”, no hacerlo así equivaldría a prescindir de su experiencia, como emisores que son de cuestiones prejudiciales, al tiempo que también destinatarios de las respuestas que da el Tribunal de Justicia, en ese declarado objetivo de conseguir, si se nos permite la paráfrasis evocativa, que el Derecho de la UE no solo reine, sino que también gobierne en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Desde este convencimiento he realizado una serie de “entrevistas” a Jueces pertenecientes a órganos jurisdiccionales de diez Estados miembros de la UE, las cuales constan íntegras –en su versión original y, para hacerlas más asequibles al lector, en su traducción al castellano- en los Anexos de esta tesis, y que han tenido lugar entre el 13 de Noviembre de 2014 y el 5 de Junio de 2015.

sujeto de una obligación prevista por una Directiva que no ha sido transpuesta al ordenamiento interno.

¹⁰²⁹ Sentencia de 3 de mayo de 2005, en los asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02. Fue el resultado de los reenvíos realizados por el Tribunal de Milán y el Tribunal de Apelación de Lecce.

(Vid. CASTILLO DE LA TORRE, F., “*Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Crónica de Jurisprudencia Mayo-Agosto 2005*”. RDCE, número 22, septiembre-diciembre de 2005, pp. 1047-1049).

¹⁰³⁰ Sentencia de 16 de junio de 2005, C-105/03. Dictada a instancias del *Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Firenze*, debe su importancia a haber hecho notar el carácter obligatorio de las Decisiones Marco adoptadas en el ámbito del Título IV del TUE, relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal –Tercer Pilar-, y ello pese a ser actos desprovistos de eficacia directa.

Las preguntas que les he formulado tocan, lógicamente, algunos extremos de la cuestión prejudicial sobre los que me ha parecido interesante indagar y, algunas de ellas, inciden, como no podía ser de otro modo, en aspectos relacionados con posiciones que sustenta el autor de este trabajo. Y ello con el objetivo de observar hasta qué punto pueden ser o no compartidas por quienes tienen, o han tenido que enfrentarse en su práctica profesional con la cuestión prejudicial.

En *España*, a cuenta de las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios, ha tenido ocasión de enviar varias cuestiones prejudiciales¹⁰³¹ el Magistrado D. MANUEL RUÍZ DE LARA, cuando era titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena (Sevilla). Actualmente nuestro entrevistado es el titular del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona (ANEXO I).

Austria nos ha parecido un país relevante para solicitar, respecto a la cuestión prejudicial, la opinión de algunos de los jueces que ejercen su jurisdicción en este país, ya que se trata de un EM que, habiendo ingresado en la Unión en 1995, ha destacado por la frecuencia con que se ha dirigido al Tribunal de Justicia.

Hemos tenido la fortuna de contar, en relación con este país, con la colaboración del Prof. Dr. GERHART HOLZINGER, Presidente del Tribunal Constitucional de Austria (“*Verfassungsgerichtshof*”) –ANEXO III–; de la Vicepresidenta del Tribunal Supremo de Austria (“*Oberste Gerichtshof*”), la Magistrada Dra. BRIGITTE SCHENK (ANEXO II); y del Dr. KLAUS SCHRÖDER, Presidente del “*Oberlandesgericht Innsbruck*” (ANEXO IV).

Alemania, correlacionando con su larga trayectoria como EM, así como con el papel preponderante que ha venido ostentando en la Unión, ha planteado, destacándose con ello, gran cantidad de cuestiones prejudiciales, por lo que la experiencia de sus jueces nos ha parecido interesante tenerla en consideración en este trabajo.

¹⁰³¹ Nos referimos a los asuntos acumulados C-482/13 a C-487/13; de los cuales, posteriormente, los asuntos C-483/13 y C-486/13 han sido retirados, porque la deuda objeto del litigio había sido pagada, siendo objeto los mismos, por tanto, de archivo, para lo que se dictaron por el Tribunal de Justicia, respectivamente, el Auto de 3 de octubre de 2014 y el Auto de 13 de marzo de 2014.

El representante alemán que hemos conseguido que conteste a nuestras preguntas es el Magistrado MANFRED SCHWERDTNER, Vicepresidente del “*Oberlandesgericht Nürnberg*”¹⁰³² (ANEXO V).

Gran Bretaña es otro clásico de la Unión Europea, cuyas peculiaridades en cuanto a su ordenamiento jurídico y su posicionamiento muchas veces crítico hacia la Unión Europea -¿qué pasará, tras su contundente como inesperado triunfo electoral de 7 de mayo de 2015, con el referéndum anunciado por David Cameron sobre la permanencia del Reino Unido en la UE?¹⁰³³-, nos han impelido a tomar muy en cuenta la opinión de alguno de sus magistrados.

En este caso, el Honorable NICHOLAS NIGEL GREEN, magistrado de la “*High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division*”, es quien hará de portavoz de los jueces británicos (ANEXO IX).

Países Bajos, como miembro fundador de lo que hoy es la Unión Europea, no podía faltar a esta cita improvisada de Jueces europeos que hemos creado en este capítulo de la tesis.

Participan en nombre de los Países Bajos: el Dr. MARC FIERSTRA, Magistrado del Tribunal Supremo de Holanda (“*Hoge Raad der*

¹⁰³² Un “Oberlandesgericht” (OLG) es, en la República Federal de Alemania, la más alta instancia jurisdiccional de un Estado Federal (“Land”).

¹⁰³³ El artículo 50.1 del TUE prevee que todo EM podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión.

Estaríamos, acaso, ante la constatación -como afirma FARAMIÑÁN, tirando de etimología e historia de Europa- de que “la *idea de Europa* no ha terminado de calar en las conciencias de los europeos”; o, quizás, -añado yo, queriendo ser algo más que posibilista- de que en la gobernanza de la UE se han cometido errores, más o menos crasos, de gestión (especialmente perceptibles en un momento de crisis económica, como el actual) que, acompañados de un déficit “secular” en áreas como las de comunicación y proximidad a los ciudadanos, han hecho de esa *idea de Europa* -que identificamos como Unión Europea- un ente cuestionado y, solo para algunos cuantos ensoberbecidos por ideas nacionalistas, de imposible redención.

Acaso también influya, en la línea de lo que indica BAUMAN, que “en los sueños contemporáneos la imagen del <<progreso>> parece haberse distanciado de la noción de *mejoras compartidas* para empezar a significar *supervivencia individual*”.

(Vid. BAUMAN, Z., “*Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*”. Tusquets Editores, 2007, p. 145; DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.M., “*Sobre los orígenes y la idea de Europa (en el cincuenta aniversario de la UE)*”. REEI, nº 14, 2007).

Nederlanden) –ANEXO X-; y el Dr. TEUN DE VRIES, Magistrado del “*Centrale Raad van Beroep*” –ANEXO XI-.

Italia es, también, un EM irrenunciable, por obvias razones.

Colaboran con sus respuestas, en nombre de este Estado, el Dott. GIORGIO SANTACROCE, Presidente del Tribunal Supremo de Italia (“*Corte Suprema di Cassazione*”) –ANEXO VI-; el Dott. LUCIANO PANZANI, Presidente del Tribunal de Apelación de Roma (“*Corte di Appello di Roma*”) –ANEXO VIII-, y el Dott. FRANCESCO MARIUZZO, Presidente del TAR de Lombardía (“*Tribunale Regionale Amministrativo per la Lombardia*”) –ANEXO VII-.

Por parte de *Portugal*, país vecino y entrañable, el cual reúne, además, la característica de haberse adherido a la Unión Europea al mismo tiempo que España, el Dr. ANTÓNIO SILVA HENRIQUES GASPAS, Presidente del “*Supremo Tribunal de Justiça*”, es quien nos hace partícipes de la que ha sido la experiencia portuguesa –ANEXO XII-.

Dinamarca toma parte también en este foro, haciéndolo a través de BENT CARLSEN, Presidente del “*Ostre Landsret*” –ANEXO XIV-; así como de KIRSTEN THORUP, Magistrada del “*Vestre Landsret*” –ANEXO XIII-.

Finlandia comparece, para trasladarnos su opinión, por cortesía del Magistrado K., del “*Korkein hallinto-oikeus*” (Tribunal Supremo Administrativo), el cual nos ha expresado su deseo de mantenerse en el anonimato –ANEXO XV-.

Letonia ha concitado también nuestro interés, toda vez que estaríamos ante la experiencia de uno de los Estados miembros que, comparativamente con los anteriores, menos tiempo lleva en la Unión.

Atiende nuestra invitación la Dra. VERONIKA KRUMINA, Presidenta de la Sección Administrativa del Tribunal Supremo de Letonia (“*Augstakas Tiesas Senats*”) –ANEXO XVI-.

Una vez hecha la presentación de los Jueces, pasamos a extractar lo que nos contestan sobre las preguntas que han conformado el denominador común de estas entrevistas:

Sobre su experiencia con la cuestión prejudicial y las respuestas recibidas del Tribunal de Justicia.

El Juez Ruíz de Lara, que ha intervenido en diversas cuestiones prejudiciales relativas a cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario, manifiesta que, al decidir remitir alguna cuestión al Tribunal de Justicia, ha buscado que éste confirmase la línea jurisprudencial seguida hasta ahora, en el sentido de que cuando un órgano jurisdiccional aprecia abusividad en alguna cláusula contractual, deberá declarar su nulidad y expulsarla del contrato. En este sentido, considera que las respuestas recibidas del tribunal europeo son útiles, pues fijan la interpretación de las normas comunitarias y esclarecen la aplicación del derecho nacional de modo conforme al Derecho de la Unión; sobre todo, teniendo en cuenta lo desafortunado, o incluso lo poco voluntarioso, que parece mostrarse el legislador nacional a la hora de adaptar la normativa europea.

La Jueza Schenk manifiesta que su tribunal, que es el Tribunal Supremo, ha remitido entre 1996 y noviembre de 2014 un total de 104 cuestiones prejudiciales, las cuales, dice, eran necesarias para poder adoptar una resolución de última instancia en un proceso nacional; y que la utilidad de la respuesta del Tribunal de Justicia viene dada por cuanto establece los parámetros para la interpretación de la disposición de la norma comunitaria, con vistas al enjuiciamiento final de los hechos. Cita, a este particular, el asunto “Amazon.com” (C-521/11).

El Juez Schröder, por su parte, subraya que las experiencias de su tribunal han sido excelentes, ya que el Tribunal de Justicia se ha esforzado, con sus sentencias, en facilitar al órgano nacional la resolución del caso concreto. Destaca, a estos efectos, el asunto “Pohl” (C-429/12).

El Juez Holzinger reconoce, como miembro de un tribunal constitucional, y dado el número de procedimientos prejudiciales planteados por aquel del que es Presidente, el tratarse de un instrumento adecuado para asegurar una interpretación y aplicación uniformes del Derecho de la Unión.

El Juez Schwerdtner recuerda que era Presidente de la Sala que planteó el asunto “Coty Prestige Lancaster Group” (C-127/09), y que su experiencia personal es positiva, ya que aparte de haber estado su tribunal en todo momento informado del desarrollo del procedimiento en Luxemburgo, la resolución se produjo dentro del tiempo previsto y con un contenido comprensible.

El Juez Santacroce se refiere sobre todo a la utilidad de las respuestas dadas por el Tribunal de Justicia, y la incidencia que puede tener sobre la propia jurisprudencia de la “Corte Suprema di Cassazione”. Refiere, en particular, su punto de vista, siempre positivo, sobre algunos asuntos planteados por

su tribunal, y que esta parte le había mencionado (Elsacom, C-294/11; Iddex Laboratories, C-590/13; Panasonic Italia, C-472/12; 3M Italia, C-417/10 y Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10).

El Juez Mariuzzo se centra en las numerosas cuestiones que el TAR de Lombardía ha enviado a Luxemburgo, y cuyo objeto era verificar la conformidad del ordenamiento nacional con el de la UE. Dice sentirse muy orgulloso del asunto “Santex” (C-327/00) y del asunto “DAC” (C-202/03), aunque algo decepcionado con el asunto “Croce Amica” (C-440/13), por la ambigüedad de la respuesta recibida.

El Juez Green indica que su experiencia con la cuestión prejudicial ha sido tanto como abogado en ejercicio como en su condición de Juez, y que en Gran Bretaña existe un cierto carácter selectivo a la hora de enviar una cuestión a Luxemburgo; entre otras cosas, por el retraso considerable que ello supone en la sustanciación del procedimiento principal; pero que este carácter selectivo contribuye a una mayor utilidad de las respuestas recibidas. Deduzco y aprecio en sus respuestas el papel destacadamente activo que desempeñan las partes procesales en el “iter” nacional de remisión judicial de una cuestión a Luxemburgo.

El Juez Fierstra subraya la frecuencia con que los órganos jurisdiccionales holandeses remiten cuestiones al TJ –lo que da una idea de que el procedimiento es percibido como útil por los órganos jurisdiccionales de Países Bajos- y que, a diferencia de otros muchos Estados miembros, la mayoría de las remisiones prejudiciales son hechas por tribunales a los que sería aplicable el artículo 267, último párrafo, del TFUE. Destaca la temprana cuestión remitida por un órgano de dicho Estado y que fue el origen de la conocida Sent. “Van Gend & Loos”. Reconoce que, siendo útil el expediente prejudicial europeo, a veces no está exento de sorpresas para el Juez nacional, hasta el punto de que el debate legal puede experimentar un giro inesperado como resultado de una decisión del TJ.

El Juez De Vries, por su parte, señala que ha tenido experiencias buenas y malas, y se refiere a tres casos. En el asunto “Van Delft” (C-345/09) el problema se originó al suscitar el Tribunal de Justicia una cuestión que no había sido planteada por el órgano nacional, lo que obligó a éste a una inversión de tiempo considerable para resolverla. Algo similar ocurrió –según recuerda- con el asunto “Hendrix” (C-287/05), pues supuso un grave problema su resolución. Sin embargo, se muestra muy satisfecho con el asunto “Muller-Fauré” (C-385/99) por lo rápido y eficiente que resultó.

El Juez Henriques Gaspar declara como muy positiva la experiencia del Tribunal Supremo de su país, en particular en los asuntos “Ambrósio Lavrador” (C-409/09) y “Merck Genéricos” (C-431/05), ya que la respuesta recibida por parte del Tribunal de Justicia fue decisiva de cara a la resolución que, finalmente, fue adoptada en el litigio nacional.

La Jueza Thorup, el Juez Carlsen y el Juez Panzani coinciden en que las respuestas del Tribunal de Justicia son muy útiles y que la cooperación con el TJ ha sido satisfactoria.

La Jueza Krumina hace referencia a varios casos, de los que se deduce que su experiencia fue positiva, pues la resolución del Tribunal de Justicia o sirvió para la adopción de una decisión por el tribunal nacional (“Zakaria”, C-23/12), o sirvió para rechazar una “rebelión” de algún órgano letón (Riezniece, C-7/12) o, simplemente, dio lugar a una remisión posterior al Tribunal Constitucional de Letonia (“Drozdovs”, C-277/12).

El Juez K. dice que, normalmente, las respuestas del Tribunal de Justicia son claras, informativas, relevantes y útiles, poniendo como ejemplo de ello, respecto a cuestiones remitidas por su tribunal, los asuntos “Lapin luonnonsuojelupiiri” (C-358/11) y “X” (C-318/13). Sin embargo, en otras ocasiones las respuestas han sido confusas, como en los asuntos “Lathi Energia I” (C-317/07), “Lathi Energia II” (C-209/09) y “Satakunnan markkinapörssi” (C-73/07).

¿Qué piensan los Jueces sobre la labor realizada con sus sentencias prejudiciales por el Tribunal de Justicia y, en particular, si éste interpreta el derecho nacional, o si incluso resuelve el litigio nacional –aunque, tanto una cosa como la otra, le estén vedadas-?

El Juez Ruíz de Lara no tiene esa impresión, sin perjuicio de las modificaciones legales que, en un EM, puedan hacerse necesarias, a tenor de una sentencia del TJ, y que obligue a una adaptación del derecho nacional al de la Unión. Por otra parte, afirma que la referencia al sustrato fáctico de un litigio por parte del Tribunal de Justicia se hace necesaria para resolver la cuestión prejudicial que le ha sido planteada.

Del mismo modo se pronuncian otros Jueces (Schenk, Schröder, Schwerdtner, K.) diciendo que es el tribunal nacional el que debe comprobar esa correspondencia entre norma nacional y comunitaria, o si aquella puede ser interpretada en el sentido de ésta; y que el Tribunal de Justicia es el llamado a realizar una “interpretación auténtica” del Derecho de la Unión.

Otros, sin embargo, como el Juez Santacroce, admiten que el Tribunal de Justicia realiza un “juicio indirecto” sobre la compatibilidad de la norma interna con el Derecho de la Unión, dejando a un lado el mecanismo de control sancionado en el artículo 258 del TFUE. En todo caso, añade que hay que acercarse al papel del Tribunal de Justicia abandonando las categorías jurídicas propias de los ordenamientos nacionales, ya que el rol que tiene atribuido no puede ser explicado a través de esquematizaciones absolutas; sin olvidar el hecho de que la especificidad de los asuntos objeto de remisión, frecuentemente, condicionan las respuestas ofrecidas por el Tribunal de Luxemburgo.

Al Juez Mariuzzo le parece que las expresiones “se opondrá” o “no se opondrá” que utiliza en sus sentencias prejudiciales el Tribunal de Justicia pueden merecer un juicio crítico.

El Juez Green declara que, indudablemente, el Tribunal de Justicia puede decidir con frecuencia el resultado de una contienda judicial, pero que los jueces nacionales son conscientes de su responsabilidad de aplicar la decisión del TJ a los hechos y, de este modo, llegar a su propia conclusión. Admite que han sido pocos los casos en que los intentos del Tribunal de Justicia de sugerir la respuesta hayan causado algún grado de confusión o dificultad en un tribunal nacional. Estaríamos, de cualquier modo, ante excepciones, y no ante la regla.

El Juez Fierstra parece admitir que algo así sucede, sobre todo en aquellos casos en que el Tribunal de Justicia indica las cuestiones legales que serían relevantes en el supuesto planteado. Esto puede haber sido originado por la actitud procesal de las partes, o bien revelar un defecto en el análisis del caso, debido a un mal entendimiento del Derecho de la UE. En cualquier caso, este Juez refiere que a veces una cuestión prejudicial se remite por un órgano judicial porque existen ante él, no uno, sino varios casos pendientes de resolver, y para los que se estima necesaria la respuesta del TJ; respuesta que, muchas veces, sin embargo, es tan específica que puede resultar complicado una aplicación general de la misma.

El Juez De Vries adopta un posicionamiento similar al de su compatriota, diciendo que el Tribunal de Justicia, algunas veces, va más allá de sus competencias, al cursar instrucciones concretas que se contienen en su resolución, para que el pleito sea, así, resuelto “de un modo europeo”, y cita como ejemplo al asunto “Hendrix” (C-287/05). De este modo, en muchas ocasiones, el Juez nacional no tiene muchas posibilidades para una interpretación, o valoración, distinta de la que le está exponiendo el TJ.

Opinión, por cierto, contraria a la que manifiesta la Jueza Thorup, la cual afirma que pueden encontrarse pocas resoluciones del Tribunal de Justicia que dejen solo un pequeño margen para la decisión del tribunal nacional.

Por su parte, y en el mismo sentido, el Juez Henriques Gaspar admite que algunas veces el Tribunal de Justicia da interpretaciones del Derecho de la UE desde una perspectiva de implementación práctica, de modo que tal vez a la decisión final del litigio se llega directa o indirectamente desde la resolución prejudicial. En su opinión serían, sin embargo, casos excepcionales, ya que la aplicación del Derecho al caso individual es siempre cosa del tribunal nacional.

La Jueza Krumina dice que, a veces, en efecto, puede dar la impresión de que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el litigio nacional, sobre todo en aquellos supuestos en que dice querer dar respuestas que podrían resultar útiles para la resolución de aquél.

¿Es la cuestión prejudicial un instrumento adecuado para la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea?

Todos los entrevistados a los que se les ha preguntado por ello, están convencidos de que, efectivamente, así es.

Los Jueces Ruíz de Lara, Schwerdtner y Mariuzzo, así como la Jueza Schenk, piensan que el instituto prejudicial propicia la aproximación de las legislaciones nacionales, constituyendo un excelente medio para posibilitar un mercado común y un marco de protección común a todos los ciudadanos de la Unión Europea.

El Juez Schröder manifiesta la opinión de su tribunal de que la armonización debe producirse a través de los oportunos actos de la Unión; pero que, sin embargo, es cierto que, por determinados errores, las decisiones del Tribunal de Justicia acaban produciendo lo que se ha etiquetado como una “armonización del Derecho a través de las puertas traseras”.

Sobre la revisión del concepto de órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 267 del TFUE.

La gran mayoría de los Jueces entrevistados (Ruíz de Lara, Schröder, Santacroce, Mariuzzo, Panzani, Green, De Vries, Krumina, Thorup,

Carlsen, K.) se muestra favorable a que en una institución diseñada como “diálogo entre jueces”, sean éstos, y no la Administración, quienes estén legitimados para dirigirse al Tribunal de Justicia. Se alegan también, en este sentido, razones de falta de precedentes; el impacto negativo que supondría sobre la carga de trabajo del Tribunal de Justicia, con la consiguiente ralentización, ampliar el ámbito de los legitimados en el uso de la vía prejudicial; que las cuestiones no estarían tan bien preparadas como las remitidas por los tribunales de justicia, e incluso el peligro de que esto diera pábulo a que los políticos sortearan a sus propios tribunales nacionales.

Aun sosteniendo lo anterior, el Juez Henriques Gaspar se plantea la posibilidad de admitir a los tribunales arbitrales como interlocutores del Tribunal de Justicia.

Otros Jueces (Schenk) muestran un criterio más aperturista, en el sentido de entender que se podría posibilitar a la Administración su acceso a esta vía prejudicial.

El Juez Fierstra parece admitirlo también, aunque con cierta tibieza, pero referido acaso como un “procedimiento especial habilitado para el uso de los órganos administrativos nacionales”.

Sobre la no posibilidad de votos particulares en las sentencias prejudiciales.

El Juez Ruíz de Lara se declara favorable a la admisión de votos particulares, toda vez que los mismos contribuyen a la evolución del Derecho y garantizan la pluralidad en la formación de criterios jurisprudenciales.

En el mismo sentido se posiciona el Juez Schwerdtner, argumentando que ello podría ser útil para la comprensión y la claridad de las cuestiones prejudiciales planteadas.

Igualmente, el Juez K., dice que, además de constituir estos votos discrepantes la práctica diaria del Tribunal de Estrasburgo, sería bueno admitirlos en el Tribunal de Justicia, ya que aclararía el razonamiento adoptado por la mayoría del Tribunal, al no estar éste obligado a alcanzar ningún tipo de consenso –y sin que ello supusiera, *per se*, ningún tipo de desacreditación del TJ-, aparte de que se haría más breve el tiempo de resolución.

Otros Jueces (Schröder, Mariuzzo) establecen también un paralelismo con el Tribunal de Estrasburgo, diciendo que en el mismo están permitidos estos votos particulares, y que este criterio podría adoptarse también por el Tribunal de Justicia.

El Juez Green, después de hacer un balance sobre los pros y los contras, considera que se trata una cuestión muy “equilibrada” en los argumentos en un sentido y en otro y que, por ello, seguramente, la mejor solución sería mantener el *statu quo*.

El Juez Henriques Gaspar, aun reconociendo las ventajas de los votos particulares, como factor de enriquecimiento, al mejorar los fundamentos de la resolución, piensa que una decisión por unanimidad siempre es una decisión fuerte y, por tanto, con un potencial de aceptación mayor para las autoridades nacionales.

El Juez De Vries se muestra contrario a la emisión de votos particulares, ya que las opiniones colectivas son más convincentes para las partes e, incluso, mejores en un contexto de cooperación entre jueces. Y, en el mismo sentido, se pronuncia la Jueza Krumina (la cual dice ser esa su opinión en lo relativo a las cuestiones prejudiciales; pero que, sin embargo, sería favorable a los votos particulares en los casos de recursos directos).

Y, como radicalmente contraria a los mismos, tenemos a la Jueza Thorup - la cual declara que tendrían efectos contraproducentes-, y el Juez Panzani - el cual los reputa inútiles a los fines de la prosecución del juicio en sede nacional-.

Finalmente, estaría la posición de los Jueces que equiparan esos votos particulares con las opiniones de los Abogados Generales expresadas a través de sus Conclusiones, las cuales vendrían, de algún modo, a suplir esa “carencia” (Santacroce, Fierstra).

Respecto al escenario imaginario en que situamos a estos Jueces como legisladores improvisados a los que se les pide una eventual reforma de la cuestión prejudicial, en aras a mejorar los defectos que ellos, como Jueces, han percibido en su quehacer diario.

Los Jueces Ruíz de Lara, Green y De Vries apuntan, como deseable, cualquier cuestión de tipo procedimental tendente a reducir los plazos de resolución. El Juez De Vries recuerda, en concreto, el asunto “Akdas” (C-485/07), con el que se estuvo esperando resolución durante casi tres años.

De Vries refiere también que el Juez nacional debería jugar un papel más activo en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia pues, de este modo, habría una cooperación más real entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales. Así, ante un caso de reformulación de una cuestión, se podrían evitar problemas como los que surgieron con la respuestas recibidas en el asunto “Martens” (C-359/13); aunque también reconoce que el papel del Juez nacional en la fase oral ante el Tribunal de Justicia resultaría un tanto extraña, por cuanto es una oportunidad que se ofrece a las partes para argumentar y convencer a los jueces de Luxemburgo y, por consiguiente, no parece excesivamente apropiado, sino más bien una situación a evitar, un escenario en el que tanto las partes como los jueces nacionales se encuentran discutiendo sobre la cuestión de autos.

El Juez Mariuzzo sugiere que el Tribunal de Justicia podría introducir el procedimiento del proceso constitucional alemán-federal, en lo que se refiere a la admisibilidad de la cuestión, lo cual debería hacerse por una Sala de tres jueces.

El Juez K. insiste también en que el procedimiento debería ser más rápido; y, con este objeto, se deberían aportar más recursos –aunque no sea esto probable en la situación económica actual-, así como se plantea si las traducciones podrían ser, en cierta medida, evitadas. Asimismo, cree que la existencia de votos particulares podría incidir positivamente de cara a la consecución de este objetivo. Termina diciendo que, en su opinión, y con objeto de reducir la carga de trabajo del Tribunal de Justicia, se debería proceder a una reevaluación de la “doctrina CILFIT”.

El Juez Henriques Gaspar, mostrándose, en líneas generales, satisfecho con el funcionamiento del procedimiento prejudicial, pues responde a las necesidades de los tribunales nacionales, cree que el procedimiento podría cambiarse en lo referido a aquellas que se plantean para la apreciación de validez de una norma comunitaria.

Y luego hay otros Jueces (Schenk, Schröder, Schwerdtner, Carlsen, Panzani, Krumina) que no modificarían la regulación actual del artículo 267 del TFUE –p.e. por haber dado buen resultado durante cincuenta años, o por la flexibilidad que ha mostrado el Tribunal de Justicia en la aplicación de este precepto, o por no ser necesario ni oportuno-; o dicen que sus tribunales no tienen una opinión definida (Fierstra); incluso, hay Jueces que no quieren entrar en un debate jurídico-político sobre posibles modificaciones (Holzinger, Thorup) o, simplemente, su cargo institucional les obliga a una cierta prudencia a este respecto (Santacroce).

Esta obligación de prudencia, sin embargo, no le impide al Juez Santacroce apreciar algunas “sombras” en el instituto prejudicial, como la relativa a las decisiones que se encuentran amparadas por la “cosa juzgada”; esto es, se revela útil a nivel “preventivo”, es decir, en aquellos casos en que el litigio nacional no ha sido todavía resuelto, pero ofrece alguna suspicacia cuando el problema de conformidad se hace “a posteriori”, es decir, cuando una resolución nacional ha adquirido firmeza. También refiere la situación insatisfactoria en que se encuentra el ciudadano europeo respecto a las vías resarcitorias en casos de incumplimiento de la normativa europea por un EM. Muestra igualmente su preocupación por el Dictamen 2/13 del TJ, que considera una posición estricta, a propósito de la protección de los derechos humanos.

2.- Análisis crítico de la cuestión prejudicial

2.1.- El razonamiento del Tribunal de Justicia

Preámbulo necesario en este apartado es la mención de que el Tribunal de Justicia se reserva, con la finalidad de ofrecer una respuesta útil al Juez nacional, y como una derivación del principio “*iura novit curia*”¹⁰³⁴, haciendo para ello un alarde de “destilación de la cuestión planteada” -en palabras de BENGOTXEA¹⁰³⁵- la facultad de reformulación¹⁰³⁶, que

¹⁰³⁴ PIGNATELLI, N., “*L’obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati (Nota a Cons. Stato, sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244)*”. Foro it., 2012, III, pp. 350 y ss.

¹⁰³⁵ BENGOTXEA, J., “El artículo 177 del Tratado de Roma y la sistemática interpretativa del Tribunal de Justicia”, en “*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*”, PASTOR BORGOÑÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOTXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, p. 181.

¹⁰³⁶ Algún Abogado General (LENZ) manifestó, en su momento, que esto lo hace el Tribunal de Justicia cuando las cuestiones vienen formuladas de manera equívoca, de modo que lo que hace el TJUE es “*identificar el punto crucial del problema desde la perspectiva del Derecho comunitario, ofreciendo una respuesta sobre este punto al órgano jurisdiccional remitente*” (Punto 7 de las Conclusiones presentadas el 25 de abril de 1989 en el asunto “Fratelli Costanzo”, C-103/88).

Véase, entre otras: Sent. “Krüger”, de 17 de julio de 1997, C-334/95, aptdos. 22 y 23; Sent. “Ravil”, de 20 de mayo de 2003, C-469/00, aptdo. 27; Sent. “Haug”, de 4 de mayo de 2006, C-286/05, aptdo. 17; Sent. “Campina”, de 8 de marzo de 2007, C-45/06, aptdo. 30; Sent. “Fuss”, de 14 de octubre de 2010, C-243/09, aptdo. 39; Sent. “Skoma-Lux II”, de 16 de diciembre de 2010, C-339/09, aptdos. 23 y 24; Sent. “Evroetil”, de 21 de diciembre de 2011, C-503/10, aptdos. 48 y 50; Sent. “Byankov”, de 4 de octubre de 2012, C-249/11, aptdos. 57 y 58; A.

comprende la posibilidad de invertir el orden de las preguntas, o de unir las para una respuesta conjunta¹⁰³⁷, o de responder más allá de lo pedido, de alterar la norma comunitaria objeto de la cuestión, e incluso de modificar la cuestión prejudicial, de validez a interpretación, o al revés¹⁰³⁸: a) declarar “inválido” un acto del que solo se hubiera pedido su “interpretación”¹⁰³⁹, b) tampoco empece para que se pueda reformular en clave interpretativa una cuestión en la que, inicialmente, se suscitaba la invalidez de una nota explicativa de la Comisión¹⁰⁴⁰, c) tomar en consideración disposiciones del Derecho de la UE a las que el órgano jurisdiccional nacional no se había referido¹⁰⁴¹, incluso por no haber sido citada la norma vigente, sino una

“Brunovskis”, de 10 de enero de 2013, C-650/11, aptdo. 22; Sent. “Efir”, de 7 de marzo de 2013, C-19/12, aptdo. 26

Y, con un sentido más amplio, el Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER declaró que:

“(..) la función hermenéutica encomendada al Tribunal de Justicia por el artículo 234 TCE, destinada a asegurar una aplicación uniforme del derecho comunitario en los Estados miembros, no puede limitarse a responder mecánicamente a las cuestiones, respetando con rigor los términos en que han sido formuladas, sino que el Tribunal, como intérprete cualificado del derecho comunitario que es, debería analizar el problema con mayor amplitud de miras y más flexibilidad para dar una respuesta útil al juez nacional que las suscita y a los demás jueces de la Unión Europea, a la luz de las normas comunitarias en vigor. De lo contrario, el diálogo entre órganos jurisdiccionales instaurado por el artículo 234 TCE podría quedar excesivamente condicionado en manos del juez que plantea la cuestión, de manera que, en función de la formulación que le diera, podría determinar la respuesta prejudicial” (Punto 36 de las Conclusiones presentadas el 5 de abril de 2001 en el asunto “Gottardo”, C-55/00).

¹⁰³⁷ Sent. “Kuipers”, de 26 de mayo de 2005, C-283/03; Sent. “van Pommeren-Bourgondiën”, de 7 de julio de 2005, C-227/03; Sent. “Dokter”, de 15 de junio de 2006, C-28/05; Sent. “Apis-Hristovich”, de 5 de marzo de 2009, C-545/07; A. “Agricola Esposito”, de 15 de diciembre de 2010, C-492/09; Sent. “Bank Handlowy y Adamiak”, de 22 de noviembre de 2012, C-116/11; Sent. “Szyrocka”, de 13 de diciembre de 2012, C-215/11.

¹⁰³⁸ LOUSADA AROCHENA, J. F., “La técnica de planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Revista de Derecho Social nº 31/2005.

¹⁰³⁹ Sent. “Strehl”, de 3 de febrero de 1977, 62/76; Sent. “De Haan Beheer”, de 14 de septiembre de 1999, C-61/98.

El Tribunal de Justicia, en la Sent. “Strehl”, declaró inválido el artículo 146.3 del Reglamento nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, cuando el órgano jurisdiccional nacional había solicitado su interpretación.

(Vid. PALACIO GONZÁLEZ, J., “El Sistema Judicial Comunitario. Perspectiva institucional, reglas de procedimiento y vías de recurso”. Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, p. 246).

¹⁰⁴⁰ Sent. “Mignini”, de 8 de abril de 1992, C- 256/90.

¹⁰⁴¹ Sent. “Frascoigna”, de 6 de junio de 1985, C-157/84, aptdo. 17; Sent. “Tissier”, de 20 de marzo de 1986, C-35/85, aptdo. 9; Sent. “Bekaert”, de 20 de abril de 1988, C-204/87, aptdo. 9; Sent. “Bagli Pennacchiotti”, de 27 de marzo de 1990, C-315/88, aptdo. 10; Sent. “Verband

anterior¹⁰⁴², d) modificar el contenido y alcance de las cuestiones planteadas¹⁰⁴³, e.- responder más allá de lo pedido¹⁰⁴⁴, incluyéndose aquí –

Sozialer Wettbewerb”, de 2 de febrero de 1994, C- 315/92, aptdo. 7; Sent. “SARPP”, de 12 de diciembre de 1990, C-241/89, aptdo. 8; Sent. “Viessmann”, de 18 de marzo de 1993, C-280/91, aptdo. 17; Sent. “Immobiliare SIF”, de 11 de diciembre de 1997, C-42/96, aptdo. 28; Sent. “Consortio per la tutela del formaggio Gorgonzola”, de 4 de marzo de 1999, C-87/97, aptdo. 16; Sent. “Max Rombi”, de 18 de mayo de 2000, C-107/ 97; Sent. “Schiavon”, de 18 de mayo de 2000, C-230/98, aptdo. 37; Sent. “Ravil”, C-469/00, aptdo. 27; Sent. “Weigel”, de 29 de abril de 2004, C-387/01; Sent. “Lindfors”, de 15 de julio de 2004, C-365/02; Sent. “Trojani”, de 7 de septiembre de 2004, C-456/02, aptdo. 38; Sent. “RAL (Channel Islands)”, de 12 de mayo de 2005, C-452/03, aptdo. 25; Sent. “Campina”, C-45/06, aptdo. 31; Sent. “Asociación Nacional de Empresas Forestales”, de 19 de abril de 2007, C-295/05, aptdo. 47; Sent. “Alevizos”, de 26 de abril de 2007, C-392/05, aptdos. 64 y 65; Sent. “Mayr”, de 26 de febrero de 2008, C-506/06, aptdo. 43; Sent. “Ecotrade”, de 8 de mayo de 2008, asuntos acumulados C-95/07 y C-96/07, aptdo. 37; Sent. “Wiedemann y Funk”, de 26 de junio de 2008, asuntos acumulados C-329/06 y C-343/06, aptdo. 45; Sent. “Rüffler”, de 23 de abril de 2009, C-544/07, aptdos. 54, 55, 57, 58 y 59; Sent. “Petersen”, de 12 de enero de 2010, C-341/08, aptdo. 48; Sent. “Pannon Gép Centrum”, de 15 de julio de 2010, C-368/09, aptdo. 33; Sent. “Kirin Amgen”, de 2 de septiembre de 2010, C-66/09, aptdo. 27; Sent. “Uszodaépito”, de 30 de septiembre de 2010, C-392/09, aptdo. 30; Sent. “Fuss”, C-243/09, aptdo. 39; Sent. “BSA”, de 22 de diciembre de 2010, C-393/09, aptdo. 43; Sent. “BBVA”, de 8 de diciembre de 2011, C-157/10, aptdos. 19 y 20; Sent. “Nilas”, de 22 de marzo de 2012, C-248/11, aptdos. 31 y 32; Sent. “BGZ Leasing”, de 17 de enero de 2013, C-224/11, aptdo. 49; Sent. “Ragn-Sells”, de 12 de diciembre de 2013, C-292/12, aptdos. 46 y 47.

En el asunto “Frascoigna” el derecho del que se hablaba se había asociado por el juez nacional al Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio, cuando, en realidad, como indicó la Comisión (aptdo. 18), el mismo había que ubicarlo en el Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre.

En este tipo de actuación por parte del Tribunal de Justicia, algún autor (USHER) cree que el Tribunal de Justicia actúa acogiendo al principio de economía procesal, y con objeto de evitar una segunda remisión prejudicial.

(USHER, J.A., “Les renvois à titre préjudiciel”, en “*La réforme du système juridictionnel communautaire*”, VANDERSANDEN, G. Editions de l’Université de Bruxelles, 1994. Etudes Europeennes, p. 62)

En la Sent. “Nilas” hay que decir que ello es así hasta el punto de que la mención de otras disposiciones que puedan carecer de pertinencia no afecta a la admisibilidad de las cuestiones.

¹⁰⁴² Sent. “Pannon Gép Centrum”, C-368/09, aptdos. 31 y 32; Sent. “Uszodaépito”, C-392/09, aptdos. 28 y 29; Sent. “Bábolna”, de 9 de junio de 2011, C-115/10, aptdos. 29 a 31; Sent. “Andersson”, de 10 de febrero de 2011, C-30/10.

¹⁰⁴³ Sent. “Deghillage”, de 11 de marzo de 1986, C-28/85; Sent. “Affish BV”, de 17 de junio de 1997, C- 183/95; Sent. “Gavieiro”, de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09.

¹⁰⁴⁴ Sent. “Magoora”, de 22 de diciembre de 2008, C-414/07, aptdos. 33 y 34; Sent. “Pakora Pluss”, de 29 de julio de 2010, C-248/09, aptdo. 50.

En el caso “Magoora”, el Tribunal de Justicia consideró conveniente, pese a que no había sido solicitado, facilitar al órgano remitente los criterios de interpretación del concepto comunitario

pues no se trata exactamente de lo mismo- los llamados “obiter dicta”, es decir, aquellos pronunciamientos de Derecho que no tienen correlato con el litigio existente entre las partes o con las cuestiones planteadas por el tribunal nacional y que, por ende, tampoco conforman la fundamentación del asunto que el Tribunal de Justicia ha de resolver¹⁰⁴⁵. Sin embargo, lejos de tratarse de digresiones o “*erreurs de plume*”, por esta vía de los “obiter dicta” –reconocible a través de las cuñas introductorias “además” o “por lo demás”- el Tribunal de Justicia formula determinados principios con objeto de que le sirvan de referencia al Juez nacional¹⁰⁴⁶.

Esta facultad del Tribunal de Justicia le lleva también a poder extraer del conjunto de elementos aportados por el órgano jurisdiccional nacional y, especialmente, de la motivación del acto de remisión, los elementos de Derecho de la UE que requieren una interpretación –o, en su caso, una apreciación de la validez-, teniendo en cuenta el objeto del litigio. Así, el Tribunal de Justicia, en el aptdo. 26 de la Sent. “Redmond”¹⁰⁴⁷, se pronunciaba del siguiente modo:

*“que, no obstante, le está reservado al Tribunal de Justicia, cuando se trata de cuestiones formuladas de manera inadecuada o que sobrepasen el marco de las funciones que le han sido atribuidas por el artículo 177, extraer del conjunto de los elementos aportados por el órgano jurisdiccional nacional, y en particular de la motivación de la resolución de remisión, los elementos de Derecho comunitario que exigen una interpretación -o, en su caso, una apreciación de validez— habida cuenta del objeto del litigio”*¹⁰⁴⁸.

Hecha la anterior digresión, nos encontramos, tanto el lector como quien escribe estas líneas, ante uno de los temas, el del razonamiento y metodología en el quehacer jurisprudencial del Tribunal de Justicia que, en

de “legislación nacional” en el sentido de artículo 17, apartado 6, párrafo segundo, de la Sexta Directiva (Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977).

¹⁰⁴⁵ CHARRIER, C., “*L’obiter dictum dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*”. Cahiers de Droit Européen, 1998, Vol. 34, nº 1-2, pp. 79-103.

¹⁰⁴⁶ CHARRIER, C., “*Op. Cit.*”, pp. 84, 93 y 102.

¹⁰⁴⁷ Sentencia de 29 de noviembre de 1978 (C-83/78).

¹⁰⁴⁸ En el mismo sentido pueden citarse: Sent. “Roquette”, de 15 de octubre de 1980, C-145/79, aptdo. 7; Sent. “Tissier”, C-35/85, aptdo. 9; Sent. “CEZ”, de 27 de octubre de 2009, C-115/08, aptdo. 81; Sent. “Vicoplus”, de 10 de febrero de 2011, asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, aptdo. 22; Sent. “Nilas”, C-248/11, aptdo. 31.

términos relativos, menos obras ha producido en la doctrina¹⁰⁴⁹, siendo, como nos parece, apasionante y que, por ello, bien merece un análisis.

Nadie puede negar el papel fundamental que el Tribunal de Justicia ha jugado en el desarrollo del Derecho de la Unión Europea, y ello porque, en el reparto, como si de una obra teatral se tratase, ha encarnado no a uno, sino a varios personajes, con la remarcable característica, desde la óptica del espectador, de un desdoblamiento con algún desconcertante efecto en la escena de la UE.

Hablando en román paladino: el TJ, más allá de su estricta función jurisdiccional, si nos atenemos a la letra de los Tratados, se ha erigido, con ocasión del planteamiento de alguna cuestión prejudicial, en un actor político, suplantando o, mejor dicho, participando en cierta medida en labores de índole cuasilegislativa; aspecto este que, a un nivel general, ha venido siendo puesto de manifiesto desde hace décadas por la doctrina (BREDIMAS¹⁰⁵⁰, RASMUSSEN¹⁰⁵¹) y se ha admitido, incluso, en el concreto ámbito de las cuestiones prejudiciales, por algún Juez del Tribunal de Justicia (LENAERTS¹⁰⁵²).

¹⁰⁴⁹ G. CONWAY (*“The limits of legal reasoning and the European Court of Justice”*. Cambridge University Press, 2012, p. 58) cita a este respecto a P. CRAIG y G. DE BÚRCA (*“EU Law: Text, Cases and Materials”*, 3ª edición., Oxford University Press, 2002) y a J.H.H. WEILER (*“Journey to an Unknown Destination: a Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration”*, Journal of Common Market Studies, 1993).

¹⁰⁵⁰ Vid. BREDIMAS, A., *“Methods of Interpretation and Community Law”*. Oxford: North Holland, 1978.

¹⁰⁵¹ Vid. RASMUSSEN, H., *“On Law and Policy of the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking”*. Dordrecht: Martinus Nijhof, 1986; y del mismo autor, *“Between Activism and Self-Restraint: A Judicial Policy for the European Court”*. European Law Review, 1988, pp.28-39, y *“Towards a Normative Theory of Interpretation of Community Law”*, University of Chicago Legal Forum, 1992, pp. 135-178.

El Profesor danés Hjalte Rasmussen, uno de los autores más críticos con el Tribunal de Justicia, en *“On Law and Policy...”* (p.510), llega a decir que el Tribunal se ha implicado activamente en el gobierno de la Comunidad y que con demasiada frecuencia ha controlado la prerrogativa del proceso político para definir las prioridades políticas en el tiempo.

Vid. igualmente: CONWAY, G., *“The limits of legal reasoning and the European Court of Justice”*. Cambridge University Press, 2012, pp. 60 y ss.

¹⁰⁵² LENAERTS, K., *“Interpretation and the Court of Justice: A Basis for Comparative Reflection”*, The International LAYWER, SUMMER 2007, VOLUME 41, Nº 4, PP. 1029-1030.

Y esto, que podría resultar justificado para algunos, desde que Montesquieu fuera superado no solo por una práctica descuidada, sino por corrientes teóricas más modernas y evolucionadas -que no mejores-, no le parece al autor digno de apoyo sino, al contrario, acreedor de una crítica acerba, pues todo lo que implique difuminación, si no avocación de competencias¹⁰⁵³, supone inexorablemente infringir alguna regla del juego y hacer del mismo algo artificioso y espúreo¹⁰⁵⁴. Dicho sea en términos científicos, y no con el objeto, muy lejos de mi intención, de minar la función del Tribunal, como Institución fundamental de la Unión¹⁰⁵⁵ que, sin duda, es.

Las consideraciones anteriores guardan relación, obviamente, con el hecho de que el Tribunal de Justicia, como dicen algunos autores (NIHOUL, CONWAY, TESAURO, AZIZI), actúa -de facto, y aunque no resulte así designado nominalmente- como un Tribunal Constitucional¹⁰⁵⁶, lo que, aparte de encontrarse en sintonía con la consideración que ha hecho del Tratado como de una Carta Constitucional (Sent. “Parti écologiste Les Verts c. Parlamento Europeo”, de 23 de abril de 1986, C-294/83, aptdo. 23¹⁰⁵⁷), y en el control que lleva a cabo sobre la validez de las normas

¹⁰⁵³ RASMUSSEN censuraba también al Tribunal de Justicia por no respetar el principio de atribución -“*principle of conferral*”- a través de una interpretación expansiva en la esfera de las relaciones exteriores (“*Towards a Normative Theory...*”, p. 156).

¹⁰⁵⁴ Esta visión crítica puede encontrarse también en otros autores, los cuales -refiriéndose en general a las instituciones de la UE- hablan de un “*competence creep*”, o lento arañamiento de competencias (Vid. CONWAY, G., “*Op. Cit.*”, pp. 26 y 31).

¹⁰⁵⁵ Esas fueron las palabras que, según cita de CONWAY (“*Op. Cit.*”, p. 67), dedicó Toth a la crítica realizada por Rasmussen; por lo que bien podrían ser, también hoy, las propias de cualquier defensor a ultranza de la situación actual del Tribunal de Justicia (TOTH, “*Running Wild*”).

¹⁰⁵⁶ NIHOUL, P., “¿Es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un Tribunal constitucional?”, en “*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*”, PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOTXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, pp. 299-337; CONWAY, G., “*The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*”. Cambridge University Press, 2012, p. 8; TESAURO, G., “*Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell’evoluzione dell’Unione europea*”. Il diritto dell’Unione europea, 3/13, p. 485; AZIZI, J., “Opportunities and limits for the transfer of preliminary reference proceedings to the Court of First Instance”, en “*The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective: 6th International ECLN- Colloquium / IACL Round Table Berlin, 2-4 November 2005*”, PERNICE, I.; KOKOTT, J., y SAUNDERS, Ch. Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 246 y 250.

¹⁰⁵⁷ “*En este sentido, es pertinente subrayar, en primer lugar, que la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus*

comunitarias, estaría ello, a más abundamiento, justificado en la doctrina de la primacía del Derecho de la Unión respecto del derecho nacional (y, en concreto, en el control que ejerce sobre la conformidad de este último, incluso del propiamente constitucional¹⁰⁵⁸, respecto de aquél).

Pero actúa, también, en mi opinión, aunque salvando las distancias, como una suerte de Tribunal de Casación, en el sentido de que trata de asegurar una interpretación uniforme de la norma de la UE, llevando a cabo, por tanto, una función nomofiláctica¹⁰⁵⁹.

instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado (..)".

¹⁰⁵⁸ Como ejemplo de ello tenemos la Sentencia "Internationale Handelsgesellschaft", de 17 de diciembre de 1970 (C-11/70), la Sentencia "Kreil", de 11 de enero de 2000 (C-285/98) o la Sentencia "Michaniki", de 16 de diciembre de 2008 (C-213/07).

Por su carácter conexo, parece necesario hacer también una remisión a los problemas de constitucionalidad que han surgido con ocasión, por ejemplo, de la transposición de la Orden Europea de Detención y Entrega en determinados Estados Miembros (Polonia, Alemania, República Checa, Chipre).

(ARNULL, A., "The European Union and its Court of Justice". Oxford University Press, 1999, p. 98; ORRÙ, R., "Corti europee e Tribunal Constitucional portoghese: tracce di riflessione di un dialogo ad intensità variabile" en "Corti nazionali e Corti europee", a cura di FERRARI, G. F., Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli, 2006, pp. 417-418; RADIGHIERI, E., "Donne e esercito: la visione della Corte di Giustizia". Il Diritto dell'Unione Europea, 4/2000, pp. 832-833; MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., "La implementación y aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega: luces y sombras". REDUE, nº 10, 1º semestre 2006, pp. 179-200; TESAURO, G., "Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea". Il diritto dell'Unione europea, 3/13, p. 497).

¹⁰⁵⁹ SENÉS MOTILLA señala, sin embargo, que "a salvo aquella función nomofiláctica, la cuestión prejudicial no puede asimilarse en modo alguno, al recurso de casación que conocen los sistemas procesales nacionales; y ello, básicamente, por dos razones: a) porque no es un instrumento de control jerárquico de la actividad jurisdiccional del juez "a quo"; y, b) porque en ningún caso entra el TJCE a resolver el proceso pendiente ante el juez nacional, aunque lógicamente, al ser su decisión prejudicial y vinculante, qué duda cabe que condiciona los términos de la aplicación del derecho comunitario (..)".

(SENÉS MOTILLA, C., "Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español". McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1996, p. 155).

QUADROS, en la doctrina portuguesa, aporta otro argumento de interés –aunque, en nuestra opinión, matizable, toda vez que no puede trazarse una línea de separación neta entre el derecho nacional y el de la Unión Europea-, y es que no nos encontramos (con la cuestión prejudicial) ante un mecanismo de uso dentro de / y respecto de un mismo ordenamiento nacional –como sería el recurso de casación-, sino que estamos ante dos jurisdicciones, con una separación de competencias "ratione materiae", por implicar la aplicación de normas de ordenamientos distintos.

Sentado, por tanto, el estatus jurisdiccional que ocupa, y la conciencia que el Tribunal de Justicia tiene de “las características del Derecho comunitario y de las dificultades particulares que presenta su interpretación” (según declara en el aptdo. 17 de la Sent. “CILFIT”¹⁰⁶⁰) hay que preguntarse cuáles son sus métodos interpretativos¹⁰⁶¹, si éstos coinciden con los habitualmente establecidos por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, en su caso, si establece algún tipo de prioridad en la utilización de los mismos.

La interpretación, aplicada al ámbito del Derecho, consiste precisamente en decir qué es el Derecho, o sea, cómo ha de entenderse una norma concreta sobre cuyo sentido, significación o extensión un operador jurídico alberga dudas; o, más sintéticamente, “el acto de atribución de significado a los textos legales”¹⁰⁶².

Los distintos ordenamientos nacionales disponen de preceptos legales, los cuales contienen una serie de criterios indicativos sobre los mecanismos de heurística que han de conducir al esclarecimiento de las normas jurídicas.

De este modo, en el derecho español, el artículo 3.1 del Código Civil señala que:

“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

(QUADROS, I., “*A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*”. Almedina, Coimbra, noviembre 2006, p. 83).

¹⁰⁶⁰ Sentencia de 6 de octubre de 1982 (C-283/81).

¹⁰⁶¹ Esto tiene que ver con la actitud que muestra el Tribunal. Actitud que, según una clasificación general, podría considerarse o de “activismo” (es decir, de interpretación creativa o innovativa), o de “restricción” (considerada el extremo opuesto de la anterior, y que estaría caracterizada por la precaución y el acercamiento conservador al significado legal del texto) o de “deferencia” (la cual parece solaparse con la de “restricción”).

Esta clasificación, según algunos autores (BENGOETXEA, MACCORMICK, SORIANO), debería ser abandonada cuando se analiza el proceso de creación jurisprudencial del Tribunal de Justicia.

(Vid. CONWAY, G., “*Op. Cit.*”, pp. 17-19 y 72).

¹⁰⁶² CONWAY, G., “*The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*”. Cambridge University Press, 2012, pp. 9-10.

En sentido similar se expresa el artículo 12, párrafo primero, del Código Civil italiano¹⁰⁶³, o el artículo 9 del Código Civil portugués¹⁰⁶⁴.

Como técnicas interpretativas adoptadas por el Tribunal de Justicia –al igual que ocurre en los derechos nacionales- podemos encontrar las siguientes: 1.- el significado literal derivado de la redacción del texto¹⁰⁶⁵ –

¹⁰⁶³ *“Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”.*

(En la aplicación de la ley no se le puede atribuir a ésta un sentido distinto a aquel que resulte evidente conforme al significado de las palabras, de acuerdo a la relación entre ellas, y a la intención del legislador). –La traducción es nuestra–.

¹⁰⁶⁴ *“1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.*

2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

3.- Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”.

(“1. La interpretación no debe ceñirse a la letra de la ley, sino recomponer a partir de los textos el pensamiento legislativo, teniendo sobre todo en cuenta la unidad del sistema jurídico, las circunstancias en que la ley fue elaborada y las condiciones específicas del tiempo en que es aplicada.

2. No puede, sin embargo, ser considerado por el intérprete el pensamiento legislativo que no tenga en la letra de la ley un mínimo de correspondencia verbal, aun imperfectamente expresada.

3. En la fijación del sentido y alcance de la ley, el intérprete presumirá que el legislador consagró las soluciones más acertadas y supo expresar su pensamiento en términos adecuados”). –La traducción es nuestra–.

¹⁰⁶⁵ Que puede consistir, incluso, en el sentido a deducir por la presencia de una palabra en el texto de la disposición legal (Sent. “Kronospan Mielec”, de 7 de octubre de 2010, C-222/09, aptdo. 28), o bien de una expresión (Sent. “Werynski”, de 17 de febrero de 2011, C-283/09, aptdo. 53).

Luego se encontraría, también, ante la falta de precisión o ambigüedad, el sentido más o menos amplio a otorgar a un concepto en cuestión (Sent. “Werynski”, aptdos. 41 y 42) o, simplemente, la necesidad de que así sea, para conseguir el objetivo de la norma (Sent. “SGAE”, de 7 de diciembre de 2006, C-306/05, aptdo. 36; Sent. “BSA”, de 22 de octubre de 2010, C-393/09, aptdo. 54).

que puede venir referido bien al lenguaje corriente u ordinario¹⁰⁶⁶ o bien al técnico (y aquí hay que tener, además, en cuenta las distintas versiones lingüísticas del Derecho de la UE¹⁰⁶⁷), sin olvidar el sentido autónomo que pueda tener un concepto en el Derecho de la Unión¹⁰⁶⁸; 2.- el criterio sistemático (es decir, el que apunta al contexto normativo en el que se encuentra inserto el enunciado)¹⁰⁶⁹; 3.- el teleológico o referido a la

¹⁰⁶⁶ Sent. “Witt”, de 12 de diciembre de 1973, C-149/73, aptdo. 3; Sent. “easyCar”, de 10 de marzo de 2005, C-336/03, aptdo. 21; Sent. “Massachusetts Institute of Technology”, de 4 de mayo de 2006, C-431/04, aptdo. 17; Sent. “Wallentin-Hermann”, de 22 de diciembre de 2008, C-549/07, aptdo. 17; Sent. “UGT-FSP”, de 29 de julio de 2010, C-151/09, aptdos. 39 y 42; Sent. “Content Services”, de 5 de julio de 2012, C-49/11, aptdo. 32; Sent. “Digitalnet”, de 22 de noviembre de 2012, en los asuntos acumulados C-320/11, C-330/11, C-382/11 y C-383/11, aptdos. 38 y 40; Sent. “Probst”, de 22 de noviembre de 2012, C-119/12, aptdo. 20; Sent. “BLV Wohn- und Gewerbebau”, de 13 de diciembre de 2012, C-395/11, aptdo. 25; Sent. “McDonagh”, de 31 de enero de 2013, C-12/11, aptdo. 28; Sent. “Lundberg”, de 3 de octubre de 2013, C-317/12, aptdo. 18; Sent. “Diakité”, de 30 de enero de 2014, C-285/12, aptdo. 27; Sent. “Deckmyn”, de 3 de septiembre de 2014, C-201/13, aptdo. 19; Sent. “Baltlanta”, de 3 de septiembre de 2014, C-410/13, aptdos. 41 y 42.

¹⁰⁶⁷ Sent. “Stauder”, de 12 de noviembre de 1969, C-29/69, aptdo. 3; Sent. “Moksel”, de 7 de julio de 1988, C-55/87, aptdo. 15; Sent. “Junk”, de 27 de enero de 2005, C-188/03, aptdo. 33; Sent. “Zurita García y Choque Cabrera”, de 22 de octubre de 2009, C-261/08 y C-348/08, aptdo. 54; Sent. “Eulitz”, de 28 de enero de 2010, C-473/08, aptdos. 22 y 32; Sent. “Internetportal und Marketing”, de 3 de junio de 2010, C-569/08, aptdo. 35; Sent. “4finance”, de 3 de abril de 2014, C-515/12, aptdos. 19 y 28.

¹⁰⁶⁸ Sent. “Peters”, de 22 de marzo de 1983, C-34/82, aptdos. 9 y 10; Sent. “Kalfelis”, de 27 de septiembre de 1988, C-189/87, aptdos. 15 y 16; Sent. “Reichert y Kockler”, de 26 de marzo de 1992, C-261/90, aptdo. 15; Sent. “Handte”, de 17 de junio de 1992, C-26/91, aptdo. 10; Sent. “Tacconi”, de 17 de septiembre de 2002, C-334/00, aptdo. 19; Sent. “Henkel”, de 1 de octubre de 2002, C-167/00, aptdo. 35; Sent. “Frahuil”, de 5 de febrero de 2004, C-265/02, aptdo. 22; Sent. “Engler”, de 20 de enero de 2005, C-27/02, aptdo. 33; Sent. “Österreichischer Rundfunk (ORF)”, de 18 de octubre de 2007, C-195/06, aptdo. 24; Sent. “Kozłowski”, de 17 de julio de 2008, C-66/08, aptdos. 41 y 42; Sent. “Mantello”, de 16 de noviembre de 2010, C-261/09, aptdo. 38; Sent. “Werynski”, C-283/09, aptdos. 58 y 59; Sent. “Omejc”, de 16 de junio de 2011, C-536/09, aptdo. 20 (*las expresiones “representante” e “impedir la ejecución de un control sobre el terreno” que se contienen en el Reglamento n° 796/2004*); Sent. “Mühlleitner”, de 6 de septiembre de 2012, C-190/11, aptdo. 28 (*los conceptos utilizados en el Reglamento Bruselas I*); Sent. “Ceská sporitelna”, de 14 de marzo de 2013, C-419/11, aptdos. 25 y 45 (*“materia contractual” y “contrato celebrado por el consumidor”*); Sent. “Baláz”, de 14 de noviembre de 2013, C-60/12, aptdos. 26 y 42 (*“órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales”*); Sent. “Deckmyn”, de 3 de septiembre de 2014, C-201/13, aptdos. 15 y 17 (*“parodia”*).

¹⁰⁶⁹ Sent. “Rinau”, de 11 de julio de 2008, C-195/08 PPU, aptdo. 84; Sent. “Werynski”, C-283/09, aptdo. 60.

Pues proporcionar la interpretación de una norma aislada, sin considerar el contexto en el que se encuentra, no parece muy correcto. Por eso, dice el brocardo: *“Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere”*.

intencionalidad del legislador, toda vez que las palabras, por sí mismas, no autodefinen una disposición legal¹⁰⁷⁰ (donde se incluirían los trabajos preparatorios¹⁰⁷¹ -a los que, por otra parte, se refiere el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 como medio suplementario de interpretación de un tratado¹⁰⁷²- y hasta el resultado de las negociaciones que dieron lugar a la adhesión de un EM¹⁰⁷³); 4.- el histórico, esto es, el significado de determinados términos en el momento temporal de adopción de la norma (o, incluso, la trayectoria histórica de una disposición¹⁰⁷⁴).

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se encuentran ejemplos de enumeración de estas vías de interpretación (Sent. “Csonka”, de 11 de julio de 2013, C-409/11, aptdo. 23), y hasta de la subsidiariedad en la elección, ante las deficiencias que pueda presentar, eventualmente, la propia literalidad de la norma, p.e., por ser genéricos o imprecisos los términos empleados en ésta (Sent. “Csonka”, aptdo. 25).

(Vid. CATALANO, N., y SCARPA, R., “*Principios de Derecho Comunitario*”. Tecnos, Madrid, 1988, p. 152).

¹⁰⁷⁰ CRAIG, P., “*Pringle: legal reasoning, text, purpose and teleology*”. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2013, volumen 20, número 1, p. 7.

¹⁰⁷¹ Sent. “easyCar”, C-336/03, aptdo. 20; Sentencia “Runevic-Vardyn”, de 12 de mayo de 2011, C-391/09, aptdo. 46; Sent. “Content Services”, C-49/11, aptdo. 32; Sent. “Rodríguez Cachafeiro”, de 4 de octubre de 2012, C-321/11, aptdo. 22; Sent. “Shomodi”, de 21 de marzo de 2013, C-254/11, aptdo. 23; Sent. “Halaf”, de 30 de mayo de 2013, C-528/11, aptdo. 37.

¹⁰⁷² “*Medios de interpretación complementarios*. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

¹⁰⁷³ Sent. “Kirin Amgen”, de 2 de septiembre de 2010, C-66/09, aptdos. 49 y 50 -a propósito de la República de Lituania-.

¹⁰⁷⁴ Sent. “PARAT Automotive Cabrio”, de 23 de abril de 2009, C-74/08, aptdo. 29; Sent. “Draka NK Cables”, de 23 de abril de 2009, C-167/08, aptdo. 20; Sent. “Zuid-Chemie”, de 16 de julio de 2009, C-189/08, aptdo. 18; Sent. “German Graphics Graphische Maschinen”, de 10 de septiembre de 2009, C-292/08, aptdo. 27; Sent. “Werynski”, C-283/09, aptdos. 65 a 68; Sent. “Realchemie Nederland”, de 18 de octubre de 2011, C-406/09, aptdo. 38; Sent. “eDate Advertising y Martínez”, de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, aptdo. 39; Sent. “Hypotecni banka”, de 17 de noviembre de 2011, C-327/10, aptdo. 29; Sent. “Folien Fischer y Fofitec”, de 25 de octubre de 2012, C-133/11, aptdo. 31; Sent. “Refcomp”, de 7 de febrero de 2013, C-543/10, aptdo. 18; Sent. “Ceská sporitelna”, C-419/11, aptdos. 27 y 43.

Si bien el TJUE hace un uso combinado de estas modalidades interpretativas¹⁰⁷⁵, parece especialmente inclinado, o más propenso a decantarse, sobre aquella que incide en la voluntad del legislador, es decir, la vertiente teleológica. Si bien evita pronunciamientos explícitos en cuestiones de jerarquía sobre estos criterios, parece dar prioridad, en su ánimo de proceder a una lectura ambiciosa de los tratados, a cuál haya sido el espíritu que informó la disposición legal, antes que la letra de la misma¹⁰⁷⁶, acaso porque centra su atención más que en el proceso de razonamiento, en el resultado (lo que propicia la elección discrecional del medio interpretativo más adecuado a ese fin¹⁰⁷⁷). Alguna excepción a ello

¹⁰⁷⁵ Sent. “Tenuta il Bosco”, de 15 de octubre de 1992, C-162/91, aptdo. 11; Sent. “Maierhofer”, de 16 de enero de 2003, C-315/00, aptdo. 27; Sent. “Harbs”, de 15 de julio de 2004, C-321/02, aptdo. 28; Sent. “Jyske Finans”, de 8 de diciembre de 2005, C-280/04, aptdo. 34; Sent. “Bogiatzi”, de 22 de octubre de 2009, C-301/08, aptdo. 39; Sent. “Deticek”, de 23 de diciembre de 2009, C-403/09 PPU, aptdo. 33; Sent. “Lassal”, de 7 de octubre de 2010, C-162/09, aptdo. 49; Sent. “Feltgen y Bacino Charter Company”, de 22 de diciembre de 2010, C-116/10, aptdo. 12; Sent. “Auto Nikolovi”, de 3 de marzo de 2011, C-203/10, aptdo. 41; Sent. “Omejc”, de 16 de junio de 2011, C-536/09, aptdo. 21; Sent. “Toshiba Corporation”, de 14 de febrero de 2012, C-17/10, aptdo. 73; Sent. “Spedition Welter”, de 10 de octubre de 2013, C-306/12, aptdo. 17; Sent. “Kronos Titan”, de 3 de abril de 2014, asuntos acumulados C-43/13 y C-44/13, aptdo. 25.

¹⁰⁷⁶ Sent. “Merck”, de 17 de noviembre de 1983, C-292/82, aptdo. 12; Sent. “St. Nikolaus Brennerer”, de 21 de febrero de 1984, C-337/82, aptdo. 10; Sent. “Adidas”, de 14 de octubre de 1999, C-223/98, aptdo. 23; Sent. “KVS International”, de 18 de mayo de 2000, C-301/98, aptdo. 21; Sent. “Kvaerner”, de 14 de junio de 2001, C-191/99, aptdo. 30; Sent. “Granarolo”, de 13 de noviembre de 2003, C-294/01, aptdo. 34; Sent. “ZVK”, de 23 de noviembre de 2006, C-300/05, aptdo. 15; Sent. “Schouten”, de 1 de marzo de 2007, C-34/05, aptdo. 25; Sent. “Deutsche Internet Versicherung”, de 16 de octubre de 2008, C-298/07, aptdo. 15; Sent. “Klarenberg”, de 12 de febrero de 2009, C-466/07, aptdo. 37; Sent. “Yaesu Europe”, de 3 de diciembre de 2009, C-433/08, aptdo. 24; Sent. “ebookers.com Deutschland”, de 19 de julio de 2012, C-112/11, aptdo. 12; Sent. “Brain Products”, de 2 de noviembre de 2012, C-219/11, aptdo. 13; Sent. “Csonka”, aptdo. 23.

(Vid. DEHOUSSE, R., *“La Cour de Justice des Communautés Européennes”*. Montchrestien, París, 1994, pp. 66-67; CONWAY, G., *“Op. Cit.”*, p. 24; LENAERTS, K., *“Interpretation and the Court of Justice: A Basis for Comparative Reflection”*, The International LAWYER, SUMMER 2007, VOLUME 41, Nº 4, pp. 1017-1019).

¹⁰⁷⁷ En este sentido, Koen LENAERTS ha dicho que el Tratado de la Unión es un “tratado marco”, lo que significa que fue diseñado en términos generales y, por tanto, es incompleto e impreciso, teniendo lagunas que, tanto el Tribunal de Justicia como el resto de las Instituciones, están llamados a colmar. Es decir, sería como una especie de Constitución, como así reconoce el TJ en su Sent. “Les Verts”, de 23 de abril de 1986, C-294/83, aptdo. 23. El Tribunal de Justicia estaría realizando una labor “legislativa”.

Véase también sobre este particular, la crítica de GUNNAR BECK al Tribunal de Justicia por cruzar la línea que separa el razonamiento legal del juicio político (BECK, G., *“The Legal Reasoning of the Court of Justice and the Euro Crisis- The Flexibility of the Court’s Cumulative Approach and the Pringle Case”*. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2013, volumen 20, número 4, pp. 635-648). Esta crítica, vertida a propósito del asunto “Pringle”, ha

hemos sido, sin embargo, capaces de encontrar en la jurisprudencia del TJUE (Sent. “Bank Handlowy y Adamiak”, de 22 de noviembre de 2012, C-116/11, aptdo. 49¹⁰⁷⁸).

Lo que indicábamos anteriormente sobre los criterios interpretativos, siendo así, parece ir en contra no solo del criterio de prioridad establecido por los ordenamientos nacionales de los Estados miembros –a algunos de los cuales, a modo de ejemplo, nos hemos referido más arriba– sino también de lo establecido en el artículo 31.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰⁷⁹.

Sin embargo, lo anterior es solo un cajón de sastre para empezar pues, con carácter general, la interpretación de un texto jurídico es algo que, siendo más complejo, no puede quedarse ahí y, por tanto, el intérprete del Derecho se vale, además, de otros mecanismos complementarios: los argumentos propiamente interpretativos (que tendrían que ver, según hemos visto, con las vías de atribución de significado a un texto legal), pero también de modalidades de decisión (como la analogía), las presunciones interpretativas (una de ellas sería la reducción al absurdo, en orden a evitar

sido rebatida por algún autor (CRAIG, P., “*Pringle and the nature of legal reasoning*”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, volumen 21, número 1, 2014).

No en vano la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede llegar a codificarse (o sea, devenir norma legal).

(CONWAY, G., “*Op. Cit.*”, p. 26; LENAERTS, K., “*Interpretation and the Court of Justice: A Basis for Comparative Reflection*”, The International LAWYER, SUMMER 2007, VOLUME 41, Nº 4, pp. 1017-1018; MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “*En busca de la Europa social: reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein*”. REDUE, nº 14, 1º semestre 2008, pp. 139-140).

¹⁰⁷⁸ El TJ afirma que en caso de duda sobre su texto, las disposiciones del Derecho de la Unión deben ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate.

¹⁰⁷⁹ “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

La Convención de Viena hace referencia igualmente tanto a los medios de interpretación complementarios (artículo 32), como a la interpretación de los tratados autenticados en dos o más idiomas (artículo 33). La buena fe, además, como medio que es de interpretación de los tratados, constituiría una extensión del principio homónimo que ha de presidir la negociación y concertación de aquéllos.

(Vid. CASADO RAIGÓN, R., “*Comentarios sobre la negociación y la adopción de los tratados bilaterales y multilaterales restringidos*”. Anuario español de derecho internacional, nº 14, 1998, pp. 757-766).

consecuencias racionalmente inasumibles) y las máximas de resolución de conflictos (una de ellas sería la de aplicación de la *lex specialis*)¹⁰⁸⁰, siendo estos criterios trasladables, como veremos después, al quehacer interpretativo del Tribunal de Justicia¹⁰⁸¹.

En el Derecho de la UE, como decía BENGOETXEA –¿sólo es así en Derecho de la Unión, es que acaso no se da también en los derechos nacionales?- el Tribunal de Justicia se ha encontrado con “*easy cases*” – casos fáciles- y “*hard cases*”-casos complejos-, siendo los primeros aquellos en los que es posible la aplicación de un razonamiento más o menos silogístico, porque la consecuencia puede deducirse del enunciado de la norma; mientras que, en los segundos, el grado de ajuste de la decisión a lo que establece la norma, aunque aparezca racionalmente fundado en Derecho, no es tan claro, por ser difusos o no suficientemente justificados, los pasos intermedios que han debido seguirse en el proceso de razonamiento¹⁰⁸².

Hace ya varias décadas, el Profesor SHAPIRO, de la Universidad de Berkeley, en un acerado artículo¹⁰⁸³, criticaba el modo de proceder del Tribunal de Justicia, refiriéndose, o tomando como base el contenido de una obra del Profesor BARAV¹⁰⁸⁴ en la que trataba sobre este asunto de la interpretación. El autor americano, ironizando sobre la “ciencia” legal francesa y las sutilezas del lenguaje que le son propias, se refería a la

¹⁰⁸⁰ CONWAY, G., “*Op. Cit.*”, p. 19.

¹⁰⁸¹ BENGOETXEA, J., “El artículo 177 del Tratado de Roma y la sistemática interpretativa del Tribunal de Justicia”, en “*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*”, PASTOR BORGOÑÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOETXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993. pp. 198-199.

¹⁰⁸² BENGOETXEA, J., “*The Legal Reasoning of the European Court of Justice*”. Clarendon Pres, Oxford, 1993.

¹⁰⁸³ SHAPIRO, M., “*Comparative Law and Comparative Politics*”, S. Cal. L. Rev., 1979-1980, pp. 537-542.

Este artículo, aparte de las referencias al Profesor Barav, establece una distinción –distinción que nos parece ridícula- entre la doctrina europea y la americana, diciendo que las obras escritas por autores europeos son, simultáneamente, un acto académico y un acto de creación de Derecho, es decir, en este último caso, un acto político.

¹⁰⁸⁴ BARAV, A., “*The judicial power of the European Economic Community*”, University of Southern California, 1980.

afirmación del autor francés -que este mismo calificaba de juego de palabras (“*jeu de mots*”)- de que aunque el Tribunal de Justicia tiene una “política jurisprudencial”, no emplea una “jurisprudencia política”; lo que SHAPIRO interpreta “aproximadamente” –nótese la ironía- en el sentido de que después de establecer la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional, el Tribunal de Justicia ha pasado a preocuparse de las políticas plasmadas en las normas de la entonces Comunidad, mientras se muestra prudente en su función de revisión sustantiva, esto es, presume en determinados contextos la validez de la legislación comunitaria, lo que, en opinión del americano, se encuentra muy próximo a estándares de capricho y arbitrariedad.

A modo de ejemplo de cuanto ha quedado indicado más arriba, y analizando la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la Sent. “CILFIT” podemos comprobar lo siguiente:

En su apartado 20¹⁰⁸⁵ establece el criterio que le parece prevalente (el teleológico), ya que al estar redactados los textos del Derecho de la UE en varias lenguas –criterio gramatical-, y siendo las diversas versiones lingüísticas auténticas por igual –de modo que ninguna tiene prioridad sobre otras¹⁰⁸⁶-, la interpretación supone una comparación de las versiones

¹⁰⁸⁵ “Finalmente, cada disposición de Derecho comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho, de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata”.

¹⁰⁸⁶ Sent. “Kraaijeveld”, de 24 de octubre de 1996, C-72/95, aptdo. 25; Sent. “Sabatauskas”, de 9 de octubre de 2008, C-239/07, aptdo. 38; Sent. “Kurcums Metal”, de 15 de noviembre de 2012, C-558/11, aptdo. 48; Sent. “GSV”, de 9 de abril de 2014, C-74/13, aptdo. 20.

Tanto la Sentencia “Kurcums Metal” (aptdo. 48) como la Sent. “GSV” (aptdo. 20) establecen, además, que en caso de divergencia entre las distintas versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión, ésta debe interpretarse en función de la estructura general y la finalidad de la normativa en que se integra.

En el mismo sentido: Sent. “Cricket St. Thomas”, de 27 de marzo de 1990, C-372/88, aptdo. 19; Sent. “Rockfon”, de 7 diciembre de 1995, C-449/93, aptdo. 28; Sent. “Kraaijeveld”, de 24 de octubre de 1996, C-72/95, aptdo. 28; Sent. “SDC”, de 5 de junio de 1997, C-2/95, aptdo. 22; Sent. “Givane”, de 9 de enero de 2003, C-257/00, aptdo. 37; Sent. “Hässle”, de 11 de diciembre de 2003, C-127/00, aptdo. 70; Sent. “Borgmann”, de 1 de abril de 2004, C-1/02, aptdo. 25; Sent. “Plato Plastik Robert Frank”, de 29 de abril de 2004, C-341/01, aptdo. 64; Sent. “Jyske Finans”, de 8 de diciembre de 2005, C-280/04, aptdo. 31; Sent. “Velvet & Steel Immobilien”, de 19 de abril de 2007, C-455/05, aptdo. 20; Sent. “Profisa”, de 19 de abril de 2007, C-63/06, aptdo. 14; Sent. “Sabatauskas”, C-239/07, aptdo. 39; Sent. “Omejc”, C-536/09, aptdo. 24; Sent. “Evroetil”, de 21 de diciembre de 2011, C-503/10, aptdo. 42; Sent. “Lietuvos gelezinkeliai”, de 19 de julio de 2012, C-250/11, aptdo. 34; Sent. “Genil 48”, de 30 de mayo de 2013, C-604/11, aptdo. 38; Sent. “Haasová”, de 24 de octubre de 2013, C-22/12, aptdo. 48; Sent. “Drozдовs”, de 24 de

lingüísticas (aptdo. 18). Con la agravante de que, incluso en caso de concordancia de las versiones lingüísticas, los conceptos jurídicos no tienen necesariamente el mismo contenido en el Derecho de la Unión y en los diferentes Derechos nacionales (aptdo. 19).

En la Sent. “Gözütok y Brügge”, de 11 de febrero de 2003 (asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01), en la que se pretendía dilucidar la interpretación del artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen¹⁰⁸⁷, de 19 de junio de 1990, el TJ se centra en la vertiente finalística o teleológica al poner en combinación con otras normas el precepto objeto de interpretación (aptdos. 35 a 37).

En la Sent. “Perenicová y Perenic”, de 15 de marzo de 2012 (C-453/10) se vuelve a traer a colación este mismo criterio (aptdo. 31):

“En efecto, tal como se desprende de la jurisprudencia citada en el apartado 28 de la presente sentencia y como ha señalado la Abogado General en el punto 63 de sus conclusiones, el objetivo perseguido por el legislador de la Unión en el marco de la Directiva 93/13 consiste en restablecer el equilibrio entre las partes, manteniendo, en principio, la validez global del contrato, y no en anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas”.

En la Sent. “Mahdi”, de 5 de junio de 2014 (C-146/14 PPU), el Tribunal de Justicia vuelve a insistir en la importancia del sesgo finalístico en la hermenéutica del Derecho de la UE, cuando dice que:

“Ha de señalarse, desde un principio, que con arreglo al artículo 79 TFUE, apartado 2, el objetivo de la Directiva 2008/115, como se desprende de los considerandos 2 y 11 de ésta, es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas y garantías jurídicas comunes, para que las personas sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad” (aptdo. 38).

Lo cual resulta corroborado con lo que, más adelante, declara en el aptdo. 63 de la misma sentencia:

octubre de 2013, C-277/12, aptdo. 39; Sent. “Ivansson”, de 10 de julio de 2014, C-307/13, aptdo. 40.

¹⁰⁸⁷ El Acuerdo de Schengen fue firmado el 14 de junio de 1985 (BOE nº 81, de 5 de abril de 1994).

“Cualquier otra interpretación del artículo 15 de la Directiva 2008/115 privaría de efecto útil a los apartados 4 y 6 de dicho artículo y vaciaría de contenido el control judicial exigido en el artículo 15, apartado 3, segunda frase, de esa Directiva, poniendo así en peligro la consecución de los objetivos que ésta persigue”.

En la Sent. “Shomodi”, de 21 de marzo de 2013 (C-254/11), en su aptdo. 24, podemos leer:

“Por otra parte, el espíritu del Reglamento n° 1931/2006 induce a efectuar, si fuese necesario, una interpretación autónoma del mismo. Tanto sus objetivos como sus disposiciones muestran la intención del legislador de la Unión de habilitar para el tráfico fronterizo menor normas excepcionales frente al Reglamento n° 562/2006. Tal como señaló el Abogado General en el punto 52 de sus conclusiones, a fin de tener en cuenta las realidades locales, actuales o heredadas del pasado, estas normas tienen por objeto permitir que los residentes de las zonas fronterizas de que se trate crucen fácilmente, esto es, sin trabas administrativas excesivas, de manera frecuente, pero también habitual, las fronteras terrestres exteriores de la Unión por razones legítimas de orden económico, social, cultural o familiar”.

En el mismo sentido podríamos citar una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que arranca prácticamente desde sus albores (Sent. “Thieffry”, de 28 de abril de 1977, C-71/76, aptdos. 7, 8, 15, 16, 18 y 22).

Precisamente por este modo de proceder del Tribunal de Justicia, algunos órganos jurisdiccionales remitentes, con reconocible remedo, plantean sus cuestiones con esta orientación finalística en la formulación de sus términos.

Valga como ejemplo el del órgano judicial eslovaco cuyas cuestiones prejudiciales dieron lugar a la Sent. “Lesoochranárske zoskupenie” (C-240/09):

“A la luz del objetivo principal perseguido por el Convenio de Aarhus, a saber, reformar el concepto clásico de legitimación activa reconociendo la posición de parte procesal al público, o bien al público interesado, ¿puede reconocerse al artículo 9 de dicho tratado internacional, y en particular a su apartado 3, la eficacia autoejecutiva de los tratados internacionales, puesto que la Unión Europea se adhirió a dicho Convenio el 17 de febrero de 2005, pero no ha adoptado todavía

normas para adaptar el ordenamiento jurídico comunitario a aquél?” (apdo. 23, primera cuestión).

“En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones primera o segunda, ¿puede interpretarse el artículo 9, apartado 3, del Convenio de Aarhus, a la luz del objetivo principal perseguido por dicho convenio internacional, en el sentido de que por “acci[ón] de autoridades públicas” debe entenderse también la adopción de una decisión? Es decir, el derecho del público a participar en un procedimiento judicial, ¿comprende el derecho a impugnar las decisiones de una autoridad pública cuya ilegalidad repercute en el medio ambiente?” (apdo. 23, tercera cuestión).

En esta labor interpretativa no podemos dejar de reseñar el papel que ha venido desarrollando el llamado “soft law” (como instrumento que es de implementación del Derecho de la Unión), cuyos efectos “vinculantes”, como destaca SENDEN, han sido más adoptados desde el empeño hermenéutico llevado a cabo por los tribunales nacionales respecto al sentido que haya que dar a una norma del Derecho de la UE (Sent. “Deutsche Shell”, de 21 de enero de 1993, C-188/91, apdo. 18), que desde la labor de exégesis llevada a cabo por el propio Tribunal de Justicia, para el que tendría un efecto “discrecional”¹⁰⁸⁸ –aunque adoptándolo, eso sí, como indicador de la intención del legislador-¹⁰⁸⁹.

Como a este propósito dice la citada profesora, en línea con lo defendido por algunos Abogados Generales (TESAURO¹⁰⁹⁰, FENNELLY¹⁰⁹¹), el Tribunal de Justicia debería considerarse, a este respecto, como sujeto a la misma obligación que proyecta hacia los tribunales nacionales¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁸ Sent. “Grimaldi”, de 13 de diciembre de 1989, C-322/88, apdos. 18 y 19.

¹⁰⁸⁹ Vid. SENDEN, L., “Soft Law in European Community Law”. Modern Studies in European Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 397.

¹⁰⁹⁰ Punto 20 de las Conclusiones presentadas el 6 de abril de 1995 en el asunto “Kalanke” (C-450/93, Sentencia de 17 de octubre de 1995), en el que dice:

“(…) Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, aunque no constituya una medida jurídicamente vinculante, una recomendación puede servir de ayuda al interpretar otras disposiciones comunitarias que ésta pretende completar”.

¹⁰⁹¹ Punto 34 de las Conclusiones presentadas el 2 de abril de 1998 en el asunto “Tögel” (C-76/97, Sentencia de 24 de septiembre de 1998), en el cual expresa:

“(…) no puede considerarse que tengan el valor interpretativo de una recomendación que < (tiene) por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante >”.

¹⁰⁹² SENDEN, L., “Op. Cit. ”, p. 399.

De este modo, en la Sent. “Witt” (C-149/73), y en relación con las Notas Explicativas del Arancel Aduanero Común, publicadas por la Comisión, el Tribunal de Justicia señaló que, si bien las mismas “constituyen un elemento importante de interpretación en todos los casos en que se plantean dudas sobre las disposiciones del Arancel, no obstante, no pueden modificar las disposiciones cuyo sentido y alcance sean suficientemente claros” (aptdo. 3).

En la Sent. “Pastoors y Trans-Cap”, de 23 de enero de 1997 (C-29/95), se hace alusión a una Resolución de 20 de diciembre de 1985 del Consejo, dirigida a mejorar la aplicación de los Reglamentos en el ámbito de los transportes por carretera (Reglamentos números 3820/85 y 3821/85).

En la Sent. “Gravier”, de 13 de febrero de 1985 (C-293/83), como refiere SENDEN, el “soft law” comunitario ha contribuido a avocar ciertas áreas al ámbito competencial del Derecho de la UE, precisamente en casos en que esa competencia era discutida. De este modo, dice la autora citada, con vistas a establecer esa conexión, el TJ se refirió no solo a disposiciones de derecho primario y secundario, sino también a determinados actos de “derecho blando o flexible”¹⁰⁹³.

En su trabajo de interpretación, el Tribunal de Justicia aplica también una serie de “principios generales del Derecho”¹⁰⁹⁴, que se corresponderían básicamente con principios comunes a los derechos de los Estados Miembros¹⁰⁹⁵, v.g.:

¹⁰⁹³ SENDEN, L., “*Op. Cit.*”, pp. 395 y 396.

¹⁰⁹⁴ La Sent. “Mahdi”, de 5 de junio de 2014 (C-146/14 PPU), dice en su aptdo. 40:

“Con arreglo al considerando 6 de dicha Directiva, procede que los Estados miembros se aseguren de que la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a cabo mediante un procedimiento justo y transparente. Dicho considerando señala también que, de conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión, las decisiones que se tomen en el marco de la Directiva 2008/115 deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular”.

¹⁰⁹⁵ Igualmente, y como es lógico, los Estados miembros están obligados a respetar los principios generales del derecho de la UE cuando aplican este Derecho (Sent. “Mulligan”, de 20 de junio de 2002, C-313/99, aptdo. 35; Sent. “JK Otsa Talu”, de 4 de junio de 2009, C-241/07, aptdo. 46; Sent. “Balbiino”, de 4 de junio de 2009, C-560/07, aptdos. 37 y 63).

- No discriminación -como expresión del principio de igualdad-¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁶ Sent. “Sermide”, de 13 de diciembre de 1984, C-106/83, aptdo. 28; Sent. “SCAC”, de 29 de junio de 1995, C-56/94, aptdo. 27; Sent. “Fishermen’s Organisations”, de 17 de octubre de 1995, C-44/94, aptdo. 46; Sent. “EARL de Kerlast”, de 17 de abril de 1997, C-15/95, aptdo. 35; Sent. “National Farmer’s Union”, de 17 de julio de 1997, C-354/95, aptdo. 61; Sent. “Niemann”, de 6 de marzo de 2003, C-14/01, aptdo. 49; Sent. “Franz Egenberger”, de 11 de julio de 2006, C-313/04, aptdo. 33; Sent. “Agrana Zucker I”, de 11 de junio de 2009, C-33/08, aptdo. 46; Sent. “Agrana Zucker II”, de 20 de mayo de 2010, C-365/08, aptdo. 42; Sent. “Afton Chemical”, de 8 de julio de 2010, C-343/09, aptdo. 74; Sent. “Uzonyi”, de 30 de septiembre de 2010, C-133/09, aptdo. 31; Sent. “Grootes”, de 11 de noviembre de 2010, C-152/09, aptdo. 66; Sent. “AJD Tuna”, de 17 de marzo de 2011, C-221/09, aptdo. 88; Sent. “Nagy”, de 21 de julio de 2011, C-21/10, aptdo. 47; Sent. “Lietuvos gelezinkeliai”, de 19 de julio de 2012, C-250/11, aptdos. 44 y 45; Sent. “Garkalns”, de 19 de julio de 2012, C-470/11, aptdo. 42.

La observancia del principio de no discriminación exige que las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que las situaciones diferentes no sean tratadas de igual manera, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (Sent. “Idéal tourisme”, de 13 de julio de 2000, C-36/99, aptdo. 35; Sent. “Schempp”, de 12 de julio de 2005, C-403/03, aptdo. 28; Sent. “Marks & Spencer”, de 10 de abril de 2008, C-309/06, aptdo. 51; Sent. “Rüffler”, de 23 de abril de 2009, C-544/07, aptdo. 59; Sent. “JK Otsa Talu”, C-241/07, aptdo. 50; Sent. “NCC Construction Danmark”, de 29 de octubre de 2009, C-174/08, aptdo. 44; Sent. “Campsa Estaciones de Servicio”, de 9 de junio de 2011, C-285/10, aptdo. 29; Sent. “Orfey Bulgaria”, de 19 de diciembre de 2012, C-549/11, aptdo. 33; Sent. “LVK-56”, de 31 de enero de 2013, C-643/11, aptdo. 55; Sent. “Soukupová”, de 11 de abril de 2013, C-401/11, aptdo. 29).

Y, según el Tribunal de Justicia, los elementos que caracterizan distintas situaciones y su carácter comparable, deben apreciarse, en particular, a la luz del objeto y la finalidad del acto de la Unión que establece la distinción de que se trata (Sent. “T. Port”, de 10 de marzo de 1998, asuntos acumulados C-364/95 y C-365/95, aptdo. 83; Sent. “Hlozek”, de 9 de diciembre de 2004, C-19/02, aptdo. 46; Sent. “Arcelor Atlantique y Lorraine”, de 16 de diciembre de 2008, C-127/07, aptdo. 26; Sent. “Kleist”, de 18 de noviembre de 2010, C-356/09, aptdo. 34).

En el ámbito concreto de la *igualdad de sexos* (Sent. “Marshall I”, de 26 de febrero de 1986, C-152/84, aptdo. 24; Sent. “Dekker”, de 8 de noviembre de 1990, C-177/88, aptdos. 9 y 12; Sent. “Hertz”, de 8 de noviembre de 1990, C-179/88, aptdos. 11 y 13; Sent. “Marshall II”, de 2 de agosto de 1993, C-271/91, aptdos. 21 y 22; Sent. “Gillespie”, de 13 de febrero de 1996, C-342/93, aptdo. 22; Sent. “Paquay”, de 11 de octubre de 2007, C-460/06, aptdo. 28; Sent. “Danosa”, de 11 de noviembre de 2010, C-232/09, aptdo. 71; Sent. “Soukupová”, C-401/11, aptdos. 27 y 31; Sent. “Riezniece”, de 20 de junio de 2013, C-7/12, aptdos. 38 y 39).

Como curiosidad, el Tribunal de Justicia ha indicado que el Derecho de la Unión no se opone a que el servicio militar obligatorio esté reservado a los hombres (Sent. “Dory”, de 11 de marzo de 2003, C-186/01).

En el principio de *la igualdad, independientemente del origen racial o étnico o por su nacionalidad* (Sent. “Van Binsbergen”, de 3 de diciembre de 1974, C-33/74, aptdo. 25; Sent. “Walrave y Koch”, de 12 de diciembre de 1974, C-36/74, aptdos. 6, 16, 21, 31 y 33; Sent. “Donà/Mantero”, de 14 de julio de 1976, C-13/76, aptdo. 17; Sent. “Pieck”, de 3 de julio de 1980, C-157/79, aptdo. 8; Sent. “Cowan”, de 2 de febrero de 1989, C-186/87, aptdos. 9, 11 y 12; Sent. “Phil Collins y Patricia”, de 20 de octubre de 1993, asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92, aptdos. 15, 28, 32 y 34; Sent. “Angonese”, de 6 de junio de 2000, C-281/98, aptdos. 29, 36 y 45; Sent. “Rüffler”, C-544/07, aptdo. 59; Sent. “Runevic-Vardyn”, de 12 de mayo de 2011, C-391/09, aptdo. 40).

Respecto de la *no discriminación por motivos lingüísticos* (Sent. “Groener”, de 28 de noviembre de 1989, C-379/87, aptdo. 24).

Sobre la *no discriminación por orientación sexual* (Sent. “Maruko”, de 1 de abril de 2008, C-267/06, aptdos. 65 y 72; Sent. “Römer”, de 10 de mayo de 2011, C-147/08, aptdos. 38, 59 y 60; Sent. “Asociatia Accept”, de 25 de abril de 2013, C-81/12).

Acerca de la *no discriminación por cambio de sexo* (Sent. “P/S y Cornwall County Council”, de 30 de abril de 1996, C-13/94, aptdos. 20 y 21).

Respecto de la *no discriminación por motivos de edad* (Sent. “Mangold”, de 22 de noviembre de 2005, C-144/04, aptdos. 75 a 78; Sent. “Palacios de la Villa”, de 16 de octubre de 2007, C-411/05, aptdo. 49; Sent. “Bartsch”, de 23 de septiembre de 2008, C-427/06, aptdo. 25; Sent. “Age Concern England”, de 5 de marzo de 2009, C-388/07, aptdos. 32, 40 y 54; Sent. “Hütter”, de 18 de junio de 2009, C-88/08, aptdo. 41; Sent. “Wolf”, de 12 de enero de 2010, C-229/08, aptdo. 31; Sent. “Petersen”, de 12 de enero de 2010, C-341/08, aptdo. 34; Sent. “Küçükdeveci”, de 19 de enero de 2010, C-555/07, aptdos. 20, 21, 22, 27 y 50; Sent. “Ingeniorforeningen i Danmark”, de 12 de octubre de 2010, C-499/08, aptdos. 19 y 33; Sent. “Georgiev”, de 18 de noviembre de 2010, C-250/09 y C-268/09, aptdos. 26, 36 y 72; Sent. “Fuchs y Köhler”, de 21 de julio de 2011, asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10, aptdos. 35, 62, 66, 73 y 77; Sent. “Hennigs y Mai”, de 8 de septiembre de 2011, asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10, aptdo. 47; Sent. “Prigge”, de 13 de septiembre de 2011, C-447/09, aptdos. 38 y 81; Sent. “Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt”, de 7 de junio de 2012, C-132/11, aptdos. 22 y 28; Sent. “Schmitzer”, de 11 de noviembre de 2014, C-530/13, aptdo. 41).

Acerca de la *no discriminación por razón de obesidad, si genera discapacidad o, en general, por discapacidad* (Sent. “Chacón Navas”, de 11 de julio de 2006, C-13/05, aptdos. 37 y 51; Sent. “Coleman”, de 17 de julio de 2008, C-303/06, aptdos. 34, 35, 36, 38, 50 y 56; Sent. “FOA”, de 18 de diciembre de 2014, C-354/13, aptdo. 59).

Sobre la *igualdad de retribución* (Sent. “Barber”, de 17 de mayo de 1990, C-262/88, aptdo. 32; Sent. “Ten Oever”, de 6 de octubre de 1993, C-109/91, aptdos. 7 y 8; Sent. “Enderby”, de 27 de octubre de 1993, C-127/92, aptdo. 22; Sent. “Moroni”, de 14 de diciembre de 1993, C-110/91, aptdos. 10 y 23; Sent. “Neath”, de 22 de diciembre de 1993, C-152/91, aptdos. 9 y 27; Sent. “Coloroll”, de 28 de septiembre de 1994, C-200/91, aptdos. 33 y 36; Sent. “Van den Akker”, de 28 de septiembre de 1994, C-28/93, aptdo. 24; Sent. “Abdoulaye”, de 16 de septiembre de 1999, C-218/98, aptdo. 16; Sent. “Griesmar”, de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, aptdos. 39, 41, 45 y 67; Sent. “Niemi”, de 12 de septiembre de 2002, C-351/00, aptdo. 53; Sent. “Leone y Leone”, de 17 de julio de 2014, C-173/13, aptdos. 40, 60 y 74).

Con carácter residual podríamos hablar, incluso, de una *no discriminación en lo que se llama la “third party victimisation”* (Sent. “Coote”, de 22 de septiembre de 1998, C-185/97, aptdos. 19 y 20), es decir, aquellos casos de represalia contra una persona por el mero hecho de haber ésta ejercido sus derechos.

Puede haber, sin embargo, y así se reconoce por el Tribunal de Justicia, como situaciones independientes a las citadas, simples excepciones al principio de no discriminación (Sent. “Dano”, de 11 de noviembre de 2014, C-333/13, aptdo. 64).

(Vid. DAVIES, P., “The European Court of Justice, National Courts, and the Member States”, en *European Community Labour Law. Principles and Perspectives*, DAVIES, P.; LYON-CAEN, A.; SCIARRA, S. y SIMITIS, S. Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 124-135; DI FEDERICO, G., *Le discriminazioni in base all’età nella più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: da Mangold a Georgiev e oltre*. Studi sull’integrazione europea, número 3-

- Proporcionalidad¹⁰⁹⁷.
- Seguridad jurídica¹⁰⁹⁸, el cual exige que las normas jurídicas sean claras, precisas y de efectos previsibles, a fin de que los interesados

2011, Anno VI, Cacucci Editore, Bari, pp. 585-608; BOSIO, M., *“Discriminazioni ed orientamento sessuale nella Sentenza Römer della Corte di Lussemburgo”*. Il Diritto dell’Unione Europea, 3/11. Giuffrè Editore, pp. 761-780).

¹⁰⁹⁷ Sent. “Johnston”, de 15 de mayo de 1986, C-222/84, aptdo. 38; Sent. “Siesse”, de 26 de octubre de 1995, C-36/94, aptdo. 21; Sent. “de Andrade”, de 7 de diciembre de 2000, C-213/99, aptdo. 20; Sent. “Louloudakis”, de 12 de julio de 2001, C-262/99, aptdo. 67; Sent. “Oteiza Olazábal”, de 26 de noviembre de 2002, C-100/01, aptdo. 43; Sent. “Hannl-Hofstetter”, de 16 de octubre de 2003, C-91/02, aptdo. 18; Sent. “Swedish Match”, de 14 de diciembre de 2004, C-210/03, aptdo. 47; Sent. “Nerkowska”, de 22 de mayo de 2008, C-499/06, aptdos. 34, 40 y 46; Sent. “Jipa”, de 10 de julio de 2008, C-33/07, aptdo. 29; Sent. “Agrana Zucker I”, C-33/08, aptdos. 31 a 33; Sent. “Agrana Zucker II”, C-365/08, aptdos. 29 a 31; Sent. “Profaktor Kulesza”, de 29 de julio de 2010, C-188/09, aptdos. 29 y 39; Sent. “Stils Met”, de 7 de octubre de 2010, C-382/09, aptdo. 45; Sent. “AJD Tuna”, de 17 de marzo de 2011, C-221/09, aptdo. 79; Sent. “Gaydarov”, de 17 de noviembre de 2011, C-430/10, aptdo. 40; Sent. “Aladzhov”, de 17 de noviembre de 2011, C-434/10, aptdos. 42 y 47; Sent. “Kraft Foods Polska”, de 26 de enero de 2012, C-588/10, aptdo. 40; Sent. “Urbán”, de 9 de febrero de 2012, C-210/10, aptdos. 23, 53 y 57; Sent. “EMS-Bulgaria Transport”, de 12 de julio de 2012, C-284/11, aptdos. 69, 73 y 76; Sent. “Redlihs”, de 19 de julio de 2012, C-263/11, aptdos. 44 y 47; Sent. “Mecsek-Gabona”, de 6 de septiembre de 2012, C-273/11, aptdo. 64; Sent. “Stroy trans”, de 31 de enero de 2013, C-642/11, aptdo. 51; Sent. “Ablessio”, de 14 de marzo de 2013, C-527/11, aptdo. 35; Sent. “Rodopi-M 91”, de 20 de junio de 2013, C-259/12, aptdo. 38; Sent. “BDV Hungary Trading”, de 19 de diciembre de 2013, C-563/12, aptdos. 29 y 30.

Este principio, como principio general del Derecho de la Unión, exige que los medios que aplica una disposición del Derecho de la Unión sean aptos para alcanzar el objetivo propuesto y no vayan más allá de lo que es necesario para lograrlo.

(RADIGHIERI, E., *“Donne e esercizio: la visione della Corte di Giustizia”*. Il Diritto dell’Unione Europea, 4/2000, p. 829).

¹⁰⁹⁸ Sent. “Racke”, de 25 de enero de 1979, C-98/78, aptdo. 20; Sent. “Decker”, de 25 de enero de 1979, C-99/78, aptdo. 8; Sent. “Salumi”, de 12 de noviembre de 1981, asuntos acumulados C-212 a 217/80, aptdo. 10; Sent. “Bout”, de 10 de febrero de 1982, C-21/81, aptdo. 13; Sent. “GruSa Fleisch”, de 15 de julio de 1993, C-34/92, aptdo. 22; Sent. “Gebroeders van Es Douane Agenten”, de 13 de febrero de 1996, C-143/93, aptdo. 27; Sent. “Duff”, de 15 de febrero de 1996, C-63/93, aptdo. 20; Sent. “Belgocodex”, de 3 de diciembre de 1998, C-381/97, aptdo. 26; Sent. “Schlossstrasse”, de 8 de junio de 2000, C-396/98, aptdo. 44; Sent. “Consorzio del Prosciutto di Parma y Salumificio S. Rita”, de 20 de mayo de 2003, C-108/01, aptdo. 95; Sent. “VEMW”, de 7 de junio de 2005, C-17/03, aptdo. 80; Sent. “Olicom”, de 18 de julio de 2007, C-142/06, aptdo. 16; Sent. “Skoma-Lux”, de 11 de diciembre de 2007, C-161/06, aptdo. 38; Sent. “Ecotrade”, de 8 de mayo de 2008, asuntos acumulados C-95/07 y C-96/07, aptdo. 44; Sent. “ASM Brescia”, de 17 de julio de 2008, C-347/06, aptdo. 69; Sent. “Förster”, de 18 de noviembre de 2008, C-158/07, aptdo. 67; Sent. “Fallimento Olimpclub”, de 3 de septiembre de 2009, C-2/08, aptdo. 22; Sent. “Elektrownia Patnów II”, C-441/08, aptdo. 33; Sent. “Alstom Power Hydro”, de 21 de enero de 2010, C-472/08, aptdo. 16; Sent. “Roeckl Sporthandschuhe”, de 29 de abril de 2010, C-123/09, aptdo. 27; Sent. “Bavaria”, de 22 de diciembre de 2010, C-120/08, aptdos. 40 y 41; Sent. “Norma-A y Dekom”, de 10 de noviembre de 2011, C-348/10,

puedan orientarse en las situaciones y relaciones jurídicas reguladas por el ordenamiento jurídico de la Unión; así como que toda situación de hecho sea apreciada, normalmente y salvo indicación expresa en contrario, a la luz de las normas jurídicas que le son contemporáneas.

- Irretroactividad¹⁰⁹⁹.
- Protección de la confianza legítima o expectativa plausible¹¹⁰⁰.

aptdo. 66; Sent. “Toshiba Corporation”, de 14 de febrero de 2012, C-17/10, aptdo. 50; Sent. “EMS-Bulgaria Transport”, C-284/11, aptdo. 48; Sent. “LVK-56”, C-643/11, aptdo. 51; Sent. “Noorzia”, de 17 de julio de 2014, C-338/13, aptdo. 17; Sent. “Sysmex Europe”, de 17 de julio de 2014, C-480/13, aptdo. 29.

Aunque este principio tiene sus limitaciones (Sent. “Fallimento Olimpiclub”, C-2/08, aptdos. 29 a 31; Sent. “Byankov”, de 4 de octubre de 2012, C-249/11, aptdos. 50, 77 y 80).

Cabe también que, aunque la nueva ley sólo rija para el futuro, también se aplique, salvo excepciones, a los efectos futuros de situaciones nacidas durante la vigencia de la ley anterior (Sent. “Bauche”, de 15 de febrero de 1978, C-96/77, aptdo. 48; Sent. “Kauer”, de 7 de febrero de 2002, C-28/00, aptdo. 20; Sent. “Kersbergen-Lap y Dams-Schipper”, de 6 de julio de 2006, C-154/05, aptdo. 42; Sent. “Bavaria”, C-120/08, aptdo. 41).

¹⁰⁹⁹ Sent. “Adeneler”, de 4 de julio de 2006, C-212/04, aptdo. 110; Sent. “Impact”, de 15 de abril de 2008, C-268/06, aptdo. 100; Sent. “Angelidaki”, de 23 de abril de 2009, C-378/07 a C-380/07, aptdo. 199.

¹¹⁰⁰ Sent. “Racke”, C-98/78, aptdo. 20; Sent. “Decker”, C-99/78, aptdo. 8; Sent. “Salumi”, asuntos acumulados C-212 a 217/80, aptdo. 10; Sent. “Bout”, C-21/81, aptdo. 13; Sent. “Krücken”, de 26 de abril de 1988, C-316/86, aptdo. 22; Sent. “GruSa Fleisch”, C-34/92, aptdo. 22; Sentencia “Belgocodex”, C-381/97, aptdo. 26; Sent. “Schlossstrasse”, C-396/98, aptdo. 44; Sent. “Marks & Spencer”, de 11 de julio de 2002, C-62/00, aptdo. 44; Sent. “Di Lenardo y Dilexport”, de 15 de julio de 2004, en los asuntos acumulados C-37/02 y C-38/02, aptdo. 70; Sent. “Elektrownia Patnów II”, C-441/08, aptdo. 33; Sent. “AJD Tuna”, de 17 de marzo de 2011, C-221/09, aptdo. 71; Sent. “Enel Maritsa Iztok 3”, de 12 de mayo de 2011, C-107/10, aptdos. 38, 39 y 41; Sent. “Stroy trans”, C-642/11, aptdo. 51; A. “Menidzherski”, de 4 de julio de 2013, C-572/11, aptdos. 29 y 30; Sent. “Magdeburger Mühlenwerke”, de 21 de marzo de 2013, C-129/12, aptdos. 35 y 47.

Este principio, sin embargo, ha resultado matizado por el propio Tribunal de Justicia, en su Sent. “Di Lenardo y Dilexport”, en cuyo aptdo. 70 puede leerse lo siguiente:

“Además, si bien el principio del respeto de la confianza legítima forma parte de los principios fundamentales de la Comunidad, los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente, que puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias, y esto ocurre especialmente en un ámbito como el de las organizaciones comunes de mercados, cuyo objeto lleva consigo una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica”.

En el mismo sentido o línea de matización: Sent. “JK Otsa Talu”, C-241/07, aptdo. 51.

- Tutela judicial efectiva¹¹⁰¹.
- Principio de cosa juzgada¹¹⁰².
- Principio de buena fe¹¹⁰³.
- Derechos fundamentales¹¹⁰⁴,

¹¹⁰¹ Sent. “Johnston”, de 15 de mayo de 1986, C-222/84, aptdos. 18 y 19; Sent. “Heyens”, de 15 de octubre de 1987, C-222/86, aptdo. 14; Sent. “Eribrand”, de 19 de junio de 2003, C-467/01, aptdo. 61; Sent. “Unibet”, de 13 de marzo de 2007, C-432/05, aptdo. 37; Sent. “Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres”, de 22 de diciembre de 2010, C-444/09 y C-456/09, aptdo. 75; Sent. “Lesoochranárske zoskupenie”, de 8 de marzo de 2011, C-240/09, aptdo. 52; Sent. “Hypotecni banka”, de 17 de noviembre de 2011, C-327/10, aptdos. 53 y 54; Sent. “Agrokonsulting-04”, de 27 de junio de 2013, C-93/12, aptdo. 59.

Respecto a la tutela judicial efectiva, la misma ha sido limitada por el Tribunal de Justicia al entender -a nuestro modo de ver, erróneamente- que el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no exige que exista una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal (Sent. “Samba Diouf”, de 28 de julio de 2011, C-69/10, aptdo. 69; Sent. “Sánchez Morcillo y Abril García”, de 17 de julio de 2014, C-169/14, aptdo. 36; Sent. “Oberto y O’Leary”, de 11 de marzo de 2015, asuntos acumulados C-464/13 y C-465/13, aptdo. 73).

¹¹⁰² Sent. “Köbler”, de 30 de septiembre de 2003, C-224/01, aptdos. 38 y 39; Sent. “Kapferer”, de 16 de marzo de 2006, C-234/04, aptdo. 20; Sent. “Fallimento Olimpiclub”, de 3 de septiembre de 2009, C-2/08, aptdo. 22; Sent. “Impresa Pizzarotti”, de 10 de julio de 2014, C-213/13, aptdo. 58.

¹¹⁰³ Sent. “Rusedespred”, de 11 de abril de 2013, C-138/12, aptdo. 26; Sent. “Leidseplein Beheer y de Vries”, de 6 de febrero de 2014, C-65/12, aptdos. 56 y 60; Sent. “FIRIN”, de 13 de marzo de 2014, C-107/13, aptdo. 55.

¹¹⁰⁴ Ya que, efectivamente, los Derechos Fundamentales, como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, forman parte integrante de los Principios Generales del Derecho (Sent. “Rodríguez Caballero”, de 12 de diciembre de 2002, C-442/00, aptdo. 30; Sent. “Österreichischer Rundfunk (ORF)”, de 20 de mayo de 2003, asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, aptdo. 68; A. “Koval’ský”, de 25 de enero de 2007, C-302/06, aptdo. 18; Sent. “Sopropé”, de 18 de diciembre de 2008, C-349/07, aptdo. 33; Sent. “Google Spain y Google”, de 13 de mayo de 2014, C-131/12, aptdo. 68); y, por consiguiente, el Tribunal de Justicia garantiza su respeto (Sent. “Stauder”, de 12 de noviembre de 1969, C-29/69, aptdo. 7; Sent. “Internationale Handelsgesellschaft”, de 17 de diciembre de 1970, C-11/70, aptdo. 4) –lo que a veces lleva a hacer referencias al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (Sent. “Rutili”, de 28 de octubre de 1975, C-36/75, aptdo. 32). Aunque, como también afirma el TJ, los mismos no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden implicar restricciones, siempre que respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por las medidas de que se trate y no constituyan, habida cuenta del objetivo que se pretende alcanzar, un menoscabo manifiesto y desproporcionado a los derechos así garantizados (Sent. “Fishermen’s Organisations”, de 17 de octubre de 1995, C-44/94, aptdo. 55; Sent. “Dokter”, de 15 de junio de 2006, C-28/05, aptdo. 75; Sent. “Gambazzi”, de 2 de abril de 2009, C-394/07, aptdo. 29; Sent. “Alassini”, de 18 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-317/08 a C-320/08, aptdo. 63; Sent.

“Hypotecni banka”, de 17 de noviembre de 2011, C-327/10, aptdo. 50; Sent. “Trade Agency”, de 6 de septiembre de 2012, C-619/10, aptdo. 55).

Deben mencionarse diversos principios y derechos relacionados directamente con estos “derechos fundamentales”, así: el *principio de legalidad de los delitos y de las penas*- “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”- (Sent. “Advocaten voor de Wereld”, de 3 de mayo de 2007, C-303/05, aptdos. 46, 49 y 50; Sent. “Intertanko”, de 3 de junio de 2008, C-308/06, aptdo. 70; Sent. “Aurubis Bulgaria”, de 31 de marzo de 2011, C-546/09, aptdo. 42); el *principio “non bis in idem”* (Sent. “Van Esbroek”, de 9 de marzo de 2006, C-436/04, aptdo. 30; Sent. “Toshiba Corporation”, de 14 de febrero de 2012, C-17/10, aptdo. 94; Sent. “M”, de 5 de junio de 2014, C-398/12); el de la *aplicación retroactiva de la pena más leve* (Sent. “Berlusconi”, de 3 de mayo de 2005, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, aptdos. 67 a 69; Sent. “Campina”, de 8 de marzo de 2007, C-45/06, aptdo. 32; Sent. “Jager”, de 11 de marzo de 2008, C-420/06, aptdo. 59; Sent. “El Dridi”, de 28 de abril de 2011, C-61/11 PPU, aptdo. 61; Sent. “Toshiba Corporation”, C-17/10, aptdo. 64); el de *propiedad*, si bien teniendo en cuenta las limitaciones y restricciones que impone su función social o utilidad pública (Sent. “Hauer”, de 13 de diciembre de 1979, C-44/79, aptdo. 23; Sent. “Schräder HS Kraftfutter”, de 11 de julio de 1989, C-265/87, aptdo. 15; Sent. “Standley”, de 29 de abril de 1999, C-293/97, aptdo. 54; Sent. “ERG”, de 9 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-379/08 y C-380/08, aptdo. 80; Sent. “Krizan”, de 15 de enero de 2013, C-416/10, aptdos. 113 a 115); el *derecho a la libertad de expresión* (Sent. “Satakunnan markkinapörssi”, de 16 de diciembre de 2008, C-73/07, aptdos. 54 a 56; Sent. “Patriciello”, de 6 de septiembre de 2011, C-163/10, aptdo. 31); el *derecho a la libertad y pluralismo de los medios de comunicación* (Sent. “Sky Österreich”, de 22 de enero de 2013, C-283/11, aptdos. 51, 59 y 66); el *derecho a la intimidad* (Sent. “Huber”, de 16 de diciembre de 2008, C-524/06, aptdo. 47; Sent. “Volker und Markus Schecke y Eifert”, de 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, aptdos. 77 y 86; Sent. “IPI”, de 7 de noviembre de 2013, C-473/12, aptdos. 28 y 39); el *derecho al respeto de la vida privada y familiar* (Sent. “Gueye y Salmerón Sánchez”, C-483/09 y C-1/10, aptdo. 55); el *derecho a la libertad religiosa* (Sent. “Y y Z”, de 5 de septiembre de 2012, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, aptdo. 62); el *respeto a la dignidad humana* (Sent. “Omega”, de 14 de octubre de 2004, C-36/02, aptdo. 34, a propósito de la explotación de un “juego de matar” en un “lasérdromo”); el *derecho a un proceso equitativo –en el que se incluye el derecho de defensa y el de contradicción–* (Sent. “Denilauler”, de 21 de mayo de 1980, C-125/79, aptdo. 13; Sent. “Pupino”, de 16 de junio de 2005, C-105/03, aptdo. 59; Sent. “Katz”, de 9 de octubre de 2008, C-404/07, aptdo. 48; Sent. “Gambazzi”, C-394/07, aptdo. 23; Sent. “Hypotecni banka”, C-327/10, aptdos. 48 y 52; Sent. “Banif Plus Bank”, de 21 de febrero de 2013, C-472/11, aptdos. 30 a 32); o el *derecho de defensa como derecho a ser oído y al acceso al expediente en las actuaciones de la Administración* (Sent. “Sopropé”, C-349/07, aptdos. 36 a 38; Sent. “Sabou”, de 22 de octubre de 2013, C-276/12, aptdos. 28 y 38; Sent. “Kamino International Logistics”, de 3 de julio de 2014, C-129/13, aptdos. 28, 29 y 34; Sent. “Mukarubega”, de 5 de noviembre de 2014, C-166/13, aptdos. 45 a 48; Sent. “Boudjlida”, de 11 de diciembre de 2014, C-249/13, aptdos. 34 y 38); la *presunción de inocencia* (S. “Rubach”, de 16 de julio de 2009, C-344/08, aptdo. 30).

(Vid. SEATZU, F., „*La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari?*“. Studi sull’integrazione europea, n° 2- 2007, pp. 377-388; LIAKOPOULOS, D. y ROMANI, M., “*Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Tra integrazione comunitaria ed efficacia del diritto internazionale privato e processuale*”. CEDAM, Padova, 2009, pp. 21-23; ROSSI, S., “*Est modus in rebus: l’insindacabilità parlamentare nel dialogo tra corti*”. Diritto Pubblico comparato ed europeo, 2012-I, Torino, pp. 229-234; DÄUBLER, W., “*Instruments of EC Labour Law*”, en “*European Community Labour Law. Principles and Perspectives*”, DAVIES, P.; LYON-CAEN, A.; SCIARRA, S. y SIMITIS, S. Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 157-159; CONWAY, G., “*Op. Cit.*”, p. 228).

También aplica el TJ, como se apuntó más arriba, una serie de “principios generales de interpretación”, como:

- El de que todo acto de la Unión debe interpretarse, en la medida de lo posible, de un modo que no cuestione su validez y de conformidad con el conjunto del Derecho primario y de los principios generales del Derecho de la Unión¹¹⁰⁵.
- El principio de efecto útil o “*effet utile*”¹¹⁰⁶.
- El principio de que una medida restrictiva de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado solo puede admitirse si está justificada por razones imperiosas de interés general¹¹⁰⁷.
- El principio de economía procesal¹¹⁰⁸.
- El principio de aplicación preferente de la ley -o norma- especial sobre la ley -o norma- general¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁵ Sent. “Klensch”, de 25 de noviembre de 1986, asuntos acumulados C-201/85 y C-202/85, aptdo. 21; Sent. “Rauh”, de 21 de marzo de 1991, C-314/89, aptdo. 17; Sent. “Lindqvist”, de 6 de noviembre de 2003, C-101/01, aptdo. 87; Sent. “Ordre des barreaux francophones et germanophone”, de 26 de junio de 2007, C-305/05, aptdo. 28; Sent. “Deticek”, de 23 de diciembre de 2009, C-403/09 PPU, aptdo. 34; Sent. “Chatzi”, de 16 de septiembre de 2010, C-149/10, aptdo. 43; Sent. “Lietuvos gelezinkeliai”, de 19 de julio de 2012, C-250/11, aptdo. 40; Sent. “Orfey Bulgaria”, de 19 de diciembre de 2012, C-549/11, aptdo. 32; Sent. “McDonagh”, de 31 de enero de 2013, C-12/11, aptdo. 44.

¹¹⁰⁶ Sent. “Metock”, de 25 de julio de 2008, C-127/08, aptdo. 93; Sent. “Rinau”, de 11 de julio de 2008, C-195/08 PPU, aptdo. 82; Sent. “Katz”, de 9 de octubre de 2008, C-404/07, aptdo. 47; Sent. “Pannon GSM”, de 4 de junio de 2009, C-243/08, aptdo. 32; Sent. “SAG ELV Slovensko”, de 29 de marzo de 2012, C-599/10, aptdo. 31; Sent. “F-Tex”, de 19 de abril de 2012, C-213/10, aptdo. 27; Sent. “Abed El Karem”, de 19 de diciembre de 2012, C-364/11, aptdo. 73; Sent. “Haasová”, de 24 de octubre de 2013, C-22/12, aptdo. 42; Sent. “Drozdovs”, de 24 de octubre de 2013, C-277/12, aptdos. 33, 53 y 54.

¹¹⁰⁷ Para ello es necesario que la aplicación de una medida de estas características sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no exceda de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo.

Véase, entre otras: Sent. “Kraus”, de 31 de marzo de 1993, C-19/92, aptdo. 32; Sent. “Kranemann”, de 17 de marzo de 2005, C-109/04, aptdo. 33; Sent. “Lyyski”, de 11 de enero de 2007, C-40/05, aptdo. 38; Sent. “Renneberg”, de 16 de octubre de 2008, C-527/06, aptdo. 81; Sent. “CIBA”, de 15 de abril de 2010, C-96/08, aptdo. 45.

¹¹⁰⁸ Sent. “Werynski”, de 17 de febrero de 2011, C-283/09, aptdos. 30 y 31.

¹¹⁰⁹ Sent. “Salgado Alonso”, de 20 de enero de 2005, C-306/03, aptdo. 37.

- Los principios de equivalencia y efectividad¹¹¹⁰.
- El principio de analogía¹¹¹¹.
- El principio de que no está excluido aquello que no consta expresamente indicado así en la norma¹¹¹².
- El argumento “a fortiori”¹¹¹³.
- El principio de equidad¹¹¹⁴.
- El principio de cautela o precaución¹¹¹⁵.

¹¹¹⁰ Sent. “Emmott”, de 25 de julio de 1991, C-208/90, aptdo. 16; Sent. “Steenhorst-Neerings”, de 27 de octubre de 1993, C-338/91, aptdo. 15; Sent. “Johnson”, de 6 de diciembre de 1994, C-410/92, aptdo. 21; Sent. “van Schijndel y van Veen”, de 14 de diciembre de 1995, asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, aptdo. 17; Sent. “Palmisani”, de 10 de julio de 1997, C-261/95, aptdo. 27; Sent. “Magorrian y Cunningham”, de 11 de diciembre de 1997, C-246/96, aptdo. 37; Sent. “IN.CO.GE. '90”, de 22 de octubre de 1998, asuntos acumulados C-10/97 a C-22/97, aptdo. 25; Sent. “Preston”, de 16 de mayo de 2000, C-78/98, aptdo. 31; Sent. “Wells”, de 7 de enero de 2004, C-201/02, aptdo. 67; Sent. “van der Weerd”, de 7 de junio de 2007, asuntos acumulados C-222/05 a C-225/05, aptdo. 28; Sent. “Danske Slagterier”, de 24 de marzo de 2009, C-445/06, aptdo. 31; Sent. “Alstom Power Hydro”, de 21 de enero de 2010, C-472/08, aptdo. 17; Sent. “Enel Maritsa Iztok 3”, C-107/10, aptdo. 29; Sent. “Meilicke”, de 30 de junio de 2011, C-262/09, aptdo. 55; Sent. “VALE Épitési”, de 12 de julio de 2012, C-378/10, aptdos. 48 a 58; Sent. “EMS-Bulgaria Transport”, C-284/11, aptdo. 49; Sent. “Byankov”, de 4 de octubre de 2012, C-249/11, aptdos. 69 y 70; Sent. “Pelati”, de 18 de octubre de 2012, C-603/10, aptdos. 23 y 25; Sent. “Szyrocka”, de 13 de diciembre de 2012, C-215/11, aptdo. 34; Sent. “Banif Plus Bank”, de 21 de febrero de 2013, C-472/11, aptdo. 26; Sent. “Irimie”, de 18 de abril de 2013, C-565/11, aptdos. 23 y 26; Sent. “Alakor”, de 16 de mayo de 2013, C-191/12, aptdo. 26; Sent. “Agrokonsulting-04”, de 27 de junio de 2013, C-93/12, aptdos. 36 a 39 y 48; Sent. “Impresa Pizzarotti”, de 10 de julio de 2014, C-213/13, aptdos. 54, 56 y 62.

¹¹¹¹ Sent. “Alstom Power Hydro”, C-472/08, aptdo. 16; Sent. “Slaby”, de 15 de septiembre de 2011, asuntos acumulados C-180/10 y C-181/10, aptdos. 33 y 34.

¹¹¹² Sent. “Jiménez Melgar”, C-438/99, aptdo. 43 y Sentencia “Tele Danmark”, C-109/00, aptdo. 33, ambas de 4 de octubre de 2001.

¹¹¹³ Sent. “Niemi”, de 12 de septiembre de 2002, C-351/00, aptdo. 49; Sent. “Wiedemann y Funk”, de 26 de junio de 2008, C-329/06 y C-343/06, aptdo. 84; Sent. “Ziebell”, de 8 de diciembre de 2011, C-371/08, aptdo. 83.

¹¹¹⁴ Sent. “Cido Grupa”, de 6 de septiembre de 2012, C-471/11, aptdo. 22.

¹¹¹⁵ Sent. “National Farmers’ Union”, de 5 de mayo de 1998, C-157/96, aptdos. 63 y 64; Sent. “Afton Chemical”, de 8 de julio de 2010, C-343/09, aptdos. 61 y 62; Sent. “Gowan Comércio Internacional e Serviços”, de 22 de diciembre de 2010, C-77/09, aptdos. 73, 75 y 76; Sent. “Monsanto”, de 8 de septiembre de 2011, asuntos acumulados C-58/10 a C-68/10, aptdo. 71.

- El principio de interdicción de prácticas abusivas¹¹¹⁶.
- El principio de reconocimiento mutuo¹¹¹⁷.

Igualmente, se aplican por el TJUE otros derechos o principios fundamentales –que lo son también de interpretación- y que se encuentran vinculados con materias específicas, por ejemplo:

1.- *En relación con el IVA*, el de que su derecho a deducción –derivado del principio de neutralidad fiscal- no puede, en principio, limitarse¹¹¹⁸. Por

¹¹¹⁶ Referido a que los Reglamentos de la Unión –y, en general, el Derecho de la Unión- no pueden extenderse hasta el extremo de cubrir prácticas abusivas de operadores económicos.

Véase, entre otras: Sent. “Cremer”, de 11 de octubre de 1977, C-125/76, aptdo. 21; Sent. “Emsland-Stärke”, de 14 de diciembre de 2000, C-110/99, aptdo. 51; Sent. “Vonk Dairy Products”, de 11 de enero de 2007, C-279/05, aptdo. 31; Sent. “Collée”, de 27 de septiembre de 2007, C-146/05, aptdo. 38; Sent. “Rodopi-M 91”, de 20 de junio de 2013, C-259/12, aptdo. 41; Sent. “Slancheva sila”, de 12 de septiembre de 2013, C-434/12, aptdo. 27.

¹¹¹⁷ Sent. “Rewe” –también conocida como “Cassis de Dijon”-, de 20 de febrero de 1979, C-120/78.

(Vid. CHAGAS JAGUAR CORREIA, E., “*O efeito vinculante do reenvio prejudicial na União Europeia: um caminho para desenvolver o Direito Comunitário*”. RSTPR, año 2, nº 4, agosto 2014, pp. 70-78).

¹¹¹⁸ Sent. “Lennartz”, de 11 de julio de 1991, C-97/90, aptdo. 27; Sent. “BP Soupergaz”, de 6 de julio de 1995, C-62/93, aptdo. 18; Sent. “Garage Molenheide”, de 18 de diciembre de 1997, asuntos acumulados C-286/94, C-340/95, C-401/95 y C-47/96, aptdo. 47; Sent. “Gabalfrisa”, de 21 de marzo de 2000, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, aptdo. 43; Sent. “Ampafrance y Sanofi”, de 19 de septiembre de 2000, asuntos acumulados C-177/99 y C-181/99, aptdo. 34; Sent. “Metropol y Stadler”, de 8 de enero de 2002, C-409/99, aptdo. 42; Sent. “Kretztechnik”, de 26 de mayo de 2005, C-465/03, aptdo. 33; Sent. “Centralan Property”, de 15 de diciembre de 2005, C-63/04, aptdo. 50; Sent. “Kittel y Recolta Recycling”, de 6 de julio de 2006, asuntos acumulados C-439/04 y C-440/04, aptdo. 47; Sent. “Cedilac”, de 18 de diciembre de 2007, C-368/06, aptdo. 31; Sent. “Securenta”, de 13 de marzo de 2008, C-437/06, aptdo. 24; Sent. “Ecotrade”, de 8 de mayo de 2008, asuntos acumulados C-95/07 y C-96/07, aptdo. 39; Sent. “Sosnowska”, de 10 de julio de 2008, C-25/07, aptdos. 14, 15 y 23; Sent. “Magoora”, de 22 de diciembre de 2008, C-414/07, aptdo. 28; Sent. “PARAT Automotive Cabrio”, de 23 de abril de 2009, C-74/08, aptdo. 15; Sent. “SALIX Grundstücks- Vermietungsgesellschaft”, de 4 de junio de 2009, C-102/08, aptdo. 70; Sent. “Pannon Gép Centrum”, de 15 de julio de 2010, C-368/09, aptdo. 37; Sent. “Profaktor Kulesza”, de 29 de julio de 2010, C-188/09, aptdo. 19; Sent. “Uszodaépítő”, de 30 de septiembre de 2010, C-392/09, aptdo. 34; Sent. “Oasis East”, de 30 de septiembre de 2010, C-395/09, aptdo. 18; Sent. “Dankowski”, de 22 de diciembre de 2010, C-438/09, aptdo. 22; Sent. “Enel Maritsa Iztok 3”, C-107/10, aptdos. 31 y 32; Sent. “Eon Aset Menidjmnt”, de 16 de febrero de 2012, C-118/11, aptdo. 68; Sent. “Polski Trawertyn”, de 1 de marzo de 2012, C-280/10, aptdo. 40; Sent. “Mahagében y Dávid”, de 21 de junio de 2012, asuntos acumulados C-80/11 y C-142/11, aptdos. 37, 38, 45, 49 y 57; Sent. “EMS-Bulgaria Transport”, C-284/11, aptdo. 44; Sent. “Tóth”, de 6 de septiembre de 2012, C-324/11, aptdos. 23 y 24; Sent. “Mednis”, de 18 de octubre de 2012, C-525/11, aptdo. 32; Sent. “Gran Via Moinești”, de 29 de noviembre de 2012, C-257/11, aptdo. 21; Sent. “Bonik”, de 6 de diciembre

ello, las excepciones a este principio han de interpretarse estricta o restrictivamente¹¹¹⁹.

2.- Como principio del *Derecho Social de la Unión*, el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas¹¹²⁰, o el principio de igualdad de trato (relacionado con el de no discriminación)¹¹²¹.

3.- Respecto de la interpretación de la *Clasificación Arancelaria de Mercancías*, los criterios que la jurisprudencia ha establecido, en aras del principio de seguridad jurídica y para la facilidad de los controles, se basan en atender a las características y propiedades objetivas, tal y como están definidas en el texto de las partidas de la NC y de las notas de secciones y capítulos¹¹²²; y que es preciso que estas características y propiedades

de 2012, C-285/11, aptdo. 26; A. “Forwards V”, de 28 de febrero de 2013, C-563/11, aptdo. 26; Sent. “AES-3C Maritza”, de 18 de julio de 2013, C-124/12, aptdo. 25; Sent. “Rafinãria Steaua Română”, de 24 de octubre de 2013, C-431/12, aptdo. 21.

¹¹¹⁹ Sent. “Metropol y Stadler”, de 8 de enero de 2002, C- 409/99, aptdo. 59; Sent. “Magoora”, C-414/07, aptdo. 28; Sent. “Oasis East”, C-395/09, aptdo. 24; Sent. “Dankowski”, C-438/09, aptdo. 42.

¹¹²⁰ Sent. “Merino Gómez”, de 18 de marzo de 2004, C-342/01, aptdo. 29; Sent. “Vicente Pereda”, de 10 de septiembre de 2009, C-277/08, aptdo. 18; Sent. “ANGED”, de 21 de junio de 2012, C-78/11, aptdos. 16 y 17; A. “Maestre Garcia”, de 21 de febrero de 2013, C-194/12, aptdos. 16, 17 y 24.

¹¹²¹ Por ejemplo, entre un trabajador con un contrato de duración determinada y un trabajador fijo, a menos que se justifique por razones objetivas, como en la Sent. “Del Cerro Alonso”, C-307/05, aptdos. 37 y 38, o el A. “Lorenzo Martinez”, C-556/11, aptdo. 36. Incluso en un ámbito como el de las Fuerzas Armadas o la Policía de los Estados miembros (Sent. “Johnston”, de 15 de mayo de 1986, C-222/84; Sent. “Sirdar”, de 26 de octubre de 1999, C-273/97; Sent. “Kreil”, de 11 de enero de 2000, C-285/98).

(Vid. RADIGHIERI, E., “*Donne e esercito: la visione della Corte di Giustizia*”. Il Diritto dell’Unione Europea, 4/2000, pp. 821-834).

¹¹²² Sent. “Daiber”, de 10 de octubre de 1985, C-200/84, aptdo. 13; Sent. “Weber”, de 25 de mayo de 1989, C-40/88, aptdo. 13; Sent. “Siemens Nixdorf”, de 19 de mayo de 1994, C-11/93, aptdo. 11; Sent. “Neckermann Versand”, de 9 de agosto de 1994, C-395/93, aptdo. 5; Sent. “Thyssen Haniel Logistic”, de 1 de junio de 1995, C-459/93, aptdo. 8; Sent. “Foods Import”, de 12 de diciembre de 1996, C-38/95, aptdo. 17; Sent. “Wiener SI”, de 20 de noviembre de 1997, C-338/95, aptdo. 10; Sent. “Techex”, de 18 de diciembre de 1997, C-382/95, aptdo. 11; Sent. “Eru Portuguesa”, de 26 de septiembre de 2000, C-42/99, aptdo. 13; Sent. “Peacock”, de 19 de octubre de 2000, C-339/98, aptdo. 9; Sent. “CBA Computer”, de 7 de junio de 2001, C-479/99, aptdo. 21; Sent. “Turbon International”, de 7 de febrero de 2002, C-276/00, aptdo. 21; Sent. “Possehl Erzkontor”, de 8 de diciembre de 2005, C-445/04, aptdo. 19; Sent. “Proxxon”, de 16 de febrero de 2006, C-500/04, aptdo. 21; Sent. “RUMA”, de 15 de febrero de 2007, C-183/06, aptdo. 27; Sent. “Medion y Canon Deutschland”, de 27 de septiembre de 2007, asuntos acumulados C-208/06 y C-209/06, aptdo. 34; Sent. “Rakvere Lihakombinaat”, de 29 de octubre de 2009, C-140/08, aptdo. 42.

objetivas de los productos puedan comprobarse en el momento de efectuar el despacho aduanero¹¹²³. También, que un producto incompleto o sin terminar debe ser asimilado a un artículo completo o terminado siempre que presente las características esenciales del mismo¹¹²⁴.

Por otra parte, no podemos olvidar que el Tribunal de Justicia se vale también, en su tarea interpretativa –tanto para colmar lagunas del ordenamiento jurídico como para suplir sus deficiencias-, de la costumbre¹¹²⁵ y de los principios generales del Derecho Internacional¹¹²⁶, o hace una remisión más genérica a lo que establece el Derecho Internacional (Sent. “Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española”, de 30 de septiembre de 2003, C-405/01¹¹²⁷) sobre todo para fundamentar jurídicamente la conformidad de las actuaciones de las Instituciones comunitarias (Sent. “Racke”, C-162/96, aptdo. 45) pues, la Unión Europea, como Organización Internacional, está sometida al Derecho Internacional General¹¹²⁸.

¹¹²³ Sent. “Luma”, de 16 de diciembre de 1976, C-38/76, aptdo. 7; Sent. “Van de Kolk”, de 8 de febrero de 1990, C-233/88, aptdo. 12; Sent. “Anagram International”, de 13 de julio de 2006, C-14/05, aptdo. 26; Sent. “Medion y Canon Deutschland”, C-208/06 y C-209/06, aptdo. 36.

¹¹²⁴ Sent. “ROSE Elektrotechnik”, de 9 de febrero de 1999, C-280/97, aptdo. 18; Sent. “Medion y Canon Deutschland”, C-208/06 y C-209/06, aptdo. 38.

¹¹²⁵ Vid. GARCÍA RICO, E.M., “Las normas jurídicas consuetudinarias y los actos de las Organizaciones Internacionales”, en *“Lecciones de Derecho Internacional Público”*, SALINAS DE FRÍAS, A. (Dir.); ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.; EXPÓSITO GONZÁLEZ, P.; GARCÍA RICO, E.M.; GARCÍA SAN JOSÉ, D.I.; TORRES CAZORLA, M.I. Tecnos, Madrid, 2015, pp.145-155.

¹¹²⁶ Sent. “Weber”, de 27 de febrero de 2002, C-37/00, aptdo. 31; Sent. “Budějovický Budvar”, de 18 de noviembre de 2003, C-216/01, aptdos. 152 a 154; Sent. “Kerckhaert y Morres”, de 14 de noviembre de 2006, C-513/04, aptdo. 23; Sent. “BBVA”, de 8 de diciembre de 2011, C-157/10, aptdo. 31.

En este sentido, la Sent. “Weber”, en el apartado indicado, afirma:

“A falta de disposición de dicho Convenio que regule este aspecto de su ámbito de aplicación y a falta de otros indicios sobre la respuesta que deba darse a esta cuestión, procede remitirse a los principios del Derecho internacional público relativos al régimen jurídico de la plataforma continental y, en particular, a la Convención de Ginebra, que era aplicable a los Países Bajos en el momento en que se produjeron los hechos del asunto principal”.

¹¹²⁷ Destacamos la alusión que hace el TJ, en el aptdo. 46 de esta Sentencia, a lo que dispone la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar respecto a que el capitán de un buque no está obligado a poseer la nacionalidad del Estado de pabellón.

¹¹²⁸ SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., “La aplicación del Derecho Internacional General a las actuaciones de las Organizaciones Internacionales. La práctica de las Comunidades Europeas-Unión Europea”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VI, 2006, pp. 793-816.

Este modo de conducirse al que vengo refiriéndome, ha llevado a un cierto activismo¹¹²⁹ por parte del TJ en su labor interpretativa, lo que comporta (como hemos ya indicado) una labor de creación de lo que sea el Derecho, es decir, a nuestro entender, una extralimitación por “arañamiento de competencias”.

Algún autor -DAVIES- lo justifica en la necesidad de asegurar la efectividad del Derecho de la UE, en aras a desarrollar una doctrina p.e. en materia de derechos fundamentales¹¹³⁰.

Un ejemplo de este activismo podemos tenerlo en la Sent. “Leplat”, de 12 de febrero de 1992 (C-260/90), la cual, en su aptdo. 15, establece que si un texto alude a los derechos de aduana sin mencionar expresamente a las exacciones de efecto equivalente, puede interpretarse, según su finalidad, en el sentido de que también contempla éstas últimas –aunque esta conclusión dice deducirla de la Sent. “Social Fonds voor de Diamantarbeiders” de 13 de diciembre de 1973, en los asuntos acumulados C-37/73 y C-38/73, aptdos. 10 y 13-, haciendo con ello tabla rasa del principio “expressio unius est exclusio alterius”.

La obra de BENGOTXEA, autor al que nos hemos referido ya, podría ser entendida, según CONWAY, como una apología del actual razonamiento del Tribunal de Justicia¹¹³¹, pero me pregunto si existen razones para ese apoyo o, en otras palabras, si habría que apuntar, de cara a una evolución futura de la cuestión prejudicial, y a diferencia de lo que se comprueba hoy en día, algunas ideas de cambio que pudieran ser beneficiosas para evitar determinadas situaciones indeseables.

La respuesta al anterior interrogante se me antoja ser un “sí”.

Y para ello he de empezar desmitificando determinadas declaraciones o, al menos, poniendo en cuestión su realidad.

¹¹²⁹ PORCHIA, O., “*Il ruolo della Corte di giustizia dell’Unione europea nella governance economica europea*”. *Il Diritto dell’Unione Europea*, 3/2013, pp. 610-611; CHAGAS JAGUAR CORREIA, E., “*O efeito vinculante do reenvio prejudicial na União Europeia: um caminho para desenvolver o Direito Comunitário*”. *RSTPR*, año 2, nº 4, agosto 2014, pp. 69-70.

¹¹³⁰ DAVIES, P., “The European Court of Justice, National Courts, and the Member States”, en “*European Community Labour Law. Principles and Perspectives*”, DAVIES, P.; LYON-CAEN, A.; SCIARRA, S. y SIMITIS, S. Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 136.

¹¹³¹ CONWAY, G., “*Op. Cit.*”, p. 71.

A modo de ejemplo, creo que la idea de que el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar el derecho nacional es una simple declaración de principios o, si se nos permite la expresión, una especie de “leyenda jurisprudencial”, puesto que la realidad parece ser otra.

En este mismo sentido, NIHOUL se hacía la siguiente pregunta:

*“¿Describe dicha formulación de manera fiel el planteamiento del Tribunal, o solo se esfuerza en velar de manera púdica la naturaleza real del control realizado y la amplitud del control ejercido por el Tribunal sobre el derecho nacional?”*¹¹³².

También SILVA DE LAPUERTA admite, a este respecto, que “el Tribunal no puede evitar poner indirectamente de manifiesto un incumplimiento (*del derecho nacional*) a través de la interpretación de la norma comunitaria aplicable y de la afirmación de su primacía y de su efecto directo”¹¹³³.

A mi modo de ver, las expresiones “se opondrá” o “no se opondrá” que el Tribunal de Justicia utiliza en sus sentencias prejudiciales no dejan de ser, en sí mismas, modos de valorar el derecho nacional (alguna significativa insinuación en este sentido vemos, igualmente, en las observaciones presentadas por el Gobierno español en el asunto “International Mail Spain”¹¹³⁴; así como alguna otra, no tan explícita, que NIHOUL tilda de “fórmula diplomática”¹¹³⁵).

¹¹³² NIHOUL, P., “¿Es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un Tribunal constitucional?”, en *Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*, PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOTXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, p. 305.

¹¹³³ SILVA DE LAPUERTA, R., “*El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”. La Ley, Madrid, 1993, 2ª edición actualizada, pp. 262-263.

¹¹³⁴ Sentencia de 15 de noviembre de 2007, C-162/06, en cuyo aptdo.18 se puede leer:

“El Gobierno español estima que la petición de decisión prejudicial es inadmisibile, por cuanto se refiere en realidad a la validez de una normativa nacional y no a la interpretación de una normativa comunitaria. A su juicio, al plantear dicha cuestión al Tribunal de Justicia, el tribunal nacional solicita en realidad que se aprecie si el artículo 18, apartado 1, c), de la Ley 24/1998 es conforme con la Directiva 97/67 o si esta disposición nacional ha sobrepasado los límites impuestos por la Directiva”.

¹¹³⁵ NIHOUL, P., “*Op. Cit.*”, p. 306.

¿Y qué decir cuando, a este respecto, el propio Tribunal de Justicia reformula la cuestión del órgano nacional, para que la misma se adecúe al parámetro formal de pregunta, y no haga sugerir directamente algo distinto, aunque en el fondo muy próximo, si no coincidente, con lo primero, según hemos dicho?

*Tomemos como ejemplo el asunto “SETAR” (Sentencia de 18 de diciembre de 2014, C-551/13), en el que la *Commissione tributaria provinciale di Cagliari* pregunta al Tribunal de Justicia:

«¿Es contraria al Derecho comunitario la normativa contenida en el artículo 188 del Decreto Legislativo nº 152/2006 y en el Decreto del Ministerio de Medio Ambiente y de Protección del territorio y del mar de 17 de diciembre de 2009, según la cual la entrada en vigor de la norma de transposición de la Directiva [2008/98] se posterga hasta que se dicte un Decreto Ministerial que regule las modalidades técnicas y los plazos de entrada en vigor de la citada norma de aplicación?»

A esto, y comoquiera que el Gobierno italiano propugnaba la inadmisibilidad de la cuestión, toda vez que:

“la citada cuestión versa sobre la interpretación de disposiciones de Derecho nacional y no sobre la de disposiciones del Derecho de la Unión”,

el Tribunal de Justicia precisa que:

“es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho de la Unión que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para la resolución del asunto que le haya sido sometido” (apdo. 32),

por lo que, realizando la correspondiente inferencia, reformula la cuestión, y así afirma que:

“de la petición de decisión prejudicial se desprende que el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en particular, si, suponiendo que el Derecho de la Unión deba interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal...” (apdo. 33).

Otro espejismo que, posiblemente, habría que desterrar de nuestro campo visual y, por ende, del de las creencias incuestionadas, es la de que al Tribunal de Justicia, según declara por boca de muchas de sus sentencias¹¹³⁶, no le corresponde analizar y apreciar los hechos, puesto que ello es competencia del órgano nacional¹¹³⁷.

En este punto hemos de insistir en que el Tribunal de Justicia, cuando se le plantea una cuestión prejudicial, realiza una labor, no parajurisdiccional - que es la que, según RAITI¹¹³⁸, le estaría atribuida por los Tratados –sino propiamente “cojurisdiccional”¹¹³⁹ con el órgano nacional, y respecto del litigio que sirve de base para la remisión prejudicial, pues, en cierta medida, y a veces en gran medida, está resolviendo el litigio nacional.

Así lo vendría a considerar también SILVA DE LAPUERTA cuando dice que “las respuestas del Tribunal de Justicia son a menudo tan detalladas y precisas que dictan prácticamente al Juez nacional la solución del litigio”¹¹⁴⁰.

No en vano, el TJ exige que se le proporcione el marco fáctico y jurídico en que se encuadra la cuestión prejudicial, hasta el punto de exhortar a los órganos nacionales a que, en la medida que permita el reconocimiento de la libertad de éstos para elegir el momento de la remisión, se haga en una fase en que los hechos estén determinados o acreditados¹¹⁴¹, y los problemas de mero Derecho nacional estén resueltos¹¹⁴².

¹¹³⁶ Refirámonos ahora a una a la que vamos a aludir más adelante, la Sent. “Garkalns”, C-470/11, aptdo. 30.

¹¹³⁷ Como una letanía se viene repitiendo este principio a lo largo de la historia jurisprudencial del Tribunal de Justicia (Sent. “Oehlschläger”, C-104/77; Sent. “Dumon y Froment”, C-235/95; Sent. “IKA”, C-326/00; Sent. “Stoss”, asuntos acumulados C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 y C-410/07, etc.).

¹¹³⁸ RAITI, G., “*La collaborazione giudiziaria nell’esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*”. Giuffrè Editore. Università di Catania. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 2003, p. 207.

¹¹³⁹ LIAKOPOULOS, D. y ROMANI, M., “*Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Tra integrazione comunitaria ed efficacia del diritto internazionale privato e processuale*”. CEDAM, Padova, 2009, pp. 46-47.

¹¹⁴⁰ SILVA DE LAPUERTA, R., “*El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”. La Ley, Madrid, 1993, 2ª edición actualizada, p. 230.

¹¹⁴¹ Resulta llamativo lo que expresa el TJ en el aptdo. 7 de la Sentencia “Parras Medina” (C-208/01), refiriéndose al Auto de remisión del TSJ de Castilla-La Mancha:

Es necesario, por tanto, que se le provea del marco fáctico que concurre en el procedimiento nacional¹¹⁴³, sobre todo, como ya hemos referido anteriormente, en aquellos casos relacionados con el ámbito de la Competencia, por la complejidad que suelen entrañar¹¹⁴⁴, de modo que, si la descripción no es lo suficientemente precisa, se inadmite la cuestión por el Tribunal de Justicia¹¹⁴⁵.

En mi opinión, esta exigencia no debería ser tal, pues de lo que se trata es de interpretar una norma. El riesgo que entonces se corre es el de que se acaben interpretando también los hechos, es decir, aplicando el Derecho – cuando se supone que estas dos últimas funciones le competen (ínsitamente) al tribunal nacional-.

Me resisto, por tanto, por un motivo de simple rigor intelectual, a aceptar como excusa el argumento del Tribunal de Justicia –contenido, por ejemplo, en el aptdo. 24 de la Sent. “International Mail Spain”, pero repetido, como una letanía, en otras resoluciones- de que *“una de las características esenciales del sistema de cooperación judicial establecido por el (artículo 267 del TFUE) consiste en que el Tribunal de Justicia responde en términos más bien abstractos¹¹⁴⁶ y generales a una cuestión de interpretación del Derecho Comunitario que se le plantea, mientras que*

“En su auto, el órgano jurisdiccional remitente precisó que planteaba sus cuestiones partiendo de la hipótesis de que los hechos relatados por las demandantes en el litigio principal son ciertos (...)”.

¹¹⁴² Sent. “Berit Hoj Pedersen”, de 19 de noviembre de 1998, C-66/96, aptdo. 45; Sent. “JämO”, de 30 de marzo de 2000, C-236/98, aptdo. 31.

¹¹⁴³ Sent. “Nordecon y Ramboll Eesti”, de 5 de diciembre de 2013, C-561/12, aptdo. 28.

¹¹⁴⁴ Sent. “Bettati”, de 14 de julio de 1998, C-341/95, aptdos. 67 y 68; Sent. “Albany”, de 21 de septiembre de 1999, C-67/96, aptdo. 39; Sent. “Lehtonen y Castors Braine”, de 13 de abril de 2000, C-176/96, aptdo. 22; Sent. “ASNEF-EQUIFAX”, de 23 de noviembre de 2006, C-238/05, aptdo. 23; Sent. “Attanasio Group”, de 11 de marzo de 2010, C-384/08, aptdo. 32; Sent. “Ragn-Sells”, de 12 de diciembre de 2013, C-292/12, aptdo. 39.

¹¹⁴⁵ Sent. “Asemfo”, de 19 de abril de 2007, C-295/05; aptdos. 42, 44 y 45.

¹¹⁴⁶ Este carácter lo vemos contradicho por TESAURO, cuando afirma que “en el ejercicio de su competencia prejudicial, el Tribunal de Justicia ha tenido la posibilidad de dar su interpretación de la norma de la Unión no en abstracto, sino en función de su impacto sobre el ordenamiento del juez remitente, de modo que la decisión de este último pueda incidir efectivamente sobre la posición jurídica subjetiva del particular de modo uniforme en todos los Estados miembros”.

(TESAURO, G., “*Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell’evoluzione dell’Unione europea*”. Il diritto dell’Unione europea, 3/13, p. 491).

corresponde el órgano jurisdiccional remitente resolver el litigio de que conoce teniendo en cuenta la respuesta del Tribunal de Justicia”.

Una prueba palpable más en la línea de lo que vengo defendiendo viene constituida por aquellos casos en que el Tribunal de Justicia trae a colación normas de la Unión que el Juez nacional no ha citado, como “interpretables”, en su auto de remisión, sino otras distintas que el Tribunal estima, sin embargo, “aplicables” al caso (Sent. “Betriu Montull”, de 19 de septiembre de 2013, C-5/12, aptdo. 44).

RIECHENBERG afirma, aunque con cierto comedimiento (pues el comentario tendría, a mi entender, un mayor y más notable alcance) que el control jurisdiccional de los actos comunitarios en determinadas materias – como en lo que hace a la clasificación arancelaria o a la aplicación de las reglas de competencia- parece hacer inevitable que el Tribunal de Justicia se tenga que pronunciar sobre algunos aspectos de hecho¹¹⁴⁷.

Un argumento añadido en esta línea de opinión sería el de la facultad de valoración que tiene el Tribunal de Justicia sobre la necesidad de la cuestión que se le ha planteado, habida cuenta el objeto del litigio existente en el EM, lo que implica, como opina RAITI, una “casi fatal invasión en el área de ejercicio de la función propiamente jurisdiccional de la autoridad nacional remitente”¹¹⁴⁸.

*Si nos fijamos en el aptdo. 58 de la Sent. “Norma-A y Dekom” (C-348/10), después de decir el Tribunal de Justicia que:

“El Juez nacional es el único que puede, por una parte, interpretar las disposiciones del Derecho nacional y, por otra parte, evaluar la parte del riesgo que asume concretamente el contratante en función de ese Derecho y de las disposiciones contractuales controvertidas”,

¹¹⁴⁷ RIECHENBERG, K., “¿Interrogar nuevamente al Tribunal de Justicia? La remisión prejudicial como elemento de diálogo interjurisdiccional”, en *“Derecho comunitario. La cuestión prejudicial”*, PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOTXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, p. 237).

¹¹⁴⁸ RAITI, G., “Op. Cit. ”, p. 237.

lo que se correspondería con el cánón de distribución de competencias que se confiesa existe y respeta, a continuación, el Tribunal de Justicia, no puede reprimir su impulso de hacer una valoración de los hechos, y añade:

“No obstante, el examen de la operación controvertida a la luz de las disposiciones normativas y contractuales, como se han expuesto en la resolución de remisión, conduce a primera vista a la conclusión de que dicha operación presenta las características de un contrato de servicios”.

Pero es que, precisamente, en la vista ante el Tribunal, se había tratado de dirimir, exponiendo su parecer sobre el particular los intervinientes, de si se trataba o no de una concesión de servicios, y así consta en su aptdo. 56:

“Es cierto que, en la vista ante el Tribunal de Justicia, las partes discutieron a propósito del alcance del riesgo asumido concretamente por el adjudicatario. Así, el Gobierno letón y la demandada en el procedimiento principal afirman, contrariamente a las demandantes en el procedimiento principal y a la Comisión Europea, que existen distintos factores –como la disminución de los recursos públicos destinados a cubrir las eventuales pérdidas, la falta de cobertura de determinados tipos de gastos y pérdidas debidos particularmente a la modificación de itinerarios y de trayectos, o la incertidumbre en cuanto a la demanda de los usuarios– que aumentan el riesgo de tal manera que, en realidad, el adjudicatario soporta una parte esencial del riesgo, tanto más cuanto que la duración del contrato es de ocho años. Por tanto, consideran que sí se trata de una concesión de servicios”.

La licencia que se permite el Tribunal, a mi modo de ver excesiva y errónea, a la par que frontalmente contradictoria con el principio declarativo que me he propuesto impugnar, al considerarse legitimado para proporcionar al órgano remitente todos los elementos de interpretación que le sean útiles para resolver el litigio, es una cuña que introduce en sus sentencias cada vez que se propone cruzar la muy tenue línea competencial que le separa del órgano nacional, y conseguir de este modo la interpretación de los hechos.

*Tomemos, a este particular, el caso de la Sent. “RR Donnelley Global Turnkey” (C-155/12), en la que, en su aptdo. 23, proclama la licencia a la que acabo de referirme:

“Si bien es cierto que corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si el sujeto pasivo realiza una prestación única en un caso concreto y formular todas las apreciaciones de hecho definitivas al

respecto, el Tribunal de Justicia puede proporcionarle todos los elementos de interpretación que le sean útiles para resolver el litigio (véanse, en este sentido, las sentencias Levob Verzekeringen y OV Bank, antes citada, apartado 23, y de 19 de julio de 2012, X, C-334/10, apartado 24)”.

Como la invocación antedicha tiene un carácter premonitorio, las consecuencias no se hacen esperar, y aparecen materializadas, en forma de interpretación de los hechos, en los aptdos. 24 a 26:

“A este respecto, ha de recordarse, como hizo la Abogado General en los puntos 21 a 23 de sus conclusiones, que de los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que, en el litigio principal, el almacenaje de la mercancía debe considerarse, en principio, la prestación principal, mientras que la recepción, el alojamiento, la entrega, la carga y la descarga de la mercancía son sólo prestaciones accesorias. En efecto, para la clientela estas últimas prestaciones no tienen una finalidad propia, sino que constituyen operaciones que les permiten disfrutar en las mejores condiciones del servicio principal.” (Aptdo. 24).

Sin embargo, en lo que se refiere al reembalaje en configuraciones individuales de la mercancía suministrada en embalajes conjuntos, ha de añadirse que esta prestación, que sólo se realiza a determinados clientes, debe considerarse una prestación principal independiente en todos los casos en que ese reembalaje no sea indispensable para garantizar un mejor almacenamiento de la mercancía de que se trate.” (Aptdo. 25).

Dado que de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia no se infiere que con su cuestión el tribunal remitente se haya referido a este segundo supuesto, procede considerar, en consecuencia, que la prestación compleja de almacenamiento controvertida en el litigio principal constituye una operación única cuya prestación principal consiste en el almacenamiento de mercancía.” (Aptdo. 26).

*A este mismo resultado de interpretación de los hechos considero que llega el Tribunal de Justicia en otras sentencias (Sent. “Elbal Moreno”, C-385/11¹¹⁴⁹; Sent. “Riezniece”, C-7/12).

¹¹⁴⁹ Sentencia de 22 de noviembre de 2012.

Nótese cómo en el aptdo. 38 se dice “procede responder a la cuarta cuestión que *el artículo 4 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada*” (la cursiva es nuestra).

Sea por la interpretación de los hechos, o bien por la propia disposición del Tribunal de Justicia, acaso por ser éste consciente de su papel cojurisdiccional, lo cierto es que es apreciable en un gran número de sus sentencias un cierto sesgo tuitivo respecto al órgano nacional, al que termina incluso suplantando en su capacidad de análisis, hasta el punto de darle, indirectamente, pero en definitiva aportándole, la solución al litigio que, sin embargo, como así declara y reconoce el propio TJ, aquél, y nadie más que aquél, está llamado a resolver¹¹⁵⁰.

Los ejemplos son numerosos, pero ilustraré cuanto digo con varias sentencias, a saber:

*En la Sent. “Eon Aset Menidjmont” (C-118/11), en su aptdo. 58, se está diciendo al órgano nacional qué circunstancias de hecho habrá de tener en consideración:

“La cuestión de si el sujeto pasivo ha adquirido el bien actuando como tal, es decir, para las necesidades de su actividad económica en el sentido del artículo 9 de la Directiva IVA, es una cuestión de hecho que deberá apreciarse teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, entre las que se incluyen la naturaleza de los bienes de que se trate y el período transcurrido entre la adquisición de éste y su utilización para las actividades económicas del sujeto pasivo (véase, en este sentido, la Sent. Bakcsi, antes citada, apartado 29)”.

La expresión de que la norma comunitaria se opone a la normativa del Estado sobre el asunto en cuestión “en circunstancias como las del litigio principal”, revela claramente que el Tribunal de Justicia está valorando esas circunstancias del litigio nacional, y aplicándole directamente (a ese contexto fáctico) la normativa comunitaria, por lo que, además –como desarrollaremos a continuación–, el juez remitente no tiene ningún margen de maniobra –o, para no ser maximalista, habrá que convenir en que ese margen es muy escaso– para resolver la cuestión de un modo distinto a como le está indicando el Tribunal del Kirchberg; al que, por cierto, luego le va a tener que enviar copia de la que haya sido su resolución al caso.

¹¹⁵⁰ Algún autor señala que el Tribunal de Justicia no es ajeno a esta intrusión, pero que ello a veces viene motivado –siendo, por tanto, algo a evitar– por el propio tenor de las preguntas planteadas por los órganos nacionales.

En cualquier caso, añadimos nosotros, eso no es justificación suficiente.

(ANDERSON, D., “Initiating a Reference”, en *“Article 177 References to the European Court-Policy and Practice”*, ANDENAS, M. Butterworths, Gosport, Hampshire, 1994, p. 20).

*En la Sent. “Redlihs” (C-263/11) se vislumbra esta inmisión aleccionadora al órgano nacional en su aptdo. 33:

“La cuestión de si la actividad de que se trata, a saber, la explotación de un bosque privado, se realiza con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo es una cuestión de hecho que debe apreciarse teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, entre las que figura, en particular, la naturaleza del bien de que se trate (véase, en este sentido, la Sent. Enkler, antes citada, apartados 24 y 26).”

Pero los aptdos. 34 y 35 muestran igualmente esta desviación:

“En efecto, este criterio debe permitir determinar si un particular ha utilizado un bien de tal manera que su actividad deba ser calificada de «actividad económica» en el sentido de la Directiva IVA. El hecho de que un bien sea apropiado para una explotación exclusivamente económica basta, por regla general, para admitir que su propietario lo explota para las necesidades de actividades económicas y, por consiguiente, para obtener ingresos continuados en el tiempo. Por el contrario, si, por su naturaleza, un bien puede ser utilizado con fines tanto económicos como privados, deberán analizarse todas las condiciones de su explotación para determinar si es utilizado con el fin de obtener ingresos que efectivamente sean continuados en el tiempo (Sent. Enkler, antes citada, apartado 27).” (Aptdo. 34).

“En este último supuesto, la comparación entre, por una parte, las condiciones en las que el interesado explota efectivamente el bien y, por otra, las condiciones en las que se ejerce habitualmente la actividad económica correspondiente puede constituir uno de los métodos que permitan verificar si la actividad de que se trata se ejerce con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo (Sent. Enkler, antes citada, apartado 28).” (Aptdo. 35).

Y se culmina el proceso de tutela jurisdiccional al órgano nacional con los aptdos. 37 a 39 de esta Sentencia:

“Por otra parte, el hecho de que las entregas de madera de que se trata se efectuaran con la finalidad de paliar los efectos de un caso de fuerza mayor no puede, por sí mismo, conducir a la conclusión de que dichas entregas se efectuaron con carácter ocasional y no «con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo» en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva IVA. Procede señalar, a este respecto, que tales entregas pueden inscribirse dentro del marco de una explotación continua de un bien corporal. En efecto, los frutos de un bien corporal, como es la

madera procedente de un bosque, pueden, por su propia naturaleza y en función de sus características y, en particular, de su edad, no ser apropiados para una explotación económica inmediata, pudiendo ser objetivamente necesario un determinado período de tiempo antes de que dichos frutos puedan explotarse económicamente. Sin embargo, esto no significa que las entregas de madera producidas mientras tanto, tras un supuesto caso de fuerza mayor, no se inscriban dentro del marco de una explotación de un bien corporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo en el sentido del artículo 9, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva IVA.” (Aptdo. 37).

“Además, si bien los criterios relativos a los resultados de la actividad de que se trata no pueden, por sí mismos, permitir determinar si la actividad se ejerce con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, la duración del período en el que se efectuaron las entregas controvertidas en el litigio principal, la importancia de la clientela y el importe de los ingresos son elementos que, por formar parte de todas las circunstancias del caso, pueden ser tomados en cuenta, junto con otros, durante dicho examen (Sent. Enkler, antes citada, apartado 29).” (Aptdo. 38).

“Ha de precisarse, por lo demás, que el hecho de que el demandante en el litigio principal haya adquirido el bien corporal de que se trata para satisfacer sus necesidades personales, como sugiere el tenor de la primera cuestión prejudicial, no se opone a que dicho bien se utilice posteriormente para ejercer una «actividad económica» en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva IVA. La cuestión de si, en un supuesto dado, un particular ha adquirido un bien para satisfacer las necesidades de sus actividades económicas o sus necesidades personales se plantea cuando dicho particular solicita el derecho a deducir el impuesto soportado por la adquisición de dicho bien (véase, por analogía, la sentencia de 8 de marzo de 2001, Bakcsi, C-415/98, Rec. p. I-1831, apartado 29). Sin embargo, en el litigio principal no se plantea tal cuestión.” (Aptdo. 39).

*Por su parte, en la Sent. “Eglitis y Ratnieks” (C-294/10), en sus apartados 33 y 34, podemos también apreciar esta actitud:

“En efecto, en el marco de tal apreciación únicamente procede tener en cuenta la capacidad del transportista aéreo para efectuar en su integridad el vuelo previsto, entendido como una «unidad» de transporte realizada por un transportista aéreo que fija su itinerario (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de julio de 2008, Emirates Airlines, C-173/07, Rec. p. I-5237, apartado 40), a pesar de la aparición de circunstancias extraordinarias que hayan provocado un retraso determinado. Ahora bien,

un retraso como el observado inicialmente, en el momento en que dichas circunstancias excepcionales finalizan o en relación con el horario previsto para el despegue, puede incrementarse posteriormente, debido al encadenamiento de diversas complicaciones secundarias vinculadas al hecho de que el vuelo en cuestión no pudiera llevarse a cabo regularmente según el horario previsto, como las dificultades vinculadas con una nueva atribución de los pasillos aéreos o con los requisitos de accesibilidad del aeropuerto de destino, incluido el posible cierre total o parcial de éste durante ciertas horas de la noche. De ello resultaría que, en definitiva, al final del vuelo éste acumularía un retraso netamente superior al observado inicialmente.” (Aptdo. 33).

“En consecuencia, la apreciación del carácter razonable de las medidas adoptadas por el transportista aéreo al planificar el vuelo debe tener también en cuenta estos riesgos secundarios, en la medida en que los elementos que los constituyen sean previsibles y calculables.” (Aptdo. 34).

*De un modo más llamativo, si cabe, aprecio este sesgo en la Sent. “Asociatia Accept” (C-81/12) y, en orden a su acreditación, me remito al tenor de sus aptdos. 50 a 52:

“El hecho de que, en una situación como aquella de la que trae causa el litigio principal, tal empresario no se distanciara claramente de las declaraciones controvertidas constituye un elemento que puede ser tenido en cuenta por el tribunal que conoce del litigio, en una apreciación global de los hechos.” (Aptdo. 50).

“Procede recordar a este respecto que la percepción del público o de los medios de que se trata pueden constituir indicios pertinentes para la apreciación global de las declaraciones controvertidas en el litigio principal (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de abril de 2007, AGM-COS.MET, C-470/03, Rec. p. I-2749, apartados 55 a 58).” (Aptdo. 51).

“Por otra parte, en contra de lo que el CNCD dio a entender en sus observaciones ante el Tribunal de Justicia, tanto escritas como orales, el hecho de que un club de fútbol profesional como el del litigio principal no emprendiera negociación alguna con vistas a contratar a un deportista presentado como homosexual no excluye la posibilidad de que se consideren acreditados hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación practicada por dicho club.” (Aptdo. 52).

Pero el tema no se limita a lo referido, sino que encuentra continuación en los aptdos. 56 a 58 de la mencionada Sentencia:

“En este contexto, las partes demandadas pueden refutar ante los tribunales nacionales competentes la existencia de tal violación, acreditando mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho, en particular, que su política de contratación de personal está basada en elementos ajenos a cualquier discriminación por razón de la orientación sexual.” (Aptdo. 56).

“Para desvirtuar la presunción simple cuya existencia puede deducirse del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 no es necesario que la parte demandada demuestre que en el pasado se contrató a personas con determinada orientación sexual, pues, en determinadas circunstancias, tal exigencia podría violar el derecho al respeto a la vida privada.” (Aptdo. 57).

“En el marco de la apreciación global que corresponde entonces efectuar al tribunal nacional que conoce del litigio, la apariencia de discriminación basada en la orientación sexual podría refutarse a partir de un conjunto de indicios concordantes. Tal como Accept alegó, en esencia, entre tales indicios podría figurar, en particular, una reacción de la parte demandada de que se trate distanciándose claramente de las declaraciones públicas que dieron lugar a la apariencia de discriminación, así como la existencia de disposiciones expresas en materia de política de contratación de personal de esa parte demandada, al objeto de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato en el sentido de la Directiva 2000/78.” (Aptdo. 58).

* En la Sent. “Genil 48” (C-604/11), en sus aptdos. 43 y 44, el Tribunal de Justicia declara:

“La cuestión de si se trata, en los litigios principales, de un servicio de inversión ofrecido como parte de un producto financiero a efectos de dicho precepto, interpretado por el Tribunal de Justicia en los apartados precedentes, constituye una apreciación de los hechos que, en el marco del reparto de competencias entre los Tribunales de la Unión y los nacionales, corresponde realizar al órgano jurisdiccional nacional. No obstante, el Tribunal de Justicia, al resolver sobre la cuestión prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional en su interpretación (véase, en este sentido, las sentencia de 15 de marzo de 2012, SCF, C-135/10, apartado 67 y jurisprudencia citada)” (Aptdo. 43).

“A este respecto, el hecho de que la duración del instrumento financiero al que se refiere dicho servicio sobrepase la del citado producto, de que un instrumento financiero único se aplique a distintos

productos financieros ofrecidos al mismo cliente o de que el instrumento y el producto se ofrezcan en contratos diferentes son indicios de que ese mismo servicio no forma parte intrínseca del producto financiero en cuestión. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional remitente tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto al apreciar el vínculo entre el servicio y el producto financiero” (Aptdo. 44).

* En la Sent. “Patriciello” (C-163/10) se abordaba un tema siempre muy sensible, como es el de la inmunidad parlamentaria –en este caso, de un eurodiputado, el Sr. Aldo Patriciello- a propósito de un altercado que había tenido en un aparcamiento público con una agente de la Policía Municipal de la localidad italiana de Pozzili.

A este respecto, es oportuno destacar los aptdos. 35, 36 y 37 de esta Sentencia:

“Habida cuenta de estas consecuencias, es necesario admitir que la relación entre la opinión expresada y las funciones parlamentarias debe ser directa e imponerse manifiestamente” (Aptdo. 35).

“Asimismo, es preciso considerar que, dada la descripción de las condiciones y del contenido de las manifestaciones del eurodiputado de que se trata en el litigio principal, parecen relativamente alejadas de las funciones de un miembro del Parlamento Europeo y, en consecuencia, es difícil que puedan tener relación directa con un interés general que preocupe a los ciudadanos. Por lo tanto, aun cuando pudiera demostrarse tal relación, no se impone manifiestamente” (Aptdo. 36).

Pero el Tribunal de Justicia, para dejar constancia expresa de su presunto cánón de actuación –y, de paso, desconcertar al lector en la pista que sigue con objeto de demostrar su tesis, que es la que, sin embargo, defiendocaba diciendo:

“A la vista de estas indicaciones, incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar –lo que es de su exclusiva competencia, como se ha recordado en los apartados 21 y 22 de la presente sentencia– si la declaración controvertida en el asunto principal puede considerarse la expresión de una opinión en el ejercicio de las funciones parlamentarias, por concurrir los requisitos de fondo para reconocer la inmunidad prevista en el artículo 8 del Protocolo” (Aptdo. 37).

*Este mismo aspecto cabe encontrarlo, de modo destacado, en otras resoluciones del Tribunal de Justicia, a las cuales, en aras de hacer más liviano este apartado, habré de remitirme¹¹⁵¹.

Otro extremo que no puedo dejar de comentar, por el peligro que implica en el objetivo de conseguir una uniformidad del Derecho de la Unión, es cuando el Tribunal de Justicia, al enfrentarse con una cuestión prejudicial que le ha sido deferida por algún órgano nacional, elude o no contesta a lo que se le ha planteado, transmitiendo o "descargando" esa responsabilidad en el propio órgano nacional o, como gráficamente expresa NIHOUL¹¹⁵², cuando "remite la remisión".

Esto puede suceder, según el autor citado, por varias razones:

a.- porque el Tribunal de Justicia no disponga de todos los datos que, posiblemente, precisa para responder¹¹⁵³.

b.- por su falta de competencia en algún asunto técnico¹¹⁵⁴.

c.- porque el Tribunal, dependiendo de la entidad del problema o la cuestión que se suscite, no se sienta obligado a adoptar una decisión¹¹⁵⁵.

Finalmente me referiré, dentro de su labor interpretativa, al hecho de que el Tribunal de Justicia, con cierta frecuencia, trate de atenuar las consecuencias financieras de sus resoluciones (como ya he referido más arriba, citando entre otras, la Sent. "Defrenne"), lo que subraya el carácter "político" que se vislumbra –o, incluso, se evidencia– en un número más o menos significativo de sus resoluciones.

¹¹⁵¹ Sent. "Hernández Vidal", asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97; Sent. "Urbán", C-210/10; Sent. "Allianz Hungária Biztosító", C-32/11, *ex pluris*.

¹¹⁵² NIHOUL, P., "¿Es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un Tribunal constitucional?", en "*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*", PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOTXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial" que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, pp. 309-313.

¹¹⁵³ Sent. "Compagnie commerciale de l'Ouest", de 11 de marzo de 1992, asuntos acumulados C-78 a 83/90, aptdo. 28.

¹¹⁵⁴ Sent. "Corbeau", de 19 de mayo de 1993, C-320/91.

¹¹⁵⁵ Sent. "Poulsen", de 24 de noviembre de 1992, C-286/90.

2.2.- El reenvío prejudicial como medio para la armonización normativa en la Unión Europea

Quizás, antes de referirme a la cuestión prejudicial en sí, hay que resaltar, con MARTINICO, el papel fundamental del Tribunal de Justicia en el proceso de integración europea, ya que pese a que el mismo no es una institución política, sin embargo, ha desarrollado *de facto* un papel fundamental en la arquitectura o construcción comunitaria¹¹⁵⁶.

Por centrarme en el procedimiento prejudicial, éste, como afirma CHITI, es efectivamente uno de los pilares sobre los que se ha construido la Unión Europea como “comunidad de derecho”¹¹⁵⁷; hasta tal punto que, como añade este autor, ejerce un rol clave en orden a la uniforme aplicación del Derecho de la Unión, así como en lo que a la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se refiere.

El papel originario del actual artículo 267 del TFUE, como vía de interpretación del Derecho comunitario, ha evolucionado hasta el punto de llegar a realizar una labor cuasi-legislativa en cuanto productor de Derecho (fuente de derecho)¹¹⁵⁸ –equiparable a las fuentes del derecho clásicas, según el artículo 249 del TCE-. En sintonía con el papel que viene desarrollando el Tribunal de Justicia, del que algún autor (MARTINICO) ha afirmado que “se ha revelado como el más feroz predador de soberanía”,

¹¹⁵⁶ MARTINICO, G., “*L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*”. Jovene editore, Napoli, 2009, p. 138.

(Vid. también: CONWAY, G., “*The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*”, Cambridge University Press, 2012, pp. 52 y ss.).

¹¹⁵⁷ CHITI, M.P., “*Il rinvio pregiudiziale e l’intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*”. Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, año XXII, número 5/2012. Giuffrè Editore, pp. 745-757.

¹¹⁵⁸ Similar a la de los jueces suizos pues, según se deduce del artículo 1, párrafo 2º, del Código Civil Helvético de 10 de diciembre de 1907, “*en los casos no previstos por la ley, el juez decide según la costumbre y, en defecto de ésta, según la regla que adoptaría como legislador*”.

En todo caso, y abundando en esa línea, quien fue juez del Tribunal de Primera Instancia de 1989 a 1992, y después Juez del Tribunal de Justicia de 1992 a 2004, David A.O. Edward se preguntaba: “*How far are judges expected, or compelled by force of circumstances, to be legislators and to make what are essentially political, or at any rate policy, choices?*” para, a continuación, remachar señalando que: “*The reality, I think, is that judges in the modern world cannot escape the task of taking “policy” decisions and therefore cannot escape being accused, by those who do not like those decisions, of taking “political” decisions*”. – EDWARD, D., “*Trade Marks, Descriptions of origin in the internal market. What lies behind the Silhouette*”, Intellectual Property Institute, 1 de febrero de 2001, <http://www.law.du.edu/documents/judge-david-edward-oral-history/2000-trade-marks.pdf>.-.

circunstancia que ha incidido –a mi entender, de modo excesivo- en el hecho de poner, incluso, en duda la supervivencia de los tribunales constitucionales de los Estados miembros –que, por otra parte, tampoco han sabido cumplir, como debieran, su función-¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁹ MARTINICO, G., “*Op. Cit.*”, pp. 141-143.

Una crítica también a este aspecto, aunque partiendo de una premisa de total euroescepticismo y de defensa soberanista nacional, podemos encontrarla en el Profesor alemán Karl Albrecht SCHACHTSCHNEIDER, conocido tratadista de derecho público, cuya opinión queda bien reflejada en las siguientes afirmaciones, que fueron incluidas en una demanda presentada el 23 de octubre de 2008, bajo la dirección del Letrado Dr. Watschinger, ante el Tribunal Constitucional de Austria, con la que se trataba de que se declarase la ilegalidad del Tratado de Lisboa, y que dio lugar al procedimiento SV 5-8/08 (VfSlg. 18.740/2009):

“El Tribunal de la Unión Europea, carente de legitimación democrática, se considera el motor de la integración. Ha usurpado la jurisprudencia en cuestiones de principio sobre todo las referentes a los derechos fundamentales: por medio de la directa aplicabilidad del derecho de la Unión que él mismo se atribuyó y también por la transformación de libertades fundamentales en derechos subjetivos de igual vigencia. Así se desvaloró la responsabilidad nacional por el derecho y se le quitó poder a la política nacional. La Aclaración 17 sobre el Tratado de Lisboa demuestra claramente que el derecho de la Unión –inclusive el secundario y terciario- tiene preponderancia sobre el derecho y las leyes constitucionales de los países miembros. Esa aclaración es práctica constante en el tribunal desde 1963. Eso es contrario a la sentencia del Tribunal constitucional alemán en Maastricht y no es compatible con la existencia estatal de los países miembros”.

“Desde que el Tribunal de la Unión Europea tiene la responsabilidad del derecho, la protección de los derechos fundamentales marcha en vacío. El Tribunal no ha declarado ninguna decisión de la Unión como ilegal. La cláusula de reserva del Tribunal constitucional alemán, que dice que los derechos fundamentales deben permanecer intocables, ha perdido prácticamente su sentido”.

“La protección de los derechos fundamentales no está en buenas manos: el Tribunal de la Unión Europea no tiene para ello ni la legitimación democrática ni los conocimientos necesarios sobre los diversos derechos nacionales”.

Por este mismo motivo se han presentado otros procedimientos ante el Tribunal Constitucional de Austria: SV 2/08 y SV 3/08 (VfSlg. 18.576/2008); SV 1/10 (VfSlg. 19.085/2010) y SV 2/10 (VfSlg. 19.170/2010).

En todos estos procedimientos el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles (“*unzulässig*”) la solicitud, siendo rechazadas todas ellas sin que por este Alto Tribunal se entrase en el análisis de fondo del Tratado de Lisboa.

Este autor, a quien LÓPEZ CASTILLO (“*Op.Cit.*”) cuenta entre los conocidos querulantes del proceso de integración, ha intervenido también en el recurso de amparo presentado ante el TCFA, y el cual ha dado lugar a la primera cuestión prejudicial remitida por este tribunal constitucional (C-62/14).

(Vid. SCHACHTSCHNEIDER, K.A., “*La pertenencia de Austria a la Unión Europea es anti-constitucional*”, en *Current Concerns* (The international journal for independent thought, ethical standards, moral responsibility, and for the promotion and respect of public international law, human rights and humanitarian law), números 13/14, Zurich, 2008,

En este proceso de armonización, no se puede pasar por alto el carácter de “Jueces comunes del Derecho de la UE” que desarrollan los Jueces nacionales, precisamente por la primacía en su aplicación que tiene el Derecho de la Unión Europea en cada EM. Bien podría hablarse al referirse a los tribunales nacionales, como dice el autor citado, de una “jurisdicción europea de primera instancia”. Esto supone, obviamente, y como he venido diciendo, una obligación para los Jueces nacionales de interpretar el derecho nacional de modo conforme con lo previsto en el Derecho de la Unión¹¹⁶⁰, como establece una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹¹⁶¹ (o inaplicarlo cuando resulte imposible una interpretación conforme¹¹⁶²) y, solo en caso de dificultad, habrían de dirigirse al Tribunal

<http://www.currentconcerns.ch>. Actualmente consultable en www.horizons-et-debats.ch/index.php?id=1269).

¹¹⁶⁰ Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana n° 303/2003, de 1 de octubre, de la que fue Ponente Carlo MEZZANOTTE.

¹¹⁶¹ Sent. “Von Colson”, de 10 de abril de 1984, C-14/83, aptdos. 26 y 28; Sent. “Harz”, de 10 de abril de 1984, C-79/83, aptdo. 26; Sent. “Murphy”, de 4 de febrero de 1988, C-157/86, aptdo. 11; Sent. “Marleasing”, de 13 de noviembre de 1990, C-106/89, aptdos. 8 y 13; Sent. “Wagner Miret”, de 16 de diciembre de 1993, C-334/92, aptdo. 20; Sent. “Faccini Dori”, de 14 de julio de 1994, C-91/92, aptdo. 26; Sent. “Van Munster”, de 5 de octubre de 1994, C-165/91, aptdo. 34; Sent. “Coote”, de 22 de septiembre de 1998, C-185/97, aptdo. 18; Sent. “BMW”, de 23 de febrero de 1999, C-63/97, aptdo. 22; Sent. “Océano Grupo Editorial y Salvat Editores”, de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, aptdo. 30; Sent. “Engelbrecht”, de 26 de septiembre de 2000, C-262/97, aptdo. 39; Sent. “Santex”, de 27 de febrero de 2003, C-327/00, aptdo. 63; Sent. “Adidas-Salomon y Adidas Benelux”, de 23 de octubre de 2003, C-408/01, aptdo. 21; Sent. “Pfeiffer”, de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, aptdo. 113; Sent. “Nikoloudi”, de 10 de marzo de 2005, C-196/02, aptdo. 73; Sent. “Frigerio Luigi”, de 18 de diciembre de 2007, C-357/06, aptdo. 28; Sent. “Deticcek”, de 23 de diciembre de 2009, C-403/09 PPU, aptdo. 34; Sent. “Uniplex (UK)”, de 28 de enero de 2010, C-406/08, aptdos. 45 y 46; Sent. “Bruno”, de 10 de junio de 2010, asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08, aptdo. 74; Sent. “Balkan and Sea Properties”, de 26 de abril de 2012, asuntos acumulados C-621/10 y C-129/11, aptdo. 54; Sent. “Rusedespred”, de 11 de abril de 2013, C-138/12, aptdo. 37; Sent. “Asociatia Accept”, de 25 de abril de 2013, C-81/12, aptdo. 71; Sent. “AES-3C Maritza”, de 18 de julio de 2013, C-124/12, aptdo. 53.

¹¹⁶² Auto de la *Corte Costituzionale* italiana n° 454/2006, de 28 de diciembre, del que fue Ponente Giuseppe TESAURO.

Y como jurisprudencia del Tribunal de Justicia: Sent. “Murphy” (C-157/86), aptdo. 11; Sent. “Solred”, de 5 de marzo de 1998, C-347/96, aptdo. 30; Sent. “Engelbrecht” (C-262/97), aptdo. 40; Sent. “Santex” (C-327/00), aptdo. 64; Sent. “Frigerio Luigi”, C-357/06, aptdo. 28; A. “Babanov”, de 11 de julio de 2008 (C-207/08), aptdo. 35; Sent. “Bruno”, asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08, aptdo. 74; Sent. “Balkan and Sea Properties”, asuntos acumulados C-621/10 y C-129/11, aptdo. 54; Sent. “AES-3C Maritza”, C-124/12, aptdo. 53.

(Vid. CORSARO, A., “*Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea sull’interpretazione della normativa “comunitaria”: I poteri del giudice nazionale*”. Centro di

de Justicia (Sent. “Torralbo Marcos”, de 27 de marzo de 2014, C-265/13¹¹⁶³).

Esto es un resultado del carácter vinculante del Derecho de la Unión, lo que en algunos Estados miembros (p.e. Italia) ha sido expresamente recogido en su Carta Magna (artículo 11 y, sobre todo, 117 de la Constitución italiana¹¹⁶⁴), o en otras leyes (como el Código de Procedimiento Administrativo italiano¹¹⁶⁵) y que puede ser motivo de planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad¹¹⁶⁶.

documentazione europea. Università di Catania. Online Working Paper 2012/ n.43, agosto 2012. URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/43_2012.pdf.

¹¹⁶³ Esta sentencia del TJ se dictó a propósito de unas cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social nº 2 de Terrassa, en relación con la Ley 10/2012, de 20 de noviembre (BOE nº 280, de 21 de noviembre de 2012), conocida como Ley de Tasas Judiciales. El juzgado español preguntaba al TJ si podía inaplicar la ley mencionada, pues podía ser contraria al artículo 47 de la Carta, toda vez que podía ser considerada un obstáculo desproporcionado y contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado por este último artículo.

Es una lástima que, en este caso, el TJ se declarase incompetente y, por consiguiente, no se pronunciara sobre las cuestiones que le habían sido planteadas, en las cuales se trasluce –no tanto por el fondo, que también, sino, sobre todo, por la forma– la beligerancia contra la norma nacional por parte del juez remitente, reflejo del malestar mayúsculo de los operadores jurídicos del país con dicha ley. Situación ésta que, unida al inminente proceso electoral de 2015 en España, ha llevado al Gobierno del PP a aprobar el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE nº 51, de 28 de febrero de 2015), en virtud del cual, y con arreglo a su artículo 11, se suprimen las tasas judiciales para las personas físicas, llevándose a cabo esta reforma de la Ley 10/2012 por la vía urgente del artículo 86 de la Constitución porque, como se dice en la Exposición de Motivos, se trata de conseguir un doble objetivo: “*poner fin a una situación que había generado un enorme rechazo social y, al tiempo, eliminar un elemento de retraimiento en el acceso a los Tribunales en un contexto de previsible aumento de movimientos económicos entre los distintos operadores jurídicos*” y, además, porque “*resulta previsible que muchos sean los asuntos cuya judicialización decida posponerse a un momento posterior a la aprobación de la norma con rango legal, de tramitarse esta por el procedimiento ordinario o de urgencia, produciéndose en ese momento una entrada masiva de causas en los Juzgados y Tribunales. En este sentido, la utilización de un vehículo normativo más ágil temporalmente como es el Real Decreto-ley permitirá minimizar este efecto colateral que en la actividad de los órganos judiciales puede producir la reforma*”.

¹¹⁶⁴ De modo explícito, el párrafo 1º del artículo 117 de la Constitución italiana dice:

“La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

¹¹⁶⁵ El artículo 1 del *Codice di Procedura Amministrativa* reza del siguiente modo:

“La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”.

Es de este modo cierto que, como afirma CHITI, la cuestión prejudicial provoca una comunitarización por vía jurisprudencial de las soluciones que da el Tribunal de Justicia a cuestiones que antes eran de competencia exclusiva de los órganos nacionales –y aquí se encuentra, precisamente, la clave de esa integración europea-, lo que ha llevado a una pérdida de “soberanía procesal” en los Estados miembros o, en realidad, visto desde otra perspectiva más europeísta, según apunta MARÍAS, a una manifestación de “soberanía compartida”¹¹⁶⁷.

Desde el momento en que existe un Derecho de la Unión, derecho creado por representantes de todos los Estados miembros, la pérdida de soberanía como tal es ínsita al concepto de pertenencia a dicha Unión –sobre todo si, como es lógico, se establece el principio de primacía del Derecho de la UE sobre el nacional-, por lo que la existencia de un órgano judicial europeo encargado de dirimir o aclarar determinadas cuestiones, y no cualesquiera sino aquellas dudosas, no puede por menos que ser una consecuencia lógica, y no un demérito para una supuesta “soberanía judicial”.

Se ha dicho que esta expansión del Derecho de la Unión tiende a causar fricciones con el derecho nacional, por razones de interferencia o, mejor dicho, de superposición de normas; pero, como también apunta MARÍAS, a un nivel más general -refiriéndose a la “articulación de Europa” como un proceso, no de *fusión* o *asociación*, sino de *constitución*-, esta singladura lleva siempre aparejada determinados problemas:

“Que esto no podrá hacerse sin sacrificios mutuos –y el primero el de la vanidad-, es claro; que habrá un período de fricciones, crujidos y

¹¹⁶⁶ Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana nº 406/2005, de 3 de noviembre, de la que fue Ponente Ugo DE SIERVO, y que declaró inconstitucionales los artículos 1 y 2 de la Ley de la Región de Los Abruzos nº 14/2004, de 1 de abril, por contravenir la Directiva 2000/75/CEE, de 20 de noviembre de 2000.

Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana nº 266/2010, de 22 de julio, de la que fue Ponente Maria Rita SAULLE, y que declaró inconstitucionales tanto la Ley de la Región de Lombardía 19/2009, de 6 de agosto, como el artículo 2 de la Ley de la Región de Toscana 53/2009, de 17 de septiembre, por contravenir el artículo 9 de la Directiva 79/409/CEE.

(Vid. CORSARO, A., “*Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea sull’interpretazione della normativa “comunitaria”: I poteri del giudice nazionale*”. Centro di documentazione europea. Università di Catania. Online Working Paper 2012/ n.43, agosto 2012. URL: http://www.lex.unict.it/cde/quademieuropei/giuridiche/43_2012.pdf).

¹¹⁶⁷ MARÍAS, J., “*La Justicia social y otras Justicias*”, Seminarios y Ediciones, Hora h, Madrid, 1974, pp. 95-100.

chirridos, de desajustes y disensiones, es evidente; ¿acaso no ha habido todo eso, a escala menor, cuando se han creado las naciones modernas?”¹¹⁶⁸.

Una primera herramienta para solucionar este tipo de problemas se encuentra ya en el propio principio de primacía, pero no solamente, ya que otro principio, el de cooperación leal (recogido antes en el artículo 10 TCE, y ahora en el artículo 4, apartado 3, del TUE) viene en auxilio para solventar este tipo de incidencias.

No es extraño, por tanto, que el instituto procesal que constituye el objeto de esta obra, además del carácter más o menos novedoso que quepa atribuirle, sea considerado como uno de los más potentes factores de la integración europea, en palabras de CHITI, y que posiblemente ha alcanzado un ámbito de influencia mayor que el que pudieron prever los padres fundadores de las Comunidades Europeas.

Esto se consigue por el impacto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ejerce sobre los ordenamientos nacionales, lo cual se encuentra expresamente reconocido por el propio legislador nacional. No es extraño que, en España, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria¹¹⁶⁹, diga en su Exposición de Motivos, para justificar la adopción de una nueva normativa sobre esta materia –derogando la Ley 5/1984, de 26 de marzo- que “*Esta opción ha de permitir tanto satisfacer adecuadamente las necesidades derivadas de la incorporación del amplio elenco de actos normativos de la Unión Europea, como reflejar de modo adecuado las nuevas interpretaciones y criterios surgidos en la doctrina internacional y en la jurisprudencia de órganos supranacionales como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el objeto de mejorar las garantías de las personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional*”.

El juicio de conformidad que implica la cuestión prejudicial tiene, en este proceso del que vengo hablando, un carácter solapado respecto de un recurso por incumplimiento, si nos atenemos a sus efectos, por lo que bien puede decirse, desde esta perspectiva, que se está coadyuvando no solo a una interpretación uniforme del Derecho de la Unión, sino a un proceso de

¹¹⁶⁸ MARÍAS, J., “*Op. Cit.*”, p. 104.

¹¹⁶⁹ Publicada en el BOE nº 263, de 31 de octubre de 2009.

depuración de las normas nacionales que no se demuestran conformes con aquel Derecho.

2.3.- La cuestión prejudicial: ¿modelo exportable?

De la influencia que ha alcanzado la cuestión prejudicial da fe el hecho de que se haya adoptado como modelo en otros ámbitos jurídicos, constituyendo un buen ejemplo de ello las consultas prejudiciales en la Comunidad Andina, en concreto las que resuelve el Tribunal de Justicia de la CAN, creado por el Tratado de Cartagena de Indias de 28 de mayo de 1979¹¹⁷⁰, y vigente desde el 19 de mayo de 1983, de conformidad con lo establecido en los artículos 32 a 36 del mencionado Tratado de Creación¹¹⁷¹. Con sede en Quito (artículo 41), inició sus actividades el 2 de enero de 1984.

Está formado por un magistrado por cada País miembro, es decir, por un total de cuatro Jueces¹¹⁷² y es presidido, rotativamente, por uno de ellos por un período de un año.

Al igual que ocurre en el Derecho de la Unión, la normativa del ordenamiento jurídico andino¹¹⁷³ configura su Derecho desde la óptica de

¹¹⁷⁰ Firmado inicialmente por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

La Comunidad Andina había tenido su nacimiento en la Declaración de Bogotá de 16 de agosto de 1966, la cual tuvo su consolidación en el Acuerdo de Cartagena, firmado el 26 de mayo de 1969, y conocido como “Pacto Andino” –pero que pasó a llamarse “Comunidad Andina” desde la suscripción del Protocolo de Trujillo de marzo de 1996, y su entrada en vigor en junio de 1997. Fue firmado por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Posteriormente, Venezuela suscribió el Acuerdo de Cartagena, el 13 de febrero de 1973, para denunciarlo el 22 de abril de 2006. Chile, por su parte, se había separado previamente del Pacto Andino, el 30 de octubre de 1976.

¹¹⁷¹ Para una mayor profundización, recomendamos, en todo caso, las siguientes lecturas: KOSOVIC KAUNE, L.A., “*Jueces nacionales como Jueces de Derecho Comunitario*”. Tesis incorporada al Repositorio de la Universidad Andina Simón Bolívar, con sede en Ecuador. Quito, Abril 2007; DUEÑAS MUÑOZ, J.C., “*Un análisis crítico y comparado de la interpretación prejudicial, el caso Andino*”. Tesis incorporada al Repositorio de la Universidad Andina Simón Bolívar, con sede en Ecuador. Quito, Junio 2014; CIENFUEGOS MATEO, M., “*Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes, diferencias e influencias*”, publicado en la REEI, nº 25, junio 2013.

¹¹⁷² Actualmente está formado por los siguientes magistrados: D. Luís José Díez Canseco Núñez (Perú), D^a Cecilia Luisa Ayllón Quinteros (Bolivia), D^a Leonor Perdomo Perdomo (Colombia) y D. Hernán Romero Zambrano (Ecuador).

¹¹⁷³ Las normas comunitarias se publican en la “Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena”, la cual se edita en Lima (Perú).

tres principios fundamentales: aplicación inmediata, efecto directo y primacía del Derecho Comunitario (el de la Comunidad Andina).

Respecto de este último principio, hay que decir que su preeminencia no tiene, sin embargo, facultad derogatoria sobre los derechos nacionales, sino que hace simplemente inaplicable la norma del País Miembro que colisione con la regla comunitaria¹¹⁷⁴.

Guillermo Chahín Lizcano, ex magistrado del Tribunal Andino, menciona que este tribunal es el único órgano de la Comunidad facultado para declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente¹¹⁷⁵.

Este Tribunal, por tanto, interpreta y aplica el ordenamiento comunitario andino, actuando como instancia única, y teniendo sus sentencias¹¹⁷⁶ fuerza obligatoria y autoridad de cosa juzgada¹¹⁷⁷.

Inspiradas en las del Derecho de la UE, se explica así la gran similitud existente entre ambos institutos de cuestión prejudicial (existe la diferencia entre solicitud o consulta facultativa¹¹⁷⁸ y obligatoria¹¹⁷⁹; se declara que la interpretación de la norma nacional y la valoración de los hechos corresponde exclusivamente al criterio del Juez nacional¹¹⁸⁰; el método de interpretación prevalente es el teleológico¹¹⁸¹; el Tribunal tiene amplia libertad para determinar las normas del ordenamiento jurídico comunitario que interpretará, sin estar sometido a las normas solicitadas por el Juez nacional, así como el orden de prelación en que considere conveniente

¹¹⁷⁴ KOSOVIC KAUNE, L.A., “*Op. Cit.*”, p. 23.

¹¹⁷⁵ KOSOVIC KAUNE, L.A., “*Op. Cit.*”, p. 18.

¹¹⁷⁶ Véase ANEXO XXIX.

¹¹⁷⁷ KOSOVIC KAUNE, L.A., “*Op. Cit.*”, p. 20.

¹¹⁷⁸ Art. 122 del Estatuto del Tribunal.

¹¹⁷⁹ Art. 123 del Estatuto del Tribunal.

La obligación es tal que no cede, incluso, en aquellos casos en que ya existe un pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la cuestión debatida (Tribunal Andino, Sentencia de 24 de noviembre de 1989, Proceso 07-IP-89).

¹¹⁸⁰ Art. 34 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, según la redacción vigente en la actualidad, y que data de 28 de mayo de 1996.

¹¹⁸¹ Tribunal Andino, Sentencia de 3 de diciembre de 1987 (Proceso 1-IP-87).

absolver la consulta; se debe enviar una copia de la sentencia del órgano nacional al TJCA, con la misma consecuencia que en la UE en caso de no acatamiento de la interpretación dada por el TJCA¹¹⁸², etc.)¹¹⁸³.

Sin embargo, hay que destacar algunas diferencias notables, como señala CIENFUEGOS MATEO (p.e. los árbitros, de derecho público o privado, pueden suscitar estas cuestiones, a diferencia de lo que sucede en la Unión Europea, en la que esta posibilidad le está vedada a los árbitros de derecho privado; el rechazo del Tribunal de la CAN a aplicar las teorías del acto claro y del acto aclarado¹¹⁸⁴; la decisión de solicitar una interpretación prejudicial tiene por efecto la suspensión del curso del litigio cuando se trata de las jurisdicciones nacionales de última instancia, pero no si procede de un órgano jurisdiccional andino cuyas decisiones sean impugnables; la eficacia de la interpretación prejudicial es solo “inter partes” y no “erga omnes”¹¹⁸⁵; y no existe una consulta prejudicial para la apreciación de la validez de las normas andinas, sino solo para su interpretación).

En otro orden de cosas, deben subrayarse otras diferencias que se han hecho notar, y que a mí me parecen muy relativas –porque algunos de los presupuestos tampoco son equiparables, por lo que inevitablemente se resiente la comparativa- como la del tiempo de decisión de una cuestión prejudicial, que en el ámbito de la Comunidad Andina es de un promedio de dos meses (frente a los dieciséis en la Unión Europea), y el tipo de

¹¹⁸² Hay quien se ha preguntado –KOSOVIC KAUNE- qué sentido tiene esta obligación si, en todo caso, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no puede demandar de oficio el incumplimiento.

(KOSOVIC KAUNE, L.A. “*Op. Cit.*”, p. 66).

¹¹⁸³ VIGIL TOLEDO, R., “*La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2004, Tomo II (se corresponde con la Ponencia presentada en el seminario “La consulta prejudicial” en la Corte Centroamericana de Justicia -Nicaragua, 6 y 7 de febrero de 2003- y en la Corte Suprema de Justicia de El Salvador –San Salvador, 10 y 11 de febrero de 2003-), pp. 943-944; KOSOVIC KAUNE, L.A., “*Op. Cit.*”, pp. 66 y 84.

¹¹⁸⁴ Tribunal Andino, Sentencia “Eden for Man-Etiqueta”, de 7 de agosto de 1995 (Proceso 04-IP-94).

(Vid. TOBÓN FRANCO, N., “*La doctrina del acto claro y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina*”. Universitas. Revista de Ciencias Jurídicas, nº 109, enero-junio 2005, pp. 461-482; KOSOVIC KAUNE, L.A., “*Op. Cit.*”, p. 91).

¹¹⁸⁵ Tribunal Andino, Proceso 1-IP-87, ya citado.

(Vid. VIGIL TOLEDO, R., “*Op. Cit.*”, p.943; KOSOVIC KAUNE, L.A., “*Op. Cit.*”, pp. 25 y 92).

normas sobre el que versan las consultas, que en el caso de la Comunidad Andina en su gran mayoría se refieren a cuestiones de Derecho derivado o secundario, en especial de propiedad industrial e intelectual (mientras que en la Unión Europea hay muchas relativas a Derecho primario)¹¹⁸⁶.

El 19 de agosto de 1983 la Comisión del Acuerdo de Cartagena, mediante la Decisión 184, aprobó el Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena¹¹⁸⁷. El Reglamento Interno del Tribunal que se encuentra actualmente vigente es el de 18 de mayo de 2004.

También aquí existe la figura del Abogado General, cargo que está previsto desde el principio en el propio Tratado –artículo 7, in fine-, aunque al mismo se le otorga un carácter facultativo¹¹⁸⁸.

Para dar una idea de la actividad de este Tribunal en lo que a interpretaciones prejudiciales se refiere, se ha de señalar que en el período 1984-2014 se sustanciaron ante el mismo 2769 procedimientos de este tipo (de ellos 2695 fueron consultas obligatorias¹¹⁸⁹). Este dato absoluto adquiere mayor significación si se pone en relación con el resto de procedimientos resueltos por el Tribunal: 113 por acciones de incumplimiento, 55 por acciones de nulidad, 6 por recursos por omisión o inactividad de los órganos comunitarios y 18 por demandas laborales¹¹⁹⁰.

También en este ámbito de la Comunidad Andina los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros han tenido sus reticencias a remitirle cuestiones prejudiciales, siendo la Corte Constitucional de Colombia la que ha manifestado una mayor predisposición a dirigirse prejudicialmente al TJCA¹¹⁹¹. De modo reciente lo ha hecho también el Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia¹¹⁹². Esto se corresponde, por otra parte, con la predisposición (o reticencia) de los

¹¹⁸⁶ CIENFUEGOS MATEO, M., “*Op. Cit.*”, pp. 32, 42 y 43.

¹¹⁸⁷ Actualmente rige el texto aprobado por la Decisión 500, de 22 de junio de 2001.

¹¹⁸⁸ Vid. TOLEDANO LAREDO, A., “*Op. Cit.*”, pp. 809-810 y 815-816.

¹¹⁸⁹ Planteados, por tanto, por órganos jurisdiccionales en asuntos en los que no cabía recurso ordinario de derecho interno.

¹¹⁹⁰ Fuente: *Página web del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* (www.tribunalandino.org.ec).

¹¹⁹¹ Como ejemplo de ello tenemos los siguientes procesos: 10-IP-94, 1-IP-96 y 60-IP-2012.

¹¹⁹² Proceso 67-IP-2014.

Países miembros a dirigirse al TJCA¹¹⁹³, siendo el más proclive –es decir, el menos renuente- Colombia, seguido de Perú, Ecuador y, por último, Bolivia, que solo se dirige al citado Tribunal esporádicamente¹¹⁹⁴.

2.4.- Sobre las carencias de la cuestión prejudicial y las posibles soluciones paliativas ofrecidas por la doctrina

Al actual estado de la cuestión prejudicial se le han diagnosticado diversos problemas y, en consecuencia, se han aventurado algunas ideas de cambio.

Quizás, el problema más importante es el referido al *tiempo de resolución*, el cual se añade indefectiblemente a los “atrasos” que ya supone la tramitación de los procedimientos judiciales en los Estados miembros, y que viene originado por la congestión (se habla de “bottlenecking”¹¹⁹⁵) del Tribunal de Justicia. A esta situación no ha ayudado la incorporación de nuevos Estados Miembros a la UE, con el consiguiente aumento en la carga de trabajo, y se ha criticado que podría peligrar el mantenimiento de la calidad del razonamiento del Tribunal de Justicia en sus resoluciones.

Algún autor (RASMUSSEN)¹¹⁹⁶, en esta misma línea, y con idea de aligerar la carga de trabajo del Tribunal de Justicia, ha sugerido la necesidad de implantar determinados mecanismos de control (“docket controls”) sobre las cuestiones prejudiciales (decidir solo las “cuestiones serias”, es decir, aquellas que realmente revistan, por alguna razón, importancia -lo que supone adherirse a la doctrina del *certiorati* del “common law” y, en especial, tal como ha sido utilizado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos-; o garantizar este resultado a través del “filtro” que podrían realizar, a este respecto, los tribunales de última instancia de los Estados Miembros).

¹¹⁹³ VIGIL TOLEDO, R., “*Op. Cit.*”, p. 945.

¹¹⁹⁴ KOSOVIC KAUNE, L.A., “*Op. Cit.*”, p. 70.

¹¹⁹⁵ CHALMERS, D.; HADJIEMMANUIL, C.; MONTI, G.; TOMKINS, A., “*European Union Law*”. Cambridge University Press, 2006, pp. 303, 309.

¹¹⁹⁶ RASMUSSEN, H., “Docket Control Mechanisms, the EC Court and the Preliminary References Procedure”, en “*Article 177 References to the European Court- Policy and Practice*”, ANDENAS, M. Butterworths, Gosport, Hampshire, 1994, pp. 83-103.

A su propósito, y para acortar el tiempo de espera hasta que se resuelve una cuestión prejudicial, se han sugerido (KASTELIK-SMAZA)¹¹⁹⁷ otras soluciones:

- i) desarrollar lo contenido en el artículo 256.3 del TFUE, de manera que se establezcan aquellas materias sobre las que el Tribunal General, en un procedimiento prejudicial, sería competente para resolver¹¹⁹⁸.
- ii) que se modifique el artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia, en el sentido de que las observaciones se presenten solo en aquellos casos complejos o que tengan trascendencia para el desarrollo del Derecho de la Unión;
- iii) que los intervinientes en el procedimiento que mantengan una misma opinión actúen a través de una representación coordinada.

Luego podríamos encontrarnos con otra cuestión, que incide de lleno en la esencia e imagen del Tribunal de Justicia, y que es la referida a su *legitimidad*. Me refiero al hecho de que *el TJ no parece gozar todavía de un nivel de valoración suficiente por parte de los ciudadanos europeos*, aunque esto sea, a mi modo de ver, una consecuencia de la falta de cercanía, en general, de las Instituciones Europeas a los ciudadanos.

¹¹⁹⁷ KASTELIK-SMAZA, A., “*Das Vorabentscheidungsverfahren aus der Sicht des individuellen Rechtsschutzes*”. (1.Auflage). Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2010, pp. 304-305.

¹¹⁹⁸ Esto también lo han sugerido otros autores (AZIZI), especulando con que alguna de esas áreas podría ser, por una parte, y por una cuestión de aprovechamiento de sinergias (dadas las competencias actuales del Tribunal General), la relativa al Derecho de marcas; y, por otra parte, la referente a la Nomenclatura combinada (en este último caso, y aunque el número de asuntos en que se ve implicada es reducido, por lo que no aligeraría en exceso la carga de trabajo del TJ, vendría, sin embargo, justificada por ser una materia de “naturaleza técnica y, por consiguiente, no susceptible de dar lugar a problemas de alcance constitucional. Un criterio adicional, con vistas a esta atribución, podría venir constituido, según este autor –que, además, ha sido Juez del hoy Tribunal General- por aquellas áreas que, aunque puedan tener un cierto carácter constitucional, sin embargo, se encuentren ampliamente desarrolladas por la Jurisprudencia del TJ, por lo que de ellas quepa decir que existen suficientes líneas orientadoras que puedan guiar la resolución de los casos que en el futuro puedan plantearse.

(AZIZI, J., “Opportunities and limits for the transfer of preliminary reference proceedings to the Court of First Instance”, en “*The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective: 6th International ECLN- Colloquium / IACL Round Table Berlin, 2-4 November 2005*”, PERNICE, I.; KOKOTT, J., y SAUNDERS, Ch. Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 241-256).

Algún autor, pensando en determinados excesos, ha apuntado que quienes acuden al TJ lo hacen más pensando en términos jurídico-políticos, es decir, tratando de *conseguir por esta vía algún tipo de modificación legal*¹¹⁹⁹, lo que, en definitiva, no hace más que perturbar, en mi opinión, el sistema, pues existen otras vías para llegar a ese mismo resultado.

Otro aspecto que se ve como problema lo constituye la *falta de especialización o “expertise”* del Tribunal de Justicia, el cual se ve en la tesitura de tratar con muy diversos asuntos y, además, algunos de ellos, de gran complejidad técnica (IVA, agricultura, propiedad intelectual, etc.). Por eso se ha sugerido que podría promoverse, al igual que ocurre en las jurisdicciones nacionales, una atribución de asuntos a diversos tribunales, en función de la materia, para solventar esta problemática¹²⁰⁰.

Partiendo de este estado de cosas, y con el objeto de paliar los problemas que he enunciado, se han planteado por otros autores soluciones alternativas: la creación de tribunales regionales de Derecho de la UE, o incluso tribunales especializados por materias, o la atribución de competencias al Tribunal General (en un momento en que, refiriéndose al Tribunal de Primera Instancia, el antiguo artículo 168.a TCE expresamente lo excluía), hasta que los tribunales nacionales sean más “autónomos” para decidir asuntos por ellos mismos o que los propios órganos nacionales apunten las posibles respuestas a sus propias dudas en las resoluciones de remisión que hagan al Tribunal de Justicia¹²⁰¹.

Se comentó en su momento por la doctrina (GOFFIN, WOODWORT) la posibilidad de que se instaurase algún recurso ante el Tribunal de Justicia frente a las *infracciones patentes de plantear una cuestión prejudicial*¹²⁰², o bien para salvaguardar la eventual aplicación incorrecta del derecho

¹¹⁹⁹ CHALMERS, D.; HADJEMMANUIL, C.; MONTI, G.; TOMKINS, A., “*Op. Cit.*”, p. 304.

¹²⁰⁰ CHALMERS, D.; HADJEMMANUIL, C.; MONTI, G.; TOMKINS, A., “*Op. Cit.*”, p. 304.

¹²⁰¹ CHALMERS, D.; HADJEMMANUIL, C.; MONTI, G.; TOMKINS, A., “*Op. Cit.*”, p. 305; RASMUSSEN, H., “Docket Control Mechanisms, the EC Court and the Preliminary References Procedure”, en “*Article 177 References to the European Court- Policy and Practice*”, ANDENAS, M. Butterworths, Gosport, Hampshire, 1994, pp. 93-95 y 101.

¹²⁰² Citado por CIENFUEGOS MATEO, M. (“El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica”, en “*España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial*”, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, pp. 92-93.

comunitario por parte de los tribunales nacionales, otorgando a las partes el derecho de apelar al Tribunal de Justicia después de haber agotado las vías nacionales correspondientes (JARVIS)¹²⁰³. Huelga decir que, para ser mínimamente rigurosos, habría antes que definir desde los cánones de la precisión –y ello no está exento de dificultad- qué es una “infracción patente” de la obligación de plantear una cuestión prejudicial.

JARVIS reconoce que, por supuesto, existen severos inconvenientes para llegar a algo como lo que propone, ya que sería tanto como eliminar la pieza clave sobre la que se ha erigido la cuestión prejudicial, como es, sin duda, el principio de confianza y cooperación entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales. Por otra parte, dice este autor, la interconexión que frecuentemente existe entre el derecho nacional y el comunitario haría que el Tribunal de Justicia tuviera, al final, que pronunciarse sobre extremos atinentes al derecho nacional.

En línea con las objeciones anteriores, soy de la opinión de que esta solución, obviamente, desnaturalizaría hasta la desfiguración el instituto de la cuestión prejudicial, creando a buen seguro más problemas que los que pudiera resolver; ello unido a la carga de trabajo adicional, presumiblemente considerable, que comportaría esta medida para el TJ.

Para conseguir este objetivo hay que invocar el deber de colaboración de los Estados miembros, por lo que creo que bastaría con que “un Juez nacional de conflictos”, como dice CIENFUEGOS MATEO, que podría ser perfectamente, pienso, en total sintonía con este autor, el Tribunal Constitucional de cada Estado, o el que haga sus veces –por analogía con el recurso de amparo- el que conociera y decidiese este tipo de cuestiones, realizando un “control de comunitariedad”, pero, eso sí, facilitando el acceso con un recurso “ex novo” que, dada la materia, no fuera excesivamente riguroso en sus requisitos de admisión, puesto que, de otro modo, se perdería el objeto del mismo.

Esta solución –más que un posible recurso de apelación de las partes ante la jurisdicción comunitaria, o uno de casación en interés de ley, como se ha propuesto (POCAR), vías que no me convencen- podría ser extensible también a aquellos casos en que lo que se produjera fuese una equivocada

¹²⁰³ JARVIS, M.A., *“The application of EC Law by national courts. The free movement of goods”*. Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 453-454.

aplicación de una sentencia prejudicial, o de la jurisprudencia de la UE en general¹²⁰⁴.

Coincido con CIENFUEGOS MATEO en que existen ya procedimientos a los que acudir para extraer determinadas consecuencias, es decir, hay un derecho de indemnización por incumplimiento (reconocido, como se ha dicho en otro apartado de esta obra, por la jurisprudencia comunitaria en los asuntos “Köbler” y “Traghetti del Mediterraneo”¹²⁰⁵), y este derecho no puede quedar en una simple declaración, sin posibilidad de desplegar efectos reales y tangibles en casos concretos, sino que se deben facilitar las condiciones y los medios para que sea efectivo.

En última instancia, la Comisión, a instancia de cualquier interesado, debería investigar concienzudamente y, en su caso, llevar a cabo las acciones correspondientes (recurso por incumplimiento) contra todo EM que incumpliese cualquiera de las obligaciones de que vengo hablando, incluso después de pasar ese último filtro que pudiera establecerse del “Juez nacional de conflictos”.

KASTELIK-SMAZA sugiere que, comoquiera que la sentencia prejudicial influye en esencia en la situación jurídica de las partes del proceso principal, debería dárseles posteriormente, una vez emitida aquélla, la posibilidad de dar su opinión. Y antes de ello, otorgar más protagonismo a las partes en la conformación de la cuestión prejudicial que haya de remitirse por el órgano nacional; así como que la resolución del órgano nacional (tanto en el caso de decidir la remisión como en su negativa a hacerlo) esté provista de la pertinente motivación, tal como es exigible de cualquier otra resolución judicial¹²⁰⁶.

¹²⁰⁴ Citado por CIENFUEGOS MATEO, M., “*Op.Cit.*”, pp. 93-94.

¹²⁰⁵ Vid. MARTÍN RODRÍGUEZ, P.J., “TCE- Sentencia de 13.06.2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA/República Italiana, C-173/03- Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario imputable a los órganos judiciales de última instancia*”, RDCE, núm. 25, septiembre-diciembre 2006, pp. 1017-1033.

¹²⁰⁶ Así lo exige, por otra parte, el Tribunal Constitucional alemán en una consolidada jurisprudencia –Sentencia de 20 de febrero de 2008, 1 BvR 2722/06, aptdo. 31-, pues constituye el modo de controlar, a los efectos de una “queja constitucional” (“*Verfassungsbeschwerde*”) la adecuación del juez nacional a los criterios que, en otro caso, determinarían la competencia del Tribunal de Justicia.

Aunque, a nuestro entender, el control sigue siendo insuficiente, sobre todo a tenor de alguna resolución del “BVerfG” (p.e. Sentencia de 6 de mayo de 2008, 2 BvR 2419/06, aptdos. 25 y siguientes, en la que dice: “*Das Bundesverfassungsgericht sieht sich auch nicht gemeinschaftsrechtlich verpflichtet, selbst die Vorlagepflicht voll zu kontrollieren*”).

Aunque algunas de estas propuestas puedan ser plausibles, aprovecharé la ocasión para enunciar algo de lo que estoy persuadido, y es lo siguiente:

Difícilmente podrá cumplirse el objeto de la cuestión prejudicial, que es, por encima de cualquier otro, el de lograr que el Derecho de la Unión no solo reine, sino que también gobierne, y lo haga de modo uniforme, en la Unión Europea, si la preocupación principal se centra en cómo aliviar la carga de trabajo del Tribunal de Justicia, o incluso –y por decirlo de un modo eufemístico- si pretenden crearse las condiciones adecuadas que redunden en una mayor calidad de las preguntas que se le plantean al Tribunal –como si, por otra parte, la calidad de una respuesta estuviera necesariamente en consonancia con la calidad de la pregunta-, o como si una duda, la cual origina una pregunta (que es, en sí, perfectamente legítima) fuera menos duda, o menos pregunta, si no está formulada con la calidad que “merece” el Tribunal de Justicia.

Popularización del Derecho de la Unión, no exclusivismos. También, acercamiento del Derecho de la Unión a los ciudadanos, no aislamiento del mismo en artificiales torres de marfil.

Popularización y acercamiento son, por tanto, en mi opinión, las líneas directrices que han de informar toda estrategia conducente que haya de adoptar la Unión Europea para que la cuestión prejudicial explote, como institución jurídica, todo su potencial intrínseco; y para que, haciéndolo, no solo sea ésta fiel a su filosofía, y consecuente con su teleología, sino capaz de lograr los efectos prácticos y benefactores que, pese al largo camino recorrido, todavía se echan de menos en los ordenamientos de los Estados Miembros y en la experiencia jurídica de sus ciudadanos y sus Instituciones.

Y, dicho esto, creo que estoy en disposición de abordar el apartado siguiente.

oder eine diesbezügliche Frage dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen”, es decir, “el Tribunal Constitucional no se considera obligado, a efectos comunitarios, a controlar completamente por sí mismo la obligación de remisión al Tribunal de Justicia, o de una pregunta en particular”).

(KASTELIK-SMAZA, A., “Op. Cit.”, pp. 302-303; CALLIESS, Chr., “Der EuGH als gesetzlicher Richter im Sinne des Grundgesetzes. Auf dem Weg zu einer kohärenten Kontrolle der unionsrechtlichen Vorlagepflicht?”. NJW, 27/2013, 66. Jahrgang, 4 de julio 2013, pp. 1909-1910).

2.5.- Algunas propuestas *de lege ferenda*

Y, llegados a este punto, me dispongo, en general, a abordar la cuestión del epígrafe desde una posición eminentemente ecléctica, que es la que me parece más ponderada y aristotélica, es decir, aquella equidistante tanto de la reluctancia a la crítica a los jueces del barrio de Kirchberg -como refieren algunos autores¹²⁰⁷ que ha sido la tónica general hasta el momento- como de la que encarna el pirronismo extremo que, parafraseando a Paul Valéry, describiríamos diciendo que lo que ha sido creído por todos, siempre y en todas partes, tiene todas las posibilidades de ser falso.

Quisiera empezar rompiendo una lanza a favor de la posibilidad de emitir votos particulares en las sentencias prejudiciales. Aunque entre los Jueces europeos, según hemos podido ver, la opinión se encuentra muy dividida entre los que se declaran favorables y los que no, lo cierto es que se trata de una práctica consolidada en el Tribunal de Estrasburgo. Que los Jueces deban llegar a un consenso, supone una obligación de uniformidad, que no se corresponde ni con la naturaleza humana ni con lo que es el Derecho (democrático). A estos efectos no nos valen argumentos del tipo de que las Conclusiones de los Abogados Generales, cuando no coinciden con el parecer del TJ, ya hacen las veces de “votos particulares”, porque es evidente que sus opiniones no son decisorias, ni tampoco participan en la emisión de la sentencia que proceda.

Otros argumentos, del tipo de que así se preserva la “autoridad” del Tribunal de Justicia, no son más que demostrativos de un cierto complejo – el cual no me atrevo a definir, pero sí percibo-, o bien apuntan a otro tipo de causas más inconfesables, como es el interés nacional que se desprende en algún asunto. Pues bien, me pregunto si puede hablarse, seriamente, de un “interés nacional” cuando se está discutiendo sobre la interpretación del Derecho de la Unión, si es que los Estados Miembros, en su fuero interno, se muestran realmente de acuerdo en su primacía y entienden que es necesaria su aplicación para lograr los objetivos de la Unión. Pero, yendo un poco más allá, me hago todavía otra pregunta: ¿dónde queda el sentido más auténtico y profundo de lo que es la función jurisdiccional, aquella que

¹²⁰⁷ CONWAY, G., *“The limits of legal reasoning and the European Court of Justice”*. Cambridge University Press, 2012, pp. 52 y ss.

Este autor, sobre este particular, cita a Karen ALTER, la cual afirma que muchos de los autores de derecho comunitario tienden a operar como “un lobby legal en apoyo de la jurisprudencia y la autoridad del Tribunal de Justicia” (ALTER, K., *“Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law”*. Oxford University Press, 2001, p. 58).

debe desempeñar un Juez, si el mismo resulta privado de una facultad tan primaria y esencial como es la de discrepar de la opinión mostrada por los otros miembros del colegio judicial, obligándole, cual si de un político se tratase, a alcanzar acuerdos con los otros miembros de la Sala, con vistas a contentar –o, mejor, a no desencantar- a un “electorado ciudadano” sobre el buen funcionamiento del Tribunal de Justicia y, mucho menos, a quien permitió que ocupara tan alta “dignidad”?

Comoquiera que los Jueces nacionales son “Jueces comunitarios de derecho común” y, por consiguiente, tienen la obligación de aplicar el Derecho de la UE, la pregunta que cabría hacerse es si se puede confiar en la aplicación de este sistema normativo por los Jueces nacionales, esto es, si la actual descentralización del sistema está funcionando de modo satisfactorio¹²⁰⁸.

Como señala JARVIS¹²⁰⁹, el tribunal nacional es el foro natural de aplicación del Derecho de la Unión Europea, por lo que el *quid* de la cuestión no es tanto, posiblemente, si puede confiarse o no en su aplicación por los órganos nacionales, sino en que éstos sean plenamente conscientes de que el Derecho de la UE es parte del derecho nacional y, por consiguiente, ha de ser aplicado como tal.

De un modo muy gráfico lo recordaba TESAURO, al que cita aquél, cuando decía que “el derecho comunitario debería ser visto como un elemento rutinario de normas aplicables en el día a día de la litigación, más que como una exótica excrecencia por encima del orden jurídico nacional”¹²¹⁰.

¹²⁰⁸ JARVIS, M.A., “*The application of EC Law by national courts. The free movement of goods*”. Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 439-451.

El autor citado, dentro del ámbito de estudio de su obra, que es el de la libre circulación de mercancías (esto es, de los artículos 30 a 36 del TCE, hoy artículos 36 a 42 del TFUE), subraya la existencia de abiertas hostilidades (siempre excepcionales) -como las mostradas en el pasado por la *High Court* británica y por el *Conseil d’Etat* francés- y de inaplicaciones de los dichos preceptos por parte de los tribunales nacionales –constituyendo una derivación de este último aspecto la instauración de precedentes jurisprudenciales en los distintos Estados miembros que, por inercia, son seguidos por los distintos tribunales de ese Estado, en lugar de plantear la correspondiente cuestión al Tribunal de Justicia-.

Por otra parte, destaca la existencia de pronunciamientos contradictorios entre tribunales de los distintos Estados miembros al tratar la cuestión de la libertad de circulación de mercancías.

¹²⁰⁹ JARVIS, M.A., “*The application of EC Law by national courts. The free movement of goods*”. Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 452.

¹²¹⁰ TESAURO, G., “*The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and the National Courts*”, 13 YEL 1, 1993, pp.1-17.

¿Esta consideración es compatible con la conclusión de que las cuestiones prejudiciales deberían ser la excepción más que la regla, como algún autor ha apuntado? (VAUGHAN)?

Consideramos que no necesariamente, puesto que la continua evolución del Derecho de la Unión da pábulo, y ofrece suficientes perspectivas de futuro, como para que la cuestión prejudicial no se convierta en algo residual, sino que mantenga, al menos, la pujanza que ha venido demostrando hasta ahora; y ello no solo por el hecho de la constante aprobación normativa en el seno de la Unión Europea (que seguirá ofreciendo, como es natural, problemas de interpretación o validez), sino también por la lógica evolución de los tiempos que, en su quehacer de crear y plantear nuevas situaciones y circunstancias, pueden llegar a poner en entredicho o a acusar la obsolescencia, en determinados aspectos, de la anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹²¹¹.

Soy de la opinión de que, para ir desbrozando el camino, y al igual que han hecho otras voces muy autorizadas (TIZZANO¹²¹², STIX-HACKL¹²¹³),

¹²¹¹ JARVIS, M.A., (“*Op.Cit.*”, p. 457) utiliza el símil, que nos parece inapropiado e inexacto, del niño al que en su primeros años han de prestarle una especial atención sus padres, pero que a medida que va adquiriendo madurez hay que dejarle que extienda las alas y vuele por sí mismo.

Por el contrario, pensamos que ni la cuestión prejudicial, en sus primeros años o en los sucesivos, ha necesitado de la atención de un padre protector, ni que ahora, con la madurez que le confieren los años de rodamiento, pueda dejársela a su albur, pues su mayor o menor utilización va a depender -o, al menos, así nos parece-, de factores tan evidentes como la calidad del legislador comunitario en la redacción de las normas, o el cuidado en el proceso de traducción de esa normativa a las distintas lenguas oficiales de la Unión Europea.

¹²¹² El Abogado General ANTONIO TIZZANO, en sus Conclusiones presentadas el 21 de febrero de 2002 en el asunto “Lyckeskog” (C-99/00), analizó la doctrina CILFIT desde una perspectiva crítica, diciendo que si bien esta doctrina surgió por razones de índole práctica, en el sentido de evitar una afluencia excesiva de peticiones de decisión prejudicial (Punto 56), así como para evitar peticiones de decisión prejudicial superfluas que hubieran entorpecido inútilmente la actividad del Tribunal de Justicia, menoscabando el ejercicio eficaz de su misión (Punto 58), la experiencia demuestra que la práctica de los órganos jurisdiccionales nacionales ha sido todo menos lineal, y en algunos casos se han revelado incumplimientos manifiestos de la obligación establecida en el hoy artículo 267 del TFUE (Punto 57).

Esto ha sido así, dice TIZZANO en el Punto 65 de sus Conclusiones, porque aunque “*la jurisprudencia CILFIT ha querido ofrecer un conjunto coherente y responsable de indicaciones útiles para orientar de manera razonablemente equilibrada a los órganos jurisdiccionales nacionales, el Tribunal de Justicia no había imaginado haber determinado criterios criterios seguros y definitivos, por no decir infalibles, para la definición de la obligación establecida en el artículo 234, párrafo tercero, TCE (hoy artículo 267 del TFUE), porque la aplicación de la disposición se presta objetivamente en la práctica -como no podía ser de otra manera- a soportar cierta “elasticidad” y, por lo tanto, a dejar en cualquier caso una puerta abierta, sin*

que ni siquiera los jueces lo deseen, a posibles incumplimientos de la obligación de presentar una petición de decisión prejudicial. El hecho de que esto no suceda o no siempre dé lugar a desarrollos significativos no quiere decir que, en la práctica, todo ocurra a la perfección, sino que se debe más bien a que algunas veces el incumplimiento no se detecta o no parece muy importante y, sobre todo, a que no existe un mecanismo eficaz de control y de reacción o, más exactamente, a la naturaleza puramente teórica del mecanismo existente en el caso de autos. Es notorio que la Comisión –y no solo ella- considera acertadamente que, en tales casos el recurso por incumplimiento previsto en el artículo 226 TCE –hoy artículo 258 del TFUE- no puede prácticamente utilizarse y ni siquiera es oportuno. Pero, repito, el problema existe, e incluso vuelve a plantearse de vez en cuando de manera patente. Pues bien, precisamente las dificultades objetivas que suscita de por sí la aplicación de la jurisprudencia CILFIT deberían desaconsejar la introducción de elementos adicionales de inseguridad y de ambigüedad en la materia y, sobre todo, el abandono de una línea interpretativa anclada en criterios de apreciación objetivos en la medida de lo posible para pasar a otra que, en cualquier caso, deja abierto el paso a apreciaciones subjetivas, por no decir arbitrarias, por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. Creo que no dramatizo si señalo que, en caso contrario, se tomaría el camino de una ruptura progresiva de la unidad y la uniformidad del Derecho comunitario y, en definitiva, de su propia primacía”.

Esta situación, por tanto, debe cambiar, dice TIZZANO, porque aunque el Tribunal tenga o vaya a tener problemas por la afluencia de peticiones de decisión prejudicial, se muestra, sin embargo, firmemente convencido de que no pueden satisfacerse las exigencias de carácter práctico y contingente, por muy legítimas y comprensibles que sean, si ello es en detrimento de los principios y la coherencia del sistema y, aún menos, induciendo al Tribunal de Justicia a renunciar a las responsabilidades que le atribuye el Tratado (Punto 69).

Comoquiera que la digresión que realiza TIZZANO en torno a este asunto viene dada por la observación realizada por el Gobierno danés, la cual se refiere a la influencia de las “versiones lingüísticas”, el Abogado General viene a recordar lo que el también Abogado General JACOBS manifestó en el Punto 65 de las Conclusiones presentadas el 10 de julio de 1997 en el asunto “Wiener” (C-338/95), en el sentido de que la pluralidad de versiones lingüísticas debería llevar a una cautela esencial frente a la adopción de un planteamiento excesivamente literal en la interpretación de las disposiciones comunitarias, tendente a insistir en la necesidad de interpretarlas a la luz de su contexto y sus fines, y no solo únicamente sobre la base de su texto.

Al final, la solución que ofrece TIZZANO en el Punto 76 de sus Conclusiones, tampoco parece tan novedosa, ya que dice:

“Por consiguiente, propongo que se responda a la segunda cuestión que el artículo 234 CE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que, aunque el órgano jurisdiccional nacional cuya resolución no es susceptible de recurso de Derecho interno considere que una cuestión de Derecho comunitario es clara, está obligado a plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, a no ser que haya comprobado que la cuestión no es pertinente, que la disposición comunitaria a la que se refiere ha sido ya objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia o que la correcta interpretación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna, teniendo en cuenta a tal efecto las características propias del Derecho comunitario, las dificultades particulares que presenta su interpretación y el riesgo de que se produzcan divergencias de jurisprudencia en la Comunidad”.

¹²¹³ La Abogada General CRISTINE STIX-HACKL se pronunció sobre el particular en términos contundentes (de razonamiento sobre el estado de la cuestión y los problemas que depara, que no de solución) en las Conclusiones presentadas el 12 de abril de 2005 en el asunto “Intermodal Transports” (C-495/03), diciendo que la doctrina CILFIT podía llevar a un margen de

sería conveniente superar la doctrina “CILFIT” –doctrina que, como dice SARMIENTO-, tiene muy interiorizada (aunque no solo) el Tribunal Supremo español, a juzgar por el altísimo uso (superior al 97%) que hace

discrecionalidad en los órganos jurisdiccionales nacionales que bien pudiera convertirse en eventual abuso (Punto 90).

La Abogada General, partiendo de que el Tribunal de Justicia consideró la duda de interpretación de forma estricta (“*con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada*”), se pregunta si se ha conseguido realmente una “objetivación”, es decir, si al órgano jurisdiccional, con este enunciado, se le han marcado más bien límites solo aparentemente objetivos o que únicamente lo son en medida limitada (Punto 93).

La cuestión es de pura lógica, y la deja reseñada a la perfección la Abogada General en el Punto 94:

“Dado que, en última instancia, al órgano jurisdiccional nacional únicamente le queda su propio discernimiento, no puede evidentemente tener efectivamente él mismo el convencimiento de que «se impone la misma evidencia igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia» sobre la solución de la cuestión de interpretación suscitada”.

Lo que, además, resulta ratificado con el razonamiento posterior de la Abogada General (Punto 96):

“Dado que, en cualquier caso, el órgano jurisdiccional nacional no tiene, a fin de cuentas, otro criterio que el suyo propio, debe permitirse formular la cuestión de en qué medida, cuando él mismo ha obtenido tal evidencia, se podría atribuir a otro órgano jurisdiccional o al Tribunal de Justicia una tesis distinta de la suya propia en relación con la cuestión de interpretación que se suscite”.

La Sra. STIX-HACKL afirma, a más abundamiento, que una disposición jurídica no puede ser “por sí misma” inequívoca, clara o de un significado indubitado, puesto que la interpretación de una norma comprende siempre un proceso de entendimiento que, como tal, no puede “matematizarse” (Punto 101).

Aun así, tampoco avanza una posible solución en ese apartado “¿Post-CILFIT?” que se contiene en sus Conclusiones, puesto que la alternativa de volver a una remisión prejudicial incondicionada a cargo de los órganos jurisdiccionales nacionales que resuelven en última instancia, al amparo de lo previsto en el artículo 104, apartado 3, del RPTJ, podría conducir a un procedimiento simplificado resuelto mediante Auto motivado (Punto 106) pero, a efectos pragmáticos, pone en duda la Abogada General que el Tribunal de Justicia pudiera cumplir su función sin remitirse al discernimiento de los órganos jurisdiccionales nacionales, aunque ello pueda deparar dificultades en la práctica (Punto 107).

En definitiva, apunta a problemas de sobrecarga de trabajo que podrían originarse en el Tribunal de Justicia y, por consiguiente, en la necesidad de esa “delegación” a favor de los órganos nacionales; aunque, obviamente, después de este viaje, topamos con los mismos obstáculos que nos habíamos encontrado, y pretendíamos salvar, al principio del análisis de este problema: el de la buena voluntad de los órganos jurisdiccionales de los Estados, de modo que no se incurra en el abuso que hemos mencionado antes, o bien el del error involuntario del órgano nacional al efectuar el análisis de la cuestión.

de la misma, aunque ello le haya llevado en ocasiones a resultados incorrectos en la aplicación de las normas de la UE¹²¹⁴.

Aunque, por otra parte, como ha señalado TIZZANO, los órganos jurisdiccionales de última instancia han presentado desde siempre un número reducido de cuestiones prejudiciales, tanto en términos absolutos como en porcentaje respecto al número total de peticiones¹²¹⁵.

En cualquier caso, como han dicho algunos autores (CATALANO, SCARPA) criticando esta doctrina “CILFIT”, si se ha de ser coherentes con ella, las jurisdicciones superiores de los Estados Miembros deberían ser todas políglotas (lo que, evidentemente, no es el caso); además, deberían tener un perfecto conocimiento del Derecho de la Unión y del Derecho comparado; así como de la normativa y de la terminología comunitarias (cosa que resulta impensable, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico constituye un “corpus” de legislación caracterizada, muchas veces, por un tecnicismo exasperado, de modo que su claridad solo podría ser valorada por jueces especializados); además de entrañar un riesgo en manos de jurisdicciones de escasas convicciones comunitarias¹²¹⁶.

Por otra parte, y coincidiendo en ello con algún autor (CICCONI), se aprecia en las resoluciones del Tribunal de Justicia una cierta incoherencia,

¹²¹⁴ SARMIENTO, D., (“*Op.Cit.*”), pp. 237-238. Este autor menciona el caso de la Sentencia de la Sala Tercera, Sección 4ª, de 20 de junio de 2005, en el recurso nº 106/2003, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano Baena del Alcázar, en un asunto en el que se impugnaba el R.D. 725/2003, de 13 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos del artículo 100 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (BOE nº 152, de 26 de junio de 2003), y en el que se introducían limitaciones a las exportaciones paralelas de medicamentos.

También cita el caso de la Sentencia de la Sala Tercera, Sección 3ª, de 1 de febrero de 1999, en el recurso nº 318/1995, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Eladio Escusol Barra. En este caso el Tribunal Supremo no planteó una cuestión prejudicial –contra el criterio de dos Magistrados de esa Sala, los Excelentísimos Sres. D. Segundo Menéndez Pérez y D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, que redactaron un voto particular, en el que se planteaba la necesidad de plantear cuestión prejudicial- desembocando ello en una resolución contraria al Derecho comunitario, como así demostró el Tribunal de Justicia con la Sentencia “World Wild Fund”, de 16 de septiembre de 1999 (C-435/97).

¹²¹⁵ Punto 68 de las Conclusiones del Abogado General TIZZANO en el asunto “Lyckeskog” (C-99/00).

De este modo, señala que entre 1960 y 2000 las peticiones de decisión prejudicial presentadas por órganos jurisdiccionales de última instancia fueron poco más del 25% del total (1.173 de 4.381).

¹²¹⁶ CATALANO, N., y SCARPA, R., “*Principios de Derecho Comunitario*”. Tecnos, Madrid, 1988, pp. 152 y 153.

pues se puede ser o muy flexible o muy inflexible, en la apreciación de la concurrencia o no en un determinado órgano nacional de las características definitorias de lo que haya de entenderse como “órgano jurisdiccional”, a los efectos de ser admisible el planteamiento de una cuestión prejudicial¹²¹⁷. Una mayor flexibilidad, como dice la autora citada, puede apreciarse en aquellos casos en los que el órgano remitente ostenta una alta jerarquía en el orden jurisdiccional, aunque también esa laxitud puede venir dada por la novedad o el interés de la cuestión que se suscita.

Si esta flexibilidad es buena o no para el sistema, es algo que habrá de ser apreciado a la luz de los beneficios o los inconvenientes que reporta para la unidad del sistema que, al fin y al cabo, es el objetivo a alcanzar.

RUIZ-JARABO COLOMER fue en su momento muy crítico con esta situación, propugnando la necesidad imperiosa de un cambio jurisprudencial, hasta el punto de que en las Conclusiones que, como Abogado General, presentó en el caso “De Coster” llegó a decir que:

“la consecuencia es una jurisprudencia flexible en exceso y carente de la necesaria coherencia, con el déficit de seguridad jurídica que comporta. Las profundas contradicciones que se observan entre las soluciones propuestas por los Abogados Generales en sus conclusiones y las adoptadas por el Tribunal de Justicia en sus sentencias¹²¹⁸, ilustran la falta de señalización en el camino, con el consiguiente riesgo de extravío. 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”.¹²¹⁹

Por eso, y porque muchas veces el Tribunal de Justicia ni tan siquiera ha explicado las razones que le han movido a decantarse en uno u otro sentido,

¹²¹⁷ CICCONE, R., “Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario”. Editoriale scientifica. Napoli, 2011, p. 64.

Esta autora refiere, como ejemplo, la Sentencia “De Coster”, de 29 de noviembre de 2001, C-17/00.

Podrían darse, sin embargo, otras referencias jurisprudenciales que avalarían la tesis de esta autora –Sentencia “Köllensperger y Atzwanger”, Sentencia “Gabalfrisa”, Sentencia “Abrahamsson y Andersen”, entre otras-.

¹²¹⁸ Como ejemplo de ello, RUIZ-JARABO cita la opinión mostrada en sus Conclusiones por el Abogado General SAGGIO, la cual no se vio seguida en el caso en cuestión para el que habían sido presentadas, por el Tribunal de Justicia en la Sentencia “Abrahamsson y Andersen”, de 6 de julio de 2000 (C-407/98).

¹²¹⁹ Punto 14 de las Conclusiones (C-17/00), presentadas el 28 de junio de 2001.

sugiere un cambio, que estima del todo imprescindible, proponiendo que la decisión sea tomada en Pleno¹²²⁰.

RUIZ JARABO se queja de que los requisitos más definitorios de un órgano jurisdiccional (independencia, carácter contradictorio del procedimiento, o la naturaleza jurisdiccional de la decisión) han recibido por parte del Tribunal de Justicia decisiones cuando menos vacilantes y, en ocasiones, confusas e incoherentes, que provocan general incertidumbre¹²²¹.

De este modo habla del “progresivo relajamiento del requisito de la independencia del órgano”, de la “relativización del requisito de la contradicción en el procedimiento” y de la “confusión implantada en el requisito del carácter jurisdiccional de la decisión que pone fin al proceso”.

Yo me permitiría ir un poco más lejos, abogando por una apertura general en el criterio de admisibilidad, incluso aunque un órgano no reúna todas las características establecidas por la jurisprudencia, en aras a lograr no solo una “popularización” del Derecho de la Unión, sino también para crear, en lo que a la jurisdicción se refiere, una sensación mayor de accesibilidad a sus instituciones, encarnada en este caso en el Tribunal de Justicia.

Claro que este objetivo se puede también alcanzar y, sobre todo, es más riguroso desde un punto de vista intelectual, resulta menos aparentemente voluntarista –es decir, dependiente de lo que considere el TJ- si lo que se lleva a cabo es una decidida revisión jurisprudencial de los criterios actualmente vigentes para considerar qué es un órgano jurisdiccional a estos efectos (p.e. reduciendo el número de los requisitos que hayan de concurrir) o, simplemente, ensanchando el concepto y, de este modo, ampliando el abanico de organismos que pueden estar legitimados para plantear una cuestión prejudicial (p.e. cualquier organismo administrativo)¹²²².

¹²²⁰ Puntos 15 y 59 de las Conclusiones (C-17/00).

¹²²¹ Puntos 18 y 58 de las Conclusiones (C-17/00).

¹²²² El Abogado General RUIZ-JARABO propuso un nuevo concepto de “órgano jurisdiccional” a los efectos del entonces artículo 234 del TCE (vid. Conclusiones en el asunto “De Coster”, C-17/00).

A su modo de ver, debería haber una “regla general” por la que se incluyera en el concepto a todos los órganos integrados en la estructura judicial nacional (puntos 83 a 86 de las Conclusiones en el asunto citado) y, como “excepción”, se podría proceder a una inclusión en el concepto de aquellos órganos que, sin formar parte de la estructura judicial, tienen la última palabra en el ordenamiento jurídico nacional (puntos 87 a 95).

No se me antoja esta última opción una idea tan descabellada –aunque suponga un cambio de filosofía en lo que actualmente es un “diálogo de Juez a Juez”- pues la presunta obligatoriedad de lo que hasta ahora ha venido rigiendo hay que tomarla *cum grano salis*, si consideramos que la Administración está obligada en su actuación a someterse plenamente a la ley y al Derecho¹²²³. Obviamente, dentro de esa “ley” y ese “Derecho” se

Como ventaja asociada a su propuesta, RUIZ-JARABO menciona la de que se reduciría el número de cuestiones prejudiciales (punto 97).

¹²²³ Así, el artículo 103.1 de la Constitución española (BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978) establece “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

En similares términos, o equiparables en su sentido y significación última, se pronuncian otras constituciones europeas -artículo 266 de la Constitución de Portugal; artículo 110.2 de la Constitución de Luxemburgo; artículos 28.1 y 103.1 de la Constitución de Grecia; artículos 7.1 y 77.2 de la Constitución de Hungría; artículo 1 del Capítulo I, y artículo 14 del Capítulo XI de la Constitución de Suecia, etc.-.

También aquí habría que referirse a lo que establecen las leyes de procedimiento administrativo de algunos Estados miembros de la UE, por ejemplo:

En España, el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (publicada en el BOE nº 285, de 27 de noviembre de 1992):

“Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”.

En Italia, el artículo 1.1 de la Ley nº 241/1990, de 7 de agosto (publicada en la Gazzetta Ufficiale nº 192, de 18 de agosto de 1990):

“L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario”.

(“La actividad administrativa persigue los fines determinados por la ley y está regida por criterios de economía, eficacia, imparcialidad, publicidad y de transparencia según las modalidades previstas por la presente ley y por otras disposiciones que regulan procedimientos específicos, y también por los principios del ordenamiento comunitario”). –La traducción es nuestra-.

encuentra comprendido, y con el carácter de primacía que, por definición, le es predicable, el Derecho de la Unión Europea¹²²⁴.

Soy consciente de que el Abogado General RUÍZ-JARABO criticó acerbamente esta posibilidad, ya que, para él, la intromisión de un órgano administrativo en un “diálogo entre jueces” solo podía causar efectos perturbadores¹²²⁵.

Sin embargo, las objeciones que a su propósito adujo no me parecen suficientemente consistentes, y podrían ser, a su vez, fácilmente objetables.

Dice este autor que *“las estructuras administrativas que, aplicando el ordenamiento jurídico, resuelven con criterios de legalidad no tienen que estar integradas por juristas. Esta circunstancia puede provocar que la formulación de una cuestión prejudicial no sea la más conveniente, adolezca de falta de precisión o carezca del necesario rigor técnico”*¹²²⁶.

Contra este argumento se puede oponer el hecho de que las Administraciones Públicas se encuentran dotadas de departamentos jurídicos, y que la relevancia de una resolución administrativa no está en la formación académica de su autor sino en el hecho de que está aplicando el Derecho, y resuelve en Derecho, debiendo para ello regirse por la legalidad existente. Si existieran disfunciones en las Administraciones Públicas respecto de las competencias atribuidas para adoptar una resolución administrativa, quizás debieran ponerse los medios para que sean juristas, y solo juristas, quienes estén encargados de ello. Esto también se encontraría en sintonía con el carácter de presunción de legalidad y, por tanto, de la ejecutabilidad directa que tienen las resoluciones administrativas –hasta el punto de que la suspensión de sus efectos requiere de una decisión judicial que así lo establezca-¹²²⁷.

¹²²⁴ MARTINES, F., “*Direct Effect of International Agreements of the European Union*”. EJIL (2014), Vol. 25, Nº 1, pp. 131 y 147.

¹²²⁵ Punto 79 de las Conclusiones en el asunto “De Coster” (C-17/00).

Para el Abogado General la situación sería tal que *“al admitir una cuestión prejudicial planteada por órganos administrativos se entorpece gravemente el diálogo entre jueces instaurado por el Tratado, se tergiversa su finalidad y se desnaturaliza la protección jurisdiccional del ciudadano”*.

¹²²⁶ Punto 77 de las Conclusiones en el asunto “De Coster” (C-17/00).

¹²²⁷ Vid., en España, artículos 56, 57, 94 y 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; o, en Italia, el artículo 21-quater de la Ley nº 241/1990, de 7 de agosto.

Por otra parte, no puede hablarse propiamente de “conveniencia”, de “precisión” o de “rigor técnico”, como objetivos deseables que, sin embargo, no se conseguirían con una cuestión prejudicial planteada por un órgano administrativo, a diferencia de lo que ocurre con la sometida por un órgano jurisdiccional, cuando son legión los casos en que una cuestión prejudicial interesada por un órgano judicial ha sido desestimada precisamente por concurrir alguno o varios motivos que desdican y contrarían esos objetivos, hasta el punto de que el Tribunal de Justicia o se ha pronunciado en el sentido de no declarar admisible la cuestión, o se ha declarado manifiestamente incompetente, y así lo demuestra la historia lejana y reciente de este instituto procesal.

RUÍZ-JARABO ha afirmado igualmente que:

“el órgano judicial que revisa la decisión administrativa, pronunciada mediando la respuesta del Tribunal de Justicia, puede considerar innecesaria la remisión prejudicial o estimar que debería haber sido enfocada desde otro punto de vista. Si llega al convencimiento de que en el debate no están en juego la interpretación ni la aplicación de normas del ordenamiento jurídico comunitario, la cuestión prejudicial y los esfuerzos de toda índole invertidos para su resolución habrán resultado inútiles, con la carga de deslegitimación que para el Tribunal de Justicia implica que sus sentencias no sean tenidas en cuenta por innecesarias”¹²²⁸.

Esto me parece una gran contradicción, pues sería, en todo caso, el órgano administrativo el encargado de valorar con total autonomía si la remisión es o no necesaria (siguiendo con ello la doctrina del Tribunal de Justicia). Y, en el caso de que sea un órgano jurisdiccional el encargado de revisar la resolución administrativa emanada del órgano autor del reenvío, no existiría óbice para volver a plantear nuevamente la cuestión, esta vez por el órgano judicial, dándole éste la formulación que estime conveniente (lo que no tiene por qué significar que la que hubiera presentado el órgano administrativo fuera necesariamente incorrecta). Por consiguiente, sin que ello vaya en demérito de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia pues, como hemos dicho, el volver a plantear una cuestión prejudicial le está permitido hoy día a cualquier órgano jurisdiccional, por lo que nadie se cuestiona en estos casos si la sentencia dictada en primer lugar por el Tribunal de Justicia era innecesaria¹²²⁹.

¹²²⁸ Punto 78 de las Conclusiones en el asunto “De Coster” (C-17/00).

¹²²⁹ RUIZ-JARABO, en el punto 79 de las Conclusiones en el asunto “De Coster” se refiere a que esta situación podría producir una demora en el tiempo para la resolución del asunto,

En línea con esta propuesta, estoy asumiendo también que hay que superar, en la evolución que considero deseable para la cuestión prejudicial, el concepto de “litigio” ante un órgano jurisdiccional, pues no entiendo cómo puede predicarse, y aun conseguirse, la prevalencia y aplicación del Derecho de la Unión en un EM, si ello lo dejamos circunscrito al ámbito judicial. Cabe fácilmente imaginar un sinnúmero de resoluciones –de tipo,

cuestión que tampoco compartimos pues sería análoga a la existente en la realidad, toda vez que supone un alargamiento de un proceso no solo el mero planteamiento de una cuestión prejudicial, sino el suscitara nuevamente en una cuestión que ya fue objeto de resolución en otro momento (y en otro asunto), o incluso en el mismo asunto.

De este modo, el Abogado General argumentaba que *“el verdadero órgano judicial pudiera verse privado de la facultad de utilizar el reenvío prejudicial, ya que, aun cuando en teoría podría suscitar una nueva pregunta, impondría a las partes un retraso suplementario en la tramitación del proceso principal, que sería insoportable para una administración de justicia ya bastante lenta”*.

A este propósito, y en relación con Italia, la AGCM (*“Autorità garante della concorrenza e del mercato”*), siguiendo, por analogía, el criterio mostrado por el Tribunal de Justicia en la Sent. “Syfait” (C-53/03), no podría haber planteado una cuestión prejudicial sino que tuvo que ser el TAR (*“Tribunale Amministrativo Regionale”*) del Lazio, el que plantease la misma, al resultar impugnada una resolución de aquélla (Sent. “Consorzio Industrie Fiammiferi”, de 9 de septiembre de 2003, C-198/01).

Se da la circunstancia de que la AGCM era competente, antes de 1996, para aplicar únicamente el derecho italiano de la competencia, pero no el derecho comunitario en la materia. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la Ley número 52, de 6 de febrero de 1996 (Suplemento ordinario nº 24 de la Gazzetta Ufficiale nº 34, de 10 de febrero de 1996), era competente también para aplicar los artículos 81, apartado 1, y 82 del entonces TCE.

En el aptdo. 49 de la Sent. “Consorzio Industrie Fiammiferi” dice el TJ:

“Este deber de excluir la aplicación de una normativa nacional contraria al Derecho comunitario incumbe no sólo a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839, apartado 31), lo que conlleva, en su caso, la obligación de tomar todas las medidas para facilitar la realización del pleno efecto del Derecho comunitario (véase la sentencia de 13 de julio de 1972, Comisión/Italia, 48/71, Rec. p. 529, apartado 7)”.

Entendemos, por tanto, que si un órgano administrativo tiene la responsabilidad que le atribuye el Tribunal de Justicia, como consecuencia de las obligaciones derivadas del derecho comunitario, no se le puede privar a aquél de la facultad de plantear una cuestión prejudicial, toda vez que ese planteamiento puede hacerse necesario, precisamente, para llevar a efecto el citado deber.

(Vid. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., *“La eficacia de las Sentencias dictadas por el TJCE”*. Editorial Aranzadi, 2004, p. 34; DANIELE, L., *“Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze”*. Quarta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2010, p. 339).

sobre todo, administrativo- que, teniendo como base el ordenamiento jurídico de un EM, podrían estar vulnerando flagrantemente el Derecho de la Unión. Infracción que podría hallar su causa, simplemente, en que la Administración autora del acto hubiera tenido dudas en cuanto a la aplicación de una norma concreta y, sin embargo, al estarle vedada (o, mejor, vetada) la posibilidad de dirigirse al Tribunal de Justicia, la anulación de los efectos de la resolución que emitiera estuviese supeditada, primero, a la eventualidad de que el expediente en que fue dictada se judicialice y, luego, a que el órgano jurisdiccional aprecie o, acaso, coincida en ver una duda de corte comunitario allí donde la Administración podría haber necesitado, en su momento, algún tipo de clarificación en este sentido.

En definitiva, lo que no se puede ni se debe obviar es que las Administraciones Públicas, precisamente por el tipo o carácter de la normativa que se aprueba en la Unión, se ven obligadas a aplicar el Derecho de la UE –lo que incluye también sus principios generales¹²³⁰–, por lo que es perfectamente factible que puedan surgir dudas en el ámbito administrativo sobre el sentido o la interpretación, y acaso también la validez, de una norma comunitaria. Como prueba de ello tenemos las cuestiones que han sido remitidas por este tipo de órganos; aunque luego no hayan sido aceptadas por el Tribunal de Justicia. Si se les priva de -o, mejor dicho, no se otorga a las Administraciones Públicas- legitimación para plantear cuestiones prejudiciales, se están creando irremisiblemente importantes disfunciones en lo que hace a la aplicación del Derecho de la Unión.

Esta situación supone, además, una contradicción con el hecho de que las Administraciones Públicas deban inaplicar las normas nacionales incompatibles con las europeas, como así lo ha establecido el Tribunal de Justicia¹²³¹.

¹²³⁰ Sent. “Sopropé”, C-349/07, aptdos. 36 a 38; Sent. “Sabou”, C-276/12, aptdos. 28 y 38.

¹²³¹ Sent. “Fratelli Costanzo”, de 22 de junio de 1989, C-103/88, aptdo. 31; Sent. “Ciola”, de 29 de abril de 1999, C-224/97, aptdos. 26 y 30; Sent. “CIF”, de 9 de septiembre de 2003, C-198/01, aptdo. 49.

Véase el contenido de los Puntos 51 y 52 de las Conclusiones del Abogado General RUÍZ-JARABO COLOMER, presentadas el 25 de junio de 2009, en el asunto “Umweltanwalt von Kärnten” (C-205/08), en los que se alerta del peligro que supone la Sentencia “Fratelli Costanzo”, por la inseguridad que conlleva y por las dificultades prácticas de implicar en ese poder de inaplicación a órganos sometidos al principio de jerarquía administrativa. RUÍZ-JARABO COLOMER aboga por reconducirla a sus justos términos, lo que se alcanzaría si ese poder de inaplicación de normas anticomunitarias se redujera a las autoridades con capacidad para remitir cuestiones prejudiciales.

Si, como he venido manteniendo –pese a ser consciente de las muchas opiniones discrepantes que este parecer suscitará-, el Tribunal de Justicia, más que interpretar, lo que hace es, propiamente, aplicar el Derecho, resolviendo, o casi, el asunto pendiente en el ámbito nacional, no aprecio la diferencia que puede existir en que esa solución se la ofrezca el TJ a un Órgano Jurisdiccional o a una Administración Pública.

Se podría, con todo, mantener, en este aspecto, el “statu quo” actual para que el diálogo de jueces siga siendo tal, un diálogo entre pares; siempre que, al mismo tiempo, se diera una solución a la problemática que hemos planteado, y esa solución podría pasar por la creación de una figura legal específica, que podría denominarse “cuestión prejudicial administrativa”.

No debe sorprender este planteamiento, toda vez que la existencia de diversas disfunciones en la práctica puede llevar razonablemente a sugerir, como solución, la posible regulación a nivel comunitario de un recurso específico. Así lo hace algún autor (SÁNCHEZ PATRÓN) a propósito de la necesidad de que el particular pueda defender sus derechos y libertades fundamentales ante la aplicación del Derecho de la Unión (dadas las limitaciones o restricciones con que aparecen actualmente configurados tanto el recurso de anulación como el de omisión)¹²³².

2.6.- La cuestión prejudicial administrativa

Del apartado de entrevistas a Jueces europeos se deduce que algunos de ellos –eso sí, muy pocos- se han mostrado favorables –pero con matices- a que la Administración pueda, de algún modo, tener cabida en este instituto prejudicial, dado que éstas conocen de numerosas cuestiones que tienen que ver con el Derecho de la Unión, y que acaban llegando a los órganos judiciales.

Sin embargo, en lo que hace a la modificación del artículo 267 del TFUE, estos Jueces se han mostrado, en general, bastante satisfechos con su redacción actual.

Quizás la solución a este estado de cosas, una vez identificada la necesidad, pasara más por crear un nuevo instituto que se llamase “cuestión prejudicial administrativa”, y que permitiera a las Administraciones de cualquier

¹²³² SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., “*La defensa judicial de los derechos y libertades fundamentales del particular ante la aplicación del Derecho Comunitario Europeo*”, en Actas de las IV Jornadas sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Facultad de Derecho (Universidad de Zaragoza), Zaragoza, 2002, p. 11.

ámbito territorial (local, regional o nacional) de los Estados miembros, dirigirse a la Unión en busca de respuestas sobre la interpretación de su Derecho.

Creo que, a este respecto, los Abogados Generales podrían ser los llamados a realizar un papel fundamental, pues me atrevo a sugerir que fuesen precisamente ellos los encargados de resolver este tipo de cuestiones.

Considero que, en lo que hace a las cuestiones prejudiciales, los Abogados Generales, por su vasta formación, no pueden limitarse a orientar al Tribunal de Justicia en los asuntos prejudiciales en los que intervienen, pues están sugiriendo la respuesta sobre un asunto concreto a un Tribunal que, a su vez, tiene también un enorme conocimiento del Derecho de la Unión –y, muchas veces, sus miembros han sido, en el pasado, Abogados Generales-. Además, nos encontramos con que es una persona, emitiendo su especializada opinión a los miembros de la Sala de un Tribunal –compuesta, normalmente, por cinco jueces-, si es que no lo hacen ante la Gran Sala –normalmente formada por quince jueces- o ante el Pleno.

Acaso podría prescindirse, por esta razón, de los Abogados Generales, en los asuntos que ha de resolver el Tribunal –ya que podrían ser sustituidos, para realizar la función que vienen desarrollando, por los Magistrados Ponentes de las Salas-, y dedicarse, así, a resolver las cuestiones prejudiciales que les remitiesen las Administraciones de los Estados miembros. Y no debiendo comportar ello ningún desdoro ni demérito, habida cuenta tanto su histórica como su actual función, sino, digamos, una reconversión –con importantes beneficios, quiero pensar, para todo el sistema; en especial, pero no solo, en lo que a la eficiencia del mismo se refiere, tiempos de resolución incluidos-.

Sostengo que no se crearían distorsiones de criterio pues, como es sabido, las Conclusiones de los Abogados Generales se suelen seguir en un gran número de casos por los Jueces del Tribunal de Justicia.

De este modo, propondría que las Administraciones remitiesen sus cuestiones al Tribunal de Justicia, las cuales serían asignadas, para su resolución, a los Abogados Generales, añadiéndose al final del asunto las iniciales “PA” –del mismo modo que se hace con la sigla PPU para referir las prejudiciales a tramitar por el procedimiento de urgencia-.

El procedimiento a seguir en estos casos debería estar informado por una extrema sencillez y constar de una única fase (la escrita). Las únicas Observaciones posibles serían las de las Instituciones Comunitarias, con

objeto de que el procedimiento administrativo –una vez suspendido- no superase determinados tiempos de espera y, en todo caso, la respuesta del Abogado General debería producirse en un plazo inferior a seis meses desde que la petición prejudicial tuviera entrada en la Secretaría del TJ.

La remisión de la cuestión por parte de la Administración habría de ser, siempre y en todo caso, facultativa, y podría ser tanto sugerida por los administrados como decidida de oficio por el propio órgano administrativo.

La petición prejudicial, que lo sería solo a efectos interpretativos, consistiría en la propia Resolución administrativa, en la que, después de exponerse en la misma por el órgano correspondiente, con carácter meramente informativo, y sin mayores requerimientos en este sentido, el trasfondo fáctico de la cuestión, se hiciera referencia a determinada normativa comunitaria, cuya aplicación se estimara pertinente al caso, y en la que concurriesen dudas sobre su interpretación. Dicha Resolución debería estar acompañada por los escritos que hubieran presentado las partes sobre el particular en sede administrativa, exponiendo su parecer – u observaciones- acerca de la cuestión suscitada.

El Abogado General debería limitarse a fundar su respuesta basándose en la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia o, si no se hubieran dictado sentencias sobre el particular, cuál sería, en su opinión, el modo en el que la norma en concreto debiera ser interpretada.

El Abogado General emitiría su parecer a través de un Dictamen, el cual debería ser consultable en la página del Tribunal de Justicia, pero solo en inglés, francés y, si fuera otra, en la lengua del órgano administrativo remitente, omitiendo su traducción al resto de las lenguas oficiales de la Unión.

Este Dictamen no tendría carácter vinculante, pues no procede del Tribunal de Justicia, pero si no fuera seguido por la Administración consultante en la resolución que, finalmente, dictara, podría servir de base al administrado para acudir a la vía jurisdiccional, con el mayor bagaje jurídico que, en este caso, supondría la existencia en el expediente administrativo de dicho Dictamen, y el hecho de su no seguimiento o asunción por la Administración en la resolución emitida y, ahora, impugnada.

Esto tampoco debería impedir, sin embargo, que, reputándose igualmente no vinculante para el Tribunal de Justicia el Dictamen que pudiera haber emitido el Abogado General –como, por otra parte, tampoco lo son, en la actualidad, sus Conclusiones- el órgano jurisdiccional nacional que

entendiera de la impugnación de la resolución administrativa, si tuviera dudas sobre la respuesta dada por el Abogado General –o reputase la misma, eventualmente, insuficiente a los efectos de su articulación en el proceso judicial- pudiera dirigirse con una nueva cuestión al Tribunal de Luxemburgo.

Una vez hecha esta propuesta, surge la pregunta sobre las exigencias que ésta podría comportar, así como sobre sus posibles beneficios y problemas, y si estos últimos serían superables, para terminar realizando una valoración total de los pros y contras, que nos dé la pauta sobre lo plausible o no de esta iniciativa.

Como posibles *ventajas*, podría identificar las siguientes:

- Acostumbraría a la Administración a ser más consciente del Derecho de la Unión, a la vez que conseguiría su mayor implicación y compromiso en el proceso de su aplicación (lo que no es poco).
- Podría conseguirse que un porcentaje de asuntos no llegase a sede judicial, haciendo más liviana la carga de trabajo que, actualmente, soportan los órganos jurisdiccionales –dado que el volumen de asuntos, en algunos Estados Miembros, es desproporcionadamente grande –, por no hablar de los excesivos tiempos de resolución que esa situación trae consigo. Este hecho sería muy bien acogido tanto por los tribunales de los Estados Miembros como por el TJ.
- Los tribunales nacionales a los que llegase un recurso contencioso-administrativo contra una resolución de la Administración, en cuya tramitación procedimental se hubiera planteado ya una cuestión prejudicial, se encontrarían el trabajo “comunitario” prácticamente hecho y, por ende, no tendrían que realizar esfuerzos para dar una solución al litigio sin dirigirse al Tribunal de Justicia, salvando así el escollo del tiempo en que, en otro caso, debiera estar suspendido el proceso judicial. Aquí el justiciable es, en última instancia, el gran beneficiado.

Como posibles *objeciones o inconvenientes* que pudieran oponerse a este sistema, se me ocurren las siguientes:

- Una percepción de duplicidad en las funciones del Tribunal de Justicia o, incluso, de credibilidad en el propio instituto prejudicial. Creo, sin embargo, que sería solo una percepción (confutable por la práctica) pues, una vez superado el rechazo inicial que, por inercia,

toda novedad supone, el resultado de su funcionamiento redundaría en, y convencería de, la eficiencia del sistema.

- Un desdibujamiento de las funciones actuales de los Abogados Generales que, acaso, podrían creerse “relegados” en la función que han venido desarrollando. Creo que esta percepción no tendría razón de ser, pues su papel, simplemente, se reinventa, confiriéndoles un papel decisorio en las cuestiones que tuvieran que resolver.
- Los Estados Miembros perderían la posibilidad de realizar Observaciones en este tipo de asuntos. Creo que no se trataría de ningún drama, ni tampoco supone afectación alguna de soberanía o derechos –por aquello de que se les priva de expresar su opinión-, toda vez que la cuestión sería “stricto sensu” de tipo interpretativo del Derecho de la UE, y no podría versar, ni tampoco afectar, a la conformidad de una norma nacional con el Derecho de la Unión.

CONCLUSIONES

1.- Entiendo, después del periplo jurisprudencial y doctrinal recorrido con esta tesis, que algunas de las críticas que he vertido sobre la cuestión prejudicial encuentran su fundamento, precisamente, en el hecho de que la misma no está bien definida legalmente –o acaso porque ha sido desarrollada por el Tribunal de Justicia más allá de su marco legal-, a lo que coadyuvan las declaraciones contradictorias –*rectius*, no ajustadas a la realidad- que hace el Tribunal de Justicia a través de su Jurisprudencia, y que provocan algunas de las falencias que denuncio.

Y es que cada vez que el TJ, por vía interpretativa, se pronuncia sobre la conformidad o no de una normativa nacional con el Derecho de la Unión, a través de la fórmula “se opondrá” o “no se opondrá”, está realizando un juicio de valor sobre dicha normativa nacional (a la que acaba interpretando; pese a que el Tribunal del Kirchberg dice no estar facultado para hacerlo), lo que, además, está incidiendo en alguno de los efectos de un recurso por incumplimiento. La consecuencia es que el EM en cuestión va a verse, en definitiva, compelido a una modificación legal de la normativa nacional sobre la que se haya pronunciado el Tribunal de Justicia, pues ¿qué sentido tendría no proceder a esa derogación y/o modificación legal si los tribunales de ese EM saben, a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia, que no han de aplicar esa norma?

Por consiguiente, no sería exagerado afirmar que los tribunales nacionales, merced al procedimiento prejudicial, están coadyuvando con la Comisión Europea en la misión que tiene ésta encomendada de velar por el cumplimiento del Derecho de la Unión, a través de su actitud de “limpiar, pulir y dar esplendor”, desde un punto de vista comunitario, a los ordenamientos nacionales.

2.- El hecho de que el Tribunal de Justicia exija conocer el marco jurídico en el que se plantea la cuestión que le ha sido definida por el Juez nacional, con arreglo al litigio concreto pendiente, y los pronunciamientos que sobre el particular hace, evidencian que vuelve a incurrir en contradicción respecto de otro de sus lugares comunes, y es el de que no tiene competencia para resolver el caso concreto. Lo cierto es que, cuando el Tribunal de Justicia no lo resuelve, los esfuerzos “tuitivos” de su sentencia lo dejan a falta de ratificación y rúbrica por el Juez nacional.

Si está ello o no justificado es harina de otro costal y, como es natural, es susceptible de opinión –y para ello me remito a lo que se dirá en los puntos siguientes-; pero no puedo por menos que dejar constancia de esta paradoja teresiana en la que se mueve el Tribunal de Justicia.

3.- Se ha afirmado por la doctrina, y coincidido en ello, que la cuestión prejudicial ha de enmarcarse ante todo en un contexto objetivo, de orden público, ya que en su fundamento se encuentra el cumplimiento y correcta aplicación, es decir, la protección del Derecho de la Unión.

Siendo esto cierto, no lo es menos que representa también un medio de defensa de los particulares, por lo que un (mayor) conocimiento del Derecho de la Unión por parte de los abogados puede ser fundamental para una mejor defensa de los derechos de sus clientes. Es una exhortación a hacerlo. ¡Hagámoslo! No en vano, la iniciativa para su planteamiento no reside únicamente en los Jueces, sino que puede serles sugerida a éstos por los particulares, en el supuesto de convenir a su derecho, como ha ocurrido en numerosas ocasiones.

Las características de la cuestión prejudicial me hacen concluir que, efectivamente, estamos ante un instrumento en manos de los particulares – por mediación siempre de un Juez o Tribunal- para propiciar una participación que, precisamente en el caso de los particulares, se encuentra muy limitada en el resto de remedios procesales a instar ante la jurisdicción de la Unión Europea.

Esto que digo es muy claro si es que hemos de evocar el marco legal del recurso por incumplimiento, e incluso el de anulación.

Pero más que un instrumento *en* manos de los particulares –que también- es, sobre todo, un instrumento *para* la defensa de los derechos de éstos.

Incide en esta idea el papel, incluso de oficio, que desempeña, como hemos dicho, el Juez nacional, en la defensa de los particulares, a través de la utilización de este instituto procesal pues, olvidando éste por un momento su papel de juzgador, o acaso erigiéndose en un Jano de dos caras, la que reconocemos como la del Juez y la de la parte, se aventura en el “ejercicio de la abogacía” ante el Tribunal de Justicia (asuntos “Asturcom Telecomunicaciones”, “Aziz”, etc.).

Todos estos laudables intentos de los ciudadanos de la Unión y de los tribunales de los Estados miembros quedarían apenas en nada, si no se contase también con una disposición de ánimo –o, acaso, diría mejor, militancia y predisposición- del Tribunal de Justicia, para constituirse, a través del Derecho de la Unión, en defensor de los derechos (fundamentales o no) de los particulares, cuando éstos resultan lesionados o, simplemente, puestos en peligro –en ocasiones por determinados actos de las Instituciones comunitarias y, las más de las veces, por disposiciones nacionales-. El TJ no desea mantenerse ajeno, sino todo lo contrario, al contenido concreto de la contienda –incluso, o especialmente, a la posición fijada en ella por las partes- para, de este modo, ejercer con su sentencia prejudicial una suerte de función cojurisdiccional con el tribunal nacional, en aras a la resolución del litigio concreto.

4.- De las entrevistas que he realizado a Jueces europeos se deduce que, en general, reputan de muy útil el instituto de la cuestión prejudicial, aunque algunos refieren algún caso aislado en que no ha sido así. Consideran, en todo caso, que este expediente posibilita la aplicación del derecho nacional conforme al Derecho de la Unión.

En lo referido a si el Tribunal de Justicia acaba interpretando el derecho nacional, pese a que dice no estar legitimado a ello, los Jueces se manifiestan, en general, en sentido negativo, si bien las expresiones “se opone” o “no se opone”, que suelen consignarse en este tipo de sentencias, podrían ser objeto de crítica, por lo que dan a entender; e, incluso, se llega a admitir que el proceder del Tribunal podría suponer, efectivamente, un “juicio indirecto” sobre la compatibilidad de la norma interna con el Derecho de la Unión, dejando a un lado el mecanismo sancionado por el artículo 258 del TFUE.

Respecto a si la sentencia prejudicial acaba resolviendo el litigio nacional, pese a lo manifestado en este sentido por el Tribunal, los Jueces dicen, generalmente, que no; pero hay varios que admiten que puede, efectivamente, estarse llegando a ese resultado –sobre todo, en aquellos casos en que el TJ busca una implementación práctica del Derecho de la Unión, o aduce las cuestiones relevantes en el supuesto planteado o pretende dar respuestas que puedan resultar útiles al Juez nacional, lo que produce en ocasiones la impresión de que va más allá de sus competencias.

El interrogante que versa sobre el concepto de órgano jurisdiccional, es decir, sobre si éste debería ser revisado a los efectos de ampliar la legitimación a otros órganos para remitir cuestiones prejudiciales, los Jueces, por diversos motivos, suelen coincidir en que es mejor que sean los tribunales los que tengan esta competencia. Aun así, hay algún Juez que muestra un criterio más aperturista; llegando otro incluso a sugerir la posibilidad de habilitar un procedimiento especial de uso para la Administración.

5.- Es curioso –y alguno de los jueces que he tenido ocasión de entrevistar lo ha puesto de manifiesto también- el papel limitado que, pese a todo, se confiere a los jueces nacionales en el procedimiento prejudicial, los cuales se limitan a plantear e iniciar el procedimiento, pero no les es dado participar después –pese a que pudiera ser conveniente- en las fases que se desarrollan ante el Tribunal de Justicia. Sí que lo pueden hacer, sin embargo, las partes del litigio nacional, las cuales, además de hacer sus alegaciones escritas, tienen también posibilidad de intervención en la fase oral.

6.- Creo que la distinción entre envío facultativo y obligatorio es artificiosa, por lo que tendría que desaparecer.

El carácter discrecional, sujeto a la valoración que haga el órgano nacional, y el carácter nebuloso de los criterios de determinación objetiva de si hay que remitir o no, unido a la propia “doctrina CILFIT” del Tribunal de Justicia (de cuya modificación, dicho sea de paso, podrían derivarse beneficios no desdeñables), constituyen un grave escollo para mantener esta diferenciación. Por no hablar, como lo confirma e indicia la ausencia de casos en la práctica, de la dificultad de sanción que se derivaría en un supuesto caso de incumplimiento de envío obligatorio.

Debería, por ello, sustituirse esa nebulosa, que se nos antoja portadora de los caracteres propios de los conceptos jurídicos indeterminados, por un

concepto más aquilatado en el que, partiendo del “Juez predeterminado por la ley”, una cuestión prejudicial debiera ser suscitada siempre que existiese una duda sobre la interpretación del Derecho de la Unión. Si un particular entiende que, pese a haberlo sugerido, el Juez nacional no lo ha acordado, debiendo haberlo hecho, y no cabiendo recurso (o más recursos) contra dicha resolución, el tema debería ser simplemente resuelto en amparo por el Tribunal Constitucional. Sería deseable que estos tribunales adquiriesen una especial sensibilidad al respecto y, en la medida de lo posible, hicieran más laxos –y, también, más constitucionales, dicho sea de paso- los criterios de admisión de los recursos de amparo por este motivo (en el caso de España, por ejemplo, por lo que hace al requisito de “especial trascendencia constitucional”, en el que debería incluirse expresamente esta causa).

7.- La cuestión prejudicial ha crecido a costa de un cierto anquilosamiento –o, tal vez, desconfianza- en las vías procesales existentes en los Estados miembros. Y este crecimiento, naturalmente, ha supuesto un exceso de carga en las espaldas del Tribunal de Justicia que, como un Atlante, soporta su peso y también el peso que, en nuestra opinión, no debiera. Compartimos la queja del exceso de carga que, como una letanía, se repite por doquier; pero también (y esto apenas se escucha, pero debe decirse) hay despilfarro de tiempo y de recursos. He dado cuenta en esta obra de que un cierto número, más o menos importante, de cuestiones prejudiciales podrían ser perfectamente resueltas con el derecho nacional (Sent. “Jiménez Melgar”, C-438/99) y, en especial, confrontando la imagen especular de la legislación nacional con los preceptos de la Constitución del EM. Me refiero, sobre todo, a aquellas cuestiones que se plantean para que el Tribunal de Justicia, manejando unos criterios y principios que se encuentran en el Derecho de la Unión –pero también presentes en el propio ordenamiento nacional, como se trata de principios comunes, y que podrían ser razonados por un Juez nacional-, dirima, entre otros, si existe o no discriminación, o si se está ante una norma que adolece de desproporción, etc.

Y, sin embargo, para este viaje que, como digo, podría ser más ligero y económico, es necesario el siguiente pertrecho de alforjas: suspensión del litigio nacional entre uno y dos años, sucesión de trámites burocráticos tendente a la presentación de Observaciones por parte de los Estados miembros, traducciones para todo, audiencias, conclusiones de un Abogado General... Esa carga del Tribunal de Justicia, como ocurre con otro tipo de cuestiones, no se hará más liviana, o difícilmente se maximizarán los recursos empleados, si no se provee a una racionalización del mismo, lo que implica una eliminación de duplicidades –y para ello, si se nos permite

la expresión, los Estados deben llevar a cabo el correspondiente ejercicio de “frónesis”-.

La pregunta que me hago es ¿por qué los Jueces acuden con mayor presteza y prontitud al Tribunal de Justicia que a sus propios Tribunales Constitucionales –donde podrían interponer cuestiones de inconstitucionalidad-, aunque para ello tengan que buscar, forzosamente, la “argolla” de enganche con el Derecho de la Unión para justificar la remisión de una cuestión prejudicial?

Creo que una razón poderosa para ello puede encontrarse en el hecho de que existe una percepción –diría que plenamente contrastada, a tenor de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia- de que en el TJ es más fácil visualizar el criterio de “justicia material” que en un tribunal nacional (incluido un Tribunal Constitucional), donde los “formalismos legales” parecen erigirse en trabas, a veces insuperables, para la consecución de ese sentido o noción de “lo justo” que todo ciudadano tiene y, de modo especial -o especialmente diferente, por su formación- los Jueces y Magistrados.

8.- Creo que debería ser posible que las sentencias prejudiciales contuviesen, de existir, “votos particulares”, pues la función de juzgar (aunque se trate de interpretar, prejudicialmente, disposiciones legales) no se entiende sin la existencia de distintos modos de valorar el Derecho.

Obligar a los Jueces del Tribunal de Justicia a alcanzar acuerdos, como si fueran políticos ejerciendo el “arte de lo posible” en un supuesto mercadeo persa de argumentos jurídicos -por mor de una uniformidad y una autoridad mal entendidas-, en lugar de permitirles expresar y dar a conocer sus opiniones sobre un asunto particular “extramuros” de la Sala, supone, a mi modo de ver, una clara capitidiminución de su función judicial.

¿De qué se hace, entonces, depender –porque, evidentemente no de sentencias “némine discrepante”- la evolución jurisprudencial del Derecho de la Unión?

¿De las opiniones mostradas por los Abogados Generales en sus Conclusiones?

Pienso que éste, habiéndose utilizado, es un argumento muy cuestionable, toda vez que los Abogados Generales no emiten las sentencias y, por otra parte, abogo abiertamente por la supresión de las Conclusiones de los

Abogados Generales en el procedimiento prejudicial, pues creo que son perfectamente prescindibles y que crean duplicidades innecesarias.

9.- Para no desnaturalizar la cuestión prejudicial, ni el Tribunal de Justicia puede pensar en aligerar su carga de trabajo, ni los Jueces nacionales pueden priorizar (por motivos derivados de su personal subjetividad o por conveniencia) la no suspensión de los procedimientos que han de resolver. Y quiero pensar que la doctrina científica tiene aquí un papel importante que cumplir, pues debe tratar de hacer un esfuerzo para remachar la idea de Unión Europea, con todo lo que esto supone, sobre todo en la actual crisis – que lo es también de la Unión Europea-. De la actual encrucijada, a diferencia de lo que postulan determinados planteamientos nacionales (como el británico), solo puede salirse airoso con “más Unión Europea”. Esto supone un cambio de actitud por parte de sus Instituciones, que deberían demostrar mayor “cercanía”, lo que a su vez produciría un efecto de “feedback” sobre los ciudadanos europeos y sobre las propias instituciones nacionales. En lo que aquí interesa, el Derecho de la Unión podría experimentar, pues hay margen para ello, una mayor permeabilidad sobre los derechos nacionales. Es necesario, por tanto, que no solo los tribunales hagan un mayor uso del Derecho de la Unión –y, en el caso que nos ocupa, de la cuestión prejudicial-, sino también las distintas Administraciones de los Estados miembros.

A estas alturas del proceso europeo, se impone abandonar los razonamientos horizontales o laterales, para optar con decisión por los verticales. Se debe, por tanto, dejar a un lado el prurito de extensión a otros Estados miembros, incorporándolos a la Unión –sobre todo, con las prisas y el poco rigor con que en algunos casos se ha hecho- y apostar por la profundidad del proceso, haciendo que éste cale y tenga los efectos (todos los efectos) que deba desplegar.

Como una traslación de lo anteriormente dicho, establecer que sean solo los tribunales los que puedan dirigirse al Tribunal de Luxemburgo –solo porque son Jueces, o porque se supone que van a elaborar mejor una cuestión prejudicial, o por razones de no sobrecargar al Tribunal de Justicia-, en detrimento de las Administraciones, es un error que requiere ser enmendado, y sugiero que la solución no se posponga *ad calendas graecas*; ya que las Administraciones se encuentran también vinculadas por este Derecho, y han de hacerlo cumplir. ¿Si los Jueces pueden tener dudas sobre el Derecho de la Unión, no es pensable que las mismas dudas asalten a las Administraciones en su obligación de aplicar el Derecho de la Unión? ¿Este exclusivismo jurisdiccional no puede inducir –y creo, de hecho, que lo está induciendo- a que las Administraciones Públicas no tengan en

consideración el Derecho de la Unión a la hora de resolver los expedientes administrativos?

Quizás no sea, en efecto, aconsejable una ampliación –o, mejor, una revisión- del concepto de órgano jurisdiccional, al menos en el marco actual del artículo 267 del TFUE, pero sí que me muestro absolutamente convencido de la necesidad, por las razones antedichas, de franquear la puerta a las Administraciones Públicas (e incluso a los órganos arbitrales) para que todos ellos puedan remitir cuestiones prejudiciales, aunque sea habilitando a estos efectos una vía distinta a la del precepto citado.

10.- De este modo, y en línea con lo anterior, debería crearse un nuevo instituto procesal, al que podría denominarse “cuestión prejudicial administrativa”, y que sería la vía practicable por las Administraciones para solventar sus dudas sobre el Derecho de la Unión, partiendo de la necesaria existencia de un “expediente administrativo concreto” –a semejanza de lo que ocurre con el “litigio concreto” pendiente ante los tribunales-.

Comoquiera que la figura de los Abogados Generales en el proceso prejudicial se me antoja absolutamente prescindible, por las razones que oportunamente han sido apuntadas en este trabajo, se les podría reasignar una nueva función, aprovechando su formación y experiencia en Derecho de la Unión, para que fueran ellos los encargados de resolver las cuestiones que formularan las Administraciones.

Me he permitido esbozar en esta obra, conscientemente, con trazo de pincel impresionista, las líneas generales de lo que podría ser esta nueva vía procesal; así como he indicado las ventajas que pudiera aportar (entre otras: una mayor profundización en el Derecho de la Unión; un efecto liberador de carga de trabajo para los tribunales nacionales y para el propio Tribunal de Justicia –en sede judicial-; y una facilitación o ahorro de la “cuestión comunitaria” al tribunal nacional que, eventualmente, tuviera que resolver un litigio que dimanase de un procedimiento administrativo en el que se hubiera planteado una cuestión prejudicial).

11.- Y, finalmente, como las conclusiones de un trabajo de investigación no creo que deban ser necesariamente afirmaciones obtenidas en el proceso de su elaboración, sino que pueden quedar también, como conclusiones, determinados interrogantes, surgidos *a raíz de*, pero no resueltos *en* ese proceso, y que bien pudieran constituir el objeto de trabajos futuros, es mi intención dejar constancia de las siguientes:

¿Podremos ser testigos -y cuándo será- de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de la jurisdicción militar, siendo aceptada ésta por el Tribunal de Justicia?

¿Podrá un tribunal consuetudinario ser considerado por los jueces del Kirchberg órgano legitimado para plantear una cuestión prejudicial o, por el contrario, estamos ante un supuesto de Derecho-Ficción?

BIBLIOGRAFÍA.-

I.- OBRAS GENERALES Y MONOGRAFÍAS.-

ANDENAS, M., *“Article 177 References to the European Court- Policy and Practice”*. Butterworths, Gosport, Hampshire, 1994.

ANDERSON, D.W.K., *“References to the European Court”*. Sweet & Maxwell, 2ª edición, Londres, 2002.

ARNULL, A., *“The European Union and its Court of Justice”*. Oxford University Press, 1999.

BAPTISTA, M., *“Manuale del rinvio pregiudiziale”*. CEDAM, Padova, 2000.

BENGOETXEA, J.: *“The legal reasoning of the European Court of Justice”*. Clarendon Press, Oxford, 1993.

BERLINS, M. y DYER, C., *“The law machine”*, Penguin Books, Fifth Edition, London, 2000.

BIAVATI, P.: *“Diritto Processuale dell’Unione Europea”*. Giuffrè Editore, terza edizione, Milano, 2005.

BIAVATI, P. y CARPI, F., *“Diritto Processuale Comunitario”*. Giuffrè Editore, Milano, 1994.

BRIGUGLIO, A., *“Pregiudiziale Comunitaria e Processo Civile”*. Cedam, Padova, 1996.

BROWN, L. N. y KENNEDY, T., *“The Court of Justice of the European Communities”*. Fourth Edition, London, 1994.

CATALANO, N., y SCARPA, R., *“Principios de Derecho Comunitario”*. Tecnos, Madrid, 1988.

CHALMERS, D.; HADJIEMMANUIL, C.; MONTI, G.; TOMKINS, A., *“European Union Law”*. Cambridge University Press, 2006.

CHEVALLIER, R-M. y MAIDANI, D., “*Guide Pratique Article 177 CEE*”. Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburgo, 1982.

CICCONE, R., “*Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario*”. Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

CLERGERIE, J-L., “*Le renvoi préjudiciel*”. Ellipses Édition, París, 2000.

CONWAY, G., “*The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*”. Cambridge University Press, 2012.

CUTHBERT, M., “*European Union Law*”. Cavendish Publishing, Fifth Edition, 2003.

D’ALESSANDRO, E., “*Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*”. G. Giappichelli Editore, Torino, 2012.

DANIELE, L., “*Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze*”. Quarta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2010.

DEHOUSSE, R., “*La Cour de Justice des Communautés Européennes*”. Montchrestien, París, 1994.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “*La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento Comunitario*”. McGraw-Hill / Interamericana de España, S.A.U., Madrid, 1998.

DUEÑAS MUÑOZ, J.C., “*Un análisis crítico y comparado de la interpretación prejudicial, el caso Andino*”. Tesis incorporada al Repositorio de la Universidad Andina Simón Bolívar, con sede en Ecuador. Quito, junio 2014.

FERRARI, G. F., “*Corti nazionali e Corti europee*”. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “*La eficacia de las Sentencias dictadas por el TJCE*”. Editorial Aranzadi, 2004.

HAGUENAU, C., “*L’application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit*”.

français, anglais et allemand". Editions Bruylant, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1995, pp.139-172.

JARVIS, M.A., "*The application of EC Law by national courts. The free movement of goods*". Clarendon Press, Oxford, 1998, pp.420-457.

KASTELIK-SMAZA, A., "*Das Vorabentscheidungsverfahren aus der Sicht des individuellen Rechtsschutzes*". (1. Auflage). Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2010.

KOSOVIC KAUNE, L.A., "*Jueces nacionales como Jueces de Derecho Comunitario*". Tesis incorporada al Repositorio de la Universidad Andina Simón Bolívar, con sede en Ecuador. Quito, abril 2007.

LIAKOPOULOS, D. y ROMANI, M., "*Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Tra integrazione comunitaria ed efficacia del diritto internazionale privato e processuale*". CEDAM, Padova, 2009.

MARTINICO, G., "*L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*". Jovene editore, Napoli, 2009.

MORCILLO MORENO, J., "*Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el Ámbito del Derecho Administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*". La Ley, Wolters Kluwer España, Madrid, junio 2007, 1ª Edición.

NAÔMÉ, C., "*Le renvoi préjudiciel en droit européen. Guide pratique*". 2ª Edición. Éditions Larcier, Bruxelles, 2010.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "*La ejecución del Derecho Comunitario Europeo en España*". Civitas. Fundación Universidad-Empresa. Colección "Cuadernos de Estudios Europeos", 1994.

PALACIO GONZÁLEZ, J.: "*El Sistema Judicial Comunitario. Perspectiva institucional, reglas de procedimiento y vías de recurso*". Universidad de Deusto, Bilbao, 1996.

PERTEK, J., "*La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire. Coopération entre CJCE et juges nationaux*". Éditions Litec, Paris, 2001.

QUADROS, I., “*A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*”. Almedina, Coimbra, noviembre 2006.

RAITI, G., “*La collaborazione giudiziaria nell’esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*”. Giuffrè Editore. Università di Catania. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 2003.

RUDI, J., “*Le tecniche argomentative dell’avvocato*”, Lulu Enterprises, Morrisville (USA), 2012, 3ª edición.

RUIZ-JARABO COLOMER, D.:

- “*El Juez nacional como Juez Comunitario*”. Editorial Civitas, Fundación Universidad-Empresa. Madrid, 1993 (1ª edición).
- “*La Justicia de la Unión Europea*”. Editorial Aranzadi, Pamplona, Primera edición, junio 2011.

SENDEN, L., “*Soft Law in European Community Law*”. Modern Studies in European Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004.

SENÉS MOTILLA, C., “*Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*”. McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1996.

SILVA DE LAPUERTA, R., “*El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”. La Ley, Madrid, 1993, 2ª edición actualizada.

SOCINI, R., “*La competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia della Comunità Europee*”. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1967. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Cagliari.

VANDERSANDEN, G., “*La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l’Union européenne*”. Bruylant, Bruxelles, 2011.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., “*La cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario Europeo*”. Tecnos, Madrid, 1994.

II.- ARTÍCULOS DE REVISTA O CAPÍTULOS DE LIBRO –

AGUILAR CALAHORRO, A., “*La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.- Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*”. Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 16, julio-diciembre 2011, pp.471-512.

ALONSO GARCÍA, R.: “*Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)*”. CDP, nº 38, septiembre-diciembre 2009, pp.11-30.

ANAGNOSTARAS, G., “*Preliminary problems and jurisdiction uncertainties: the admissibility of questions referred by bodies performing quasi-judicial functions*”. European Law Review (Londres), diciembre 2005, pp.878-890.

ANDERSON, D., “*Initiating a Reference*”, en “*Article 177 References to the European Court- Policy and Practice*”, ANDENAS, M. Butterworths, Gosport, Hampshire, 1994, pp.7-22.

ARROYO JIMÉNEZ, L., “*Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias*”. InDret, Barcelona, nº 4, octubre 2011.

AZIZI, J., “*Opportunities and limits for the transfer of preliminary reference proceedings to the Court of First Instance*”, en “*The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective: 6th International ECLN- Colloquium / IACL Round Table Berlin, 2-4 November 2005*”, PERNICE, I.; KOKOTT, J., y SAUNDERS, Ch. Nomos, Baden-Baden, 2006, pp.241-256.

BAÑO LEÓN, J. M., “*El Tribunal Constitucional, Juez Comunitario: Amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*”. RDCE, año 8, nº 18 (mayo-agosto 2004).

BARAV, A., “*Une anomalie préjudicielle*”. Il Diritto dell’Unione Europea, (2004), 02, pp. 235 y ss.

BARRESI, F.R., “*The “Arsenal” of the ECJ for the Protection of Trademarks Rights. European Court of Justice, 12 November 2002, C-*

206/01, *Arsenal Football Club plc v. Matthew Reed*". Legal Issues of Economic Integration, vol. 30, 2, 2003, pp.157-165.

BECK, G., "*The Legal Reasoning of the Court of Justice and the Euro Crisis- The Flexibility of the Court's Cumulative Approach and the Pringle Case*". Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2013, vol. 20, nº 4, pp.635-648.

BENGOETXEA, J., "El artículo 177 del Tratado de Roma y la sistemática interpretativa del Tribunal de Justicia", en "*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*", PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOETXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial" que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, pp.173-200.

BIONDI DAL MONTE, F., "*La sentenza Sagor: cosa resta del reato di ingresso e soggiorno illegale?*". Quaderni costituzionali, 1/marzo 2013. pp.157-160.

BOMBILLAR SÁENZ, F.M., "*El sistema constitucional del Reino Unido*". ReDCE, año 8, nº 15, enero-junio 2011, pp.139-184.

BORRACCETTI, M., "*Il ruolo dell'Avvocato Generale nel sistema giurisdizionale dell'Unione europea*". Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali. Fasc. 4/2004.

BOSIO, M., "*Discriminazioni ed orientamento sessuale nella Sentenza Römer della Corte di Lussemburgo*". Il Diritto dell'Unione Europea, 3/11. Giuffrè Editore, pp.761-780.

CALLIESS, Chr., "*Der EuGH als gesetzlicher Richter im Sinne des Grundgesetzes. Auf dem Weg zu einer kohärenten Kontrolle der unionsrechtlichen Vorlagepflicht?*". NJW, 27/2013, 66. Jahrgang, 4 de julio 2013, pp.1905-1910.

CANNIZZARO, E., "*Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*". Il Diritto dell'Unione europea, 3/2013, pp.659-677.

CASADO RAIGÓN, R., “Comentarios sobre la negociación y la adopción de los tratados bilaterales y multilaterales restringidos”. Anuario español de derecho internacional, nº 14, 1998, pp.757-766.

CASTILLO DE LA TORRE, F., “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Crónica de Jurisprudencia Mayo-Agosto 2005”. RDCE, número 22, septiembre-diciembre 2005, pp.1047-1096.

CHAGAS JAGUAR CORREIA, E., “O efeito vinculante do reenvio prejudicial na União Europeia: um caminho para desenvolver o Direito Comunitário”. RSTPR, año 2, nº 4, agosto 2014, pp.65-82.

CHARRIER, C., “L’obiter dictum dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes”. Cahiers de Droit Européen, 1998, vol. 34, nº 1-2, pp.79-103.

CHITI, M. P., “Il rinvio pregiudiziale e l’intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?”. Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, año XXII, nº 5/2012. Giuffrè Editore, pp.745-757.

CIENFUEGOS MATEO, M.:

- “El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica” en “España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial”, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, pp.47-101.
- “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes, diferencias e influencias”. REEI, nº 25, junio 2013.

COBREROS MENDAZONA, E., “Las sentencias prospectivas en las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho comunitario”. Revista Española de Derecho Europeo, nº 4, octubre-diciembre 2002, pp.631-647.

CORSARO, A., “Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea sull’interpretazione della normativa “comunitaria”: I poteri del giudice nazionale”. Centro di documentazione europea. Università di

Catania. Online Working Paper 2012/ n° 43, agosto 2012. URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/43_2012.pdf.

COSTA BENTO, M., y RESENDE ALVES, D., “*A noção de jurisdição para efeitos de interpelação de recurso prejudicial: a questão dos tribunais arbitrais*”. Repositório da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, abril 2015, pp.1-29.

CRAIG, P.:

- “*Pringle: legal reasoning, text, purpose and teleology*”. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2013, vol. 20, n° 1, pp.3-11.
- “*Pringle and the nature of legal reasoning*”. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2014, vol. 21, n° 1, pp.205-220.

CRIADO GÁMEZ, J. M., “*La inadmisibilidad de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*”. Revista Jurídica de Castilla y León, n° 24, mayo 2011.

DANIELE, L.:

- “*Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*”. Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali, Fasc. 3/2008, pp.447-461.
- “*Corte Costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*”. Giur. Cost. 2009, 04, 3551 (también en Centro di documentazione europea, Università di Catania, Online Working Paper 2009/ n°. 16, diciembre 2009, URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/16_2009.pdf).

DÄUBLER, W., “*Instruments of EC Labour Law*”, en “*European Community Labour Law. Principles and Perspectives*”, DAVIES, P.; LYON-CAEN, A.; SCIARRA, S. y SIMITIS, S. Clarendon Press, Oxford, 1996, pp.151-167.

DAVIES, P., “*The European Court of Justice, National Courts, and the Member States*”, en “*European Community Labour Law. Principles and Perspectives*”, DAVIES, P.; LYON-CAEN, A.; SCIARRA, S. y SIMITIS, S.. Clarendon Press, Oxford, 1996, pp.95-138.

DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.M.:

- “*Sobre los orígenes y la idea de Europa (en el cincuenta aniversario de la UE)*”. REEI, nº 14, 2007.
- “*El Tratado de Lisboa (Un juego de espejos rotos)*”. REEI, nº 17, 2009.

DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. y MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C.:

- “*Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2003 y 2004. Comentarios y valoraciones de la práctica judicial*”. RDCE, año 9, nº 22, septiembre-diciembre de 2005, pp.707-757.
- “*Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2005 y 2006. Análisis y valoraciones de la práctica judicial*”. RDCE, año 13, nº 32, enero-abril 2009, pp.181-237.

DI FEDERICO, G., “*Le discriminazioni in base all’età nella più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: da Mangold a Georgiev e oltre*”. Studi sull’integrazione europea, nº 3-2011, anno VI, Cacucci Editore, Bari, pp.585-608.

DYRBERG, P., “La pertinencia de las cuestiones planteadas y la redacción del auto de remisión”, en “*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*”, PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOTXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, pp.153-171.

FRAGOLA, M., “*Il primo rinvio pregiudiziale d’urgenza: il caso Rinau*”. Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali, Fasc. 4/2008, pp.765-775.

GARCÍA RICO, E.M.:

- “Las sanciones internacionales del Consejo de Seguridad: Implicaciones para la industria del petróleo y el gas”, en “*Fuentes de*

energía y Derecho Internacional. Conflictos, principios, sanciones y seguridad”, PASTOR PALOMAR, A., (ed.lit.). Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, 2014, pp.57-104.

- “Las normas jurídicas consuetudinarias y los actos de las Organizaciones Internacionales”, en *“Lecciones de Derecho Internacional Público”*, SALINAS DE FRÍAS, A. (Dir.); ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.; EXPÓSITO GONZÁLEZ, P.; GARCÍA RICO, E.M.; GARCÍA SAN JOSÉ, D.I.; TORRES CAZORLA, M.I. Tecnos, Madrid, 2015, pp.145-155.

GARCÍA ROSS, J., *“De cuestiones prejudiciales y Concierto Económico”*. Boletín de la Academia Vasca de Derecho (Zuzenbidearen Euskal Akademia Aldizkaria), año III, nº 8. Bilbao, diciembre 2005, pp.5-30.

GARCÍA SAN JOSÉ, D.I., *“Unilateralismo y Multilateralismo como conceptos de geometría variable en la sociedad internacional poscontemporánea”*. REEI, nº 15, 2008.

GENNUSA, M. E., *“Un’eccezione alla necessaria applicazione del diritto comunitario”*. Quaderni costituzionali, 2/2010, pp.379-382.

GÓMEZ SANZ, X., “Indicadores para evaluar el impacto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ejerce sobre los ordenamientos nacionales”, en *“España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial”*, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, pp.103-121.

GROZDANOVSKI, L., & TURMO, A., *“Le juge national, interlocuteur privilégié de la Cour de Justice de l’Union Européenne. Réflexions sur l’avis 1/09 et l’arrêt Miles c./ écoles européennes”*. Revue Suisse de droit international et européen, 22. Jahrgang, 3/2012, Schultess, pp.487-503.

HINOJO ROJAS, M., “La garantía judicial del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea”, en *“Curso de Derecho de la Unión Europea”*, ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.; CASADO RAIGÓN, R., (et al.). Tecnos, 2ª Edición, 2014.

IANNONE, C., *“L’avvocato generale della Corte di Giustizia delle Comunità europee”*. Il Diritto dell’Unione Europea, 1/2002, pp.123-141.

INGHELDRAM, J., “*Les arrêts sans conclusions de l’avocat general: aperçu de l’application, depuis le traité de Nice, de l’article 20, dernier alinéa, du Statut de la Cour*”. Il Diritto dell’Unione Europea, 1/2007, pp. 183-202.

IZQUIERDO SANS, C., „*Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española*“. RGDE nº 23, 2011.

LENAERTS, K., “*Interpretation and the Court of Justice: A Basis for Comparative Reflection*”, The International LAWYER, SUMMER 2007, VOL. 41, Nº 4, PP. 1011-1032.

LÓPEZ CASTILLO, A., “*Prejudicializando... Comentario urgente de la primera cuestión prejudicial del TCFA*”. Osservatoriosullefonti.it, fascículo 1/2014 (<http://www.osservatoriosullefonti.it/>).

LOUSADA AROCHENA, J. F., “*La técnica de planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”. Revista de Derecho Social 31/2005.

LUTHER, J., “*Jueces europeos y jueces nacionales: La Constitución del diálogo*”. ReDCE, año 2, nº 3, enero-junio 2005, pp.1-22.

MARIUZZO, F., “*Relazione per l’inaugurazione dell’anno giudiziario 2014. Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sede di Milano*”, LexItalia.it, Rivista internet di diritto pubblico, nº 3/2014, <http://www.lexitalia.it/a/2014/10225>.

MARTÍN MARTÍNEZ, M.M.:

- “*La implementación y aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega: luces y sombras*”. REDUE, nº 10, 1º semestre 2006, pp. 179-200.
- “*En busca de la Europa social: reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein*”. REDUE, nº 14, 1º semestre 2008, pp.135-147.

MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J.: “*TCE- Sentencia de 13.06.2006, Traghetti del Mediterraneo SpA/República Italiana, C-173/03- Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario imputable a los órganos judiciales de última instancia*”, RDCE, nº 25, septiembre-diciembre 2006, pp.1017-1033.

MARTINES, F., “*Direct Effect of International Agreements of the European Union*”. EJIL (2014), vol. 25, nº 1, pp.129-147.

MUÑIZ FERNÁNDEZ, P., “La cuestión prejudicial de validez e interpretación ante el Tribunal de Justicia”, en “*Procedimientos Administrativos y Judiciales de la Unión Europea*”, MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. (Dir.), Economist & Jurist, Madrid, 2012, pp.88-184.

MUÑOZ PÉREZ, M., y RUBIO GONZÁLEZ, A., “La intervención del Reino de España en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la UE”, en “*Procedimientos Administrativos y Judiciales de la Unión Europea*”, MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. (Dir.), Economist & Jurist, Madrid, 2012, pp.969 y ss.

NICOLAYSEN, G., “*The effects of judgments of the Court of Justice of the European Communities in the Federal Republic of Germany*”, incluido en el libro “*Les effets des décisions de la Cour de Justice des Communautés Europeennes dans les Etats Membres*”. Institut Universitaire International Luxembourg. Centre International d’Etudes et de Recherches Europeennes. Editions UGA, 1980. Kortrijk-Bruxelles- Namur (Belgique).

NIHOUL, P., “¿Es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un Tribunal constitucional?”, en “*Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*”, PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOETXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, pp.299-337.

ORRÙ, R., “Corti europea e Tribunal Constitucional portoghese: tracce di riflessione di un dialogo ad intensità variabile” en “*Corti nazionali e Corti europee*”, a cura di FERRARI, G. F., Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli, 2006, pp.409-437.

PEERBUX-BEAUGENDRE, Z., “*Une administration ne peut invoquer le principe de la force de chose définitivement jugée pour refuser de réexaminer une décision dont une interprétation préjudicielle ultérieure a révélé la contrariété avec le droit communautaire. Commentaire de l’arrêt*”

de la CJCE du 13 janvier 2004”. Revue du Droit de l’Union Européenne, n° 3/2004, pp.559-567.

PÉREZ TREMPES, P., “La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español”. Estudios Constitucionales (Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile), vol. 3, n° 1, 2005, pp.127-148.

PERNICE, I., “A Difficult Partnership between courts: The first preliminary reference by the German Federal Constitutional Court to the CJEU”. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1, 2014.

PIGNATELLI, N., “L’obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati (Nota a Cons. Stato, sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244)”. Foro it., 2012, III, pp. 350 y ss.

PORCHIA, O., “Il ruolo della Corte di giustizia dell’Unione europea nella governance economica europea”. Il Diritto dell’Unione Europea, 3/2013, pp.593-611.

RADIGHIERI, E., “Donne e esercito: la visione della Corte di Giustizia”. Il Diritto dell’Unione Europea, 4/2000, pp.821-834.

RASMUSSEN, H., “Docket Control Mechanisms, the EC Court and the Preliminary References Procedure”, en “Article 177 References to the European Court- Policy and Practice”, ANDENAS, M. Butterworths, Gosport, Hampshire, 1994, pp.83-103.

REY MARTÍNEZ, F., “La discriminación positiva de mujeres. (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”. Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, n° 47 (mayo-agosto 1996), pp.309-332.

RIECHENBERG, K., “¿Interrogar nuevamente al Tribunal de Justicia? La remisión prejudicial como elemento de diálogo interjurisdiccional”, en “Derecho comunitario. La cuestión prejudicial”, PASTOR BORGONÓN, B.; ROFES I PUJOL, M.I.; VALLEJO LOBETE, E.; DYRBERG, P.; BENGOTXEA, J.; RIECHENBERG, K.; PALACIO GONZÁLEZ, J.; NIHOUL, P.; RUIZ-JARABO COLOMER, D. Vitoria-Gasteiz, 1994. Este volumen recoge los contenidos del Curso de Derecho Comunitario. La cuestión prejudicial” que, organizado conjuntamente por el CGPJ y el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, se celebró en el Instituto

Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en abril de 1993, pp.201-238.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “*Diálogo entre Jurisdicciones, “Ultra Vires” y rabetas: Comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional Checo*”. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 97, enero-abril 2013, pp.371-398.

ROMANO, A., “*Los ordenamientos constitucionales de Letonia, Estonia y Lituania*”. ReDCE, año 7, nº 14, julio-diciembre 2010.

ROSSI, S., “*Est modus in rebus: l’insindacabilità parlamentare nel dialogo tra corti*”. Diritto Pubblico comparato ed europeo, 2012-I, Torino, pp.229-234.

ROSSOLINI, R., “*Conflitto tra Diritto Comunitario e Provvedimento Amministrativo alla luce della Sentenza della Corte di Giustizia sul caso CIOLA*”. Rivista di Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali, 1999, pp.729-735.

ROVAGNATI, A.: “*Il primo caso di rinvio pregiudiziale promosso dal Conseil Constitutionnel*”. Quaderni costituzionali, 3/2013, pp.641-644.

SALINAS DE FRÍAS, A.:

- “*La ampliación comunitaria a los países de la Europa Central y Oriental y la protección de los derechos humanos*”. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 43/44, Valencia, 2003, pp.69-77.
- “*La cooperación judicial en materia civil en la Unión Europea: origen, evolución y fundamento*”. Revista Seqüência, nº 46, julio de 2003, pp.157-178.
- “*La cooperación penal internacional y la Unión Europea: ¿Hacia un Derecho Penal Comunitario?*”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXV, Valparaíso (Chile), 2004, pp.405-415.

SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., “*La aplicación del Derecho Internacional General a las actuaciones de las Organizaciones Internacionales. La práctica de las Comunidades Europeas-Unión Europea*”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VI, 2006, pp.793-816.

SARMIENTO, D., “La cuestión prejudicial comunitaria y el Tribunal Supremo”, en “*España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial*”, RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2008, pp.225-249.

SCHACHTSCHNEIDER, K.A., “*La pertenencia de Austria a la Unión Europea es anti-constitucional*”, en Current Concerns (The international journal for independent thought, ethical standards, moral responsibility, and for the promotion and respect of public international law, human rights and humanitarian law), números 13/14, Zurich, 2008, <http://www.currentconcerns.ch>.

(Actualmente consultable en www.horizons-et-debats.ch/index.php?id=1269)

SEATZU, F.:

- „*La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari?*“. Studi sull'integrazione europea, nº 2-2007, pp.377-388.
- “*La proposta per la riforma del Regolamento “Bruxelles I” e i provvedimenti provvisori*”. Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2011), vol. 3, nº 2, pp.170-177.

SHAPIRO, M., „*Comparative Law and Comparative Politics*“. S. Cal. L. Rev., 1979-1980, pp. 537-542.

TAVASSI, M., “*Nuove prospettive nei rapporti fra giudici comunitari e giudici nazionali dopo il Trattato di Amsterdam*”. Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali, Fasc. 3/2000, pp.463-485.

TESAURO, G.:

- “*The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and the National Courts*”, 13 YEL 1, 1993, pp.1-17.
- “*Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*”. Il diritto dell'Unione europea, 3/13, pp.483-511.

THIELE, A., “*Friendly or Unfriendly Act? The “Historic” Referral of the Constitutional Court to the ECJ Regarding the ECB’s OMT Program*”. *German Law Journal*, vol. 15, nº 2, marzo 2014, pp. 241-264.

TOBÓN FRANCO, N., “*La doctrina del acto claro y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina*”. *Vniversitas. Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 109, enero-junio 2005, pp.461-482.

TOLEDANO LAREDO, A., “*El Abogado General en el Tribunal de Justicia Andino y en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”. *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 11, nº 3, septiembre-diciembre 1984, pp.809-816.

USHER, J.A., “*Les renvois à titre préjudiciel*”, en “*La réforme du système juridictionnel communautaire*”, VANDERSANDEN, G. Editions de l’Université de Bruxelles, 1994. *Etudes Europeennes*, pp.59-66.

VALENTINI, A., “*Commento alla sentenza C- 296/08 PPU: il caso Goicoechea e il secondo rinvio pregiudiziale d’urgenza*”. *Studi sull’integrazione europea*. Cacucci Editore. Bari, 2009.

VALLE GÁLVEZ, J.A., “*La interpretación de Tratados Internacionales por el TJCE. (COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS DE 1 DE JULIO DE 1993, Metalsa y Eurim-pharm)*”. *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, nº 3, 1995, pp.861-886.

VIGIL TOLEDO, R., “*La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, Tomo II, pp.939-947 (Se corresponde con la Ponencia presentada en el seminario “La consulta prejudicial” en la Corte Centroamericana de Justicia -Nicaragua, 6 y 7 de febrero de 2003- y en la Corte Suprema de Justicia de El Salvador –San Salvador, 10 y 11 de febrero de 2003-).

VISMARA, F., “*Rapporti tra Corte costituzionale italiana e giudice ordinario nella dinamica del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*”. *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2/2012, pp.309-322.

WALDHOFF, Chr., “*Recent Developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ*”. *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, Wolters Kluwer, pp.173-190.

ZBÍRAL, R., “*Czech Constitutional Court, Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12*”. *Common Market Law Review*, vol. 49, nº 4, august 2012. Wolters Kluwer Law & Business, pp.1475-1491.

III.- CONFERENCIAS. PONENCIAS. SEMINARIOS.

EDWARD, D., “*Trade Marks, Descriptions of origin in the internal market. What lies behind the Silhouette*”, Intellectual Property Institute, 1 de febrero de 2001, <http://www.law.du.edu/documents/judge-david-edward-oral-history/2000-trade-marks.pdf>.-.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., “*El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello*”. Conferencia pronunciada como “lección magistral” en el acto académico de investidura del autor como doctor honoris causa por la Universidad de Messina, en Messina, Italia, el 11 de noviembre de 2004. Posteriormente publicada en la Revista Mexicana de Derecho Constitucional.
<http://juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/13/ard/ard2.htm>.

PALACIO GONZÁLEZ, J., “*El Abogado General. Algunas reflexiones sobre coherencia, continuidad y disenso en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”. Unión Europea Aranzadi. Traducción al español del original inglés de la Ponencia presentada en el seminario “The transformation of Europe- Oñate process II”, que tuvo lugar en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate, los días 8 y 9 de junio de 2006.

RUIZ DE LARA, M., “*Cuestiones prejudiciales comunitarias en el marco del procedimiento de ejecución español*”. Ponencia ofrecida en el Ciclo de Conferencias organizado por la Facultad de Derecho de Málaga, el 6 de noviembre de 2014, y bajo el título “Derechos del justiciable, reformas de la justicia e independencia del Poder Judicial”.

SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., “*La defensa judicial de los derechos y libertades fundamentales del particular ante la aplicación del derecho comunitario*”, en Actas de las IV Jornadas sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Facultad de Derecho (Universidad de Zaragoza), Zaragoza, 2002, pp.1-11.

ANEXOS

PRELIMINAR.- AGRADECIMIENTOS.

ANEXO I.- ENTREVISTA CON D MANUEL RUÍZ DE LARA, MAGISTRADO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 5 DE BARCELONA.

ANEXO II.- ENTREVISTA CON D^a. BRIGITTE SCHENK, VICEPRESIDENTA DEL “OBERSTE GERICHTSHOF” DE AUSTRIA.

ANEXO III.- ENTREVISTA CON EL MAGISTRADO D. GERHARDT HOLZINGER, PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA.

ANEXO IV.- ENTREVISTA CON EL MAGISTRADO D. KLAUS SCHRÖDER, PRESIDENTE DEL “OBERLANDESGERICHT INNSBRUCK” (AUSTRIA).

ANEXO V.- ENTREVISTA CON EL MAGISTRADO D. MANFRED SCHWERDTNER, VICEPRESIDENTE DEL “OBERLANDESGERICHT NÜRNBERG” (ALEMANIA).

ANEXO VI.- ENTREVISTA CON EL MAGISTRADO D. GIORGIO SANTACROCE, PRESIDENTE DE LA “CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE” (ITALIA).

ANEXO VII.- ENTREVISTA CON EL MAGISTRADO D. FRANCESCO MARIUZZO, PRESIDENTE DEL “TRIBUNALE REGIONALE AMMINISTRATIVO PER LA LOMBARDIA” (ITALIA).

ANEXO VIII.- ENTREVISTA CON EL MAGISTRADO D. LUCIANO PANZANI, PRESIDENTE DE LA “CORTE DI APPELLO DI ROMA” (ITALIA).

ANEXO IX.- ENTREVISTA CON EL HONORABLE NICHOLAS NIGEL GREEN, MAGISTRADO DE LA “HIGH COURT” DE GRAN BRETAÑA.

ANEXO X.- ENTREVISTA CON D. MARC FIERSTRA, MAGISTRADO DEL “HOGE RAAD DER NEDERLANDEN” (PAÍSES BAJOS).

ANEXO XI.- ENTREVISTA CON D. TEUN DE VRIES, MAGISTRADO DEL “CENTRALE RAAD VAN BEROEP” (PAÍSES BAJOS).

ANEXO XII.- ENTREVISTA CON EL MAGISTRADO D. ANTÓNIO SILVA HENRIQUES GASPAR, PRESIDENTE DEL “SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, DE PORTUGAL.

ANEXO XIII.- ENTREVISTA CON D^a KIRSTEN THORUP, MAGISTRADA DEL “VESTRE LANDSRET”, DE DINAMARCA.

ANEXO XIV.- ENTREVISTA CON D. BENT CARLSEN, PRESIDENTE DEL “OSTRE LANDSRET”, DE DINAMARCA.

ANEXO XV.- ENTREVISTA CON K., MAGISTRADO DEL “KORKEIN HALLINTO-OIKEUS”, DE FINLANDIA.

ANEXO XVI.- ENTREVISTA CON D^a VERONIKA KRUMINA, PRESIDENTA DE LA SECCIÓN ADMINISTRATIVA DEL “AUGSTAKAS TIESAS SENATS”, DE LETONIA.

ANEXO XVII.- EJEMPLOS DE PUBLICACIÓN EN EL DOUE DE REMISIÓN DE UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL POR UN ÓRGANO NACIONAL.

ANEXO XVIII.- DESIGNACIÓN DE LA SALA ENCARGADA DE TRAMITAR LOS ASUNTOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 107 DEL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.

TAMBIÉN, PUBLICACIÓN DE LA DESIGNACIÓN COMO PRIMER ABOGADO GENERAL DEL SR. CRUZ VILLALÓN.

ANEXO XIX.- AUTO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, DE 3 DE MAYO DE 2010, POR EL QUE SE ACUERDA REMITIR UNA PETICIÓN PREJUDICIAL.

ANEXO XX.- AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 2 DE MARCHENA (SEVILLA) POR EL QUE SE ACUERDA REMITIR UNA PETICIÓN PREJUDICIAL.

ANEXO XXI.- AUTO N° 1244, DE 14 DE FEBRERO DE 2012, DE LA SECCIÓN VI DEL “CONSIGLIO DI STATO” (ITALIA), POR EL QUE SE ACUERDA REMITIR CUESTIÓN PREJUDICIAL AL TRIBUNAL DE JUSTICIA.

(Esta remisión dió lugar a la Sent. “Consiglio Nazionale dei Geologi”, de 18 de julio de 2013, C-136/12)

ANEXO XXII.- RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (“VERFASSUNGSGERICHTSHOF”) DE AUSTRIA, DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012, POR LA QUE SE REMITE CUESTIÓN PREJUDICIAL AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

(Esta remisión dio lugar al asunto C-594/12, el cual fue resuelto, junto con el asunto C-293/12, en la Sent. “Digital Rights Ireland y Seitlinger”, de 8 de abril de 2014).

ANEXO XXIII.- INFORME PARA LA VISTA, REALIZADO POR EL JUEZ PONENTE, EN EL ASUNTO “MELLONI” (C-399/11).

ANEXO XXIV.- OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA REPÚBLICA DE AUSTRIA EN EL ASUNTO “MELLONI” (C-399/11).

ANEXO XXV.- CONCLUSIONES PRESENTADAS POR EL ABOGADO GENERAL YVES BOT EN EL ASUNTO “MELLONI”.

ANEXO XXVI.- SENTENCIA “MELLONI”, DE 26 DE FEBRERO DE 2013.

ANEXO XXVII.- SENTENCIA “KLUB”, DE 22 DE MARZO DE 2012 (C-153/11).

ANEXO XXVIII.- AUTO “CANON”, DE 28 DE OCTUBRE DE 2010 (C-449/09), QUE SE DICTA AL AMPARO DEL ENTONCES ART. 104, APTDO. 3º, PFO. 1º DEL RPTJ (HOY ARTÍCULO 99 DEL RPTJ).

ANEXO XXIX.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE 16 DE JUNIO DE 2010, EN EL PROCESO 023-IP-2010.

PRELIMINAR

(AGRADECIMIENTOS)

No sé si el olvido, como traidor de la memoria que es, hará que no estén todos los que son (y si es así, me hago disculpar por ello); pero, desde luego, son todos los que están y aparecen en este largo elenco. La cita es para trasladarles mi cálido agradecimiento:

Al Magistrado D. Manuel Ruíz de Lara, titular del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona, por haber propiciado que nos encontráramos en la Facultad de Derecho de Málaga, con objeto de una ponencia que iba a impartir y, a continuación, por las valiosas respuestas a las preguntas que le formulé sobre la cuestión prejudicial.

A la Magistrada Dra. Brigitte Schenk, Vicepresidenta del “Oberste Gerichtshof” (Tribunal Supremo) de Austria, por transmitirme su experiencia en relación con el objeto de este trabajo, y por el modo documentado en que lo ha hecho.

Al Prof. Dr. Gerhart Holzinger, Presidente del “Verfassungsgericht” (Tribunal Constitucional) de Austria, por sus apuntes sobre esta cuestión.

Al DDr. Stefan Leo Frank, del Tribunal Constitucional de Austria (Stv. Präsidialdirektor, Leiter der Abteilung 1 –Judizielle Angelegenheiten, Qualitäts- und Wissensmanagement), por sus aclaraciones a algunas preguntas que tuve la osadía de formularle, y él la amabilidad de solventar.

Al Dr. Klaus Schröder, Presidente del “OLG Innsbruck” (Austria), quien me hizo seguir la opinión conjunta expresada por la Sección Civil de su Tribunal sobre los interrogantes que le había trasladado.

Al Magistrado Manfred Schwerdtner, Vicepresidente del “OLG Nürnberg” (Alemania), quien tuvo la deferencia, con sus respuestas, de querer aportar su granito de arena en esta aventura académica.

Al Dott. Giorgio Santacroce, Presidente de la “Corte Suprema di Cassazione” (Italia), por la extensión y doctrina de sus respuestas, así como por su declarado ánimo de que las mismas coadyuvaran a una mayor calidad de mi trabajo.

Al Dott. Franco Ippolito, Secretario General de la “Corte Suprema di Cassazione” (Italia), por la remisión que me hizo, en un momento dado, a alguna fuente de información en la que podría encontrar referencias al objeto de mi estudio.

Al Dott. Francesco Mariuzzo, Presidente del “Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia” (Italia), por darme a conocer su experiencia sobre la cuestión prejudicial, así como por revelarme la intrahistoria de algunas remisiones prejudiciales.

Al Dott. Luciano Panzani, Presidente de la “Corte di Appello di Roma” (Italia), por haberse unido también, con sus respuestas, al foro de entrevistas con Jueces europeos.

Al Honorable Sir Brian Leveson, Presidente de la “Queen’s Bench Division of the High Court”, de Gran Bretaña, por la favorable acogida que dispensó a mi solicitud, pidiéndole al Honorable Green que la contestara.

Al Honorable Nicholas Nigel Green, magistrado de la “High Court” de Gran Bretaña, por el enriquecimiento, en diversos ámbitos, que me ha supuesto su valiosa contribución a este trabajo, y que es producto de las diversas ópticas que aúna, las cuales se justifican por los variados desempeños que ha desarrollado en su vida profesional.

Al Magistrado Maarten Feteris, Presidente del “Hoge Raad der Nederlanden” (Holanda), por canalizar la entrevista que este doctorando pretendía, de forma que ésta obtuviese la mejor atención posible.

Al Magistrado Marc Fierstra, miembro del “Hoge Raad der Nederlanden” (Holanda), por salpicar sus respuestas de “tropezones” prácticos, que es lo que en el fondo perseguía quien preguntaba, porque así resulta más real y sabroso el contenido.

Al Magistrado T.G.M. Simons, Presidente del “Centrale Raad van Beroep”, de Holanda, por la derivación que hizo de mi propuesta de entrevista al compañero que, con base en su experiencia, mejor podía atenderla.

A Teun de Vries, Magistrado del “Centrale Raad van Beroep”, de Holanda, por la extrema amabilidad mostrada en su relación con este doctorando, así como por la utilidad que supe encontrar en sus respuestas, basadas en casos prácticos, vividos en primera persona como Magistrado del tribunal al que sirve y del que forma parte.

Al Dr. António Silva Henriques Gaspar, Presidente del “Supremo Tribunal de Justiça” de Portugal, por aportar, con el detalle y fundamentación que es de ver, su punto de vista y experiencia con la cuestión prejudicial.

Al Magistrado Bent Carlsen, Presidente del “Ostre Landsret” de Dinamarca, por añadirse al foro de opinión de Jueces que consta en esta obra.

Al Magistrado Bjarne Christensen, Presidente del “Vestre Landsret” de Dinamarca, por trasladar mi petición interrogadora a su compañera de tribunal, Kirsten Thorup.

A Kirsten Thorup, magistrada del “Vestre Landsret” de Dinamarca, por informarme de su parecer sobre las cuestiones planteadas en mi entrevista.

A K., Magistrado del “Korkein hallinto-oikeus”, de Finlandia, cuyas respuestas a mi entrevista, por su desinhibida franqueza, me fueron de tanta utilidad, así como por la generosa disponibilidad de que en todo momento hizo gala (incluso en fin de semana). Como prefiere, por imperativos de modestia, mantenerse en el anonimato, él y yo sabemos quién es y, cumpliendo su deseo, no hacen falta más detalles.

A Ivars Bickovics, Presidente del “Augstakas Tiesas Senats” (Tribunal Supremo), de Letonia, por derivar mi petición a quien entendió que, con sus respuestas, mejor podía ilustrarme.

A Veronika Krumina, Presidenta de la Sección Administrativa del “Augstakas Tiesas Senats” (Tribunal Supremo), de Letonia, por hacerme partícipe de su interesante experiencia con la cuestión prejudicial, como representante de un Estado con una trayectoria como miembro de la Unión Europea no tan dilatada como la de otros de sus colegas citados.

A Carol M. Kelly, de la Secretaría del Presidente del Tribunal Supremo de Irlanda.

A la Secretaría del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por atender con diligencia y amabilidad algunas cuestiones planteadas.

A la Dra. Christine Pesendorfer y, por extensión, a la Abogacía del Estado de la República de Austria, por facilitarme los escritos de Observaciones que presentó este EM ante el TJUE en algunos asuntos que le solicité.

A la Representación Permanente de España ante la UE (Abogacía del Estado-Consejería Jurídica), por alguna bibliografía muy práctica que tuvo el acierto de recomendarme.

A Gábor Endrényi, Tercer Secretario –Asuntos Políticos, Consulares y de Prensa- de la Embajada de Hungría en España.

Al Honorable Ferenc Szabó, Cónsul de Hungría en Barcelona.

A Krzysztof Wielgus, Secretario de Asuntos Consulares de la Embajada de Polonia en España

A Volker Bahmann y a Antonio Cerezal Caballero, por pulirme algún barbarismo al utilizar el alemán que, dejándome solo y relajando mi vigilancia, es fácil que cometa.

A Sergio Domingo Pérez, por hacerme más llevaderos los rigores de la lucha con algún entuerto informático que, durante el proceso de elaboración de esta tesis, tuve que enfrentar.

Y, finalmente, a mi buen amigo y compañero José Antonio López Padilla, por ayudarme a domesticar el “Excel”, con objeto de ofrecer algunos retazos de colorido paisaje a la cansada vista del lector en la larga autopista de texto de este trabajo.

ANEXO I

ENTREVISTA CON D. MANUEL RUÍZ DE LARA, MAGISTRADO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 5 DE BARCELONA¹²³³.

1.- De la lectura de los Autos de remisión de cuestiones prejudiciales al TJ cuando Usted era titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena (Sevilla), y que han dado lugar a los asuntos acumulados C-482 a C-487/13¹²³⁴, da la impresión de que Usted no tiene precisamente dudas sobre el hecho de que la legislación española puede no ajustarse a la Directiva 93/13/CEE, del Consejo. Sin embargo, Usted, en lugar de aplicar la normativa comunitaria, se dirige al Tribunal de Justicia ¿Estamos ante un acto de visible militancia contra una legislación, la española, lesiva para los intereses de los ciudadanos, o hay otros motivos que le inducen a dirigirse a Luxemburgo?

El motivo de dirigirme al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, radica en que el mismo confirme la línea jurisprudencial seguida hasta ahora, en el sentido de que cuando un órgano jurisdiccional aprecie abusividad en alguna cláusula contractual, deberá declarar su nulidad y expulsarla del contrato, sin que sea posible ninguna suerte de moderación o mitigación del carácter abusivo de la cláusula.

Con el planteamiento de la cuestión prejudicial pretendía que el Tribunal de Justicia, asentase dicha interpretación, acotando de este modo la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013, que dada su redacción permitía el recálculo o moderación de una cláusula de interés de demora incurrida en abusividad.

De esta forma la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea implicará que cuando un órgano jurisdiccional determine que una cláusula de interés moratorio es abusiva, procede expulsarla del contrato y decretar su nulidad, no siendo posible aplicar la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 para moderar intereses o recalcular los mismos a un tipo fijado por la legislación interna.

2.- Aunque es cierto que la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, ofrece la posibilidad de un control de oficio por parte del Juez de aquellas cláusulas que, en relación con los consumidores, puedan tener el carácter de abusivas, ¿no ha tenido la

¹²³³ Contestada el 13 de noviembre de 2014.

¹²³⁴ Posteriormente a esta entrevista se ha dictado, en relación con esos asuntos, la Sent. “Unicaja Banco y Caixabank”, de 21 de enero de 2015; aunque hay que precisar que los asuntos C-483/13 y C-486/13, por haber sido pagada la deuda objeto de dichos litigios, fueron retirados por el órgano nacional y, por consiguiente, archivados en el TJUE, dando lugar en éste a los Autos de 3 de octubre y 13 de marzo de 2014, respectivamente.

impresión, cuando redactaba sus Autos de remisión prejudicial, sobre todo en aquellos casos, creo que la mayoría, en que los deudores hipotecarios no se habían personado, de que Usted estaba haciendo las veces de su abogado?

Los Jueces tenemos la obligación de controlar de oficio la posible abusividad de cláusulas contractuales y decretar en tal caso su nulidad. Así lo ha declarado de forma reiterada el Tribunal de Justicia en las sentencias de 27 de junio de 2000, “caso Océano”, de 21 de noviembre de 2002 caso Cofidis, y en especial la sentencia de 4 de junio de 2009, asunto Pannon GSM.

Dicha obligación es consustancial a la Directiva 93/13 y es el único medio adecuado para posibilitar una protección efectiva del consumidor y usuario.

La propia Directiva en su artículo 6 determina que “las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor” y el artículo 7 obliga a los Estados miembros de la Unión Europea a adoptar las medidas necesarias para posibilitar la realización del objetivo marcado por la Directiva, debiendo prever medios eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas.

Dicho control de oficio por el órgano jurisdiccional nacional, se revela como un medio sumamente eficaz, dado que tiene el efecto de persuadir a los profesionales de utilizar cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. En tal caso, se arriesgarán a que el órgano jurisdiccional nacional pueda decretarlas nulas de oficio.

Además, dicho control de oficio adquiere una mayor dimensión, si tenemos en cuenta que con la reciente ley de tasas se ha restringido el acceso a la justicia de muchos ciudadanos impidiéndoles la interposición de demandas que tengan por objeto, precisamente, la declaración de nulidad de cláusulas contractuales abusivas.

3.- El Tribunal Constitucional ha remitido en toda nuestra historia europea solamente una cuestión prejudicial, el asunto “Melloni”. ¿Estamos ante una anécdota, o cree que el Alto Tribunal puede mostrar mayor disposición en el futuro para transitar por esta vía de diálogo con el Tribunal de Justicia?

Es al Tribunal de Justicia de la Unión Europea al que le corresponde fijar el sentido interpretativo de las directivas y reglamentos comunitarios.

Dicha función del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es un excelente método armonizador de las disposiciones comunitarias y garantía de esa aspiración de un ordenamiento jurídico común en la Unión Europea que favorezca la armonización de legislaciones y la existencia de un mercado con reglas comunes.

Por tanto, considero sumamente necesario el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia en relación a Directivas Comunitarias y ante posibles disposiciones normativas de derecho interno que no hayan adaptado de forma adecuada los objetivos perseguidos por las distintas directivas comunitarias.

4.- ¿Cree Usted que los tribunales españoles, sobre todo los que se encuentran cerca de la cúspide jurisdiccional, cuando se les ha sugerido por las partes de un litigio la conveniencia de plantear una cuestión prejudicial, han hecho un uso razonable de la “doctrina CILFIT”?

El colapso que sufre nuestra administración de justicia y la carencia de medios materiales dificulta el planteamiento de cuestiones prejudiciales.

La preparación de la misma exige un estudio detallado de la jurisprudencia comunitaria y de la aplicación de disposiciones comunitarias, y ello resulta difícil en Juzgados con una gran carga de trabajo.

Me reitero en lo anterior, considerando en que es muy recomendable hacer uso del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a los efectos de lograr ese objetivo armonizador en la aplicación de las normas comunitarias.

5.- Cree Usted que los abogados españoles, de cara a hacer propuestas de remisión prejudicial a un Juez, deberían prestar mayor atención a las posibilidades que ofrece esta vía, en aras a una mejor defensa de los intereses de sus clientes?

Estimo que sí, y ello porque las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueden asentar criterios interpretativos que perfilen el marco de protección, en el caso de cláusulas abusivas y de la Directiva 93/13, de los consumidores y usuarios.

Las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aportan elementos y argumentos jurídicos adicionales que redundan en una mayor calidad jurídica de las resoluciones nacionales y, evidentemente, también de los escritos de demanda o contestación a la demanda.

6.- Las cuestiones prejudiciales presentadas por España, en relación con otros países similares, por población e incluso por años aproximados de experiencia comunitaria –me refiero a Portugal, y destaco el caso llamativo de Austria- han sido tradicionalmente pocas, ¿cree que el Juez español debe abandonar esa especie de apatía hacia el Derecho de la Unión, y ser más consciente de la presencia y prioridad de este derecho en nuestro sistema de fuentes?

Estimo que la función jurisdiccional no se limita a una aplicación automática y mecánica del tenor literal de una disposición legal.

Los jueces no somos meros aplicadores del derecho, sino que nuestra labor consiste en indagar en la norma jurídica y contemplar una visión conjunta del ordenamiento jurídico, incluyendo evidentemente también el derecho comunitario.

Estamos sometidos al imperio de la ley, pero ello no implica una aplicación meramente literal de una concreta norma legal, sino que el ejercicio independiente de la

jurisdicción, en aras de conseguir el objetivo material de justicia, debe llevarnos necesariamente a una visión global e integradora del ordenamiento jurídico.

En la actualidad no nos movemos en un ámbito normativo estrictamente nacional, sino que formamos parte de la Unión Europea y por ende debemos tener en cuenta de manera prioritaria la normativa comunitaria y las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

7.- Si atendemos a la estadística, los tribunales radicados en Cataluña vienen siendo los más predispuestos a dirigirse al Tribunal de Justicia, ¿es una casualidad o cree Usted que hay algo que pueda explicar esa realidad?

Se han planteado diversas cuestiones prejudiciales también por órganos de fuera de Cataluña, si bien hay que reconocer que en Barcelona, en cierto modo, se ha sido precursor en cuanto al planteamiento de cuestiones prejudiciales, sobre todo en materia de cláusulas abusivas.

Es una suerte compartir jurisdicción con Magistrados que contemplan una visión integradora del ordenamiento jurídico y utilizan el cauce de la cuestión prejudicial comunitaria para resolver las dudas interpretativas que, en muchas ocasiones, la deficiente actuación del legislador nacional produce.

Sí me gustaría destacar que el precursor en cuanto al planteamiento de cuestiones prejudiciales fue mi compañero José María Fernández Seijo, un magistrado valiente, aparte de un brillante jurista, que planteó la cuestión prejudicial relativa al Caso Aziz, que revolucionó el sistema de ejecución hipotecario español.

8.- El Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia, tiene establecido que el enjuiciamiento del litigio nacional le corresponde en exclusiva al Juez remitente pero, ¿no tiene la impresión de que a veces se extralimita en el ámbito de lo que ha de ser su resolución, hasta el punto de ilustrar al Juez nacional sobre algo que le corresponde a éste, como es la valoración de los hechos?

No tengo esa sensación. Las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que he estudiado se han centrado en la función que corresponde al propio Tribunal, fijar el sentido interpretativo de las disposiciones comunitarias, no haciendo una valoración del sustrato fáctico o de los hechos de un determinado litigio, sin perjuicio de las necesarias referencias que puedan hacerse a la hora de resolver las cuestiones prejudiciales planteadas.

9.- ¿Cree Usted que, en líneas generales, resultan útiles al Juez nacional las respuestas que recibe desde Luxemburgo para resolver los litigios sobre los que ha de pronunciarse?

Sin duda, porque fijan la interpretación de las normas comunitarias y esclarecen, de paso, la aplicación del derecho nacional conforme al derecho comunitario.

Todo ello reviste particular importancia, sobre todo si tenemos en cuenta que en la actualidad nos encontramos ante un legislador poco afortunado a la hora de adaptar la normativa comunitaria y ante una clase política que, en muchas ocasiones, por falta de cualificación y, en otras, por determinados intereses, no favorece sino, más bien, obstaculiza la aplicación de la propia jurisprudencia del TJUE y la realización efectiva de los objetivos perseguidos por la normativa comunitaria.

En el caso de protección al consumidor, la deficiente actuación del legislador y su pasividad ha propiciado que la legislación nacional en materia de ejecución hipotecaria se convierta en un caldo de cultivo para el planteamiento de cuestiones prejudiciales comunitarias.

10.- Por su conocimiento y experiencia con las cuestiones prejudiciales, ¿eso de que el Tribunal de Justicia no está legitimado para interpretar el derecho nacional, habría que desterrarlo expresamente como declaración de principios y reconocer que cuando dice en sus sentencias “se opondrá” o “no se opondrá” está haciendo aquello que dice que no debe?

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta la normativa comunitaria, no tiene la función de interpretar el ordenamiento jurídico nacional.

No obstante, evidentemente, las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea asientan criterios interpretativos que obligan, por un lado, al legislador a efectuar modificaciones en las normas de derecho interno para adaptar el tenor de las mismas a la normativa comunitaria y, por otro lado, propician una línea jurisprudencial que ha de ser tenida en cuenta por el Juez nacional a la hora de aplicar normas comunitarias y normas de derecho interno.

11.- ¿Considera Usted que la cuestión prejudicial comunitaria es un instrumento de armonización normativa en la Unión Europea?

Sin duda, es un elemento integrador del ordenamiento jurídico comunitario y propicia la aproximación de las legislaciones nacionales, constituyendo un excelente medio para propiciar un mercado común y un marco de protección común a todos los ciudadanos de la Unión Europea.

12.- ¿Cree Usted que la evolución futura que pudiera experimentar la cuestión prejudicial podría ir por una revisión del concepto de “órgano jurisdiccional” o, incluso, por la vía de la presentación de cuestiones por parte de la Administración o, por el contrario, considera que su utilidad solo puede seguir siendo la que es concebida como “diálogo entre jueces”?

Considero que la cuestión prejudicial es esencialmente un diálogo entre un Juez Nacional y el TJUE a la hora de aplicar normativa nacional y en aras de aclarar y concretar criterios interpretativos de la normativa comunitaria.

La naturaleza de la cuestión prejudicial radica esencialmente en un diálogo entre jueces, diálogo que se entabla a la hora de aplicar el derecho.

13.- Independientemente del criterio que pueda mantenerse sobre el ritmo de movimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, e incluso sobre el de su adecuación a los tiempos, ¿considera que sería positivo para esa evolución que en las sentencias prejudiciales pudieran emitirse votos particulares?

Sin duda, la existencia de votos particulares contribuye a la evolución del derecho y garantiza la pluralidad en la formación de criterios jurisprudenciales.

La existencia de votos particulares podría contribuir, sin duda, a asentar las bases de futuras interpretaciones de normas jurídicas, enriqueciendo el debate jurídico y propiciando, en definitiva, la evolución del propio ordenamiento jurídico comunitario.

14.- ¿Qué modificaría Usted, puesto en el papel de legislador, en la regulación actual de la cuestión prejudicial, recogida en el artículo 267 del TFUE?

Quizás cuestiones procedimentales a los efectos de reducir plazos de resolución, garantizar la audiencia a las partes procesales antes de formular la cuestión prejudicial para que puedan formular alegaciones.

ANEXO II

ENTREVISTA CON D^a BRIGITTE SCHENK, VICEPRESIDENTA DEL “OBERSTE GERICHTSHOF” (AUSTRIA)¹²³⁵.

1.- El Tribunal Supremo de Austria ha enviado algunas cuestiones prejudiciales a Luxemburgo (Kuso, C-614/11; T-Mobile Austria, C-616/11; Brey, C-140/12; Goldbet Sportwetten, C-144/12; UPC Telekabel Wien, C-314/12; KONE, C-557/12; Kainz, C-45/13, entre otras). ¿Cuál es su experiencia personal como Jueza con algunos de estos casos, en especial con “UPC Telekabel Wien”?

(Der österreichische Oberster Gerichtshof hat einigen Vorabentscheidungsersuche nach Luxemburg zugeschickt (Kuso, C-614/11; T-Mobile Austria, C-616/11; Brey, C-140/12; Goldbet Sportwetten, C-144/12; UPC Telekabel Wien, C-314/12; KONE, C-557/12; Kainz, C-45/13, u.a.). Welche sind Ihre persönlichen Erfahrungen als Richterin mit einigen dieser Fälle, besonders mit “UPC Telekabel Wien”?)

El Tribunal Supremo, entre los años 1996 hasta, incluido, noviembre de 2014, ha planteado en total 104 cuestiones prejudiciales para la interpretación del Derecho de la Unión. Los juzgados ordinarios austriacos transmitieron al Tribunal de Justicia, hasta el 1 de enero de 2014, un número total de 200 cuestiones.

Los puntos principales de las remisiones eran la interpretación de normas del/ de la:

- Directiva 2005/29/CE (Directiva de prácticas comerciales desleales)¹²³⁶.
- Directiva 2001/29/CE (Armonización del derecho de autor y protección de derechos afines en la sociedad de la información)¹²³⁷.
- Directiva 2008/95/CE (Directiva de Marcas)¹²³⁸.
- Directiva 2006/123/CE (Directiva de Servicios)¹²³⁹.

¹²³⁵ Contestada el 28 de noviembre de 2014.

¹²³⁶ Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DO L 149, de 11 de junio).

¹²³⁷ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DOCE L 167, de 22 de junio de 2001).

¹²³⁸ Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DOUE L 299, de 8 de noviembre de 2008).

¹²³⁹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE L 376, de 27 de diciembre de 2006).

- (Directiva) 2001/44/CE (Reglamento Bruselas I)¹²⁴⁰
- Reglamento del Proceso Monitorio Europeo¹²⁴¹.
- Reglamento Bruselas II¹²⁴².
- Reglamento (CE) n° 883/2004¹²⁴³.
- Reglamento (CE) n° 785/2004¹²⁴⁴.
- Directiva 2000/78/CE¹²⁴⁵.
- Directiva 85/337 (CEE (Directiva sobre Análisis del Impacto Ambiental)¹²⁴⁶.
- Directiva 76/207/CEE¹²⁴⁷.
- Directiva 2007/64/CEE¹²⁴⁸.

¹²⁴⁰ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 12/1, de 16 de enero de 2001).

¹²⁴¹ Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un Proceso Monitorio Europeo (DOUE L 399, de 30 de diciembre de 2006).

¹²⁴² Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DO L 338, de 23 de diciembre de 2003).

¹²⁴³ Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (DOUE L 166, de 30 de abril de 2004).

¹²⁴⁴ Reglamento (CE) n° 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos (DOUE L 138, de 30 de abril de 2004).

¹²⁴⁵ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE L 303, de 2 de diciembre de 2000).

¹²⁴⁶ Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DO L 175, de 5 de julio de 1985).

¹²⁴⁷ Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DOCE L 39, de 14 de febrero de 1976).

- Directiva 2004/38/CE¹²⁴⁹.
- Directiva 2009/101¹²⁵⁰.
- Directiva 2001/23/CEE¹²⁵¹.
- Artículo 101 del TFUE.

(Der Oberste Gerichtshof hat in den Jahren seit 1996 bis einschließlich November 2014 insgesamt 104 Vorabentscheidungsersuchen zur Auslegung des Unionsrechts gestellt. Die Gesamtzahl der von österreichischen ordentlichen Gerichten dem EuGH übermittelten Vorlagen betrug bis zum 1. Jänner 2014 insgesamt 200. Über die Zahl der vom Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof übermittelten Vorlagen habe ich keine Aufzeichnungen.

Schwerpunkte der Vorlagen waren die Auslegung von Bestimmungen der

- RL 2005/29/EG (Rl unlautere Geschäftspraktiken),
- RL 2001/29/EG (Harmonisierung des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte in der Informationsgesellschaft- Info-RL)
- RL 2008/95/ EG (MarkenRL)
- RL 2006/123/EG (Dienstleistungs-RL)
- RL 2001/44/EG (EuGVVO)
- EuMahnVO
- EuEheVO 2003 (Brüssel IIa-VO)
- VO (EG) 883/2004
- VO (EG) 785/2004
- RL 2000/78/EG
- RL 85/337/EWG (UVP-RL)
- RL 76/207/EWG
- RL 2007/64/EG (Zahlungsdienste-RL)
- RL 2004/38 EG

¹²⁴⁸ Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior (DOUE L 319, de 5 de diciembre de 2007, y corrección de errores en DOUE L 187, de 18 de julio de 2009).

¹²⁴⁹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOUE L 158, de 30 de abril de 2004).

¹²⁵⁰ Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DOUE L 258, de 1 de octubre de 2009).

¹²⁵¹ Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DOCE L 82, de 22 de marzo de 2001).

- RL 2009/101
- RL 2001/23/EG
- Art 101 AEUV)

2.- ¿Cree Usted, según su experiencia, que las respuestas del Tribunal de Luxemburgo normalmente son útiles a los jueces nacionales para poder resolver los litigios?

(Glauben Sie, nach Ihrer Erfahrung, dass die Antworten des Luxemburger Gerichts normalerweise für den nationalen Richtern nützlich sind, um die Rechtsstreite des Ausgangsverfahrens entscheiden zu können?)

Las cuestiones prejudiciales remitidas por el Tribunal Supremo y los conocimientos del Tribunal de Justicia eran necesarios en cada caso, para poder adoptar una resolución en una última instancia de un proceso nacional. Hay que poner de manifiesto que el Tribunal de Justicia en muchos casos establece los parámetros para la interpretación de la disposición de la norma comunitaria, respecto de la que la norma nacional ha de confrontarse, sin embargo el enjuiciamiento final de los hechos se reserva al tribunal nacional. Como ejemplo me remito a la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo 4 Ob 79/11p, la decisión del Tribunal de Justicia C-521/11, Amazon, y la posterior resolución, dictada por el Tribunal Supremo, de 27 de agosto de 2013, 4 Ob 142/13f. Para la aclaración de los factores decisivos para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se tuvo que ir a la primera instancia con revocación de todo lo demás.

Las resoluciones del Tribunal Supremo están disponibles y se pueden encontrar en internet en la base de datos “RIS” en www.ris.bka.gv.at.

(Die Ersuchen des Obersten Gerichtshofs um Vorabentscheidung und die Erkenntnisse des EuGH waren jeweils erforderlich, um eine dem Unionsrecht entsprechende (letztinstanzliche) Entscheidung im Ausgangsrechtsstreit treffen zu können. Zu beobachten ist, dass der EuGH in vielen Fällen die Parameter für die Auslegung der unionsrechtlichen Bestimmung festlegt, an denen die nationale Bestimmung zu messen ist, die abschließende Beurteilung des Sachverhalts bleibt jedoch dem innerstaatlichen Gericht vorbehalten. Als Beispiel verweise ich auf das Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs zu 4 Ob 79/11p, die Vorabentscheidung des EuGH C-521/11, Amazon und die danach ergangene Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 27.8.2013, 4 Ob 142/13f. Zur Klärung der für den EuGH entscheidenden Faktoren war mit Aufhebung in die erste Instanz vorzugehen.

Die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs sind in der im Internet einsehbaren Datenbank „RIS“ unter „www.ris.bka.gv.at“ aufzufinden.)

3.- ¿Por su conocimiento y experiencia con las cuestiones prejudiciales, eso de que el Tribunal de Justicia no está legitimado para interpretar el derecho nacional, debería ser considerado como una mera declaración de principios, precisamente porque con frecuencia el Tribunal de Justicia sustenta la opinión de que las

disposiciones normativas nacionales se encuentran en contradicción con el ordenamiento jurídico de la Unión? ¿No resulta, por tanto, contradictoria la mencionada declaración de principios?

(Nach Ihrer Erkenntnis und Erfahrung mit den Vorabentscheidungsersuchen und der Behauptung, dass das EuGH keine Legitimation für eine Auslegung des nationalen Rechts hat, sollte man diese nicht nur als eine reine Grundsatzklärung betrachten, eben weil das EuGH oftmals die Rechtsmeinung vertritt, dass die nationalen Rechtsauffassungen sich im Widerspruch zu der Rechtsnormierung der EU befinden? Ist daher besagte Grundsatzklärung nicht widersprüchlich?)

Considero que el principio según el cual el Tribunal de Justicia no está llamado a interpretar el derecho nacional no es contradictorio. El Tribunal de Justicia interpreta las normas del Derecho de la Unión para dar respuesta a las cuestiones jurídicas en relación con el caso concreto. Si la norma nacional se corresponde con el Derecho de la Comunidad o puede ser interpretada en su sentido, es algo que debe comprobar el tribunal nacional de acuerdo a lo que resulte de la cuestión prejudicial.

(Ich halte die Grundsatzklärung, wonach der EuGH nicht zur Auslegung nationalen Rechts berufen ist, nicht für widersprüchlich. Der EuGH legt die Normen des Unionsrechts in Bezug auf die im Anlaßfall zu lösende Rechtsfrage aus. Ob die innerstaatliche Norm dem Gemeinschaftsrecht entspricht oder in seinem Sinn ausgelegt werden kann, hat das innerstaatliche Gericht nach den Ergebnissen der Vorabentscheidung zu prüfen.)

4.- ¿Considera Usted la cuestión prejudicial como un instrumento adecuado para la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea?

(Halten Sie das Vorabentscheidungsverfahren als angemessenes Instrument für die Harmonisierung der Rechtsordnungen der EG-Mitgliedstaaten?)

El procedimiento prejudicial es, en mi opinión, idóneo en gran medida para comprobar la conformidad de las disposiciones nacionales al Derecho de la Unión y, en consecuencia, para la aplicación de aquéllas (o para dejarlas inaplicadas). De este modo se obtendrá, sin duda, una armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales.

(Das Vorabentscheidungsverfahren ist aus meiner Sicht in höchstem Maß geeignet, innerstaatliche Bestimmungen auf ihre Übereinstimmung mit Unionsrecht zu überprüfen und dementsprechend anzuwenden (oder unangewendet zu lassen). Eine Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen wird damit zweifelsfrei erreicht werden.)

5.- ¿Cree Usted que la evolución futura que pudiera experimentar la cuestión prejudicial podría ir por una revisión del concepto de “órgano jurisdiccional” o, incluso, por la vía de la presentación de cuestiones por parte de la Administración

o, por el contrario, considera que su utilidad solo puede seguir siendo la que es concebida como “diálogo entre jueces”?

(Glauben Sie, dass man für die zukünftige Entwicklung des Vorabentscheidungsverfahrens die Revision des Begriffes “Gericht eines Mitgliedstaats” in Betracht ziehen muss, oder, sogar, sollte es weiterhin möglich sein, dass die Verwaltung ein Vorabentscheidungsersuchen vorlegen darf, oder ganz im Gegenteil hängt die Nützlichkeit dieses Verfahrens bloss von einem “justiziellen Dialog” ab?)

El sistema de la cuestión prejudicial no debería estar limitado a las preguntas de la jurisdicción ordinaria. También en los procedimientos administrativos surgen y se plantean cuestiones que necesitan de una aclaración con el Derecho de la Unión. Pienso que sobre todo en preguntas sobre la libre circulación, la concesión de prestaciones sociales, etc.

(Das System der Vorabentscheidung sollte nicht auf Zweifelsfragen der ordentlichen Gerichtsbarkeit beschränkt sein. Auch im Verwaltungsverfahren treten Fragestellungen auf, die einer Abklärung mit dem Unionsrecht bedürfen. Ich denke da vor allem an Fragen der Freizügigkeit, der Gewährung von Sozialleistungen etc.)

6.- Sin perjuicio de la opinión que se pueda tener sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ¿considera Usted precisamente positivo para el desarrollo de la jurisprudencia del citado Tribunal que en las sentencias prejudiciales puedan emitirse votos particulares?

(Unbeschadet der Meinung, die man haben kann, über die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH, halten Sie gerade für die Entwicklung der Rechtsprechung des besagten Gerichts für positiv, dass Urteile im Vorbaentscheidungsverfahren abweichende Meinungen beinhalten dürfen?)

Las objeciones en distintas resoluciones judiciales no son siempre evitables, estas deben ser solucionadas a través de sucesivas/futuras decisiones. Esto es aplicable tanto a sentencias nacionales como a resoluciones del Tribunal de Justicia.

(Widersprüche in unterschiedlichen gerichtlichen Entscheidungen sind nicht immer vermeidbar, sie müssen durch eine nachfolgende/spätere Entscheidungen aufgelöst werden. Das trifft für innerstaatliche Urteile wie auch für Entscheidungen des EuGH zu.)

7.- ¿Qué modificaría Usted, puesta en el papel de legislador, en la regulación actual de la cuestión prejudicial, recogida en el artículo 267 del TFUE?

(Was würden Sie ändern, wenn Sie Gesetzgeber wären, in der jetzigen Regelung des Vorabentscheidungsverfahrens des Artikels 267 AEUV?)

Yo no modificaría la regulación de la cuestión prejudicial.

(Ich würde die Regelung des Vorabentscheidungsverfahrens nicht ändern.)

ANEXO III

ENTREVISTA CON EL PROF. DR. GERHART HOLZINGER, PRESIDENTE DEL “VERFASSUNGSGERICHTSHOF”¹²⁵² DE AUSTRIA¹²⁵³

(A las preguntas 1, 2 y 4)¹²⁵⁴:

“Como muestra también el número de procedimientos prejudiciales iniciados por el Tribunal Constitucional, reconoce el Tribunal Constitucional el procedimiento prejudicial como instrumento adecuado para asegurar una interpretación y aplicación uniformes del Derecho de la Unión”.

(“Wie auch die Zahl der vom Verfassungsgerichtshof initiierten Vorabentscheidungsverfahren zeigt, anerkennt der Verfassungsgerichtshof das Verfahren der Vorabentscheidung als zweckmässiges Instrument zur Sicherung einer einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts”).

(A las preguntas 3, 5, 6 y 7)¹²⁵⁵:

“Un eventual desarrollo ulterior de la actual base legal de la cuestión prejudicial es exclusivamente competencia de los Estados miembros, es decir, del legislador de la Unión. El Tribunal Constitucional se abstiene por ello de intervenir en un debate jurídico-político sobre posibles modificaciones del sistema actual”.

(“Eine allfällige Weiterentwicklung der derzeitigen Rechtsgrundlagen des Vorabentscheidungsverfahrens ist ausschliesslich Sache der Mitgliedstaaten bzw. des Uniongesetzgebers. Der Verfassungsgerichtshof sieht daher davon ab, in eine rechtspolitische Debatte über mögliche Änderungen des jetzigen Systems einzutreten”).

¹²⁵² El *Verfassungsgerichtshof* de Austria ha presentado, entre otras, cuestiones prejudiciales que han dado lugar a las siguientes resoluciones del Tribunal de Justicia: Sent. “Adria-Wien”, de 8 de noviembre de 2001, C-143/99; Sent. “Wählergruppe”, de 8 de mayo de 2003, C-171/01; Sent. “Rechnungshof”, de 20 de mayo de 2003, C-465/00 (en realidad fueron acumulados los asuntos C-465/00, C-138/01 y C-139/01, ya que los dos últimos fueron presentados por el OGH); Sent. “Digital Rights Ireland and Seitlinger”, de 8 de abril de 2014, C-594/12 (realmente fueron acumulados los asuntos C-293/12 y C-594/12, ya que el asunto C-293/12 fue planteado por el Tribunal Supremo de Irlanda).

¹²⁵³ Contestada el 4 de diciembre de 2014, a través del DDr. Stefan Leo Frank.

¹²⁵⁴ Son las mismas que las planteadas a D^a Brigitte Schenk.

¹²⁵⁵ Son las mismas que las planteadas a D^a Brigitte Schenk.

ANEXO IV

ENTREVISTA CON EL DR. KLAUS SCHRÖDER, PRESIDENTE DEL “OBERLANDESGERICHT INNSBRUCK” (AUSTRIA)¹²⁵⁶.

1.- La Audiencia Territorial de Innsbruck ha remitido numerosas cuestiones prejudiciales a Luxemburgo (Dodl y Oberhollenzer, C-543/03; Klöppel, C-507/06; Tyrolean Airways, C-132/11; Texdata Software, C-418/11; Pohl, C-429/12, entre otras). ¿Cuál es su experiencia personal como Juez con algunos de estos casos?

(Das Oberlandesgericht Innsbruck hat zahlreiche Vorabentscheidungsersuche nach Luxemburg zugeschickt (Dodl u. Oberhollenzer, C-543/03; Klöppel, C-507/06; Tyrolean Airways, C-132/11; Texdata Software, C-418/11; Pohl, C-429/12, u.a.). Welche sind Ihre persönlichen Erfahrungen als Richter mit einigen dieser Fälle?)

Nuestras experiencias personales con la cuestión prejudicial del artículo 267 del TFUE son –resumidamente- excelentes. El Tribunal de Justicia se ha esforzado mucho en dictar sentencias, en especial interpretaciones del Derecho de la Unión, que han facilitado la resolución del caso concreto ante el tribunal remitente. Valga como ejemplo el último citado por Usted, Pohl (C-429/12). Ahí había remitido el “Oberste Gerichtshof” una cuestión parcialmente similar al Tribunal de Justicia (Starjakob, C-417/13). En el procedimiento del “Oberste Gerichtshof” se pusieron algunos problemas adicionales, que en nuestro procedimiento “Pohl” por falta de alegación de las partes intervinientes en el caso no eran objeto de análisis.

El Tribunal de Justicia nos dio traslado de la resolución prejudicial del “Oberste Gerichtshof” en el asunto “Starjakob” y se nos preguntó, a los efectos del artículo 101 del RPTJ, si el “Oberlandesgericht Innsbruck” deseaba, a la luz de la decisión del Oberste Gerichtshof, completar la petición prejudicial realizada. Informamos al Tribunal de Justicia que las cuestiones adicionales planteadas por el Oberste Gerichtshof por falta de alegación de las partes en nuestro proceso no tenían interés (el procedimiento de remisión del Oberste Gerichtshof en el asunto “Starjakob” nos era conocido).

(Unsere persönlichen Erfahrungen mit dem Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV sind - zusammengefasst - ausgezeichnet. Der Gerichtshof der Europäischen Union ist sehr bemüht, Entscheidungen zu fällen, insbesondere Auslegungen des Unionsrechts zu geben, die im konkreten Anlassstreit für das vorliegende Gericht zu

¹²⁵⁶ Contestada el 2 de febrero de 2015, precisando que es la opinión expresada por la Sección Civil del Tribunal que preside.

einer Entscheidungserleichterung führen. Als Beispiel sei das von Ihnen zuletzt zitierte Verfahren C-429/12, Pohl ECLI:EU:C:2014:12 erwähnt: Dort hatte der Oberste Gerichtshof in einem ähnlichen Fall (C-417/13, Starjakob) zum Teil ähnliche Vorlagefragen an den EuGH gerichtet. Im Verfahren des Obersten Gerichtshofs stellten sich aber einige zusätzliche Probleme, die in unserem Verfahren Pohl mangels Vorbringens der im Anlassstreit beteiligten Parteien nicht zu prüfen waren.

Der EuGH übermittelte uns die Vorlageentscheidung des Obersten erichtshofs im Verfahren Starjakob und fragte an (Art 101 Verfo/EuGH), ob das erlandesgericht Innsbruck seine Vorlageentscheidung im Lichte der Vorlageentscheidung des Obersten Gerichtshofs noch um weitere Fragen ergänzen möchte. Wir haben dem EuGH mitgeteilt, dass die zusätzlichen vom Obersten Gerichtshof aufgeworfenen Fragen mangels Parteivorbringens in unserem Prozess keine Rolle spielen (das Anlassverfahren zur Vorlage des Obersten Gerichtshofs in der Sache Starjakob war uns bekannt).

2.- ¿Cree Usted, según su experiencia, que las respuestas del Tribunal de Luxemburgo normalmente son útiles a los jueces nacionales para poder resolver los litigios?

(Glauben Sie, nach Ihrer Erfahrung, dass die Antworten des Luxemburger Gerichts normalerweise für den nationalen Richtern nützlich sind, um die Rechtsstreite des Ausgangsverfahrens entscheiden zu können?).

Somos de la opinión que las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las cuestiones prejudiciales han facilitado enormemente el proceso de decisión de nuestro tribunal.

(Wir sind der Meinung, dass die Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union im Vorabentscheidungsverfahren für unsere Gerichtsentscheidung eine enorme Erleichterung erbracht haben).

3.- ¿Por su conocimiento y experiencia con las cuestiones prejudiciales, eso de que el Tribunal de Justicia no está legitimado para interpretar el derecho nacional, debería ser considerado como una mera declaración de principios, precisamente porque con frecuencia el Tribunal de Justicia sustenta la opinión de que las disposiciones normativas nacionales se encuentran en contradicción con el ordenamiento jurídico de la Unión? ¿No resulta, por tanto, contradictoria la mencionada declaración de principios?

(Nach Ihrer Erkenntnis und Erfahrung mit den Vorabentscheidungsersuchen und der Behauptung, dass das EuGH keine Legitimation für eine Auslegung des nationalen Rechts hat, sollte man diese nicht nur als eine reine Grundsatzklärung betrachten, eben weil das EuGH oftmals die Rechtsmeinung vertritt, dass die nationalen Rechtsauffassungen sich im Widerspruch zu der Rechtsnormierung der EU befinden? Ist daher besagte Grundsatzklärung nicht widersprüchlich?).

Como seguramente le es conocido por su práctica, encaja el rango preferente de aplicación del Derecho de la Unión –con el efecto de que el derecho nacional contrario no es aplicable- básicamente cuando falla una interpretación del derecho nacional conforme al Derecho de la Unión (Sent. “Maribel Domínguez”, de 24 de enero de 2012, C-282/10, aptdo. 23; Sent. “Amia SpA iL”, de 24 de mayo de 2012, C-97/11, aptdo. 27 y siguientes). Por ello no podemos compartir el punto de vista que sirve de base a su pregunta (según el cual el Tribunal de Justicia se “inmiscuye” en la interpretación del derecho nacional). Por lo demás, nos permitimos indicar que el Tribunal de Justicia en la interpretación del sentido del artículo 267, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, entiende de la interpretación auténtica, por tanto, de la indagación del contenido, significado y alcance de todo el Derecho de la Unión, o sea cómo se ha de entender y aplicar, o haberse entendido y aplicado, desde su entrada en vigor (por ejemplo, Sent. “Edis”, de 15 de septiembre de 1998, C-231/96, aptdo. 15, en cuanto los efectos temporales de la respuesta interpretativa no hayan sido limitados por la solicitud o de oficio). La interpretación y aplicación del derecho nacional es de la competencia de los tribunales nacionales (Sent. “Texdata”, de 26 de septiembre de 2013, C-418/11, aptdo. 41, de aquí en adelante).

El fluctuante desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la cuestión de si los actos jurídicos nacionales o los acuerdos contractuales nacionales que remiten a disposiciones legales susceptibles de remisión, a su vez son susceptibles de remisión, parece de momento terminado: condición para la remisión es finalmente la identidad de las disposición aplicables con el Derecho de la Unión y la necesidad de información real del tribunal remitente en la interpretación idéntica del Derecho de la Unión, mientras las fronteras en particular de la disponibilidad de la respuesta de interpretación del Tribunal de Justicia el tribunal nacional es autónomo en su ámbito de competencia (Sent. “Leur-Bloem”, de 17 de julio de 1997, C-28/95; recientemente por ejemplo Sent. “Volvo Car Germany-GmbH”, de 28 de octubre de 2010, C-203/09, aptdo. 24 y de aquí en adelante; Sent. “Pelati”, de 18 de octubre de 2012, C-603/10, aptdo. 19).

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha dejado claro que los distintos ordenamientos jurídicos nacionales –como en Austria en parte como principio constitucional- conocen la prohibición de “la discriminación contra los nacionales” o “la discriminación positiva” (Sent. “Jakubowska”, de 2 de diciembre de 2010, C-225/09, aptdo. 31). Este fue el caso en la citada resolución “Jakubowska” en la que en el tribunal remitente abogados que se habían establecido en Italia en ejercicio de la libertad de establecimiento querían equipararse con abogados italianos. También en estos casos es eminentemente importante para el tribunal remitente disponer de una contestación de interpretación informativa sobre la situación jurídica para los ciudadanos de la Unión y del Espacio Económico Europeo, para poder valorar hasta qué punto la situación jurídica nacional, que es aplicable a los nacionales, se queda al margen y, por tanto, en qué medida es evitada la evitable “discriminación contra los nacionales” o la “discriminación positiva”, de modo que el derecho nacional –según el principio general de igualdad- descanse en el Derecho de la Unión aplicado.

Quizás se resuelve a través de esta respuesta la que Usted alude como contradicción en su pregunta 3.

(Wie Ihnen aus Ihrer Praxis sicherlich bekannt ist, greift der Anwendungsvorrang des Unionsrechts - mit der Wirkung, dass entgegenstehendes nationales Recht unangewendet zu lassen ist - grundsätzlich erst dann ein, wenn die unionsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts scheitert (EuGH 24.1.2012, C-282/10, Maribel Dominguez, ECLI:EU:C:2012:33 Rn 23; 24.5.2012, C-97/11, Amia SpA iL, ECLI:EU:C:2012:306 Rn 27 f). Daher können wir den Standpunkt, der Ihrer Fragestellung zugrunde liegt (wonach sich der EuGH in die Auslegung des nationalen Rechts „einmengen“), nicht teilen. Im Übrigen dürfen wir darauf hinweisen, dass der EuGH unter Auslegung im Sinn des Art 267 Abs 1 AEUV die authentische Interpretation versteht: Also die Ermittlung von Inhalt, Bedeutung und Tragweite des gesamten Unionsrechts und zwar so, wie es seit dem Inkrafttreten der unionsrechtlichen Bestimmung zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre (zB EuGH 5.9.1998, C-231/96, Edis, Slg 1998, I-4951 = ECLI:EU:C:1998:401 Rn 15; soweit er die zeitliche Wirkung der Auslegungsantwort nicht über Antrag oder von Amts wegen begrenzt).

Die Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts fällt in die Befugnis der nationalen Gerichte (EuGH 26.9.2015, C-418/11, Texdata, ECLI:EU:C:2013:588 Rn 41 ff).

*Die schwankende Entwicklung in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Frage, ob nationale Rechtsakte oder nationale vertragliche Regelungen, die auf **vorlagefähige Rechtsvorschriften** verweisen, selbst auch vorlagefähig sind, scheint mittlerweile abgeschlossen: Voraussetzung für die Vorlagefähigkeit ist letztlich die **Identität** der anzuwendenden Bestimmungen mit Unionsrecht und der **wirkliche Informationsbedarf** des vorlegenden Gerichts an der Auslegung des identen Unionsrechts, während die Grenzen insbesondere der Verwertbarkeit der Auslegungsantwortung des EuGH das nationale Gericht in seinem Zuständigkeitsbereich selbstständig zu beurteilen hat (EuGH 17.7.1997, C-28/95, Leur-Bloem, Slg 1997, I-4161 = ECLI:EU:C:1997:269; jüngst etwa zum Beispiel 28.10.2010, C-203/09, Volvo Car Germany-GmbH, Slg 2010, I-10721 = ECLI:EU:C:2010:647 Rn 24 ff; 18.10.2012, C-603/10, Pelati d.o.o., ECLI:EU:C:2012:639 Rn 19).*

Darüber hinaus hat der Gerichtshof der Europäischen Union klargestellt, dass verschiedene nationale Rechtsordnungen - wie in Österreich teilweise als Verfassungsgrundsatz - das Verbot der „Inländerdiskriminierung“ oder „umgekehrten Diskriminierung“ kennen (EuGH 2.12.2010, C-225/09, Jakubowska, Slg 2010, I-12329 = ECLI:EU:C:2010:729 Rn 31). Dies war zB in der zitierten Entscheidung Jakubowska der Fall, wo das vorlegende Gericht Rechtsanwälte, die sich in Ausübung der Niederlassungsfreiheit in Italien niedergelassen hatten, mit italienischen Rechtsanwälten vergleichen wollte. Auch in solchen Fällen ist es für das vorlegende Gericht eminent wichtig, eine informative Auslegungsantwort zur Rechtslage für EU- (und EWR-)Bürger zu erreichen, um beurteilen zu können, inwieweit die nationale Rechtslage, die auf Inländer anwendbar ist, dahinter zurückbleibt und inwieweit daher die vom nationalen Gericht zu vermeidende „Inländerdiskriminierung“ oder „umgekehrte Diskriminierung“ vermieden werden, damit das nationale Recht - nach

dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz - angelehnt an EU-Recht angewendet werden muss.

Vielleicht löst sich der von Ihnen in Frage 3 angesprochene Widerspruch durch diese Antwort auf).

4.- ¿Considera Usted la cuestión prejudicial como un instrumento adecuado para la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea?

(Halten Sie das Vorabentscheidungsverfahren als angemessenes Instrument für die Harmonisierung der Rechtsordnungen der EG-Mitgliedstaaten?).

En principio somos de la opinión de que debe producirse la armonización del Derecho a través de los oportunos actos legislativos de la Unión –bajo la integración de los gobiernos de los Estados miembros-.

El fenómeno etiquetado en muchas publicaciones no especializadas como la “armonización del derecho a través de las puertas traseras” que cumplen las decisiones del Tribunal de Justicia revela los errores de otras unidades organizativas de los Estados miembros (como aquellos que actúan en el marco de la Comitología y de las resoluciones internas de la Unión). En otras palabras, el Tribunal de Justicia produce en el camino de su jurisprudencia solo una convergencia entre las posiciones sustentadas por los gobiernos de los Estados miembros en el marco de la legislación de la Unión y las consecuencias extraídas en la trasposición nacional. Nosotros no somos de la opinión de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sirva genuinamente a la armonización de los derechos en los Estados miembros, sino que es solo consecuente con aquellos pasos de más que han pretendido los respectivos gobiernos nacionales en el proceso legislativo en el marco de la Unión Europea.

(Grundsätzlich sind wir der Auffassung, dass die Rechtsharmonisierung über die entsprechenden Rechtsakte der Union - unter Einbindung der Regierungen der Mitgliedstaaten - erfolgen muss. Der in vielen populärwissenschaftlichen Veröffentlichungen als „Rechtsharmonisierung durch die Hintertüre“ verschlagwortete Vorgang, den Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union vollziehen deckt nur Fehler anderer Organisationseinheiten der Mitgliedstaaten auf (als jener, die an der Rechtsetzung im Rahmen der Komitologie und der Organbeschlüsse der Union tätig wurden): Mit anderen Worten stellt der EuGH im Wege seiner Rechtsprechung nur eine Konvergenz zwischen den von den einzelnen Regierungen der Mitgliedstaaten im Rahmen der Rechtsetzung der Union vertretenen Standpunkten und den daraus in der nationalen Rechtsumsetzung zu ziehenden Konsequenzen her. Wir vertreten daher nicht die Auffassung, dass die Rechtsprechung des EuGH genuin der Rechtsharmonisierung in den Mitgliedstaaten dient; sondern nur konsequent jene Schritte weitergeht, die die jeweiligen nationalen Regierungen bei der Rechtsetzung im Rahmen der Europäischen Union vorgegeben haben).

5.- ¿Cuando las partes procesales han propuesto a los tribunales austriacos, sobre todos a aquellos que se encuentran en la cúspide de la jerarquía jurisdiccional, el envío de una cuestión prejudicial, han hecho estos un uso razonable de la “jurisprudencia CILFIT”?

(Als die Prozessparteien den österreichischen Gerichten, vor allem denen, die ganz oben in der Gerichtshierarchie stehen, vorgeschlagen haben, ein Vorabentscheidungsersuchen zu schicken, haben diese sodann eine vernünftige Benutzung der “CILFIT-Rechtsprechung” gemacht?).

Seguramente conoce Usted la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de que las partes del proceso nacional no pueden efectuar ninguna remisión y que no pueden obligar al tribunal nacional a lanzar una remisión al Tribunal de Justicia. De la misma manera, bien poco pueden exigir las partes procesales para que el tribunal nacional modifique, renuncie o adicione cuestiones (p.e. Sent. “Krizan”, de 15 de enero de 2013, C-416/10, aptdo. 65). Esta consecuencia la deriva el Tribunal de Justicia del derecho de presentación ilimitado de los órganos nacionales legitimados para hacerlo. Las partes del procedimiento en cuestión pueden convencer al órgano legitimado de la sensatez, esto es, de la necesidad de la presentación. El Juzgado remitente es libre de exigir a las partes del procedimiento que propongan formulaciones que deban ser asumidas por el Tribunal de Justicia en el momento de la solicitud de decisión prejudicial. La última decisión, tanto en lo que se refiere a la forma como también al contenido de las preguntas, le corresponde sin embargo solo al órgano remitente (Sentencia “Consiglio nazionale dei geologi”, de 18 de julio de 2013, C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489 aptdo. 30 y siguientes). Sólo cuando se haya iniciado el procedimiento prejudicial les está permitido a las partes –en el marco limitado de las preguntas objeto de remisión– observaciones escritas o verbales ante el Tribunal de Justicia (Sentencia “Reisebüro Binder”, de 6 de noviembre de 1997, C-116/96, Slg 1997, I-6103= ECLI:EU:C:1997:520 aptdo. 8). Aquí podrán las partes del procedimiento nacional poner en conocimiento del órgano jurisdiccional que una remisión al Tribunal de Justicia es necesaria, tanto más si es que puede derivarse que, de acuerdo al contenido esencial de uno de los cuatro criterios CILFIT (Sentencia de 6 de octubre de 1982, 283/81, Slg 1982, 3415= ECLI:EU:C:1982: 335 apartados 13 y siguientes) la remisión es obligatoria por tratarse de un órgano de última instancia. En este sentido se ha de secundar la opinión, que sirve de base a la pregunta 5, de que las partes del procedimiento nacional están bien asesoradas para convencer al órgano nacional con argumentos de modo que los criterios CILFIT se han cumplido en el pleito concreto de origen, a fin de conseguir una remisión (al menos ante un órgano de última instancia; en remisiones de validez en circunstancias en las que el órgano remitente alberga dudas sobre la conformidad con el derecho primario -conformidad con convenios internacionales o con los derechos fundamentales de la UE-).

(Es ist Ihnen sicher die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union bekannt, dass die Parteien des Ausgangsverfahrens selbst keine Vorlage durchführen und das nationale Gericht nicht dazu zwingen können, eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union zu lancieren. Ebenso wenig können die Verfahrensparteien darauf dringen, dass das nationale Gericht Fragen ändert, fallen lässt oder zusätzliche stellt (EuGH zB 15.1.2013, C-416/10, Krizan, ECLI:EU:C:2013:8 Rn 65 mzwH). Diese Konsequenz leitet der EuGH aus dem unbeschränkten Vorlagerecht der vorlageberechtigten nationalen Stellen ab. Die Parteien des Anlassverfahrens können natürlich die vorlageberechtigte Stelle von der Sinnhaftigkeit bzw der Notwendigkeit einer Vorlage überzeugen. Dem vorlegenden Gericht steht es auch frei, die Verfahrensparteien aufzufordern, Formulierungen vorzuschlagen, die bei der Abfassung des Vorabentscheidungsersuchens, der Fragen an den EuGH übernommen

werden können. Die Letztentscheidung sowohl über die Form als auch über den Inhalt der Fragen liegt jedoch allein beim vorlegenden Gericht (EuGH 18.7.2013, C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi*, ECLI:EU:C:2013:489 Rn 30 f). Erst wenn das Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet ist, dürfen die Parteien - in dem durch die Vorlagefragen begrenzten Rahmen - schriftliche und mündliche Stellungnahmen gegenüber dem EuGH abgeben (EuGH 6.11.1997, C-116/96, *Reisebüro Binder*, Slg 1997, I-6103 = ECLI:EU:C:1997:520 Rn 8). Dabei werden die Parteien des nationalen Ausgangsverfahrens umso eher beim Gericht die Erkenntnis erwecken können, dass eine Vorlage an den EuGH erforderlich ist, je mehr sie aus dem entscheidungswesentlichen Sachverhalt eines der vier „C.I.L.F.I.T.“-Kriterien (EuGH 6.10.1982, 283/81, C.I.L.F.I.T., Slg 1982, 3415 = ECLI:EU:C:1982:335 Rn 13 ff), unter denen eine Vorlage zumindest für letztinstanzliche Gerichte zwingend wäre, ableiten können. Insoweit ist daher der Auffassung, die Ihrer Frage zu 5 zugrunde liegt, beizupflichten, dass die Parteien des Ausgangsverfahrens gut beraten sind, das nationale Gericht mit Argumenten davon zu überzeugen, dass die „C.I.L.F.I.T.“-Kriterien im konkreten Anlassstreit verwirklicht sind, um eine Vorlage zu erreichen (zumindest beim letztinstanzlichen Gericht, bei Gültigkeitsvorlagen unter Umständen schon früher, nämlich dann, wenn das vorlegende Gericht Zweifel an der Primärrechtskonformität [Konformität mit zwischenstaatlichen Vereinbarungen oder EU-Grundrechten] hat).

6.- ¿Cree Usted que la evolución futura que pudiera experimentar la cuestión prejudicial podría ir por una revisión del concepto de “órgano jurisdiccional” o, incluso, por la vía de la presentación de cuestiones por parte de la Administración o, por el contrario, considera que su utilidad solo puede seguir siendo la que es concebida como “diálogo entre jueces”?

(Glauben Sie, dass man für die zukünftige Entwicklung des Vorabentscheidungsverfahrens die Revision des Begriffes “Gericht eines Mitgliedstaats” in Betracht ziehen muss, oder, sogar, sollte es weiterhin möglich sein, dass die Verwaltung ein Vorabentscheidungsersuchen vorlegen darf, oder ganz im Gegenteil hängt die Nützlichkeit dieses Verfahrens bloss von einem “justiziellen Dialog” ab?).

Estamos convencidos de que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta un instrumental suficiente para conseguir una protección jurídica ante los órganos de la Administración:

Por una parte, resulta de las premisas del Tribunal de Justicia en las Sentencias “Kühne & Heitz”, de 13 de enero de 2004 (C-453/00); “Kempter”, de 12 de febrero de 2008 (C-2/06); así como últimamente “Byankov”, de 4 de octubre de 2012 (C-249/1), apartado 76, y de ahí en adelante, entre las cuales un órgano administrativo debe conservar cuatro condiciones para solicitar una resolución firme, si es que ha sido aplicado de modo incorrecto el Derecho de la Unión. Los Estados miembros pueden prever una adecuada para tales solicitudes de verificación y modificación, que respete los principios de efectividad y de equivalencia en el plazo correspondiente a partir de la proclamación de la nueva situación jurídica de la sentencia del Tribunal de Justicia (Asunto “Kempter”, aptdo. 59 y siguientes).

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha establecido en la Sent. “Ciola”, de 29 de abril de 1999, C-224/97, aptdo. 32, que los juzgados nacionales en el sentido de la primacía de las resoluciones firmes de la Administración de Derecho de la Unión, las cuales son producto de una interpretación claramente contraria al Derecho de la Unión, deben resultar inaplicadas en el procedimiento judicial.

Bajo estas circunstancias se le antoja, por tanto, suficiente a la Audiencia Territorial de Innsbruck la limitación de remisión del artículo 267 del TFUE sobre los órganos legitimados para enviar cuestiones, mediante los numerosos criterios desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una antigua jurisprudencia como un sistema en movimiento, para conseguir un medio de protección jurídica adecuado de las pretensiones fundadas en el Derecho de la Unión.

(Wir sind der Überzeugung, dass sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ein hinreichendes Instrumentarium dafür ergibt, Rechtsschutz vor Verwaltungsbehörden zu erlangen:

Einerseits ergibt sich aus den Vorgaben des EuGH in den Entscheidungen 13.1.2004, C-453/00, Kühne & Heitz, Slg 2004, I-837 = ECLI:EU:C:2004:17, 12.2.2008, C-2/06, Kempter, Slg 2008, I-411 = ECLI:EU:C:2008:78 sowie zuletzt 4.10.2012, C-249/11, Byankov, ECLI:EU:C:2012:608 Rn 76 ff, unter welchen vier Voraussetzungen eine Verwaltungsbehörde auf Antrag einen auch rechtskräftigen Bescheid aufheben muss, wenn dort Unionsrecht falsch angewendet wurde. Die Mitgliedstaaten können für solche Überprüfungs- und Abänderungsanträge eine angemessene, den Grundsätzen der Effektivität und Äquivalenz entsprechende Frist ab Verkündung des die neue Rechtslage schaffenden Urteils des EuGH vorsehen (EuGH Rs Kempter Rn 59 f).

Andererseits hat der EuGH in der Rs 29.4.1999, C-224/97, Ciola, Slg 1999, I-2517 = ECLI:EU:C:1999:212 Rn 32 vorgegeben, dass nationale Gerichte im Sinne des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts rechtskräftige Verwaltungsbescheide, die Produkt einer eindeutig unionswidrigen Rechtsauffassung sind, im nationalen Gerichtsverfahren unangewendet lassen müssen.

Unter diesen Umständen erscheint dem Oberlandesgericht Innsbruck daher die Beschränkung der Vorlagebefugnis des Art 267 AEUV auf die - vom Gerichtshof der Europäischen Union in langjähriger Rechtsprechung im Sinne eines beweglichen Systems anhand zahlreicher Kriterien entwickelten - „vorlageberechtigten Stellen“ ausreichend, um einen effektiven Rechtsschutz für im Unionsrecht begründete Ansprüche zu vermitteln).

7.- Sin perjuicio de la opinión que se pueda tener sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ¿considera Usted precisamente positivo para el desarrollo de la jurisprudencia del citado Tribunal que en las sentencias prejudiciales puedan emitirse votos particulares?

(Unbeschadet der Meinung, die man haben kann, über die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH, halten Sie gerade für die Entwicklung der

Rechtsprechung des besagten Gerichts für positiv, dass Urteile im Vorabentscheidungsverfahren abweichende Meinungen beinhalten dürfen?.

Como seguramente conoce por su práctica, se corresponde con la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo la publicación de “votos particulares”. No se percibe por parte de la Audiencia Territorial de Innsbruck que la efectividad y capacidad de estas experiencias, a través de la publicación de tales votos particulares, incidiría negativamente en los ordenamientos nacionales. En el procedimiento prejudicial se producen de hecho efectos similares, ya que el Tribunal de Justicia no sigue siempre las propuestas de los Abogados Generales. Además, no se valoran las conclusiones de los Abogados Generales como expresión de opiniones jurídicas discrepantes. En la Audiencia Territorial de Innsbruck no existe la impresión de que la práctica de votos particulares en el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo o, en su caso, las opiniones discrepantes expresadas por los Abogados Generales en el procedimiento prejudicial hayan conducido a una considerable confusión a la población necesitada de protección jurídica o a los tribunales nacionales llamados en primera línea a aplicar el Derecho de la Unión.

(Wie Ihnen aus Ihrer Praxis sicher bekannt ist, entspricht die Veröffentlichung von „dissenting opinions“ der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg. Es ist für das Oberlandesgericht Innsbruck nicht erkennbar, dass die Effektivität und Durchsetzungskraft dieser Erkenntnisse in den nationalen Rechtsordnungen durch die Veröffentlichung solcher abweichenden Meinungen Leiden würde. Im Vorabentscheidungsverfahren ergeben sich de facto ähnliche Auswirkungen daraus, dass der Gerichtshof der Europäischen Union nicht immer den Vorschlägen der Generalanwälte folgt. Außerdem befassen sich die Schlussanträge der Generalanwälte oft ausführlich mit anderen letztlich dann in ihrem Antwortvorschlag nicht verwerteten abweichenden Rechtsauffassungen. Beim Oberlandesgericht Innsbruck besteht daher nicht der Eindruck, dass die Praxis der dissenting opinions beim Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg oder die gegebenenfalls abweichenden Auffassungen der Generalanwälte im Vorabentscheidungsverfahren zu einer erheblichen Verwirrung der rechtsschutzsuchenden Bevölkerung oder der zur Anwendung des Unionsrechts in erster Linie berufenen nationalen Gerichte geführt hätten).

8.- ¿Qué modificaría Usted, puesto en el papel de legislador, en la regulación actual de la cuestión prejudicial, recogida en el artículo 267 del TFUE?

(Was würden Sie ändern, wenn Sie Gesetzgeber wären, in der jetzigen Regelung des Vorabentscheidungsverfahrens des Artikels 267 AEUV?).

A decir verdad, el procedimiento prejudicial no ha sido modificado en su esencia como concepto, pero con el Tratado de Lisboa, vigente desde el 1 de diciembre de 2009, sí en algunos pequeños aspectos (p.e. pérdida de la posibilidad de remisión de la disposición jurídica “Estatuto”). Algunos cambios se originaron también a través de la última modificación de 2012 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

En opinión de la Audiencia Territorial de Innsbruck no debería ser modificado sin necesidad un instrumento fundamental y favorable para la protección jurídica de los ciudadanos de la Unión Europea como es el procedimiento prejudicial. La Audiencia

Territorial de Innsbruck expresa su opinión de que los rasgos fundamentales del procedimiento prejudicial, a ser posible, no deberían modificarse, ya que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde la Sent. “Van Gend en Loos”, de 5 de febrero de 1963, 26/62, a la postre desde hace cincuenta años, ha dado buen resultado. Por ello no tenemos ninguna propuesta de modificación que presentar.

(Das Vorabentscheidungsverfahren wurde zwar in seinem Grundkonzept nicht verändert, aber mit dem Vertrag von Lissabon mit Wirksamkeit vom 1.12.2009 in einigen kleineren Aspekten (zB Entfall der vorlagefähigen Rechtsakte „Satzung“) geändert. Gewisse Änderungen ergaben sich auch durch die zuletzt 2012 erfolgte Neukodifikation der Verfo/EuGH. Nach Auffassung des Oberlandesgerichtes Innsbruck sollte ein so grundlegendes und für den Rechtsschutz der EU-Bürger förderliches Instrument wie das Vorabentscheidungsverfahren nicht ohne Not verändert werden. Das Oberlandesgericht Innsbruck verleiht also seiner Auffassung Ausdruck, dass die Grundzüge des Vorabentscheidungsverfahrens in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, das sich nun seit 5.2.1963, 26/62, Van Gend en Loos, Slg 1963, 3 = ECLI:EU:C:1963:1 letztlich seit über 50 Jahren bewährt hat, möglichst unverändert bleiben sollte. Wir haben daher keine Abänderungsvorschläge zu unterbreiten).

ANEXO V

ENTREVISTA CON D. MANFRED SCHWERDTNER, VICEPRESIDENTE DEL “OLG NÜRNBERG” (ALEMANIA)¹²⁵⁷

1.- La Audiencia Territorial de Nürnberg ha enviado algunas cuestiones prejudiciales a Luxemburgo (Coty Prestige Lancaster Group, C-127/09; Spasic, C-129/14 PPU, entre otras). ¿Cuál es su experiencia personal como magistrado con algunos de estos asuntos?

(“Das Oberlandesgericht Nürnberg hat einige Vorabentscheidungsersuche nach Luxemburg zugeschickt (Coty Prestige Lancaster Group, C-127/09; Spasic, C-129/14 PPU, u.a.). Welche sind Ihre persönlichen Erfahrungen als Richter mit einigen dieser Fälle?”).

Como Presidente de la Sala que ha planteado la cuestión prejudicial en el asunto “Coty Prestige Lancaster Group”¹²⁵⁸, puedo decir que mis experiencias personales son positivas. El Tribunal de Justicia nos ha mantenido en todo momento al tanto sobre el desarrollo del procedimiento y la resolución se produjo dentro del tiempo previsto. El contenido de la resolución fue comprensible y lógica.

(“Als Vorsitzender des Senates, der das Vorabentscheidungsersuchen in Sachen Coty Prestige Lancaster Group gestellt hat, kann ich sagen, dass die persönlichen Erfahrungen positiv sind. Der EuGH hat uns über den Fortgang des Verfahrens stets auf dem Laufenden gehalten und die Entscheidung wurde innerhalb eines überschaubaren Zeitraums getroffen. Der Inhalt der Entscheidung war verständlich und nachvollziehbar”).

¹²⁵⁷ Contestada el 30 de diciembre de 2014.

¹²⁵⁸ Sentencia de 3 de junio de 2010.

La petición de cuestión prejudicial que dio lugar a este asunto se presentó en el marco de un litigio entre “Coty Prestige Lancaster Group GmbH”, con domicilio social en Mainz (Alemania) y “Simex Trading AG”, con domicilio social en Appenzell (Suiza), que dio lugar a una acción de cesación entablada por “Coty Prestige” contra “Simex Trading”, basada en la alegación de que esta última, al comercializar productos de perfumería en Alemania, viola los derechos inherentes a algunas marcas comunitarias e internacionales de las que “Coty Prestige” es titular o derechohabiente.

El OLG Nürnberg solicitaba la interpretación del artículo 13, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (DO 1994, L 11, p. 1) y del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DO 1989, L 40, p. 1), en su versión modificada por el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3).

2.- ¿Cree Usted, según su experiencia, que las respuestas del Tribunal de Luxemburgo normalmente son útiles a los jueces nacionales para poder resolver los litigios?

(Glauben Sie, nach Ihrer Erfahrung, dass die Antworten des Luxemburger Gerichts normalerweise für den nationalen Richtern nützlich sind, um die Rechtsstreite des Ausgangsverfahrens entscheiden zu können?).

Según mi experiencia, la respuesta del Tribunal de Justicia fue muy útil para la solución del procedimiento pendiente ante nuestro tribunal.

(“Nach meiner Erfahrung war die Antwort des EuGH für die Erledigung des vor unserem Gericht anhängigen Verfahrens sehr hilfreich”).

3.- ¿Por su conocimiento y experiencia con las cuestiones prejudiciales, eso de que el Tribunal de Justicia no está legitimado para interpretar el derecho nacional, debería ser considerado como una mera declaración de principios, precisamente porque con frecuencia el Tribunal de Justicia sustenta la opinión de que las disposiciones normativas nacionales se encuentran en contradicción con el ordenamiento jurídico de la Unión? ¿No resulta, por tanto, contradictoria la mencionada declaración de principios?

(Nach Ihrer Erkenntnis und Erfahrung mit den Vorabentscheidungsersuchen und der Behauptung, dass das EuGH keine Legitimation für eine Auslegung des nationalen Rechts hat, sollte man diese nicht nur als eine reine Grundsatzklärung betrachten, eben weil das EuGH oftmals die Rechtsmeinung vertritt, dass die nationalen Rechtsauffassungen sich im Widerspruch zu der Rechtsnormierung der EU befinden? Ist daher besagte Grundsatzklärung nicht widersprüchlich?).

En mi opinión no constituye ninguna contradicción, cuando por un lado el TJ no tiene ninguna legitimación para la interpretación del derecho nacional, pero por otro lado llega a la conclusión de que el derecho nacional se opone al derecho de la Unión, pues el foco del análisis se centra en si el derecho de la Unión se respeta y para la aclaración de esa pregunta es competente el Tribunal de Justicia. A los órganos jurisdiccionales nacionales les compete (se reservan el derecho) de aclarar si su derecho nacional puede ser interpretado de manera que sea compatible con la comprensión del Tribunal de Justicia respecto del pertinente derecho de la Unión.

(“Aus meiner Sicht stellt es keinen Widerspruch dar, wenn der EuGH zwar einerseits keine Legitimation zur Auslegung des nationalen Rechts hat, er aber andererseits zum Ergebnis kommt, dass nationales Recht im Widerspruch zu EU-Recht steht. Denn im Focus der Prüfung steht doch, ob das EU-Recht beachtet wird und für die Klärung dieser Frage ist der EuGH zuständig. Es bleibt dann doch den nationalen Gerichten vorbehalten, zu klären, ob ihr nationales Recht so ausgelegt werden, dass es mit dem Verständnis des EuGH zum einschlägigen EU-Recht vereinbar ist”).

4.- ¿Considera Usted la cuestión prejudicial como un instrumento adecuado para

la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea?

(Halten Sie das Vorabentscheidungsverfahren als angemessenes Instrument für die Harmonisierung der Rechtsordnungen der EG-Mitgliedstaaten?).

5.- ¿Cuando las partes procesales han planteado la remisión de una cuestión prejudicial a los tribunales alemanes, sobre todo a aquellos que se encuentran en la cúspide de la jerarquía jurisdiccional, han hecho éstos un uso razonable de la “doctrina CILFIT”?

(“Als die Prozessparteien den deutschen Gerichten, vor allem denen, die ganz oben in der Gerichtshierarchie stehen, vorgeschlagen haben, ein Vorabentscheidungsersuchen zu schicken, haben diese sodann eine vernünftige Benutzung der “CILFIT-Rechtsprechung” gemacht?”).

(Se contestan conjuntamente)

Sí.

(“Ja”)

6.- Sin perjuicio de la opinión que se pueda tener sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ¿considera Usted precisamente positivo para el desarrollo de la jurisprudencia del citado Tribunal que en las sentencias prejudiciales puedan emitirse votos particulares?

(Unbeschadet der Meinung, die man haben kann, über die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH, halten Sie gerade für die Entwicklung der Rechtsprechung des besagten Gerichts für positiv, dass Urteile im Vorabentscheidungsverfahren abweichende Meinungen beinhalten dürfen?)

La admisibilidad de presentación de votos particulares la considero de modo positivo, porque ello puede ser útil para la comprensión y la claridad de las cuestiones prejudiciales planteadas.

(“Die Zulässigkeit der Darstellung von abweichenden Meinungen halte ich für positiv, weil dies für das Verständnis und die Klärung der aufgeworfenen Vorlagefragen hilfreich sein kann”).

7.- ¿Qué modificaría Usted, puesto en el papel de legislador, en la regulación actual de la cuestión prejudicial, recogida en el artículo 267 del TFUE?

(Was würden Sie ändern, wenn Sie Gesetzgeber wären, in der jetzigen Regelung des Vorabentscheidungsverfahrens des Artikels 267 AEUV?).

Una modificación del artículo 267 del TFUE no es, en mi opinión, necesaria.

(“Eine Änderung des Artikels 267 AEUV ist aus meiner Sicht nicht notwendig”).

ANEXO VI

ENTREVISTA CON D. GIORGIO SANTACROCE, PRESIDENTE DE LA “CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE” (ITALIA)¹²⁵⁹

1.- El Tribunal Supremo ha presentado algunas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (3M Italia, C-417/10; Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10; Elsacom, C-294/11; Panasonic Italia, C-472/12; ADL, C-546/13; Idexx Laboratories Italia, C-590/13). ¿Podría expresar su experiencia, antes y después de la remisión?

(La Corte Suprema di Cassazione ha sollevato qualche quesito pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione europea (3M Italia, C-417/10, Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10; Elsacom, C-294/11; Panasonic Italia, C-472/12; ADL, C-546/13; Idexx Laboratories Italia, C-590/13). Potrebbe esprimere la Sua esperienza, prima e dopo il rinvio?)

Queriendo individualizar algunos rasgos caracterizadores en la jurisprudencia de este Tribunal en el tema de la remisión prejudicial, es preciso inicialmente evidenciar cómo las sentencias indicadas atienden en buena parte a contenciosos en materia de IVA y aduanas; materias, como es sabido, armonizadas para las cuales la Sección V Civil ha ido madurando desde la época de su institución, remontándose al año 1999, una experiencia especializada. Esto se completa, por otra parte, con una notabilísima cantidad de contenciosos que cada vez más, en el ámbito civil clásico y en el penal, están hoy directamente regulados por el Derecho de la Unión Europea.

Ahora, queriendo aportar alguna reflexión sistemática respecto a las cuestiones decididas por las sentencias del Tribunal de Justicia, recordadas en la pregunta, va perfilándose en la jurisprudencia de este Tribunal una tendencia dirigida a investir al Tribunal de Justicia del examen de cuestiones interpretativas relativas al Derecho de la UE, sobre todo cuando se han manifestado contrastes en la jurisprudencia nacional o no se consigue encontrar precedentes relevantes del Tribunal de Justicia respecto a la interpretación de la norma comunitaria.

En este sentido es significativo que el Auto interlocutorio número 11456/2011 del Tribunal Supremo, Sección V, Civil, en el reconocimiento de la doctrina así llamada del “acto claro” haya considerado no concurrentes los presupuestos “... en consideración a la falta de precedentes del Tribunal sobre el punto, sea por la circunstancia que, en orden a la interpretación de las normas internas arriba citadas (como se ha dicho, que reproducen la disciplina comunitaria), se han registrado interpretaciones diversas en la jurisprudencia de este Tribunal (y habida cuenta, también, del principio según el cual el Juez nacional tiene la obligación de adoptar, entre las posibles lecturas diferentes de una norma interna, aquella más ajustada al derecho comunitario: Tribunal Supremo, números 7120/2002, 5559/2005)”.

¹²⁵⁹ Contestada el 6 de febrero de 2015.

La respuesta dada con la sentencia de 21 de junio de 2012 en el asunto *Elsacom*, C-294/11, a la cuestión de si el plazo de seis meses previsto por el artículo 7, apartado 1, párrafo primero, último inciso, de la Octava Directiva IVA a los fines de la presentación de una solicitud de reembolso del IVA sea un plazo de caducidad, ha dado al Tribunal Europeo la posibilidad de ofrecer una interpretación de la disciplina comunitaria – favorable a la tesis de la naturaleza perentoria del plazo- válida para todos los países de la UE, particularmente interesados en el régimen del IVA y, consiguientemente, en los plazos para el reembolso que corresponde a los contribuyentes. Hay que decir que la Sent. *Elsacom* no ha sido todavía aplicada por este Tribunal.

En la misma dirección este Tribunal –Auto 25035/13, *Iddex Laboratories*¹²⁶⁰- ha propuesto un envío prejudicial al Tribunal de Justicia sobre cuestión tributaria en la cual se habían ido formando vías interpretativas diferentes en orden al alcance interpretativo de algunas decisiones del propio Tribunal de la UE. La elección del Tribunal Supremo de dialogar con el Tribunal de Justicia más que requerir la solución de la contradicción a las Salas Unidas¹²⁶¹ –respecto a las cuales las Salas están sujetas a un preciso vínculo que se basa en el artículo 374, inciso 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil- está indiscutiblemente unida a la necesidad de obtener del Juez de Luxemburgo aclaraciones no solo sobre el alcance del derecho de la Unión Europea, sino también sobre la contradicción surgida a nivel interno del Juez de última instancia sobre la interpretación de la Sent. *Ecotrade* emitida por el Tribunal de Justicia. Esto cambia el papel de las Secciones Unidas, precisamente en relación al alcance y eficacia de las sentencias del Tribunal de Justicia.

Y en efecto, la posterior decisión del Tribunal de Justicia –de 11 de diciembre de 2014, asunto C-590/13, *Idexx*- ha decidido posicionarse no solo sobre el significado de la jurisprudencia emanada en el pasado del Tribunal de Justicia en materia de “reverse charge”, sino (in)directamente sobre la “contradicción” surgida a nivel interno precisamente sobre el aspecto del reconocimiento del derecho a deducción del IVA en favor de sujeto que no había respetado totalmente las obligaciones de naturaleza formal previstas por el ordenamiento nacional. Así se ha afirmado que “... los requisitos sustanciales exigen, como se deduce del artículo 17, párrafo 2, letra d), de la Sexta Directiva, que tales adquisiciones hayan sido efectuadas por un sujeto pasivo, que este último sea igualmente deudor del IVA correspondiente a tales compras y que los bienes de los que se trata sean utilizados a los fines de operaciones propias imponibles. En esta perspectiva la mera concurrencia de tales requisitos justifica el reconocimiento del derecho a la deducción del IVA, aunque no hayan sido respetados los “requisitos formales, atribuibles a los artículos 18, párrafo 1, letra d), y 22 de la Sexta Directiva, los cuales “... deben ser interpretados en el sentido de que tales disposiciones exigen requisitos formales del derecho a deducción cuya falta de observancia, en circunstancias como las del objeto del procedimiento principal, no puede determinar la pérdida del derecho mismo”.

¹²⁶⁰ Auto del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, número 25035, en Foro it., 2014, I, 835.

¹²⁶¹ El Tribunal Supremo de Italia está dividido en diversas Salas por razón de la materia que tienen atribuida, y cada una de ellas está compuesta por un presidente y cuatro miembros o “consiglieri”. Cuando surge una cuestión jurídica que da lugar a una jurisprudencia sobre la que no hay uniformidad de criterio, el Tribunal Supremo se reúne en “Sezioni Unite”, compuesta por ocho miembros (“consiglieri”) y el Presidente del Tribunal (Fuente: Enciclopedia “Treccani”).

Bien se comprende cómo el envío prejudicial haya alcanzado en este último asunto múltiples objetivos, ofreciendo la posibilidad al Juez de Luxemburgo de aclarar posteriormente la propia posición en una materia regulada por la Unión Europea, propiciando así una decisión no solo vinculante a nivel interpretativo para todos los Jueces de los 28 Estados Miembros, sino también capaz de reducir el contencioso interno y de debilitar las diferencias jurisprudenciales nacionales.

Igualmente útil ha resultado la relación con el Tribunal de Justicia en el asunto *Panasonic Italia*, C-472/12, también citado en la pregunta, al cual este Tribunal ha dado cumplimiento con la sentencia número 1561, publicada el 28 de enero de 2015, sobre el tema de la clasificación aduanera en base a la nomenclatura combinada. No ha sido todavía examinada, por el contrario, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *ADL*, C-546/12, también ésta en materia de clasificación aduanera, suscitada por el Auto interlocutorio número 23105/2013 adoptado por esta Corte.

De análoga utilidad ha sido la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia en el asunto *3M Italia*, C-417/2010, en el tema de abuso de derecho, al cual ya ha hecho referencia la jurisprudencia de este Tribunal afrontando –aunque en un caso diferente al que había originado el envío prejudicial y en términos generales– los principios por otra parte consolidados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el tema del abuso de derecho –véase, Tribunal Supremo, número 439, depositada el 15 de enero de 2015–.

También los principios expresados por el Tribunal de Justicia, *Banca Popolare Veneta*, C-427/10, en el tema de expiración del derecho al reembolso en materia de IVA encuentran actualmente aplicación definitiva en Italia –véase Tribunal Supremo, número 1577/2014–.

(Volendo individuare alcuni tratti caratterizzanti nella giurisprudenza di questa Corte in tema di rinvio pregiudiziale, occorre preliminarmente evidenziare come le sentenze indicate attengono per buona parte a contenziosi in materia di IVA e dogane; materie, com'è noto, armonizzate per le quali la sezione V civile è andata maturando dall'epoca della sua istituzione, risalente all'anno 1999, un'esperienza specialistica. Ciò si completa, per altro verso, con una notevolissima mole di contenzioso che sempre di più, in ambito civile classico come penale, è ormai direttamente regolato dal diritto UE.

Ora, volendo fornire qualche riflessione di sistema rispetto alle questioni decise dalle sentenze della Corte di giustizia ricordate nel quesito va tratteggiandosi, nella giurisprudenza di questa Corte una tendenza volta ad investire la Corte di Giustizia dell'esame di questioni interpretative relative al diritto UE soprattutto quando sono insorti contrasti nella giurisprudenza nazionale o non si rinvergono precedenti della Corte di giustizia rilevanti rispetto all'interpretazione della norma comunitaria.

In questo senso è significativo che Cass.sez.V civ.,(ord.interl.) n.11456/2011, nel riconoscere l'esistenza della dottrina c.d. dell'atto chiaro abbia ritenuto non ricorrerne i presupposti "... in considerazione della mancanza di precedenti pronunce della Corte sul punto, sia della circostanza che, in ordine alla interpretazione delle norme interne sopra citate (come detto, meramente riproductive della disciplina comunitaria), si sono registrate interpretazioni difformi nella giurisprudenza di questa Corte (e tenuto conto, altresì, del principio secondo il quale il giudice nazionale ha l'obbligo di adottare, tra diverse possibili letture di una norma interna, quella maggiormente aderente al diritto

comunitario: Cass. nn. 7120 del 2002, 5559 del 2005).”

La risposta fornita con la sentenza 21 giugno 2012 nella Causa Elsacom, C-294/11, alla questione se il termine di sei mesi previsto dall'articolo 7, paragrafo 1, primo comma, ultima frase, dell'ottava direttiva IVA ai fini della presentazione di una domanda di rimborso dell'IVA sia un termine di decadenza, ha offerto alla Corte europea la possibilità di offrire un'interpretazione della disciplina comunitaria – favorevole alla tesi della natura perentoria del termine- valevole per tutti i Paesi UE, particolarmente interessati al regime dell'IVA e, conseguentemente ai termini per il rimborso spettanti ai contribuenti. Va detto che la sentenza Elsacom non è stata ancora applicata da questa Corte.

Nella stessa direzione questa Corte, -ord.25035/13, Idexx Laboratories¹²⁶²-, ha proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia su questione tributaria nella quale si erano andati formando indirizzi interpretativi diversi in ordine alla portata interpretativa di alcune decisioni della medesima Corte UE. La scelta della Cassazione di dialogare con la Corte di giustizia piuttosto che demandare la soluzione del contrasto alle Sezioni Unite- rispetto alle quali le Sezioni semplici sono soggette a un preciso vincolo nascente dall'art.374 comma 3 cod.proc.civ.- è indiscutibilmente collegata alla necessità di ottenere dal giudice di Lussemburgo chiarimenti non soltanto sulla portata del diritto dell'UE, ma anche sul contrasto creatosi all'interno del giudice di ultimo grado sull'interpretazione della sentenza Ecotrade resa dalla Corte di Giustizia. Ciò che ridisegna il ruolo delle Sezioni Unite, proprio in relazione alla portata ed efficacia delle sentenze della Corte di giustizia.

Ed in effetti, la successiva decisione della Corte europea- Corte giust. 11 dicembre 2014, causa C-590/13, Idexx- ha deciso di prendere posizione non solo sul significato della giurisprudenza resa in passato dalla Corte di Giustizia in materia di reverse charge, ma (in)direttamente sul “contrasto” emerso a livello interno proprio in punto di riconoscimento del diritto a detrazione IVA in favore di soggetto che non aveva integralmente rispettato gli obblighi di natura formale previsti dall'ordinamento nazionale. Si è così affermato che “...i requisiti sostanziali esigono, come emerge dall'articolo 17, paragrafo 2, lettera d), della sesta direttiva, che tali acquisti siano stati effettuati da un soggetto passivo, che quest'ultimo sia parimenti debitore dell'IVA attinente a tali acquisti e che i beni di cui trattasi siano utilizzati ai fini di proprie operazioni imponibili.” In questa prospettiva la mera ricorrenza di tali requisiti giustifica il riconoscimento del diritto alla detrazione dell'IVA anche se non sono stati rispettati i “requisiti formali, riconducibili agli artt. 18, paragrafo 1, lettera d), e 22 della sesta direttiva, i quali “...devono essere interpretati nel senso che tali disposizioni dettano requisiti formali del diritto a detrazione la cui mancata osservanza, in circostanze come quelle oggetto del procedimento principale, non può determinare la perdita del diritto medesimo”-.

Ben si comprende come il rinvio pregiudiziale abbia in quest'ultima vicenda raggiunto molteplici obiettivi, offrendo al giudice di Lussemburgo la possibilità di ulteriormente chiarire la propria posizione in materia regolata dall'UE, così propiziando una decisione non soltanto vincolante sul piano interpretativo per tutti i giudici dei 28 Paesi membri, ma anche capace di ridurre il contenzioso interno e di depotenziare i contrasti

¹²⁶² Cass. (ord.) 7 novembre 2013 n.25035, in Foro it., 2014, I, 835.

giurisprudenziali nazionali.

Parimenti utile è risultato il confronto con la Corte di Giustizia nel caso Panasonic Italia, C-472/12, pure citato nel quesito, al quale questa Corte ha dato seguito con la sentenza n.1561, pubblicata il 28 gennaio 2015, in tema di classificazione doganale in base alla nomenclatura combinata. Non è stata, per contro, ancora esaminata la sentenza resa dalla Corte di Giustizia nella causa C-546/12, ADL, anch'essa in materia di classificazione doganale, suscitata dall'ordinanza interlocutoria resa da questa Corte n.23105/2013.

Analoga utilità ha fornito la sentenza resa dalla Corte di giustizia nella causa 3M Italia, C-417/2010, in tema di abuso del diritto, alla quale ha già fatto riferimento la giurisprudenza di questa Corte affrontando - sia pure in un caso diverso da quello che aveva originato il rinvio pregiudiziale ed in termini generali- i principi peraltro sedimentati nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di abuso del diritto- v.Cass.n.439 depositata il 15.1.2015-.

Anche i principi espressi da Corte giust., Banca Popolare Veneta, C-427/10, in tema di decadenza del diritto al rimborso in materia di IVA trovano ormai stabile applicazione in Italia- v.Cass.n.1577/2014-).

2.- ¿En relación con su conocimiento y experiencia con la “prejudicial comunitaria”, considera que la afirmación del Tribunal de Justicia según la cual éste no está legitimado para interpretar el derecho nacional es, quizás, una declaración de principios, ya que frecuentemente, en sus sentencias, establece que el derecho nacional es conforme o no a una normativa de la Unión o, por el contrario, considera que, a pesar de ello, no hay incoherencia ni contradicción?

(In riguardo alla Sua conoscenza ed esperienza con la “pregiudiziale comunitaria” ritiene che l'affermazione della Corte di Giustizia secondo la quale questa non è legittimata ad interpretare il diritto nazionale sia forse una dichiarazione di principi, giacchè spesso nelle sue sentenze stabilisce che il diritto nazionale osta o meno ad una normativa dell'Unione, oppure invece ritiene che malgrado esso non c'è incoerenza nè contraddizione?).

Si, en abstracto, es claro el campo de aplicación en el cual opera el Tribunal de Justicia, limitado al derecho de la UE y no al derecho interno -sea de aplicación directa o no de aquel derecho- las “fronteras” del territorio en el cual opera el Juez de Luxemburgo van progresivamente atenuándose.

Considerar que el Tribunal europeo se limita a suministrar al Juez interno los elementos de interpretación extraíbles del Derecho de la Unión e idóneos a consentirle pronunciarse sobre tal compatibilidad para la decisión de la causa principal y no valora la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la ley nacional aparentemente en conflicto con él es seguramente correcto desde el punto de vista institucional y teórico, pero no describe plenamente la situación real en la cual opera el Tribunal de Justicia que, sobre todo después de la llegada de la Carta de los Derechos Fundamentales y su reconocida plena vinculación, lleva frecuentemente al Tribunal a operar una unión incidental sobre la validez y compatibilidad del derecho interno con el eurounitario.

Esto lo hace utilizando fórmulas del tipo: “la disposición x del Tratado (o de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, del reglamento o de la directiva) se opone a una disposición legal nacional que prevea... “. Esto demuestra que el mecanismo de la remisión prejudicial permite al Juez de Luxemburgo un juicio, aunque indirecto, sobre la compatibilidad de la norma interna con el Derecho de la Unión, dejando a un lado el mecanismo de control sancionado en el artículo 258 del TFUE.

De aquí la conclusión que en tales casos la sentencia del Tribunal de Justicia, más allá de tener eficacia interpretativa del derecho comunitario, produce un efecto particular sobre la disposición interna condicionándola, en caso de juicio de contrariedad con la disciplina comunitaria, la existencia misma no solo del juicio “a quo”, sino en todos los otros ya pendientes o que se presentarán en el futuro.

No puede silenciarse que el límite representado por la reserva de interpretación del derecho interno al Juez nacional no ha impedido al Tribunal de Justicia aportar al Juez nacional los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que pueden serle útiles para la valoración de la disposición nacional¹²⁶³, quedando en todo caso al Juez nacional el poder de ponderar las consecuencias, en el litigio concreto, derivadas de la aplicación del derecho comunitario¹²⁶⁴.

Entramos, así, en el campo, delicado, de las relaciones entre derecho interno y derecho de la UE que llevaría la investigación fuera de los “límites” de la pregunta planteada y sobre la cual es quizás suficiente evidenciar cómo la “primacía” que gobierna, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el diálogo entre Juez nacional y Tribunal de Justicia –poniendo al segundo en posición de supremacía respecto al primero de los dialogantes- encuentra en el Tratado UE los contralímites (artículo 4) capaces de confirmar la prevalencia de fondo de un sistema marcado a la dimensión axiológica de los valores, más que a aquel de prevalencia de los sistemas¹²⁶⁵. Coordinación que, por tanto, caracteriza también las relaciones entre Juez nacional y Tribunal de Justicia, sobre todo si se mira a la actividad de aplicación.

¹²⁶³ Tribunal de Justicia, 5 de marzo de 2002, asuntos acumulados C-515/99, de C-519/99 a C-524/99 y de C-526/99 a C-540/99, *Hans Reisch y otros c. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg y otros*; Tribunal de Justicia, 3 de marzo de 1994, asuntos acumulados C-332/92, C-333/92 y C-335/92, *Eurico Italia y otros*, en Racc. I-711, p. 19.

¹²⁶⁴ Tribunal de Justicia, 17 de julio de 2008, C-94/07, *Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft*.

¹²⁶⁵ Ruggeri, CEDU, (trad.: *derecho “eurounitario” y derecho interno: a la búsqueda del “sistema de sistemas”*), en <http://www.diritticomparati.it/2013/04/cedu-diritto-eurounitario-e-diritto-interno-alla-ricerca-del-sistema-dei-sistemi.html>: “... el derecho supranacional ha pasado de la afirmación del principio de la primacía incondicionada sobre el derecho interno al del reconocimiento de la intangibilidad, de parte de la Unión, de los principios de estructura del ordenamiento de cada uno de los Estados miembros (véase, ahora, artículo 4 TUE). También de parte de la Unión, sin embargo, del límite, solemnemente declarado, no teniendo hasta aquí: tangible, particularmente expresivo, testimonio, este, de la existencia de un pacto tácito (o, deberíamos quizás hoy decir, de una verdadera y propia *costumbre interordinamental*), vuelta, por una parte, a reconocer en los principios fundamentales de derecho interno (y –hace caso - de cada Estado) el punto de unión de las relaciones interordinamentales, el “lugar” en el cual se sitúa y desde sí mismo sin pausa renueva el sistema, cual “sistema de sistemas”, precisamente, y sin embargo, por otra parte, de la precisa elección estratégica compartida por la Unión y por el Estado en el sentido de no interponer obstáculo alguno al avance en el territorio nacional de los actos de la Unión..”.

Es preciso, por tanto, acercarse al tema del papel del Tribunal de Justicia respecto al derecho interno abandonando las categorías jurídicas propias de los ordenamientos nacionales, acercándose por el contrario con un espíritu abierto a acoger los rasgos de efectividad y eficacia que caracterizan su jurisprudencia y que no siempre pueden ser explicados a través de esquematizaciones absolutas. Es, de hecho, la especificidad de los asuntos objeto de remisión lo que frecuentemente condiciona las respuestas ofrecidas por el Tribunal de Justicia.

(Se, in astratto, è chiaro il campo di applicazione in cui opera la Corte di giustizia, limitato al diritto UE e non al diritto interno- sia esso di diretta attuazione o meno di quel diritto- i “confini” del territorio nel quale opera il giudice di Lussemburgo vanno progressivamente attenuandosi.

Ritenere che la Corte europea si limita a fornire al giudice interno gli elementi di interpretazione ricavabili dal diritto dell'Unione ed idonei a consentirgli di pronunciarsi su tale compatibilità per la decisione della causa principale e non valuta la compatibilità con il diritto dell'Unione della legge nazionale apparentemente con esso in conflitto è sicuramente corretto dal punto di vista istituzionale e teorico, ma non descrive appieno la reale situazione nella quale opera la Corte di Giustizia che, soprattutto dopo l'avvento della Carta dei diritti fondamentali e la sua riconosciuta piena vincolatività, porta spesso la Corte ad operare un sindacato incidentale sulla validità e compatibilità del diritto interno con quello eurounitario.

Ciò fa utilizzando formule del tipo: “la disposizione x del Trattato (o della Carta dei diritti fondamentali UE, del regolamento o della direttiva) osta ad una disposizione di legge nazionale che preveda...”. Ciò dimostra che il meccanismo del rinvio pregiudiziale consente al giudice di Lussemburgo un giudizio, sia pure indiretto, sulla compatibilità della norma interna con il diritto dell'Unione, affiancandosi al meccanismo di controllo sancito dall'art.258 TFUE.

Da qui la conclusione che in tali casi la pronuncia della Corte di giustizia, oltre ad avere efficacia interpretativa del diritto comunitario, produce un effetto particolare sulla disposizione interna condizionandone, in caso di giudizio di contrarietà con la disciplina eurounitaria, l'esistenza stessa non solo nel giudizio a quo, ma in tutti gli altri giudi pendenti o che si presenteranno in futuro.

Nè può tacersi che il confine rappresentato dalla riserva di interpretazione del diritto interno al giudice nazionale non ha impedito alla Corte di Giustizia di fornire al giudice nazionale gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione che possono essergli utili per la valutazione della disposizione nazionale¹²⁶⁶, restando in ogni caso riservato al giudice nazionale il potere di ponderare le conseguenze, nella concreta controversia, derivanti dall'applicazione del diritto comunitario¹²⁶⁷.

¹²⁶⁶ Corte giust. 5 marzo 2002, cause riunite C-515/99, da C-519/99 a C-524/99 e da C-526/99 a C-540/99, *Hans Reisch e altri c. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg e altri*; Corte giust., 3 marzo 1994, cause riunite C-332/92, C-333/92 e C-335/92, *Eurico Italia e altri*, in Racc. I-711, p. 19.

¹²⁶⁷ Corte giust. 17 luglio 2008, n. C-94/07, *Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft*.

Entriamo, così, nel campo, delicato, dei rapporti fra diritto interno e diritto UE che porterebbe l'indagine fuori dai "confini" del quesito postomi e sul quale è forse sufficiente evidenziare come il "primato" che governa, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, il dialogo fra giudice nazionale e Corte UE –ponendo il secondo in posizione di supremazia rispetto al primo dei dialoganti- trova all'interno del Trattato UE dei controlimiti (art.4) capaci di confermare la prevalenza di fondo di un sistema improntato alla portata assiologica dei valori, piuttosto che a quello della prevalenza dei sistemi¹²⁶⁸. Equiordinazione che, dunque, caratterizza anche i rapporti fra giudice nazionale e Corte di Giustizia, soprattutto se si guarda all'attività di applicazione.

Occorre, dunque, accostarsi al tema del ruolo della Corte di Giustizia rispetto al diritto interno abbandonando le categorie giuridiche proprie dei singoli ordinamenti, invece ad essa accostandosi con uno spirito aperto a coglierne i tratti di effettività ed efficacia che caratterizzano la sua giurisprudenza e che non sempre possono essere spiegati attraverso schematizzazioni assolute. E', infatti, la specificità delle vicende oggetto del rinvio che spesso condizionano le risposte offerte dalla Corte).

3.- ¿En su opinión son útiles normalmente a los jueces nacionales, respecto de los litigios que deben decidir, las respuestas dadas por el Tribunal de Luxemburgo?

(A Suo giudizio sono utili di solito ai giudici nazionali, rispetto alle liti che devono decidere, le risposte fornite dalla Corte di Lussemburgo?).

4.- ¿Considera que la prejudicial comunitaria es un instrumento de armonización normativa en la Unión Europea?

(Ritiene che la pregiudiziale comunitaria sia uno strumento di armonizzazione normativa nell'Unione europea?).

(Se contestan conjuntamente)

Como he podido poner en evidencia con ocasión de la inauguración del año judicial 2015 dirigida al Aula Magna de esta Corte Suprema el pasado 24 de enero, la jurisdicción nacional está llamada a medirse y a dialogar, en un ciclo continuo y nunca terminado, con las de otros tribunales supranacionales y convencionales (Tribunal de

¹²⁶⁸ Ruggeri, CEDU, *diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in <http://www.diritticomparati.it/2013/04/cedu-diritto-euounitario-e-diritto-interno-alla-ricerca-del-sistema-dei-sistemi.html>: "...il diritto sovranazionale è passato dall'affermazione del principio del primato incondizionato sul diritto interno a quello del riconoscimento della intangibilità, da parte dell'Unione, dei principi di struttura dell'ordinamento di ciascuno Stato membro (v., ora, art. 4 TUE). Anche da parte dell'Unione, però, del limite, solennemente dichiarato, non si è fin qui avuto pratico riscontro: tangibile, particolarmente espressiva, testimonianza, questa, dell'esistenza di un tacito patto (o, dovremmo forse ormai dire, di una vera e propria *consuetudine interordinamentale*) volta, per un verso, a riconoscere nei principi fondamentali di diritto interno (e – si badi – di *ciascuno* Stato) il *punctum unionis* delle relazioni interordinamentali, il "luogo" in cui si situa e da se medesimo senza sosta rinnova il sistema, quale "sistema di sistemi" appunto, e però, per un altro verso, della precisa scelta strategica condivisa dall'Unione e dallo Stato nel senso di non frapporre ostacolo alcuno all'avanzata nel territorio nazionale degli atti dell'Unione...".

Justicia y Tribunal de Derechos Humanos), en la búsqueda de nuevas formas de equilibrio entre *derecho vigente* y *derecho viviente*. Esto confirma que el espacio de la jurisdicción ha crecido a consecuencia de la expansión del principio de legalidad, a la cual ha correspondido una expansión del principio de jurisdiccionalidad: a favor no de un único Juez (o, mejor dicho, de una única magistratura), sino de una pluralidad de jueces y de magistraturas. El Tribunal Supremo está integrada desde hace tiempo en una red ficticia de relaciones, que han producido su papel más complejo o más rico respecto al pasado, aumentando el espacio de maniobra de la actividad hermenéutica. Más allá que con el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo se encuentra hoy abierto a dialogar con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Obviamente se trata de perspectivas diversas: el Tribunal de Justicia garantiza el respeto de las reglas, el Tribunal de Justicia, investido de las remisiones de remisión prejudicial ex artículo 267 TFUE, incide sobre los poderes interpretativos del derecho comunitario por parte de los jueces nacionales, el Tribunal de Estrasburgo aspira a la salvaguardia de los derechos humanos que se asumen violados en los procedimientos judiciales de los países que se han adherido al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El cambio del papel nomofiláctico demuestra cuán inadecuada es hoy la fórmula enunciada en el artículo 65 del Ordenamiento judicial de 1941, que consideraba la ley nacional, de modo exclusivo, asignando al Tribunal Supremo, como máximo órgano jurisdiccional, el deber de asegurar “la unidad del derecho objetivo nacional”.

Se ha hablado en relación a la mutación genética de la función jurisdiccional del Tribunal de legitimidad, obligada a garantizar también la interpretación uniforme de la ley como reinterpretada a la luz de la Convención Europea de los Derechos Humanos y del Derecho de la Unión Europea, y por ello expresión de una red jurisdiccional vuelta a asegurar no solo la conformidad de las resoluciones a la ley, sino sobre todo la conformidad a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales. En definitiva, en la obra de equilibrio entre derecho interno, Derecho de la Unión y derecho convencional, para cada constatación fundada en la temática de los derechos fundamentales, sigue siendo decisiva la tarea hermenéutica global del Juez, sobre todo de legitimidad, respecto al derecho supranacional. Falta todavía hacer notar, por una parte, que el papel unificador atribuido al Tribunal Supremo está sufriendo un cambio a la luz de la evolución de la relación con las fuentes y que, por otra parte, resulta también evidente la metamorfosis que está sufriendo la función nomofiláctica. La continua y constante obra de conformación y reformulación de la jurisprudencia de legitimidad a las solicitudes provenientes del derecho supranacional abre las puertas a una nueva visión del Tribunal Supremo, orientándola de un modo cada vez más determinado hacia una nomofilaxis europea que parece hoy sustituir la soberanía nacional de la ley y puede resultar más compleja, y más problemática, aquella que se ha habituado a llamar la “certeza del derecho”.

Por este motivo, en esta continua comparación discursiva con la jurisprudencia de los tribunales europeos, la función nomofiláctica de la Casación, lejos de empobrecerse, está destinada a enriquecerse de nuevos contenidos, en el sentido de que no está solo volcada en la realización de la “uniforme interpretación de la ley” y la garantía de la “unidad del derecho objetivo nacional”, sino que debe delinear también el alcance de las obligaciones de interpretación conforme y, por tanto, recibir los efectos directos y también indirectos de la elaboración jurisprudencial de los tribunales europeos para prevenir la formación de situaciones de contraste entre el ordenamiento interno y las

normas externas. En este contexto, la actualidad y la fecundidad del diálogo (continuo y circular) entre el Tribunal Supremo y los tribunales europeos deviene esencial para el desarrollo armónico y coherente del ordenamiento integrado en el espacio jurídico de Libertad, Seguridad y Justicia, también y tanto en presencia de inercias permanentes o atrasos en la implementación de obligaciones internacionales o comunitarias, cuyo cumplimiento reduciría el riesgo de confusión o incerteza normativa y la exposición del orden jurisdiccional a infundadas acusaciones de sobrepasar la función jurisdiccional.

(Come ho avuto modo di mettere in evidenza in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015 svoltasi presso l'Aula Magna di questa Suprema Corte lo scorso 24 gennaio la giurisdizione nazionale è chiamata a misurarsi e a dialogare, in un ciclo continuo e mai concluso, con le altre Corti sovranazionali e convenzionali (Corte di giustizia e Corte EDU), alla ricerca di nuove forme di bilanciamento tra diritto vigente e diritto vivente. Ciò conferma che lo spazio della giurisdizione è cresciuto in conseguenza dell'espansione del principio di legalità, cui è corrisposta un'espansione del principio di giurisdizionalità: a favore non di un unico giudice (o, per meglio dire, di un'unica magistratura), ma di una pluralità di giudici e di magistrature. La Corte di cassazione è inserita da tempo in una fitta rete di relazioni, che hanno reso il suo ruolo più complesso e più ricco rispetto al passato, aumentando lo spazio di manovra dell'attività ermeneutica. Oltre che con la Corte costituzionale, la Corte di cassazione si trova oggi a dialogare con la Corte di giustizia dell'Unione europea e con la Corte europea dei diritti dell'uomo. Ovviamente si tratta di prospettive diverse: la Corte di cassazione garantisce il rispetto delle regole, la Corte di giustizia, investita delle richieste di rinvio pregiudiziale ex art.267 TFUE, incide sui poteri interpretativi del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali, la Corte di Strasburgo mira alla salvaguardia dei diritti umani che si assumono violati nelle procedure giudiziarie dei singoli Paesi che hanno aderito alla CEDU. Il mutamento del ruolo nomofilattico dimostra quanto sia ormai inadeguata la formula enunciata nell'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario del 1941, che considerava in modo esclusivo la legge nazionale, assegnando alla Corte di cassazione, come supremo organo di giustizia, il compito di assicurare "l'unità del diritto oggettivo nazionale".

Si è parlato al riguardo di mutazione genetica della funzione giurisdizionale della Corte di legittimità, obbligata a garantire anche l'uniforme interpretazione della legge come reinterpretata alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del diritto dell'Unione europea, e perciò espressione di una rete giurisdizionale volta ad assicurare non soltanto la conformità delle decisioni alla legge, ma soprattutto la conformità alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali. In definitiva, nell'opera di bilanciamento fra diritto interno, diritto dell'Unione e diritto convenzionale, per ogni accertamento incentrato sulla tematica dei diritti fondamentali, permane decisivo il complessivo impegno ermeneutico del giudice, soprattutto di quello di legittimità, rispetto al diritto sovranazionale. Bisogna tuttavia rilevare, per un verso, che il ruolo unificante attribuito alla Corte di cassazione sta subendo un cambiamento alla luce dell'evoluzione del rapporto con le fonti e che, per altro verso, risulta anche evidente la metamorfosi che sta subendo la funzione nomofilattica. La continua e costante opera di conformazione e riformulazione della giurisprudenza di legittimità alle istanze provenienti dal diritto sovranazionale apre le porte a una nuova visione della Corte di cassazione, orientandola in modo sempre più determinato verso una nomofilachia europea che sembra oggi sostituire la sovranità nazionale della legge e può rendere più

complessa, e più problematica, quella che si è abituati a chiamare la “certezza del diritto”.

Per tale motivo, in questo continuo confronto dialogico con la giurisprudenza delle Corti europee, la funzione nomofilattica della Cassazione, lungi dall'impoverirsi, è destinata ad arricchirsi di nuovi contenuti, nel senso che non è più soltanto rivolta alla realizzazione della “uniforme interpretazione della legge” e alla garanzia della “unità del diritto oggettivo nazionale”, ma è intesa a delineare altresì la portata degli obblighi di interpretazione conforme e, quindi, a recepire gli effetti diretti e anche indiretti dell'elaborazione giurisprudenziale delle Corti europee, in modo da prevenire la formazione di situazioni di contrasto tra l'ordinamento interno e le norme esterne. In questo contesto, l'attualità e la fecondità del dialogo (continuo e circolare) tra la Corte di cassazione e le Corti europee diviene essenziale per l'armonico e coerente sviluppo dell'ordinamento integrato nello spazio giuridico di libertà, sicurezza e giustizia, anche (e tanto più) in presenza di perduranti inerzie o ritardi nell'attuazione di obblighi internazionali o comunitari, il cui adempimento ridurrebbe il rischio di confusione o incertezza normativa e l'esposizione dell'ordine giudiziario a infondate accuse di debordare dalla funzione giurisdizionale).

5.- ¿Sería aceptable, en su opinión, que en la evolución futura que pueda experimentar la prejudicial comunitaria se produzca una revisión de la noción de “órgano jurisdiccional” que lleve a una formulación más amplia del mismo o, incluso, que haya una posibilidad expresa de remisión de cuestiones prejudiciales por parte de la Administración; o, al contrario, considera que la utilidad de esta prejudicial puede permanecer siendo lo que es solo concebida como “diálogo entre jueces”?

(Sarebbe accettabile, a Suo parere, che nell'evoluzione futura che possa sperimentare la pregiudiziale comunitaria si produca una revisione della nozione di “organo giurisdizionale” che porti a una formulazione più ampia dello stesso o, addirittura, che ci sia una espressa possibilità di rinvio di questioni pregiudiziali da parte dell'Amministrazione; oppure, al contrario, ritiene che l'utilità di questa pregiudiziale può rimanere essendo quella che è soltanto concepita come “dialogo tra giudici”?).

La pregunta es muy estimulante y la respuesta que pretendo ofrecer podría parecer “de parte”, encontrándome en la encumbrada posición del órgano jurisdiccional que en Italia está llamado a garantizar la interpretación uniforme del derecho en la perspectiva multinivel ya descrita en las respuestas a las preguntas 3 y 4.

Encuentro realmente útil, para describir mi posición al respecto, recordar las palabras del malogrado Abogado General Colomer expresadas en sus Conclusiones presentadas el 28 de junio de 2007 en el asunto C-262/06, *Deutsche Telekom AG*. En esta ocasión se aclaraba que el envío prejudicial <<... lejos de constituir un interrogatorio en el que un Juez se limita a formular preguntas esperando que el otro Juez le aporte una respuesta, se presenta como un auténtico diálogo, una conversación en la que los participantes expresan sus reflexiones, si bien la última palabra, por razones institucionales y de

uniformidad del sistema, corresponde a uno solo de ellos, que impone la propia opinión teniendo en cuenta el parecer de los demás>>¹²⁶⁹.

Por otra parte, como fue recordado por el Abogado General Maduro en las Conclusiones presentadas el 22 de mayo de 2008 en el asunto C-210/06, *Cartesio*, la posibilidad, para un órgano jurisdiccional de grado inferior en cada EM, de interactuar directamente con el Tribunal de Justicia es esencial a los fines de la uniforme interpretación y de la efectiva aplicación del derecho comunitario¹²⁷⁰.

Así, a través de la cuestión prejudicial, el Juez nacional se convierte en parte de una discusión de derecho de la UE sin depender de otros poderes o de otras autoridades judiciales nacionales, las cuales ni siquiera pueden limitar u oponerse a tal decisión, aunque se encuentren en una posición jerárquica superior al Juez que pretende plantear la remisión¹²⁷¹. Me parece de nuevo útil volver a referirme a las Conclusiones del Abogado General Colomer presentadas el 25 de junio de 2009 en el asunto C-205/08¹²⁷², donde se vislumbra en el diálogo prejudicial un instrumento extraordinario para el <<reforzamiento de la voz institucional de un poder de los Estados miembros: la justicia>>¹²⁷³. Eso que las Recomendaciones del Tribunal de Justicia definen como “mecanismo fundamental del derecho de la Unión Europea”.

Esto, en definitiva, significa valorar el papel central de los jueces en el espacio constitucional europeo. Es, por tanto, la jurisdicción <<en cuanto poder basado en la independencia, en el respeto de la ley y en la resolución de conflictos>> la que disfruta de <<una voz singular, alejada del escenario político y ligada únicamente a la voluntad del derecho>>¹²⁷⁴.

Puede, con razón, afirmarse que <<la autoridad del ordenamiento europeo está, por tanto, embebida de una fuerte componente judicial. No es exagerado considerar que el Tribunal de Justicia sea el responsable último del Derecho de la Unión merced a los jueces nacionales>>¹²⁷⁵.

Y Colomer subraya que <<gracias al *diálogo* entre Jueces han sido definidos, uno a uno, los rasgos genéticos del nuevo ordenamiento: el efecto directo, la primacía del derecho

¹²⁶⁹ Cita extraída del Punto 28 de las Conclusiones del Abogado General COLOMER en el asunto citado.

¹²⁷⁰ Cita extraída del Punto 19 de las Conclusiones del Abogado General MADURO en el asunto citado.

¹²⁷¹ Con esto, SANTACROCE sigue parafraseando al Abogado General MADURO (Punto 19 de las Conclusiones referidas).

¹²⁷² Asunto “Umweltanwalt von Kärnten”.

¹²⁷³ Cita extraída del Punto 29 de las Conclusiones del Abogado General COLOMER (C-205/08).

¹²⁷⁴ Punto 29 de las Conclusiones del Abogado General COLOMER (C-205/08).

¹²⁷⁵ Punto 32 de las Conclusiones del Abogado General COLOMER (C-205/08).

comunitario, la responsabilidad, la efectividad, la equivalencia y muchos otros principios que articulan el sistema jurídico de la Unión...>>¹²⁷⁶.

Es, por consiguiente, importante comprender el papel del *diálogo* prejudicial.

Para esto espero se me consienta tomar en préstamo, una vez más, las palabras del Abogado Colomer cuando afirma que <<la jurisprudencia comunitaria ha introducido tales jueces en el diálogo prejudicial, no tanto con el objetivo de aumentar el número de reenvíos, como más bien para preservar la autonomía institucional de los Estados miembros>>¹²⁷⁷.

Y es, por tanto, éste el punto crucial del diálogo, visto que propiamente la solicitud de reenvío crea un trayecto virtuoso de cercanía del derecho comunitario a aquellas tradiciones culturales comunes que constituyen, como es sabido, una de las bases fundamentales de los principios generales del ordenamiento comunitario acuñados, una vez más, por el Tribunal de Justicia.

Tiene, por tanto, razón Colomer al considerar que es precisamente el reenvío prejudicial el que alimenta el *debate judicial europeo*. Y contenido en tal reenvío no está el deseo del Tribunal de Justicia de ejercitar un control sobre la afluencia de procedimientos sometidos a su jurisdicción, como *la intención de respetar y mostrar una cierta deferencia en la concepción de la función jurisdiccional en cada EM*¹²⁷⁸.

En conclusión, la perspectiva de una apertura del reenvío prejudicial a órganos no jurisdiccionales no me parece en línea con la historia de la cuestión prejudicial y con sus finalidades, esencialmente dirigidas a garantizar que ante la autoridad judicial nacional, a la cual corresponde la labor de verificar el respeto del derecho de la UE por parte de los sujetos a los cuales se aplica, se haga correcta aplicación del derecho comunitario.

Cuanto acabo de decir no me parece que represente, por otra parte, un límite al pleno despliegue de los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas en sede de reenvío, las mismas ya hoy debiéndose considerar inmediatamente eficaces también en las relaciones del Estado, en todas sus articulaciones y otros entes públicos. La posibilidad de investir a otros órganos no jurisdiccionales del papel propulsivo en un acto reservado a la autoridad judicial de los países miembros terminaría, en mi opinión, con la desvalorización del significado del reenvío prejudicial que, dirigiéndose al Tribunal de Justicia, presupone indiscutiblemente el carácter autónomo e independiente del “solicitante” de cualquier interés. Prerrogativas, éstas últimas, que en todo Estado democrático están reservadas de modo exclusivo al poder judicial.

Por otra parte, la idea de que el Tribunal de Justicia pueda convertirse en un interlocutor directo de la Administración, de tal modo que debilite la litigiosidad, no parece ni tan siquiera compatible con la actual estructura del Tribunal de Justicia, llamado ya a hacer frente a un peso de recursos muy relevante, hasta el punto de poder considerar que un

¹²⁷⁶ Punto 30 de las Conclusiones del Abogado General COLOMER (C-205/08).

¹²⁷⁷ Punto 36 de las Conclusiones del Abogado General COLOMER (C-205/08).

¹²⁷⁸ Cita extraída del Punto 36 de las Conclusiones del Abogado General COLOMER (C-205/08).

aumento de las solicitudes de reenvío prejudicial pondría necesariamente en crisis el aparato entero, eludiendo la exigencia de respuesta en un tiempo razonable de los procedimientos iniciados con reenvío prejudicial.

(Il quesito è molto stimolante e la risposta che intendo offrire potrebbe apparire “di parte”, trovandomi nella posizione apicale dell’organo giurisdizionale che in Italia è chiamato a garantire l’uniforme interpretazione del diritto nella prospettiva multilivello già descritta nelle risposte alla 3^a e 4^a domanda.

Trovo davvero utile, per descrivere la mia posizione al riguardo, ricordare le parole del compianto Avvocato Generale Colomer espresse nelle Conclusioni presentate il 28 giugno 2007 nella Causa C-262/06, Deutsche Telekom AG. In quell’occasione si chiariva che il rinvio pregiudiziale<<... lungi dal costituire un interrogatorio in cui un giudice si limita a formulare quesiti aspettando che l’altro giudice gli fornisca una risposta, si presenta come un autentico dialogo, una conversazione in cui i partecipanti esprimono le loro considerazioni, sebbene l’ultima parola, per ragioni istituzionali e di uniformità del sistema, spetti ad uno solo di essi, che impone la propria opinione tenendo conto del parere degli altri>>.

D’altra parte, come ricordato dall’Avvocato Generale Maduro nelle Conclusioni presentate il 22 maggio 2008 nella causa C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt la possibilità, per un organo giurisdizionale di grado inferiore in ogni Stato membro, di interagire direttamente con la Corte di giustizia è essenziale ai fini dell’uniforme interpretazione e dell’effettiva applicazione del diritto comunitario.

Orbene, attraverso la domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice nazionale diventa parte di una discussione di diritto UE senza dipendere da altri poteri o da altre autorità giudiziarie nazionali, le quali nemmeno possono limitare od opporsi a tale scelta, anche se strutturate in posizione gerarchica superiore rispetto al giudice che intende sollevare il rinvio. Mi pare ancora utile richiamare le Conclusioni dell’Avvocato Generale Colomer presentate il 25 giugno 2009 nella causa C-205/08, ove si intravede nel dialogo pregiudiziale uno strumento straordinario per il <<rafforzamento della voce istituzionale di un potere degli Stati membri: la giustizia>>. Ciò che le Raccomandazioni della Corte di Giustizia definiscono come “meccanismo fondamentale del diritto dell’Unione europea”-p.1-.

Ciò, in definitiva, significa valorizzare il ruolo centrale dei giudici nello spazio costituzionale europeo. E’ dunque la giurisdizione <<in quanto potere basato sull’indipendenza, sul rispetto della legge e sulla risoluzione delle controversie>> a godere di <<una voce singolare, staccata dallo scenario politico e legata unicamente alla volontà del diritto>>.

Può, a ragione affermarsi che <<L’autorevolezza dell’ordinamento europeo è quindi intrisa di una forte componente giudiziaria. Non è esagerato ritenere che la Corte di giustizia sia il responsabile ultimo del diritto dell’Unione grazie ai giudici nazionali>>. Ed è sempre Colomer a sottolineare che <<grazie al dialogo tra giudici sono stati definiti, uno ad uno, i tratti genetici del nuovo ordinamento: l’effetto diretto, il primato del diritto comunitario, la responsabilità, l’effettività, l’equivalenza e molti altri principi che articolano il sistema giuridico dell’Unione... >>.

Importante è dunque comprendere il ruolo del dialogo pregiudiziale.

Per far ciò mi sia consentito prendere a prestito, ancora una volta, le parole dell'Avvocato Colomer, quando afferma che <<la giurisprudenza comunitaria ha introdotto tali giudici nel dialogo pregiudiziale, non tanto allo scopo di aumentare il numero dei rinvii, quanto piuttosto per preservare l'autonomia istituzionale degli Stati membri.>>

Ed è dunque questo il punto nodale del dialogo, visto che proprio la richiesta di rinvio crea un percorso virtuoso di avvicinamento del diritto comunitario a quelle tradizioni culturali comuni che costituiscono, come è noto, una delle basi fondamentali dei principi generali dell'ordinamento comunitario coniati, ancora una volta, dalla Corte di Giustizia.

Ha dunque ragione Colomer nel ritenere che è proprio il rinvio pregiudiziale ad alimentare il dibattito giudiziario europeo. E sotteso a tale rinvio non è il desiderio della Corte di giustizia di esercitare un controllo sull'affluenza di procedimenti sottoposti alla sua giurisdizione, quanto l'intenzione di rispettare e mostrare una certa deferenza nei confronti della concezione della funzione giurisdizionale in ciascuno Stato membro.

In conclusione, la prospettiva di un'apertura del rinvio pregiudiziale ad organi non giurisdizionali non mi sembra in linea con la storia del rinvio pregiudiziale e con le sue finalità, essenzialmente rivolte a garantire che innanzi all'autorità giudiziaria nazionale, alla quale spetta il compito di verificare il rispetto del diritto UE da parte dei soggetti ai quali si applica, si faccia corretta applicazione del diritto comunitario.

Quanto ho appena detto non mi sembra rappresentare, per altro verso, un limite al pieno dispiegamento degli effetti delle sentenze della Corte di Giustizia rese in sede di rinvio, le stesse già oggi dovendosi ritenere immediatamente efficaci anche nei confronti dello Stato, in tutte le sue articolazioni e degli altri enti pubblici. La possibilità di investire altri organi non giurisdizionali del ruolo propulsivo in atto riservato all'autorità giudiziaria dei Paesi membri finirebbe, a mio avviso, con lo svilire il significato del rinvio pregiudiziale che, indirizzandosi alla Corte di giustizia, presuppone indiscutibilmente il carattere autonomo e indipendente del "richiedente" da qualunque interesse. Prerogative, queste ultime che in ogni Stato democratico sono riservate in via esclusiva al potere giurisdizionale.

D'altra parte, l'idea che la Corte di Giustizia possa diventare un interlocutore diretto dell'Amministrazione, in tal modo depotenziando il contenzioso non sembra nemmeno compatibile con l'attuale struttura della Corte di Giustizia, già chiamata a fare fronte ad un peso di ricorsi assai rilevante, tanto da poter ritenere che un aumento delle richieste di rinvio pregiudiziale metterebbe necessariamente in crisi l'intero apparato, elidendo l'esigenza di definizione in un tempo ragionevole dei procedimenti iniziati con rinvio pregiudiziale).

6.- ¿Valoraría de modo positivo en la evolución de la prejudicial comunitaria que en las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia fuesen posibles votos particulares?

(Lei valuterebbe positivamente nell'evoluzione della pregiudiziale comunitaria che nelle sentenze emesse dalla Corte di Giustizia fossero possibili opinioni dissenzienti?)

Deseando tomar como modelo el sistema de protección de los derechos fundamentales garantizado por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que tiene sede en Estrasburgo, en el cual están previstos los votos particulares de los jueces que no han compartido, en todo o en parte, la decisión de la mayoría, puedo decir que el actual sistema en el cual en el Tribunal de Justicia no hay espacio para las opiniones de los jueces discrepantes, refleja la tradición jurídica de nuestro país y de otros, no alejándose de la tradición de los países anglosajones en los que tal mecanismo normalmente es admitido.

Exacto, la cuestión que suscita la pregunta está a la orden del día también en Italia, donde recientes resoluciones del Tribunal Constitucional, sobre todo en materias en las cuales están implicados intereses políticos o de corte ético-social, han traído al orden del día la cuestión relativa a la posibilidad de introducir el voto particular.

Valorar cómo un mecanismo similar pueda representar un elemento añadido de crecimiento del sistema de garantías ofrecido por el Tribunal de Justicia es realmente difícil, sobre todo si se mira a la particular composición del Tribunal que ve, en su interior, la presencia de un Juez por cada EM.

No parece, por otra parte, inútil recordar que constituye ya un papel propulsivo respecto a las orientaciones del Tribunal de Justicia la presencia de Abogados Generales que, a través de las Conclusiones emitidas, pueden no solo ofrecer una ulterior garantía acerca de la plena eficacia del papel de garantía desarrollado por el Tribunal de Justicia, sino también representar la base de la evolución futura de la jurisprudencia del Tribunal.

(Volendo prendere a modello il sistema di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che ha sede a Strasburgo, al cui interno sono previste le opinioni dissidenti dei giudici che non hanno condiviso, in tutto o in parte, la decisione della maggioranza, posso dire che l'attuale sistema nel quale all'interno della Corte di giustizia non vi è spazio alle opinioni dei giudici dissenzienti, rispecchia la tradizione giuridica del nostro Paese e di altri, non allontanandosi alla tradizione dei paesi anglosassoni ove tale meccanismo è ordinariamente ammesso.

Certo, la questione che pone la domanda è all'ordine del giorno anche in Italia ove recenti decisioni della Corte costituzionale, soprattutto in materie nelle quali sono coinvolti interessi politici o di stampo etico-sociale, ha riportato all'ordine del giorno la questione relativa alla possibilità di introdurre l'opinione dissidente.

Valutare quanto simile meccanismo sia in grado di rappresentare un elemento aggiuntivo di crescita del sistema di garanzie offerte dalla Corte di giustizia è davvero difficile, soprattutto se si guarda alla particolare composizione della Corte che vede, al suo interno, la presenza di un giudice per ogni Paese membro.

Non sembra peraltro inutile ricordare che costituisce già un fattore propulsivo rispetto agli orientamenti della Corte di giustizia la presenza di Avvocati generali che, attraverso le Conclusioni depositate, possono non soltanto offrire un'ulteriore garanzia circa la piena efficacia del ruolo di garanzia svolto dalla Corte di Giustizia, ma anche

rappresentare la base dell'evoluzione futura della giurisprudenza della Corte).

7.- ¿Cómo modificaría Usted, en el papel de legislador, la actual regulación de la prejudicial comunitaria, establecida y descrita en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea?

(Come modificherebbe Lei, messo nel ruolo del legislatore, nella attuale regolazione della pregiudiziale comunitaria stabilita e descritta nell'art.267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea?)

A la última pregunta que me ha sido amablemente formulada, la posición institucional que por mi cargo desempeño no puede más que ser de particular prudencia, siendo consciente de la diversidad de funciones que caracterizan la esfera legislativa y la jurisdiccional.

Solo puedo representar que, precisamente la experiencia madurada sobre el tema de la función y del papel del reenvío prejudicial demuestra que el instituto previsto en el artículo 267 del TFUE presenta, de hecho, algunas sombras que permanecen en relación al eventual contraste que debía surgir entre las decisiones asumidas con fuerza de cosa juzgada a nivel nacional y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia formadas sucesivamente por efectos de decisiones interpretativas adoptadas como consecuencia de procedimientos prejudiciales.

El actual equilibrio fundado sobre un mecanismo de reenvío destinado a operar en vía únicamente *preventiva* respecto a la decisión definitiva de la autoridad judicial nacional se demuestra utilísimo para los litigios todavía no resueltos, haciendo continuamente emerger, en relación a la vocación *erga omnes* que poseen las sentencias interpretativas del Tribunal de Justicia, el problema de la conformidad *a posteriori* entre la resolución nacional y la resolución comunitaria.

Parece, de hecho, que el actual sistema, basado en salvaguardar del sujeto dañado a través de la acción resarcitoria a cargo del Estado responsable por haber violado, a través de sus órganos –también judiciales (si son de última instancia)- el derecho comunitario no representa un remedio totalmente satisfactorio y eficaz para el sujeto que ha sufrido una resolución negativa causada por la falta de respeto del derecho de la UE garantizándole, por otra parte, con las formas y los límites previstos en el ordenamiento nacional, una tutela meramente indemnizatoria y sustitutiva del bien lesionado.

Pensar en un mecanismo que pueda investir al Tribunal de Justicia de las acciones judiciales que los ciudadanos de la UE fundan en la falta de respeto del derecho de la UE por parte del Juez nacional podría quizás ofrecer una respuesta adecuada a las expectativas crecientes de justicia de los ciudadanos de la Unión.

Por otra parte, no puede silenciarse un gesto sobre los problemas que el Tribunal de Justicia ha planteado recientemente, en el interior del Dictamen 2/13 sobre la compatibilidad del proyecto de acuerdo sobre la adhesión de la Unión Europea al

Convenio Europeo de Derechos Humanos¹²⁷⁹, a propósito de la fricción que podría crearse entre el instrumento del reenvío prejudicial recogido en el artículo 267 del TFUE y la eventual futura competencia en vía preventiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido del Protocolo número 16 anejo a la CEDH¹²⁸⁰, en curso de ratificación por parte de los países parte del Consejo de Europa. La posición estricta asumida por el Tribunal de Luxemburgo sobre la cuestión y los peligros de superposición entre las competencias de los dos tribunales europeos no deben, sin embargo, bloquear el proceso de inmediato recepcionamiento del mecanismo que permite a las Altas Jurisdicciones solicitar, en vía preventiva, al Tribunal de Estrasburgo una opinión no vinculante sobre la interpretación de las cuestiones de máxima que tienen que ver con la CEDH. Se trata, de hecho, de un instrumento capaz de implementar de modo significativo aquel “diálogo” de los tribunales que, ya fecundo en las relaciones entre jueces nacionales y Tribunal de Justicia, podrá representar una oportunidad posterior de protección de los derechos fundamentales de las personas.

(All'ultima domanda che mi è stata gentilmente formulata la posizione istituzionale che in atto ricopro non può che suggerire particolare prudenza, essendo ben consapevole della diversità di ruoli che caratterizzano la sfera legislativa da quella giurisdizionale.

Posso soltanto rappresentare che, proprio l'esperienza maturata sul tema della funzione e del ruolo del rinvio pregiudiziale dimostra come l'istituto previsto dall'art.267 TFEU presenta, in atto, alcune zone d'ombra che permangono in relazione all'eventuale contrasto che dovesse insorgere fra le decisioni assunte con forza di giudicato a livello nazionale e la giurisprudenza della Corte di Giustizia formata successivamente per effetto di decisioni interpretative rese all'esito di procedimenti di rinvio pregiudiziale.

L'attuale assetto fondato su un meccanismo del rinvio destinato ad operare in via unicamente preventiva rispetto alla decisione definitiva dell'autorità giudiziaria nazionale si dimostra utilissimo per le controversie ancora non decise, facendo tuttavia emergere, in relazione alla vocazione erga omnes posseduta dalla sentenze interpretative della Corte di Giustizia, il problema del contrasto a posteriori fra giudicato nazionale e “giudicato comunitario”.

Sembra infatti che l'attuale sistema, incentrato sulla salvaguardare del soggetto danneggiato attraverso l'azione risarcitoria a carico dello Stato responsabile per avere violato, attraverso i suoi organi- anche giurisdizionali(se di ultima istanza)- il diritto comunitario non rappresenta un rimedio totalmente satisfattivo ed efficace per il soggetto che ha subito un torto causato dal mancato rispetto del diritto UE garantendogli, peraltro, con le forme e i limiti previsti nell'ordinamento nazionale, una tutela meramente risarcitoria e sostitutiva del bene lesa.

¹²⁷⁹ Se refiere al Dictamen emitido por el Pleno del Tribunal de Justicia, el 18 de diciembre de 2014.

Destacamos también, a este propósito, la Opinión emitida por la Abogada General KOKOTT, y que fue presentada el 13 de junio de 2014.

¹²⁸⁰ Firmado el 2 de octubre de 2013.

Pensare ad un meccanismo che possa investire la Corte di Giustizia delle azioni giudiziarie che i cittadini dell'UE fondano sul mancato rispetto del diritto UE da parte del giudice nazionale potrebbe forse offrire una risposta adeguata alle crescenti aspettative di giustizia dei cittadini dell'Unione.

Per altro verso, non può tacersi un cenno sui problemi che la Corte di Giustizia ha di recente sollevato, all'interno del parere 2/13 sulla compatibilità del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU, a proposito della frizione che potrebbe crearsi fra lo strumento del rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art.267 TFUE e l'eventuale futura competenza in via preventiva della Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU, in corso di ratifica da parte dei Paesi facenti parte del Consiglio d'Europa. La posizione rigida assunta dal Giudice di Lussemburgo sulla questione e i pericoli di sovrapposizione fra le competenze delle due Corti europee non devono tuttavia bloccare il processo di immediato recepimento del meccanismo che consente alle Alte giurisdizioni di chiedere, in via preventiva, al giudice di Strasburgo un'opinione non vincolante sull'interpretazione delle questioni di massima che riguardano la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si tratta infatti di uno strumento capace di implementare in modo significativo quel "dialogo" delle Corti che, già fecondo nei rapporti fra giudici nazionali e Corte di Giustizia, potrà rappresentare un'ulteriore opportunità di protezione dei diritti fondamentali delle persone).

ANEXO VII

ENTREVISTA CON DON FRANCESCO MARIUZZO, PRESIDENTE DEL “TRIBUNALE REGIONALE AMMINISTRATIVO PER LA LOMBARDIA” (ITALIA)¹²⁸¹

1.- El Tribunal Administrativo Regional de Lombardía ha planteado algunas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Enel Produzione, C-242/10; Duomo Gpa, asuntos acumulados C-357/10 a C-359/10; Venturini, asuntos acumulados C-159/12 a C-161/12; Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12; Cartiera dell’Adda, C-42/13; Croce Amica One Italia, C-440/13, etc.). ¿Podría explicar su experiencia, antes y después de la remisión?

(“Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha sollevato qualche quesiti pregiudiziali alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea (Enel Produzione, C-242/10; Duomo Gpa, cause riunite C-357/10 a C-359/10; Venturini, cause riunite C-159/12 a C-161/12; Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12; Cartiera dell’Adda, C-42/13; Croce Amica One Italia, C-440/13, ecc.). Potrebbe esprimere la Sua esperienza, prima e dopo il rinvio?”).

El Tribunal Administrativo Regional de Lombardía –la sede de Milán y la Sección separada de Brescia- ha enviado en el curso de los años numerosas cuestiones al Tribunal de Luxemburgo para la verificación de la conformidad del ordenamiento nacional al comunitario, comprendidos sus principios generales. La expresión utilizada por el Tribunal “se opone” o “no se opone” debe ser leída necesariamente con referencia a la motivación respecto a la cual solo pueden ser desarrollados argumentos si acaso críticos. Le cito al respecto dos sentencias y un auto del Tribunal: con la primera, en el asunto C-327/00, conocida como asunto “Santex”¹²⁸², ha sido valorada la confianza inducida por una empresa constructora en relación a la posibilidad de participar en un concurso, posibilidad después excluida en sede de valoración de la capacidad de la empresa participante: la respuesta del Tribunal ha posibilitado no aplicar un edicto, hoy devenido firme, porque no fue impugnado, admitiendo su impugnación conjuntamente con la exclusión del concurso. Estamos orgullosos de esta resolución, que ha introducido en Italia un principio general de tutela fuerte a favor de los que operen con la Administración Pública.

(“Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - sede di Milano e la Sezione staccata di Brescia hanno rivolto nel corso degli anni numerose domande alla Corte del Lussemburgo per la verifica della conformità dell’ordinamento nazionale a quello comunitario, ivi compresi i suoi principi generali. L’espressione utilizzata dalla Corte “osta” o “non osta” deve essere necessariamente letta con riferimento alla motivazione rispetto alla quale soltanto possono essere svolte argomentazioni se del caso critiche. Le cito al riguardo due sentenze e un’ordinanza della Corte: con la prima in C-327/00,

¹²⁸¹ Contestada el 26 de enero de 2015.

¹²⁸² Sentencia de 27 de febrero de 2003.

nota come caso Santex, è stato valorizzato l'affidamento indotto da una stazione appaltante in merito alla possibilità di partecipare a una pubblica gara, possibilità poi esclusa in sede di valutazione della capacità dell'impresa partecipante: la risposta della Corte ha consentito di disapplicare un bando, ormai divenuto definitivo, perché non impugnato, ammettendo la sua impugnazione congiuntamente all'esclusione da una gara. Siamo orgogliosi di questa pronuncia, che ha introdotto in Italia un forte principio generale di tutela a favore di quanto operino con la pubblica Amministrazione").

2.- ¿En relación con su conocimiento y experiencia con la “prejudicial comunitaria”, considera que la afirmación del Tribunal de Justicia según la cual éste no está legitimado para interpretar el derecho nacional es, quizás, una declaración de principios, ya que frecuentemente, en sus sentencias, establece que el derecho nacional es conforme o no a una normativa de la Unión o, por el contrario, considera que, a pesar de ello, no hay incoherencia ni contradicción?

(In riguardo alla Sua conoscenza ed esperienza con la “pregiudiziale comunitaria” ritiene che l'affermazione della Corte di Giustizia secondo la quale questa non è legittimata ad interpretare il diritto nazionale sia forse una dichiarazione di principi, giacchè spesso nelle sue sentenze stabilisce che il diritto nazionale osta o meno ad una normativa dell'Unione, oppure invece ritiene che malgrado esso non c'è incoerenza nè contraddizione?).

Con la segunda sentencia, en el asunto C-247/02¹²⁸³, ha sido admitida la no aplicación de una norma nacional por cuanto no era conforme con una directiva comunitaria. La cuestión no era de fácil definición, dado que el parámetro de la oferta más baja en los concursos públicos (excluyendo aquel de la oferta más conveniente, donde se comparan calidad y precio), había sido introducido para combatir la corrupción en los concursos públicos.

Con el Auto (del TJUE) en el asunto C-202/03¹²⁸⁴ el Estado italiano ha sido obligado a introducir las medidas “ante causam” (medidas urgentes previas a la proposición del recurso) después de una larga lucha por mi parte, que había encontrado la oposición tanto del Consejo de Estado como del Tribunal Constitucional. De esta victoria estoy particularmente satisfecho, habiendo afrontado una lucha desigual.

(“Con la seconda sentenza in C- 247/02 è stata ammessa la disapplicazione di una norma nazionale in quanto in contrasto con una direttiva comunitaria. La questione non era di facile definizione, posto che il parametro dell'offerta più bassa negli appalti (escluso restando quello dell'offerta più conveniente, ove si confrontano qualità e prezzo), era stata introdotta per combattere la corruzione nelle gare pubbliche.

Con l'ordinanza in C-202/03 lo Stato italiano è stato obbligato a introdurre le misure ante causam (misure urgenti prima ancora che sia proposto il ricorso) dopo una lunga lotta da parte mia, che aveva visto dissenzienti sia il Consiglio di Stato sia la Corte

¹²⁸³ Sent. “Sintesi”, de 7 de octubre de 2004.

¹²⁸⁴ A. “DAC”, de 29 de abril de 2004.

costituzionale. Di questa vittoria sono particolarmente contento, avendo affrontato da solo un 'impari lotta').

3.- ¿En su opinión son útiles normalmente a los jueces nacionales, respecto de los litigios que deben decidir, las respuestas dadas por el Tribunal de Luxemburgo?

(A Suo giudizio sono utili di solito ai giudici nazionali, rispetto alle liti che devono decidere, le risposte fornite dalla Corte di Lussemburgo?).

4.- ¿Considera que la prejudicial comunitaria es un instrumento de armonización normativa en la Unión Europea?

(Ritiene che la pregiudiziale comunitaria sia uno strumento di armonizzazione normativa nell'Unione europea?).

(Se contestan conjuntamente)

Después de la respuesta a las primeras dos preguntas, paso a las siguientes, precisándole que, en general, las sentencias del Tribunal son muy útiles precisamente porque, pasando de la tercera a la cuarta pregunta, constituyen un instrumento de armonización de los ordenamientos nacionales con el derecho europeo. Nos ha decepcionado un poco la reciente respuesta a la cuestión dirigida al Tribunal en el asunto "Croce Amica"¹²⁸⁵, en la que la conclusión del Tribunal resulta ambigua.

("Dopo la risposta ai primi due quesiti, passo a quelli successivi, precisandole che, in linea di massima, le sentenze della Corte sono assai utili proprio perché, passando dal 3° al 4° quesito, sono uno strumento di armonizzazione degli ordinamenti nazionali con il diritto europeo. Ci ha un po' tradito la recente risposta alla domanda rivolta alla Corte per il ricorso Croce Amica, rispetto alla quale la conclusione della Corte appare ambigua").

5.- ¿Sería aceptable, en su opinión, que en la evolución futura que pueda experimentar la prejudicial comunitaria se produzca una revisión de la noción de "órgano jurisdiccional" que lleve a una formulación más amplia del mismo o, incluso, que haya una posibilidad expresa de remisión de cuestiones prejudiciales por parte de la Administración; o, al contrario, considera que la utilidad de esta prejudicial puede permanecer siendo lo que es solo concebida como "diálogo entre jueces"?

(Sarebbe accettabile, a Suo parere, che nell'evoluzione futura che possa sperimentare la pregiudiziale comunitaria si produca una revisione della nozione di "organo giurisdizionale" che porti a una formulazione più ampia dello stesso o, addirittura, che ci sia una espressa possibilità di rinvio di questioni pregiudiziali da parte dell'Amministrazione; oppure, al contrario, ritiene che l'utilità di questa pregiudiziale può rimanere essendo quella che è soltanto concepita come "dialogo tra giudici"?).

¹²⁸⁵ Sent. "Croce Amica One Italia", de 11 de diciembre de 2014, C-440/13.

En relación a la quinta pregunta no creo que sea útil permitir que las cuestiones prejudiciales puedan ser propuestas directamente por la Administración Pública, siendo de su responsabilidad la aplicación del derecho nacional conforme al derecho comunitario, dejando abierta la posibilidad de una desaplicación en casos de evidente contraste entre la norma nacional y la europea. Se trata de una posibilidad, por otra parte, abstracta, y con pocos precedentes. En todo caso, no se puede olvidar que el Tribunal de Luxemburgo es la única jurisdicción en el ámbito de la Unión, haciendo también de Tribunal de Apelación respecto de las sentencias del tribunal comunitario. Un excesivo número de cuestiones podría, de hecho, ahogar el trabajo del Tribunal de Justicia, que ya es menos rápido que en el pasado, habida cuenta el caudal de cuestiones prejudiciales procedente de todos los Estados miembros¹²⁸⁶.

(“Quanto al 5° quesito non penso che sia utile consentire che le domande pregiudiziali possano essere proposte direttamente dalla pubblica Amministrazione, ricadendo nella sua responsabilità l’obbligo di applicare il diritto nazionale in conformità a quello comunitario, aperta restando la possibilità di una disapplicazione di fronte a un palese contrasto tra la norma nazionale e quella comunitaria. Si tratta di possibilità, peraltro, astratta, della quale mi risultano pochi precedenti. In ogni caso non si può dimenticare che la Corte del Lussemburgo è la sola giurisdizione nell’area dell’Unione, fungendo anche da Corte d’appello sulle sentenze del Tribunale comunitario. Un soverchio numero di domande potrebbe, infatti, ingolfare il lavoro della Corte, che è già meno rapida rispetto al passato, tenuto conto dell’afflusso di domande pregiudiziale da parte di tutti i Paesi membri”).

6.- ¿Valoraría de modo positivo en la evolución de la prejudicial comunitaria que en las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia fuesen posibles votos particulares?

(Lei valuterebbe positivamente nell’evoluzione della pregiudiziale comunitaria che nelle sentenze emesse dalla Corte di Giustizia fossero possibili opinioni dissenzienti?)

Sobre el diálogo en la sala de deliberación podría ser, sin embargo, útil publicar el voto particular de la minoría del tribunal, lo que asemejaría el procedimiento comunitario al del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(“Circa il dialogo in camera di consiglio potrebbe essere, invece, utile rendere pubblica l’opinione dissenziente della minoranza del collegio, il che assimilerebbe la procedura comunitaria a quella della Corte dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”).

¹²⁸⁶ Esta circunstancia del Tribunal de Justicia es criticada, pero habría que ponerla en relación, en el caso de Italia, con la duración media de los procesos, la cual está por encima de la media europea, hasta el punto de que los recursos presentados por Italia a la Corte de Estrasburgo por violación del artículo 6 de la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ascendían en 2012 al 57% del total, mientras Grecia, Bulgaria, Turquía y Rusia se repartían entre ellas el restante 43%.

(MARIUZZO, F., “Relazione per l’inaugurazione dell’anno giudiziario 2014. Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sede di Milano”, LexItalia.it, Rivista internet di diritto pubblico, n. 3/2014, <http://www.lexitalia.it/a/2014/10225>).

7.- ¿Cómo modificaría Usted, en el papel de legislador, la actual regulación de la prejudicial comunitaria, establecida y descrita en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea?

(Cosa modificherebbe Lei, messo nel ruolo del legislatore, nella attuale regolazione della pregiudiziale comunitaria stabilita e descritta nell'art.267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea?)

Sobre la última pregunta observaría que el Tribunal de Justicia podría introducir el procedimiento del proceso constitucional alemán-federal, que prevé que todos los recursos planteados (en aquella sede los ciudadanos pueden recurrir directamente para la defensa de los derechos fundamentales reconocidos por la constitución federal) sean examinados por una sala de tres jueces, a la cual compete decidir si el recurso es admisible o si es manifiestamente infundado. En tales casos, si la sala decide por unanimidad en un sentido o en otro, el recurso será rechazado o enviado para la decisión del pleno del Tribunal. El recurso pasa igualmente al pleno del Tribunal en el caso de que no se haya producido unanimidad.

(“Sul suo ultimo quesito osserverei che la Corte di giustizia potrebbe introdurre la procedura del processo costituzionale tedesco -federale, che prevede che tutti i ricorsi proposti (in quella sede anche i cittadini possono ricorrere direttamente per la difesa dei diritti fondamentali riconosciuti dalla costituzione federale) siano esaminati da un collegio di tre giudici, cui compete di decidere se il ricorso sia ammissibile o se sia palesemente infondato. In tali casi se il collegio decide all'unanimità in un senso o nell'altro, il ricorso verrà direttamente respinto oppure rinviato per la decisione da parte dell'intera Corte. Il ricorso transita egualmente all'intera Corte nel caso non si sia registrata unanimità”).

ANEXO VIII

ENTREVISTA CON DON LUCIANO PANZANI, PRESIDENTE DE LA “CORTE DI APPELLO DI ROMA”¹²⁸⁷

1.- El Tribunal de Apelación de Roma ha remitido algunas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea –Bruno y Pettini, C-395/08 y C-396/08; Ricci y Pisaneschi, C-286/09 y C-287/09; Martini, C-211/12, etc. ¿Podría contar su experiencia, antes y después de la remisión?

(La Corte di Appello di Roma ha sollevato qualche quesiti pregiudiziali alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea –Bruno e Pettini, C-395/08 e C-396/08; Ricci e Pisaneschi, C-286/09 e C-287/09; Martini, C-211/12, ecc.-. Potrebbe esprimere la Sua esperienza, prima e dopo il rinvio?).

Destaco que trabajan en el Tribunal de Apelación de Roma veintisiete presidentes de Sección y ciento treinta y cinco jueces, que componen diversas Salas.

Por tanto, es especialmente difícil notar elementos comunes a todos los casos en los que se haya remitido una cuestión prejudicial.

(“Rappresento che operano presso la Corte d’Appello di Roma ventisette presidenti di sezione e centotrentacinque consiglieri, che compongono svariati collegi.

È pertanto quanto mai difficile enucleare elementi comuni a tutti i casi in cui sia stata sollevata una questione pregiudiziale”).

2.- ¿En relación con su conocimiento y experiencia con la “prejudicial comunitaria”, considera que la afirmación del Tribunal de Justicia según la cual éste no está legitimado para interpretar el derecho nacional es, quizás, una declaración de principios, ya que frecuentemente, en sus sentencias, establece que el derecho nacional es conforme o no a una normativa de la Unión o, por el contrario, considera que, a pesar de ello, no hay incoherencia ni contradicción?

(In riguardo alla Sua conoscenza ed esperienza con la “pregiudiziale comunitaria” ritiene che l’affermazione della Corte di Giustizia secondo la quale questa non è legittimata ad interpretare il diritto nazionale sia forse una dichiarazione di principi, giacchè spesso nelle sue sentenze stabilisce che il diritto nazionale osta o meno ad una normativa dell’Unione, oppure invece ritiene che malgrado esso non c’è incoerenza nè contraddizione?).

Las hipótesis en las que, según expone, el Tribunal de Justicia se ha ocupado del derecho nacional se contextualizan.

Por tanto, se comprueba caso por caso en qué medida el derecho nacional haya sido

¹²⁸⁷ Contestada el 5 de junio de 2015.

analizado, análisis de todas maneras, quizás, necesario para comprender mejor los límites de la cuestión prejudicial planteada.

(“Le ipotesi in cui, secondo la sua prospettazione, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, si è occupata del diritto nazionale vanno contestualizzate.

Va quindi verificato caso per caso in quale misura il diritto nazionale sia stato esaminato, esame comunque talvolta necessario per comprendere meglio i limiti del quesito pregiudiziale posto”).

3.- ¿En su opinión son útiles normalmente a los jueces nacionales, respecto de los litigios que deben decidir, las respuestas dadas por el Tribunal de Luxemburgo?

(A Suo parere sono utili di solito ai giudici nazionali, rispetto alle liti che devono decidere, le risposte fornite dalla Corte di Lussemburgo?).

Las decisiones del mencionado Tribunal son útiles y obviamente vinculantes respecto a la interpretación dada de la normativa europea.

(“Le decisioni della menzionata Corte sono utili ed ovviamente vincolanti quanto all’interpretazione data della normativa europea”).

4.- ¿Considera que la prejudicial comunitaria es un instrumento de armonización normativa en la Unión Europea?

(Ritiene che la pregiudiziale comunitaria sia uno strumento di armonizzazione normativa nell’Unione europea?).

Valga lo manifestado al punto 3.

(“Vale quanto osservato al punto 3”).

5.- ¿Sería aceptable, en su opinión, que en la evolución futura que pueda experimentar la prejudicial comunitaria se produzca una revisión de la noción de “órgano jurisdiccional” que lleve a una formulación más amplia del mismo o, incluso, que haya una posibilidad expresa de remisión de cuestiones prejudiciales por parte de la Administración; o, al contrario, considera que la utilidad de esta prejudicial puede permanecer siendo lo que es solo concebida como “diálogo entre jueces”?

(Sarebbe accettabile, a Suo parere, che nell’evoluzione futura che possa sperimentare la pregiudiziale comunitaria si produca una revisione della nozione di “organo giurisdizionale” che porti a una formulazione più ampia dello stesso o, addirittura, che ci sia una espressa possibilità di rinvio di questioni pregiudiziali da parte dell’Amministrazione; oppure, al contrario, ritiene che l’utilità di questa pregiudiziale può rimanere essendo quella che è soltanto concepita come “dialogo tra giudici”?).

Soy absolutamente contrario a una revisión de la noción de órgano jurisdiccional que amplíe el plano de los sujetos legitimados a plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

(“Sono assolutamente contrario ad una revisione della nozione di organo giurisdizionale, che estenda la platea dei soggetti legittimati a porre la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea”).

6.- ¿Valoraría de modo positivo en la evolución de la prejudicial comunitaria que en las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia fuesen posibles votos particulares?

(Lei valuterebbe positivamente nell’evoluzione della pregiudiziale comunitaria che nelle sentenze emesse dalla Corte di Giustizia fossero possibili opinioni dissenzienti?).

No considero, también porque es del todo inútil para los fines de la prosecución del juicio en sede nacional, la exposición de votos particulares.

(“Non ritengo, anche perché del tutto inutile ai fini della prosecuzione del giudizio in sede nazionale, l’ostensione di opinioni dissenzienti”).

7.- ¿Cómo modificaría Usted, en el papel de legislador, la actual regulación de la prejudicial comunitaria, establecida y descrita en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea?

(Cosa modificherebbe Lei, messo nel ruolo del legislatore, nella attuale regolazione della pregiudiziale comunitaria stabilita e descritta nell’art.267 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea?).

No considero ni necesaria ni oportuna una modificación de la vigente normativa en materia prejudicial.

(Non ritengo né necessaria né opportuna alcuna modifica della vigente normativa in materia di pregiudiziale”).

ANEXO IX

ENTREVISTA CON EL HONORABLE NICHOLAS NIGEL GREEN¹²⁸⁸, MAGISTRADO DE LA “HIGH COURT” DE GRAN BRETAÑA¹²⁸⁹

1.- La “High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division” ha remitido un gran número de cuestiones prejudiciales al TJUE (Newby Foods, C-453/13; McCarthy, C-202/13; Fruition Po, C-500/11; Civil Aviation Authority, C-629/10, etc.). ¿Podría decirme, como Juez de la “High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division” su experiencia con alguno de estos casos, antes o después de la remisión prejudicial?

(The High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division, has sent a certain number of references for preliminary rulings to the Court of Justice of the European Union –Newby Foods, C-453/13; McCarthy, C-202/13; Fruition Po, C-500/11; Civil Aviation Authority, C-629/10, etc.). Would you tell me, as Judge of the High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division, your experience with any of these cases, before or after the referral of the preliminary ruling?)

En la pregunta 1 Usted se ha referido a un número de cuestiones formuladas por el tribunal, y pregunta por nuestra experiencia con algunos de estos casos. No he estado, personalmente, implicado en ninguno de estos casos concretos, pero ciertamente le puedo proveer de mi experiencia como abogado y como Juez en relación con cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En general, las cuestiones son remitidas de la “High Court” para arriba (es decir, muy raramente por tribunales inferiores).

Cada vez más, los Jueces de la “High Court” se esfuerzan en decidir por ellos mismos alguna cuestión de Derecho europeo, incluso aunque pueda ser altamente discutible. Se considera por ciertos Jueces que constituye una buena práctica esforzarse en resolver la cuestión por sí mismos dejando al tribunal de apelación, a partir de ahí, la decisión sobre si remitir o no la cuestión prejudicial. Esto posibilita remitir cuestiones prejudiciales siguiendo un análisis detallado de los puntos en concreto relativos al nivel nacional y se considera que esto mejora la calidad de las cuestiones y permite al Tribunal de Justicia tener el beneficio y la asistencia de una resolución detallada del órgano nacional. Un factor que afecta a la decisión de remitir una cuestión prejudicial es la cantidad de tiempo que emplea el Tribunal de Justicia en contestar.

¹²⁸⁸ El Honorable Green nos habla desde su experiencia como Juez, pero también desde la que tuvo como abogado, actuando en esta última condición en más de cien asuntos ante el Tribunal de Justicia y ante el Tribunal General, de los que gran parte de ellos lo fueron en relación con cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales británicos. Entre los casos en los que intervino podemos citar los siguientes: “Coloroll”, C-200/91; “Bostock”, C-2/92; “Banks”, C-128/92; “Mrozek y Jäger”, C-335/94; “Goupil”, C-39/95; “National Farmer’s Union”, C-157/96; “Generics UK”, C-368/96; “Upjohn”, C-120/97; “First City Trading”, C-263/97.

¹²⁸⁹ Contestada el 27 de enero de 2015.

Como promedio, el tiempo empleado está entre 16 y 18 meses. Si se envía la cuestión prejudicial, esto implicará entonces un retraso considerable, lo que puede ser de lo más indeseable. Conozco casos en los que una cuestión podría haberse remitido, pero no se ha hecho por el importante retraso que ello supondría.

(In question 1 you have referred to a number of references made by the courts and asked for our experience with any of these cases. I was not, personally, involved in any of these particular cases, but I can certainly provide you with my experience both as a barrister¹²⁹⁰ and as a Judge which involve references to the CJEU. In general terms references are made to the CJEU by the High Court and above (i.e. very rarely by lower courts). Increasingly, Judges in the High Court will endeavour to decide an issue of European law themselves, even though it may be highly arguable. It is considered by a number of Judges that it is good practice to endeavour to resolve the matter themselves leaving it to the Court of Appeal, thereafter, to decide whether or not to make a reference. This enables references to be made following a detailed analysis of the issues at the national level and, it is considered, this improves the quality of the reference and enables the CJEU to have the benefit and assistance of a detailed judgment of the national court. One factor which affects the decision to make a reference is the amount of time taken by the CJEU to provide the preliminary ruling.

On average the time taken is between 16-18 months. If a reference is made then this will involve a substantial delay, which may be most undesirable. I am certainly aware of cases where a reference could have been made but was not because of a concern about the substantial delay that this would entail).

2.- ¿Piensa que, en general, y sobre todo basándose en su experiencia, las respuestas que provienen del Tribunal de Justicia son útiles para los tribunales remitentes en orden a que éstos decidan los litigios nacionales?

(Do you think that, in general, and above all based on your experience, the answers that come from the CJEU are useful to the referring courts in order to decide the national disputes?).

La pregunta 2 se refiere a si los tribunales piensan que las respuestas dadas por el Tribunal de Justicia son útiles. En general, y debido a que los órganos nacionales son relativamente selectivos en remitir cuestiones al TJUE, las respuestas son útiles al tribunal remitente. Los tribunales de Inglaterra y Gales tienen una práctica bien elaborada que rige la preparación de las cuestiones prejudiciales. El tribunal, generalmente, invita a las partes a preparar un sumario muy detallado sobre los puntos controvertidos. Las partes son también requeridas a proporcionar al tribunal un sumario

¹²⁹⁰ En Gran Bretaña son los abogados que se dedican a la actuación ante los tribunales y, de entre ellos, a los de más alta categoría. Por ejemplo, solo los “barristers” pueden actuar ante la “High Court” (Fuente: Encyclopaedia Britannica 2003).

(Vid. también, BERLINS, M., y DYER, C., “*The law machine*”, Penguin Books, London, 2000, fifth edition, pp. 35 a 48).

detallado de los hechos. Incluso, las partes son invitadas a preparar un borrador de cuestiones. En la práctica, una cuestión prejudicial estándar a remitir por un órgano nacional puede comprender entre 20 a 30 páginas de borrador. Es el Juez el que decide si acepta el borrador propuesto para la remisión o si desea hacer modificaciones o cambios. Sin embargo, en la práctica hay abogados especialistas en Derecho europeo que están muy experimentados en la preparación de borradores de cuestiones prejudiciales. En consecuencia, las partes proveen de una gran asistencia al tribunal. Además, el tribunal requiere a las partes a reunir material de apoyo o de referencia que se considera que podría ser útil para el Tribunal de Justicia. Esto podría incluir documentos políticos, literatura legal o académica, material científico o cualquier otra documentación de referencia que pueda ayudar al TJUE a decidir la cuestión. Es por este motivo por el que, en mi opinión, las respuestas dadas a las cuestiones planteadas por los tribunales nacionales son normalmente útiles.

(Question 2 concerns whether the courts find that the answers provided by the CJEU are useful. In general terms, because the domestic courts are relatively selective in making references to the CJEU, the answers are useful to the referring court. The courts of England and Wales have a well developed practice which governs the preparation of references. The court generally invites the parties to prepare very detailed summary of the parties' contentions. The parties are also requested to provide to the court a detailed summary of the facts. Further, the parties are invited to prepare draft questions. In practice, a typical reference made by the domestic court may comprise 20-30 pages of drafting. It is for the Judge to decide whether he/she accepts the draft reference or wishes to make any modifications or changes to it.

However, in practice there is a substantial specialist bar of practitioners in European law and they are very experienced in the preparation of draft references. Accordingly, a great deal of assistance is provided to the court by the parties. Further, the court requires the parties to put together background materials which it believes would be of use to the CJEU. This might include policy documents, academic or legal literature, scientific materials or any other background documentation which can assist the CJEU in deciding the reference. It is for this reason, in my view, that the answers given to references posed by the domestic courts are usually helpful).

3.- El Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia, ha establecido que la adopción de la decisión en el proceso nacional es de la competencia exclusiva del Juez nacional, pero ¿tiene Usted la impresión de que algunas veces o, incluso, muchas veces, el Tribunal de Justicia, a causa de su declarada necesidad de conocer el contexto fáctico de la controversia nacional, va más allá en relación con su competencia, hasta el punto de ilustrar al Juez nacional sobre algo que le concierne a él, como es la decisión del litigio nacional?

(The CJEU, in its jurisprudence, has established that to take the decision on the national process is of the exclusive competence of the national judge, but do you have the impression that sometimes or, even, a lot of times, the CJEU, because of its declared necessity of knowing the factual context of the national dispute, goes further in relation to its competence, till the point of illustrating the national judge over something that concerns to him, as it is the decision of the national dispute?).

La pregunta 3 dice, en sustancia, si los tribunales de Inglaterra y Gales consideran que el TJUE se excede en su competencia y efectivamente decide el asunto, el cual corresponde, por derecho, al tribunal nacional remitente. En la práctica esto raramente ha sido un problema. Es indudable que, de hecho, el Tribunal de Justicia puede frecuentemente decidir el resultado de la contienda judicial. Sin embargo, los tribunales de Inglaterra y Gales son plenamente conscientes de que son responsables de aplicar la decisión del Tribunal de Justicia a los hechos, y llegar a su propia conclusión. Ha habido un pequeño número de casos en que los pujos del Tribunal de Justicia de sugerir la respuesta hayan causado algún grado de confusión o dificultad en un tribunal nacional. Aun así, son, con diferencia, la excepción y no la regla. En mi opinión, esto no es algo que haya constituido un serio problema para los tribunales de Inglaterra y Gales.

(Question 3 asks, in substance, whether the courts of England and Wales consider that the CJEU exceeds its competence and effectively decides the issue that is, as a matter of law, for the national referring court. In practice this has rarely been a problem.

There is no doubt that the CJEU may often, de facto, decide the outcome of the case. However, the courts of England and Wales are fully aware that it is their own responsibility to apply the ruling of the CJEU to the facts and come to their own conclusion. There have been a very small number of instances where attempts by the CJEU to suggest the answer have caused a degree of confusion or difficulty in a national court. However, these are very much the exception and not the rule. This is not, in my view, something which has been a serious problem for the courts of England and Wales).

4.- ¿Piensa Usted que en la futura evolución del procedimiento prejudicial debería ser revisado el concepto de “órgano nacional” o, incluso, más claramente, ser admitidas cuestiones prejudiciales por parte de la Administración Pública; o, por el contrario, considera que su utilidad solo podría seguir siendo la que es como “diálogo entre tribunales”?

(Do you think that in the preliminary ruling’s future development should be reviewed the concept of “national court” or, even, more clearly, to be admitted the references of preliminary rulings by the Public Administration; or, on the contrary, do you consider that its usefulness only could continue being what it is as a “dialogue between courts”?).

La pregunta 4 se refiere, en sustancia, a si en una revisión futura de la jurisdicción legitimada para plantear una cuestión prejudicial, esta facultad debería ser conferida a la “Administración Pública”. En mi opinión, el futuro del procedimiento prejudicial debería seguir siendo un diálogo entre Jueces y no debería hacerse extensivo a la Administración Pública. Si eso fuera así, posibilitaría a los políticos actuar como tribunales y sortear a sus propios tribunales nacionales. Es importante, en mi opinión, que cualquier cuestión problemática de Derecho de la Unión deba ser argumentada, primero, ante los tribunales nacionales, y solo ser objeto de una remisión prejudicial al Tribunal de Justicia si existe un serio conflicto que el Juez considere importante y necesario despejar para la resolución de ese litigio. Permitir remisiones prejudiciales a órganos distintos a los tribunales, minaría la integridad en la relación que existe entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia.

(Question 4 asks, in substance, whether in any further review of the jurisdiction to grant a reference the power to make a reference should be conferred upon the “Public Administration”. In my view the future of the preliminary ruling procedure should remain as a dialogue between courts and should not extend to the civil service, executive or public administration. If this were so, it would enable politicians to act as courts and to circumvent their own domestic courts. It is in my view important that any difficult questions of European law should be argued, first, before the national courts and only made the subject of a reference to the CJEU if there is a serious dispute which the Judge considers is important and necessary for the resolution of that litigation. To permit references to be made by bodies other than courts would undermine the integrity of the relationship that exists between national courts and the CJEU).

5.- ¿Considera Usted positivo en la evolución futura de la cuestión prejudicial que en las sentencias del Tribunal de Justicia pudieran ser aceptados votos particulares de los jueces?

(Do you consider as positive in the future evolution of the preliminary ruling that in the sentences of the CJEU could be accepted dissenting opinions of the Judges?).

La pregunta 5 se refiere a si los votos particulares de los Jueces del TJUE deberían ser permitidos. Como Usted sabrá, en el Reino Unido los votos particulares están permitidos. El hecho de que los votos particulares estén permitidos ha llevado en ocasiones a la evolución futura del Derecho, convirtiéndose en aceptadas y ortodoxas las opiniones disidentes. Es relevante que los votos particulares están autorizados a los Jueces del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo. Sin embargo, en el contexto de la ley que rige al Tribunal de Justicia, la posición es la de que las resoluciones deben ser unánimes. Esto conduce, en alguna ocasión, a problemas. Es sobradamente conocido que donde los Jueces no se ponen de acuerdo se da un proceso de “regateo” o negociación, y eso puede llevar a que la resolución final sea muy difícil de entender. Por otra parte, las razones por las que se requieren resoluciones unánimes son entendibles. La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desarrolla cada vez más. Es un lugar común en las resoluciones reproducir exactamente las mismas fórmulas para expresar una idea o conclusión tal y como ha sido establecida en casos anteriores. Esto asegura coherencia, la cual es considerada importante en una comunidad de 28 Estados Miembros. No hay una clara respuesta correcta. Existen ventajas y desventajas para ambas, tanto para la vía de la unanimidad como para la de los votos particulares. La Jurisprudencia ha venido evolucionando durante muchos años en la ausencia de votos particulares sin que ello haya supuesto problemas insuperables para los tribunales nacionales. La pregunta 5 se refiere a si la existencia de opiniones discrepantes sería visto como “positivo”. Es una cuestión muy equilibrada sobre la que puede haber más de una opinión. Haciendo balance, una continuación del “status quo” es la mejor solución.

(Question 5 asks whether dissenting judgments of Judges of the CJEU should be permitted. As you will be aware in the United Kingdom dissenting judgments are permitted. The fact that dissenting opinions are permitted has on occasion led to the development of the law in the future with dissenting views becoming accepted as orthodox. It is also relevant that dissenting opinions are permitted as between the

Judges of the European Court of Human Rights in Strasbourg. However, in the context of the law governing the CJEU, the position is that judgments must be unanimous. This does, upon occasion, lead to problems. It is well known that where the Judges disagree, a process of “horse trading” or negotiation occurs and that this can lead to the final judgment being very difficult to understand. On the other hand, the reasons why unanimous judgments are required is understood. The jurisprudence of the CJEU develops incrementally. It is common-place for judgments to rely upon exactly the same formulae to express an idea or conclusion as has been set out in previous cases. This ensures consistency which is considered to be important in a community of 28 Member States. There is no clear correct answer, one way or the other. There are advantages and disadvantages of both unanimous and dissenting judgments. The jurisprudence has evolved over many years in the absence of dissenting judgments without that having caused insuperable problems for the national courts. Question 5 asks whether the existence of dissenting opinions would be viewed as “positive”. This is a finely balanced question upon which there may be more than one view. On balance a continuation of the status quo is the best outcome).

6.- ¿Qué cambiaría Usted en la actual regulación del artículo 267 del TFUE, puesto en el papel de legislador, pero pensando como “Juez nacional”, es decir, desde el punto de vista de un Juez que necesita ayuda y clarificación sobre el significado de una disposición legal de derecho europeo?

(What would you change on the issue of the actual preliminary ruling, set out in article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union, if you were european legislator, but thinking as a “national judge”, that means, from the point of view of a Magistrate who needs help and clarification on the meaning of an european law rule?).

La pregunta 6 se refiere a los cambios que podrían hacerse en el procedimiento prejudicial. En mi opinión, la mejora más importante que podría ser hecha es en la reducción del tiempo en el que las cuestiones son resueltas por el Tribunal de Justicia. Uno de los mayores problemas que mina la efectividad del TJUE es que los documentos y los papeles del tribunal sean traducidos a las múltiples lenguas oficiales. Esto ha sido, desde hace mucho tiempo, una causa notable de retraso en el procedimiento de los Tribunales de Luxemburgo. A medida que se adhieren más Estados Miembros al trabajo del Tribunal, un incremento en el número de lenguas de trabajo es necesario. Cualquier medida que pueda ser adoptada para acelerar el procedimiento prejudicial sería sumamente deseable.

(Question 6 asks what changes could be made to the preliminary ruling procedure. In my view the most important improvement that could be made is in the reduction of time taken for references to be resolved by the court. One of the major problems which undermines the effectiveness of the CJEU is the requirement that documents and court papers be translated into multiple official languages. This has, for a very long period of time, been a substantial cause of delay in the procedure of the Luxembourg courts. As more Member States adhere to the work of the court an increase in the number of working languages is essential. Any steps which can be taken to accelerate the preliminary ruling procedure would be very welcome).

ANEXO X

ENTREVISTA CON MARC FIERSTRA¹²⁹¹, MAGISTRADO DEL “HOGE RAAD DER NEDERLANDEN”¹²⁹²

1.- El Tribunal Supremo de Países Bajos ha remitido una gran cantidad de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia (van Putten, C-578/10; Sneller, C-442/12; Hauck, C-205/13; Commerz Nederland, C-242/13; Nutricia, C-267/13; Unitrading, C-437/13, etc.). ¿Podría contarme su experiencia, como magistrado del Tribunal Supremo de Países Bajos, con algunos de estos casos, antes o después de la remisión prejudicial?

(The “Hoge Raad der Nederlanden” has sent a great number of references for preliminary rulings to the CJEU (van Putten, C-578/10; Sneller, C-442/12; Hauck, C-205/13; Commerz Nederland, C-242/13; Nutricia, C-267/13; Unitrading, C-437/13, etc.). Would you tell me your experience as Judge of the “Hoge Raad der Nederlanden” with any of these cases, before or after the referral of the preliminary ruling?).

Tradicionalmente la cultura legal holandesa es muy receptiva al derecho internacional. Esta actitud es clara desde las primeras remisiones, como en el caso Van Gend & Loos (asunto 26/62). La sentencia en el caso Costa/ENEL (asunto 6/64) fue aceptada sin reservas. Una previsión constitucional para posibilitar el efecto directo del Derecho europeo en el ordenamiento nacional no fue considerada necesaria.

Como parte de esta cultura, los órganos judiciales holandeses presentaron con frecuencia el procedimiento prejudicial ya desde los albores de las Comunidades Europeas. Los tribunales que no decidían asuntos en última instancia, así como aquellos contra cuyas decisiones no había posibilidad de recurso, frecuentemente enviaban cuestiones prejudiciales. A diferencia de la situación en otros muchos Estados miembros, la mayoría de las remisiones prejudiciales son hechas por tribunales a los que se aplica el artículo 267, último párrafo, del TFUE (“Hoge Raad” –Tribunal Supremo-; “Afdeling rechtspraak van de Raad van State” –Sección jurisdiccional del Consejo de Estado-; “Centrale Raad van Beroep” –Tribunal Central de Apelación-; y “College van Beroep voor het bedrijfsleven” –Tribunal de Apelación de Comercio e Industria-).

(Traditionally the Dutch legal culture is very receptive to international law. This attitude is apparent from early requests for a preliminary ruling like the Vand Gend & Loos case (case 26/62). The judgment in the Costa/ENEL case (case 6/64) was accepted

¹²⁹¹ Las opiniones de este hoy magistrado nos parecen especialmente interesantes por cuanto en el pasado actuó como Agente, en representación de los Países Bajos, en numerosos procedimientos prejudiciales (Dillenkofer, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94; EMU Tabac, C-296/95; Sürül, C-262/96; Calfa, C-348/96; Centros, C-212/97; Gregg, C-216/97; BASF, C-44/98; Sapod Audic, C-159/00).

¹²⁹² Contestada el 6 de febrero de 2015.

without any reservation. A provision in the Constitution to provide for the direct effect of European law in the national legal order was considered unnecessary.

As part of this culture the Dutch judiciary applied the procedure for a preliminary ruling frequently, already from the early days of the European Communities. Courts not deciding cases in last instance, as well as courts against whose decisions no legal remedy is available, often request for a preliminary ruling. Unlike the situation in many other member states, most requests for a preliminary ruling are requested by Dutch courts to which article 267, last paragraph, TFEU applies (“Hoge Raad” –Supreme Court-; “Afdeling rechtspraak van de Raad van State” –Judiciary branch of the Council of State-; “Centrale Raad van Beroep” –Central Appeals Tribunal-; and “College van Beroep voor het bedrijfsleven” –Court of Appeal for Trade and Industry).

2.- ¿Piensa que, en general, y sobre todo basándose en su experiencia, las respuestas que provienen del Tribunal de Justicia son útiles para los tribunales remitentes en orden a que éstos decidan los litigios nacionales?

(Do you think that, in general, and above all based on your experience, the answers that come from the CJEU are useful to the referring courts in order to decide the national disputes?).

El uso frecuente hecho por los tribunales nacionales del procedimiento para obtener un pronunciamiento prejudicial podría ser considerado como un indicador de que el procedimiento es considerado útil por los tribunales holandeses. Aunque, quizás, en ciertos casos la resolución del Tribunal de Justicia no da la/s respuesta/s que el Juez remitente había esperado, la decisión del Tribunal de Justicia es útil para el Juez remitente. Podrían darse complicaciones si la interpretación dada por el Tribunal de Justicia difiriese de la interpretación pretendida por las partes y en relación con la cual éstas habían discutido los hechos en el litigio ante el Juez nacional. A veces el debate legal adopta un giro inesperado como resultado de una decisión del Tribunal de Justicia. En un número limitado de casos, la interpretación sobre la que el Tribunal de Justicia decidió ha dado lugar a nuevas preguntas de índole legal. En raras ocasiones los tribunales nacionales juzgaron necesario, en el mismo procedimiento, enviar de nuevo una cuestión prejudicial.

En general, el Tribunal Supremo estima positivo el funcionamiento del procedimiento prejudicial. Los tribunales de última instancia en los Países Bajos normalmente ofrecen a las partes en el procedimiento la posibilidad de comentar las cuestiones propuestas antes de que éstas sean remitidas al Tribunal de Justicia. Antes de que el tribunal nacional decida sobre la solicitud de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, a las partes se les dará siempre la oportunidad de comentar los efectos que puedan imaginarse de esa decisión en el resultado del litigio nacional. Evidentemente, todo esto implica una dilación del procedimiento nacional.

(The frequent use made by national courts of the procedure to obtain a preliminary ruling might be considered as an indication that the procedure is considered useful by Dutch courts. Although perhaps in certain cases the judgment of the Court of Justice does not give the answer(s) the referring judge has hoped for, the decision by the Court of Justice is of use to the referring court. Complications might occur if the interpretation provided for by the Court of Justice differs from the interpretation argued

for by the parties and in relation to which they discussed the factual findings in the procedure before the referring court. Sometimes the legal debate takes an unexpected turn as a result of the decision by the Court of Justice. In a limited number of cases the interpretation on which the Court of Justice decided has given rise to new legal questions. On rare occasions national courts deemed it necessary to request once more for a preliminary ruling in the same procedure.

In general the Supreme Court feels positive about the functioning of the procedure for a preliminary ruling. The courts of last resort in the Netherlands usually offer the parties in the procedure an opportunity to comment on proposed questions before those questions are referred to the Court of Justice. Before the national court decides on the application of a ruling by the Court of Justice, parties will always be given the opportunity to comment on the conceivable effects of that ruling on the outcome of national proceedings. Evidently, this all implies prolonging of the national procedure).

3.- El Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia, ha establecido que la adopción de la decisión en el proceso nacional es de la competencia exclusiva del Juez nacional, pero ¿tiene Usted la impresión de que algunas veces o, incluso, muchas veces, el Tribunal de Justicia, a causa de su declarada necesidad de conocer el contexto fáctico de la controversia nacional, va más allá en relación con su competencia, hasta el punto de ilustrar al Juez nacional sobre algo que le concierne a él, como es la decisión del litigio nacional?

(The CJEU, in its jurisprudence, has established that to take the decision on the national process is of the exclusive competence of the national judge, but do you have the impression that sometimes or, even, a lot of times, the CJEU, because of its declared necessity of knowing the factual context of the national dispute, goes further in relation to its competence, till the point of illustrating the national judge over something that concerns to him, as it is the decision of the national dispute?).

En un número limitado de resoluciones el Tribunal de Justicia considera útil indicar las cuestiones legales que aparecen como relevantes en el caso, pero que no han sido indicadas por el tribunal nacional por alguna razón. En algunos casos esta aparente laguna podría ser explicada por la postura procesal adoptada por las partes; sin embargo, en algunos casos, podría revelar un defecto en el análisis de los casos, originado por un mal entendimiento del derecho europeo o por una interpretación imprevista de parte del Tribunal de Justicia. En raras ocasiones el Tribunal de Justicia decide que no es necesario contestar a una concreta cuestión, aunque por razones que pueden ser explicadas por el derecho nacional o por las particularidades del caso, el Juez remitente necesite la respuesta para su decisión. Debe ser remarcado que el Tribunal Supremo en muchas ocasiones solicita una cuestión prejudicial en orden a darle no solo un uso en el caso presente sino también en varios otros casos. Entonces, el asunto en el que la solicitud de cuestión prejudicial se hace podría ser considerado como un caso piloto. A veces no puede evitarse la impresión de que el Tribunal de Justicia no es completamente consciente del hecho de que las cuestiones remitidas son raramente relevantes para solo un caso aislado. Esto puede llevar a resoluciones específicas para el caso en cuestión por parte del Tribunal de Justicia. Puede ser complicada una aplicación más general de tales resoluciones.

(In a limited number of judgments the Court of Justice deems it useful to indicate legal questions that appear to be relevant to the case but that have not been addressed by the national court for some reason. In some cases this apparent lacuna might be explained by the (procedural) stand taken by the parties, however in some cases it might reveal a flaw in the analysis of the cases caused by a misunderstanding of European law or by an unexpected interpretation by the Court of Justice. In rare occasions the Court of Justice decides that it is not necessary to answer a specific question, although for reasons that can be explained by national law or the particularities of a case, the referring judge still needs that answer for his decision. It should be stressed that the Supreme Court in many instances requests a preliminary ruling in order to use it not only in the present case but in several other cases as well. Then, the case in which a request for a preliminary ruling is made could be considered as a pilot case. Sometimes the impression can not be avoided that the Court of Justice is not fully aware of the fact that questions referred are seldom relevant for only one isolated case. This may lead to case specific rulings of the Court of Justice. A more general application of such judgments is not without complication).

4.- ¿Piensa Usted que en la futura evolución del procedimiento prejudicial debería ser revisado el concepto de “órgano nacional” o, incluso, más claramente, ser admitidas cuestiones prejudiciales por parte de la Administración Pública; o, por el contrario, considera que su utilidad solo podría seguir siendo la que es como “diálogo entre tribunales”?

(Do you think that in the preliminary ruling’s future development should be reviewed the concept of “national court” or, even, more clearly, to be admitted the references of preliminary rulings by the Public Administration; or, on the contrary, do you consider that its usefulness only could continue being what it is as a “dialogue between courts”?).

El procedimiento prejudicial actual puede ser considerado como una discusión en curso entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales de los 28 Estados miembros, la cual ha probado ser efectiva en relación con el desarrollo del Derecho europeo. No tenemos una opinión sobre si un procedimiento similar debería ser habilitado para el uso de los órganos administrativos nacionales. Sin embargo, es importante que tal posibilidad para los órganos administrativos no ponga en peligro el efectivo funcionamiento del procedimiento prejudicial como medio de cooperación entre el Tribunal de Justicia y la jurisdicción nacional.

(The current procedure for a preliminary ruling can be considered as an on-going discussion between the Court of Justice and the national judiciaries of 28 member states which has proven to be effective with regard to the development of European law. We don’t have any views on whether a similar procedure should be opened for use by national administrative bodies. However it is important that such a possibility for national administrative bodies should not endanger the effective functioning of the procedure for a preliminary ruling as a way of cooperation between the ECJ and the national judiciary).

5.- ¿Considera Usted positivo en la evolución futura de la cuestión prejudicial que en las sentencias del Tribunal de Justicia pudieran ser aceptados votos particulares de los jueces?

(Do you consider as positive in the future evolution of the preliminary ruling that in the sentences of the CJEU could be accepted dissenting opinions of the Judges?).

Los votos particulares podrían ser útiles para estimular el desarrollo del Derecho europeo. Sin embargo, la opinión del Abogado General del Tribunal de Justicia tiene un efecto similar. Parece dudoso que los votos particulares contribuyan a una interpretación uniforme del Derecho europeo y, por lo tanto, al objetivo del procedimiento prejudicial.

(Dissenting opinions could be useful to stimulate the development of European law. However the opinion of the advocate general at the Court of Justice already has a similar effect. It seems doubtful whether dissenting opinions contribute to the uniform interpretation of European Law and thus to the objective of the procedure for a preliminary ruling).

6.- ¿Qué cambiaría Usted en la actual regulación del artículo 267 del TFUE, puesto en el papel de legislador, pero pensando como “Juez nacional”, es decir, desde el punto de vista de un Juez que necesita ayuda y clarificación sobre el significado de una disposición legal de derecho europeo?

(What would you change on the issue of the actual preliminary ruling, set out in article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union, if you were european legislator, but thinking as a “national judge”, that means, from the point of view of a Magistrate who needs help and clarification on the meaning of an european law rule?)

El Tribunal Supremo no tiene una posición definida sobre el cambio del procedimiento prejudicial.

(The Supreme Court does not have a defined position on the change of the procedure for a preliminary ruling).

ANEXO XI

ENTREVISTA CON TEUN DE VRIES¹²⁹³, MAGISTRADO DEL “CENTRALE RAAD VAN BEROEP”¹²⁹⁴ DE PAÍSES BAJOS¹²⁹⁵

1.- El “Centrale Raad van Beroep” ha remitido algunas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia (van der Helder y Farrington, C-321/12; Tümer, C-311/13; etc.). ¿Podría contarme su experiencia, como magistrado del Tribunal Central de Apelación, con algunos de estos casos, antes o después de la remisión prejudicial?

(The “CRvB” has sent a certain number of references for preliminary rulings to the CJEU (van der Helder and Farrington, C-321/12; Tümer, C-311/13; etc.). Would you tell me your experience as Judge of the “Centrale Raad van Beroep” with any of these cases, before or after the referral of the preliminary ruling?)

Llevaría demasiado tiempo contarle todo sobre los asuntos que mi tribunal ha llevado al Tribunal de Justicia o en los que yo he estado implicado, pero mencionaré tres casos en los que he tenido experiencias destacadas (malas y buenas).

El primer caso es el asunto “Van Delft” (C-345/09)¹²⁹⁶ sobre la asistencia sanitaria para pensionistas. En este asunto formulamos dos preguntas claras al Tribunal de Justicia y recibimos también una respuesta muy clara a esas dos preguntas. Pero el Tribunal de Justicia vio una tercera cuestión relática al Derecho europeo (tratamiento desigual entre personas viviendo en los Países Bajos y pensionistas viviendo en otros países europeos) que debía ser contestada por el tribunal nacional. Hasta la resolución del TJUE esta cuestión no formaba parte del litigio ante mi tribunal, pero después de la resolución del Tribunal de Justicia tuvimos que valorar este tercer punto. De modo que el Tribunal de Justicia fue de hecho una parte importante en este caso y nos llevó mucho tiempo valorar la tercera cuestión.

Un segundo caso similar fue el asunto “Hendrix” (C-287/05) sobre la exportación de determinados beneficios dentro de la Unión Europea. El TJUE juzgó que un artículo determinado del derecho holandés debía ser aplicado a la luz del artículo 45 del TFUE. Pero ese artículo fue introducido en el derecho holandés dos años después de la fecha

¹²⁹³ Según nos dice, en su presentación, es miembro de la Sala Internacional del “CRvB” desde hace más de dieciséis años y, antes, fue miembro del Tribunal Regional de Amsterdam.

¹²⁹⁴ Se trata de un tribunal que se encuentra radicado en Utrecht y, según nos dice el Magistrado De Vries, es el máximo órgano jurisdiccional en Países Bajos en materia de Seguridad Social y en asuntos que tienen que ver con los funcionarios públicos.

¹²⁹⁵ Contestada el 23 de febrero de 2015; excepto la pregunta 7, que fue contestada el 13 de marzo de 2015.

¹²⁹⁶ Sentencia de 14 de octubre de 2010.

del litigio entre las partes y en el derecho holandés no es posible aplicar una ley nueva que no estaba en vigor en el momento en cuestión. De modo que tuvimos un gran problema para resolver el caso.

El tercer caso que quiero mencionar es el asunto “Muller-Fauré” (C-385/99)¹²⁹⁷ sobre asistencia sanitaria. En este caso formulamos preguntas sobre las consecuencias de los asuntos “Kohll”¹²⁹⁸ y “Decker”¹²⁹⁹ respecto a la asistencia sanitaria de tipo hospitalario en Holanda. Después de las observaciones de las partes y de los gobiernos en el procedimiento fue publicada por el Tribunal de Justicia otra resolución sobre este asunto¹³⁰⁰, de modo que nuestras cuestiones en parte fueron de hecho resueltas por esa sentencia, pero no todo estaba claro todavía. En ese momento escribimos una carta al Tribunal de Justicia en la que explicamos que nuestras preguntas habían sido en parte, pero no completamente, resueltas y que no estaba claro cómo interpretar la nueva resolución¹³⁰¹. El Tribunal de Justicia aceptó la carta en el procedimiento y las consideró como cuestiones nuevas en el litigio pendiente y dió una nueva oportunidad a las partes y a los gobiernos para expresar una opinión sobre dichas cuestiones¹³⁰². Para nosotros este fue un procedimiento muy rápido y eficiente.

(It will take too much time to tell you about all the cases brought to the CJEU by my Court or in which I was involved, but I will mention three cases in which we have had special (bad and good) experiences.

The first case is the Van Delft judgement (C-345/09) about health care for pensioners. In that case we asked two clear questions to the CJEU and we have got also a very clear answer to those two questions. But the CJEU saw a third question regarding European law (unequal treatment between people living in The Netherlands and pensioners living in other European countries) that should be answered by the national court. Until the judgement of the CJEU this question was not a part of dispute before my court, but after the judgement of the CJEU we had to investigate that third point. So the CJEU was in fact an important party in this case and it took us a lot of time to investigate the third question.

A second comparable case was the Hendrix judgement (C-287/05) about the export of certain benefits within the EU. The CJEU judged that a special article in the Dutch law should be applied in the light of art. 45 VWEU. But that article was in the Dutch law introduced two years after the date of the dispute between the parties and in the Dutch

¹²⁹⁷ Sentencia de 13 de mayo de 2003.

¹²⁹⁸ Sentencia de 28 de abril de 1998, C-158/96.

¹²⁹⁹ Sentencia de 28 de abril de 1998, C-120/95.

¹³⁰⁰ Se refiere a la Sent. “Smits y Peerbooms”, de 12 de julio de 2001, C-157/99.

¹³⁰¹ Aptdos. 33 y 34.

¹³⁰² El aptdo. 36 se refiere a la presentación de “observaciones complementarias” sobre las consecuencias que cabía extraer de la Sent. “Smits y Peerbooms”, habida cuenta las cuestiones planteadas por el “CRvB”.

law it is not possible to apply a new law that was not in force at the moment at stake. So we had a big problem how to solve the case.

The third case I like to mention is the Muller-Fauré case (C-385/99) about health care. In that case we asked questions about the consequences of the Kohll and Decker judgements for in-patient health care in The Netherlands. After the remarks of the parties and the governments in the procedure and other judgement of the CJEU was published about this subject and a part of our questions was in fact solved by that judgement but not everything was clear yet. At that moment we wrote a letter to the CJEU in which we explained that our questions were partly solved but not completely and that it was not clear how to interpret the new judgement. The CJEU accepted the letter in the procedure and regarded it as new questions in the pending case and started a new opportunity for parties and governments to give an opinion about the questions. For us this was a very efficient and quick procedure).

2.- ¿Piensa que, en general, y sobre todo basándose en su experiencia, las respuestas que provienen del Tribunal de Justicia son útiles para los tribunales remitentes en orden a que éstos decidan los litigios nacionales?

(Do you think that, in general, and above all based on your experience, the answers that come from the CJEU are useful to the referring courts in order to decide the national disputes?).

En general, creo que en la mayoría de los casos las respuestas del Tribunal de Justicia son claras y que los Jueces nacionales saben lo que decidir en el litigio nacional. Los ejemplos mencionados antes creo que son casos raros.

(In general I think that in most cases the answers of the CJEU are clear and national judges know what to decide in the national procedure. The examples mentioned before are extraordinary cases I think).

3.- El Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia, ha establecido que la adopción de la decisión en el proceso nacional es de la competencia exclusiva del Juez nacional, pero ¿tiene Usted la impresión de que algunas veces o, incluso, muchas veces, el Tribunal de Justicia, a causa de su declarada necesidad de conocer el contexto fáctico de la controversia nacional, va más allá en relación con su competencia, hasta el punto de ilustrar al Juez nacional sobre algo que le concierne a él, como es la decisión del litigio nacional?

(The CJEU, in its jurisprudence, has established that to take the decision on the national process is of the exclusive competence of the national judge, but do you have the impression that sometimes or, even, a lot of times, the CJEU, because of its declared necessity of knowing the factual context of the national dispute, goes further in relation to its competence, till the point of illustrating the national judge over something that concerns to him, as it is the decision of the national dispute?).

Mi impresión es que en la mayoría de los casos el Tribunal de Justicia es consciente del hecho de que el proceso nacional es de la exclusiva competencia del Juez nacional. Creo

que hay dos razones principales por las que el Tribunal de Justicia algunas veces va más allá de sus competencias.

La primera es el objetivo de cada Juez de solventar un caso concreto o una disputa. Si el Tribunal de Justicia está convencido en un caso de que éste puede, o debería ser, decidido en un cierto modo (europeo), a veces da instrucciones concretas. El caso “Hendrix” creo que es un ejemplo de este tipo de situaciones.

La segunda es la duda del Tribunal de Justicia de si el Juez nacional aplicará el Derecho europeo del modo correcto.

El Tribunal de Justicia decide en este tipo de situaciones, en las que el Juez nacional debe resolver, conociendo el contexto fáctico del litigio nacional pero menciona también todos los aspectos relevantes del asunto en cuestión. En consecuencia, el Juez nacional no tiene muchas posibilidades para otra interpretación.

(My impression is that in most cases the CJEU is aware of the fact that the national process is of the exclusive competence of the national judge. There are two main reasons I think, the CJEU sometimes goes further in relation to its competence. The first is the aim of each judge to solve a concrete case or a conflict. If the CJEU is convinced in a case that it can or should be decided in a certain (European) way it sometimes gives concrete directions. The Hendrix case is an example I think of this kind of situations. The second is the hesitation of the CJEU if the national judge will apply European law in the right way. The CJEU rules in this kind of situations that the national judge has to decide knowing the factual context of the national process but it mentions also all relevant aspect of the case at stake. As a result the national judge does not have much possibilities for an other interpretation).

4.- ¿Piensa Usted que en la futura evolución del procedimiento prejudicial debería ser revisado el concepto de “órgano nacional” o, incluso, más claramente, ser admitidas cuestiones prejudiciales por parte de la Administración Pública; o, por el contrario, considera que su utilidad solo podría seguir siendo la que es como “diálogo entre tribunales”?

(Do you think that in the preliminary ruling’s future development should be reviewed the concept of “national court” or, even, more clearly, to be admitted the references of preliminary rulings by the Public Administration; or, on the contrary, do you consider that its usefulness only could continue being what it is as a “dialogue between courts”?).

Creo que el futuro de la cuestión prejudicial no debería ser cambiado. El diálogo entre jueces, en mi opinión, es un buen concepto si los jueces son conscientes de la importancia del Derecho de la Unión y están dispuestos a invertir tiempo en el desarrollo del Derecho europeo. El concepto de “diálogo” es el mejor modo para desarrollar el derecho europeo en (casi) el mismo sentido en todos los Estados Miembros.

(I think that the preliminary ruling’s future should not be changed. The dialogue between courts is in my view a good concept if national judges are aware of the

importance of European law and are willing to invest time in the development of European law. The concept of ‘the dialogue’ is the best way to develop a European law in (almost) the same way in all member states).

5.- ¿Considera Usted positivo en la evolución futura de la cuestión prejudicial que en las sentencias del Tribunal de Justicia pudieran ser aceptados votos particulares de los jueces?

(Do you consider as positive in the future evolution of the preliminary ruling that in the sentences of the CJEU could be accepted dissenting opinions of the Judges?).

Los votos particulares en el procedimiento prejudicial no serían muy positivos en mi opinión para el desarrollo del Derecho europeo. Hace unos años tuve una discusión muy interesante con el Juez lituano en el Tribunal de Justicia. Había sido también Juez durante algunos años en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y tenía muy claro lo de los votos particulares. Dijo que es mucho mejor que los jueces traten de encontrar una opinión colectiva. Es más convincente para las partes y es mejor para el contexto de cooperación entre los jueces (en general, por supuesto). Estos argumentos son bastante convincentes para mí.

(Dissenting opinions in the preliminary rulings procedure will in my view not be very positive for the development of European law. Some years ago I had a very interesting discussion with the Lithuanian judge in the CJEU. He has also been a judge for some years in the European Court on Human Rights and was very clear about dissenting opinions. He said that it is much better that judges try to find a collective judgement. It is more convincing to the parties and it is better for the atmosphere in cooperation between judges (in general of course). These arguments are rather convincing for me).

6.- ¿Qué cambiaría Usted en la actual regulación del artículo 267 del TFUE, puesto en el papel de legislador, pero pensando como “Juez nacional”, es decir, desde el punto de vista de un Juez que necesita ayuda y clarificación sobre el significado de una disposición legal de derecho europeo?

(What would you change on the issue of the actual preliminary ruling, set out in article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union, if you were european legislator, but thinking as a “national judge”, that means, from the point of view of a Magistrate who needs help and clarification on the meaning of an european law disposition?)

Dos puntos son muy importantes para mí en el cambio del actual procedimiento prejudicial.

En primer lugar, el procedimiento debería ser más rápido. Para la mayoría de los jueces (especialmente en los tribunales regionales) el tiempo normal de 18 meses empleado para la resolución es una razón importante para evitar la remisión de cuestiones al Tribunal de Justicia. En algunos casos requiere incluso un tiempo de espera más largo

por parte del Juez nacional. En el asunto “Akdas” (C-485/07)¹³⁰³ estuvimos esperando la resolución casi tres años.

En segundo lugar, debería existir un papel a jugar por el Juez nacional en el procedimiento prejudicial. Actualmente los Jueces nacionales pueden solo esperar una respuesta en la esperanza de que sea adecuada para el procedimiento nacional. Debería haber, en mi opinión, más contacto entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales durante el procedimiento. Esto es posible en varias fases del procedimiento. Por ejemplo, si el Tribunal de Justicia reformula la cuestión del Juez nacional (como frecuentemente hace), es fácil preguntar al Juez nacional si esto es realmente lo que él quiere saber. También, cuando el Tribunal de Justicia menciona posibles soluciones en Derecho europeo o en relación con normas nacionales es conveniente comunicarle esto al Juez nacional.

Finalmente, debería haber un papel a jugar por el Juez nacional durante la fase oral ante el Tribunal de Justicia.

Todo esto haría del procedimiento prejudicial una cooperación más real entre el Tribunal de Justicia y los Jueces nacionales.

(“For me two points are very important in changing the actual preliminary rulings procedure. First of all the procedure should be quicker. For most judges (especially in regional courts) the general time for a judgement of about 18 months is an important reason to avoid asking questions to the CJEU. In some cases it even takes a longer period of waiting for the national judge. In the Akdas case (C-485/07) we have been waiting for a judgement for almost three years.

Secondly there should be a role for the national judge in the preliminary rulings procedure. Now national judges can only wait for an answer and hope that the answer is suitable in the national procedure. There should be in my view more contact between the CJEU and the national judges during the procedure. This is possible in several stages of the procedure. For instance if the CJEU reformulates the question of the national judge (as the CJEU often does) it is easy to ask the national judge if this is really what he wants to know. Also when the CJEU mentions possible solutions in European law or national laws it is wise to communicate this with the national judge. At last there should be a role for the national judge during the hearings of the CJEU. This all will make the preliminary procedure more a real cooperation between the CJEU and national judges”).

7.- Comoquiera que pienso que su idea sobre un contacto más intenso entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales debería implicar, por ejemplo, dar un papel a los últimos en la audiencia del procedimiento prejudicial, podría completar, por favor, este punto esencial?

(“As I think your idea about a more intense contact between the Court of Justice and the national courts should imply, for instance, giving a role to the latter in the hearings of the preliminary ruling procedure, would you please complete a little bit this essential item?”).

¹³⁰³ Sentencia de 26 de mayo de 2011.

La razón principal para mi idea sobre un contacto más intenso entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales es que se pueden evitar contestaciones inapropiadas. Este contacto es especialmente útil si el Tribunal de Justicia reformula la/s pregunta/s del Juez nacional. Un buen ejemplo de una situación similar es la reciente Sent. “Martens”, de 26 de febrero de 2015 (C-359/13). El Tribunal de Justicia no contestó nuestra primera y más importante pregunta porque pensó que era menos importante (o demasiado difícil dar una buena respuesta). El papel del Juez nacional durante la audiencia ante el Tribunal de Justicia creo que no es especialmente fácil porque la audiencia es la oportunidad de argumentar para las partes implicadas, y una discusión entre las partes y los jueces nacionales debería ser evitada. Volviendo a pensar este aspecto, creo que es mejor restringir el contacto (más intenso) entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales a las preguntas escritas y sus respuestas.

(“The main reason for my idea about a more intense contact between the CJEU and the national courts is that it can avoid inappropriate answers. This contact is especially useful if the CJEU reformulates the question(s) of the national judge. A good example of a that like situation is the recent judgment in the Martens case (C-359/13) of February 26 2015. The CJEU did not answer our first and most important question because they thought it was of less importance (or too difficult to give a good answer). The role for the national judge during the hearings of the CJEU is not a very one easy I think, because the hearing is for the parties involved the opportunity to plead, and a discussion between the parties and the national judges should be avoided. Rethinking this aspect I think it is better to restrict the (more intense) contact between CJEU and national judges to written questions and reactions”).

ANEXO XII

ENTREVISTA CON EL DR. ANTÓNIO SILVA HENRIQUES GASPAR, PRESIDENTE DEL “SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA” DE PORTUGAL¹³⁰⁴

1.El “Supremo Tribunal de Justiça” ha remitido un cierto número de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Ambrósio Lavrador, C-409/09; Merck Genéricos, C-431/05, etc.). ¿Podría contarme su experiencia como Presidente del “Supremo Tribunal de Justiça” con algunos de estos casos, antes o después del envío de la cuestión prejudicial?

(“The “Supremo Tribunal de Justiça” has sent a certain number of references for preliminary rulings to the Court of Justice of the European Union (Ambrósio Lavrador, C-409/09; Merck Genéricos, C-431/05, etc.) Would you tell me your experience as Chief Justice of the “Supremo Tribunal de Justiça” with any of these cases, before or after the referral of the preliminary ruling?).

La experiencia del “Tribunal Supremo de Justiça” con las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, en particular en casos como aquellos que fueron mencionados (Ambrósio Lavrador, C-409/09, y Merck Genéricos, C-431/05) fue siempre muy positiva.

Aunque las situaciones en las que el Tribunal Supremo se enfrentó con la necesidad de formular una petición de cuestión prejudicial al TJUE no fueron frecuentes, cada vez que remitimos una cuestión, la respuesta que recibimos del Tribunal de Justicia fue decisiva para la resolución finalmente adoptada en el litigio nacional.

Y los dos casos que fueron referidos son buenos ejemplos de la importancia de la intervención del Tribunal de Justicia, porque se refieren a solicitudes de muy diferente naturaleza, tanto en su génesis como en sus consecuencias.

En el asunto Ambrósio Lavrador, C-409/09, se resolvió que el derecho de la Unión no se opone al artículo 505 del Código Civil Portugués, lo que permite excluir el derecho de la víctima de un accidente de circulación cuando la responsabilidad de lo sucedido es exclusivamente de ella, resultando la solicitud prejudicial instada por el “Supremo Tribunal de Justiça” que se refería a la interpretación de la Directiva 72/166/CEE de 24 de abril de 1972 sobre la aproximación de leyes de los Estados miembros en relación con seguro de responsabilidad resultante del uso de vehículos a motor y para la aplicación de la obligación de aseguramiento contra semejante responsabilidad (“Primera Directiva”), la Segunda Directiva 84/5/CEE de 30 de diciembre de 1983 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en relación con la responsabilidad resultante del uso de vehículos a motor (“Segunda Directiva”) y la Tercera Directiva del Consejo 90/232/CEE de 14 de mayo de 1990 sobre la

¹³⁰⁴ Contestada el 23 de Marzo de 2015.

aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en relación con la responsabilidad aseguradora de vehículos a motor (“Tercera Directiva”).

En el asunto Merck Genéricos, C-431/05, la petición de decisión prejudicial tenía que ver con la aplicación directa de una disposición en el período de protección de una patente formando parte del Acuerdo sobre los Asuntos Referidos al Comercio de los Derechos de Propiedad Intelectual, concluido en el ámbito de la OMC.

Cuando los procesos en cuestión llegaron al “Supremo Tribunal de Justiça”, es decir ahora al estadio de recurso, se consideró que la intervención del Tribunal de Justicia sería decisiva para la solución legal de la materia, el “Supremo Tribunal de Justiça” no podía dejar de apelar al Tribunal de Justicia cuando los puntos sobre los que era necesario decidir a nivel nacional se enfrentaban con estándares comunitarios. Por tanto, la decisión de formular una cuestión prejudicial fue aceptada por todos.

Después, las decisiones del Tribunal de Justicia a las peticiones prejudiciales han sido también aceptadas como muy positivas interpretaciones de Derecho comunitario, de modo que el TJUE consideró la más apropiada; habiendo decidido los jueces portugueses los recursos pendientes en el “Supremo Tribunal de Justiça” en consonancia con tales interpretaciones, lo que en gran medida facilitó la tarea de los Jueces nacionales, así como aseguró que las decisiones que resultaron aplicaran las normas legales dudosas de modo más correcto, sin haber dejado dudas sobre su compatibilidad con disposiciones comunitarias.

(“The experience of Supremo Tribunal de Justiça with the references for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union, in particular in cases such as those that were mentioned (Ambrósio Lavrador, C-409/09 and Merck Genéricos, C-431/05) was always very positive.

Although the situations in which this Supreme Court was faced with the need to formulate a request for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union were not frequent, whenever we formulated a request the response we received from the Court of Justice of the European Union was crucial to the decision that was finally made in the national process.

And the two cases that were referred are good examples of the importance of the intervention of the Court of Justice of the European Union, because they concern to requests with a very different nature, both in its genesis or in its consequences.

In the case Ambrósio Lavrador, C-409/09, it was decided that the European Union law is not opposed to Article 505.º of the Portuguese Civil Code, which allows to exclude the right of the victim of a road accident when the responsibility for what happened is uniquely theirs, following the request for a preliminary ruling from the Supremo Tribunal de Justiça, which concerned the interpretation of Directive 72/166/EEC of 24 April 1972 on the approximation of the laws of the Member States relating to liability insurance resulting from the use of motor vehicles and to the enforcement of the obligation to insure against such liability (OJL 103, p. 1; EE 13 F2 p. 113; “the First Directive”), the Second Directive 84/5/EEC of 30 December 1983 on the approximation of the laws of the Member States relating to liability insurance resulting from the use of

motor vehicles (OJ 1984 L 8, p. 17; EE F15 13 p. 244; “the Second Directive”) and Third Council Directive 90/232/EEC of 14 May 1990 on the approximation of the laws of the Member States relating to the liability insurance on motor vehicles (OJ L 129, p. 33, “the Third Directive”).

In the case Merck Genéricos, C-431/05, the request for a preliminary ruling concerned the question of the direct application of a provision on the period of patent protection forming part of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, concluded in the context of the WTO.

When the processes concerned have reached the Supremo Tribunal de Justiça, so now at the appeal stage, it was considered that the intervention of the Court of Justice of the European Union would be decisive for the legal solution of the subject matter of resources, the Supremo Tribunal de Justiça couldn't leave to appeal to that Court when the issues that was needed to decide at national level contend with community standards. Thus, decisions to formulate a preliminary ruling have been fully accepted by all.

After, the decisions of the Court of Justice of the European Union on the requests for a preliminary ruling have also been accepted as very positive interpretations of community law so that the European Court considered the most appropriate, having the portuguese judges decided the appeals pending in the Supremo Tribunal de Justiça in accordance with such interpretations, which greatly facilitated the task of the national judges, as well as ensured that decisions that resulted applied the legal rules in question more correctly, without having left over doubts as to its compatibility with community rules”).

2. ¿Piensa que, en general, y sobre todo basándose en su experiencia, las respuestas que provienen del Tribunal de Justicia son útiles para los tribunales remitentes en orden a que éstos decidan los litigios nacionales?

(“Do you think that, in general, and above all, based on your experience, the answers that come from the Court of Justice of the European Union are useful to the referring courts, in order to decide the national processes?”).

Desde mi punto de vista, y dada la experiencia portuguesa, creo que las respuestas que vienen del TJUE son muy útiles para los órganos remitentes, a efectos de la decisión de los procedimientos nacionales, y no solo en relación al proceso en el que hay una cuestión prejudicial (en el que la opinión del TJUE debería ser aplicada), sino también a todos los otros casos en los que las mismas preguntas surgen de nuevo, y los tribunales nacionales son capaces de aplicar las opiniones ya adoptadas por el TJUE en decisiones previas sin necesidad de formular una nueva remisión prejudicial.

Los dos casos arriba mencionados ilustran esta situación, en cuanto se refieren a materias que frecuentemente era necesario discutir en los tribunales nacionales, y han sido tenidos en cuenta a efectos de decisiones posteriores. Por ello, las decisiones o las respuestas que vienen del Tribunal de Justicia son muy útiles a diferentes niveles en los litigios nacionales.

(“From my point of view, and given the portuguese experience, I believe that the answers that come from the Court of Justice of the European Union are very useful for the referring courts, on the level of the decision of the national proceedings, not only with regard to the process where there is the preliminary ruling (in which the understanding of the Court of Justice of the European Union should be applied), but also to all other cases in which the same questions take place again, and that national courts are able to apply the Court of Justice of European Union positions already signed in previous decisions, without need to formulate a new order for reference.

The above two cases illustrate this situation, for which relate to matters that often it was necessary to discuss in national courts, and have been taken into account, at the level of subsequent decisions. Therefore, the decisions or the answers that come from the Court of Justice of the European Union are very useful at different levels of national lawsuits”).

3. El Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia, ha establecido que la adopción de la decisión en el proceso nacional es de la competencia exclusiva del Juez nacional, pero ¿tiene Usted la impresión de que algunas veces o, incluso, muchas veces, el Tribunal de Justicia, a causa de su declarada necesidad de conocer el contexto fáctico de la controversia nacional, va más allá en relación con su competencia, hasta el punto de ilustrar al Juez nacional sobre algo que le concierne a él, como es la decisión del litigio nacional?

(“The Court of Justice of the European Union, in its jurisprudence, has established that to take the decision on the national process is of the exclusive competence of the national judge, but do you have the impression that sometimes or, even, a lot of times, the CJEU, because of its declared necessity of knowing the factual context of the national dispute, goes further in relation to its competence, till the point of illustrating the national judge over something that concerns to him, as it is the decision of the national dispute?).

Como Presidente de un Tribunal Supremo soy plenamente consciente de la dificultad de valorar e interpretar leyes, especialmente cuando las cuestiones suscitadas tienen que ver con asuntos pendientes en tribunales nacionales. Frecuentemente, para alcanzar un profundo entendimiento sobre los extremos concernidos es realmente necesario conocer y considerar los hechos del litigio particular, no siendo capaz de hacer una evaluación en abstracto y con indiferencia de todos los datos del proceso nacional.

Por tanto, el artículo 267 del TFUE opera una división real de poderes entre el tribunal nacional y el Tribunal de Justicia, lo cual implica que hay funciones que han de ser realizadas por el tribunal nacional, mientras que otras deben serlo por los jueces comunitarios.

El tribunal nacional no debería solicitar al Tribunal de Justicia la aplicación de la ley comunitaria, puesto que ello es de su exclusiva competencia.

El Tribunal de Justicia considera que solo es capaz de hablar sobre las normas comunitarias desde los hechos que le han sido reportados por el tribunal nacional, dado que la verificación de la exactitud de tales hechos es de la exclusiva responsabilidad del tribunal nacional.

Es también una cuestión del tribunal nacional establecer los hechos que han dado lugar al litigio y extraer las consecuencias para la decisión del caso, porque una vez dictada la resolución por el Tribunal de Justicia, es el Juez nacional quien habrá de determinar si las normas comunitarias de las que habló son aplicables al caso concreto.

Por tanto, desde el inicio, la división de poderes y responsabilidades entre el Juez nacional y el Juez comunitario están bastante definidas.

La práctica muestra, sin embargo, que el Tribunal de Justicia algunas veces da interpretaciones de derecho comunitario desde una perspectiva de implementación práctica, de modo que tal vez a la decisión final del litigio se llega directa o indirectamente desde la resolución prejudicial. Esto ha ocurrido en algunos casos. Pero incluso en estas situaciones, ello parece dentro de los poderes del Tribunal de Justicia, pues este tipo de interpretación se da en casos muy específicos, en los que para una correcta interpretación del derecho comunitario es necesario equiparar la aplicación de las normas para valorar qué interpretación para el caso concreto estará más en línea con el Derecho comunitario. Son, en todo caso, circunstancias excepcionales, pues la aplicación del derecho al caso individual será siempre cosa del tribunal nacional.

(“As President of a Supreme Court I am fully aware of the difficulty in assessing and interpreting laws, especially when the questions raised relate to individual cases pending in national courts. Often, to achieve a deep reach as far as matters are concerned, it is indeed necessary to know and consider the facts of the national particular case, not being able to make an abstract evaluation and disregard at all the data national process.

Therefore the article 267.º of Treaty on the Functioning of the European Union operates a real división of powers between the national court and the Court of Justice of the European Union, which implies that there are functions to be performed by the national court, while others must be by the Community judicature.

The national court should not apply to the Court of Justice of the European Union for the application of Community law, as this is within its exclusive competence.

The Court of Justice of the European Union considers that it is only able to speak on the Community rules from the facts that have been reported by the national court, given that the verification of the accuracy of such facts is the sole responsibility of the national court.

It is also a matter for the national court to establish the facts giving rise to the dispute and to draw the consequences for the decision of the case, because once the judgment by the Court of Justice of the European Union, is the national judge who will determine whether the Community rules on which Court of Justice of the European Union spoke apply to this case.

Therefore, from the outset, the división of powers and responsibilities between the national court judge and the judge’s of the Court of Justice of the European Union are quite defined.

Practice shows, however, that the Court of Justice of the European Union sometimes gives interpretations of Community law in a practical implementation perspective of the standards, maybe that the final decision of the dispute arises directly or indirectly from the reference. This has happened in some cases. But even in these situations, it appears that the Court of Justice of the European Union beyond its powers, since this type of interpretation occurs in very specific cases, where for a correct interpretation of Community law it is necessary to equate the actual application of rules, to assess which the interpretation that the case will be more in line with Community law. These are exceptional circumstances and that, in any event, the application of law to an individual case will always be a matter for the national court”).

4. ¿Piensa Usted que en la futura evolución del procedimiento prejudicial debería ser revisado el concepto de “órgano nacional” o, incluso, más claramente, ser admitidas cuestiones prejudiciales por parte de la Administración Pública; o, por el contrario, considera que su utilidad solo podría seguir siendo la que es como “diálogo entre tribunales”?

(Do you think that in the preliminary ruling’s future development should be reviewed the concept of “national court” or, even, more clearly, to be admitted the references of preliminary rulings by the Public Administration; or, on the contrary, do you consider that its usefulness only could continue being what it is as a “dialogue between courts”?).

El concepto de tribunal de un EM es actualmente un concepto bien definido y que cumple con varios requerimientos (como resulta claro desde el asunto “Vaassen-Goebbels, C-61/65).

Y la cuestión prejudicial puede tener relación con todos los ámbitos materiales cubiertos por las obligaciones de la Unión Europea, comprendiendo cualquier cuestión que es responsabilidad del Poder Judicial.

Lo que podría ser discutido es si los tribunales arbitrales deberían tener la posibilidad de acceder a la cuestión prejudicial, en los extremos que se susciten en los procesos que se sometan por las partes ante ellos. Quizás, en un sistema ideal esta posibilidad sería muy positiva. Pero ciertamente contribuiría a hacer más lento el sistema y a ralentizar los procesos pendientes ante los tribunales nacionales.

Así, en esencia, el procedimiento prejudicial debería continuar siendo un mecanismo para el diálogo entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia, a través del cual se consigue que en el área que comprende la Unión Europea la interpretación y aplicación del derecho de la UE sean únicas y uniformes, asegurando una igualdad legal a todos los ciudadanos europeos, no preveyendo la necesidad de cuestiones que puedan ser suscitadas antes del procedimiento judicial.

(“The concept of court of a Member State is now a well-defined concept and complying with varios requirements (as is clear from Case Vaassen-Goebbels – Proc 61/65).

And the preliminary rulings may be relate to all materials areas covered in the duties of the European Union, fitting under it all matter which is the responsibility of the judiciary.

What could be discussed whether it was also arbitral tribunals should have the possibility of using the reference, on the issues that arise in the processes that lead the parties to it. Perhaps, in an ideal system this possibility was very positive. But that would certainly contribute to further slow the system and slow down the pending decisions before national courts.

So, in essence, the preliminary ruling procedure should continue to be a mechanism for dialogue between national courts and the Court of Justice of the European Union, through which one obtains that, around the area of the European Union, the interpretation and application of the European Union law is unique and uniform, ensuring legal equality of all European citizens, not foreseeing the need for the questions can be raised in time before the judicial process”).

5.- ¿Considera Usted positivo en la evolución futura de la cuestión prejudicial que en las sentencias del Tribunal de Justicia pudieran ser aceptados votos particulares de los jueces?

(Do you consider as positive in the future evolution of the preliminary ruling that in the sentences of the CJEU could be accepted dissenting opinions of the Judges?).

Desde mi personal punto de vista, la posibilidad de los Jueces del TJUE de mostrar un voto de desacuerdo respecto a la decisión de la mayoría tendría la ventaja de contribuir a mejorar los fundamentos de la resolución, cuyos argumentos resultarían enriquecidos. Sin embargo, una decisión por unanimidad es siempre una decisión fuerte y, por tanto, con un potencial de aceptación mayor para las autoridades nacionales.

Sopesando las ventajas y desventajas que podrían derivarse de la existencia de votos particulares, me parece que el enriquecimiento de la fundamentación sería muy positivo y que, por ello, podría ser una posibilidad de cambiar el procedimiento prejudicial.

(“From my personal point of view, the possibility of the Magistrates of the Court of Justice of the European Union to issue disagreement vote for the majority of the decision would have the advantage of contributing to a better reasons for the decision, it would be enriched in their arguments. However, a decision by unanimity is always a strong decision, and therefore with a potential higher acceptance by the national authorities.

Weighing the advantages and disadvantages that could arise from the existence of accepting dissenting opinions, it seems to me that the enrichment of the argument would be very positive and that, therefore, could be a possibility of changing the operation of the preliminary ruling”).

6.- ¿Qué cambiaría Usted en la actual regulación del artículo 267 del TFUE, puesto en el papel de legislador, pero pensando como “Juez nacional”, es decir, desde el punto de vista de un Juez que necesita ayuda y clarificación sobre el significado de una disposición legal de derecho europeo?

(What would you change on the issue of the actual preliminary ruling, set out in article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union, if you were european legislator, but thinking as a “national judge”, that means, from the point of view of a Magistrate who needs help and clarification on the meaning of an european law disposition?).

En relación con el procedimiento prejudicial de interpretación de contenidos y declaración de conformidad con la ley comunitaria, el sistema está funcionando pues responde a la necesidad de los tribunales nacionales.

Donde la legislación podría quizás hacer cambios es en lo referido a la determinación de la validez, pues la jurisprudencia del TJUE ha establecido que los tribunales nacionales están privados de la potestad de declarar inválido un acto de la Unión, estableciendo una significativa diferencia de régimen para la vuelta en interpretación sobre la determinación de validez, dado que la ley comunitaria no establece ningún sistema diferenciado.

(“With regard to the preliminary reference procedure for interpretation of standards and assessment of conformity with community law, the system is operating as it responds to the need of national courts.

Where the legislature could perhaps make changes is to the reference level in determining validity, since the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union has held that national courts are deprived of power considering the community act as invalid, establishing very significant difference of regime for return in interpretation and the court in determining validity, given that community law does not establish any system of difference”).

ANEXO XIII

ENTREVISTA CON KIRSTEN THORUP, MAGISTRADA DEL “VESTRE LANDSRET” DE DINAMARCA¹³⁰⁵

1.- El “Vestre Landsret” ha remitido un gran número de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia (DSV Road, C-234/09; Danfoss, C-94/10; Danske Svineproducenter, C-316/10; Moller, C-585/10; HK Danmark, C-476/11; Agroferm, C-568/11, etc.). ¿Podría contarme su experiencia como Jueza del “Vestre Landsret” con alguno de estos casos, antes o después de la remisión de la cuestión prejudicial?

(“The “Vestre Landsret” has sent a great number of references for preliminary rulings to the Court of Justice of the European Union (DSV Road, C-234/09; Danfoss, C-94/10; Danske Svineproducenter, C-316/10; Moller, C-585/10; HK Danmark, C-476/11; Agroferm, C-568/11, etc.). Would you tell me your experience as Judge of the “Vestre Landsret” with any of these cases, before or after the referral of the preliminary ruling?).

2. ¿Piensa que, en general, y sobre todo basándose en su experiencia, las respuestas que provienen del Tribunal de Justicia son útiles para los tribunales remitentes en orden a que éstos decidan los litigios nacionales?

(“Do you think that, in general, and above all, based on your experience, the answers that come from the Court of Justice of the European Union are useful to the referring courts, in order to decide the national processes?”).

(Se contestan conjuntamente)

Como Usted indica, el “Vestre Landsret” ha remitido algunas cuestiones prejudiciales al TJUE. En general, y basándome en mi propia experiencia, las respuestas han demostrado ser muy útiles.

(“As you indicate, Vestre Landsret has referred several questions for a preliminary ruling to the Court. In general, and based on my own experience, the answers have shown to be very useful”).

3.- El Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia, ha establecido que la adopción de la decisión en el proceso nacional es de la competencia exclusiva del Juez nacional, pero ¿tiene Usted la impresión de que algunas veces o, incluso, muchas veces, el Tribunal de Justicia, a causa de su declarada necesidad de conocer el contexto fáctico de la controversia nacional, va más allá en relación con su competencia, hasta el punto de ilustrar al Juez nacional sobre algo que le concierne a él, como es la decisión del litigio nacional?

¹³⁰⁵ Contestada el 25 de marzo de 2015.

(“The Court of Justice of the European Union, in its jurisprudence, has established that to take the decision on the national process is of the exclusive competence of the national judge, but do you have the impression that sometimes or, even, a lot of times, the CJEU, because of its declared necessity of knowing the factual context of the national dispute, goes further in relation to its competence, till the point of illustrating the national judge over something that concerns to him, as it is the decision of the national dispute?)

Seguramente Usted pueda encontrar pocas resoluciones del Tribunal de Justicia que dejen solo un pequeño margen para la decisión del tribunal nacional. Sin embargo, esto es frecuentemente debido a las circunstancias específicas del caso y a la naturaleza de las cuestiones remitidas.

(“Surely, you may find a few judgments from the Court that leave only little space for the national court to decide. However, this is often due to the specific circumstances of the case and the nature of the questions referred”).

4. ¿Piensa Usted que en la futura evolución del procedimiento prejudicial debería ser revisado el concepto de “órgano nacional” o, incluso, más claramente, ser admitidas cuestiones prejudiciales por parte de la Administración Pública; o, por el contrario, considera que su utilidad solo podría seguir siendo la que es como “diálogo entre tribunales”?

(Do you think that in the preliminary ruling’s future development should be reviewed the concept of “national court” or, even, more clearly, to be admitted the references of preliminary rulings by the Public Administration; or, on the contrary, do you consider that its usefulness only could continue being what it is as a “dialogue between courts”?).

Creo que el “diálogo entre tribunales” está funcionando muy bien. Como Usted sabe, ciertos organismos dentro de la Administración Pública pueden también remitir cuestiones si se dan las características de “tribunal” (véase por ejemplo el asunto “Banedanmark”, C-396/14¹³⁰⁶). Aparte de eso, no creo que la intención del legislador sea ampliar el alcance de aquellos competentes para enviar cuestiones, al contrario, dado que ya es un problema que el tiempo del procedimiento en el Tribunal de Justicia es muy largo.

(“I believe that the “dialogue between courts” is functioning very well. As you know, certain bodies within the Public Administration may also refer questions if the characteristics of a “court” are met (see for example C-396/14, Banedanmark). Apart from that, I do not suppose that the Legislator’s intention is to widen the scope of those being competent to put questions, on the contrary, given that it is already a problem that the processing time in the Court is very long”).

5.- ¿Considera Usted positivo en la evolución futura de la cuestión prejudicial que en las sentencias del Tribunal de Justicia pudieran ser aceptados votos particulares de los jueces?

¹³⁰⁶ Se refiere al “Klagenævnet for Udbud”.

(Do you consider as positive in the future evolution of the preliminary ruling that in the sentences of the CJEU could be accepted dissenting opinions of the Judges?).

Los votos particulares, pese a su interés, serían contraproducentes, a mi modo de ver. Se debe recordar que la falta de opiniones discrepantes se pretendió desde el principio como un modo de protección de los Jueces del Tribunal de Justicia, una protección que probablemente todavía es necesaria.

(“Dissenting opinions, however interesting, would in my personal point of view be only counterproductive. One must also remember that the lack of dissenting opinions from the very beginning was intended a protection of the judges of the EC Court, a protection probably still needed”).

6.- ¿Qué cambiaría Usted en la actual regulación del artículo 267 del TFUE, puesto en el papel de legislador, pero pensando como “Juez nacional”, es decir, desde el punto de vista de un Juez que necesita ayuda y clarificación sobre el significado de una disposición legal de derecho europeo?

(What would you change on the issue of the actual preliminary ruling, set out in article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union, if you were european legislator, but thinking as a “national judge”, that means, from the point of view of a Magistrate who needs help and clarification on the meaning of an european law disposition?).

Por supuesto, los cambios en este ámbito serían un asunto político.

(“Of course, changes in this area would be a political issue”).

ANEXO XIV

ENTREVISTA CON BENT CARLSEN, PRESIDENTE DEL “OSTRE LANDSRET” DE DINAMARCA¹³⁰⁷

1.- El “Ostre Landsret” ha remitido un gran número de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia (Manova, C-336/12; ATP PensionService, C-464/12; TDC, C-556/12; Nordea Bank Danmark, C-48/13; Envirotec Denmark, C-550/14; Genc, C-561/14, etc.). ¿Podría contarme su experiencia como Juez del “Ostre Landsret” con alguno de estos casos, antes o después de la remisión de la cuestión prejudicial?

(“The “Ostre Landsret” has sent a great number of references for preliminary rulings to the Court of Justice of the European Union (Manova, C-336/12; ATP PensionService, C-464/12; TDC, C-556/12; Nordea Bank Danmark, C-48/13; Envirotec Denmark, C-550/14; Genc, C-561/14, etc.). Would you tell me your experience as Judge of the “Ostre Landsret” with any of these cases, before or after the referral of the preliminary ruling?).

2. ¿Piensa que, en general, y sobre todo basándose en su experiencia, las respuestas que provienen del Tribunal de Justicia son útiles para los tribunales remitentes en orden a que éstos decidan los litigios nacionales?

(“Do you think that, in general, and above all, based on your experience, the answers that come from the Court of Justice of the European Union are useful to the referring courts, in order to decide the national processes?”).

(Se contestan conjuntamente)

Puedo confirmar que el Tribunal Supremo Oriental¹³⁰⁸ ha solicitado algunas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. La cooperación entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo Oriental ha sido satisfactoria y no tenemos ningún deseo de cambiar este procedimiento.

(“I can confirm that the Eastern High Court has requested a number of references for a preliminary ruling to the European Court of Justice. The cooperation between the Court of Justice and the Eastern High Court has been satisfactory and we have no desire to change this procedure”).

3. ¿Piensa Usted que en la futura evolución del procedimiento prejudicial debería ser revisado el concepto de “órgano nacional” o, incluso, más claramente, ser admitidas cuestiones prejudiciales por parte de la Administración Pública; o, por el contrario, considera que su utilidad solo podría seguir siendo la que es como “diálogo entre tribunales”?

¹³⁰⁷ Contestada el 18 de marzo de 2015.

¹³⁰⁸ Sería la traducción al inglés de “Ostre Landsret”. Del mismo modo, el “Vestre Landsret” sería el Tribunal Supremo Occidental.

(Do you think that in the preliminary ruling's future development should be reviewed the concept of "national court" or, even, more clearly, to be admitted the references of preliminary rulings by the Public Administration; or, on the contrary, do you consider that its usefulness only could continue being what it is as a "dialogue between courts"?)

Dado que es ya un problema que el tiempo procesal en el Tribunal de Justicia es muy largo, no es deseable una extensión del procedimiento que posibilitara también a los órganos administrativos plantear cuestiones al Tribunal de Justicia.

("Given that it is already a problem that the processing time in the Court of Justice is very long, an extension of the procedure that also enables administrative bodies to question the Court of Justice is not desirable").

4.- ¿Considera Usted positivo en la evolución futura de la cuestión prejudicial que en las sentencias del Tribunal de Justicia pudieran ser aceptados votos particulares de los jueces?

(Do you consider as positive in the future evolution of the preliminary ruling that in the sentences of the CJEU could be accepted dissenting opinions of the Judges?)

En relación con su pregunta sobre los votos particulares, creo que tales votos particulares son siempre informativos.

("Regarding your question on dissenting opinions, I believe that such dissenting opinions are always informative").

5.- ¿Qué cambiaría Usted en la actual regulación del artículo 267 del TFUE, puesto en el papel de legislador, pero pensando como "Juez nacional", es decir, desde el punto de vista de un Juez que necesita ayuda y clarificación sobre el significado de una disposición legal de derecho europeo?

(What would you change on the issue of the actual preliminary ruling, set out in article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union, if you were european legislator, but thinking as a "national judge", that means, from the point of view of a Magistrate who needs help and clarification on the meaning of an european law disposition?).

En el caso de que debiera producirse tal evolución, requeriría ello la debida consideración política.

("Whether such an evolution should be introduced requires due political consideration").

ANEXO XV

ENTREVISTA CON K., MAGISTRADO DEL “KORKEIN HALLINTO-OIKEUS”¹³⁰⁹ DE FINLANDIA¹³¹⁰

1.- El “Korkein hallinto-oikeus”, como máxima autoridad judicial en Finlandia en temas administrativos, ha remitido una gran cantidad de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia (Gistö, C-270/10; Nordea Pankki Suomi, C-350/10; Susisalo, C-84/11; Ketelä, C-592/11; Laboratoires Lyocentre, C-109/12, etc.) ¿Podría contarme su experiencia como Juez en algunos de estos casos, antes o después de la remisión prejudicial?

(“The “Korkein hallinto-oikeus”, as the highest judicial authority in administrative matters in Finland, has sent a great number of references for preliminary rulings to the Court of Justice of the European Union (Gistö, C-270/10; Nordea Pankki Suomi, C-350/10; Susisalo, C-84/11; Ketelä, C-592/11; Laboratoires Lyocentre, C-109/12, etc.). Would you tell me your experience as Judge with any of these cases, before or after the referral of the preliminary ruling?”)

En “Laboratoires Lyocentre” (C-109/12), el Tribunal Supremo Administrativo remitió al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Se opone la clasificación de un preparado efectuada en un EM, con arreglo a la Directiva 93/42, como producto sanitario dotado con el marcado CE en el sentido de dicha Directiva, a que la autoridad nacional competente de otro EM clasifique ese preparado como medicamento en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva [2001/83], sobre la base de sus funciones farmacológicas, inmunológicas o metabólicas?
- 2) En el supuesto de que la primera cuestión se responda en sentido negativo, ¿puede esa autoridad nacional competente clasificar el preparado como medicamento siguiendo únicamente el procedimiento previsto en la Directiva [2001/83] o, antes de iniciar el procedimiento para la clasificación como medicamento con arreglo a dicha Directiva, es preciso seguir el procedimiento establecido en la cláusula de salvaguardia contenida en el artículo 8 de la Directiva [93/42] o atenerse a las disposiciones sobre la aplicación indebida del marcado CE contenidas en el artículo 18 de esta Directiva?
- 3) ¿Se oponen la Directiva [2001/83], la Directiva [93/42] o la normativa de la Unión en general (entre otras materias, sobre la protección de la vida y de la salud de las personas y la protección de los consumidores) a que los preparados que contienen los

¹³⁰⁹ Tribunal Supremo Administrativo.

¹³¹⁰ Contestada el 21 de enero de 2015; aunque la pregunta número 5 fue aclarada, en parte de su contenido -para lo que se formuló la pregunta 5 bis- el 25 de enero de 2015.

mismos componentes y que realizan las mismas funciones se comercialicen a la vez en el territorio de un solo y mismo EM, por una parte como medicamento, en el sentido de la Directiva [2001/83], que exige una autorización de comercialización, y, por otra, como producto sanitario, en el sentido de la Directiva [93/42]?

Ya en el momento de la remisión, nosotros estábamos, en base a la jurisprudencia previa, bastante convencidos de que la clasificación como producto sanitario en un país no impide su clasificación como medicamento en otro. Sin embargo, no podíamos considerar el asunto como acto claro o acto aclarado. Así, la respuesta fue como esperábamos y muy informativa. Las restantes dos cuestiones (y respuestas) no eran tan evidentes. De hecho, la respuesta a la pregunta 2 indicaba que las autoridades finlandesas no habían procedido en la clasificación del producto exactamente “según las reglas” pero, a pesar de esto, el Tribunal Supremo Administrativo, sobre la base de la intención de estas reglas procedimentales y porque el procedimiento no había afectado los derechos de la compañía, desestimó la solicitud de la compañía (véase Tribunal Supremo Administrativo 2014:32).

También la respuesta a la pregunta 3 fue como se imaginaba, pero la clasificación del producto en cuestión como medicamento, sobre la base de sus propiedades, no estaba en contradicción con el principio de igualdad.

(“In Laboratoires Lyocentre (C-109/12) SAC referred to the ECJ the following questions:

- 1) Does a definition given in one Member State in accordance with Directive 93/42, by which a product is regarded as a medical device or accessory in accordance with that directive and is provided with a CE marking, preclude the competent national authority of another Member State from defining the product concerned, on the basis of its pharmacological, immunological or metabolic effects, as a medicinal product in accordance with Article 1(2)(b) of Directive [2001/83]?*
- 2) If the answer to the previous question is in the negative, can that competent national authority define the product as a medicinal product observing only the procedures under Directive [2001/83] or is it necessary, prior to initiating procedures under that directive to define the product as a medicinal product, to follow the safeguard procedure in Article 8 of Directive [93/42] or to comply with the provisions of Article 18 concerning an unduly affixed CE marking?*
- 3) Does Directive [2001/83], Directive [93/42] or other European Union legislation (including legislation concerning the protection of human life and health and consumer protection) preclude products containing the same substance and having the same modes of action from being marketed in the same Member State both as medicinal products in accordance with*

Directive [2001/83], requiring a marketing authorisation, and as medical devices or accessories in accordance with Directive [93/42]?‘

Already by the moment of referral, we were, on the basis of previous case law, quite convinced that classification as a medical device in one country cannot preclude the classification as a medicinal product in another. However, we could not regard the issue as acte clair or acte éclairé. So, the answer was as expected and very informative. The two remaining questions (and answers) were not so evident. Actually, the answer to question 2 indicated that the Finnish authorities had not proceeded in classification of the product exactly “by the book”, but in spite of this SAC, on the basis of the intention of these procedural rules and because the procedure had not impaired the rights of the company, disallowed the appeal of the company (see SAC 2014:32). Also the answer to question 3 was as presumed, but the classification of the product in question as a medicinal product on the basis of its properties was not in contradiction with the principle of equality”).

2.- ¿Piensa que, en general, y sobre todo basándose en su experiencia, las respuestas que provienen del Tribunal de Justicia son útiles para los tribunales remitentes en orden a que éstos decidan los litigios nacionales?

(“Do you think that, in general, and above all, based on your experience, the answers that come from the Court of Justice of the European Union are useful to the referring courts, in order to decide the national processes?”).

Las respuestas en el caso mencionado arriba fueron claras, informativas, relevantes y útiles. Este es el caso en la mayoría de las decisiones del Tribunal de Justicia (p.e. en los asuntos C-358/11¹³¹¹ y C-318/13¹³¹²). Desgraciadamente hay también ejemplos en los que las respuestas han sido confusas. Puedo poner dos ejemplos.

En el asunto “Lathi Energia” (C-317/07¹³¹³ y C-209/09¹³¹⁴) el mismo caso, referido a un permiso medioambiental para la combustión en una central eléctrica del producto gaseoso llamado REF, generado de basura sólida, tuvo que ser enviado dos veces.

La primera respuesta fue muy sorprendente, pero después de recibir la resolución el operador (obviamente sacando ventaja de la decisión favorable) cambió algunos importantes detalles de la purificación de gas basura, y de ahí que el caso tuviera que ser objeto de una nueva remisión.

¹³¹¹ Sent. “Lapin luonnonsuojelupiiri”, de 7 de marzo de 2013.

¹³¹² Sent. “X”, de 3 de septiembre de 2014.

¹³¹³ Sent. “Lathi Energia I”, de 4 de diciembre de 2008.

¹³¹⁴ Sent. “Lathi Energia II”, de 25 de febrero de 2010.

La segunda sentencia fue como se había previsto, pero dejó la sensación de que en la primera no se habían tomado debidamente en consideración todas las consecuencias.

En el asunto “Satakunnan markkinapörssi” (C-73/07¹³¹⁵; Tribunal Supremo Administrativo 2007:9 y 2009:82) el fallo del Tribunal de Justicia fue muy difícil de interpretar. Tuve la impresión de que la resolución del Tribunal de Justicia consistía en fragmentos separados de opiniones de jueces distintos y que la interpretación se dejaba enteramente en manos del tribunal nacional.

(“The answers in the above mentioned case were clear, informative, relevant and useful. That is the case in most of the ECJ decisions (e.g. C-358/11 and C-318/13). There are, unfortunately, also examples where the answers have been confusing. I can tell two examples.

In the case Lahti Energia (C-317/07 and 209/09; SAC 2007:45, 2009:51 and 2010:58) the same case concerning environmental permit for a power plant burning so called REF product gas generated of solid waste had to be referred twice. The first answer was very surprising, but after having received the ruling the operator (obviously drawing advantage of the favourable decision) changed some important details of the purification of the waste gas, and, hence, the case had to be referred once again. The second ruling was as expected, but left the feeling that in the first ruling all consequence had not been properly taken into account.

In the case Satakunnan markkinapörssi (C-73/07; SAC 2007:9 and 2009:82) the ruling of the ECJ was extremely difficult to interpret. I had the feeling that the ECJ decision consisted of separate fragments of opinions of different judges and the impression was that the interpretation was left entirely in the hands of the national court”).

3.- El Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia, ha establecido que la adopción de la decisión en el proceso nacional es de la competencia exclusiva del Juez nacional, pero ¿tiene Usted la impresión de que algunas veces o, incluso, muchas veces, el Tribunal de Justicia, a causa de su declarada necesidad de conocer el contexto fáctico de la controversia nacional, va más allá en relación con su competencia, hasta el punto de ilustrar al Juez nacional sobre algo que le concierne a él, como es la decisión del litigio nacional?

(“The Court of Justice of the European Union, in its jurisprudence, has established that to take the decision on the national process is of the exclusive competence of the national judge, but do you have the impression that sometimes or, even, a lot of times, the CJEU, because of its declared necessity of knowing the factual context of the national dispute, goes further in relation to its competence, till the point of illustrating the national judge over something that concerns to him, as it is the decision of the national dispute?).

¹³¹⁵ Sentencia de 16 de diciembre de 2008.

Para decirlo de un modo breve y simple, la respuesta es negativa. Nunca he tenido la impresión de que el Tribunal de Justicia esté en disposición de ir más allá de sus competencias y decida el caso pendiente ante el tribunal nacional.

(“To put it briefly and simply, the answer is negative. I have never had the impression that the ECJ would be willing to go beyond its competence and decide the case pending in the national court”).

4.- ¿Piensa Usted que en la futura evolución del procedimiento prejudicial debería ser revisado el concepto de “órgano nacional” o, incluso, más claramente, ser admitidas cuestiones prejudiciales por parte de la Administración Pública; o, por el contrario, considera que su utilidad solo podría seguir siendo la que es como “diálogo entre tribunales”?

(Do you think that in the preliminary ruling’s future development should be reviewed the concept of “national court” or, even, more clearly, to be admitted the references of preliminary rulings by the Public Administration; or, on the contrary, do you consider that its usefulness only could continue being what it is as a “dialogue between courts”?).

Nunca he meditado en profundidad esta opción. Creo que el sistema actual funciona bastante bien. Temo que si el concepto de órgano remitente se extendiera a las autoridades administrativas, la carga de trabajo del Tribunal de Justicia se incrementaría. También sospecho que las cuestiones planteadas no estarían tan bien preparadas como las remitidas por los Tribunales de Justicia.

(“I have never thought this option profoundly. I think the present system functions quite well. I fear that if the concept of the reviewing body would be enlarged to administrative authorities, the case load of the ECJ would rise. I also suspect that the questions posed would not be as well prepared as the ones referred by courts of law”).

5.- ¿Considera Usted positivo en la evolución futura de la cuestión prejudicial que en las sentencias del Tribunal de Justicia pudieran ser aceptados votos particulares de los jueces?

(Do you consider as positive in the future evolution of the preliminary ruling that in the sentences of the CJEU could be accepted dissenting opinions of the Judges?).

En realidad, sí. Soy consciente de la razón por la que los votos particulares no se dan en el Tribunal de Justicia y puedo – en cierta medida- entenderlo. Sin embargo, pensaría que la posibilidad de expresar explícitamente votos particulares aclararía tanto el objeto –que se trata de un caso complicado- como el razonamiento de la mayoría del Tribunal, puesto que éste no estaría obligado a alcanzar ningún tipo de consenso. Quizás esto aceleraría el procedimiento. No creo que la existencia de opiniones discrepantes minara la autoridad y la credibilidad de la decisión del Tribunal. Tampoco es pensable que los Estados miembros cambiaran al Juez que han elegido, incluso en el caso de que ese/a Juez/Jueza decidiera contra el interés nacional (al menos debería ser impensable..). Y en

el Tribunal de Estrasburgo los votos concurrentes y disidentes constituyen la práctica diaria.

(“Actually yes. I am aware of the reason why dissenting opinions are not used in the CJEU, and I can – to some extent - understand them. However, I would think that the possibility to express explicit dissenting opinions would crystallise both the issue (why this is a hard case) and the reasoning of the majority of the court, as the court would not be forced to reach some kind of a consensus. Maybe this would also speed up the procedure. I do not think that dissenting opinions would undermine the authority and credibility of the courts’s decision. It is also hard to believe that member states would change the judge elected from the country in question even if he or she would decide contrary to national interest (at least it should be unthinkable...). And in the Strasbourg Court concurring and dissenting opinions are daily practice”).

5 bis.- Comoquiera que no estoy muy seguro de haber entendido el sentido de su contestación a la pregunta 5, “Soy consciente de la razón por la que los votos particulares no se dan en el Tribunal de Justicia y puedo – en cierta medida-entenderlo. Sin embargo, pensaría que la posibilidad de expresar explícitamente votos particulares aclararía tanto el objeto –que se trata de un caso complicado- como el razonamiento de la mayoría del Tribunal, puesto que éste no estaría obligado a alcanzar ningún tipo de consenso”, me gustaría pedirle que explicara un poco más estas frases, en orden a tener claro el significado.

(“As I am not quite sure to have understood the sense of your answer to question 5: “I am aware of the reason why dissenting opinions are not used in the CJEU, and I can to some extent - understand them. However, I would think that the possibility to express explicit dissenting opinions would crystallise both the issue (why this is a hard case) and the reasoning of the majority of the court, as the court would not be forced to reach some kind of a consensus”. I would like to ask you, if you could explain please a little bit these phrases, in order to get clarified the meaning”).

Mi idea principal era que en la situación actual, en la que los votos particulares están “prohibidos”, la resolución frecuentemente se resiente del hecho de que la “mayoría” y la “minoría” de los jueces tengan que negociar sobre la fundamentación de la resolución. Esto puede conducir a situaciones en las que los argumentos de la minoría tengan que ser incluidos en la decisión de un modo que lleve a resultados confusos o conflictivos. Si hubiera una mayoría clara que pudiera formular un razonamiento de una manera consecuente, separándose de la línea de pensamiento que ellos ven como legítima, el lector podría seguir la decisión mucho más fácilmente. Además, si hubiera un voto discrepante, el lector podría igualmente captar el punto principal donde las opiniones de los jueces difieren y, de nuevo, entender también mejor la resolución de (la mayoría) del tribunal.

Las razones para “prohibir” los votos particulares a las que me refiero es, según sé, que las opiniones discrepantes podrían minar la autoridad de la resolución y que los intereses nacionales podrían más fácilmente tener impacto en los puntos de vista de los jueces elegidos por un determinado EM, si estas opiniones fueran de dominio público.

(“My main point was that in the current situation, where dissenting opinions are “banned”, the judgment often suffers from the fact that the “majority” and the “minority” of the judges have to negotiate about the reasoning of the judgment. This may lead to situations, where arguments of the minority have to be included in the judgment in a manner which may lead to confusing or conflicting result. If there would be a clear majority who could write the reasoning in a consequent manner departing from the line of thinking they see as legitimate, the reader could follow the judgment much more easily. Moreover, if there would be a dissenting opinion, the reader could also catch the main point where the views of the judges differ, and, again, understand also the judgment of the court (= the majority) better.

The reasons for “banning” dissenting opinions which I refer to, are to my knowledge idea that dissenting opinions could undermine the authority of the judgment and that national interests could more easlily have an impact on standpoints of judges elected from a certain member state, if these opinions were in public domain”).

6.- ¿Qué cambiaría Usted en la actual regulación del artículo 267 del TFUE, puesto en el papel de legislador, pero pensando como “Juez nacional”, es decir, desde el punto de vista de un Juez que necesita ayuda y clarificación sobre el significado de una disposición legal de derecho europeo?

(What would you change on the issue of the actual preliminary ruling, set out in article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union, if you were european legislator, but thinking as a “national judge”, that means, from the point of view of a Magistrate who needs help and clarification on the meaning of an european law disposition?)

El procedimiento debería ser más rápido (incluso aunque ha habido una evolución favorable y haya algunos asuntos que se deciden por vía rápida). No es fácil idear medios para alcanzar ese objetivo. Por supuesto, se deberían aportar recursos, lo cual no es probable en la situación económica actual. Me cuestiono si las traducciones podrían, en cierta medida, ser evitadas. Quizás la doctrina CILFIT debería ser reevaluada con medidas legislativas de modo que no sea el criterio el del cien por ciento de certeza y claridad (sé que, por supuesto, en realidad, tales normas no son obedecidas ampliamente, pero una reevaluación podría aligerar, al menos un poco, la carga de trabajo del Tribunal de Justicia). Como he mencionado arriba, hacer uso de los votos particulares podría ser una reforma positiva.

(“The procedure should be more quick (even though there has been some favourable development and there are certain cases that take the fast track). It is not easy to invent the means to achieve this aim. Of course resources could be added, which is not probable in this economic situation. I wonder if translations could be avoided to some extent. Maybe the CILFIT doctrine should be re-evaluated by legislative measures so that 100 per cent certainty of clarity would not be the criterion (I am of course aware that in reality no such rules is widely obeyed but re-evaluation could lighten the ECJ

case load at least a little bit). As mentioned above, use of dissenting opinions might be a favourable reform”).

ANEXO XVI

ENTREVISTA CON VERONIKA KRUMINA, PRESIDENTA DE LA SECCIÓN ADMINISTRATIVA DEL “AUGSTAKAS TIESAS SENATS” DE LETONIA¹³¹⁶

1. El “Augstakas Tiesas Senats” ha remitido un cierto número de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Olainfarm, C-104/13; Greencarrier Freight Services Latvia, C-571/12; Drozdovs, C-277/12; Zakaria, C-23/12; Riezniece, C-7/12; Kurcums Metal, C-558/11, etc.). ¿Podría contarme su experiencia como Jueza del “Augstakas Tiesas Senats” con algunos de estos casos, antes o después del envío de la cuestión prejudicial?

(“The “Augstakas Tiesas Senats” has sent a certain number of references for preliminary rulings to the Court of Justice of the European Union (Olainfarm, C-104/13; Greencarrier Freight Services Latvia, C-571/12; Drozdovs, C-277/12; Zakaria, C-23/12; Riezniece, C-7/12; Kurcums Metal, C-558/11, etc.). Would you tell me your experience as Judge of the “Augstakas Tiesas Senats” with any of these cases, before or after the referral of the preliminary ruling?”).

Como las resoluciones del Tribunal de Justicia están disponibles para Usted, le daré solo alguna breve información sobre algunos de los casos.

Después de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto “Riezniece” (C-7/12), el asunto nacional fue enviado de vuelta al tribunal administrativo de apelación para otro examen en profundidad, tomando en consideración las respuestas dadas por el Tribunal de Justicia. El tribunal administrativo de apelación hizo caso omiso de la aplicación de la sentencia del Tribunal de Justicia, por lo que la Sección Administrativa del Tribunal Supremo, en casación, anuló la resolución del tribunal administrativo de apelación.

También después de la resolución por el Tribunal de Justicia en el caso “Forwards V” (C-563/11), el asunto fue remitido de vuelta al tribunal administrativo de apelación para otro examen en profundidad, tomando en consideración las respuestas dadas por el Tribunal de Justicia. El tribunal administrativo de apelación rechazó la aplicación porque estimó fraude en las operaciones objeto de examen. El recurso de casación fue luego desestimado por la Sección Administrativa.

En el asunto “Zakaria” (C-23/12), la Sección Administrativa del Tribunal Supremo, siguiendo la resolución del Tribunal de Justicia, resolvió en el sentido de que, aunque había una intromisión en los derechos del Sr. Zakaria, los actos de la policía de fronteras –que habían sido alegados como constitutivos de maltrato-, no suponían ningún tipo de

¹³¹⁶ Contestada el 29 de enero de 2015.

La Jueza Krumina nos manifiesta que la mayor parte de las cuestiones prejudiciales planteadas por su tribunal en los diez años en que Letonia es EM de la Unión Europea han sido por decisión de la Sección Administrativa, habiendo sucedido así en 26 casos de los 37 totales remitidos en este tiempo por el “Augstakas Tiesas Senats”.

severidad. El resultado del procedimiento fue que la solicitud del Sr. Zakaria fue desestimada.

En el asunto “Drozdovs” (C-277/12), las cuestiones prejudiciales fueron remitidas por la Sección Civil. Sin embargo, merece la pena mencionar que después de que la resolución del Tribunal de Justicia fue recibida, mis colegas remitieron algunas cuestiones al Tribunal Constitucional de Letonia, el cual resolvió la cuestión¹³¹⁷ a finales del año pasado y ahora el tema se encuentra pendiente ante la Sección Civil del Tribunal Supremo.

“As the judgments of the Court of Justice (CJEU) are available to you, I will provide you only with brief information on some of the cases.

After preliminary ruling of the CJEU in case C-7112 Riezniece, the national case was referred back to the Administrative court of appeal for another in-depth examination taking into consideration the answers provided by the CJ. The Administrative court of appeal dismissed the application. The appeal in cassation was later dismissed by the Administrative Division.

Also after preliminary ruling of the CJ in case C-563/11 Forwards V, the original case was referred back to the Administrative court of appeal for another in-depth examination taking into account the answers provided by the CJEU. The Administrative court of appeal dismissed the application because it found fraud in transactions under examination. The appeal in cassation was later dismissed by the Administrative Division. In case C-23/12 Zakaria, following the judgment of the CJEU, Administrative Division ruled that although there was an interference with Mr. Zakaria rights, the acts (alleged ill-treatment) of the Border Guards did not attain the minimum level of severity. The outcome of the proceedings was that the application was dismissed.

Preliminary questions in case C-277/12 Drozdovs were referred by the Civil Division.

Nevertheless it is worth to mention that after the preliminary ruling of the CJEU was received, my colleagues referred further questions to the Constitutional Court of Latvia. The Constitutional Court gave its ruling¹³¹⁸ at the end of last year and now the case is pending before the Civil Division”).

2.- ¿Piensa que, en general, y sobre todo basándose en su experiencia, las respuestas que provienen del Tribunal de Justicia son útiles para los tribunales remitentes en orden a que éstos decidan los litigios nacionales?

¹³¹⁷ Información en inglés sobre la sentencia:
<http://www.satv.tiesa.gov.lv/?lang=2&top=l&rid=1254>.

¹³¹⁸ Information about the judgment in English:
<http://www.satv.tiesa.gov.lv/?lang=2&top=l&rid=1254>.

(Do you think that, in general, and above all based on your experience, the answers that come from the CJEU are useful to the referring courts in order to decide the national disputes?).

3.- El Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia, ha establecido que la adopción de la decisión en el proceso nacional es de la competencia exclusiva del Juez nacional, pero ¿tiene Usted la impresión de que algunas veces o, incluso, muchas veces, el Tribunal de Justicia, a causa de su declarada necesidad de conocer el contexto fáctico de la controversia nacional, va más allá en relación con su competencia, hasta el punto de ilustrar al Juez nacional sobre algo que le concierne a él, como es la decisión del litigio nacional?

(The CJEU, in its jurisprudence, has established that to take the decision on the national process is of the exclusive competence of the national judge, but do you have the impression that sometimes or, even, a lot of times, the CJEU, because of its declared necessity of knowing the factual context of the national dispute, goes further in relation to its competence, till the point of illustrating the national judge over something that concerns to him, as it is the decision of the national dispute?).

(Se contestan conjuntamente)

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es necesaria para los tribunales nacionales para resolver en casos concernientes a la aplicación del Derecho de la Unión Europea. Las respuestas concretas usualmente se corresponden con las preguntas planteadas. Me gustaría referirme a la Sent. “Apis-Hristovich” del Tribunal de Justicia, en el asunto C-545/07, en la que, conforme a la jurisprudencia establecida por el TJUE, es el tribunal nacional que debe resolver el litigio el único que debe determinar, a la luz de las particulares circunstancias del caso, tanto la necesidad de la cuestión prejudicial que lleve a la remisión como la relevancia de las cuestiones que somete al Tribunal de Justicia (apartado 28). Si la remisión no es suficientemente clara o faltan determinadas informaciones sobre los hechos, las respuestas podrían no ser claras o el Tribunal de Justicia podría dejar al tribunal nacional el examen de los hechos reales del caso.

Creo que, normalmente, el Tribunal de Justicia trata de dar respuestas que podrían ser útiles para la resolución del litigio principal y, por consiguiente, algunas veces podría parecer que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre los argumentos del litigio nacional. Aún así, creo que está bien equilibrado, porque la decisión final del litigio se deja al tribunal nacional.

(“The jurisprudence of the CJEU is necessary for the national courts to give rulings on cases concerning application of EU law. The particular answers usually correspond questions asked. I would like to refer to a citation from the judgment given by the CJ in the case C-545/07 - Apis-Hristovich, according to the settled case-law of the Court, it is solely for the national court before which the dispute has been brought, and which must assume responsibility for the subsequent judicial decision, to determine in the light of the particular circumstances of the case both the need for a preliminary ruling in order to enable it to deliver judgment and the relevance of the questions which it submits to the Court (para 28). If the referral is not sufficiently clear or some factual information is missing, the answers might not be clear or the CJ might leave up to the national court the examination of the real facts of the case. I find that usually the CJ tries to give

answers which might be useful in resolving the dispute in the main proceedings and therefore sometimes it might seem that the CJ rules on arguments in the main proceedings. Nevertheless I find it well balanced, because the final decision on the dispute is left to the national court”).

4.- ¿Piensa Usted que en la futura evolución del procedimiento prejudicial debería ser revisado el concepto de “órgano nacional” o, incluso, más claramente, ser admitidas cuestiones prejudiciales por parte de la Administración Pública; o, por el contrario, considera que su utilidad solo podría seguir siendo la que es como “diálogo entre tribunales”?

(Do you think that in the preliminary ruling’s future development should be reviewed the concept of “national court” or, even, more clearly, to be admitted the references of preliminary rulings by the Public Administration; or, on the contrary, do you consider that its usefulness only could continue being what it is as a “dialogue between courts”?).

El “diálogo entre jueces” es un mecanismo que funciona bien. El Tribunal de Justicia, cuando ha habido dudas sobre si el órgano remitente satisface las condiciones para ser considerado como un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 del TFUE, ha mostrado diligencia y ha examinado cada caso particular. La sociedad democrática requiere que una intromisión en los derechos de un individuo esté abierta a la valoración de los tribunales. Con este objeto cualquier cuestión referida a la interpretación del Derecho de la Unión puede ser clarificada usando el mecanismo del mencionado diálogo entre jueces.

(“The “dialogue between courts” is well functioning mechanism. The CJEU, when there are doubts whether the referring institution satisfies conditions to be called a court within the meaning of Article 267 of the TFEU, has shown diligence and has examined each and every particular case. The democratic society requires that an interference with an individual’s rights is open to the courts assessment. In the scope of this examination any questions concerning interpretation of EU law can be clarified using the mechanism of the mentioned dialogue between courts”).

5.- ¿Considera Usted positivo en la evolución futura de la cuestión prejudicial que en las sentencias del Tribunal de Justicia pudieran ser aceptados votos particulares de los jueces?

(Do you consider as positive in the future evolution of the preliminary ruling that in the sentences of the ECJ could be accepted dissenting opinions of the Judges?).

El Tribunal de Justicia, usando el procedimiento prejudicial, nos provee de interpretaciones vinculantes sobre el Derecho de la Unión Europea. Es importante para la aplicación de esas interpretaciones que no haya ninguna duda sobre la interpretación del Derecho de la Unión. Por ello no estoy a favor de los votos particulares de los Jueces en los casos de cuestiones prejudiciales. Cuando el Tribunal de Justicia decide recursos directos, podría ser entendible tener opiniones diferentes sobre el resultado del caso y, por tanto, los votos particulares podrían ser una solución.

(“The CJ using the preliminary rulings provides us with binding interpretation of the EU law. It is important for the application of those interpretations not to cast any doubts on the particular interpretation of EU law. Therefore I’m not in favor of dissenting opinions of the Judges in the cases on preliminary rulings. When the CJEU decides direct actions, it could be understandable to have different opinions on the outcome of the case and therefore dissenting opinions might be a solution”).

6.- ¿Qué cambiaría Usted en la actual regulación del artículo 267 del TFUE, puesto en el papel de legislador, pero pensando como “Juez nacional”, es decir, desde el punto de vista de un Juez que necesita ayuda y clarificación sobre el significado de una disposición legal de derecho europeo?

(What would you change on the issue of the actual preliminary ruling, set out in article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union, if you were european legislator, but thinking as a “national judge”, that means, from the point of view of a Magistrate who needs help and clarification on the meaning of an european law disposition?)

El Tribunal de Justicia ha mostrado flexibilidad en la aplicación del artículo 267 del TFUE, por ello no veo la necesidad de hacer cambio alguno en este sistema.

(“The CJ has shown flexibility in application of Article 267 of the TFEU, therefore I do not see the necessity to make any changes in this system”).

ANEXO XVII

3.8.2013

ES

Diario Oficial de la Unión Europea

C 226/5

2) ¿Es competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro en cuyo territorio se haya iniciado un procedimiento de insolvencia sobre el patrimonio de una sociedad deudora para conocer de una demanda del administrador concursal contra el administrador de dicha sociedad para el reembolso de los pagos realizados después de incurrir ésta en insolvencia o de declararse su situación de sobreendeudamiento, cuando el administrador no tiene su domicilio en otro Estado miembro de la Unión Europea sino en un Estado parte del Convenio de Lugano II?

3) ¿Está incluida la demanda mencionada en la primera cuestión en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 3 del Reglamento de insolvencia europeo?

4) En caso de que la demanda mencionada en la primera cuestión no esté incluida en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento de insolvencia europeo o de que la competencia del órgano jurisdiccional en relación con la misma no se extienda a un administrador con domicilio en un Estado parte del Convenio de Lugano II:

¿Se trata de un asunto concursal en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), del Convenio de Lugano II?

5) En caso de respuesta afirmativa a la cuarta cuestión:

a) ¿Es competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro en que la sociedad deudora tiene su domicilio social, con arreglo al artículo 5, número 1, letra a), del Convenio de Lugano II, para conocer de una demanda como la mencionada en la primera cuestión?

a) ¿El objeto de la demanda mencionada en la primera cuestión es materia contractual en el sentido del artículo 5, número 1, letra a), del Convenio de Lugano II?

b) ¿El objeto de la demanda mencionada en la primera cuestión es materia contractual sobre una prestación de servicios en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), del Convenio de Lugano II?

b) ¿El objeto de la demanda mencionada en la primera cuestión constituye materia delictiva o cuasidelictiva o una acción derivada de delitos o cuasidelictos que constituyen el objeto del procedimiento con arreglo al artículo 5, número 3, del Convenio de Lugano II?

(¹) DO 2009, L 147, p. 5.
(²) DO L 160, p. 1.

Petición de decisión prejudicial planteada por el
Grondwettelijk Hof (Bélgica) el 30 de mayo de 2013 —
Isabelle Gielen/Ministeraad

(Asunto C-299/13)

(2013/C 226/08)

Lengua de procedimiento: neerlandés

Órgano jurisdiccional remitente

Grondwettelijk Hof

Partes en el procedimiento principal

Demandante: Isabelle Gielen

Demandada: Ministeraad

Cuestión prejudicial

¿Debe interpretarse el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2008/7/CE (¹) del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, en el sentido de que se opone a la aplicación de un impuesto a la conversión, obligatoria por ley, de valores al portador en valores nominativos o en valores desmaterializados y, en caso de respuesta afirmativa, puede estar este impuesto justificado en virtud del artículo 6 de la citada Directiva?

(¹) DO L 46, p. 11.

Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (España) el 30 de mayo de 2013 — Ayuntamiento de Benferri/Consejería de Infraestructuras y Transporte, Iberdrola Distribución Eléctrica SAU

(Asunto C-300/13)

(2013/C 226/09)

Lengua de procedimiento: español

Órgano jurisdiccional remitente

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1

Partes en el procedimiento principal

Demandante: Ayuntamiento de Benferri

Demandada: Consejería de Infraestructuras y Transporte, Iberdrola Distribución Eléctrica SAU

Cuestiones prejudiciales

- 1) ¿Debe interpretarse el concepto de «construcción de líneas aéreas de transporte de energía eléctrica con un voltaje igual o superior a 220 kV y una longitud superior a 15 kilómetros», que figura en el apartado 20 del Anexo I de la Directiva 85/337 (5), en su versión modificada por la Directiva 97/11 (6), en el sentido de que las únicas instalaciones eléctricas que comprende son las líneas aéreas que cumplen estos dos umbrales?
- 2) ¿Debe interpretarse el concepto de «... transmisión de energía eléctrica mediante líneas aéreas», que figura en el punto 3, apartado b, del Anexo II de la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11, en el sentido de que las únicas instalaciones de transmisión de energía eléctrica que comprende son las líneas aéreas? En caso de respuesta negativa:
- 3) ¿Debe interpretarse el concepto de «... transmisión de energía eléctrica mediante líneas aéreas», que figura en el punto 3, apartado b, del Anexo II de la Directiva 85/337, en el sentido de que comprende las subestaciones de transformación?
- 4) ¿Debe interpretarse el concepto de «... transmisión de energía eléctrica mediante líneas aéreas», que figura en el punto 3, apartado b, del Anexo II de la Directiva 85/337, en el sentido de que comprende las subestaciones de transformación, aunque su construcción o ampliación se ejecute mediante un proyecto que no incluya la construcción de una línea aérea?

(5) Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DO L 175, p. 40 (EE 15/06, p. 9)).

(6) Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, por la que se modifica la Directiva 85/337/CEE (DO L 75, p. 5).

Petición de decisión prejudicial planteada por el Augstākās tiesas Senāts (Letonia) el 3 de junio de 2013 — AS flyLAL-Lithuanian Airlines, declarada en concurso de acreedores/ VAS «Starptautiskā lidosta Rīga», AS «Air Baltic Corporation»

(Asunto C-302/13)

(2013/C 226/10)

Lengua de procedimiento: letón

Órgano jurisdiccional remitente

Augstākās tiesas Senāts

Partes en el procedimiento principal

Denunciante: AS flyLAL-Lithuanian Airlines, declarada en concurso de acreedores

Demandadas: VAS «Starptautiskā lidosta Rīga», AS «Air Baltic Corporation»

Cuestiones prejudiciales

- 1) ¿Ha de considerarse un asunto en materia civil o mercantil, en el sentido del Reglamento, (1) un litigio, en el que se solicita que se conceda una indemnización por daños y perjuicios y que se declare la ilicitud del comportamiento de las demandadas consistente en un acuerdo ilícito y en un abuso de posición dominante, y que se basa en la aplicación de actos normativos de alcance general de otro Estado miembro, habida cuenta de que los acuerdos ilícitos son nulos desde el momento de su conclusión, y de que, en cambio, la adopción de una norma es un acto del Estado en el ámbito del Derecho público (*acta iure imperii*), al que se aplican las normas de Derecho internacional público relativas a la inmunidad de jurisdicción de un Estado frente a los órganos jurisdiccionales de otros Estados?
- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera pregunta del asunto es un asunto en materia civil o mercantil, en el sentido del Reglamento), ¿ha de considerarse que el procedimiento de reclamación de indemnización es un litigio en materia de validez de las decisiones de los órganos de sociedades, en el sentido del artículo 22, apartado 2, del Reglamento, lo que permite no reconocer la resolución con arreglo al artículo 35, apartado 1, del Reglamento?
- 3) Si el objeto del recurso en el procedimiento de reclamación de indemnización se inscribe en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 2, del Reglamento (competencias exclusivas), ¿tiene el órgano jurisdiccional del Estado en el que se solicita el reconocimiento la obligación de verificar que concurren las circunstancias enumeradas en el artículo 35, apartado 1, del Reglamento en relación con el reconocimiento de una resolución mediante la que se acuerda la adopción de medidas cautelares provisionales?
- 4) ¿Puede entenderse la cláusula de orden público contenida en el artículo 34, apartado 1, del Reglamento en el sentido de que el reconocimiento de una resolución mediante la que se acuerda la adopción de medidas cautelares provisionales es contraria al orden público de un Estado miembro si, en primer lugar, el fundamento principal para la adopción de las medidas cautelares provisionales es la magnitud considerable de la cantidad solicitada sin que se haya realizado un cálculo fundado y justificado, y en segundo lugar, si al reconocer y ejecutar dicha resolución se puede causar un perjuicio a las partes demandadas, que la parte demandante, una sociedad declarada en concurso de acreedores, no podrá reparar en caso de que se desestime el recurso en el procedimiento de reclamación de indemnización, lo que podría afectar a los intereses económicos del Estado en el que se solicita el reconocimiento, poniendo en consecuencia en riesgo la seguridad del Estado, toda vez que la República de Letonia es titular del 100 % de las acciones de Lidosta Rīga y del 52,6 % de las acciones de AS Air Baltic Corporation?

(1) Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 12, p. 1).

ANEXO XVIII

C 336/4

ES

Diario Oficial de la Unión Europea

16.11.2013

Designación de la Sala encargada de tramitar los asuntos contemplados en el artículo 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia

(2013/C 336/07)

En su reunión general de 24 de septiembre de 2013, el Tribunal de Justicia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, ha designado a la Sala Tercera como Sala encargada de tramitar los asuntos contemplados en el artículo 107 de dicho Reglamento, para el período comprendido entre el 7 de octubre de 2013 y el 6 de octubre de 2014.

Designación de la Sala encargada de tramitar los asuntos contemplados en el artículo 193 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia

(2013/C 336/08)

En su reunión general de 24 de septiembre de 2013, el Tribunal de Justicia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, ha designado a la Sala Quinta como Sala encargada de tramitar los asuntos contemplados en el artículo 193 de dicho Reglamento, para el período comprendido entre el 7 de octubre de 2013 y el 6 de octubre de 2014.

Designación del primer Abogado general

(2013/C 336/09)

En su reunión general de 1 de octubre de 2013, el Tribunal de Justicia ha designado Primer Abogado General al Sr. Cruz Villalón, para el período comprendido entre el 7 de octubre de 2013 y el 6 de octubre de 2014.

Prestación de juramento de un nuevo Juez del Tribunal de la Función Pública

(2013/C 336/10)

Tras haber sido nombrado Juez del Tribunal de la Función Pública para el período comprendido entre el 1 de octubre de 2013 y el 30 de septiembre de 2019, mediante decisión de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013, ⁽¹⁾ el Sr. Svenningsen ha prestado juramento ante el Tribunal de Justicia el 7 de octubre de 2013.

(1) DO L 247, de 18 de septiembre de 2013, p. 37.

ANEXO XIX

Roj: ATS 6913/2010
Id Cendoj: 28079130022010200067
Órgano: Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 2
Nº de Recurso: 6016/2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JOAQUIN HJELIN MARTINEZ DE VELASCO
Tipo de Resolución: Auto

AUTO

En la Villa de Madrid, a tres de mayo de dos mil diez.

HECHOS

1. La Administración General del Estado interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada el 26 de junio de 2003 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 59/01.

2. Dicha sentencia acogió en parte el recurso contencioso-administrativo promovido por Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (en lo sucesivo, «RENFE») frente a la resolución aprobada el 24 de octubre de 2000 por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid. Esta decisión había desestimado la reclamación deducida para obtener la nulidad de la liquidación que, por importe de 109.637.956 pesetas (858.937,39 euros), fue girada a RENFE por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en concepto de impuesto especial sobre los hidrocarburos, ejercicio 1998, incluyendo la cuota, la sanción y los intereses de demora.

3. En providencia de 29 de enero de 2010 se dejó sin efecto el señalamiento para la deliberación, la votación y el fallo del recurso de casación y se concedió a las partes y al Ministerio Fiscal un plazo de diez días para que presentasen alegaciones en relación con el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, una vez en vigor el Tratado de Lisboa, Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

El interrogante trata sobre la interpretación de la exención que, conforme al artículo 8, apartado 2, letra c), de la Directiva 92/81 / CE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la armonización de las estructuras del impuesto especial sobre los hidrocarburos (DO L 316, p. 12), pueden los Estados miembros aplicar «en el ámbito del transporte de personas y mercancías por ferrocarril».

4. En su escrito de alegaciones, RENFE se opuso al planteamiento de la cuestión prejudicial porque en el recurso de casación la Administración de Estado no ha invocado la normativa comunitaria y porque la mencionada Directiva 92/81 dejó un amplio margen de apreciación a los Estados miembros, siendo la transposición de la misma al derecho nacional la que debe interpretar y aplicar el Tribunal Supremo. En su opinión, la Directiva 92/81 permite a los Estados miembros configurar como estimen conveniente las exenciones y las bonificaciones en el ámbito del transporte ferroviario.

5. El abogado del Estado se ha opuesto porque la exención que contempla el artículo 8, apartado 2, letra c), de la Directiva 92/81 no es obligatoria para los Estados miembros, siendo soberana la ley interna en este punto.

6. Por su parte, el Fiscal ha hecho la misma propuesta, pero por razones distintas. Admite que la normativa interna se separa del texto del artículo 8, apartado 2, letra c), de la Directiva 92/81, pero subraya que esa diferencia ha quedado muy reducida con la entrada en vigor de la Directiva 2003/96/CEE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad (DO L 283, p.51). A su juicio, la interpretación flexible de la normativa interna que viene realizando la Audiencia Nacional y la Dirección General de Tributos, añadida a dicho acercamiento, desaconseja el planteamiento de la cuestión prejudicial.



Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

1.- El marco jurídico

1.1. La normativa interna española

1.1.1. La Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales (Boletín Oficial del Estado -en los sucesivos «BOE»- de 29 de diciembre, p. 44305), dentro de la normativa dedicada al impuesto sobre los hidrocarburos, dispuso en el artículo 51 la exención de:

«2. La fabricación e importación de hidrocarburos que se encuentren en régimen suspensivo y que de destinen a:

[...]

d) Su utilización como carburante en el transporte por ferrocarril.»

1.1.2. La Ley 40/1995, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales (BOE de 20 de diciembre, p. 36359), aunque reformó el artículo 51, mantuvo inalterado el texto relativo a esta exención. Así, quedan exentas:

«2. La fabricación e importación de productos incluidos en el ámbito objetivo del impuesto que se destinen a:

[...]

d) Su utilización como carburante en el transporte por ferrocarril.»

1.1.3. El Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Impuestos especiales (BOE de 28 de julio, p. 23028), al definir la circulación de los productos sometidos a dichos impuestos y, más en particular, la circulación por ferrocarril, en el artículo 35 dice:

«1. Se entenderá por transporte por ferrocarril no sólo el que se realice por este medio, sino también el complementario por carretera que cubra el trayecto desde el establecimiento de salida a estación de ferrocarril, así como el recorrido por carretera desde la estación de descarga hasta su destino.»

1.2 La interpretación interna de la exención

1.2.1. La Dirección General de Tributos, órgano integrado en el Ministerio de Economía y Hacienda y con facultades para interpretar la normativa tributaria en respuesta a las consultas que le dirijan los administrados, ha entendido la exención en cuestión con el siguiente alcance (consulta 2350/97, de 13 de noviembre de 1997):

«[...] todo carburante consumido en la acción de transportar algo por ferrocarril, sean personas, sean mercancías, o sean los instrumentos, maquinarias o elementos necesarios para mantener la red viaria en perfecto estado, se utiliza en el "transporte por ferrocarril" a los efectos de la aplicación de la exención prevista en el artículo 51.2.d) de la Ley. Por tanto, ello incluye el carburante empleado por los elementos de tracción dedicados a transportar por ferrocarril a las personas que efectúan el mantenimiento de la vía y de la catenaria así como los instrumentos, maquinarias y elementos empleados en dicha actividad. Por el contrario, el transporte que realice la empresa ferroviaria utilizando medios de transporte distintos de los trenes y de la maquinaria que circule por ferrocarril, no puede entenderse comprendido en el término "transporte por ferrocarril" aunque sea complementario de éste, por lo que respecto del carburante consumido por la maquinaria utilizada en la carga y descarga en estaciones, apeaderos y almacenes pero que no utiliza las vías férreas para su circulación, no será aplicable la exención establecida en el artículo 52.1.d) de la Ley.»

1.2.2. Parecido criterio ha seguido la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en sentencia de 14 de diciembre de 2000 (recurso 210/00), en la que ha sostenido (fundamento jurídico segundo) que la exención alcanza a los derivados de los hidrocarburos utilizados en el transporte por ferrocarril, ya sea de personas o de mercancías, incluyendo también el empleado para impulsar la maquinaria y los artefactos necesarios para el mantenimiento de la red, incluidas las vagonetas que transportan los trabajadores y las herramientas y, en general, los elementos autopropulsados necesarios para esa tarea de entretenimiento. Por el contrario, dejó fuera de la dispensa el combustible gastado en las labores de carga, descarga o transbordo.

1.2.3. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 20 de junio de 2008 (recurso 513/05) ha seguido la misma línea interpretativa (fundamento jurídico tercero).

1.2.4. El Tribunal Supremo no ha tenido ocasión aún de pronunciarse al respecto. El recurso de casación en el que se suscita la presente cuestión prejudicial es la primera vez en la que ha tenido que afrontar la interpretación del artículo 51, apartado 2, letra d), de la Ley 38/1992.

2. Los hechos del litigio ante el Tribunal Supremo

2.1. Durante el año 1996 RENFE recibió 106.288.685 litros de gasóleo bonificado del tipo «B», con exención del pago del impuesto especial sobre hidrocarburos. De ese volumen, destinó 1.610.046 litros para impulsar los motores de la maquinaria de mantenimiento de las vías y de la catenaria, consumiendo otros 387.192 litros en los elementos de carga, descarga y trasego de vagones.

2.2. La Agencia Estatal de Administración Tributaria estimó que el gasóleo con tales fines no gozaba de la exención prevista en el artículo 51, apartado 2, de la Ley 38/1992. Por ello, el 28 de mayo de 1998 notificó a RENFE una liquidación complementaria por los mencionados impuesto y ejercicio, que ascendía a 86.280.682 pesetas de cuota (518.557,34 euros) y 14.993.227 pesetas por intereses de demora (90.111,11 euros), imponiendo a dicha compañía una sanción de 8.363.247 pesetas (50.264,13 euros).

2.3. Disconforme, RENFE interpuso una reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid (organismo administrativo revisor), que ratificó el criterio de la Administración tributaria con el argumento de que la interpretación literal del artículo 51, apartado 2, de la Ley 38/1992 abona el criterio de que la exención se refiere únicamente al carburante que se emplea en la operación estricta de transporte (de personas o mercancías), sin que alcance a las tareas subsidiarias.

2.4. RENFE interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala competente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuya Sección 5ª, en sentencia de 31 de marzo de 2004, le dio en parte la razón. Siguiendo el criterio mantenido por la Audiencia Nacional en la sentencia de 14 de diciembre de 2000, incluyó en la exención el gasóleo destinado a la maquinaria ferroviaria necesaria para el mantenimiento de la red. Sin embargo, excluyó del beneficio a los vehículos que, con el mismo fin, no circulan por la vía férrea.

2.5. Contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la Administración General del Estado interpuso recurso de casación porque, a su juicio, dicho pronunciamiento jurisdiccional infringe el artículo 51, apartado 2, de la Ley 38/1992. Considera que, no existiendo una definición legal de «transporte por ferrocarril», hay que acudir a la interpretación lógica y usual, debiendo retenerse que en el derecho mercantil español, incluso en el administrativo, existe un concepto o una idea de transporte consistente en la actividad comercial del movimiento de mercancías o de personas de manera organizada y por precio.

2.6. RENFE recuerda que el objetivo de la Ley 38/1992 es cumplir las directivas comunitarias sobre los impuestos especiales, ámbito jurídico armonizado por el derecho comunitario, e indica que las exenciones que autoriza este bloque jurídico están vinculadas a usos que no implican la utilización de la red viaria. Añade que en los considerandos de las directivas se expone con claridad la voluntad de utilizar la imposición especial como instrumento de las políticas de energía, medio ambiente y transporte, dispensando en el caso de los hidrocarburos el destinado a emplearse en el ámbito del transporte de personas y mercancías por ferrocarril. Pues bien, en su opinión, la *ratio legis* de la exención que nos ocupa estriba en la finalidad extrafiscal de utilizar este tributo como instrumento de las políticas de transporte y medio ambiente. Estima que el traslado de operarios, materiales, herramientas, etc., es transporte y cuando se realiza por medio de vehículos que se desplazan por las vías férreas tiene el carácter de ferroviario, conforme a la definición usual del diccionario.

3. El derecho comunitario

3.1. La Directiva 92/81 destaca en su 3º considerando la importancia que para el correcto funcionamiento del mercado interior tiene establecer definiciones comunes para todos los hidrocarburos sometidos al sistema general de control de los impuestos especiales.

3.2. Tras indicar la necesidad de establecer determinadas exenciones obligatorias (5º considerando), contempla en el 6º la posibilidad de que los Estados miembros establezcan facultativamente otras exenciones, siempre que con ello no se provoquen distorsiones en la competencia.

3.3. Sentadas las anteriores premisas, dispone que los Estados miembros aplicarán a los hidrocarburos un impuesto especial armonizado, con arreglo a las disposiciones de la propia Directiva 92/81 (artículo 1, apartado 1).

3.4. Tras disponer las exenciones obligatorias en el artículo 8, apartado 1, en el siguiente apartado precisa que los Estados miembros pueden aplicar con carácter potestativo exenciones:

«c) en el ámbito del transporte de personas y mercancías por ferrocarril»

3.5. La anterior Directiva, que estaba vigente al tiempo de los hechos de este litigio, fue derogada por la Directiva 2003/96.

3.6. Esta Directiva también destaca la necesidad de que los productos energéticos se sometan a un marco comunitario cuando se usen como combustible para calefacción o carburante de automoción (considerando 22^o), así como la conveniencia de permitir a los Estados miembros que apliquen exenciones o niveles reducidos de imposición distintos de los previstos en la Directiva, siempre que ello no afecte al buen funcionamiento del mercado interior y no implique distorsiones de la competencia (considerando 24^o).

3.7. En la misma línea que la Directiva 92/81 dispone en el artículo 15:

«1. Sin perjuicio de otras disposiciones comunitarias, los Estados miembros podrán aplicar bajo control fiscal exenciones totales o reducciones de nivel de imposición a:

[...]

e) los productos energéticos y la electricidad utilizados para el transporte de pasajeros y mercancías por ferrocarril, metro, tranvía y trolebús.»

4. Los presupuestos y la pertinencia del reenvío prejudicial

4.1. Esta Sala se enfrenta con un litigio en el que la Administración General del Estado defiende, frente al criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que la exención potestativa relativa al transporte de personas y mercancías por ferrocarril debe ser objeto de una interpretación rigurosa, de modo que únicamente ha de alcanzar al gasóleo destinado a esa estricta actividad. Por el contrario, la Sala de instancia, siguiendo la exégesis sostenida en la vía jurisdiccional en casos anteriores, sostiene que ha de darse a dicha dispensa un alcance más amplio, comprensivo del combustible consumido por la maquinaria que se desplaza por la vía férrea a fin de mantener y conservar las instalaciones.

4.2. La respuesta a tal dilema depende de la interpretación que el Tribunal de Justicia otorgue al artículo 8, apartado 2, letra c), de la Directiva 92/81, cuyo texto reproduce, con otras palabras, el artículo 15, apartado 1, letra e), de la Directiva 2003/96.

4.3. El nuevo texto normativo no arroja luz para alcanzar una interpretación del precepto aplicable al presente caso, que es el artículo 8, apartado 2, letra c), de la Directiva 92/81. Así pues, no cabe deducir de la regulación comunitaria una sola solución hermenéutica, que se imponga por su propia evidencia, no sólo a este Tribunal sino al resto de órganos jurisdiccionales de los diferentes Estados miembros, incluido el propio Tribunal de Justicia [sentencia de 6 de octubre de 1982, CILFIT (283/81, apartado 16)].

4.4. De otro lado, la regulación comunitaria actualmente en vigor evidencia que la cuestión prejudicial que acordamos remitir al Tribunal de Justicia no sólo resulta pertinente para resolver el actual litigio, sino que también presenta una dimensión *pro futuro*, en la medida en que la exégesis que realice dicho Tribunal puede proyectarse a la Directiva 2003/96.

4.5. La circunstancia de que la exención que contemplamos sea meramente potestativa no resta ni un ápice de su pertinencia al reenvío prejudicial, porque, en efecto, los Estados miembros conservan un margen de libertad para acordar el beneficio fiscal, pero, una vez que decidan aplicarlo, lo han de hacer en los mismos términos. En otras palabras, los Estados miembros pueden o no dispensar del impuesto especial sobre los hidrocarburos al gasóleo empleado en el transporte de personas y mercancías por ferrocarril, pero aquellos que opten por reconocer la dispensa han de hacerlo con idéntica amplitud, dejando fuera de imposición a la misma actividad; de otro modo podría verse afectado el mercado interior, provocando distorsiones a la competencia, efectos que, como se ha visto, las directivas sobre la materia quieren evitar. En suma, a estos efectos la noción de «transporte de personas y mercancías por ferrocarril» es una noción autónoma del derecho comunitario que sólo puede hacerse desde ese ordenamiento jurídico y cuya interpretación, salvo que concurren las condiciones CILFIT, compete al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4.6. Tampoco obsta al planteamiento de la cuestión prejudicial el hecho de que las partes no hayan suscitado esa posibilidad a lo largo del debate procesal. El principio *iura novit curia* también actúa en este ámbito [sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck, (C-312/93, Rec. p. I-4599), y Van Schijndel y Van Veen (asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705); en el mismo sentido las de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941), y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, asunto C-473/00, Rec. p.



I-10875)). Conforme a esta jurisprudencia, opera un principio general de aplicabilidad de oficio del derecho comunitario, siempre que el ordenamiento jurídico-procesal interno permita invocar, asimismo de oficio, una norma imperativa interna. En el sistema contencioso-administrativo español, si el juez estima que no se ha planteado la cuestión en la forma debida, ha de dar el golpe de timón necesario a la controversia sin más requisito que, en virtud del principio de contradicción, oír a las partes para que se pronuncien sobre el particular [artículos 33, apartado 2, y 65, apartado 2, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio, p. 23516)].

Entiende esta Sala que, en la jurisdicción contencioso-administrativa, el juez no puede dejar de aplicar a un pleito una norma comunitaria válida y vigente con el argumento de que no ha sido alegada. Más en particular, estima que, en casación, si el recurrente invoca una norma interna que es transposición de otra de derecho comunitario, está obligado, en cuanto órgano que resuelve en última instancia, a dirigirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea pidiéndole que fije la interpretación correcta de esta última.

5. La cuestión prejudicial

5.1. Sabemos que los Estados miembros pueden establecer una exención para el gasóleo consumido «en el ámbito del transporte de personas y mercancías» [artículo 8, apartado 2, letra c), de la Directiva 92/81], facultad que España ha ejercitado a través del artículo 51, apartado 2, letra d), de la Ley 38/1992 [«Su utilización como carburante en el transporte por ferrocarril»]. Pero ignoramos cuál sea el alcance que deba darse a esta noción, con un sentido amplio, como el sentado en la sentencia objeto de este recurso de casación, o con otro más restringido, según defiende la Administración General del Estado.

5.2. El Tribunal de Justicia no ha tenido ocasión hasta el momento de pronunciarse sobre tan precisa cuestión

5.3. No obstante, ha enfatizado la necesidad de que las definiciones relativas a los productos regulados en la Directiva 92/81 y las exenciones aplicables a los mismos reciban una interpretación autónoma, basada en el tenor de las disposiciones de que se trata y en los objetivos perseguidos por la Directiva (apartado 19 de la sentencia de 1 de abril de 2004, Deutsche See-Bestattungs-Genossenschaft, C-389/02), que no son otros que los de promover el correcto funcionamiento del mercado interior y establecer un régimen armonizado para la estructura del impuesto especial sobre los hidrocarburos en el ámbito comunitario (apartado 18 de la misma sentencia). De otro modo, se correría el riesgo de interpretaciones divergentes que, además de perjudicar los objetivos de la normativa comunitaria, atentarían contra la seguridad jurídica, pudiendo crear desigualdades de trato entre los operadores económicos afectados (apartado 21).

5.4. El Tribunal de Justicia ha señalado, en relación con las exenciones obligatorias del apartado 1 del artículo 8, que su objetivo es facilitar los intercambios comerciales intracomunitarios, en particular el tráfico de mercancías y la libre prestación de servicios (apartado 24 de la sentencia de 1 de marzo de 2007, Jan De Nul, C-391/05). Cabe preguntarse si el mismo planteamiento resulta operativo para las exenciones potestativas.

5.5. Si fuere así, podría mantenerse, en principio, la tesis estricta defendida por la Administración, que responde además a un principio general consistente en que todo beneficio fiscal debe interpretarse de modo restrictivo, presente en el ordenamiento jurídico interno español [artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre, p. 44987)].

5.6. De este modo, la dispensa debería quedar reducida al gasóleo gastado exclusivamente en el transporte mediante precio de personas y mercancías. No obstante, a este respecto debe recordarse que el Reglamento español de los impuestos especiales, a la hora de definir la circulación de los productos sometidos a los mismos, conceptúa transporte por ferrocarril «no sólo el que se realice por este medio, sino también el complementario por carretera que cubra el trayecto desde el establecimiento de salida a estación de ferrocarril, así como el recorrido por carretera desde la estación de descarga hasta su destino» (artículo 35, apartado 1).

5.7. Ahora bien, teniendo en cuenta el objetivo de la Directiva, cabría sostener la posición más laxa sentada en la sentencia recurrida, de modo que la exención pudiera alcanzar cualquier operación de transporte con fines comerciales (véase el apartado 23 de la citada sentencia de 1 de abril de 2004, Deutsche See-Bestattungs-Genossenschaft), quedando incluido en su ámbito el combustible destinado a impulsar la maquinaria precisa para el mantenimiento, la conservación y la reparación de la catenaria y de las vías férreas, en la medida en que esa operación, si bien auxiliar, sirve también, en cuanto lo facilita, al transporte comercial de personas y mercancías.

5.8 En suma, resulta procedente preguntar a título prejudicial al Tribunal de Justicia si el artículo 8, apartado 2, letra c), de la Directiva 92/81, conforme al que los Estados miembros pueden aplicar una exención



«en el ámbito del transporte de personas y mercancías por ferrocarril», debe interpretarse de modo estricto, atendiendo a la literalidad de la proposición normativa, o si, por el contrario, se impone una exégesis amplia que extienda la dispensa al carburante empleado por la maquinaria que se traslada por la vía férrea para el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria.

En virtud de lo expuesto,

LA SALA ACUERDA:

Primero.- Suspender el procedimiento hasta la resolución de incidente prejudicial.

Segundo.- Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

«¿La frase "en el ámbito del transporte de personas y mercancías por ferrocarril", contenida en el artículo 8, apartado 2, letra c), de la Directiva 92/81/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la armonización de las estructuras del impuesto especial sobre los hidrocarburos, para definir la exención que en dicho ámbito los Estados miembros pueden establecer, debe interpretarse de modo estricto, atendiendo a su literalidad, o, por el contrario, se impone una exégesis amplia que extienda la dispensa al carburante empleado por la maquinaria que se traslada por la vía férrea para el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria?».

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados

ANEXO XX

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO 2 DE MARCHENA

Procedimiento de Ejecución hipotecaria 126/2013.

Ejecutante : Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

Procurador : Antonio Guisado Sevillano.

Letrado : Javier Bernal Martínez.

Ejecutado : José Manuel Barroso Vega y Liliana Duque.

Juez : Manuel Ruiz de Lara.

AUTO

PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL COMUNITARIA ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En Marchena a 16 de Agosto de 2013.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Se tramitan en este juzgado demanda de ejecución hipotecaria instada el día 26 de Febrero de 2013 por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Guisado Sevillano, en nombre y representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. ; en su escrito inicial, tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba que se despachase ejecución por la cuantía adeudada cifrada en 184.714'45 euros de principal más la cantidad que resulte en concepto de intereses y costas, sin perjuicio de una posterior liquidación, y en su día, previos los trámites legales oportunos, incluido el requerimiento judicial de pago, se sirva sacar a subasta pública la finca hipotecada y con su producto acuerde hacer pago al demandante por la cantidad mencionada más los intereses de demora al tipo del 19'00 % anual desde la fecha en que se certificó la deuda hasta el que el pago se realice, así como hacer pago de las costas que se causen en éste procedimiento.

SEGUNDO.- La demanda ejecutiva presentada, parte del contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes litigantes en fecha 6 de Julio de 2007. En virtud de dicho contrato la entidad demandante concedió a los demandados un préstamo hipotecario por importe de 191.550 euros.

En dicho contrato se pactaron entre otras las siguientes cláusulas :

- a) Cláusula segunda : Se estableció un plazo de amortización del préstamo y pago de los intereses se realice en 480 plazos mensuales a partir del periodo integrado por los días comprendidos desde la fecha de formalización de la escritura y el día 31 de Julio de 2007, ambos inclusive.
- b) Cláusula tercera : Se fijaron unos intereses ordinarios al tipo máximo del 12 % nominal anual.
- c) Cláusula sexta. Interés de demora. En caso de no satisfacer a la entidad prestamista, a su debido tiempo, las obligaciones pecuniarias derivadas del préstamo, incluso las

nacidas por causa de vencimiento anticipado, las sumas adeudadas, con indiferencia de que se haya iniciado o no su reclamación judicial, producirán intereses de demora, desde el día siguiente inclusive a aquel en que la falta de pago se haya producido hasta el día en que se realice el pago, se aplicará el 19'00 % de interés. Los intereses de demora se liquidarán por meses naturales. Los intereses devengados y no satisfechos serán capitalizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317 del Código de Comercio.

d) Cláusula sexta bis. Vencimiento anticipado. En caso de incumplimiento de las obligaciones de pago por la parte prestataria, la entidad prestamista podrá anticipar el vencimiento inicialmente pactado y exigir el pago de la totalidad del capital adeudado, más los intereses, demora, comisiones, gastos y costas pactados.

TERCERO.- Mediante Providencia de 22 de Abril de 2013, se acordó dar traslado a las partes a los efectos de decidir si hay nulidad en la cláusula de intereses y vencimiento anticipado.

CUARTO.- Por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Guisado Sevillano, actuando en nombre y representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. , se presentó con fecha de 3 de Mayo de 2013, escrito de alegaciones en relación a la cláusula de vencimiento anticipado y de interés moratorio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestión prejudicial comunitaria.

El artículo 234 del Tratado de la Comunidad Económica Europea en su versión consolidada (Ámsterdam 2 de octubre de 1997) establece que el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

1.1. sobre la interpretación del presente Tratado;

1.2. sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE;

1.3. sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia 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 de Justicia.

2. Conforme a la nota informativa emitida por el Tribunal sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por órganos de jurisdicciones nacionales (2005/C 143/01 publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea e 11 de junio de 2005). La cuestión que se somete al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se vincula a la interpretación

de una norma de derecho comunitario, concretamente la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores; también incorpora algunos criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de tutela de consumidores.

SEGUNDO.- Síntesis del supuesto fáctico.

En los ordinales siguientes se sintetizan los hechos que dan lugar a plantear la cuestión prejudicial:

1. El día 6 de Julio de 2007 la entidad demandante suscribió con los deudores e hipotecantes, un contrato de préstamo hipotecario en virtud del cual la entidad prestamista concedía a los demandados la cantidad de 191.550 euros.

En dicho contrato se pactaron entre otras las siguientes cláusulas :

a) Cláusula segunda : Se estableció un plazo de amortización del préstamo y pago de los intereses se realice en 480 plazos mensuales a partir del periodo integrado por los días comprendidos desde la fecha de formalización de la escritura y el día 31 de Julio de 2007, ambos inclusive.

b) Cláusula tercera : Se fijaron unos intereses ordinarios al tipo máximo del 12 % nominal anual.

c) Cláusula sexta. Interés de demora. En caso de no satisfacer a la entidad prestamista, a su debido tiempo, las obligaciones pecuniarias derivadas del préstamo, incluso las nacidas por causa de vencimiento anticipado, las sumas adeudadas, con indiferencia de que se haya iniciado o no su reclamación judicial, producirán intereses de demora, desde el día siguiente inclusive a aquel en que la falta de pago se haya producido hasta el día en que se realice el pago, se aplicará el 19'00 % de interés. Los intereses de demora se liquidarán por meses naturales. Los intereses devengados y no satisfechos serán capitalizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317 del Código de Comercio.

d) Cláusula sexta bis. Vencimiento anticipado. En caso de incumplimiento de las obligaciones de pago por la parte prestataria, la entidad prestamista podrá anticipar el vencimiento inicialmente pactado y exigir el pago de la totalidad del capital adeudado, más los intereses, demora, comisiones, gastos y costas pactados.

2. A fin de asegurar la devolución del préstamo y mediante la mencionada escritura se constituyó hipoteca sobre la finca propiedad de los deudores hipotecarios inscrita en el Registro de la Propiedad de Marchena al tomo 1109, libro 551, folio 223, finca número 30.274 inscripción séptima.

La referida finca aparece descrita en el Registro de la Propiedad de Marchena como; Finca Urbana. Vivienda número 5. Casa E, en la zona del fondo de la finca, con entrada por la puerta sita más a la izquierda, llegando por la galería, integrante del inmueble marcado con el número de gobierno de la calle A , de esta villa. Consta en planta baja de estar –comedor, cocina, patio, dormitorio vestidor y vestíbulo en la alta de tres dormitorios, baño, distribuidor y escalera, y castillete utilizado como lavadero en la cubierta. Tiene una superficie construida total de 134'73 metros cuadrados, a razón

de 59'78 metros cuadrados en cada una de sus plantas baja y primera y 15'17 metros cuadrados en planta de cubierta, y linda : frente con la citada galería;derecha entrando con vivienda F de esta división ; izquierda con cada de Don J. L. B. y fondo con casa de Don J. A. M. en calle C

En la cláusula novena se constituyó hipoteca para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la misma, según el siguiente detalle :

- _ De la cantidad de 191.550 euros en concepto de principal
- _ De la cantidad máxima de 22986'00 euros, para responder del pago de los intereses remuneratorios.
- _ De la cantidad máxima de 68.958'00 euros, para responder del pago de los intereses de demora al tipo pactado del 19'00 %.
- _ De la cantidad máxima de 32563'50 euros y 5.746'50 euros para el pago de las costas procesales y demás gastos y perjuicios por incumplimiento, respectivamente.

3. La cláusula décima regula la ejecución judicial de la hipoteca. De forma que para el ejercicio de las acciones judiciales que procedan, derivadas del presente contrato, incluso en caso de ejecución, dado que la cantidad prestada es líquida desde su origen, bastará que a la demanda se acompañe original del presente contrato con las formalidades exigidas en la Ley, en se caso las que se requieran especialmente a efectos de seguir acción ejecutiva, bien sea la ordinaria o especial sobre bienes hipotecados, todo ello con el fin de reintegrarse a la entidad prestamista del principal, intereses y comisiones más los gastos y costas que se originen en el procedimiento. Sin que se pierda esta naturaleza real y la preferencia que conlleva, por así convenirlo expresamente las partes, Caixabank podrá presentar la liquidación, por ella practicada, para determinar la deuda, haciéndose constar por el Fedatario público que intervenga a su requerimiento que la cantidad exigible resulta de la liquidación efectuada por la entidad prestamista y que la misma se ha practicado en la forma pactada por las partes en este contrato.

4. El día 26 de Noviembre de 2012 un representante de la caja prestamista acude al notario con el objeto de otorgar acta de determinación de deuda – protocolo del notario otorgante -. El compareciente acude al notario al que requiere para que expida documentación fehaciente de liquidación de saldo, según carta de requerimiento que adjuntaba – carta debidamente firmada por el requirente. En el apartado cuarto de esta acta el notario acredita que de la documentación aportada y el contenido del contrato de préstamo citado deduce que la liquidación de la cuenta ha sido practicada según criterios matemático-financieros y generalmente admitidos y de acuerdo con las condiciones pactadas por las partes. La liquidación de la deuda a fecha de noviembre de 2012 es de 184.714'45 euros, a favor de la prestamista, según los certificados emitidos por la caja prestamista. El desglose que se hace de las cantidades adeudadas tras el vencimiento anticipado y liquidación es de:

- 182.069'70 euros de principal. - 2505'25 euros de intereses remuneratorios. – 109'55 euros de intereses de demora (aplicando interés de demora del 19'00%). Certificando que el tipo de interés aplicado en concepto de demora a toda cantidad por principal o intereses no satisfecha durante el periodo de amortización del préstamo corresponde al 19'00 %.

5. El día 29 de Noviembre de 2012 se remite telegrama a los deudores hipotecarios M.

anunciando que el préstamo concedido presenta un saldo deudor de 184.714'45 euros, que proceden a resolver el contrato y reclamar la deuda por vía judicial. La razón del inicio de esas actuaciones judiciales es el incumplimiento de las cláusulas pactadas, la caja prestamista ha dado por vencido el préstamo previamente a la interposición de la demanda.

6. El día 26 de Febrero de 2013 por el Procurador de los Tribunales Don Antonio

Guisado Sevillano, en nombre y representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., se interpuso demanda ejecutiva frente a los deudores hipotecarios más arriba referenciados ; en su escrito inicial, tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba que se despachase ejecución por la cuantía adeudada cifrada en 184.714'45 euros de principal más la cantidad que resulte en concepto de intereses y costas, sin perjuicio de una posterior liquidación, y en su día, previos los trámites legales oportunos, incluido el requerimiento judicial de pago, se sirva sacar a subasta pública la finca hipotecada y con su producto acuerde hacer pago al demandante por la cantidad mencionada más los intereses de demora al tipo del 19'00 % anual desde la fecha en que se certificó la deuda hasta el que el pago se realice, así como hacer pago de las costas que se causen en éste procedimiento.

7. Estos puntos enumerados configurarían un posible relato de los hechos probados en el presente procedimiento, relato de hechos probados que se basaría fundamentalmente en una reproducción prácticamente literal de las principales cláusulas del préstamo hipotecario, más la reseña de las actuaciones judiciales seguidas en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Marchena en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

8. En conclusión los deudores hipotecarios, no pudieron hacer frente a los vencimientos desde julio de 2012, razón por la cual la entidad prestamista decidió dar por vencida la operación, arrojando el préstamo hipotecario un saldo deudor por el importe cuantificado en los párrafos precedentes.

9. Los deudores hipotecarios no se han personado en el procedimiento de ejecución hipotecaria, tampoco se han acogido a la posibilidad de “liberar el bien”, de enervar la acción ejecutiva y evitar la subasta conforme al artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pagando las cuotas indebidas en el momento de la ejecución, más los intereses, costas y gastos correspondientes a dichas cuotas indebidas. Lo que cuestiona es que el criterio de liquidación de la deuda pendiente, vinculado a la posibilidad de vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo y cálculo de los intereses ordinarios y moratorios pactados, es nulo por vulnerar las normas referidas a las condiciones generales de la contratación – recogidas en el texto refundido de la Ley 1/2007, de 1 de noviembre.

TERCERO.- Análisis de la normativa comunitaria en materia de protección de consumidores y usuarios, de la jurisprudencia del TJUE al respecto y de la transposición de la Directiva 93/13 a la legislación nacional española.

1. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sin perjuicio de aspectos puntuales en otras Leyes, se transpuso al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, por la que se

optó por llevar a cabo la incorporación de la citada Directiva mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que al mismo tiempo, a través de su disposición adicional primera, modificaba el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En la actualidad, estas disposiciones legales junto con otras normas de transposición de Directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores y usuarios, se hayan refundidas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

El sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. Esta situación le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

2. El artículo 3 de la citada Directiva dispone que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Seguidamente el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE define el concepto de cláusula abusiva. De forma que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

El artículo 3 de la Directiva 93/13, con la remisión a los conceptos de buena fe y de desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, delimita sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula.

3. En el anexo a la Directiva, al que se remite el artículo 3, apartado 3, de ésta, se menciona expresamente como ejemplo de cláusulas abusivas, en su número 1, letra e), las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta. No obstante, con arreglo al artículo 3, apartado 3, de la Directiva, la lista que contiene el anexo a la Directiva sólo sirve como orientación sobre qué tipo de cláusulas pueden ser declaradas abusivas, y no tiene carácter exhaustivo. Por consiguiente, la mera mención de una cláusula en el anexo no puede determinar automáticamente y por sí sola que tenga carácter abusivo; no obstante, dicha mención constituye un elemento esencial, en el que el órgano jurisdiccional puede basar su apreciación del carácter abusivo de la cláusula.

4. El artículo 4,1 de la referida directiva comunitaria, regula así mismo que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la

celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde al Juez nacional determinar si una cláusula contractual cumple los requisitos para poder ser calificada de abusiva en el sentido de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Sólo el órgano jurisdiccional nacional puede apreciar de forma completa las consecuencias que la cláusula de que se trata puede tener en el ámbito del Derecho aplicable al contrato, lo cual lleva consigo un examen del ordenamiento jurídico nacional.

5. El artículo 6.1 impone a los estados miembros la obligación consistente en establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Habida cuenta de la situación de inferioridad del consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prescribe que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

6. El artículo 7 de la Directiva 93/13 en sus apartados primero y segundo concreta la referida obligación de la siguiente forma :

“1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.”

Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Así, a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el Juez nacional debe apreciar incluso de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

7. Finalmente el artículo 10 de la Directiva 93/13 establece que los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre

de 1994. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión. Las disposiciones adoptadas se aplicarán a todos los contratos celebrados después del 31 de diciembre de 1994.

8. Al no existir en el Derecho de la Unión una armonización de las medidas nacionales de ejecución forzosa, corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, establecer la regulación procesal. Ahora bien, la libertad de configuración de los Estados miembros está limitada por el principio de equivalencia y por el principio de efectividad. La normativa no puede ser menos favorable que la que regula situaciones similares sometidas al Derecho interno y no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores.

El principio de equivalencia dice que la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno.

Con arreglo al principio de efectividad, la regulación procesal nacional no puede conducir a que se obstaculice la invocación de los derechos garantizados al consumidor por la Directiva 93/13. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales.

9. En Derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estaba garantizada inicialmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE no 176, de 24 de julio de 1984, p. 21686; en lo sucesivo, «Ley 26/1984»).

La Ley 26/1984 fue modificada posteriormente mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE no 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), que adaptó el Derecho interno a la Directiva 93/13.

Por último, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE no 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181; en lo sucesivo, «Real Decreto Legislativo 1/2007»), estableció el texto refundido de la Ley 26/1984, con sus sucesivas modificaciones.

A tenor del artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007:

«1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.»

El artículo 1.258 del Código Civil dispone lo siguiente:

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.»

10. Teniendo presente el sometimiento al imperio de la Ley y la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, la protección de los Consumidores y Usuarios que ha de informar la práctica judicial según el artículo 53.1 de la Constitución, y el actual sistema de fuentes del Derecho Español con arreglo a nuestra integración en la Unión Europea y la fuerza vinculante para el Juez Nacional de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el control de oficio se despliega desde el momento de examinar la demanda ejecutiva y despachar ejecución, al amparo de la doctrina MOSTAZA-CLARO establecida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2006. Doctrina modelada con los criterios de las sentencias del TJUE de 27 de junio de 2000, “caso Océano”, de 21 de noviembre de 2002 /C 473/00, Rec. p. I 10875) caso Cofidis, y en especial la sentencia de 4 de junio de 2009, asunto Pannon GSM /C.243/08, Rec. p. I-4713) que en una declaración de carácter general sobre las cláusulas abusivas no circunscritas a cuestiones atributivas de competencia, determina que “*el Juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello*”, determinándose en la sentencia de de 6 de octubre de 2009, *asunto Asturcom*, que siempre que se cuente con los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el control de oficio podrá realizarse *sin audiencia del consumidor* e incluso *estando en situación de rebeldía*. Doctrina resumida con claridad y en atención específica al control de oficio, *in limine litis* y en cualquier fase del procedimiento, de la *nulidad de cláusulas relativas a intereses moratorios* por abusivas, en el seno del procedimiento monitorio, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, recaída en el asunto C-618/10, caso Banesto-Joaquín Calderón, a raíz de una petición de decisión prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona, por auto de fecha 29 de noviembre de 2010.

11. Con arreglo a la doctrina del TJUE el control de oficio debe verificarse cuando el Tribunal cuente con los elementos de hecho y de Derecho suficientes, como es el caso, y lógicamente, este control de oficio, para ser tal y tener sentido, se basa en el denominado principio de efectividad, en los términos del Apto.28 de la Sentencia del TJCE de 26 de octubre de 2006. Cuando se constata los indicios de ser consumidor el justiciable ejecutado y la presunción según la Directiva 13/93 de no negociación individualizada de una cláusula contractual que prevé unos intereses moratorios en un contrato de préstamo a aplicar no ya a cuotas impagadas constante el contrato, sino al total del principal resultante al vencer anticipadamente el contrato, apreciándose una

penalización del todo desproporcionada al incumplimiento de las obligaciones del consumidor, con el simple análisis de la petición ejecutiva y el contenido de la escritura de constitución de hipoteca, se cuentan ya con los elementos de hecho y de derecho para realizar el control de oficio.

12. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de fecha 14 de junio de 2012, recaída en el asunto C-619/10, caso Banesto-Joaquín Calderón, establece una jurisprudencia clara y vinculante para el Juez Nacional y que aun referida específicamente al procedimiento monitorio español, es aplicable a cualesquiera otro proceso, como el presente de ejecución de título no judicial, en que se den las circunstancias que se contemplan en el apartado 53 de la sentencia. Un procedimiento en el que no se permita al Juez que conoce de una demanda, aún cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examinar de oficio *in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, entendiéndose que puede menoscabar el principio de efectividad de la protección de los consumidores y usuarios que pretende garantizar la Directiva 93/13. La doctrina Banesto-Joaquín Calderón es clara, y sin perjuicio de la posibilidad de confiarse de practicar el control de oficio *in limine litis* y en cualquier fase del procedimiento, se considera por estricto respeto del instituto de la cosa juzgada formal y las características de nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria, necesario practicarlo en el despacho de ejecución. Debiendo por último recordar, teniendo presente la vinculatoriedad de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que según se contempla en el apartado 43 de la Sentencia de 14 de junio de 2012, caso Banesto-Joaquín Calderón, *“el papel que el Derecho de la Unión atribuye al Juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”*.

13. El TJUE declaró la posibilidad de control de oficio, sin necesidad siquiera de denuncia de parte, en la sentencia de 27 de junio de 2000 en los asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, Océano Grupo Editorial, SA, contra Martina y otros razona que: El objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas (...) Es preciso considerar que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (...) La protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a éstos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido.

14. A su vez en la sentencia de 4 de junio de 2009 en la cuestión prejudicial en el asunto C-243/08 (Pannon GSM Zrt contra Erzsébet Sustikné) no solo permite, sino que impone

el examen de oficio de la abusividad: Así pues, el Juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al Juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial.

15. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de Febrero de 2013 caso *Banif Plus Bank*, establece que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que el Juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula. Sin embargo, el principio de contradicción obliga, con carácter general, al Juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales.

16. En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de Octubre de 2009, asunto C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones, S.L.*, se reconoce al Juez la facultad de examinar de oficio de la cláusula relativa a la sumisión a arbitraje en el momento de admitir a trámite una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

17. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Marzo de 2013 considera que “procede recordar de inmediato que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Según se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. En este contexto, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que el Juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Sin embargo, el asunto objeto del litigio principal se distingue de los asuntos que dieron lugar a las sentencias antes citadas *VB Pénzügyi Lízing* y *Banco Español de Crédito* por el hecho de que trata de la determinación de las obligaciones que incumben al Juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria, con el fin de que se garantice, en su caso, el efecto útil de la decisión sobre el fondo por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo y, por tanto, de la incoación del procedimiento de ejecución hipotecaria. A este respecto, procede señalar

que, a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de aplicación de los motivos de oposición admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria y de las facultades conferidas al Juez que conozca del proceso declarativo, competente para analizar la legitimidad de las cláusulas contractuales en virtud de las que se estableció el título ejecutivo, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada EM en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). En lo que atañe al principio de equivalencia, debe señalarse que el Tribunal de Justicia no cuenta con ningún elemento que suscite dudas acerca de la conformidad de la normativa controvertida en el litigio principal con dicho principio. En efecto, consta en autos que el sistema procesal español prohíbe al Juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, no sólo cuando aprecie el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sino también cuando compruebe que esa cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo que le corresponde a él verificar. En lo que respecta al principio de efectividad, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales. En el presente asunto, de los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que, según se establece en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando ésta se funde en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible —cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado— o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento. Con arreglo al artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cualquier otra reclamación que el deudor pueda formular, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el correspondiente capítulo de dicha Ley. Por otra parte, en virtud del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de dicha Ley, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Pues bien, de lo expuesto se deduce que, en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el Juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada. A este respecto, es preciso señalar, no obstante, que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades

del procedimiento de ejecución hipotecaria controvertido en el litigio principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos. Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el Juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13. En efecto, tal como señaló también la Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones, sin esa posibilidad, en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el Juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión sólo permite garantizar al consumidor una protección *a posteriori* meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13. Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda. Así pues, tal como ha puesto de relieve asimismo el Juez remitente, basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva. En estas circunstancias, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos. A la luz de estas consideraciones, ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un EM, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el Juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.”

18. La misma Sentencia de 14 de Marzo de 2013 dispone que el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.

19. En la jurisprudencia más reciente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de Mayo de 2013 (Caso Dirk Frederik Asbeek Bruse/Jahani BV), siguiendo la línea jurisprudencial anterior, afirma que “el Juez nacional, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios a estos efectos, deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. El papel que el Derecho de la Unión atribuye de este modo al Juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. El Juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor (sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 63, y Banif Plus Bank, apartado 27). El Tribunal de Justicia ha precisado acerca de ello que cuando el Juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello. El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. El Tribunal de Justicia ha señalado además que esta interpretación se ve confirmada por la finalidad y la sistemática de la Directiva. Ha recordado al respecto que, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores, la Directiva impone a los Estados miembros, como se desprende de su artículo 7, apartado 1, la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». Pues bien, si el Juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al Juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula.

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al Juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor”.

20. A partir de los referidos pronunciamientos jurisprudenciales se aprueba la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

La mencionada disposición legal modifica el artículo 552.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de señalar que “cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes, conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.a.”

Así mismo el artículo 561.1 apartado tercero añadido a partir de la Ley 1/2013, establece que “cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas.”

Así mismo la Ley 1/2013 de 14 de Mayo de 2013, da nueva redacción al artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contemplando como motivo de oposición la existencia de cláusulas abusivas, con el siguiente tenor literal :

“1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

1.a Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2.a Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

3.a En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda,

hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.

4.a El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.”

21. Así mismo la Ley 1/2013 modifica el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, añadiendo un tercer párrafo al referido artículo que quedará redactado de la siguiente forma :
“Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

CUARTO.- Análisis de la cláusula de interes de demora estipulada en el préstamo hipotecario de 6 de Julio de 2007, que da origen al presente litigio.

1. Cláusula sexta. Interés de demora. En caso de no satisfacer a la entidad prestamista, a su debido tiempo, las obligaciones pecuniarias derivadas del préstamo, incluso las nacidas por causa de vencimiento anticipado, las sumas adeudadas, con indiferencia de que se haya iniciado o no su reclamación judicial, producirán intereses de demora, desde el día siguiente inclusive a aquel en que la falta de pago se haya producido hasta el día en que se realice el pago, se aplicará el 19'00 % de interés. Los intereses de demora se liquidarán por meses naturales. Los intereses devengados y no satisfechos serán capitalizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317 del Código de Comercio.

2. Es evidente, que todo interés moratorio ante el incumplimiento de una obligación contractual, por su propia condición de cláusula indemnizatoria, tiene que ser superior al ordinariamente pactado con carácter remuneratorio, pues ahí radica la aceptable finalidad disuasoria o coercitiva, en tanto de lo contrario se estimularían los incumplimientos de los prestatarios. Pero en todo caso, debe guardar cierta proporción. Así se razona en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1998, *“la cuantificación de estos es posible pactarla, pero este pacto debe ser acomodado al equilibrio patrimonial, que en el presente caso se manifiesta enormemente desproporcionado”*, sosteniéndose que *“se puede afirmar que todo lo previsto para el caso de impago tiene la naturaleza de cláusula penal, y el Tribunal está facultado para hacer uso de la moderación que la ley le confiere -artículo 1154 del Código Civil”*. Si bien en doctrina constante el Tribunal Supremo sostiene que a los intereses moratorios ni se les puede aplicar la Ley de la Represión de la Usura, pues no son intereses usureros, ni el artículo 1154 del Código Civil en tanto no integran propiamente una cláusula penal, sin perjuicio, claro está, que la facultad moderadora pueda articularse en materia de consumidores y usuarios al amparo del artículo 83.2º del RDL 1/2007, de 16 de diciembre.

3. En Derecho de consumo, en materia de nulidad de cláusulas abusivas, además de la llave general de abusividad del artículo 82 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, de que *“en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del*

contrato”, ha de estarse a la casuística, y constatar el hipotético desequilibrio, “*teniendo en consideración la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato*”. Encontrándose en este caso, dentro de la “lista negra” contemplada en la ley; la recogida en el artículo 85.6 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, que establece que son abusivas “*las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones*”.

4. A los efectos de determinar la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, como determina el artículo 82 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, debe estarse a la casuística y toma en consideración todas las circunstancias concurrentes para constatar el desequilibrio que la cláusula de intereses moratorios comporta cuando es aplicada no a cuotas vencidas e impagadas constante el contrato, sino al total del capital pendiente una vez dado por vencido anticipadamente el préstamo.

En lo que respecta al enfoque general de la apreciación jurídica relativa a si una estipulación sobre los intereses de demora como la considerada constituye una cláusula contractual ineficaz de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, cabe remitirse ante todo a las consideraciones generales expuestas anteriormente.

El Juez nacional debe efectuar primeramente una comparación con el tipo de interés legal, con objeto de comprobar en un segundo paso, habida cuenta de todas las circunstancias del caso concreto, si la alteración resultante, atendidas las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

En el anexo a la Directiva, al que se remite el artículo 3, apartado 3, de ésta, se menciona expresamente como ejemplo de cláusulas abusivas, en su número 1, letra e), las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.

5. Para efectuar el examen concreto puede ser relevante qué tipo de interés de demora suele acordarse en los préstamos hipotecarios. Si, como afirma la Comisión, el Derecho español limita para los demás créditos al consumo el interés de demora a 2,5 veces el interés legal del dinero, ello puede servir de indicio para apreciar un posible desequilibrio, al igual que la circunstancia de que los costes de refinanciación de las entidades de crédito en los préstamos hipotecarios, debido a la garantía concedida, son por regla general mucho menores que en los demás créditos al consumo.

En esta ponderación también hay que tener en cuenta qué finalidades puede tener lícitamente el interés de demora con arreglo al Derecho nacional: si únicamente supone la fijación de un importe a tanto alzado que compense los perjuicios causados por la mora, o si también debe servir para que la otra parte cumpla lo pactado. Las finalidades lícitamente perseguidas mediante el interés de demora pueden ser distintas en cada EM. En este sentido, la Directiva no pretende nivelar las diferencias entre las culturas jurídicas nacionales.

6. Si la finalidad del interés de demora es únicamente fijar un importe a tanto alzado

para indemnizar los perjuicios causados por la mora, el tipo de interés de demora será claramente excesivo cuando rebase ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora. Sin embargo, parece evidente que un tipo de interés de demora más alto incita al deudor a no incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y a poner fin rápidamente a la situación de mora en que haya incurrido. Si el tipo de interés de demora, con arreglo al Derecho nacional, pretende que se cumpla con lo pactado y, con ello, procura que se mantenga una ética de pago, cabrá calificarlo de abusivo desde el momento en que sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

7. Debe señalarse que, en el caso de una cláusula sobre los intereses de demora, el órgano jurisdiccional debe examinar, en particular, en qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable y si no está en proporción con el objetivo del interés de demora.

De ordinario, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales, a la hora de tachar como abusivo el tipo de los intereses moratorios impuesto al consumidor por el profesional, realizan una comparativa con el interés remuneratorio.

El *interés legal* del dinero en el año 2006 y 2012 no superaba el *4% anual*. El interés de demora de deudas tributarias al que se refiere el artículo 26.6 de la *Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria*, en el año 2006 era del 5% y en el año 2012, según la Disposición Adicional, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, *Ley 2/2012*, es del *5% anual*. El interés de demora en caso de impago de títulos cambiarios, a tenor del artículo 58 de la *Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque*, se corresponde con una tasa resultante de incrementar en dos puntos el interés legal del dinero, que en el momento de interponer la demanda ejecutiva ascendería al *tipo del 6% anual*. Incluso, en un ámbito propio de comerciantes, ajeno a la idea de la necesidad de protección de una parte débil como es el consumidor y usuario, aún también en una tónica legislativa restrictiva al principio de la autonomía de la libertad, inclusive en la relación exclusiva entre profesionales, es decir, operaciones comerciales entre empresas, y a los efectos de evitar prácticas “abusivas” entre comerciantes, trasponiendo la Directiva 2000/35/CE, la *Ley 2/2004, de 29 de diciembre*, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en beneficio del acreedor, en defecto de pacto que resulte del contrato, en su artículo 7.2 se determina que “*el tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales...*”, estableciendo el apartado tercero, que “*El Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el “Boletín Oficial del Estado” el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el apartado anterior*”. Determinándose por la Resolución de 27 de diciembre de 2011, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, que para el primer semestre anual natural del año 2012, el tipo de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales será el del *8% anual*.

8. Bien es cierto que en la lista negra, el artículo 85.6 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, establece que son abusivas “*las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus*

obligaciones”, atendiéndose exclusivamente como criterio determinante la naturaleza indemnizatoria de los intereses moratorios, en tanto obliga a examinar la proporción entre la indemnización y el incumplimiento. No obstante, a la hora de analizar el contenido de una cláusula, se recurre a la llave general de abusividad del artículo 82 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, de sopesar que “*en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”, debiéndose estar a la casuística, y constatar el hipotético desequilibrio, “*teniendo en consideración la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato*”.

9. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, modifica la Ley Hipotecaria en el sentido de añadir un tercer párrafo al artículo 114, estableciendo que “los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Y es precisamente lo que se realiza en el presente supuesto de autos. Un interés de demora al 19'00 % anual en relación a cuotas vencidas e impagadas constante el contrato no resulta, *prima facie*, desproporcionado al incumplimiento de las obligaciones del consumidor. No obstante, no hay que olvidar, que como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo y subyace en el supuesto de nulidad parcial del artículo 85.6 del RDL 1/2007, debe existir una cierta proporción entre el incumplimiento y la indemnización pactada, de tal suerte que no se advierta un serio e injustificado desequilibrio patrimonial. A su vez, como determina la llave general de la abusividad del artículo 82 del RDL 1/2007, para analizar la contrariedad con la buen fe del predisponente y el perjuicio al consumidor que conlleve el desequilibrio patrimonial de tener que soportar una penalización a reputar desproporcionada con su incumplimiento, ha de tenerse en consideración la naturaleza de los bienes o servicios objeto de contrato, así como todas las circunstancias concurrentes.

10. Si bien la naturaleza de unos intereses moratorios impuestos sobre las cuotas vencidas e impagadas constante el contrato que, en sí, aunque indemnizan estimulan al cumplimiento, no presentan duda alguna en cuanto a su naturaleza, la imposición de intereses moratorios al total de la cantidad prestada que quede por amortizar una vez usada la facultad de vencer anticipadamente el préstamo, difícilmente tendrán en puridad la naturaleza de intereses moratorios, en tanto no estimulan nada, sino además de indemnizar al acreedor, lo que hacen a la contra es penalizar al consumidor de una forma totalmente desproporcionada e injustificada. Aún considerándose lícita las cláusulas de vencimiento anticipado del contrato, la imposibilidad del deudor de devolver de inmediato la totalidad de la cantidad prestada que es en sí lo que implica el ejercicio de la facultad del acreedor de vencer anticipadamente el contrato, difícilmente podría ser calificado como incumplimiento de una obligación contractual que justificase la imposición de intereses moratorios tan elevados. De ahí, que es discutible que tal cláusula contractual relativa a los intereses moratorios, cuando se aplican al total del préstamo vencido, no revista naturaleza de cláusula penal y por tanto susceptible de ser

moderada judicialmente de conformidad con el artículo 1154 del Código Civil, debiéndose tener en cuenta específicamente para reputar o no proporcional un tipo de interés de demora, la consabida improbabilidad que el consumidor pueda devolver de inmediato toda la cantidad prestada y en origen aplazada, y que esta obligación de restitución está a merced de la facultad del acreedor de dar por vencido anticipadamente el préstamo.

En cualquier caso, dejar de pagar unas cuotas del préstamo mercantil por unos miles de euros, en el contexto de un procedimiento de ejecución como el español, sustancialmente beneficioso para el acreedor, no puede justificar imponer una penalización de un **19'00% anual**, siendo abusivo por ser del todo desproporcionado, inclusive en atención a su mera comparativa con cualquier otro tipo de interés de demora previsto por el Legislador, los intereses remuneratorios pactados, el TAE y el interés legal del dinero a la firma de la escritura y del incumplimiento y desatendiendo la garantía hipotecaria concurrente y, a su vez, justifica sobremanera un control de oficio al admitir la demanda, se opusiera o no el consumidor, especialmente por el hecho de no poder alegar en esa fase de oposición la abusividad de la cláusula, en tanto debe tutelarse el derecho del consumidor.

11. No es cuestión de negar, que no se hace, que el incumplimiento de un prestatario de la obligación de pago de una cantidad de dinero, no justifique que los daños y perjuicios que comporta para la entidad bancaria, no sólo a nivel de económico sino de imagen y estabilidad del sistema financiero, deban ser resarcidos con arreglo al pago de los intereses convenidos. Sino que en cualquier caso debe existir una proporción entre la penalización y el incumplimiento del consumidor, en tanto el Derecho de Consumo, en atención al evidente desequilibrio contractual, en aras de garantizar la finalidad de la Directiva 13/93 de garantizar la debida protección de los Consumidores y Usuarios, que según el artículo 53.1 de la Constitución española ha de informar la práctica judicial, establece limitaciones a la autonomía de la voluntad, debiendo reputar nula por abusiva, la cláusula de intereses moratorios, por ser totalmente desproporcionada al incumplimiento de las obligaciones del consumidor. Es puro sentido común.

12. Declarada abusiva la integridad de la cláusula relativa a los intereses moratorios reclamados, cuando estos se aplican no a cuotas vencidas e impagadas constante el contrato, sino al total del principal resultante de dar por vencido anticipadamente el préstamo, de conformidad con el artículo 83 del RDL 1/2007, la cláusula sería nula de pleno derecho y se tendría por no puesta. Quedado vetada al Juez nacional, al ser contrario a Derecho de la Unión Europea, la posibilidad de moderar los intereses moratorios al amparo del artículo 83.2 RDL 1/2007, según determina la Sentencia del Tribunal Superior de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, recaída en el asunto C-618/10, caso Banesto-Joaquín Calderón. En consecuencia, reputada nula por abusiva la cláusula de intereses moratorios aplicados al principal resultante del vencimiento anticipado del préstamo, está de conformidad con el apartado primero del artículo 83 del RDL 1/2007, habría de tenerse por no puesta, sin posibilidad alguna de integrar judicialmente el contrato con arreglo al artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva, al ser contraria esta facultad prevista en el artículo 83.2 del RDL 1/2007 con la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13.

QUINTO.- Análisis de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14

de Mayo de 2013.

1. La referida disposición transitoria regula un régimen transitorio respecto a los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, de la forma que sigue :

“La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.”

2. Dicha disposición transitoria debe ponerse en correlación con el artículo 3.2 de la Ley 1/2013 de 15 de Mayo de 2013 por el que se da nueva redacción al artículo 114 de la Ley Hipotecaria Española, Texto Refundido según Decreto de 8 de Febrero de 1946 ; Se añade un tercer párrafo al artículo 114 que queda redactado del siguiente modo: “Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

3. La lectura de las referidas disposiciones legales evidencian la existencia de un triple régimen respecto a los intereses moratorios de hipotecas constituidas para vivienda habitual :

a) Si se trata de hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se prohíbe estipular intereses superiores a tres veces el interés legal del dinero.

b) Si se trata de hipotecas constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 de 14 de Mayo, la Disposición transitoria impone igualmente la anterior limitación respecto a los intereses que se devenguen con posterioridad a la misma, así como los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubiesen sido satisfechos.

c) Respecto a los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, en los que se haya fijado la cantidad por la que se solicita despacho de ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario Judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de diez días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior”.

Es decir la referida disposición transitoria viene implícitamente a imponer al órgano jurisdiccional la moderación de los intereses de demora que pudiesen haber incurrido en

abusividad en atención a su manifiesta desproporción. El plazo de diez días a conceder al ejecutante para recalcular los intereses, supone de facto una moderación de la cláusula de intereses de demora que haya incurrido en causa de nulidad a razón de su manifiesto carácter abusivo.

4. Procede señalar que el legislador de la Unión previó expresamente, tanto en el segundo fragmento de frase del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como en el vigésimo primero considerando de ésta, que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si éste puede subsistir «sin las cláusulas abusivas».

Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

Esta interpretación viene confirmada, además, por la finalidad y la sistemática de la Directiva 93/13.

5. En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véanse las sentencias, antes citadas, *Mostaza Claro*, apartado 37; *Pannon GSM*, apartado 26, y *Asturcom Telecomunicaciones*, apartado 51). Así pues, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores –los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales–, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigésimo cuarto considerando, dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

6. Si el Juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto *Pohotovost*, antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el Juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por esta razón, aunque se reconociera al Juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la

Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (véanse las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08, Rec. p. I 4785, apartados 28 y 29, y Pereničová et Perenič, antes citada, apartado 34).

7. Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el Juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho Juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor.

8. Así se reconoce expresamente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 30 de Mayo de 2013 ((Caso Dirk Frederik Asbeek Bruse/Jahani BV), El Tribunal de Justicia ha precisado acerca de ello que cuando el Juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello. El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. El Tribunal de Justicia ha señalado además que esta interpretación se ve confirmada por la finalidad y la sistemática de la Directiva. Ha recordado al respecto que, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores, la Directiva impone a los Estados miembros, como se desprende de su artículo 7, apartado 1, la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». Pues bien, si el Juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al Juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula.

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al Juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor”

9. Es por ello, que de las referidas consideraciones no cabe sino concluir que la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de Mayo, al imponer de forma

implícita al órgano jurisdiccional la obligación de moderación de una cláusula de interés moratorio incurra en abusividad, no ha transpuesto de forma efectiva la Directiva 93/13, no otorga la adecuada protección al consumidor de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, impide la aplicación de la sanción de nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva como exige el artículo 6.1 y tesgiversa de manera flagrante la jurisprudencia comunitaria del TJUE y la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

De aplicarse la referida disposición transitoria por el órgano jurisdiccional, tal como solicita el ejecutante, se conculcaría la efectiva protección al consumidor que exige el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 dado que se procedería a moderar una cláusula de interés de demora abusiva que en modo alguno puede vincular al consumidor tal como establece la referida Directiva y se impediría la sanción de nulidad (a razón del carácter no vinculante de la cláusula abusiva) que conforme al derecho comunitario resulta procedente.

10. No se discute que pese a que se constata en la escritura de préstamo el consentimiento y aceptación de las cláusulas y condiciones, el contrato de préstamo es un contrato tipo y que su clausulado lo integran un conjunto de condiciones generales de la contratación. Condiciones generales que quedarían sometidas al régimen y tutela tanto de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998 (Ley 7/1998), como el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias – en los artículos 80 a 91 se abordan las cuestiones referidas a condiciones generales y cláusulas abusivas.

Tanto la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación como el Texto refundido de 2007 no hacen sino incorporar al ordenamiento jurídico español las directivas comunitarias dictadas en protección de los consumidores y usuarios en materia de contratación civil y mercantil, concretamente la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores; también incorpora algunos criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de tutela de consumidores. En este punto no se puede olvidar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la Sentencia de 27 de junio de 2000 (Caso Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, asunto C-240/1998 a C-244/1998) ha ido consolidado una clara tendencia jurisprudencia que habilita al Juez civil para tutelar incluso de oficio los intereses de los consumidores y dejar sin efecto determinadas cláusulas que siendo condiciones generales de la contratación han de catalogarse en todo caso como abusivas.

11. A partir de estas consideraciones las dudas surgen respecto de si la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 de 14 de Mayo, cumple con el marco jurídico de protección a los consumidores frente a cláusulas abusivas que establece la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

12. A partir de estas consideraciones se plantea la duda o pregunta que se debería trasladar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una cuestión prejudicial, la de si la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de Mayo, no sería sino una

limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos así como para el control de oficio de cláusulas abusivas por el órgano jurisdiccional, al imponer una suerte de moderación obligatoria de aquellas cláusulas de intereses moratorios que hayan incurrido en abusividad.

Por ello se abre un diálogo con el Tribunal de Justicia, no con las partes, sin perjuicio de que legítimamente las partes puedan hacer valer ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las razones o argumentos que le llevan a discrepar de las dudas que planteo como Juez nacional.

Por lo argumentado parece que el legislador español ha limitado los mecanismos de protección de los consumidores en caso de ejecución hipotecaria mediante la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de Mayo de 2013.
En atención a lo anterior,

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO la suspensión del curso de las actuaciones, acordando plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial :

A) Si de conformidad con la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular con el artículo 6.1 de la Directiva, y a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un Juez Nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva relativa a interés moratorio en préstamos hipotecarios debe proceder a declarar la nulidad de la cláusula y su carácter no vinculante o por el contrario debe proceder a moderar la cláusula de intereses dando traslado al ejecutante o prestamista para que recalculen los intereses.

B) Si la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de Mayo, no supone sino una limitación clara a la protección del interés del consumidor, al imponer implícitamente al órgano jurisdiccional la obligación de moderar una cláusula de interés de demora que haya incurrido en abusividad, recalculando los intereses estipulados y manteniendo la vigencia de una estipulación que tenía un carácter abusivo, en lugar de declarar la nulidad de la cláusula y la no vinculación del consumidor a la misma.

C) Si la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de Mayo, contraviene la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular el artículo 6.1 de la mencionada directiva, al impedir la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad en materia de protección al consumidor y evitar la aplicación de la sanción de nulidad y no vinculación sobre las cláusulas de interés de demora incursas en abusividad estipuladas en préstamos hipotecarios concertados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 de 14 de Mayo.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas en el procedimiento principal, ordenando remitir testimonio de esta resolución, de la demanda, documentación adjunta, disposiciones nacionales y las resoluciones que se anexan al Tribunal de Justicia de la

Unión Europea para que, previo trámite de admisión de la cuestión prejudicial, dé cumplida contestación en su caso a la cuestión planteada.

Así lo acuerda, manda y firma Don Manuel Ruiz de Lara, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Marchena.

ANEXO XXI

N. 01244/2012 REG.PROV.COLL.

N. 04584/2011 REG.RIC.

N. 04710/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

1) sul ricorso numero di registro generale 4584 del 2011, proposto dal Consiglio Nazionale dei Geologi, rappresentato e difeso dall'avv. Anna Lagonegro, con domicilio eletto presso la medesima, in Roma, via Boezio, n. 92;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

2) sul ricorso numero di registro generale 4710 del 2011, proposto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Consiglio Nazionale dei Geologi, rappresentato e difeso dall'avv. Anna Lagonegro, con domicilio eletto presso la medesima, in Roma, via Boezio, n. 92;

per la riforma

quanto ad entrambi i ricorsi, della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, sezione I, n. 1757/2011, resa tra le parti, concernente RIGETTO IMPEGNI PRESENTATI DAL CONSIGLIO NAZIONALE GEOLOGI - INTESA RESTRITTIVA DELLA CONCORRENZA.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'atto di costituzione in giudizio del Consiglio Nazionale dei Geologi;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2012 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti l'avvocato Lagonegro e l'avvocato dello Stato Bacosi.

La vicenda processuale

1. Il Consiglio Nazionale dei Geologi (GNG) con due separati ricorsi davanti al Tribunale amministrativo regionale (Tar) Lazio – Roma ha impugnato:

- la delibera dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora innanzi AGCM o Autorità) adottata nell'adunanza del 22 dicembre 2009, con la quale sono stati rigettati gli impegni presentati dal Consiglio Nazionale dei Geologi nell'ambito del procedimento, avviato in data 14 maggio 2009, volto all'accertamento di eventuali violazioni dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea per effetto delle norme contenute nel codice deontologico dei geologi;

- la delibera dell'AGCM adottata nell'adunanza del 23 giugno 2010, con la quale è stato ritenuto che l'Ordine Nazionale dei Geologi ha posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (già art. 81 del Trattato CEE), ordinando di assumere misure atte a porre termine all'illecito riscontrato ed irrogando la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura di euro 14.254.

2. Il Tar adito, riuniti i due ricorsi, li ha respinti con la sentenza in epigrafe (Tar Lazio – Roma, sez. I, 25 febbraio 2011 n. 1757), nella quale, peraltro, ritiene viziato il provvedimento dell'Autorità nella parte in cui ritiene che il riferimento, nel codice deontologico, al “decoro professionale” quale criterio di commisurazione del compenso del professionista, costituisca restrizione della concorrenza.

3. La sentenza è stata appellata dal Consiglio Nazionale dei Geologi, con appello che ripropone espressamente tutti i motivi del ricorso di primo grado e muove motivate critiche alla sentenza.

4. La sentenza è stata appellata anche dall'AGCM, con riferimento al capo di sentenza che ha ritenuto in parte erronea la motivazione del provvedimento dell'Autorità, laddove dispone che il Consiglio dell'Ordine debba eliminare dal codice deontologico il parametro del decoro professionale quale criterio di determinazione del compenso del professionista.

Riunione degli appelli

5. Va anzitutto disposta la riunione dei due appelli perché proposti contro la medesima sentenza.

I fatti di causa

6. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ravvisato una intesa restrittiva della concorrenza posta in essere mediante la disciplina deontologica adottata dal Consiglio Nazionale dei Geologi, applicabile agli appartenenti al relativo Ordine, relativa alla determinazione del compenso dei geologi, come dettata dagli artt. 17, 18 e 19 del Codice Deontologico nella versione risultante nel testo emendato, da ultimo, in data 26 marzo 2010, mediante modifiche apportate al fine di adeguare le relative disposizioni all'art. 2 d.l. n. 223/2006, che ha abrogato l'obbligatorietà delle tariffe minime e fisse.

In particolare, l'Autorità ha ritenuto che le norme del Codice Deontologico relative alla determinazione del compenso per i geologi induca gli stessi a non assumere condotte autonome nell'individuazione dei prezzi delle proprie prestazioni professionali, spingendoli ad uniformare i propri comportamenti economici mediante l'applicazione della tariffa professionale, così determinando una restrizione della concorrenza in violazione dell'art. 101 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea.

In dettaglio, ai sensi dell'art. 17 del codice deontologico, intitolato ai parametri tariffari, "Nella determinazione dei compensi professionali il geologo deve attenersi a quanto stabilito dal d.l. n. 223/2006; al principio di adeguatezza di cui all'art. 2233 comma 2 codice civile e, comunque, al complesso delle vigenti disposizioni di legge regolanti la materia. La tariffa professionale approvata con d.m. 18 novembre 1971 e la tariffa in materia di lavori pubblici approvata con d.m. 4 aprile 2001 per la parte applicabile ai geologi, costituiscono legittimo ed oggettivo elemento di riferimento tecnico-professionale nella considerazione, determinazione e definizione dei compensi tra le parti".

In relazione a tale disposizione, l'Autorità ne ha ritenuto la capacità di orientare il comportamento economico dei geologi, ai quali viene richiesto di fissare il proprio compenso in conformità a quanto indicato nella tariffa professionale, nonostante che i

vincoli normativi all'inderogabilità della tariffa professionale siano stati eliminati dall'art. 2, comma 1, lettera a), d.l. n. 223/2006, ritenendo altresì inidoneo, alla luce del complesso della auto-regolamentazione in cui è inserito, il richiamo formale a tale decreto ed alla relativa legge di conversione ad indicare ai professionisti la possibilità di individuare il compenso professionale sulla base del libero accordo tra le parti.

L'Autorità ha, altresì, ritenuto censurabile la qualificazione della tariffa professionale come legittimo elemento di riferimento nella determinazione dei compensi, in quanto ritenuta idonea ad indurre i geologi a dover determinare il proprio compenso in conformità alla tariffa professionale.

La ritenuta introduzione dell'obbligatorietà delle tariffe fisse è stata dall'Autorità ancorata anche al rinvio formale, contenuto nella descritta norma deontologica, all'art. 2233 codice civile, il quale prevede, in materia di professioni intellettuali, che la misura del compenso deve essere adeguata anche al decoro della professione.

Analogo rilievo viene formulato con riferimento al richiamo al decoro contenuto nell'art. 18 codice deontologico, intitolato alla commisurazione della parcella, il quale stabilisce che "Nell'ambito della normativa vigente, a garanzia della qualità delle prestazioni, il geologo che esercita attività professionale nelle varie forme (...) deve sempre commisurare la propria parcella all'importanza e difficoltà dell'incarico, al decoro professionale, alle conoscenze tecniche e all'impegno richiesti.

L'Ordine, tenuto conto dei principi di concorrenzialità professionale, vigila sull'osservanza".

Il medesimo richiamo al decoro è contenuto anche nell'art. 19, dedicato all'evidenza pubblica, il quale prevede che "Per le procedure ad evidenza pubblica, ove la pubblica amministrazione legittimamente non utilizzi quale parametro compensativo la tariffa professionale, il geologo dovrà comunque commisurare la propria offerta all'importanza e difficoltà dell'incarico, al decoro professionale, alle conoscenze tecniche ed all'impegno richiesti".

I motivi dei ricorsi di primo grado

7. I ricorsi di primo grado contengono, complessivamente, ventisei diverse censure. In ossequio alle istruzioni della C. giust. CE i ricorsi saranno trasmessi alla Corte in allegato alla presente ordinanza e potranno da essa essere consultati, se ritenuto necessario.

Di seguito si sintetizzano le sole censure pertinenti ai fini della presente ordinanza di rinvio pregiudiziale:

1) (quarto motivo del primo ricorso e sesto motivo del secondo ricorso) violazione dell'art. 1 e dell'art. 2, commi 1 e 2, l. n. 287/1990 e dell'art. 17 l. n. 616/1966: la legge - che fa riferimento alle intese poste in essere da imprese - sarebbe inapplicabile al CNG, stante la differenza tra impresa commerciale e lavoro autonomo e tra Consigli ed Ordini Professionali ed associazioni di imprese.

Inoltre, laddove l'art. 17 del nuovo Codice Deontologico richiama il D.M. del 18 novembre 1971, farebbe riferimento al legittimo procedimento di formazione della tariffa professionale, come previsto da una specifica e vigente norma, ovvero dall'art. 17 l. n. 616/1966, che prevede che la tariffa professionale è stabilita con decreto del Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dello sviluppo economico su proposta del Consiglio Nazionale dei Geologi.

Non potrebbe, quindi, ricondursi la procedura di determinazione della tariffa ad una fattispecie di accordo o pratica concordata sottoposta a sanzione.

2) (quinto motivo del primo ricorso e settimo motivo del secondo ricorso) Violazione dell'art. 3 d.lgs. n. 30/2006. Il perseguimento delle finalità della concorrenza dovrebbe avvenire, con riferimento alle professioni intellettuali, con l'osservanza della relativa disciplina, la quale fa espresso riferimento ai principi di dignità e decoro della professione, che quindi non potrebbero essere espunti dalla deontologia professionale, di per sé non orientata a realizzare effetti distorsivi della concorrenza.

3) (sesto motivo del primo ricorso e ottavo motivo del secondo ricorso) Violazione dell'art. 9 l. n. 112/1993 e dell'art. 5 l. n. 339/1990. Tra le attribuzioni normativamente assegnate al Consiglio Nazionale dei Geologi non figura lo svolgimento di attività economico-commerciale tesa al conseguimento di profitto, con conseguente preclusione alla induzione a comportamenti predeterminati anticoncorrenziali o al controllo orizzontale dei prezzi.

L'Autorità non avrebbe rispettato le funzioni ed i poteri del Consiglio, né avrebbe tenuto in debito conto il suo carattere istituzionale di ente pubblico non economico, che, come tale, non svolge attività tipiche delle associazioni di imprese, ma solo quelle regolanti le proprie funzioni e compiti istituzionali.

4) (settimo motivo del primo ricorso e nono motivo del secondo ricorso) Violazione dell'art. 2 d.l. n. 223/2006. L'Autorità avrebbe illegittimamente equiparato attività professionale ed attività commerciale di impresa, in violazione del d.l. n. 223/2006 che distingue le attività libero professionali e intellettuali dall'attività di impresa.

5) (decimo motivo del primo ricorso e dodicesimo motivo del secondo ricorso) Violazione dell'art. 2233 codice civile e dell'art. 2 d.l. n. 223/2006.

Sulla base dell'art. 2233 codice civile il compenso per la prestazione professionale dovrebbe essere commisurato sulla base della tariffa, stabilita secondo il principio di adeguatezza all'importanza dell'opera ed al decoro professionale, senza che il riferimento al decoro – previsto per legge - possa essere inteso come obbligatorietà della tariffa minima, come erroneamente ritenuto dall'Autorità.

6) (quattordicesimo motivo del primo ricorso e tredicesimo motivo del secondo ricorso) Violazione della normativa europea e, in particolare, del regolamento CEE 2137/85, della direttiva 2005/36/CE, della direttiva 2006/123/CE e della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

Sulla base del quadro normativo europeo sarebbero salvaguardate le disposizioni di legge esistenti nei vari Stati in materia di professioni intellettuali e di organismi

rappresentativi legittimati alla definizione dei principi deontologici ed alla vigilanza sulla loro osservanza.

L'Autorità avrebbe, quindi, violato la normativa comunitaria e si porrebbe, altresì, in contrasto con le pronunce della Corte di giustizia favorevoli alla inderogabilità dei minimi tariffari, costituente legittima modulazione della tariffa professionale laddove vi sia comunque la presenza dell'intervento dello Stato che non rinuncia ad esercitare poteri di controllo e decisione sulla tariffa.

7) (quinto motivo del secondo ricorso) Equiparazione tra attività di impresa commerciale ed attività professionale. Plurime violazioni di legge. Eccesso di potere per intrinseca illogicità ordinamentale.

Contesta parte ricorrente l'equiparazione, effettuata dall'Autorità, tra l'impresa commerciale ed il lavoro autonomo intellettuale e professionale e la conseguente assimilazione del Consiglio Nazionale ad una associazione di imprese.

Potendo, pertanto, un'intesa restrittiva della concorrenza intercorrere solo tra imprese, la stessa non sarebbe ipotizzabile nei confronti del Consiglio Nazionale dei Geologi, stante il mancato svolgimento da parte di questi di attività economico-commerciale volta esclusivamente al profitto ed alla dinamica del mercato e stante la mancanza di un'organizzazione in forma di impresa con annesso fatturato, estranea alla natura giuridica degli ordini Professionali.

8) (ventiquattresimo motivo del secondo ricorso) Violazione della normativa comunitaria. Art. 23 Regolamento CE 17/2003. Eccesso di potere per errata e deviata interpretazione della normativa.

Manca, secondo parte ricorrente, lo svolgimento di attività intenzionale o negligente tesa alla ripartizione o al dominio del mercato, né il Consiglio potrebbe essere considerato un'associazione di imprese, svolgendo esso funzioni istituzionali, essendo illegittimo il riferimento ai relativi dati di bilancio, costituito dai contributi versati per legge, ai fini della determinazione della sanzione.

La motivazione della sentenza del Tar Lazio - Roma

8. In ossequio alle istruzioni della C. giust. CE la sentenza di primo grado sarà trasmessa alla Corte in allegato alla presente ordinanza e potrà da essa essere consultata, se ritenuto necessario.

Di seguito si sintetizzano i soli capi della sentenza di primo grado pertinenti ai fini della presente ordinanza di rinvio pregiudiziale:

- la disciplina delle professioni intellettuali non prevale su quella antitrust, che anzi trova "applicazione trasversale a tutti i settori di relativa rilevanza";

- il d.l. n. 223/2006 indirizza le professioni verso una liberalizzazione ispirata al principio di concorrenza, rispetto al quale le precedenti normative mantengono vigore solo nei limiti di compatibilità, sulla base degli ordinari criteri ermeneutici delineati in materia di successione delle leggi nel tempo;

- la disciplina antitrust si applica anche agli esercenti le professioni liberali intellettuali, soggetti ai principi di concorrenza;

- sia a livello comunitario che nazionale si è assistito ad una progressiva liberalizzazione delle professioni, a tutela della concorrenza, come si evince anche dalla Comunicazione della Commissione europea n. 2004/83 del 9 febbraio 2004, recante la «Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali»; cita, in particolare, il Tar la Comunicazione della Commissione europea n. 2004/83 del 9 febbraio 2004, recante la «Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali», in cui si considerano come limitazioni della concorrenza tra l'altro la fissazione di prezzi minimi per le prestazioni professionali;

- è corretta la ricostruzione dell'Autorità laddove ritiene che anche gli esercenti professioni intellettuali possono essere qualificati, ai fini del diritto della concorrenza, come "impresa", in quanto offrono sul mercato in modo indipendente e stabile i propri servizi professionali, e che conseguentemente gli Ordini professionali possano essere qualificati come "associazioni di imprese", e il codice deontologico come una "deliberazione di un'associazione di imprese", suscettibile di essere sindacata ai sensi del diritto antitrust; non rileva che in base al codice civile vi sia una differenza tra impresa ed esercente lavoro autonomo, perché prevale il diritto comunitario antitrust e la nozione larga di impresa in esso accolta; la giurisprudenza comunitaria ha già riconosciuto la natura di impresa anche a liberi professionisti e la natura di associazione di imprese agli ordini professionali (C. giust. CE 18 giugno 1998 C-35/96; 12 settembre 2000, CC- da 180/98 a 184/98; 19 febbraio 2002 C-35/99; 19 febbraio 2002 C-309/99; 5 dicembre 2006, CC-94/04 e 202/04; 23 aprile 1991 C-41/90; 10 gennaio 2006 n. 222);

- correttamente l'Autorità ha ritenuto che gli artt. 17, 18 e 19 del codice deontologico inducono gli iscritti a ritenere l'obbligatorietà delle tariffe professionali fissate nei decreti ministeriali espressamente richiamati all'art. 17, qualificati come legittimo ed oggettivo elemento di riferimento per la determinazione del compenso; inoltre il codice deontologico non contiene una espressa indicazione della abolizione delle tariffe fisse e minime e della libertà dei geologi di determinare il corrispettivo per le proprie prestazioni, non potendo tale carenza trovare compensazione nel generico richiamo al d.l. n. 223/2006, contenuto nel citato art. 17. Ed infatti, tale decreto legge costituisce un articolato e complesso corpo normativo disciplinante varie fattispecie ed incidente su diversi ambiti di materie, con la conseguenza che un generico rinvio a tale normativa nel complesso considerata, quale quello recato dall'art. 17 codice deontologico, senza neanche un richiamo alla disposizione di interesse – ovvero l'art. 2 che ha abolito l'obbligatorietà delle tariffe minime e fisse – risulta assolutamente inidoneo a rappresentare agli appartenenti all'Ordine professionale la derogabilità delle tariffe, le quali sono invece espressamente richiamate nelle relative fonti normative e qualificate quali legittimi elementi di riferimento per la determinazione del compenso, in modo da farne ritenere l'obbligatorietà;

- è invece erronea la censura dell'Autorità al codice deontologico nella parte in cui parametrizza il compenso al "decoro professionale", in quanto, secondo il Tar non vi sarebbe alcuna diretta corrispondenza tra decoro professionale ed obbligatorietà delle tariffe;

- la contestata intesa restrittiva non trova giustificazione alcuna, non sussistendo alcuna correlazione tra uniformità dei compensi e qualità delle prestazioni professionali, e

pertanto non supera positivamente il test di proporzionalità, anche alla luce di quanto statuito nella citata Comunicazione del 9 febbraio 2004 sui servizi professionali;

- in particolare non è ragionevolmente ravvisabile una asimmetria informativa tra professionista e cliente, stante la presenza di una domanda di servizi professionali evoluta e quindi più qualificata che in passato, con la conseguenza che non ricorrono, nella fattispecie, le condizioni che integrano una delle ipotesi che consentono di ritenere giustificate le restrizioni imposte dalla regolamentazione professionale;

- la valenza restrittiva della concorrenza delle previsioni che rappresentano la tariffa come obbligatoria è aggravata e rafforzata alla luce della previsione del potere sanzionatorio attribuito dall'art. 40 codice deontologico al Consiglio Nazionale dei Geologi, da leggersi congiuntamente con la previsione di cui all'art. 18 del medesimo testo che affida all'Ordine, con riferimento alla commisurazione della parcella, il compito di vigilare sulla relativa osservanza;

- né rileva che al Consiglio Nazionale dei Geologi non sia attribuito l'esercizio del potere disciplinare, al quale spetta invece il potere di decidere unicamente sui ricorsi avverso i provvedimenti disciplinari deliberati dagli Organi Regionali, non modificando tale distribuzione interna all'Ordine delle competenze in materia disciplinare il rilievo delle esaminate previsioni quanto all'operato condizionamento sui geologi relativamente alla determinazione dei compensi professionali;

- in sintesi non rileva la perdurante vigenza delle tariffe, ma che il codice deontologico abbia surrettiziamente reintrodotto la obbligatorietà delle stesse, espressamente abrogata dalla normativa nazionale;

- sono irrilevanti le censure di cui ai motivi 19 e 20 del secondo ricorso, oltre che di oscura utilità;

- infondate sono le censure sulla misura della sanzione amministrativa atteso che la circostanza che il bilancio del CNG sia costituito dai contributi versati dagli iscritti all'Ordine al solo fine di sostegno dell'attività istituzionale, e non a fine di lucro, non esclude la condotta anticoncorrenziale e la sua sanzionabilità; inoltre sarebbe provata la volontarietà se non la intenzionalità della condotta;

- legittimamente l'Autorità ha qualificato l'intesa come "grave";

- infine correttamente l'Autorità, ai fini della commisurazione della sanzione, ha fatto riferimento al totale delle entrate riportate nel bilancio dell'anno 2008, ultimo bilancio approvato, dell'Ordine nazionale dei geologi, avuto riguardo agli orientamenti contenuti nella Comunicazione della Commissione Europea 2006/C 210/02; deve ritenersi corretta la determinazione della sanzione da irrogarsi, ai sensi dell'art. 15 l. n. 287/1990, a carico di un ente di tipo associativo assumendo quale base di computo le entrate contributive ad esso proprie, per quanto queste non ineriscano ad un fatturato in senso stretto.

Le questioni pregiudiziali sollevate dalla parte appellante, Consiglio Nazionale dei Geologi

9. Va anzitutto esaminato l'appello n. 4584/2011 proposto dal Consiglio Nazionale dei Geologi.

9.1. Con il primo motivo di appello viene chiesto al Consiglio di Stato, come giudice di ultima istanza, un rinvio pregiudiziale alla C. giust. CE.

9.2. Il quesito pregiudiziale viene formulato dall'appellante nei seguenti termini che si riportano testualmente con relativa enfasi a cura dell'appellante:

“Fermi, in punto di diritto, tutti i motivi di ricorso e del presente atto d'appello, come di seguito formulati, ai sensi dell'art. 267 (ex art. 234) T.F.U.E. lettera a e comma 3, si propone alla Corte di Giustizia Europea domanda di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 101 del Trattato (già art. 81) in relazione alla normativa di legge e deontologica regolante la professione di geologo ed i compiti istituzionali e norme di funzionamento del Consiglio Nazionale dei Geologi, afferente la fattispecie, che di seguito si riporta, al fine di riscontro e coerenza e legittimità con la normativa europea (detto art. 101) attinente la disciplina della concorrenza. Con rinvio della presente causa di appello.

Art. 9, con particolare riguardo alla lettera g, legge 112/1963 <<il Consiglio Nazionale dell'Ordine esercita le seguenti attribuzioni, oltre quelle demandategli da altre norme: a) cura l'osservanza della legge professionale e di tutte le altre disposizioni concernenti la professione; b) cura la tenuta dell'albo e dell'elenco speciale e provvede alle iscrizioni e cancellazioni; c) vigila per la tutela del titolo professionale e svolge le attività dirette alla repressione dell'esercizio abusivo della professione; d) adotta i provvedimenti disciplinari; e) provvede, se richiesto, alla liquidazione degli onorari; f) provvede, all'amministrazione dei beni di pertinenza dell'Ordine Nazionale e compila annualmente il bilancio preventivo e il conto consuntivo; g) stabilisce, entro i limiti strettamente necessari a coprire le spese per il funzionamento dell'Ordine Nazionale, con deliberazione da approvarsi dal Ministro della Giustizia, la misura del contributo annuale da corrispondersi dagli iscritti nell'albo o nell'elenco speciali, nonché l'ammontare della tassa di iscrizione nell'albo o nell'elenco, della tassa per il rilascio di certificati e pareri sulla liquidazione degli onorari”.

Art. 14, comma 1, legge 616/1966 secondo cui <<all'iscritto nell'albo o nell'elenco speciale che si comporti in modo non conforme alla dignità o al decoro professionale può essere inflitta, a seconda della gravità del fatto, una delle seguenti sanzioni disciplinari: 1) censura; 2) sospensione dall'esercizio professionale per un tempo non superiore ad un anno; 3) radiazione>>.

Art. 17, legge 616/1966 secondo cui <<la tariffa professionale degli onorari e delle indennità ed i criteri per il rimborso delle spese sono stabiliti con decreto del Ministro per la Grazia Giustizia (nдр: ora Ministro della Giustizia) di concerto con il Ministro per l'Industria e per il Commercio (nдр: ora Ministro per le Attività Produttive) su proposta del Consiglio Nazionale dei Geologi”.

Art. 6 del Nuovo Codice Deontologico del 19 dicembre 2006 (deliberazione n. 143/2006) emendato con deliberazione n. 65 del 24 marzo 2010 sulla “prestazione professionale” secondo cui “l’efficienza e l’efficacia della prestazione è data essenzialmente: dalla intrinseca difficoltà tecnica; dall’ampiezza della responsabilità assunta; dalla originalità della richiesta; dalla sussistenza o meno di precedenti soluzioni tecniche riferibili al caso di specie; dall’importanza degli elementi tecnici oggetto di valutazione; dall’entità degli elementi tecnici da coordinare; dall’originalità della soluzione; dalla quantità del tempo e dall’intensità dell’impegno profuso; dalla capacità di interazione con la committenza e con gli altri soggetti, anche imprenditoriali, coinvolti nella prestazione; dal valore dell’opera>>.

Art. 7 del Nuovo Codice Deontologico del 19 dicembre 2006 (deliberazione n. 143/2006) emendato con deliberazione n. 65 del 24 marzo 2010 su <<Il decoro professionale>> secondo cui <<il decoro del professionista consiste essenzialmente: nella compostezza ed esaustività della prestazione professionale; nella capacità di assunzione di responsabilità, nella disponibilità di efficace corredo tecnico-professionale; nella disponibilità e prontezza di utilizzo di aggiornati strumenti; nell’organizzazione di efficace ufficio ed equipe professionale; nella cura della sollecitudine degli interventi; nella disponibilità di mezzi e strutture per l’aggiornamento continuo, anche dei collaboratori e del personale dipendente; nella capacità di interloquire prontamente ed efficacemente con la committenza e con enti ed istituzioni private e pubbliche e con il pubblico in genere>>.

Art. 17 del Nuovo Codice Deontologico del 19 dicembre 2006 (deliberazione n. 143/2006) emendato con deliberazione n. 65 del 24 marzo 2010 sui “Parametri tariffari” secondo cui <<nella determinazione dei compensi professionali il geologo deve attenersi a quanto stabilito dal D.L. 223/2006 convertito in legge 248/2006; al principio di adeguatezza di cui all’art. 2233 comma 2 Codice Civile e, comunque, al complesso delle vigenti disposizioni di legge regolanti la materia. La tariffa professionale approvata con D.M. 18 novembre 1971 e s.m.i. e la tariffa in materia di LL.PP. approvata con D.M. 4 aprile 2001 per la parte applicabile ai geologi costituiscono legittimo ed oggettivo elemento di riferimento tecnico-professionale nella considerazione, determinazione e definizione dei compensi tra le parti>>. In particolare, sul punto, dica la Corte Europea adita se determina contrasto con l’art. 101 del Trattato l’aver indicato, quale vigente norma di legge obbligatoria nel suo intero contenuto, il D.L. 223/2006 con il sistema numerico-cronologico, unico sistema storico e legittimo, tanto a livello interno che comunitario, che di certo non incide minimamente sulla conoscibilità e sulla portata obbligatoria della norma giuridica.

Art. 18 del Nuovo Codice Deontologico del 19 dicembre 2006 (deliberazione n. 143/2006) emendato con deliberazione n. 65 del 24 marzo 2010 sulla <<Commisurazione della parcella>> secondo cui <<nell’ambito della normativa vigente, a garanzia della qualità delle prestazioni, il geologo che esercita attività professionale nelle varie forme – individuale, societaria o associata – deve sempre commisurare la propria parcella all’importanza e difficoltà dell’incarico, al decoro professionale, alle conoscenze tecniche ed all’impegno richiesti. L’Ordine, tenuto conto dei principi di concorrenzialità professionale, vigila sull’osservanza>>.

Art. 19 del Nuovo Codice Deontologico del 19 dicembre 2006 (deliberazione n. 143/2006) emendato con deliberazione n. 65 del 24 marzo 2010 sull’<<Evidenza

pubblica>> secondo cui <<per le procedure ad evidenza pubblica, ove la PA legittimamente non utilizzi quale parametro compensativo la tariffa professionale, il geologo dovrà comunque commisurare la propria offerta all'importanza e difficoltà dell'incarico, al decoro professionale, alle conoscenze tecniche e all'impegno richiesti>>.

In relazione a :

- Regolamento CEE 2137/85 del Consiglio, relativo all'istituzione del "Gruppo Europeo di interesse economico (GEIE) con lo scopo di facilitare o sviluppare l'attività economica dei suoi membri" stabilisce, al "sesto considerando" <<che le disposizioni - ndr in esso contenute - non pregiudicano l'applicazione, a livello nazionale, delle norme legali e/o deontologiche relative alle condizioni di esercizio di un'attività o di una professione;

- Direttiva Europea 2005/36/CE del Parlamento e del Consiglio relativa al "riconoscimento delle qualifiche professionali" al "considerando n° 43" stabilisce <<nella misura in cui si tratta di professioni regolamentate la presente direttiva riguarda anche le professioni liberali che sono, secondo la presente direttiva, quelle praticate sulla base di pertinenti qualifiche professionali in modo personale, responsabile e professionalmente indipendente da parte di coloro che forniscono servizi intellettuali e di concetto nell'interesse dei clienti e del pubblico. L'esercizio della professione negli Stati membri può essere oggetto, a norma del trattato, di specifici limiti legali sulla base della legislazione nazionale e sulle disposizioni di legge stabilite autonomamente nell'ambito di tale contesto dai rispettivi organismi professionali rappresentativi, salvaguardando e sviluppando la loro professionalità e la qualità del servizio e la riservatezza dei rapporti con i clienti>>.

Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa <<ai servizi nel mercato interno>> nota come direttiva servizi al considerando n° 115 dispone che <<i codici di condotta a livello comunitario hanno lo scopo di fissare regole di condotta minime sono complementari ai requisiti di legge degli Stati membri. Essi non ostano, in conformità al diritto comunitario, a che gli Stati membri adottino con legge misure più rigorose, ovvero a che gli organismi o Ordini Professionali nazionali prevedano una maggiore tutela nei rispettivi codici nazionali di condotta.

Si esprima infime l'Ill.ma Corte di Giustizia Europea adita sulla compatibilità con l'art. 101 del Trattato della delineata distinzione, in punto di diritto e di organizzazione ordinamentale, tra impresa professionale ed impresa commerciale, nonché tra concorrenza professionale e concorrenza commerciale".

9.3. Nell'ambito dell'appello proposto dall'AGCM, il CNG con memoria di costituzione ha sollevato ulteriori questioni pregiudiziali comunitarie, oltre a quella riportata sub 9.2., articolata con l'atto di appello e riproposta anche con la memoria di costituzione nell'appello dell'AGCM.

In particolare, le ulteriori questioni pregiudiziali sono state dal CNG così testualmente formulate:

<<a) se l'art. 101 TFUE o altra norma europea vieta e/o inibisca il riferimento alle componenti di dignità e decoro del professionista – nella fattispecie geologo – nella composizione del compenso professionale;

b) se ai sensi dell'art. 101 TFUE, o altra norma europea, il riferimento alle componenti di dignità e decoro professionale comportino effetti restrittivi della concorrenza professionale;

c) se l'art. 101 TFUE o altra norma europea stabilisca o meno che i requisiti di dignità e decoro, quali componenti del compenso del professionista in connessione con tariffe definite espressamente come derogabili nei minimi – atteso l'espresso e formale richiamo, di cui all'art. 17 del Nuovo Codice Deontologico dei Geologi, alla normativa di legge che tale deroga consente (D.L. . n. 223/2006 convertito in legge 248/2006) possa ritenersi quale induzione a comportamenti restrittivi della concorrenza;

d) se l'art. 101 TFUE o altra norma europea vieti il riferimento alla tariffa professionale – stabilita, per i geologi, da provvedimento statale, D.M. del Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro delle Attività Produttive e derogabile nei minimi per effetto, ripetesì, dell'espresso e formale richiamo al D.L. n. 223/2006 di cui all'art. 17 del Nuovo Codice Deontologico – quale semplice elemento tecnico-professionale di riferimento per la determinazione dei compensi;

e) se l'art. 101 TFUE o altra norma europea vieti la corrispondenza tra l'importanza delle prestazioni, i requisiti di dignità e decoro così come anche definiti negli artt. 6 e 7 del nuovo codice deontologico dei geologi con il compenso professionale, così come previsto dall'art. 2233 c.c. comma 2 secondo cui “in ogni caso la misura del compenso (n.d.r. professionale) deve essere adeguata all'importanza dell'opera ed al decoro della professione”;

f) se dunque secondo l'art. 101 TFUE il riferimento all'art. 2233, comma 2 c.c. possa ritenersi legittimo e non induzione di effetti restrittivi della concorrenza;

g) se l'art. 101 TFUE, o altra norma europea, stabilisca, nell'ambito della disciplina della concorrenza, l'eguaglianza giuridica tra Ordine Professionale, nella specie dei geologi, così come regolato da specifiche norme dello Stato poste per il perseguimento dei fini istituzionali, e le intese e concentrazioni di imprese commerciali costituenti intesa anticoncorrenziale;

h) se l'art. 101 TFUE, o altra norma europea, consenta o meno di stabilire l'equiparazione tra contributo ordinistico obbligatorio per legge – posto per il perseguimento delle funzioni e fini istituzionali – con l'attività di vendita di beni e servizi e con il profitto economico effettuati ed ottenuti mediante comportamenti anticoncorrenziali da parte di concentrazioni di imprese commerciali;

i) se l'art. 101 TFUE, o altra norma europea, giustifichi o meno l'applicazione, nella fattispecie, di sanzione;

j) se l'art. 101 TFUE, o altra norma europea, legittimi o meno l'assoggettamento a prelievo forzoso su contributo ordinistico, obbligatorio per legge, eguagliando tale

contributo a profitto ed entrata frutto di intesa economico-commerciale anticoncorrenziale.

Chiedesi pertanto che l'Ill.mo Consiglio di Stato emetta sentenza/ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee>>.

La disciplina comunitaria sul rinvio pregiudiziale

9.4. Dispone l'art. 267 TFUE (ex articolo 234 del TCE)

“La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

- a) sull'interpretazione dei trattati;
- b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile”.

9.5. In ordine alla portata dell'“obbligo” del giudice nazionale di ultima istanza di sollevare “pregiudiziale comunitaria”, la C. giust. CE ha chiarito che tale obbligo non sussiste se:

- a) la questione di interpretazione di norme comunitarie non è pertinente al giudizio (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite);
- b) la questione è materialmente identica ad altra già decisa dalla Corte o comunque il precedente risolve il punto di diritto controverso;
- c) la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata [C. giust. CE, 6 ottobre 1982 C-283/81, *Cilfit*] (c.d. atto chiaro).

9.6. Laddove si configuri un obbligo di rinvio pregiudiziale alla C. giust. CE, la sua violazione è ritenuta dalla C. Giust. CE sanzionabile mediante la responsabilità degli Stati membri, che sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto dell'Unione riconducibili ad organi giudiziari, e in particolare quando questi

ultimi omettano di ottemperare all'obbligo di rinvio pregiudiziale [C. giust. CE, 30 settembre 2003 C-224/01, *Kobler*; Id. 13 giugno 2006 C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*; Id., sez. III 24 novembre 2011 C 379/10 *Commissione europea c. Repubblica italiana*].

9.7. I requisiti formali del provvedimento di rinvio pregiudiziale e le modalità di formulazione dei quesiti sono chiariti nella nota 2011/C 160/01 in G.U.C.E. 28 maggio 2011, peraltro dichiaratamente di valore non vincolante.

Rinvio di questioni pregiudiziali sulla corretta interpretazione dell'art. 267 TFUE

9.8. Rileva il Collegio che le questioni pregiudiziali sollevate da parte appellante, (e attinenti, in estrema sintesi, alla interpretazione del diritto comunitario della concorrenza e delle professioni, in ordine alla compatibilità con esso di codici deontologici professionali che commisurino il compenso al decoro e dignità professionale, alla qualità e quantità del lavoro svolto, con il risultato che compensi al di sotto dei minimi tariffari potrebbero essere sanzionati, sul piano disciplinare, per violazione di regole deontologiche), sono, secondo i parametri indicati dalla Corte:

- questioni di interpretazione del diritto comunitario;
- questioni rilevanti al fine della decisione del giudizio;
- questioni non perfettamente identiche ad altre già decise dalla Corte di giustizia CE;
- questioni sulle quali la corretta applicazione del diritto comunitario non si impone con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alle questioni sollevate.

Alla luce di tali parametri, si configura, in astratto e in tesi, l'obbligo di rinvio pregiudiziale di cui al citato art. 267, par. 3, TFUE.

9.9. La questione è tuttavia formulata, nell'appello principale del CNG, in termini generici o con riferimento a norme comunitarie palesemente non pertinenti al caso specifico (come è il riferimento alla direttiva sul GEIE). Pertanto, secondo il diritto processuale nazionale, potrebbe essere dichiarata irrilevante o inammissibile, ovvero, si imporrebbe, per una corretta rimessione alla C. giust. CE, una integrale riformulazione da parte del giudice. Infatti la parte si limita ad elencare le norme comunitarie, le disposizioni nazionali e le norme deontologiche, senza evidenziare quale sarebbe la questione interpretativa rilevante per la soluzione del caso.

Quanto alle questioni pregiudiziali sollevate, sempre dal CNG, ma nell'atto di costituzione in relazione all'appello dell'AGCM, che in parte sono identiche a quelle contenute nell'appello principale, in parte sono ulteriori, valgono, per i profili di identità, le considerazioni di cui sopra.

Le ulteriori questioni pregiudiziali, pur apparentemente specifiche, si prestano (sulla scorta del diritto processuale nazionale) a tre rilievi di inammissibilità per difetto di rilevanza:

a) si chiede l'interpretazione de "*l'art. 101 TFUE o altra norma europea*"; il riferimento generico ad "altra norma europea" andrebbe dichiarato inammissibile, perché la questione di interpretazione del diritto comunitario deve riferirsi a ben individuate norme comunitarie;

b) sotto forma di richiesta di interpretazione del diritto comunitario, in realtà si chiede la soluzione del caso specifico alla C. giust. CE, che invece esula dalle competenze della stessa (secondo la giurisprudenza della C. giust. CE, nel procedimento di rinvio pregiudiziale, basato su una netta separazione delle funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale: C. giust. CE 8 maggio 2008 C-491/06; 9 giugno 2005, cause riunite C-211/03, C-299/03 e da C-316/03 a C-318/03; 18 luglio 2007, C-119/05; in particolare, la Corte può pronunciarsi unicamente sull'interpretazione o sulla validità di un testo comunitario in base ai fatti indicati dal giudice nazionale: v. C. giust. CE 16 marzo 1978 C-104/77; 28 settembre 2006 C-467/04);

c) nella formulazione dei quesiti di "interpretazione del diritto comunitario", proprio perché ciò che si chiede è la soluzione del caso specifico, vengono forniti elementi della fattispecie concreta, ma talora in modo parziale e non rispondente alla portata del provvedimento dell'AGCM; ad es. laddove si afferma di aver richiamato, nel codice deontologico, l'abolizione legale dei minimi tariffari, circostanza di fatto non rispondente al vero, perché il codice deontologico non richiama l'art. 2 d.l. n. 223/2006 (che abolisce i minimi tariffari), ma richiama l'intero d.l. n. 223/2006, che ha contenuto plurimo ed eterogeneo;

d) nella formulazione dei quesiti di "interpretazione del diritto comunitario", proprio perché ciò che si chiede è la soluzione del caso specifico, viene chiesta l'interpretazione dell'art. 101 TFUE anche con riferimento alla nozione di "impresa" ai fini antitrust, su cui la giurisprudenza comunitaria si è già ampiamente pronunciata, sicché non vi è propriamente una questione di "interpretazione del diritto comunitario" ma solo di applicazione del diritto comunitario, già reiteratamente interpretato, al caso specifico.

9.10. Ritiene il Collegio di dover anzitutto sollevare una questione pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, sulla interpretazione dello stesso art. 267, par. 3, TFUE, in ordine alla portata dell'"obbligo" di rinvio pregiudiziale, atteso che i chiarimenti sinora forniti dalla giurisprudenza della C. giust. CE non paiono del tutto esaustivi.

9.10.1. Anzitutto, il citato art. 267, par. 3, TFUE, configura un obbligo di rinvio pregiudiziale sulla interpretazione del diritto comunitario, quando una tale questione "è sollevata".

La formulazione della disposizione sembra pertanto configurare un obbligo di rinvio ogni qual volta una questione sia sollevata da una o più delle parti di causa.

La giurisprudenza della Corte, sopra citata, ha ipotizzato una sorta di "filtro", per il caso di questioni non rilevanti, o già decise, o già chiare oltre ogni ragionevole dubbio.

Sembra trattarsi di un filtro a maglie larghe che lascia poco margine ad un sindacato valutativo del giudice nazionale, atteso che, da un lato, il dato testuale dell'art. 267, par. 3, TFUE sembra prevedere un "obbligo" incondizionato, sicché eventuali deroghe

devono essere tassative, e atteso che le questioni interpretative “chiare” sono evenienza rara e che la stessa valutazione di “rilevanza” della questione può presupporre la soluzione di questioni interpretative del diritto comunitario.

Il sistema del rinvio pregiudiziale alla C. giust. CE sembra pertanto differire nettamente dal sistema nazionale italiano di rinvio alla Corte costituzionale, nel quale anche il giudice di ultima istanza non ha un obbligo di rinvio, ma solo una facoltà, previa valutazione di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. In siffatta valutazione di “non manifesta infondatezza” il giudice può interpretare sia la legge ordinaria, sia la Costituzione.

Invece, nel sistema del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sembra esclusa, in capo al giudice nazionale di ultima istanza, qualsiasi competenza ad interpretare il diritto comunitario, potendo il giudice nazionale escludere il rinvio pregiudiziale solo se la norma comunitaria sia chiara al di là di ogni ragionevole dubbio.

9.10.2. In ogni caso, né l’art. 267, par. 3, TFUE, né la giurisprudenza della C. giust. CE che lo ha interpretato, forniscono chiarimenti sul rapporto tra l’obbligo di rinvio pregiudiziale e le regole processuali nazionali.

Nel sistema del processo amministrativo italiano, come risulta dal cod. proc. amm., vige il principio della domanda di parte, il principio della specificità dei motivi di ricorso con conseguente inammissibilità dei motivi generici, il divieto di modifica dei motivi in corso di causa; in ossequio al principio della domanda, il giudice non può modificare una domanda di parte, pena la violazione del principio del contraddittorio.

Alla luce delle regole del processo amministrativo sopra enunciate, la “domanda pregiudiziale” proposta dall’appellante come primo motivo di appello, dovrebbe essere valutata, anzitutto, come “motivo di ricorso” alla stregua delle regole processuali nazionali.

Tale domanda pregiudiziale di parte si correla ai motivi del ricorso di primo grado e, in particolare, al 14° motivo del primo ricorso di primo grado e al 13° motivo del secondo ricorso di primo grado, come sopra sintetizzati; si lamenta che il provvedimento dell’AGCM avrebbe violato i citati parametri comunitari, che consentirebbero sia i minimi tariffari inderogabili, sia l’adozione di codici deontologici che impongono minimi tariffari a tutela della qualità e quantità del lavoro del professionista e del decoro e dignità della professione.

Secondo le regole processuali nazionali, la censura di contrasto dell’atto amministrativo impugnato con il diritto comunitario va trattata come un ordinario motivo di ricorso, e dunque va proposta dalla parte entro i termini di impugnazione dell’atto amministrativo, con motivo specifico, da articolarsi sin dal primo grado di giudizio; tale censura non può essere formulata per la prima volta in appello.

In base a tale valutazione, questo Consesso dovrebbe affermare che tale motivo di ricorso è inammissibile per genericità, in quanto, in relazione alla dedotta censura di contrasto dell’atto amministrativo impugnato con il diritto comunitario, solleva una questione di interpretazione del diritto comunitario limitandosi a elencare norme nazionali e disposizioni comunitarie, e a dichiarare che vi è una “questione di

interpretazione”, ma non chiarisce in cosa consisterebbe siffatta questione di interpretazione.

Inoltre tale “motivo di ricorso” formula la “questione pregiudiziale” in termini non conformi alle citate istruzioni della C. giust. CE.

Si tratta allora di comprendere se l’art. 267, par. 3, TFUE faccia salvi i sistemi processuali nazionali, e segnatamente le citate regole in tema di principio della domanda, specificità dei motivi, divieto per il giudice di esercitare un potere di soccorso nel senso di correggere e modificare la domanda di parte, così consentendo al giudice di “filtrare” le domande pregiudiziali anche in base a parametri della legge processuale nazionale senza incorrere in responsabilità per violazione del citato art. 267, par. 3, TFUE, o se invece imponga al giudice nazionale, a fronte di una domanda di parte che solleva una pregiudiziale comunitaria, e a dispetto delle regole processuali nazionali, di interpretare, modificare e adattare la domanda di parte, in modo che il quesito pregiudiziale sollevato dalla parte rispetti i requisiti formali e sostanziali di cui alle citate istruzioni della C. giust. CE.

9.10.3. Ancora, a fronte della portata letterale dell’art. 267, par. 3, TFUE, che impone al giudice nazionale di ultima istanza un “obbligo” incondizionato di rinvio pregiudiziale, ogni qualvolta vi sia una domanda di parte che pone una questione di interpretazione, si pone la questione interpretativa di quale sia l’ambito del potere di filtro del giudice nazionale – enunciato dalla C. giust. CE – nello stabilire che l’interpretazione del diritto comunitario è chiara al di là di ogni ragionevole dubbio. Dato, infatti, che l’interpretazione del diritto comunitario è riservata alla C. giust. CE, e dato che l’art. 267, par. 3, TFUE prevede un obbligo incondizionato di rinvio se la parte solleva questione pregiudiziale, sembrerebbe che il giudice nazionale non abbia alcun potere di stabilire che “il diritto comunitario è chiaro” e non dà adito a dubbi interpretativi, e conseguentemente non abbia alcun potere di rifiutare il rinvio pregiudiziale.

9.10.4. Nemmeno è chiara la portata e l’ambito del giudizio di “rilevanza” della sollevata questione pregiudiziale, ai fini del decidere: la C. giust. CE non ha indicato in modo univoco se il giudizio di rilevanza sia riservato al giudice nazionale, o possa essere sindacato dalla stessa C. giust. CE.

In ogni caso, sinora, quando la C. giust. CE ha sindacato il giudizio di rilevanza reso dal giudice nazionale, lo ha fatto per escludere la rilevanza invece ritenuta dal giudice *a quo*.

Non è invece chiaro quale è l’ambito del potere del giudice nazionale di escludere la rilevanza, se per valutare la rilevanza occorra comunque stabilire se il diritto comunitario è o no applicabile al caso concreto, né quali sono le conseguenze giuridiche, anche in termini di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, se il giudice *a quo* esclude la rilevanza della questione di interpretazione del diritto comunitario, errando nel valutare se il diritto comunitario è o meno applicabile al caso concreto.

D’altro canto, il giudizio di rilevanza da parte del giudice nazionale sembrerebbe precluso dal tenore letterale dell’art. 267, par. 3, TFUE, perché ogni qual volta vengano

in considerazione, nel giudizio, norme comunitarie, per ciò solo la questione interpretativa dovrebbe essere rilevante.

9.10.5. Il tenore letterale dell'art. 267, par. 3, TFUE sembrerebbe dunque configurare un dovere incondizionato di rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale di ultima istanza, tutt'al più con un filtro a maglie larghe che farebbe venire meno l'obbligo del rinvio solo in casi limitati e particolarmente eclatanti.

Non può tuttavia tacersi che una siffatta interpretazione rischia, da un lato, di incoraggiare il proliferare di richieste di rinvii pregiudiziali in modo emulativo, e dall'altro lato di creare un imbuto alla rovescia con un aggravio del carico di lavoro della C. giust. CE oltre ogni ragionevole limite.

9.10.6. Inoltre, l'assenza di qualsivoglia filtro, o la sussistenza di un filtro a maglie larghe, e l'affermazione di un dovere incondizionato del giudice di ultima istanza di effettuare il rinvio pregiudiziale, rischia di impattare negativamente su un altro principio processuale del diritto italiano e dello stesso diritto comunitario e internazionale pattizio, quello della ragionevole durata del processo.

Si tratta allora di comprendere se l'obbligo incondizionato di rinvio pregiudiziale con il conseguente allungamento dei tempi processuali possa far escludere, dal computo dei termini di ragionevole durata del processo interno, la fase di rinvio e decisione della pregiudiziale comunitaria, e anche questa è una questione di interpretazione del diritto comunitario, atteso che la Carta di Nizza, che fa parte del Trattato, comprende tra i diritti fondamentali dell'Unione anche quello alla ragionevole durata del processo (v. art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, avente lo stesso valore giuridico dei Trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea TUE).

9.10.7. Non può essere trascurato, poi, il risvolto del mancato rinvio pregiudiziale in termini di responsabilità del giudice nazionale e dello Stato di appartenenza, atteso che, nella prassi italiana, a fondamento di azioni di responsabilità civile nei confronti dei magistrati ai sensi della l. n. 117/1988 viene posta l'asserita inosservanza della giurisprudenza Cilfit [C. giust. CE, 6 ottobre 1982 C-283/81].

Sicché, sembra anche necessario che sia chiarito dalla C. giust. CE, alla luce della interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE, in quali casi il mancato rinvio pregiudiziale dà luogo a "manifesta violazione del diritto comunitario" [C. giust. CE, 30 settembre 2003 C-224/01, *Kobler*; Id., sez. III 24 novembre 2011 C 379/10 *Commissione europea c. Repubblica italiana*] e se tale nozione possa essere di diversa portata e ambito ai fini dell'azione speciale nei confronti dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988 n.117 per "risarcimento danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati" e dell'azione generale nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario, e tanto, anche al fine di evitare che i giudici nazionali, nel timore di incorrere in violazione del diritto comunitario, aggravino la C. giust. CE con rinvii puramente "difensivi" finalizzati a prevenire azioni di responsabilità civile contro i magistrati.

9.10.8. Il punto di vista del Collegio sulla soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte, che viene espresso ai sensi del par. 23 delle istruzioni della C. Giust. CE 160/01 del 2011, è che l'art. 267, par. 3 TFUE non dovrebbe ostare alle regole

processuali nazionali in tema di termini di ricorso, specificità dei motivi di ricorso, principio della domanda, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di soccorso della parte nella formulazione delle domande, in violazione della parità delle armi, sicché quando la parte solleva una questione pregiudiziale comunitaria davanti al giudice nazionale dovrebbe farlo in termini sufficientemente chiari e specifici, e coerenti con i parametri richiesti dalla C. giust. CE.

Inoltre secondo il giudice rimettente, in ossequio ai principi di ragionevole durata del processo, divieto di abuso del diritto di difesa, lealtà processuale, l'art. 267, par. 3 TFUE andrebbe interpretato nel senso che l'obbligo di rinvio pregiudiziale non impedisce un vaglio critico da parte del giudice *a quo* della questione di interpretazione del diritto comunitario, e consente al giudice *a quo* di non rinviare la questione non solo nel caso di "assoluta chiarezza" della norma comunitaria, ma anche nel caso in cui il giudice nazionale ritenga, in base ad un parametro di ragionevolezza e diligenza professionale, che la norma comunitaria sia "ragionevolmente chiara" e non necessiti di ulteriore chiarificazione.

9.10.9. In conclusione, si rimettono alla C. giust. CE le seguenti questioni pregiudiziali di interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE:

a) se osti o meno all'applicazione dell'art. 267, par. 3, TFUE, in relazione all'obbligo del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto comunitario sollevata da una parte in causa, la disciplina processuale nazionale che preveda un sistema di preclusioni processuali, quali termini di ricorso, specificità dei motivi, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di modificare la domanda di parte;

b) se osti o meno all'applicazione dell'art. 267, par. 3, TFUE, in relazione all'obbligo del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto comunitario sollevata da una parte in causa, un potere di filtro da parte del giudice nazionale in ordine alla rilevanza della questione e alla valutazione del grado di chiarezza della norma comunitaria;

c) se l'art. 267, par. 3, TFUE, ove interpretato nel senso di imporre al giudice nazionale di ultima istanza un obbligo incondizionato di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto comunitario sollevata da una parte in causa, sia o meno coerente con il principio di ragionevole durata del processo, del pari enunciato dal diritto comunitario;

d) in presenza di quali circostanze di fatto e di diritto l'inosservanza dell'art. 267, par. 3, TFUE configuri, da parte del giudice nazionale, una "violazione manifesta del diritto comunitario", e se tale nozione possa essere di diversa portata e ambito ai fini dell'azione speciale nei confronti dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988 n.117 per "risarcimento danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati" e dell'azione generale nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario.

Rinvio della questione pregiudiziale come formulata dal CNG

9.11. Per il caso in cui la C. giust. CE dovesse accedere alla tesi del “filtro a maglie larghe” come sopra esposta, ostativa dell’applicazione delle regole processuali nazionali in ordine alla specificità dei motivi di ricorso, la pregiudiziale comunitaria deve essere rimessa alla C. giust. CE negli esatti termini in cui è stata formulata da parte appellante, e sopra riportati.

Rinvio subordinato di questioni pregiudiziali come riformulate dal giudice a quo

9.12. Ove, poi, la C. giust. CE dovesse ritenere che il giudice nazionale ha un poterdovere di soccorso della parte, nella formulazione del quesito pregiudiziale, le questioni pregiudiziali vengono, da questo giudice, formulate nei termini che seguono.

9.12.1. Si pone anzitutto la questione se il diritto comunitario della concorrenza e delle professioni, e in particolare le disposizioni comunitarie invocate da parte appellante nel suo quesito, ostino o meno all’adozione di codici deontologici professionali che commisurino il compenso al decoro e dignità professionale, alla qualità e quantità del lavoro svolto, con il risultato che compensi che si collocano al di sotto dei minimi tariffari (e che pertanto sono concorrenziali) potrebbero essere sanzionati, sul piano disciplinare, per violazione di regole deontologiche.

9.12.2. Si pone poi la questione se il diritto comunitario della concorrenza e in particolare la disciplina che vieta le intese restrittive possa o meno essere interpretato nel senso che una intesa restrittiva può essere configurata da regole deontologiche stabilite da Ordini professionali, laddove tali regole, nell’indicare il decoro e la dignità professionale, nonché la qualità e quantità del lavoro svolto, quali parametri di quantificazione del compenso del professionista, sortiscano l’effetto della inderogabilità dei minimi tariffari, e pertanto anche un effetto restrittivo della concorrenza a causa di detta inderogabilità.

9.12.3. Si pone poi la questione pregiudiziale se, laddove il diritto nazionale ponga regole di tutela della concorrenza più severe di quelle comunitarie, in particolare stabilendo che i minimi tariffari delle tariffe professionali possono essere derogati, laddove il diritto comunitario sembra invece ancora consentire a certe condizioni la inderogabilità dei minimi tariffari, e conseguentemente laddove una condotta dell’Ordine professionale che imponga la inderogabilità dei minimi tariffari costituisca, per il diritto nazionale, una intesa restrittiva della concorrenza mentre potrebbe non esserlo per il diritto comunitario, il diritto comunitario della concorrenza, e segnatamente la disciplina comunitaria delle intese restrittive della concorrenza, osti o meno a siffatto risultato di ritenere una data condotta sanzionabile come intesa restrittiva in base alla disciplina nazionale e non anche in base alla disciplina comunitaria, ogni qualvolta le regole nazionali di tutela della concorrenza siano più severe di quelle comunitarie.

9.12.4. Non sembra, infine, che ci sia una questione di “interpretazione” sulla nozione di “impresa” ai fini del diritto comunitario antitrust, avendo già la C. giust. CE più volte chiarito che anche enti pubblici o professionisti possono ricondursi a tale nozione, e che consigli di ordini professionali possono costituire associazioni di imprese.

E, invero, secondo la giurisprudenza della C. giust. CE, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un’attività economica consistente nell’offerta di beni o

servizi sul mercato, indipendentemente dallo statuto giuridico e dalle modalità di finanziamento, o dalla sussistenza o meno del fine di lucro (C. giust. CE 26 marzo 2009 C-113/07, *Selex*; C. giust. CE, 12 settembre 2000 C-180/98, *Pavlov*) ed è operatore economico un qualsivoglia soggetto, pubblico o privato, che offre beni o servizi sul mercato, anche se non ha istituzionalmente fine di lucro (direttiva 2004/18/CE; C. giust. CE, 23 dicembre 2009 C-305/08, *Conisma*).

Anche attività di carattere intellettuale possono essere qualificate come impresa (C. giust. CE 18 giugno 1998 C-35/96, Commissione c. Italia), e in particolare sono imprese ai fini del diritto antitrust gli avvocati, e pertanto un Ordine degli Avvocati, anche se abbia natura giuridica pubblica, può costituire una associazione di imprese quando emana atti di interesse della categoria degli iscritti (C. giust. CE 19 febbraio 2002 C-309/1999 *Wouters*).

9.12.5. Il punto di vista del Collegio sulla soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte, che viene espresso ai sensi del par. 23 delle istruzioni della C. Giust. CE 160/01 del 2011, è che:

a) il diritto comunitario citato da parte appellante, nel far salve le discipline nazionali sulle professioni intellettuali e le norme deontologiche delle libere professioni, tutt'al più consente, ma non certo impone, possibili deroghe alla concorrenza a tutela della qualità, prestigio e decoro delle professioni; la giurisprudenza comunitaria si è già dichiarata non favorevole ai minimi professionali inderogabili con riferimento alla tariffa forense italiana, osservando che una inderogabilità assoluta può ostacolare la concorrenza, e che la inderogabilità deve trovare giustificazioni oggettive (C. Giust. CE 5 dicembre 2006 CC 94/04 e 202/04, *Cipolla + 1*);

b) per l'effetto, il diritto nazionale ben può, nel disciplinare le professioni, dettare regole proconcorrenziali più rigorose di quelle imposte dal diritto comunitario, e ben può consentire la deroga dei minimi tariffari e per converso vietare la inderogabilità dei minimi; si noti che lo *ius superveniens*, e segnatamente il d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, ha da ultimo abrogato tutte le tariffe professionali con riferimento alle professioni regolamentate nel sistema ordinistico;

c) se il diritto nazionale – nella specie il diritto italiano – vieta i minimi tariffari delle professioni e conseguentemente consente che tali minimi possano essere derogati dai singoli professionisti, ne consegue che possono, in astratto, essere qualificati come intese restrittive della concorrenza accordi o condotte parallele o decisioni di ordini professionali, che siano finalizzati ad aggirare il divieto legislativo di minimi tariffari inderogabili; in tal caso, non si configura un contrasto tra art. 2, l. n. 287/1990 e diritto comunitario antitrust, perché non può ritenersi che la nozione italiana di intesa restrittiva della concorrenza sia diversa dalla nozione comunitaria, ben potendo essere diverso il parametro normativo per valutare se vi è o no violazione della concorrenza, tutte le volte in cui il diritto nazionale tuteli la concorrenza in misura maggiore rispetto al diritto comunitario;

d) ove si condividano gli assunti sub a), b), c), costituisce mera questione di fatto, riservata al giudice nazionale, la questione di verificare se, nel caso concreto, configurino o meno intesa restrittiva della concorrenza le norme deontologiche fissate dal CNG, laddove (i) richiamano genericamente il d.l. n. 223/2006, anziché

puntualmente l'art. 2, d.l. n. 223/2006, e senza esplicitare che i minimi tariffari sono per legge derogabili, e laddove (ii) configurano il decoro professionale come parametro di determinazione del compenso del professionista, al contempo prevedendo che costituisce illecito disciplinare la condotta contraria al decoro professionale, e dunque in ipotesi la condotta di richiesta di un compenso al di sotto dei minimi tariffari ritenuta lesiva del decoro professionale.

9.12.5. Vanno pertanto sottoposte alla Corte le seguenti questioni in via subordinata rispetto alle precedenti:

a) in via subordinata, per il caso in cui la Corte risolva le questioni di interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE nel senso della ininfluenza delle regole processuali nazionali e della sussistenza di un dovere di soccorso del giudice nazionale, e la questione pregiudiziale come sollevata dall'appellante nel senso della genericità del quesito di parte, la questione pregiudiziale se il diritto comunitario della concorrenza e delle professioni, e in particolare le disposizioni comunitarie invocate da parte appellante nel suo quesito, ostino o meno all'adozione di codici deontologici professionali che commisurino il compenso al decoro e dignità professionale, alla qualità e quantità del lavoro svolto, con il risultato che compensi che si collocano al di sotto dei minimi tariffari (e che pertanto sono concorrenziali) potrebbero essere sanzionati, sul piano disciplinare, per violazione di regole deontologiche;

b) in via subordinata, per il caso in cui la Corte risolva le questioni di interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE nel senso della ininfluenza delle regole processuali nazionali e della sussistenza di un dovere di soccorso del giudice nazionale, e la questione pregiudiziale come sollevata dall'appellante nel senso della genericità del quesito di parte, la questione pregiudiziale se il diritto comunitario della concorrenza, e in particolare la disciplina che vieta le intese restrittive, possa o meno essere interpretato nel senso che una intesa restrittiva può essere configurata da regole deontologiche stabilite da ordini professionali, laddove tali regole, nell'indicare il decoro e la dignità professionale, nonché la qualità e quantità del lavoro svolto, quali parametri di quantificazione del compenso del professionista, sortiscano l'effetto della inderogabilità dei minimi tariffari, e per tanto anche un effetto restrittivo della concorrenza a causa di detta inderogabilità;

c) in via subordinata, per il caso in cui la Corte risolva le questioni di interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE nel senso della ininfluenza delle regole processuali nazionali e della sussistenza di un dovere di soccorso del giudice nazionale, e la questione pregiudiziale come sollevata dall'appellante nel senso della genericità del quesito di parte, la questione pregiudiziale se, laddove il diritto nazionale ponga regole di tutela della concorrenza più severe di quelle comunitarie, in particolare stabilendo che i minimi tariffari delle tariffe professionali possono essere derogati, laddove il diritto comunitario sembra invece ancora consentire a certe condizioni la inderogabilità dei minimi tariffari, e conseguentemente laddove una condotta dell'Ordine professionale che imponga la inderogabilità dei minimi tariffari costituisca, per il diritto nazionale, una intesa restrittiva della concorrenza mentre potrebbe non esserlo per il diritto comunitario, il diritto comunitario della concorrenza, e segnatamente la disciplina comunitaria delle intese restrittive della concorrenza, osti o meno a siffatto risultato di ritenere una data condotta sanzionabile come intesa restrittiva in base alla disciplina

nazionale e non anche in base alla disciplina comunitaria, ogni qualvolta le regole nazionali di tutela della concorrenza siano più severe di quelle comunitarie.

Atti da trasmettere alla Corte di giustizia CE

10. In conclusione, alla luce di quanto esposto, si rimettono all'esame della C. giust. CE:

- a) le sopra esposte questioni di corretta interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE;
- b) la questione pregiudiziale come sollevata dalla parte appellante e sopra riportata tra virgolette;
- c) le sopra esposte questioni pregiudiziali sul diritto comunitario della concorrenza e delle professioni.

10.1. Ai sensi della «nota informativa riguardante la proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali» 2011/C 160/01 in G.U.C.E. 28 maggio 2011, vanno trasmessi alla cancelleria della Corte mediante plico raccomandato in copia i seguenti atti:

- provvedimenti impugnati con il ricorso di primo grado e, in particolare:
 - - nota del 26 maggio 2009 con cui l'AGCM ha comunicato l'avvio dell'istruttoria;
 - - determinazione dell'AGCM in data 22 dicembre 2009 recante rigetto degli impegni;
 - - delibera dell'AGCM del 23 giugno 2010;
- i due ricorsi di primo grado;
- sentenza del T.a.r. appellata;
- atto di appello del Consiglio Nazionale dei Geologi;
- atto di appello dell'AGCM;
- presente ordinanza;
- copia delle seguenti norme nazionali:
 - - artt. 2, 39 comma 1, 40 (in particolare comma 1, lett. c), 41, 43, 101 cod. proc. amm.;
 - - artt. 99, 101, 112 cod. proc. civ.;
 - - artt. 1, 2 e 21 l. n. 287/1990;
 - - art. 2 d.l. n. 223/2006 conv. in l. n. 248/2006;
 - - artt. 14 e 17 l. n. 616/1966;

- - artt. 2229, 2230, 2232, 2233, 2238, 2061 cod. civ.;

- - nonché, quale *ius superveniens*, l'art. 9 d.l. n. 1/2012, che abolisce le tariffe professionali e indica i criteri di determinazione dei compensi professionali.

11. Il presente giudizio viene sospeso nelle more della definizione dell'incidente comunitario, e ogni ulteriore decisione, anche in ordine alle spese, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, dispone:

1) a cura della segreteria, la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nei sensi e con le modalità di cui in motivazione, e con copia degli atti ivi indicati;

2) la sospensione del presente giudizio;

3) riserva alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e in ordine alle spese.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/03/2012

IL SEGRETARIO

ANEXO XXII

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

G 47/12-11

G 59/12-10

G 62,70,71/12-11

28. November 2012

BESCHLUSS

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des
Präsidenten

Dr. Gerhart HOLZINGER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. Brigitte BIERLEIN

und der Mitglieder

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

DDr. Christoph GRABENWARTER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Rudolf MÜLLER,

DDr. Hans Georg RUPPE,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

als Stimmführer, im Beisein des Schriftführers

Dr. Gernot FRIEDL,

Verfassungsgerichtshof
Freyung 8, A-1010 Wien
www.verfassungsgerichtshof.at

über die Anträge

1. der KÄRNTNER LANDESREGIERUNG,
2. des Mag. Michael S., (...), 1030 Wien, vertreten durch die Cabjolsky & Otto Rechtsanwälte OG, Biberstraße 3, 1010 Wien, und
3. des Ing. Dr. Christof T., (...), 1160 Wien, des Mag. Andreas K., (...), 1070 Wien, des Mag. Albert S., (...), 1070 Wien, der Jana H., (...), 1080 Wien, der Sigrid M., (...), 1030 Wien, des Mag. DDr. Erich SCH., (...), 1130 Wien, des Dr. Hannes T., (...), 1030 Wien, der SCH. Rechtsanwalt GmbH, (...), 1070 Wien, der Dr. Maria W.-T., (...), 1130 Wien, des Philipp SCH., (...), 2500 Baden, des Dr. Stefan P., (...), 1010 Wien, und weitere, diese vertreten durch die Scheucher Rechtsanwalt GmbH, Lindengasse 39, 1070 Wien, auf Aufhebung von Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes idF BGBl. I 27/2011 sowie 2. und 3. auch auf Aufhebung von Bestimmungen der Strafprozessordnung idF BGBl. I 33/2011 und des Sicherheitspolizeigesetzes idF BGBl. I 33/2011 in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung beschlossen:

- I. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Entscheidung vorgelegt:

1. Zur Gültigkeit von Handlungen von Organen der Union:

Sind die Art. 3 bis 9 der Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsdatenspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG mit Art. 7, 8 und 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vereinbar?

2. Zur Auslegung der Verträge:

2.1. Sind im Lichte der Erläuterungen zu Art. 8 der Charta, die gemäß Art. 52 Abs. 7 der Charta als Anleitung zur Auslegung der Charta verfasst wurden und vom Verfassungsgerichtshof gebührend zu berücksichtigen sind, die Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr und die Verordnung (EG) 45/2001 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr für die Beurteilung der Zulässigkeit von Eingriffen gleichwertig mit den Bedingungen nach Art. 8 Abs. 2 und Art. 52 Abs. 1 der Charta zu berücksichtigen?

2.2. In welchem Verhältnis steht das in Art. 52 Abs. 3 letzter Satz der Charta in Bezug genommene "Recht der Union" zu den Richtlinien im Bereich des Datenschutzrechts?

2.3. Sind angesichts dessen, dass die Richtlinie 95/46/EG und die Verordnung (EG) 45/2001 Bedingungen und Beschränkungen für die Wahrnehmung des Datenschutzgrundrechts der Charta enthalten, Änderungen als Folge späteren Sekundärrechts bei der Auslegung des Art. 8 der Charta zu berücksichtigen?

2.4. Hat unter Berücksichtigung des Art. 52 Abs. 4 der Charta der Grundsatz der Wahrung höherer Schutzniveaus in Art. 53 der Charta zur Konsequenz, dass die nach der Charta maßgeblichen Grenzen für zulässige Einschränkungen durch Sekundärrecht enger zu ziehen sind?

2.5. Können sich im Hinblick auf Art. 52 Abs. 3 der Charta, Abs. 5 der Präambel und die Erläuterungen zu Art. 7 der Charta, wonach die darin garantierten Rechte den Rechten nach Art. 8 EMRK entsprechen, aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK Gesichtspunkte für die Auslegung des Art. 8 der Charta ergeben, die die Auslegung des zuletzt genannten Artikels beeinflussen?

G 47/12-11
G 59/12-10
G 62,70,71/12-11
28.11.2012

- II. Die Gesetzesprüfungsverfahren werden nach Vorliegen der Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union fortgesetzt werden.

Begründung

I.

1. Die Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsdatenspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG (im Folgenden: Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie) dient gemäß ihrem Art. 1 Abs. 1 der Harmonisierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Pflichten von Anbietern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder Betreibern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes im Zusammenhang mit der Vorratsspeicherung bestimmter Daten, die von ihnen erzeugt oder verarbeitet werden, um sicherzustellen, dass die Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten, wie sie von den Mitgliedstaaten jeweils im nationalen Recht bestimmt werden, zur Verfügung stehen. Gemäß Art. 1 Abs. 2 der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie gilt diese für Verkehrs- und Standortdaten sowohl von juristischen als auch von natürlichen Personen sowie für alle damit in Zusammenhang stehenden Daten, die zur Feststellung des Teilnehmers oder registrierten Benutzers erforderlich sind; Inhalte elektronischer Nachrichtenübermittlungen sind nicht vom Anwendungsbereich der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie erfasst. Die Daten sind für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Kommunikation auf Vorrat zu speichern.

2. Das Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003 – TKG 2003), enthält bereits in seiner Stammfassung Bestimmungen, die den Betreiber eines Telekommunikationsnetzes dazu verpflichten, bestimmte Daten zu speichern. Mit der Novelle BGBl. I 27/2011 wurde die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie umgesetzt und wurden die Speicherungsverpflichtungen in einem neu eingefügten § 102a TKG 2003 (unten

Pkt. II.2.) erweitert. Diese Novelle trat am 1. April 2012 in Kraft, der entsprechende Umsetzungshinweis findet sich in § 1 Abs. 4 Z 5 TKG 2003.

3. Die Kärntner Landesregierung (im Folgenden: antragstellende Landesregierung) brachte auf Grund ihres Beschlusses vom 27. März 2012 am 6. April 2012 beim Verfassungsgerichtshof einen Antrag gem. Art. 140 Abs. 1 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) ein, mit dem sie die Aufhebung näher genannter Bestimmungen des TKG 2003 begehrt (G 47/12), unter anderem des § 102a, der mit der Novelle BGBl. I 27/2011 eingefügt wurde.

4. Am 25. Mai 2012 brachte Mag. Michael S., ein Angestellter der (...), einen Antrag gem. Art. 140 Abs. 1 B-VG ein, in dem er behauptet, u.a. durch die Verfassungswidrigkeit des § 102a TKG 2003 unmittelbar in seinen Rechten verletzt zu sein. Er bringt vor, über vier Teilnehmeranschlüsse zu verfügen, die er sowohl beruflich als auch privat für Sprachtelefonie bzw. Internet-Zugang einschließlich E-Mail-Dienste nutze. Die angefochtene Bestimmung verpflichte den Betreiber seines Kommunikationsnetzes, näher genannte Daten des Antragstellers ohne Anlass, unabhängig von technischen Notwendigkeiten oder von Verrechnungszwecken und unabhängig von oder gar gegen dessen Willen zu speichern. Darin erblickt der Antragsteller u.a. einen Verstoß gegen Art. 8 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Grundrechte-Charta).

5. Am 15. Juni 2012 langte ein weiterer Antrag gem. Art. 140 B-VG beim Verfassungsgerichtshof ein, in dem ebenfalls behauptet wird, dass die – insgesamt 11.130 – Antragsteller durch die Verfassungswidrigkeit der in § 102a TKG 2003 festgeschriebenen Speicherungsverpflichtung unmittelbar in ihren Rechten verletzt seien, da sämtliche Antragsteller (zumindest) einen Vertrag zur Nutzung eines oder mehrerer der in § 102a Abs. 2 bis 4 TKG 2003 aufgezählten Dienste abgeschlossen hätten und daher mit ihren Teilnehmerdaten ("Stammdaten") zu den jeweiligen Verkehrsdaten von der Vorratsdatenspeicherung erfasst würden. Auch die Antragsteller in diesem Verfahren erblicken in der verdachtsunabhängigen und anlasslosen Speicherung ihrer Daten u.a. einen Verstoß gegen Art. 8 Grundrechte-Charta.

G 47/12-11
G 59/12-10
G 62,70,71/12-11
28.11.2012

Die maßgebliche Rechtslage stellt sich wie folgt dar:

1. Die Bestimmungen der Richtlinie 2006/24/EG vom 15. März 2006 über die Vorratsdatenspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG lauten:

"Artikel 1 Gegenstand und Anwendungsbereich

(1) Mit dieser Richtlinie sollen die Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Pflichten von Anbietern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder Betreibern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes im Zusammenhang mit der Vorratsspeicherung bestimmter Daten, die von ihnen erzeugt oder verarbeitet werden, harmonisiert werden, um sicherzustellen, dass die Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten, wie sie von jedem Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht bestimmt werden, zur Verfügung stehen.

(2) Diese Richtlinie gilt für Verkehrs- und Standortdaten sowohl von juristischen als auch von natürlichen Personen sowie für alle damit in Zusammenhang stehende Daten, die zur Feststellung des Teilnehmers oder registrierten Benutzers erforderlich sind. Sie gilt nicht für den Inhalt elektronischer Nachrichtenübermittlungen einschließlich solcher Informationen, die mit Hilfe eines elektronischen Kommunikationsnetzes abgerufen werden.

Artikel 2 Begriffsbestimmungen

(1) Für die Zwecke dieser Richtlinie finden die Begriffsbestimmungen der Richtlinie 95/46/EG, der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) und der Richtlinie 2002/58/EG Anwendung.

(2) Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

a) 'Daten' Verkehrsdaten und Standortdaten sowie alle damit in Zusammenhang stehende Daten, die zur Feststellung des Teilnehmers oder Benutzers erforderlich sind;

- b) 'Benutzer' jede juristische oder natürliche Person, die einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst für private oder geschäftliche Zwecke nutzt, ohne diesen Dienst notwendigerweise abonniert zu haben;
- c) 'Telefondienst' Anrufe (einschließlich Sprachtelefonie, Sprachspeicherdienst, Konferenzschaltungen und Datenabrufungen), Zusatzdienste (einschließlich Rufweiterleitung und Rufumleitung) und Mitteilungsdienste und Multimedia-dienste (einschließlich Kurznachrichtendienste (SMS), erweiterte Nachrichtendienste (EMS) und Multimediadienste (MMS));
- d) 'Benutzerkennung' eine eindeutige Kennung, die Personen zugewiesen wird, wenn diese sich bei einem Internetanbieter oder einem Internet-Kommunikationsdienst registrieren lassen oder ein Abonnement abschließen;
- e) 'Standortkennung' die Kennung der Funkzelle, von der aus eine Mobilfunkverbindung hergestellt wird bzw. in der sie endet;
- f) 'erfolgloser Anrufversuch' einen Telefonanruf, bei dem die Verbindung erfolgreich aufgebaut wurde, der aber unbeantwortet bleibt oder bei dem das Netzwerkmanagement eingegriffen hat.

Artikel 3 Vorratsspeicherungspflicht

(1) Abweichend von den Artikeln 5, 6 und 9 der Richtlinie 2002/58/EG tragen die Mitgliedstaaten durch entsprechende Maßnahmen dafür Sorge, dass die in Artikel 5 der vorliegenden Richtlinie genannten Daten, soweit sie im Rahmen ihrer Zuständigkeit im Zuge der Bereitstellung der betreffenden Kommunikationsdienste von Anbietern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder Betreibern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes erzeugt oder verarbeitet werden, gemäß den Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie auf Vorrat gespeichert werden.

(2) Die Verpflichtung zur Vorratsspeicherung nach Absatz 1 schließt die Vorratsspeicherung von in Artikel 5 genannten Daten im Zusammenhang mit erfolglosen Anrufversuchen ein, wenn diese Daten von den Anbietern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder den Betreibern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes im Rahmen der Zuständigkeit des betreffenden Mitgliedstaats im Zuge der Bereitstellung der betreffenden Kommunikationsdienste erzeugt oder verarbeitet und gespeichert (bei Telefoniedaten) oder protokolliert (bei Internetdaten) werden. Nach dieser Richtlinie ist die Vorratsspeicherung von Daten im Zusammenhang mit Anrufen, bei denen keine Verbindung zustande kommt, nicht erforderlich.

Artikel 4

G 47/12-11
G 59/12-10
G 62,70,71/12-11
28.11.2012

Zugang zu Daten

Die Mitgliedstaaten erlassen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die gemäß dieser Richtlinie auf Vorrat gespeicherten Daten nur in bestimmten Fällen und in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht an die zuständigen nationalen Behörden weitergegeben werden. Jeder Mitgliedstaat legt in seinem innerstaatlichen Recht unter Berücksichtigung der einschlägigen Bestimmungen des Rechts der Europäischen Union oder des Völkerrechts, insbesondere der EMRK in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, das Verfahren und die Bedingungen fest, die für den Zugang zu auf Vorrat gespeicherten Daten gemäß den Anforderungen der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit einzuhalten sind.

Artikel 5

Kategorien von auf Vorrat zu speichernden Daten

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass gemäß dieser Richtlinie die folgenden Datenkategorien auf Vorrat gespeichert werden:

a) zur Rückverfolgung und Identifizierung der Quelle einer Nachricht benötigte Daten:

1. betreffend Telefonfestnetz und Mobilfunk:

- i) die Rufnummer des anrufenden Anschlusses,
- ii) der Name und die Anschrift des Teilnehmers oder registrierten Benutzers;

2. betreffend Internetzugang, Internet-E-Mail und Internet-Telefonie:

- i) die zugewiesene(n) Benutzerkennung(en),
- ii) die Benutzerkennung und die Rufnummer, die jeder Nachricht im öffentlichen Telefonnetz zugewiesen werden,
- iii) der Name und die Anschrift des Teilnehmers bzw. registrierten Benutzers, dem eine Internetprotokoll-Adresse (IP-Adresse), Benutzerkennung oder Rufnummer zum Zeitpunkt der Nachricht zugewiesen war;

b) zur Identifizierung des Adressaten einer Nachricht benötigte Daten:

1. betreffend Telefonfestnetz und Mobilfunk:

- i) die angewählte(n) Nummer(n) (die Rufnummer(n) des angerufenen Anschlusses) und bei Zusatzdiensten wie Rufweiterleitung oder Rufumleitung die Nummer(n), an die der Anruf geleitet wird,
- ii) die Namen und Anschriften der Teilnehmer oder registrierten Benutzer;

2. betreffend Internet-E-Mail und Internet-Telefonie:

- i) die Benutzerkennung oder Rufnummer des vorgesehenen Empfängers eines Anrufs mittels Internet-Telefonie,
- ii) die Namen und Anschriften der Teilnehmer oder registrierten Benutzer und die Benutzerkennung des vorgesehenen Empfängers einer Nachricht;

c) zur Bestimmung von Datum, Uhrzeit und Dauer einer Nachrichtenübermittlung benötigte Daten:

1. betreffend Telefonfestnetz und Mobilfunk: Datum und Uhrzeit des Beginns und Endes eines Kommunikationsvorgangs;
2. betreffend Internetzugang, Internet-E-Mail und Internet-Telefonie:
 - i) Datum und Uhrzeit der An- und Abmeldung beim Internetzugangsdienst auf der Grundlage einer bestimmten Zeitzone, zusammen mit der vom Internetzugangsanbieter einer Verbindung zugewiesenen dynamischen oder statischen IP-Adresse und die Benutzerkennung des Teilnehmers oder des registrierten Benutzers,
 - ii) Datum und Uhrzeit der An- und Abmeldung beim Internet-E-Mail-Dienst oder Internet-Telefonie-Dienst auf der Grundlage einer bestimmten Zeitzone;

d) zur Bestimmung der Art einer Nachrichtenübermittlung benötigte Daten:

1. betreffend Telefonfestnetz und Mobilfunk: der in Anspruch genommene Telefondienst;
2. betreffend Internet-E-Mail und Internet-Telefonie: der in Anspruch genommene Internetdienst;

e) zur Bestimmung der Endeinrichtung oder der vorgeblichen Endeinrichtung von Benutzern benötigte Daten:

1. betreffend Telefonfestnetz: die Rufnummern des anrufenden und des angerufenen Anschlusses;
2. betreffend Mobilfunk:
 - i) die Rufnummern des anrufenden und des angerufenen Anschlusses,
 - ii) die internationale Mobilteilnehmerkennung (IMSI) des anrufenden Anschlusses,
 - iii) die internationale Mobilfunkgeräteerkennung (IMEI) des anrufenden Anschlusses,
 - iv) die IMSI des angerufenen Anschlusses,
 - v) die IMEI des angerufenen Anschlusses,
 - vi) im Falle vorbezahlter anonymer Dienste: Datum und Uhrzeit der ersten Aktivierung des Dienstes und die Kennung des Standorts (Cell-ID), an dem der Dienst aktiviert wurde;
3. betreffend Internetzugang, Internet-E-Mail und Internet-Telefonie:
 - i) die Rufnummer des anrufenden Anschlusses für den Zugang über Wählanschluss,
 - ii) der digitale Teilnehmeranschluss (DSL) oder ein anderer Endpunkt des Urhebers des Kommunikationsvorgangs;

f) zur Bestimmung des Standorts mobiler Geräte benötigte Daten:

1. die Standortkennung (Cell-ID) bei Beginn der Verbindung,

G 47/12-11
G 59/12-10
G 62,70,71/12-11
28.11.2012

2. Daten zur geografischen Ortung von Funkzellen durch Bezugnahme auf ihre Standortkennung (Cell-ID) während des Zeitraums, in dem die Vorratsspeicherung der Kommunikationsdaten erfolgt.

(2) Nach dieser Richtlinie dürfen keinerlei Daten, die Aufschluss über den Inhalt einer Kommunikation geben, auf Vorrat gespeichert werden.

Artikel 6 Speicherungsfristen

Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die in Artikel 5 angegebenen Datenkategorien für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Kommunikation auf Vorrat gespeichert werden.

Artikel 7 Datenschutz und Datensicherheit

Unbeschadet der zur Umsetzung der Richtlinien 95/46/EG und 2002/58/EG erlassenen Vorschriften stellt jeder Mitgliedstaat sicher, dass Anbieter von öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdiensten bzw. Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes in Bezug auf die nach Maßgabe der vorliegenden Richtlinie auf Vorrat gespeicherten Daten zumindest die folgenden Grundsätze der Datensicherheit einhalten:

a) Die auf Vorrat gespeicherten Daten sind von der gleichen Qualität und unterliegen der gleichen Sicherheit und dem gleichen Schutz wie die im Netz vorhandenen Daten,

b) in Bezug auf die Daten werden geeignete technische und organisatorische Maßnahmen getroffen, um die Daten gegen zufällige oder unrechtmäßige Zerstörung, zufälligen Verlust oder zufällige Änderung, unberechtigte oder unrechtmäßige Speicherung, Verarbeitung, Zugänglichmachung oder Verbreitung zu schützen,

c) in Bezug auf die Daten werden geeignete technische und organisatorische Maßnahmen getroffen, um sicherzustellen, dass der Zugang zu den Daten ausschließlich besonders ermächtigten Personen vorbehalten ist, und

d) die Daten werden am Ende der Vorratsspeicherungsfrist vernichtet, mit Ausnahme jener Daten, die abgerufen und gesichert worden sind.

Artikel 8

Anforderungen an die Vorratsdatenspeicherung

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in Artikel 5 genannten Daten gemäß den Bestimmungen dieser Richtlinie so gespeichert werden, dass sie und alle sonstigen damit zusammenhängenden erforderlichen Informationen unverzüglich an die zuständigen Behörden auf deren Anfrage hin weitergeleitet werden können.

Artikel 9 Kontrollstelle

(1) Jeder Mitgliedstaat benennt eine oder mehrere öffentliche Stellen, die für die Kontrolle der Anwendung der von den Mitgliedstaaten zur Umsetzung von Artikel 7 erlassenen Vorschriften bezüglich der Sicherheit der auf Vorrat gespeicherten Daten in seinem Hoheitsgebiet zuständig ist/sind. Diese Stellen können dieselben Stellen sein, auf die in Artikel 28 der Richtlinie 95/46/EG Bezug genommen wird.

(2) Die in Absatz 1 genannten Stellen nehmen die dort genannte Kontrolle in völliger Unabhängigkeit wahr.

Artikel 10 Statistik

(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass der Kommission jährlich eine Statistik über die Vorratsspeicherung von in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder eines öffentlichen Kommunikationsnetzes erzeugten oder verarbeiteten Daten übermittelt wird. Aus dieser Statistik muss hervorgehen:

- in welchen Fällen im Einklang mit dem innerstaatlichen Recht Daten an die zuständigen Behörden weitergegeben worden sind;
- wie viel Zeit zwischen dem Zeitpunkt der Vorratsspeicherung der Daten und dem Zeitpunkt, zu dem sie von der zuständigen Behörde angefordert wurden, vergangen ist
und
- in welchen Fällen die Anfragen nach Daten ergebnislos geblieben sind.

(2) Die Statistik darf keine personenbezogenen Daten enthalten.

Artikel 11 Änderung der Richtlinie 2002/58/EG

In Artikel 15 der Richtlinie 2002/58/EG wird folgender Absatz eingefügt:

G 47/12-11
G 59/12-10
G 62,70,71/12-11
28.11.2012

'(1a) Absatz 1 gilt nicht für Daten, für die in der Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, eine Vorratsspeicherung zu den in Artikel 1 Absatz 1 der genannten Richtlinie aufgeführten Zwecken ausdrücklich vorgeschrieben ist.'

Artikel 12 Zukünftige Maßnahmen

(1) Ein Mitgliedstaat, in dem besondere Umstände die Verlängerung der maximalen Speicherdauer nach Artikel 6 für einen begrenzten Zeitraum rechtfertigen, kann die notwendigen Maßnahmen ergreifen. Der Mitgliedstaat setzt die Kommission hiervon unverzüglich in Kenntnis und unterrichtet die anderen Mitgliedstaaten über die gemäß dem vorliegenden Artikel ergriffenen Maßnahmen und gibt die Gründe für ihre Einführung an.

(2) Binnen eines Zeitraums von sechs Monaten nach der Mitteilung nach Absatz 1 billigt die Kommission die betreffenden einzelstaatlichen Maßnahmen oder lehnt diese ab, nachdem sie geprüft hat, ob sie ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen und ob sie das Funktionieren des Binnenmarktes behindern. Trifft die Kommission innerhalb dieses Zeitraums keine Entscheidung, so gelten die einzelstaatlichen Maßnahmen als gebilligt.

(3) Werden die von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichenden einzelstaatlichen Maßnahmen eines Mitgliedstaats nach Absatz 2 gebilligt, so kann die Kommission prüfen, ob sie eine Änderung dieser Richtlinie vorschlägt.

Artikel 13 Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen

(1) Jeder Mitgliedstaat ergreift die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die einzelstaatlichen Maßnahmen zur Umsetzung von Kapitel III der Richtlinie 95/46/EG über Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen im Hinblick auf die Datenverarbeitung gemäß der vorliegenden Richtlinie in vollem Umfang umgesetzt werden.

(2) Jeder Mitgliedstaat ergreift insbesondere die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der vorsätzliche Zugang zu oder die vorsätzliche Übermittlung von gemäß dieser Richtlinie auf Vorrat gespeicherten Daten, der bzw. die nach den zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassenen nationalen Rechtsvorschriften nicht zulässig ist, mit Sanktionen, einschließlich verwaltungsrechtlicher und

strafrechtlicher Sanktionen, belegt wird, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind.

Artikel 14 Bewertung

(1) Die Kommission legt dem Europäischen Parlament und dem Rat spätestens am 15. September 2010 eine Bewertung der Anwendung dieser Richtlinie sowie ihrer Auswirkungen auf die Wirtschaftsbeteiligten und die Verbraucher vor, um festzustellen, ob die Bestimmungen dieser Richtlinie, insbesondere die Liste von Daten in Artikel 5 und die in Artikel 6 vorgesehenen Speicherungsfristen, gegebenenfalls geändert werden müssen; hierbei berücksichtigt sie die Weiterentwicklung der Technologie der elektronischen Kommunikation und die ihr gemäß Artikel 10 zur Verfügung gestellte Statistik. Die Ergebnisse dieser Bewertung werden öffentlich gemacht.

(2) Die Kommission prüft zu diesem Zweck sämtliche Kommentare, die ihr von den Mitgliedstaaten oder der gemäß Artikel 29 der Richtlinie 95/46/EG eingesetzten Datenschutzgruppe übermittelt werden.

Artikel 15 Umsetzung

(1) Die Mitgliedstaaten setzen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie bis spätestens 15. September 2007 nachzukommen. Sie setzen die Kommission unverzüglich davon in Kenntnis.

Wenn die Mitgliedstaaten diese Vorschriften erlassen, nehmen sie in den Vorschriften selbst oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug. Die Mitgliedstaaten regeln die Einzelheiten der Bezugnahme.

(2) Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission den Wortlaut der wichtigsten innerstaatlichen Rechtsvorschriften mit, die sie auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebiet erlassen.

(3) Bis 15. März 2009 kann jeder Mitgliedstaat die Anwendung dieser Richtlinie auf die Speicherung von Kommunikationsdaten betreffend Internetzugang, Internet-Telefonie und Internet-E-Mail aufschieben. Beabsichtigt ein Mitgliedstaat, den vorliegenden Absatz in Anspruch zu nehmen, so unterrichtet er den Rat und die Kommission hiervon mittels einer Erklärung bei der Annahme dieser Richtlinie. Die Erklärung wird im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.

G 47/12-11
G 59/12-10
G 62,70,71/12-11
28.11.2012

Artikel 16 Inkrafttreten

Diese Richtlinie tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft.

Artikel 17 Adressaten

Diese Richtlinie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet."

2. § 102a TKG 2003, der Anbietern von öffentlichen Kommunikationsdiensten die Verpflichtung zur Speicherung ausdrücklich aufgezählter Daten vorschreibt, hat folgenden Wortlaut:

"Vorratsdaten

§ 102a. (1) Über die Berechtigung zur Speicherung oder Verarbeitung gemäß den §§ 96, 97, 99, 101 und 102 hinaus haben Anbieter von öffentlichen Kommunikationsdiensten nach Maßgabe der Abs. 2 bis 4 Daten ab dem Zeitpunkt der Erzeugung oder Verarbeitung bis sechs Monate nach Beendigung der Kommunikation zu speichern. Die Speicherung erfolgt ausschließlich zur Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten, deren Schwere eine Anordnung nach § 135 Abs. 2a StPO rechtfertigt.

(2) Anbietern von Internet-Zugangsdiensten obliegt die Speicherung folgender Daten:

1. Name, Anschrift und Teilnehmerkennung des Teilnehmers, dem eine öffentliche IP-Adresse zu einem bestimmten Zeitpunkt unter Angabe der zugrunde liegenden Zeitzone zugewiesen war;
2. Datum und Uhrzeit der Zuteilung und des Entzugs einer öffentlichen IP-Adresse bei einem Internet-Zugangsdienst unter Angabe der zugrundeliegenden Zeitzone;
3. die Rufnummer des anrufenden Anschlusses für den Zugang über Wählschluss;
4. die eindeutige Kennung des Anschlusses, über den der Internet-Zugang erfolgt ist.

(3) Anbietern öffentlicher Telefondienste einschließlich Internet-Telefondiensten obliegt die Speicherung folgender Daten:

1. Teilnehmernummer oder andere Kennung des anrufenden und des angerufenen Anschlusses;
2. bei Zusatzdiensten wie Rufweiterleitung oder Rufumleitung die Teilnehmernummer, an die der Anruf geleitet wird;

3. Name und Anschrift des anrufenden und des angerufenen Teilnehmers;
4. Datum, Uhrzeit des Beginns und Dauer eines Kommunikationsvorganges unter Angabe der zugrundeliegenden Zeitzone;
5. die Art des in Anspruch genommenen Dienstes (Anrufe, Zusatzdienste und Mitteilungs- und Multimediadienste).
6. Bei Mobilfunknetzen zudem
 - a) der internationalen Mobilteilnehmerkennung (IMSI) des anrufenden und des angerufenen Anschlusses;
 - b) der internationalen Mobilfunkgeräteerkennung (IMEI) des anrufenden und des angerufenen Anschlusses;
 - c) Datum und Uhrzeit der ersten Aktivierung des Dienstes und die Standortkennung (Cell-ID), an dem der Dienst aktiviert wurde, wenn es sich um vorbezahlte anonyme Dienste handelt;
 - d) der Standortkennung (Cell-ID) bei Beginn einer Verbindung.

- (4) Anbietern von E-Mail-Diensten obliegt die Speicherung folgender Daten:
1. die einem Teilnehmer zugewiesene Teilnehmerkennung;
 2. Name und Anschrift des Teilnehmers, dem eine E-Mail-Adresse zu einem bestimmten Zeitpunkt zugewiesen war;
 3. bei Versenden einer E-Mail die E-Mail-Adresse und die öffentliche IP-Adresse des Absenders sowie die E-Mail-Adresse jedes Empfängers der E-Mail;
 4. beim Empfang einer E-Mail und deren Zustellung in ein elektronisches Postfach die E-Mail-Adresse des Absenders und des Empfängers der Nachricht sowie die öffentliche IP-Adresse der letztübermittelnden Kommunikationsnetzeinrichtung;
 5. bei An- und Abmeldung beim E-Mail-Dienst Datum, Uhrzeit, Teilnehmerkennung und öffentliche IP-Adresse des Teilnehmers unter Angabe der zugrundeliegenden Zeitzone.

(5) Die Speicherpflicht nach Abs. 1 besteht nur für jene Daten gemäß Abs. 2 bis 4, die im Zuge der Bereitstellung der betreffenden Kommunikationsdienste erzeugt oder verarbeitet werden. Im Zusammenhang mit erfolglosen Anrufversuchen besteht die Speicherpflicht nach Abs. 1 nur, soweit diese Daten im Zuge der Bereitstellung des betreffenden Kommunikationsdienstes erzeugt oder verarbeitet und gespeichert oder protokolliert werden.

(6) Die Speicherpflicht nach Abs. 1 besteht nicht für solche Anbieter, deren Unternehmen nicht der Verpflichtung zur Entrichtung des Finanzierungsbeitrages gemäß § 34 KommAustriaG unterliegen.

(7) Der Inhalt der Kommunikation und insbesondere Daten über im Internet aufgerufene Adressen dürfen auf Grund dieser Vorschrift nicht gespeichert werden.

(8) Die nach Abs. 1 zu speichernden Daten sind nach Ablauf der Speicherfrist unbeschadet des § 99 Abs. 2 unverzüglich, spätestens jedoch einen Monat nach

G 47/12-11
G 59/12-10
G 62,70,71/12-11
28.11.2012

Ablauf der Speicherfrist, zu löschen. Die Erteilung einer Auskunft nach Ablauf der Speicherfrist ist unzulässig.

(9) Im Hinblick auf Vorratsdaten, die gemäß § 102b übermittelt werden, richten sich die Ansprüche auf Information oder Auskunft über diese Datenverwendung ausschließlich nach den Bestimmungen der StPO."

Gemäß § 102b TKG 2003 ist eine Auskunft über Vorratsdaten ausschließlich auf Grund einer gerichtlich bewilligten Anordnung der Staatsanwaltschaft zur Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, deren Schwere eine Anordnung nach § 135 Abs. 2a Strafprozessordnung 1975 (Zulässigkeit der Auskunft über Vorratsdaten unter näher genannten Voraussetzungen, wenn zu erwarten ist, dass dadurch die Aufklärung einer vorsätzlich begangenen Straftat, die mit Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten bzw. mehr als einem Jahr bedroht ist, gefördert werden kann, bzw. wenn auf Grund bestimmter Tatsachen zu erwarten ist, dass dadurch der Aufenthalt eines flüchtigen oder abwesenden Beschuldigten, der einer mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedrohten vorsätzlich begangenen strafbaren Handlung dringend verdächtig ist, ermittelt werden kann) rechtfertigt, zulässig. Die Speicherung hat so zu erfolgen, dass die Daten unverzüglich an die nach den Bestimmungen der Strafprozessordnung für die Erteilung einer Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung zuständigen Behörden übermittelt werden können. Die Übermittlung der Daten hat "in angemessen geschützter Form" nach Maßgabe der in § 94 Abs. 4 TKG 2003 vorzusehenden technischen Einrichtungen zu erfolgen.

§ 102c TKG 2003 enthält Bestimmungen über die Datensicherheit, Protokollierung und Statistik. So ist etwa durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass der Zugang zu den Vorratsdaten ausschließlich dazu ermächtigten Personen unter Einhaltung des Vier-Augen-Prinzips vorbehalten ist. Die Protokolldaten, die von zur Speicherung verpflichteten Anbietern über jeden Zugriff auf Vorratsdaten sowie über jede Anfrage oder Auskunft über Vorratsdaten zu führen sind, sind für drei Jahre ab Ende der Speicherfrist für das betreffende Vorratsdatum zu speichern. Die Kontrolle der Einhaltung dieser Verpflichtungen obliegt der Datenschutzkommission.

§ 109 Z 22 bis 26 TKG 2003 enthält eine Strafbestimmung, nach der eine Verwaltungsübertretung begeht und mit Geldstrafe bis zu € 37.000,-- zu bestrafen ist, wer gegen die Bestimmungen der §§ 102a bis 102c leg.cit. verstößt.

3. § 135 Strafprozessordnung, BGBl. 631/1975 idF BGBl. I 33/2011, lautet:

"Beschlagnahme von Briefen, Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung, Auskunft über Vorratsdaten sowie Überwachung von Nachrichten

§ 135. (1) Beschlagnahme von Briefen ist zulässig, wenn sie zur Aufklärung einer vorsätzlich begangenen Straftat, die mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, erforderlich ist und sich der Beschuldigte wegen einer solchen Tat in Haft befindet oder seine Vorführung oder Festnahme deswegen angeordnet wurde.

(2) Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung ist zulässig,

1. wenn und solange der dringende Verdacht besteht, dass eine von der Auskunft betroffene Person eine andere entführt oder sich sonst ihrer bemächtigt hat, und sich die Auskunft auf Daten einer solchen Nachricht beschränkt, von der anzunehmen ist, dass sie zur Zeit der Freiheitsentziehung vom Beschuldigten übermittelt, empfangen oder gesendet wird,

2. wenn zu erwarten ist, dass dadurch die Aufklärung einer vorsätzlich begangenen Straftat, die mit einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten bedroht ist, gefördert werden kann und der Inhaber der technischen Einrichtung, die Ursprung oder Ziel einer Übertragung von Nachrichten war oder sein wird, der Auskunft ausdrücklich zustimmt, oder

3. wenn zu erwarten ist, dass dadurch die Aufklärung einer vorsätzlich begangenen Straftat, die mit Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bedroht ist, gefördert werden kann und auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass dadurch Daten des Beschuldigten ermittelt werden können.

4. wenn auf Grund bestimmter Tatsachen zu erwarten ist, dass dadurch der Aufenthalt eines flüchtigen oder abwesenden Beschuldigten, der einer vorsätzlich begangenen, mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedrohten strafbaren Handlung dringend verdächtig ist, ermittelt werden kann.

(2a) Auskunft über Vorratsdaten (§§ 102a und 102b TKG) ist in den Fällen des Abs. 2 Z 2 bis 4 zulässig.

(3) Überwachung von Nachrichten ist zulässig,

1. in den Fällen des Abs. 2 Z 1,

G 47/12-11
G 59/12-10
G 62,70,71/12-11
28.11.2012

2. in den Fällen des Abs. 2 Z 2, sofern der Inhaber der technischen Einrichtung, die Ursprung oder Ziel einer Übertragung von Nachrichten war oder sein wird, der Überwachung zustimmt,
3. wenn dies zur Aufklärung einer vorsätzlich begangenen Straftat, die mit Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bedroht ist, erforderlich erscheint oder die Aufklärung oder Verhinderung von im Rahmen einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung oder einer kriminellen Organisation (§§ 278 bis 278b StGB) begangenen oder geplanten strafbaren Handlungen ansonsten wesentlich erschwert wäre und
 - a) der Inhaber der technischen Einrichtung, die Ursprung oder Ziel einer Übertragung von Nachrichten war oder sein wird, der vorsätzlich begangenen Straftat, die mit Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bedroht ist, oder einer Straftat gemäß §§ 278 bis 278b StGB dringend verdächtig ist, oder
 - b) auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass eine der Tat (lit. a) dringend verdächtige Person die technische Einrichtung benützen oder mit ihr eine Verbindung herstellen werde;
4. in den Fällen des Abs. 2 Z 4."

4. Der im Verfassungsrang stehende § 1 des Bundesgesetzes über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000 – DSG 2000), BGBl. I 165/1999 idF BGBl. I 112/2011, lautet:

"(Verfassungsbestimmung)
Grundrecht auf Datenschutz

§ 1. (1) Jedermann hat, insbesondere auch im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens, Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Das Bestehen eines solchen Interesses ist ausgeschlossen, wenn Daten infolge ihrer allgemeinen Verfügbarkeit oder wegen ihrer mangelnden Rückführbarkeit auf den Betroffenen einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind.

(2) Soweit die Verwendung von personenbezogenen Daten nicht im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung erfolgt, sind Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig, und zwar bei Eingriffen einer staatlichen Behörde nur auf Grund von Gesetzen, die aus den in Art. 8 Abs. 2 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), BGBl. Nr. 210/1958, genannten Gründen notwendig sind. Derartige Gesetze dürfen die Verwendung von Daten, die ihrer Art nach besonders schutzwürdig sind, nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorsehen und müssen gleichzeitig angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festlegen. Auch im Falle zulässiger Beschränkungen darf der Eingriff in das Grundrecht jeweils nur in der gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden.

(3) Jedermann hat, soweit ihn betreffende personenbezogene Daten zur automationsunterstützten Verarbeitung oder zur Verarbeitung in manuell, dh. ohne Automationsunterstützung geführten Dateien bestimmt sind, nach Maßgabe gesetzlicher Bestimmungen

1. das Recht auf Auskunft darüber, wer welche Daten über ihn verarbeitet, woher die Daten stammen, und wozu sie verwendet werden, insbesondere auch, an wen sie übermittelt werden;
2. das Recht auf Richtigstellung unrichtiger Daten und das Recht auf Löschung unzulässigerweise verarbeiteter Daten.

(4) Beschränkungen der Rechte nach Abs. 3 sind nur unter den in Abs. 2 genannten Voraussetzungen zulässig.

(5) Gegen Rechtsträger, die in Formen des Privatrechts eingerichtet sind, ist, soweit sie nicht in Vollziehung der Gesetze tätig werden, das Grundrecht auf Datenschutz mit Ausnahme des Rechtes auf Auskunft auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen. In allen übrigen Fällen ist die Datenschutzkommission zur Entscheidung zuständig, es sei denn, daß Akte der Gesetzgebung oder der Gerichtsbarkeit betroffen sind."

III.

1. In den beim Verfassungsgerichtshof anhängigen Anträgen wird mit unterschiedlicher Begründung nicht nur geltend gemacht, dass § 102a TKG 2003 das Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 Abs. 1 DSGVO 2000, Art. 8 EMRK, Art. 8 Grundrechte-Charta) verletze, sondern auch, dass die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie gegen Art. 8 Grundrechte-Charta verstoße. Während die antragstellende Landesregierung behauptet, dass die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie nicht im Einklang mit Art. 8 Grundrechte-Charta stünde, rügt der Antragsteller im Verfahren zu G 59/12, dass die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie überhaupt gegen die Art. 7, 8, 11 und 20 Grundrechte-Charta verstoßen würde.

1.1. Antrag zu G 47/12:

Nach Ansicht der antragstellenden Landesregierung stelle die in den zur Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie ergangenen Bestimmungen des TKG 2003 vorgesehene verdachtsunabhängige Speicherung von Kommunikationsdaten einen massiven Eingriff in näher bezeichnete Grundrechte dar. Die antragstellende Landesregierung vermeint insbesondere, dass durch die pau-

G 47/12-11
G 59/12-10
G 62,70,71/12-11
28.11.2012

schale Speicherung aller Verkehrs- und Standortdaten bei Kenntnis der Adressaten sowie der Häufigkeit und des Zeitpunktes der Kontakte vielfach Rückschlüsse auf Inhalte der Kommunikation gezogen werden könnten und dass bereits das Wissen um die Protokollierung der Daten ausreiche, um das Kommunikationsverhalten zu verändern. Darüber hinaus seien die Regelungen angesichts der unzuverlässigen Aussagekraft der aus den Daten abgeleiteten Informationen und der leichten Umgehungsmöglichkeit (etwa durch Nutzung von "prepaid"-Wertkarten für Mobiltelefone) im Hinblick auf den durch die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie angestrebten Zweck der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung schwerer Straftaten nur in sehr geringem Maße geeignet und der Grundrechtseingriff daher unverhältnismäßig. Die antragstellende Landesregierung macht ferner einen Verstoß gegen Art. 8 Grundrechte-Charta geltend. Aus der Formulierung des Rechts ergebe sich insbesondere, dass jeder einzelne ein Recht auf Datenschutz auch gegenüber der Union habe. Im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird gerügt, dass weder im Vorfeld noch im Zuge der Beschlussfassung über die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie Ermittlungen zur Notwendigkeit bzw. hinsichtlich des zu erwartenden Erfolges einer solchen Maßnahme im Zusammenhang mit der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten durchgeführt worden seien.

1.2. Antrag zu G 59/12:

Auch in dem Individualantrag zu G 59/12 wird vorgebracht, dass durch die vorgegebene Verpflichtung zur Speicherung der Daten Rückschlüsse auf Verhalten, Gewohnheiten und Aufenthaltsorte der Nutzer von Kommunikationsdiensten und damit die Erstellung von sogenannten "Bewegungsprofilen" ermöglicht würden. Der Antragsteller rügt, dass nach der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie Betreiber von nicht-öffentlichen Kommunikationsdiensten und -netzen (wie etwa Firmennetzwerken) nicht der Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung unterliegen würden und es – weiterhin – möglich sei, dass Betreiber von öffentlichen Internet-Zugangsdiensten eine anonyme Nutzung ermöglichen und Betreiber von öffentlichen Telefondiensten ("prepaid") Wertkarten anbieten könnten, ohne dass die Daten der Nutzer aufgenommen werden müssten. Der Antragsteller bringt vor, dass die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie auf Grund eines Verstoßes gegen Art. 7, 8, 11 und 20 Grundrechte-Charta nicht rechtmäßig sei bzw.

keine Rechtswirkungen entfalte, den österreichischen Gesetzgeber daher keine Verpflichtung zur Umsetzung treffe und kein Anwendungsvorrang der Regelungen vor dem österreichischen Verfassungsrecht anzunehmen sei. Der Antragsteller regt daher an, der Verfassungsgerichtshof möge gemäß Art. 267 AEUV ein Ersuchen um Vorabentscheidung an den Gerichtshof der Europäischen Union richten, und zwar mit der Frage, ob die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie gültig sei.

1.3. Antrag zu G 62, 70, 71/12:

Die Antragsteller weisen zunächst darauf hin, dass zwar schon bisher nach der österreichischen Rechtslage vielfältig personenbezogene Daten ermittelt und verarbeitet worden seien, diese Datenanwendungen jedoch in aller Regel entweder zur individuellen Aufklärung und Verfolgung begangener Straftaten, zur Erfüllung eines Vertrages oder aber mit dem Ziel, der Gesellschaft die unterschiedlichsten Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge zur Verfügung zu stellen, erfolgt seien. Durch die Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie erfolge die Datenspeicherung und -verarbeitung demgegenüber präventiv zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten ohne irgendeinen konkreten Tatverdacht. Dies stelle "im Ergebnis einen Paradigmenwechsel dar, der aus grundrechtlicher Sicht nicht zu rechtfertigen" sei. Die Antragsteller zu G 62, 70, 71/12 bringen vor, dass sie die Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie durch den Verlust des "Gefühl[s], frei, selbstbestimmt und unbeobachtet leben zu können und nicht behelligt zu werden, wenn, soweit und solange man die Gesetze des Staates achte und befolge und nicht delinquent werde", beeinträchtigt. Die Antragsteller behaupten u.a. einen Verstoß gegen Art. 7 und 8 Grundrechte-Charta sowie gegen § 1 DSG 2000, den sie im Wesentlichen mit der zu Art. 8 EMRK ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte begründen. Nach Ansicht der Antragsteller sei der durch die Speicherungsverpflichtung bewirkte Eingriff insbesondere auch angesichts der mangelnden Rechtsschutzmöglichkeiten nicht verhältnismäßig.

G 47/12-11
G 59/12-10
G 62,70,71/12-11
28.11.2012

Der Verfassungsgerichtshof hat über die in sinngemäßer Anwendung des § 187 ZPO iVm § 35 VfGG zur gemeinsamen Beratung verbundenen Anträge erwogen:

1. Der Verfassungsgerichtshof ist zur Entscheidung über die an ihn herangetragenen Gesetzesprüfungsanträge zuständig.

Gemäß Art. 140 Abs. 1 zweiter und vierter Satz B-VG hat der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes unter anderem auf Antrag einer Landesregierung oder auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet (Individualantrag), sofern das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist, zu entscheiden.

1.1. Der Verfassungsgerichtshof geht – für die Zwecke des Gesetzesprüfungsverfahrens: vorläufig – davon aus, dass der Antrag der Kärntner Landesregierung zu G 47/12 und die Individualanträge zu G 59/12 und zu G 62, 70, 71/12 zulässig sind.

1.2. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes bilden die von der Grundrechte-Charta garantierten Rechte im Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta (Art. 51 Abs.1 Grundrechte-Charta) einen Prüfungsmaßstab in Verfahren der Normenkontrolle, insbesondere in Verfahren nach Art. 139 und 140 B-VG. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die betreffende Garantie der Grundrechte-Charta in ihrer Formulierung und Bestimmtheit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der österreichischen Bundesverfassung gleicht (vgl. VfGH 14.3.2012, U 466/11 ua.).

Der Verfassungsgerichtshof hat daher – wie schon bisher (vgl. VfSlg. 15.450/1999, 16.050/2000, 16.100/2001) – dann eine Frage dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorzulegen, wenn er Zweifel an der Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift, dh. auch der Grundrechte-Charta, oder Zweifel an der Gültigkeit einer Vorschrift des Sekundärrechts hat.

Der Verfassungsgerichtshof ist sohin nicht nur in Fragen der Auslegung der Grundrechte-Charta vorlageverpflichtetes Gericht im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV (vgl. VfGH 14.3.2012, U 466/11 ua.), sondern auch in Fällen, in denen in einem bei ihm anhängigen Verfahren die Vereinbarkeit von Sekundärrecht mit der Grundrechte-Charta und damit dessen Gültigkeit in Frage steht.

2. Den Verfassungsgerichtshof bestimmen sowohl Zweifel über die Auslegung der Grundrechte-Charta als auch Bedenken ob der Gültigkeit der Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratsdatenspeicherung dazu, ein Ersuchen um Vorabentscheidung an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten.

3. Voraussetzung der Zulässigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV ist, dass das vorlegende Gericht die Entscheidung der Gültigkeitsfrage für erforderlich, dh. für entscheidungserheblich hält. Darüber hat das vorlegende Gericht in eigener Zuständigkeit zu entscheiden (EuGH 27.6.1991, Rs. C-348/89, *Mecanarte*, Slg. 1991, I-3277 [Rz 47]).

Sowohl die Frage nach der Gültigkeit der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie als auch die Fragen nach der Auslegung des Art. 8 Grundrechte-Charta sind entscheidungserheblich:

3.1. § 102a TKG 2003 ist ausweislich des Umsetzungshinweises und der Gesetzesmaterialien in Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie ergangen. Die gesetzliche Regelung setzt demgemäß im Wesentlichen alle Inhalte der Richtlinie um. § 102a Abs. 1 leg.cit. normiert in Umsetzung des Art. 3 Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie die grundsätzliche Speicherungsverpflichtung und sieht unter Heranziehung der Mindestfrist des Art. 6 Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie eine Speicherungsfrist von sechs Monaten vor. Abs. 2 und 3 definieren in Umsetzung von Art. 5 Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie die zu speichernden Daten.

Diese Regelung trifft in der österreichischen Rechtsordnung auf spezifische verfassungsrechtliche Anforderungen. Das Bundesverfassungsrecht enthält ein selbständiges von Art. 8 EMRK verschiedenes Grundrecht auf Datenschutz. Die Verfassungsbestimmung des § 1 DSG 2000 räumt jeder natürlichen und juristischen Person einen Anspruch auf Geheimhaltung der sie betreffenden

G 47/12-11
G 59/12-10
G 62,70,71/12-11
28.11.2012

personenbezogenen Daten ein, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht (§ 1 Abs. 1 DSG 2000, siehe oben II.4.).

§ 1 Abs. 2 DSG 2000 enthält einen materiellen Gesetzesvorbehalt, der die Grenzen für Eingriffe in das Grundrecht enger zieht, als dies Art. 8 Abs. 2 EMRK tut. Abgesehen von der Verwendung von personenbezogenen Daten im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung sind Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig, und zwar bei Eingriffen einer staatlichen Behörde nur auf Grund von Gesetzen, die aus den in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Gründen notwendig sind.

Für die gesetzliche Grundlage verlangt § 1 Abs. 2 DSG 2000 über Art. 8 Abs. 2 EMRK hinausgehend, dass die Verwendung von Daten, die ihrer Art nach besonders schutzwürdig sind, nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorgesehen werden darf und dass gleichzeitig angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen gesetzlich festgelegt werden. Explizit ordnet diese Bestimmung schließlich an, dass auch im Falle zulässiger Beschränkungen der Eingriff in das Grundrecht "jeweils nur in der gelindesten, zum Ziel führenden Art" vorgenommen werden darf. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes folgt aus dieser Regelung, dass an die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Datenschutzgrundrecht ein strengerer Maßstab angelegt werden muss, als er sich bereits aus Art. 8 EMRK ergibt (VfSlg. 16.369/2001, 18.643/2008).

3.2. In den Anträgen wird die Verhältnismäßigkeit der in der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie vorgesehenen Speicherungspflichten von mindestens sechs Monaten mit Blick auf Art. 8 Grundrechte-Charta bestritten.

Wenn diese Bedenken gegen die Pflicht zur Speicherung an sich zutreffen sollten, dann würde das Unionsrecht die Umsetzung einer Richtlinie fordern, die als Bestandteil des Sekundärrechts Vorrang (auch) gegenüber dem Verfassungsrecht (VfSlg. 15.427/1999) und damit gegenüber dem Grundrecht nach § 1 DSG 2000 genösse, sofern der österreichische Gesetzgeber die Richtlinie nur in einer das Grundrecht verletzenden Weise umsetzen könnte. Da der Gesetzgeber aber in

einem solchen Fall insoweit keinen Spielraum zu einer verfassungskonformen Umsetzung der Richtlinie hätte, wäre dem Verfassungsgerichtshof wegen des Vorrangs der Richtlinie vor dem innerstaatlichen Datenschutzgrundrecht eine Prüfung des § 102a TKG 2003 am Maßstab des § 1 DSG 2000 verwehrt.

3.3. Aber auch der Inhalt des Grundrechts des Art. 8 Grundrechte-Charta, der ebenfalls zum Prüfungsmaßstab des Verfassungsgerichtshofes gehört, hängt nicht nur vom Inhalt der Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, sondern insofern auch von der Gültigkeit der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie ab, als die Richtlinie im Sinne des Art. 52 Abs. 3 letzter Satz Grundrechte-Charta mitbestimmend dafür ist, ob das Recht der Union weitergehenden Schutz gewährleistet, der bei der Bestimmung von Bedeutung und Tragweite des Grundrechts auf Datenschutz zu berücksichtigen wäre. Dass die Beantwortung der Auslegungsfragen zu Art. 8 Grundrechte-Charta unmittelbare Auswirkungen auf die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes hat, bedarf keiner weiteren Begründung.

3.4. Die Vereinbarkeit der Richtlinie mit der Grundrechte-Charta und die Fragen der Auslegung des Art. 8 Grundrechte-Charta sind auch noch nicht durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union geklärt. Dieser hatte zwar bereits über die Gültigkeit der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie zu entscheiden. Die entsprechende Klage bezog sich jedoch nur auf die Wahl der Rechtsgrundlage und nicht auf eine eventuelle Verletzung der Grundrechte in Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie (EuGH 10.2.2009, Rs. C-301/06, Irland/Europäisches Parlament u. Rat, Slg. 2009, I-00593).

4. Folgende Überlegungen haben den Verfassungsgerichtshof dazu bewogen, ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten:

4.1. Nach Art. 8 Abs. 1 Grundrechte-Charta hat jede Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten. Diese Daten dürfen gem. Abs. 2 leg.cit. nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden. Jede Person hat das Recht, Auskunft über die sie

betreffenden erhobenen Daten zu erhalten und die Berichtigung der Daten zu erwirken. Soweit die Grundrechte-Charta Rechte enthält, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, haben sie gem. Art. 52 Abs. 3 Grundrechte-Charta die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der EMRK verliehen wird.

Der Verfassungsgerichtshof verkennt nicht die Bedeutung und das Gewicht der mit der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie verfolgten Ziele der Harmonisierung der Pflichten der Diensteanbieter bzw. Netzbetreiber im Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung bestimmter Daten und der Gewährleistung, dass diese Daten zum Zweck der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten zur Verfügung stehen. Auch verweist der Verfassungsgerichtshof darauf, dass die Mitgliedstaaten in Art. 4 Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie verpflichtet werden, unter Berücksichtigung u.a. der EMRK das Verfahren und die Bedingungen festzulegen.

4.2. Ungeachtet dessen bestehen Bedenken hinsichtlich der Pflicht zur – anlasslosen – Vorratsdatenspeicherung an sich und der mit ihr notwendig verbundenen Folgen. Die Bedenken der Antragsteller gründen sich vor allem auf die hohe Eingriffsintensität der Vorratsdatenspeicherung. Diese wird durch mehrere Faktoren bestimmt. Zunächst enthält die Richtlinie einen zeitlichen Rahmen für die Speicherungsfristen, der von sechs Monaten bis zu zwei Jahren reicht. Diese Frist ist unter Berücksichtigung des Umfangs der zu speichernden Daten zu beurteilen. Nach vorläufiger Auffassung des Verfassungsgerichtshofes begegnet die Speicherungsfrist erheblichen Bedenken.

4.3. Sodann begründet der Umfang der Vorratsdatenspeicherung Bedenken, ob diese mit der Grundrechte-Charta konform geht. Die Richtlinie ermöglicht die massenhafte Sammlung von Daten sowohl in Bezug auf den *Kreis der Daten*, mögen sie auch auf einen Katalog von Verkehrsdaten begrenzt sein, als auch in Bezug auf den nicht eingeschränkten *Personenkreis* sowie im Zusammenhang mit den staatlichen *Aufgaben*, für die sie angeordnet wird. Die "Streubreite" des Eingriffs übertrifft damit jene der bisher in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu beurteilenden Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz, wobei auch die Möglichkeiten der Verknüpfung von in unterschiedlichen Zu-

sammenhängen ermittelten Daten zu berücksichtigen sind (*Berka*, Das Grundrecht auf Datenschutz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, Gutachten, 18. Österreichischer Juristentag, 2012, 76 und 111 f.).

4.4. Die Vorratsdatenspeicherung erfasst darüber hinaus fast ausschließlich Personen, die keinerlei Anlass für die Datenspeicherung gegeben haben. Gleichzeitig werden sie – unabhängig von einer konkreten Ausgestaltung der Datenverwendung – durch den nationalen Gesetzgeber – notwendigerweise – einem erhöhten Risiko ausgesetzt sein, nämlich dass Behörden ihre Daten ermitteln, ihren Inhalt zur Kenntnis nehmen und sich damit über privates Verhalten solcher Personen informieren und diese Daten für andere Zwecke weiterverwenden (etwa als Folge der zufälligen Anwesenheit in einer bestimmten Funkzelle zu einem Zeitpunkt, der für Ermittlungen der Behörde relevant ist).

4.5. Hinzu kommt das erhöhte Risiko des *Missbrauchs*. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu beachten, dass die in der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie – und damit auch in dem in Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie ergangenen § 102a TKG 2003 – vorgesehene Verpflichtung zur Speicherung von personenbezogenen Daten über die bisherige, im Zusammenhang mit der Verrechnung von Endkunden- oder Vorleistungsentgelten vorgesehene Erlaubnis zur Speicherung von Verkehrsdaten hinausgeht. Angesichts der Vielzahl der Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen und damit von Speicherungsverpflichteten hat ein nicht überblickbarer Kreis von Personen Zugriff auf gemäß der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie auf Vorrat für mindestens sechs Monate zu speichernde Verkehrsdaten. Die Sicherung vor Missbrauch dürfte ungeachtet der Anstrengungen des nationalen Gesetzgebers vor allem deshalb auf "strukturelle Grenzen" stoßen, weil auch kleinere Diensteanbieter erfasst werden, die im Hinblick auf Sicherungen vor Missbrauch schon allein wegen ihrer geringeren Größe nur begrenzt leistungsfähig sind (explizit BVerfG, 2.3.2010, 1 BvR 256/08 ua., Rz 212).

Nicht zuletzt auch im Hinblick auf Zweifel an der Eignung zur Zielerreichung erscheint der damit verbundene Eingriff unverhältnismäßig.

5. Der Verfassungsgerichtshof sieht sich durch die Ausgangsverfahren veranlasst, auch Fragen zur Auslegung des Art. 8 der Grundrechte-Charta an den Gerichtshof

der Europäischen Union zu richten (vgl. VfGH 14.3.2012, U 466/12 ua.). Sie betreffen das Verhältnis des Grundrechts zum Unionsrecht einschließlich des Sekundärrechts, zur EMRK und zu den Verfassungen der Mitgliedstaaten.

5.1. Art. 52 Abs. 7 Grundrechte-Charta ordnet an, dass die Erläuterungen auch von den Gerichten der Union zu berücksichtigen sind. In den Erläuterungen zu Art. 8 Grundrechte-Charta heißt es, dass dieser sich auf Art. 286 EGV und auf die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr sowie auf Art. 8 EMRK und das Übereinkommen des Europarates vom 28. Januar 1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, das von allen Mitgliedstaaten ratifiziert wurde, stütze und dass nunmehr Art. 286 EGV durch Art. 16 AEUV und Art. 39 EUV ersetzt werde. Ferner wird auf die Verordnung (EG) Nr. 45/2001 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr verwiesen. Die Richtlinie und die Verordnung enthalten Bedingungen und Beschränkungen für die Wahrnehmung des Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten (vgl. Erläuterungen zur Grundrechte-Charta, ABl. 2007 C 303, 20).

Es erscheint dem Verfassungsgerichtshof vorderhand nicht geklärt, in welchem Verhältnis das in den Erläuterungen ausdrücklich verwiesene Sekundärrecht zu den in den Art. 8 Abs. 2 und Art. 52 Abs. 1 und 3 Grundrechte-Charta enthaltenen Schranken (Frage 2.1.) bzw. zu Richtlinien im selben Regelungsbereich (Fragen 2.2. und 2.3.) steht.

5.2. Das österreichische Bundesverfassungsrecht enthält – ebenso wie Verfassungen anderer Mitgliedstaaten – eine eigene grundrechtliche Gewährleistung für den Datenschutz in § 1 DSG 2000. Nach Art. 53 Grundrechte-Charta wird das Schutzniveau nach der Grundrechte-Charta u.a. auch von den Verfassungen der Mitgliedstaaten mitbestimmt. Mit der Frage 2.4. soll geklärt werden, ob diese Rechte für den Fall, dass sie weitergehenden Schutz gewähren als Art. 8 Grundrechte-Charta, bei der Beurteilung von Handlungen der Mitgliedstaaten in Durchführung von Unionsrecht bzw. der Gültigkeit von Sekundärrecht den

Schranken vorgehen, die sich aus der Grundrechte-Charta selbst ergeben. Der Verfassungsgerichtshof geht davon aus, dass im Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta zwar nicht ein einzelnes Grundrecht der Verfassung eines einzigen Mitgliedstaates maßgeblich sein und die uneingeschränkte Anwendbarkeit des Charta-Grundrechts beseitigen kann (vgl. SA Bot, 2.10.2012, Rs. C-399/11, *Melloni*, Rz 96 ff.). Wohl aber kann ein höheres Schutzniveau als jenes nach der Grundrechte-Charta, das sich aus einem wertenden Rechtsvergleich der Verfassungen der Mitgliedstaaten ergibt, maßgeblich sein und dazu zwingen, die einschlägige Garantie der Grundrechte-Charta so auszulegen, dass der Grundrechtsstandard der mitgliedstaatlichen Verfassungen nicht unterschritten wird.

Diese Ansicht wird letztlich auch dadurch gestützt, dass Art. 52 Abs. 4 Grundrechte-Charta ausdrücklich anordnet, dass Grundrechte, die in der Charta anerkannt werden und sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, im Einklang mit diesen Überlieferungen auszulegen sind (vgl. im Übrigen auch Art. 6 Abs. 3 EUV). Auch wenn nicht jede mitgliedstaatliche Verfassung ein eigenes Datenschutzgrundrecht enthält, so ist dennoch – nicht zuletzt im Hinblick auf die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten – davon auszugehen, dass das Grundrecht auf Datenschutz nicht nur in den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten enthalten ist, sondern auch zu den Menschenrechten und Grundrechten iSd Art. 53 Grundrechte-Charta gehört, die durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden (siehe beispielhaft neben § 1 DSG 2000 den Art. 51 Abs. 2 Polnische Verfassung oder das aus Art. 2 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes abgeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung).

5.3. Die letzte Frage des Verfassungsgerichtshofes (Frage 2.5.) ist auf die Klärung der Bedeutung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK gerichtet. Diese enthält auch zahlreiche Urteile zu Fragen des Datenschutzes. Die Erläuterungen zu Art. 8 Grundrechte-Charta enthalten jedoch keinen Bezug auf Art. 8 EMRK. Vielmehr wird in den Erläuterungen zu Art. 7 Grundrechte-Charta ("Achtung des Privat- und Familienlebens") erklärt, dass dieser dem Art. 8 EMRK entspreche. Gemäß Art. 52 Abs. 7 Grundrechte-Charta sind die Erläuterungen zur Charta als Anleitung für die Auslegung von den Gerichten gebührend zu berücksichtigen. Abs. 5 der Präambel nimmt nicht nur auf die Erläuterungen des Präsidiums des Europäischen Konvents,

G 47/12-11
G 59/12-10
G 62,70,71/12-11
28.11.2012

sondern auch auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ausdrücklich Bezug. Angesichts dessen erscheint es klärungsbedürftig, inwieweit die Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK bei der Auslegung nicht nur des Art. 7, sondern auch des Art. 8 Grundrechte-Charta zu berücksichtigen ist.

V.

1. Aus diesen Gründen fasst der Verfassungsgerichtshof den Beschluss, die Frage nach der Gültigkeit der Art. 3 bis 9 Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie sowie die im Spruch genannten Fragen zur Auslegung des Art. 8 Grundrechte-Charta dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorzulegen.
2. Die Verfahren werden – mit Ausnahme von Handlungen, Entscheidungen und Verfügungen gem. § 19a Abs. 1 VfGG – nach Vorliegen der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union fortgesetzt werden.
3. Dies konnte gemäß § 19 Abs. 4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden.

Wien, am 28. November 2012

Der Präsident:

Dr. HOLZINGER

Schriftführer:

Dr. FRIEDL

ANEXO XXIII

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE
DEN EUROPÆISKE UNIONS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION
EUROOPA LIIDU KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION
COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE
CÚIRT BHREITHIÚNAIS AN AONTAIS EORPAIGH
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA
EIROPAS SAVIENĪBAS TIESA



LUXEMBOURG

EUROPOS SĄJUNGOS TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI UNIÓ BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-GUSTIZZJA TAL-UNJONI EWROPEA
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKEJ ÚNIE
SODIŠČE EVROPSKE UNIJE
EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA UNIONENS DOMSTOL

INFORME PARA LA VISTA *

«Petición de decisión prejudicial – Tribunal Constitucional – Interpretación del artículo 4 *bis* de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190, p. 1), en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81, p. 24) y de los artículos 47, 48 y 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado – Ejecución de una pena dictada en ausencia – Posibilidad de revisión de la sentencia»

En el asunto C-399/11,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Constitucional, mediante auto de 9 de junio de 2011, recibido en el Tribunal de Justicia el 28 de julio de 2011, en el procedimiento entre

Stefano Melloni

y

Ministerio Fiscal

El presente procedimiento prejudicial permite al Tribunal de Justicia precisar la interpretación y, en su caso, examinar la validez del artículo 4 *bis* de la Decisión

* Lengua de procedimiento: español.

marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros ¹³¹⁹ (en lo sucesivo, «Decisión marco 2002/584»), en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado ¹³²⁰ (en lo sucesivo, «Decisión marco 2009/299»). Permite asimismo al Tribunal de Justicia examinar, en su caso, la cuestión de si un EM puede denegar la ejecución de una orden de detención europea, sobre la base del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por vulneración de los derechos fundamentales de la persona afectada garantizados por la Constitución nacional.

Marco jurídico

Derecho primario de la Unión

El artículo 47, párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») establece:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un Juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar».

A tenor del artículo 48, apartado 2, de la Carta,

«Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.»

El artículo 52, apartado 3, de la Carta dispone:

«En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

El artículo 53 de la Carta establece lo siguiente:

«Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

¹³¹⁹— DO L 190, de 18.7.2002, p. 1.

¹³²⁰— DO L 81, de 27.3.2009, p. 24.

Derecho derivado

El artículo 1 de la Decisión marco 2002/584 dispone:

«[...]

2. Los Estados miembros ejecutarán toda orden de detención europea, sobre la base del principio del reconocimiento mutuo y de acuerdo con las disposiciones de la presente Decisión marco.

3. La presente Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea».

A tenor del artículo 5 de dicha Decisión marco:

«La ejecución de la orden de detención europea por parte de la autoridad judicial de ejecución podrá supeditarse, con arreglo al Derecho del EM de ejecución, a una de las condiciones siguientes:

1) cuando la orden de detención europea se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía, y si la persona afectada no ha sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía, la entrega estará sujeta a la condición de que la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el EM emisor y estar presente en la vista;

[...]».

La Decisión marco 2009/299 precisa los motivos de denegación de la ejecución de la orden de detención europea cuando el juicio se haya celebrado sin comparecencia del imputado. A tenor de su exposición de motivos:

«(1) El derecho de una persona acusada de un delito a comparecer en el juicio está incluido en el derecho a un proceso equitativo establecido en el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, según lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal ha declarado asimismo que el derecho del acusado de un delito a comparecer en el juicio no es un derecho absoluto y que, en determinadas condiciones, el acusado puede renunciar libremente a él de forma expresa o tácita, pero inequívoca.

(2) Las diversas Decisiones Marco que aplican el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales firmes no abordan de manera consecuente el problema de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Esta diversidad de planteamientos podría complicar la labor de los profesionales y dificultar la cooperación judicial.

(3) [...] La Decisión Marco 2002/584/JAI relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, habilita a la autoridad de ejecución a exigir de la autoridad emisora garantías que se consideren suficientes para asegurar a quien es objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso en el EM emisor y de hallarse presente en el momento de dictarse la sentencia. La cuestión de la suficiencia de tales garantías queda a discreción de la autoridad de ejecución, por lo que es difícil saber con exactitud cuándo puede denegarse la ejecución.

(4) Por consiguiente, es preciso definir motivos comunes claros de denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. La presente Decisión Marco tiene por objeto definir estos motivos comunes, habilitando a la autoridad de ejecución para hacer cumplir la resolución pese a la incomparecencia del imputado en el juicio, sin menoscabo del derecho de defensa del imputado. La presente Decisión Marco no pretende regular los aspectos formales ni los métodos, incluidos los requisitos de procedimiento, utilizados para la consecución de los resultados especificados en ella, elementos que competen al ordenamiento jurídico nacional de los Estados miembros.»

[...]

(10) No deberán denegarse el reconocimiento ni la ejecución de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin la comparecencia del imputado cuando este, conociendo la fecha prevista del juicio, haya sido defendido en él por un letrado al que haya dado el correspondiente mandato, garantizando con ello que la asistencia letrada es real y efectiva. En este sentido será indiferente que el letrado haya sido escogido, nombrado y pagado por el imputado o haya sido designado y pagado por el Estado, dándose por supuesto que el imputado deberá haber optado deliberadamente por que lo represente un letrado en lugar de comparecer personalmente en el juicio [...].

[...].»

Según el artículo 1 de la Decisión marco 2009/299:

«1. Los objetivos de la presente Decisión Marco son reforzar los derechos procesales de las personas imputadas en un proceso penal, facilitar la cooperación judicial en materia penal y, en particular, mejorar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre Estados miembros.

2. La presente Decisión Marco no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado, incluido el derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal, y cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respecto permanecerán inmutables.»

La Decisión marco 2009/299 suprimió el artículo 5, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 e introdujo un nuevo artículo 4 *bis*:

1. La autoridad judicial de ejecución también podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, a menos que en la orden de detención europea conste, con arreglo a otros requisitos procesales definidos en la legislación nacional del EM de emisión, que el imputado:

a) con suficiente antelación:

i) o bien fue citado en persona e informado así de la fecha y el lugar previstos para el juicio del que se deriva esa resolución, o bien recibió efectivamente por otros medios, de tal forma que pueda establecerse sin lugar a dudas que tenía conocimiento de la celebración prevista del juicio, información oficial de la fecha y lugar previstos para el mismo,

y

ii) fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia,

o

b) teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio,

[...]».

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

Mediante auto de 1 de octubre de 1996, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró justificada la extradición a Italia de Stefano Melloni (demandante de amparo; en lo sucesivo, «demandante»), para que fuera juzgado por los hechos que se recogían en las órdenes de detención n^{os} 554/1993 y 444/1993 emitidas, respectivamente, el 13 de mayo y el 15 de junio de 1993 por el Tribunale di Ferrara. Tras serle acordada su libertad bajo fianza de 5.000.000 pesetas, que prestó al día siguiente, el demandante se dio a la fuga, de modo que no llegó a ser entregado a las autoridades italianas.

Mediante Decreto de 27 de marzo de 1997, el Tribunale di Ferrara declaró el estado de rebeldía del demandante y acordó que las notificaciones fueran efectuadas en lo sucesivo a los abogados de su confianza que éste ya había designado. Por sentencia del Tribunale di Ferrara de 21 de junio de 2000, posteriormente confirmada por sentencia de la Corte d'Appello di Bologna de 14 de marzo de 2003, el demandante fue condenado en rebeldía como autor de un delito de quiebra fraudulenta a la pena de diez años de prisión. Mediante sentencia de 7 de junio de 2004, la Sección Quinta de lo Penal de la Corte Suprema di Cassazione rechazó el recurso presentado por los abogados del Sr. Melloni. El 8 de junio de 2004 la Fiscalía General de la República

ante la Corte d'Appello di Bologna expidió la orden de detención europea nº 271/2004 para el cumplimiento de la condena dictada por el Tribunale di Ferrara.

A raíz de su detención por la policía española, el Juzgado Central de Instrucción nº 6, mediante auto de 2 de agosto de 2008, acordó elevar la orden europea de detención nº 271/2004 a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

El demandante se opuso a su entrega a las autoridades italianas aduciendo, en primer lugar, que en la fase de apelación había designado otro abogado, revocando el mandato de los dos anteriores, a pesar de lo cual se les continuó dirigiendo a ellos las notificaciones. En segundo lugar, alegó que la ley procesal de Italia no establece la posibilidad de recurrir las condenas dictadas en ausencia, por lo que la orden de detención europea debería, en su caso, condicionarse a que Italia garantizase la posibilidad de interponer un recurso contra la sentencia.

Mediante auto de 12 de septiembre de 2008, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó la entrega del demandante a las autoridades italianas para el cumplimiento de la condena que le fue impuesta por el Tribunale di Ferrara como autor de un delito de quiebra fraudulenta al no considerar acreditado que los abogados que el demandante había designado hubieran dejado de representarlo a partir de 2001 y al considerar que sus derechos de defensa se habían respetado puesto que el reclamado era conocedor de la futura celebración del juicio, se había situado voluntariamente en rebeldía y había designado a dos abogados para su representación y defensa, los cuales intervinieron, en esa calidad, en primera instancia, en apelación y en casación, agotando así las vías de recurso.

El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español contra el auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008. En apoyo de su recurso alegó una vulneración de las exigencias absolutas dimanantes del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la Constitución Española (en lo sucesivo, «Constitución»). Adujo que se había menoscabado el contenido esencial del proceso justo de una manera que afectaba a la dignidad humana pues acceder a la extradición a países que, en caso de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa, constituye una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Mediante providencia de 18 de septiembre de 2008, la Sección Primera del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite el recurso de amparo y suspender la ejecución del auto de 12 de septiembre de 2008 y, por providencia de 1 de marzo de 2011, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó recabar para sí el conocimiento de dicho recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional reconoció en su sentencia 91/2000, de 30 de marzo de 2000, que el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan *ad extra* es más reducido, puesto que tan sólo sus exigencias más básicas o elementales pueden relacionarse con el artículo 24 de la Constitución, determinando, en su caso, la inconstitucionalidad indirecta. Ahora bien, constituye una vulneración «indirecta»

de las exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana, la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa.

El Juez *a quo* recuerda que esta doctrina también es aplicable en el marco del sistema de entrega instaurado por la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, por dos razones: la condición a la que se somete la entrega de un condenado es inherente al contenido esencial del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías; el artículo 5 de la Decisión marco, entonces vigente, contemplaba la posibilidad de que la ejecución de una orden de detención europea dictada para cumplir una condena impuesta en rebeldía fuera supeditada, «con arreglo al Derecho del EM de ejecución», entre otras, a la condición de que «la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el EM emisor y estar presente en la vista» (STC 177/2006, de 27 de junio de 2006).

En su sentencia 199/2009, de 28 de septiembre de 2009, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo solicitado frente a un auto por el que la Audiencia Nacional había accedido a la entrega del recurrente a Rumanía, en ejecución de una orden europea de detención y entrega, para el cumplimiento de una condena de cuatro años de prisión impuesta en un juicio celebrado en ausencia de aquél, sin incluir la exigencia de que la condena en cuestión pudiera ser revisada. En ese caso, se rechazó la argumentación conforme a la cual no se habría producido verdaderamente una condena en ausencia, toda vez que el recurrente había concedido apoderamiento a un abogado que había comparecido en el juicio como su defensor particular.

Según el Tribunal Constitucional, la dificultad se origina porque la Decisión marco 2009/299 suprimió el artículo 5, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 e introdujo un nuevo artículo 4 *bis*. Pues bien, el artículo 4 *bis* impide «denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución» en el caso de que éste, «teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio». El Juez *a quo* señala que, en el caso que ha dado lugar al presente procedimiento de control de la constitucionalidad, consta que el demandante había dado mandato a dos letrados de su confianza a los que el Tribunale di Ferrara notificó la futura celebración del juicio, por lo que tenía conocimiento de la misma, y consta también que el demandante fue efectivamente defendido por esos dos letrados en el juicio que se siguió en primera instancia, así como en los posteriores recursos de apelación y de casación.

Para el Juez *a quo*, se suscita por consiguiente la cuestión de si la Decisión marco impide que los órganos jurisdiccionales españoles condicionen la entrega del demandante a la posibilidad de que la condena en cuestión pueda ser revisada.

Asimismo, el Tribunal Constitucional rechaza la alegación del Ministerio Fiscal en virtud de la cual una remisión prejudicial no es necesaria porque la Decisión marco 2009/299 es inaplicable *ratione temporis* al litigio principal. Según dicho Tribunal, lo que se dirime no es si la resolución de entrega impugnada infringió la Decisión marco 2009/299 sino si vulneró o no indirectamente el derecho a un proceso con todas las garantías tal y como éste resulta protegido por el artículo 24, apartado 2, la Constitución. Ahora bien, la Decisión marco 2009/299 debería tenerse en cuenta para delimitar el contenido de dicho derecho que despliega eficacia *ad extra*, ya que constituye el Derecho de la Unión aplicable en el momento en que se efectúa el control de la constitucionalidad. Su consideración también viene impuesta por el principio de interpretación conforme del Derecho nacional a las Decisiones marco (véase la sentencia de 16 de junio de 2005, Pupino, C-105/03, Rec. p. I-5285, apartado 43).

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, el 9 de junio de 2011 el Juez *a quo* decidió suspender la tramitación del recurso de amparo y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) El artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?

2) En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el artículo 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?

3) En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el artículo 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 de la Carta, a un EM condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese EM?»

Resumen de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

Según el Fiscal ante el Tribunal Constitucional, procede declarar la inadmisibilidad de la remisión prejudicial debido, en particular, a que el artículo 4 *bis* de la Decisión

marco 2002/584/JAI es inaplicable *ratione temporis* al litigio principal. Así, el auto de la Sección Primera de la Audiencia Nacional por el que se acordó la entrega a las autoridades italianas se adoptó el 12 de septiembre de 2008, es decir, antes de que expirase el plazo de transposición de la Decisión marco 2009/299, que finalizó, conforme al artículo 8 de dicha Decisión, el 28 de marzo de 2011. Por consiguiente, dicho artículo 4 *bis* sólo se aplica al reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas a partir de 28 de marzo de 2011 sin la presencia durante el proceso de la persona afectada. (véase la sentencia de 21 de octubre de 2010, I. B., C-306/09, apartado 15).

Con carácter subsidiario, considera que debe responderse afirmativamente a la primera cuestión prejudicial. A su juicio, el artículo 4 *bis*, en tanto Derecho derivado de la Unión, no puede interpretarse en un sentido contrario al Derecho primario, en este caso el artículo 67, apartado 3, y el artículo 82 TFUE, apartado 1, que establecen el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal. Tal principio excluye cualquier control sobre la regularidad del sistema procesal del Estado reclamante por parte del órgano judicial del EM de ejecución, con el que éste impondría su criterio nacional de protección de los derechos fundamentales. En virtud del parámetro común a todos los Estados miembros de protección de los derechos fundamentales derivado del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (en lo sucesivo, «CEDH»), siempre que el acusado haya sido informado en tiempo oportuno de la fecha del proceso y haya gozado de la asistencia de un letrado de su elección, una condena en ausencia y la denegación de un juicio en su presencia no constituirán una vulneración del artículo 6 CEDH (véanse las sentencias *Medenica*, de 4 de junio de 2001, nº 2001/392, apartados 54 a 59; *Sejdovic/Italia*, de 1 de marzo de 2006, nº 56581/00, apartados 98 y 99; *Van Geyselghem/Austria*, de 21 de junio de 1999, nº 26103/95, apartados 30 a 34; *Demeboukov/Bulgaria*, de 28 de febrero de 2008, nº 68020/01, apartado 57).

El Ministerio Fiscal sostiene que también debe darse una respuesta afirmativa a la segunda cuestión, ya que el artículo 4 *bis* es conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH») que considera que la indiligencia del acusado al no comparecer voluntariamente para ser juzgado, se convierte en elemento determinante de la innecesariedad para el Estado de proveer al acusado de nuevas garantías. La propia determinación de aquel de ocultarse a la Justicia, no puede servirle de excusa para invocar posteriormente el hecho en sí de su inasistencia a la vista.

Por último, según el Ministerio Fiscal, procede responder negativamente a la tercera cuestión. El artículo 53 de la Carta no garantiza en modo alguno una primacía del ordenamiento jurídico nacional que conceda un mayor nivel de protección a un derecho fundamental pues ello sería contrario al principio de primacía del Derecho de la Unión.

El Reino de España recuerda, con carácter preliminar, que la dificultad que dio lugar a las cuestiones prejudiciales es la siguiente: ¿Existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si se ejecuta una orden europea de detención sin garantizar un nuevo juicio en el caso de que un imputado haya otorgado la defensa y representación a un letrado pero no haya comparecido físicamente en juicio?

Recuerda asimismo que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en virtud de la teoría de «*la vulneración indirecta de los derechos fundamentales*», el derecho a participar en la vista oral forma parte del «*contenido absoluto*» de dichos derechos, de forma que tiene una proyección *ad extra* y que vincula a los poderes públicos, en la medida que supone un mínimo inherente a la dignidad humana. El Tribunal Constitucional considera que se vulnera el contenido absoluto del derecho a un juicio justo en caso de que la condena en ausencia no vaya acompañada de la posibilidad posterior de subsanar las deficiencias que la falta de comparecencia personal del acusado haya podido ocasionar en los procesos penales, sin entrar en consideraciones sobre la conducta del acusado durante el proceso penal.

El Reino de España señala además que el principio de reconocimiento mutuo implica que la resolución procedente de un órgano jurisdiccional de otro EM pueda ser reconocida y ejecutiva sin un examen previo de su legalidad conforme al ordenamiento del Estado de ejecución y que, con la finalidad de resolver las tensiones en la aplicación de dicho principio derivadas de las divergencias nacionales en materia de protección de derechos humanos, se adoptó la Decisión marco 2009/299 al amparo del artículo 82 del TFUE, que incluye la aproximación de disposiciones legales en materias como «*los derechos de las personas durante el procedimiento penal*», cuyo objeto no es sólo garantizar la eficacia de la orden europea de detención en un supuesto de juicio en ausencia, sino también que no queden desasistidos los derechos fundamentales del acusado.

Dicho esto, considera que procede dar una respuesta afirmativa a la primera cuestión. La razón es, en particular, que el artículo 5, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, que en caso de juicio en rebeldía permitía, concurriendo determinados requisitos, someter a condicionamiento la ejecución de una orden europea de detención, fue suprimido por el artículo 4 bis de la Decisión marco 2009/299 y sustituido por una enumeración limitativa de los motivos de denegación de la ejecución de dicha orden.

Por consiguiente, se impone asimismo una respuesta afirmativa a la segunda cuestión prejudicial puesto que el artículo 4 bis de la Decisión Marco 2002/584 es totalmente conforme al CEDH, y los artículos 47 y 48 de la Carta deberían interpretarse de conformidad con éste.

Por lo que respecta a la tercera cuestión, el Reino de España observa que el artículo 53 de la Carta es muy similar al artículo 53 del CEDH pero, habida cuenta del principio de primacía del Derecho de la Unión, la posibilidad de hablar de un doble estándar de protección plantea mayores problemas que el que puede haber resultado de la aplicación del artículo 53 del CEDH. Conforme a las Explicaciones relativas a la Carta, el objeto de su artículo 53 es mantener el nivel nacional de protección que se ofrece en el ámbito de aplicación del Derecho nacional. No permite a un EM imponer dicho nivel a los demás Estados miembros que soliciten la ejecución de su orden europea de detención. Ello iría claramente en contra del propósito de la Decisión marco 2009/299 que responde a las dificultades del reconocimiento mutuo derivadas de la existencia de distintos niveles de protección mediante la armonización de los motivos de denegación de la ejecución de una orden europea de detención en caso de condena en ausencia. Sería también contrario al principio de primacía del Derecho de la Unión, en virtud del cual el Derecho de la Unión se

impone incluso respecto de las interpretaciones que pueda hacer el Tribunal Constitucional (véase la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, apartado 61).

Según la República de Portugal y la República de Polonia, el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, piedra angular de la cooperación judicial penal y del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia toma por base el principio de la confianza mutua, basado a su vez en la adhesión, que es común a los Estados miembros, a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho. Una vez recordado esto, tanto según la República de Portugal, como según la República de Polonia y el Reino Unido, mientras el artículo 5, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584 permitía, en principio, someter la ejecución de una orden de detención europea a la condición de que la condena dictada en rebeldía de la persona afectada pudiera ser revisada en el Estado emisor, ya no es tal el caso desde la inserción del artículo 4 *bis*. En particular, esta disposición ya no permite denegar el reconocimiento o la ejecución de una resolución dictada sin comparecencia del imputado en situaciones como la que es objeto del presente asunto, en las que se ha citado en persona al imputado, que ha conferido mandato a sus letrados y, por consiguiente, ha sido efectivamente defendido en el juicio. Esta interpretación resulta confirmada por el décimo considerando de la Decisión marco 2009/299, según el cual «no deberán denegarse el reconocimiento ni la ejecución de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin la comparecencia del imputado cuando éste, conociendo la fecha prevista del juicio, haya sido defendido en él por un letrado al que haya dado el correspondiente mandato, garantizando con ello que la asistencia letrada es real y efectiva».

La República de Portugal y la República de Polonia sugieren por lo tanto responder de forma afirmativa a la primera cuestión, en particular habida cuenta de que, según la República de Portugal, el artículo 4 *bis* es conforme al derecho del CEDH y que, aunque el artículo 52, apartado 3, de la Carta permita conferir una protección más extensa, no es lo que sucede en el presente caso ya que el legislador ha querido limitar los motivos de denegación de una orden de detención europea en el supuesto de una condena en ausencia.

El Reino Unido precisa no obstante que, en casos totalmente excepcionales, la Decisión marco 202/584 modificada no podría impedir que una autoridad judicial de ejecución, por otros motivos que los enumerados con carácter limitativo, denegara la ejecución de una orden de detención europea si existieran razones legítimas para creer que, a consecuencia de la ejecución, se violarían los derechos fundamentales de la persona afectada. Esta interpretación queda avalada por el artículo 1, apartado 3, de dicha Decisión marco así como por la obligación de los Estados miembros de respetar los derechos fundamentales de la Unión cuando aplican o actúan dentro de un régimen establecido por el Derecho de la Unión.

La República de Polonia sugiere responder de forma afirmativa a la segunda cuestión y negativamente a la tercera.

Por lo que respecta a la tercera cuestión, el Reino Unido observa que en la medida en que la Carta reconoce derechos fundamentales dimanantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, tales derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones, lo cual, de conformidad con las Explicaciones, no significa un simple planteamiento de mínimo común denominador, sino un elevado nivel de protección apropiado para el Derecho de la Unión y en armonía con las tradiciones constitucionales comunes. Además, en virtud del artículo 53 de la Carta, la enunciación de los derechos fundamentales de la Carta no impide que el Derecho nacional contemple un mayor grado de protección dentro del ámbito de aplicación del Derecho nacional. No obstante, de ello no se deriva que dicha mayor protección constitucional constituya un motivo para denegar la ejecución de una orden de detención europea con arreglo a lo dispuesto en la versión modificada de la Decisión marco, ya que la decisión se adopta dentro del ámbito del Derecho de la Unión y la protección reconocida en el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco modificada refleja el consenso alcanzado por el conjunto de los Estados miembros con respecto al alcance apropiado de los derechos procesales reconocidos por el Derecho de la Unión a las personas condenadas sin su comparecencia. En caso contrario, se pondría en duda el efecto útil de la Decisión marco 2009/299 por la que se establecen motivos comunes claros para el no reconocimiento en detrimento del principio de primacía del Derecho de la Unión.

La República Italiana recuerda que el primer considerando de la Decisión marco 2009/299 acoge el significado y el alcance de los principios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 1 de marzo de 2006, *Sejdovic/Italia* (nº 56581/00), en la que dicho Tribunal confirmó que el derecho del acusado a comparecer en persona en el juicio forma parte del derecho a un proceso equitativo, aclarando al mismo tiempo que el derecho del acusado a comparecer en el juicio no es un derecho absoluto y que, en determinadas condiciones, el acusado puede renunciar libremente, de forma expresa o tácita, pero inequívoca, a ese derecho. No es tal el caso en el supuesto de que el acusado no haya sido informado de la incoación de un procedimiento en su contra. El artículo 4 *bis* de la Decisión marco 2002/584/JAI, introducido por el artículo 2 de la Decisión marco 2009/299/JAI, codificó dichos principios jurisprudenciales, enunciando los motivos precisos de denegación del reconocimiento de las resoluciones judiciales dictadas en ausencia.

El establecimiento de tales reglas comunes ha tenido como consecuencia suprimir la facultad discrecional de los Estados miembros a la hora de valorar las garantías que ofrece el EM emisor para valorar la existencia de motivos de denegación de la entrega de la persona afectada, lo que confirma la derogación del artículo 5, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584. Desde entonces, la negativa a entregar a la persona afectada sólo puede justificarse por uno de los motivos enumerados en el artículo 4 *bis* de dicha Decisión marco.

La República Italiana sugiere responder de forma negativa a la tercera cuestión, pues en caso contrario se anularían los efectos y el alcance de la Decisión marco 2009/299, poniendo en peligro el principio de reconocimiento mutuo de sentencias entre los Estados miembros, cuando ese principio constituye la expresión de la cooperación judicial en materia penal.

En cuanto a la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial, la República de Austria señala que, aunque Italia se haya acogido a la posibilidad que brinda el artículo 8, apartado 3, de la Decisión marco 2009/299 de posponer hasta el 1 de abril de 2014 la aplicación de dicha Decisión marco a las resoluciones de las autoridades italianas, varios argumentos podrían avalar dicha admisibilidad: la entrega no ha sido aún objeto de una resolución definitiva y las disposiciones procesales se aplican desde su entrada en vigor también a los procedimientos pendientes (véanse las sentencias de 12 de agosto de 2008, Santesteban Goicoechea, C-296/08 PPU, Rec. p. I-6307, apartado 80, y de 28 de junio de 2007, Dell'Orto, C-467/05, Rec. p. I-5557, apartado 48). Por lo que respecta a las respuestas a las cuestiones prejudiciales en cuanto al fondo, la República de Austria considera que el artículo 4 *bis* de la Decisión marco 2002/584 ya no permite a la autoridad competente del Estado de ejecución supeditar la entrega a la condición de que la autoridad competente del Estado emisor garantice a la persona condenada la posibilidad de solicitar la reapertura del proceso. Además, esta nueva disposición parece conforme a las disposiciones de los artículos 47 y 48 de la Carta.

Según la República Federal de Alemania, procede declarar la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial ya que el artículo 4 *bis* de la Decisión marco 2002/584 en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299 no es aplicable a los hechos del litigio principal, habida cuenta de que la fecha de referencia, especialmente para hacer valer motivos de denegación, es aquélla en que se ordenó la entrega, es decir, el 12 de septiembre de 2008. En esa fecha, únicamente se podían alegar los motivos de denegación previstos en el artículo 5, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584.

El Gobierno alemán reconoce, ciertamente, que el principio de interpretación conforme con las Decisiones marco que establecen disposiciones procesales se aplica aunque dichas Decisiones, en el momento de los hechos a examinar, no hubieran sido aprobadas ni incorporadas al Derecho nacional ya que las disposiciones procesales son aplicables a todos los procedimientos pendientes en el momento de su entrada en vigor (véase la sentencia de 16 de junio de 2005, Pupino, C-105/03, Rec. p. I-5285, apartados 50 y ss.). Pero ni el artículo 5 de la Decisión marco 2002/584, ni el artículo 4 *bis* de la Decisión marco 2002/584 modificada, son disposiciones procesales. Si bien ambas disposiciones están recogidas en una Decisión marco que regula el procedimiento de entrega con fines de enjuiciamiento criminal o de cumplimiento de condena, enuncian motivos materiales para la denegación de la entrega que exigen un examen en cuanto al fondo por parte de las autoridades de ejecución en el marco de un procedimiento de entrega. Son por lo tanto normas de Derecho sustantivo. El Gobierno alemán añade que, incluso si el artículo 4 *bis* de la Decisión marco 2002/584 modificada fuese calificado como disposición procesal, su consideración a la hora de interpretar el Derecho nacional, para examinar una situación anterior a su adopción, menoscabaría sustancialmente la seguridad jurídica.

Con carácter preliminar, el Reino de los Países Bajos observa que no puede excluirse la aplicabilidad *ratione temporis* de la Decisión marco 2009/299 puesto que permanece abierta la cuestión de si el órgano jurisdiccional remitente está a pesar de todo obligado a tener en cuenta en su resolución definitiva (tras la respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales) el artículo 4 *bis* de dicha Decisión marco.

Por lo que se refiere a las cuestiones primera y segunda, recuerda a continuación que, para resolver las dificultades de la cooperación judicial debidas a que los Estados miembros no regulan de manera uniforme la cuestión del reconocimiento de las resoluciones dictadas en un juicio en el que el imputado no ha comparecido personalmente, la Decisión marco 2009/299 ha establecido un régimen uniforme mediante la definición de motivos comunes de denegación de la entrega solicitada después de haberse adoptado dichas resoluciones. Constituye por lo tanto el único marco de apreciación de dichas situaciones, por lo que un EM no puede establecer requisitos adicionales a la entrega de un individuo solicitada a raíz de un juicio en el que éste no haya comparecido personalmente. El artículo 53 de la Carta no puede modificar esta conclusión dado que sólo prevé el mantenimiento del nivel de protección nacional de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación del Derecho nacional.

El Reino de Bélgica propone responder de forma afirmativa a las dos primeras cuestiones y de forma negativa a la tercera.

De entrada, la Comisión recuerda que el artículo 5, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 fue modificado en 2009 para armonizar los motivos de denegación de la ejecución de una orden europea de detención en el caso de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. La Decisión marco 2009/299 se inspira en la jurisprudencia del TEDH en el asunto Sejdovic/Italia (sentencia de 1 de marzo de 2006, nº 56581/00).

Según la Comisión, el nuevo artículo 4 *bis*, apartado 1, letras a) y b), de la Decisión marco 2009/299 recoge supuestos de hecho en los que el imputado ha sido informado de la fecha y el lugar previstos para el juicio. Si el interesado dio mandato a un letrado para que lo defendiera en el juicio, que es el supuesto contemplado en la letra b), significa que fue informado de ello. Por consiguiente, entiende que no existe una gran diferencia entre el tenor del anterior artículo 5, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 y el artículo 4 *bis*, apartado 1, introducido por la Decisión marco 2009/299 por lo que se refiere a la situación del imputado que no haya comparecido personalmente en el juicio, pero que haya nombrado a un abogado que lo haya defendido en éste.

De ello se deriva, según la Comisión, que procede responder afirmativamente a la primera cuestión. Ahora bien, la obligación de los Estados miembros de respetar los derechos fundamentales al aplicar el Derecho de la Unión no resulta afectada, puesto que el artículo 4 *bis*, apartado 1, no hizo sino codificar la exigencia de la jurisprudencia del TEDH formulada en la sentencia Sejdovic/Italia de que la renuncia sea inequívoca, y cuente con garantías, conforme a las cuales el imputado sea informado a tiempo de la naturaleza y la causa de la acusación contra él y de la fecha del juicio, y del hecho de que, en caso de no presentarse al juicio, puede ser defendido por un abogado de su elección.

La Comisión y el Consejo, así como el Reino de los Países Bajos, el Reino de Bélgica, el Reino Unido, la República Federal de Alemania y la República Italiana, consideran que también procede responder afirmativamente a la segunda cuestión. Recuerdan que los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta corresponden al artículo 6,

apartados 1 y 3, del CEDH, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 52, apartado 3, de la Carta, los derechos conferidos por aquéllos deben interpretarse de la misma manera que los derechos garantizados por ésta. El Consejo señala, a este respecto, que el artículo 10, apartado 2, de la Constitución Española, enuncia un principio similar de unicidad de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución nacional y los correspondientes derechos fundamentales garantizados por el CEDH. Pues bien, los cuatro supuestos de hecho, contemplados en el artículo 4 *bis*, apartado 1, en los que la persona ha sido condenada sin su participación en el juicio pero la orden de detención europea ha de ejecutarse, cumplen con los parámetros establecidos por el TEDH. El Gobierno alemán añade que, habida cuenta de que en virtud del artículo 51, apartado 1, de la Carta, los Estados miembros, al aplicar el Derecho de la Unión, están vinculados por los derechos fundamentales, al transponer el artículo 4 *bis* de la Decisión marco 2009/299, están obligados a adoptar las disposiciones procesales necesarias que garanticen el derecho del imputado a una defensa efectiva acorde con la interpretación del TEDH.

Por último, según la Comisión, la respuesta a la tercera cuestión ha de ser claramente negativa. El tenor del artículo 53 de la Carta no excluye que conforme al principio de primacía del Derecho de la Unión (véanse, especialmente, las sentencias de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70 Rec. p. 1125, apartado 3, y de 2 de julio de 1996, *Comisión/Luxemburgo*, C-473/93, Rec. p. I-3207, apartado 38; véase la Declaración nº 17 aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, DO C 83, de 30 de marzo de 2010, p. 335), normas del Derecho de la Unión puedan restringir los efectos de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de un EM, lo cual se ve confirmado por las Explicaciones relativas al artículo 53 de la Carta, que afirman que «el objeto de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados Miembros y el Derecho Internacional [...]». Por lo tanto, lo que persigue el artículo 53 de la Carta es mantener el *statu quo*; además, la referencia al «ámbito de aplicación» del Derecho nacional significa que, siempre que la *protección* otorgada por un derecho fundamental reconocido por la Constitución de un EM tenga como efecto restringir el ámbito de una disposición de la Unión, éste quedaría por esa razón fuera del ámbito de aplicación del Derecho nacional en el sentido del Artículo 53 de la Carta.

Según el Consejo, habida cuenta de la declaración formulada por Italia, conforme al artículo 8, apartado 3, de la Decisión marco 2009/299, de aplazar hasta el 1 de enero de 2014 la aplicación de ésta al reconocimiento y ejecución, por las autoridades competentes de los demás Estados miembros, de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado emitidas por las autoridades italianas, las disposiciones iniciales de la Decisión marco 2002/584 se aplican a las resoluciones dictadas por las autoridades italianas en ausencia hasta el 1 de enero de 2014. Tampoco puede existir una obligación de interpretación conforme del Derecho español a la Decisión marco 2009/299. Aun suponiendo que tal obligación pueda nacer a partir del vencimiento, el 28 de marzo de 2011, del plazo para la aplicación de dicha Decisión marco, a pesar de que la decisión de entrega del Sr. Melloni se había adoptado mucho antes, el 12 de septiembre de 2008, Italia, mediante la

referida declaración, activó el aplazamiento hasta el 1 de enero de 2014 de la obligación para los demás Estados miembros, y por tanto para España, de ejecutar las resoluciones dictadas en ausencia por las autoridades italianas con arreglo al artículo 4 *bis* de la Decisión marco 2002/584, introducido por la Decisión marco 2009/299. Con carácter subsidiario, el Consejo sugiere al Tribunal de Justicia que declare la compatibilidad del artículo 4 bis de la Decisión marco 2002/584 con los artículos 47 y 48 de la Carta.

Marek Safjan
Juez Ponente

ANEXO XXIV



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESKANZLERAMT

Einschreiben mit Rückschein

An die
Kanzlei des Gerichtshofs der
Europäischen Union

Palais de la Cour de Justice
L-2925 LUXEMBURG

VORAB MIT FAX AN EuGH
FAX-Nr.: ++35 (2) 43 37 66

Geschäftszahl: BKA-VA.C-399/11/0002-V/7/2011
Abteilungsmail: v7@bka.gv.at
Abteilungsfax: ++43 (0)1/53109/9528
Sachbearbeiterin: Frau Dr LLM Elisabeth HANDL-PETZ
Pers. E-mail: Elisabeth.HANDL-PETZ@bka.gv.at
Telefon : ++43 (0)1/53115/2843
Ihr Zeichen
vom:

Antwortschreiben bitte unter Anführung der Geschäftszahl an die
Abteilungsmail

Betrifft: Rechtssache C-399/11, Melloni

In der obgenannten Rechtssache erlaubt sich die Republik Österreich, gemäß Artikel 23
des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union nach-
stehende schriftliche Erklärung samt sieben Gleichschriften zu übermitteln.

Wien, am 22. November 2011
Für die Republik Österreich:
Dr. Christine PESENDORFER

Elektronisch gefertigt

Ballhausplatz 2, 1014 Wien
Tel.: (+43)-1-53115/0, E-Mail: post@bka.gv.at
DVR: 0000019

GZ BKA-VA.C-399/11/0002-V/7/2011

**An den Herrn Präsidenten und die Mitglieder des Gerichtshofs
der Europäischen Union**

SCHRIFTLICHE ERKLÄRUNG DER REPUBLIK ÖSTERREICH

gemäß Artikel 23 des Protokolls über die Satzung
des Gerichtshofs der Europäischen Union

in der

RECHTSSACHE C-399/11

Zu dem vom Tribunal Constitucional mit Entscheidung vom 9. Juni 2011 vorgelegten
Vorabentscheidungsersuchen nimmt die Republik Österreich wie folgt Stellung:

I. Vorlagefragen:

- (1) Das Vorlagegericht hat in der bezüglichen Rechtssache folgende Fragen zur
Vorabentscheidung vorgelegt:
1. Ist Art. 4a Abs. 1 des Rahmenbeschluss 2002/584/JI in seiner durch den
Rahmenbeschluss 2009/299/JI geänderten geltenden Fassung dahin
auszulegen, dass er die nationalen Gerichte unter den in dieser Bestimmung
genannten Voraussetzungen daran hindert, die Vollstreckung eines
Europäischen Haft- und Auslieferungsbefehls von der Bedingung anhängig zu
machen, dass die in Frage stehende Verurteilung überprüft werden kann, um
die Verteidigungsrechte der gesuchten Person zu gewährleisten?
 2. Falls die erste Frage in bejahendem Sinne beantwortet wird, ist Art. 4a
Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI mit den Erfordernissen vereinbar,
die sich aus dem Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz und auf ein
faïres Verfahren gemäß Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen
Union und aus den durch deren Art. 48 Abs. 2 garantierten
Verteidigungsrechten ergeben?

3. Wenn die zweite Frage in bejahendem Sinne beantwortet wird, gestattet Art. 53 bei seiner systematischen Auslegung in Verbindung mit den in den Art. 47 und 48 der Charta der Grundrechte anerkannten Rechten es einem Mitgliedstaat, die Auslieferung einer in Abwesenheit verurteilten Person von der Bedingung, dass die Verurteilung in dem ersuchenden Staat einer Überprüfung unterworfen werden kann, abhängig zu machen und damit diesen Rechten ein höheres Schutzniveau zu verleihen als das sich aus dem Recht der Europäischen Union ergebende, um eine Auslegung zu vermeiden, die ein in der Verfassung dieses Mitgliedstaats anerkanntes Grundrecht einschränkt oder verletzt?

II. Allgemeines zum Vorlageersuchen:

- (2) Die Fragen des Vorlagegerichts betreffen ein Übergabeverfahren, über das von den spanischen Justizbehörden im Jahr 2008 entschieden worden ist. Die Änderungen des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABI. L 2002/190, 1, durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 zur Änderung einiger Rahmenbeschlüsse, ABI. L 2009/81, 24, sind unionsrechtlich am Tag nach der Veröffentlichung im Amtsblatt, also am 28. März 2009, in Kraft getreten und waren bis 28. März 2011 durch die Mitgliedstaaten umzusetzen.
- (3) Da es sich im konkreten Fall bei dem Ausstellungsstaat um Italien handelt, sei zudem darauf hingewiesen, dass Italien im Hinblick darauf, dass sein nationales Recht nicht mit den Anforderungen des Rahmenbeschlusses 2009/929/JI im Einklang steht, von der in Art. 8 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses 2009/299/JI eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die Anwendung dieses Rahmenbeschlusses auf Entscheidungen italienischer Behörden bis zum 1. April 2014 hinauszuschieben (vgl. die Erklärung in ABI. L 2009/97, 26). Im Verhältnis zu Italien kann deshalb bis zum erwähnten Zeitpunkt die Übergabe einer Person weiterhin an die Bedingung nach Art. 5 Z 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI geknüpft werden.

- (4) Daher könnte bezweifelt werden, ob die Vorlagefragen, die von der Anwendung des Art. 4a des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI in seiner durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI geänderten Fassung ausgehen, überhaupt für das Ausgangsverfahren relevant sind.
- (5) Folgende Argumente könnten aber dennoch für eine Zulässigkeit der Vorlage sprechen:
- (6) Über die Zulässigkeit der Übergabe ist noch nicht endgültig entschieden worden; die Vorlage des spanischen Verfassungsgerichts zielt gerade darauf ab, diese Frage zu klären. Bei der Frage der Zulässigkeit der Übergabe handelt es sich um eine Frage des Verfahrensrechts; Verfahrensbestimmungen sind – anders als Bestimmungen des materiellen Strafrechts – ab ihrem Inkrafttreten auch auf bereits anhängige Verfahren anzuwenden (ständige Rechtsprechung des EuGH: Rs C-296/08 PPU, *Goicoechea*, Rn. 80; Rs C-467/05, *Dell'Orto*, Rn. 48).
- (7) Auch wenn sich aus dem Vorlagebeschluss keine Hinweise darauf entnehmen lassen, dass der spanische Gesetzgeber bereits Maßnahmen zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2009/299/JI ergriffen hat, kann das Argument des vorlegenden Gerichts nicht entkräftet werden, dass die Bestimmungen des Rahmenbeschlusses 2009/299/JI als (wenngleich umsetzungsbedürftiges, so doch) bereits geltendes Unionsrecht für die Auslegung nationalen Rechts von großer Bedeutung sind (zur Rahmenbeschluss-konformen Auslegung vgl. etwa Rs C-105/03, *Pupino*, Rn. 43; zur Vorwirkung von beschlossenen Unionsrecht, bei dem die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist, vgl. etwa Rs C-144/04, *Mangold*, Rn. 66).

III. Zu den Fragen 1 und 2:

- (8) Für den Fall der Vollstreckung einer in Abwesenheit der verurteilten Person verhängten Freiheitsstrafe oder einer mit Freiheitsentzug verbundenen vorbeugenden Maßnahme ermächtigt der Rahmenbeschluss 2002/584/JI in seiner ursprünglichen Fassung (Art. 5 Z 1) die zuständige Behörde des Vollstreckungsstaats, die Übergabe an die Bedingung der Zusicherung der Wiederaufnahme des Verfahrens über entsprechenden Antrag des Verurteilten durch die zuständige Behörde des Ausstellungsstaats zu knüpfen.

- (9) Der Rahmenbeschluss 2009/299/JI sieht in seinem Art. 2 Z 2 vor, dass Art. 5 Z 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI gestrichen wird. Der neu eingefügte Art. 4a sieht zudem keine Möglichkeit für eine Bedingung vor. Deshalb kann nach dem Rahmenbeschluss 2002/584/JI in der seit 28. März 2009 geltenden Fassung eine solche Bedingung nicht mehr gestellt werden.
- (10) Die neue Fassung des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI trägt dem Rechtsschutzbedürfnis des Verurteilten, zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens und damit zu einer inhaltlichen Prüfung der Beweise in seiner Anwesenheit zu kommen, aber auf andere Weise Rechnung: Nach Art. 4a Abs. 1 lit. c und d des Rahmenbeschlusses ist nämlich die Ablehnung der Vollstreckung zulässig, wenn nach dem nationalen Recht des Ausstellungsstaates kein Recht des in Abwesenheit Verurteilten auf Wiederaufnahme oder auf ein Berufungsverfahren besteht, in dem der Sachverhalt – einschließlich neuer Beweismittel – erneut geprüft und die Entscheidung aufgehoben werden kann. Der Unterschied zwischen lit. c und d besteht darin, dass die Abwesenheitsentscheidung nach lit. c vor Vollstreckung des Haftbefehls zugestellt wurde, während die Zustellung nach lit. d erst nach Übergabe an den Ausstellungsstaat erfolgen soll. An Stelle der in der Stammfassung des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI vorgesehenen Bedingung der Zusicherung ist durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI ein Ablehnungsrecht getreten.
- (11) Durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI wollte der Gesetzgeber der Union keine direkte Angleichung der nationalen Verfahrensordnungen herbeiführen, was die Rechtsbehelfe gegen Abwesenheitsentscheidungen angeht; allerdings wollte er die damit zusammenhängenden Ablehnungsgründe vereinheitlichen (vgl. die Erwägungsgründe 2 bis 4) und insbesondere die Voraussetzungen, unter denen eine nicht hinreichende Beachtung grundlegender Standards im Ausstellungsstaat zu einer Ablehnung der Vollstreckung eines Haftbefehls berechtigt (vgl. den Erwägungsgrund 11). Indirekt bewirkt der Rahmenbeschluss 2009/299/JI daher einen Anreiz für die Mitgliedstaaten, eine nationale Rechtslage zu schaffen, die den im letzten Satz von Erwägungsgrund 11 angeführten Standards entspricht.

- (12) Die neue Rechtslage trägt dem Rechtsschutzbedürfnis des Verurteilten und dessen Recht auf ein faires Verfahren sogar mehr Rechnung als die alte Rechtslage: Während es nach der alten Rechtslage keine rechtliche Handhabe für den (wenn auch unwahrscheinlichen) Fall gab, dass im Ausstellungsstaat entgegen der Zusicherung eine Wiederaufnahme unterbleibt, trifft nach neuer Rechtslage den Ausstellungsstaat die Obliegenheit bereits im Europäischen Haftbefehl, seine Rechtslage hinsichtlich der Rechte des in Abwesenheit Verurteilten darzulegen. Daher erfüllt die neue Rechtslage in höherem Maße die Anforderungen eines rechtsförmigen Verfahrens, während die alte Rechtslage noch auf dem alten System der Auslieferung auf völkerrechtlicher Grundlage fußt.
- (13) Es ist nicht ersichtlich, dass die neue Rechtslage mit den grundrechtlichen Anforderungen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union oder der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten nicht vereinbar wäre.
- (14) Die Republik Österreich schlägt daher vor, die Fragen 1 und 2 wie folgt zu beantworten:
1. Art. 4a des Rahmenbeschluss 2002/584/JI in seiner durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI geänderten geltenden Fassung ist dahin auszulegen, dass es den nationalen Justizbehörden nicht (mehr) gestattet ist, die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls von der Bedingung anhängig zu machen, dass der Ausstellungsstaat zusichert, dass der in Abwesenheit Verurteilte die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen und bei der Gerichtsverhandlung anwesend sein kann; es ist jedoch den nationalen Justizbehörden unter den weiteren in Art. 4a Abs. 1 lit. c und d angeführten Voraussetzungen gestattet, die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls abzulehnen, wenn aus diesem nicht hervorgeht, dass nach dem Recht des Ausstellungsstaates ein Recht auf Wiederaufnahme oder auf ein Berufungsverfahren besteht, in dem der Sachverhalt – einschließlich neuer Beweismittel – erneut geprüft und die Entscheidung aufgehoben werden kann.
 2. Art. 4a Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI dürfte mit den Erfordernissen vereinbar sein, die sich aus dem Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz und auf ein faires Verfahren gemäß Art. 47 der

Charta der Grundrechte der Europäischen Union und aus den durch deren Art. 48 Abs. 2 garantierten Verteidigungsrechten ergeben.

(15) Von einer Beantwortung der dritten Vorlagefrage wird Abstand genommen.

Wien, am 22. November 2011
Für die Republik Österreich:



Dr. Christine PESENDORFER

REPÚBLICA DE AUSTRIA

CANCILLERÍA FEDERAL

Certificado con acuse de recibo

Número de referencia: BKA-VA.C-399/11/0002-V/7/2011

A la Secretaría del Tribunal de Justicia

Mail del Departamento: v7@bka.gv.at

de la Unión Europea

Fax del Departamento: ++43 (0) 1/53109/9528

Palacio del Tribunal de Justicia

Persona de contacto: Sra. LLM Elisabeth HANDL-PETZ

L-2925 LUXEMBURG

Correo electr. personal: Elisabeth.HANDL-PETZ@bka.gv.at

Teléfono: ++43 (0)1/53115/2843

Su Referencia

De:

Adelantado por fax al TJUE

Por favor, los escritos de contestación, con indicación de

Fax número: ++ 35 (2) 43 37 66

la referencia, al mail del Departamento.

Referencia: Asunto C-399/11, Melloni

En el asunto arriba mencionado se permite la República de Austria, según el artículo 23 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, transmitir la siguiente Observación junto con siete duplicados.

Viena, 22 de Noviembre de 2011

Por la República de Austria:

Dr. Christine PESENDORFER

Realizado electrónicamente

Ballhausplatz 2, 1014 Viena

Tel.: (+43)-1-53115/0, E-Mail: post@bka.gv.at

DVR: 0000019

[746]

Al Sr. Presidente y a los Miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

OBSERVACIÓN ESCRITA DE LA REPÚBLICA DE AUSTRIA

Según el artículo 23 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal

De Justicia de la Unión Europea

En el

ASUNTO C-399/11

A la remisión prejudicial del Tribunal Constitucional a través de Auto de 9 de junio de 2011, la República de Austria opina:

I. Cuestiones remitidas:

(1) El órgano remitente ha planteado con carácter prejudicial en el asunto referido las siguientes preguntas:

- 1. El Art. 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?**
- 2. En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el artículo 48, apartado 2 de la Carta?**
- 3. En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el artículo 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 de la Carta [...], a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?**

II. En general sobre la remisión prejudicial:

- (2) Las preguntas del órgano remitente se refieren a un procedimiento de entrega, sobre el que las autoridades judiciales españolas decidieron en el año 2008. Las modificaciones de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la Orden Europea de Detención y Entrega y el procedimiento de entrega entre los Estados miembros, ABl, L 2002/190, 1, a través de la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 para la modificación de algunas Decisiones Marco, ABl, L2009/81, 24, forman parte del Derecho de la Unión el día después de su publicación en el Diario Oficial, esto es, en vigor el 28 de marzo de 2009, y debían ser traspuestas por los Estados miembros hasta el 28 de marzo de 2011.
- (3) Puesto que en el caso concreto se trata de Italia, se advierte que Italia con miras de que su derecho nacional no armonice con las exigencias de la Decisión Marco 2009/929/JAI, respecto de la reconocida posibilidad del artículo 8, párrafo 3, de la Decisión Marco 2009/299/JAI de la que haya hecho uso, para demorar hasta el 1 de abril de 2014 la aplicación de esa Decisión Marco a resoluciones de las autoridades italianas (compare la Observación en ABl. L 2009/97, 26). En relación con Italia, puede por tanto hasta el momento mencionado ser anudada ulteriormente la entrega de una persona a la condición del artículo 5 Z 1 de la Decisión Marco 2002/584/JAI.
- (4) Por ello podría dudarse de que la cuestión planteada, la cual se basa en la aplicación del artículo 4 a de la Decisión Marco 2002/584/JAI en su versión modificada a través de la Decisión Marco 2009/299/JAI, sea en realidad relevante para el litigio nacional.
- (5) Los siguientes argumentos podrían, sin embargo, favorecer la admisión de la cuestión presentada:
- (6) Sobre la admisibilidad de la entrega no se ha decidido todavía definitivamente; la remisión del Tribunal Constitucional español aspira precisamente a aclarar esta cuestión. Con la pregunta sobre la admisibilidad de la entrega se trata una cuestión de derecho procesal; las normas procesales son aplicables también, a partir de su entrada en vigor, a los procedimientos pendientes –a diferencia de lo que ocurre con las disposiciones del derecho penal material- (constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia: Asunto C-296/08 PPU, *Goicoechea*, aptdo. 80; asunto C-467/05, *Dell’Orto*, aptdo. 48).
- (7) Aunque no se deduce del Auto de remisión ninguna referencia de que el legislador español haya adoptado medidas para la trasposición de la Decisión Marco 2009/299/JAI, no invalida el argumento del órgano remitente de que las disposiciones de la Decisión Marco 2009/299/JAI son de gran importancia para la interpretación del derecho nacional como (si bien necesitado de trasposición, por supuesto) Derecho ya vigente de la Unión (para la interpretación de conformidad a la Decisión Marco comparar por ejemplo asunto C-105/03, *Pupino*, aptdo. 43; como efecto anticipado del Derecho de la Unión aprobado en el que el plazo de

trasposición no haya transcurrido, compárese por ejemplo asunto C-144/04, *Mangold*, aptdo. 66).

III. A las preguntas 1 y 2:

- (8) Para el caso de la ejecución de una pena de privación de libertad de una persona condenada en rebeldía o de una privación de libertad asociada a una medida cautelar, faculta la Decisión Marco 2002/584/JAI en su versión inicial (Art. 5, línea 1) a las autoridades competentes del Estado de ejecución para la entrega con la condición del aseguramiento de la reanudación del procedimiento sobre la correspondiente solicitud del condenado a través de las autoridades competentes del Estado emisor.
- (9) La Decisión Marco 2009/299/JAI prevé en su artículo 2 línea 2, que el artículo 5 línea 1 de la Decisión Marco 2002/584/JAI sea eliminado. El añadido nuevo Art. 4 a no prevé además posibilidad de condición. Por ello no puede ser planteada semejante condición, según la Decisión Marco 2002/584/JAI en la versión vigente desde el 28 de marzo de 2009.
- (10) La nueva versión de la Decisión Marco 2002/584/JAI lleva la necesidad de protección del derecho del condenado a una prosecución del procedimiento y con ello a un examen del contenido de las pruebas en su presencia, pero de otro modo cuenta: Según el artículo 4 a, párrafo 1, letra c y d de la Decisión Marco está precisamente admitida la desestimación de la ejecución, cuando según el Derecho nacional del Estado emisor no existe derecho del condenado en ausencia a la prosecución o a un procedimiento de apelación, en el que los antecedentes – incluidos nuevos medios de prueba- sean valorados nuevamente y la resolución puedan ser revocada. La diferencia entre las letras c y d reside en que la resolución en ausencia según la letra c fue emitida antes de la ejecución de la detención, mientras que la decisión según la letra d después de la entrega al Estado emisor. En lugar de la condición prevista para el aseguramiento en la versión originaria de la Decisión Marco 2002/584/JAI ha surgido un derecho de revocación con la Decisión Marco 2009/299/JAI.
- (11) Con la Decisión Marco 2009/299/JAI el legislador de la Unión no quería producir una equiparación de los ordenamientos procesales nacionales, en lo que afecta a los recursos contra resoluciones en ausencia; en realidad deseaba unificar los motivos de desestimación (compárense los Considerandos 2 a 4) y especialmente las condiciones bajo las que una insuficiente observancia de los estándares elementales en el Estado emisor autoriza una desestimación de la ejecución de una orden de detención (compárese el Considerando 11). Indirectamente, por tanto, la Decisión Marco 2009/299/JAI da lugar a un incentivo para los Estados miembros con objeto de producir una situación jurídica nacional que reúna los estándares incluidos en la última frase del Considerando 11.

(12) La nueva situación jurídica lleva a la necesidad de protección jurídica del condenado y su derecho a un procedimiento imparcial incluso con mayor consideración que la antigua situación: mientras según la antigua situación jurídica no había ningún motivo jurídico para el (si es que no también improbable) caso, de que en el Estado de emisión no tenga lugar el aseguramiento para la prosecución, alcanza a plantear el Estado emisor, según la nueva situación jurídica, la obligación de la Orden de Detención Europea, su situación jurídica de cara a los derechos del condenado en ausencia. Por ello cumple la nueva situación jurídica, en gran medida, el requisito de un procedimiento legal, mientras que la situación jurídica antigua se funda en el viejo sistema de entrega de base internacional.

(13) No es obvio que la nueva situación jurídica no sea conciliable con los requisitos constitucionales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión o de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales.

(14) La República de Austria propone, por tanto, contestar a las preguntas 1 y 2 como sigue:

1. El artículo 4 a de la Decisión Marco 2002/584/JAI en su versión vigente modificada a través de la Decisión Marco 2009/299/JAI hay que interpretarlo de modo que a las autoridades judiciales nacionales no les está (más) permitido hacer depender la ejecución de una Orden Europea de Detención de que el Estado emisor asegure de que en ausencia del condenado se solicite la prosecución del procedimiento para que pueda estar presente en la vista; no obstante, les está permitido a las autoridades judiciales nacionales, de acuerdo a los supuestos enumerados en el artículo 4 a, párrafo 1, letras c y d, la denegación de la ejecución de una Orden Europea, cuando no se infiera que según el Derecho del Estado emisor existe un derecho de revisión o recurso, en el que los hechos –incluidos nuevos medios de prueba- puedan ser revisados nuevamente y la resolución pueda ser revocada.
2. El artículo 4 a, párrafo 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI admite su compatibilidad con las exigencias que resultan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso imparcial, conforme al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, y del derecho de defensa de su artículo 48, párrafo 2.

(15) Se renuncia a la contestación de la tercera cuestión planteada.

Viena, a 22 de Noviembre de 2011

Por la República de Austria:

Dr. Christine PESENDORFER

ANEXO XXV

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. YVES BOT

presentadas el 2 de octubre de 2012 (1)

Asunto C-399/11

Procedimiento penal

contra

Stefano Melloni

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional)

«Cooperación policial y judicial en materia penal – Orden de detención europea – Procedimientos de entrega entre Estados miembros – Resoluciones dictadas al término de un juicio en el que el interesado no ha comparecido – Ejecución de una pena impuesta en rebeldía – Posibilidad de revisión de la sentencia – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 53»

1. La presente remisión prejudicial pide al Tribunal de Justicia que interprete y en su caso aprecie la validez del artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, (2) según su modificación por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, (3) destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. También insta al Tribunal de Justicia a precisar por primera vez el alcance del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

2. El presente asunto constituye una buena ilustración de la forma en la que debe entenderse la coexistencia de los diferentes instrumentos de protección de los derechos fundamentales. Tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía debe someterse siempre a la condición de que la persona condenada tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión. Pues bien, el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco prevé en particular que,

cuando esa persona tuvo conocimiento de la celebración prevista del juicio y dio mandato a un letrado para que le representara y le defendiera en el juicio, la entrega no puede someterse a una condición de esa clase.

3. Con las tres cuestiones que ha decidido plantear al Tribunal de Justicia, el Tribunal Constitucional insta a éste a valorar las diferentes vías que le permitirían mantener su jurisprudencia, incluso en el contexto de la aplicación de la Decisión marco. Por tanto, deberán considerarse varias posibilidades.

4. De esa manera, la aplicación general de la condición según la cual la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía requiere que la persona condenada tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión, ¿puede deducirse de una interpretación del texto, del sistema y de los objetivos del artículo 4 *bis* de la Decisión marco?

5. Si no es así, ¿es compatible ese artículo con los artículos 47, párrafo segundo, y 48, apartado 2, de la Carta, que respectivamente garantizan al acusado el derecho a un proceso equitativo y el respeto del derecho de defensa? Además, el Derecho de la Unión ¿debe conceder a esos derechos fundamentales una protección más amplia que el nivel de protección garantizado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»)?

6. En el supuesto de que el examen de las dos primeras cuestiones revelara que el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco, puesto en relación con los artículos 47, párrafo segundo, y 48, apartado 2, de la Carta, se opone a que el Tribunal Constitucional mantenga su jurisprudencia acerca de la orden de detención europea, ¿le ofrece esa posibilidad el artículo 53 de la Carta?

I. Marco jurídico

A. *El Derecho primario de la Unión*

7. El artículo 47, párrafo segundo, de la Carta establece:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un Juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.»

8. A tenor del artículo 48, apartado 2, de la Carta:

«Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.»

9. Según el artículo 52, apartado 3, de la Carta:

«En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el [CEDH], su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.»

10. El artículo 53 de la Carta establece lo siguiente:

«Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el [CEDH], así como por las constituciones de los Estados miembros.»

B. *El Derecho derivado de la Unión*

11. El artículo 1 de la Decisión marco establece:

«[...]

2. Los Estados miembros ejecutarán toda orden de detención europea, sobre la base del principio del reconocimiento mutuo y de acuerdo con las disposiciones de la presente Decisión marco.

3. La presente Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.»

12. Con arreglo al artículo 5 de la Decisión marco 2002/584:

«La ejecución de la orden de detención europea por parte de la autoridad judicial de ejecución podrá supeditarse, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución, a una de las condiciones siguientes:

1) cuando la orden de detención europea se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía, y si la persona afectada no ha sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía, la entrega estará sujeta a la condición de que la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista;

[...]»

13. A tenor del artículo 2, punto 2, de la Decisión marco 2009/299:

«En el artículo 5 [de la Decisión marco 2002/584], se suprime el apartado 1.»

14. En sustitución de la disposición suprimida, el artículo 2, punto 1, de la Decisión marco 2009/299 inserta un artículo 4 *bis* en la Decisión marco 2002/584.

15. Como manifiesta el artículo 1, apartado 1, de la Decisión marco 2009/299, los objetivos de ésta son «reforzar los derechos procesales de las personas imputadas en un

proceso penal, facilitar la cooperación judicial en materia penal y, en particular, mejorar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre Estados miembros».

16. El artículo 1, apartado 2, de la Decisión marco 2009/299 establece además que «la presente Decisión marco no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado, incluido el derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal, y cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respecto permanecerán inmutables».

17. El artículo 4 *bis* de la Decisión marco está así redactado:

«1. La autoridad judicial de ejecución también podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, a menos que en la orden de detención europea conste, con arreglo a otros requisitos procesales definidos en la legislación nacional del Estado miembro de emisión, que el imputado:

a) con suficiente antelación,

i) bien fue citado en persona e informado así de la fecha y el lugar previstos para el juicio del que se deriva esa resolución, o bien recibió efectivamente por otros medios, de tal forma que pueda establecerse sin lugar a dudas que tenía conocimiento de la celebración prevista del juicio, información oficial de la fecha y lugar previstos para el mismo;

y

ii) fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia;

o

b) teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio;

o

c) tras serle notificada la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso –en el que tendría derecho a comparecer y volverían a examinarse los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios–, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial:

i) declaró expresamente que no impugnaba la resolución;

o

ii) no solicitó un nuevo juicio ni interpuso un recurso dentro del plazo establecido;

o

d) no se le notificó personalmente la resolución, pero:

i) se le notificará sin demora tras la entrega y será informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso en el que tendría derecho a comparecer y volverían a examinarse los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial;

y

ii) será informado del plazo en el que deberá solicitar el nuevo juicio o interponer el recurso, tal como conste en la correspondiente orden de detención europea.

[...]»

II. Proceso principal y cuestiones prejudiciales

18. Mediante un auto de 1 de octubre de 1996 la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró procedente la extradición a Italia del Sr. Melloni (en lo sucesivo, «recurrente»), para que fuera juzgado por los hechos que se recogían en las órdenes de detención n^{os} 554/1993 y 444/1993 emitidas, respectivamente, el 13 de mayo y el 15 de junio de 1993 por el Tribunale di Ferrara (Italia). Tras ser acordada su libertad bajo fianza de 5.000.000 de pesetas, que prestó al día siguiente, el recurrente se dio a la fuga, de modo que no pudo ser entregado a las autoridades italianas.

19. Mediante resolución de 27 de marzo de 1997, el Tribunale di Ferrara declaró el estado de rebeldía del recurrente y acordó que las notificaciones fueran efectuadas en lo sucesivo a los abogados de su confianza que aquél ya había designado. Por sentencia del Tribunale di Ferrara de 21 de junio de 2000, posteriormente confirmada por sentencia de la Corte d'Appello di Bologna de 14 de marzo de 2003, el recurrente fue condenado en rebeldía como autor de un delito de quiebra fraudulenta a la pena de diez años de prisión. Mediante sentencia de 7 de junio de 2004, la Sección Quinta de lo Penal de la Corte Suprema di Cassazione desestimó el recurso presentado por los abogados del recurrente. El 8 de junio de 2004 la Fiscalía General de la República ante la Corte d'Appello di Bologna expidió la orden de detención europea n^o 271/2004 para la ejecución de la condena dictada por el Tribunale di Ferrara.

20. A raíz de la detención del recurrente por la policía española, el Juzgado Central de Instrucción n^o 6, por auto de 2 de agosto de 2008, acordó elevar la orden de detención europea n^o 271/2004 a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

21. El recurrente se opuso a su entrega a las autoridades italianas aduciendo, en primer lugar, que en la fase de apelación había designado otro abogado, revocando el nombramiento de los dos anteriores, a pesar de lo cual se les continuó dirigiendo a ellos las notificaciones. En segundo lugar, alegó que la ley procesal italiana no establece la posibilidad de recurrir las condenas dictadas en ausencia, por lo que la orden de

detención europea debería, en su caso, condicionarse a que la República Italiana garantizase la posibilidad de interponer un recurso contra la sentencia.

22. Por auto de 12 de septiembre de 2008, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó la entrega del demandante a las autoridades italianas para la ejecución de la condena que le fue impuesta por el Tribunale di Ferrara como autor de un delito de quiebra fraudulenta, por no considerar acreditado que los abogados que el demandante había designado hubieran dejado de representarle a partir de 2001, y estimando que su derecho de defensa se había respetado, puesto que era conocedor de la futura celebración del juicio, se había situado voluntariamente en rebeldía y había designado a dos abogados de su confianza para su representación y defensa, los cuales intervinieron, en esa calidad, en primera instancia, en apelación y en casación, agotando así las vías de recurso.

23. El recurrente interpuso ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo (4) contra el auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008. En apoyo de su recurso alega la vulneración de las exigencias absolutas dimanantes del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la Constitución Española. Aduce que se ha vulnerado el contenido esencial del derecho a un proceso justo de una manera que afecta a la dignidad humana, al acceder a la entrega a un país que, en caso de delito muy grave, da validez a la condena en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarla para salvaguardar su derecho de defensa. El recurrente afirma también que su recurso tiene especial trascendencia constitucional porque, según mantiene, el auto de 12 de septiembre de 2008 se ha separado de la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional conforme a la cual, en el caso de las condenas por delitos graves impuestas en ausencia del acusado, la entrega de la persona condenada ha de condicionarse a la posibilidad de revisión de la sentencia. (5)

24. Por providencia de 18 de septiembre de 2008, la Sección Primera del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite el recurso de amparo y suspender la ejecución del auto de 12 de septiembre de 2008. Por providencia de 1 de marzo de 2011, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó, a propuesta de la Sala Primera, recabar para sí el conocimiento de dicho recurso de amparo.

25. El Tribunal remitente expone que, en su sentencia 91/2000, antes citada, reconoció que el contenido vinculante de los derechos fundamentales es más reducido cuando se proyectan *ad extra*, es decir en un contexto transnacional, puesto que tan sólo sus exigencias más básicas o elementales pueden anudarse al artículo 24 de la Constitución, determinando, en su caso, la inconstitucionalidad «indirecta». Ahora bien, constituye una vulneración «indirecta» de las exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías, al menoscabar el contenido esencial de dicho proceso de un modo que afecta a la dignidad humana, la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa.

26. El Tribunal remitente recuerda además que esta doctrina también es aplicable en el marco del sistema de entrega instaurado por la Decisión marco 2002/584, por dos razones, a saber, porque la condición a la que se somete la entrega de una persona

condenada es inherente al contenido esencial del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, y porque, por otro lado, el artículo 5 de la Decisión marco 2002/584 contemplaba la posibilidad de que la ejecución de una orden de detención europea dictada para ejecutar una condena impuesta en rebeldía fuera supeditada, «con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución», entre otras, a la condición de que «la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista» (sentencia del Tribunal Constitucional 177/2006, antes citada).

27. El Tribunal remitente recuerda finalmente que, en su sentencia 199/2009, de 28 de septiembre, estimó el recurso de amparo frente a un auto por el que la Audiencia Nacional había accedido a la entrega del recurrente a Rumania, en ejecución de una orden de detención europea, para el cumplimiento de una condena de cuatro años de prisión impuesta en un juicio celebrado en ausencia de aquél, sin incluir la exigencia de que la condena en cuestión pudiera ser revisada. A ese efecto, el Tribunal Constitucional rechazó la argumentación de la Audiencia Nacional conforme a la cual no se habría producido verdaderamente una condena en ausencia, toda vez que el recurrente había concedido apoderamiento a un abogado que había comparecido en el juicio como su defensor particular.

28. Según el Tribunal Constitucional, la dificultad se origina porque la Decisión marco 2009/299 suprimió el artículo 5, punto 1, de la Decisión marco 2002/584 e introdujo un nuevo artículo 4 *bis*. Pues bien, el artículo 4 *bis* impide «denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución», en el caso de que el interesado, «teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio». El Tribunal remitente señala que, en el asunto que ha dado lugar al procedimiento de control de la constitucionalidad del que conoce, consta que el recurrente había dado mandato a dos letrados de su confianza a los que el Tribunale di Ferrara notificó la futura celebración del juicio, por lo que tenía conocimiento de la misma, y consta también que el recurrente fue efectivamente defendido por esos dos letrados en el juicio que se siguió en primera instancia, así como en los posteriores recursos de apelación y de casación.

29. A juicio del Tribunal remitente, se suscita por tanto la cuestión de si la Decisión marco impide que los tribunales españoles subordinen la entrega del recurrente a la posibilidad de que se revise la condena que le afecta.

30. Por lo demás, el Tribunal Constitucional rechaza la alegación del Ministerio Fiscal según la cual no es necesaria una remisión prejudicial porque la Decisión marco 2009/299 es inaplicable *ratione temporis* al asunto principal. Según dicho Tribunal, lo que se dirime en éste no es si el auto de 12 de septiembre de 2008 infringió la Decisión marco 2009/299, sino si vulneró indirectamente el derecho a un proceso con todas las garantías protegido por el artículo 24, apartado 2, de la Constitución. Ahora bien, la Decisión marco 2009/299 debería tenerse en cuenta para delimitar el contenido de dicho derecho que despliega eficacia *ad extra*, ya que constituye el Derecho de la Unión

aplicable en el momento en que se efectúa la apreciación de la constitucionalidad. Su consideración también viene impuesta por el principio de interpretación del Derecho nacional conforme a las Decisiones marco. (6)

31. Por esas consideraciones, el 9 de junio de 2011 el Tribunal Constitucional decidió suspender la tramitación del recurso de amparo y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) El artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco [...] ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?

2) En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco [...], con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el artículo 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?

3) En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el artículo 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?»

32. El Ministerio Fiscal, los Gobiernos español, belga, alemán, italiano, neerlandés, austriaco, polaco, portugués y del Reino Unido, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea han presentado observaciones escritas en el presente procedimiento.

33. El recurrente, el Ministerio Fiscal, los Gobiernos español, alemán y neerlandés, el Consejo y la Comisión expusieron sus observaciones orales en la vista celebrada el 3 de julio de 2012.

III. Mi análisis

34. Antes de examinar esas tres cuestiones debo responder a los argumentos aducidos por el Ministerio Fiscal, por los Gobiernos belga, alemán y del Reino Unido y por el Consejo, que alegan la inadmisibilidad de la presente petición de decisión prejudicial.

A. *Sobre la admisibilidad de la presente petición de decisión prejudicial*

35. Se han invocado dos argumentos principales para afirmar la inadmisibilidad de la presente petición de decisión prejudicial.

36. En primer término, la Decisión marco 2009/299 es inaplicable *ratione temporis* al procedimiento de entrega objeto del asunto principal, por lo que el Tribunal de Justicia no es competente para interpretarla y apreciar su validez en el contexto del presente asunto. En efecto, tanto la fecha en que fue emitida la orden de detención europea n° 271/2004 (el 8 de junio de 2004) como la fecha en que la Audiencia Nacional decidió la entrega del recurrente a las autoridades italianas (el 12 de septiembre de 2008) son anteriores a la fecha en que se adoptó la Decisión marco 2009/299.

37. En segundo término, el hecho de que la República Italiana haya hecho uso de la opción, ofrecida por el artículo 8, apartado 3, de la Decisión marco 2009/299, de aplazar hasta el 1 de enero de 2014 la aplicación de ésta al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado emitidas por las autoridades competentes italianas, (7) inclina a calificar como hipotéticas las cuestiones planteadas, ya que la respuesta a éstas carece de utilidad para la resolución del asunto principal.

38. Recuerdo que, según el Tribunal de Justicia, la presunción de pertinencia inherente a las cuestiones planteadas con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales nacionales sólo puede destruirse en casos excepcionales, cuando resulte evidente que la interpretación solicitada de las disposiciones del Derecho de la Unión mencionadas en dichas cuestiones no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando el problema sea de naturaleza hipotética o el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. Salvo en tales supuestos, el Tribunal de Justicia está obligado, en principio, a pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales planteadas. (8)

39. En el presente asunto no concurre ninguno de los supuestos que pueden originar excepcionalmente la inadmisibilidad de una remisión prejudicial.

40. Es preciso ante todo desestimar el argumento fundado en la inaplicabilidad *ratione temporis* de la Decisión marco 2009/299 al procedimiento de entrega objeto del asunto principal.

41. En efecto, del texto del artículo 8, apartado 2, de la Decisión marco 2009/299 resulta que ésta «se aplicará a partir [del 28 de marzo de 2011], al reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado». Esa disposición debe interpretarse en el sentido de que, desde el 28 de marzo de 2011, la autoridad judicial de ejecución debe aplicar las disposiciones pertinentes de la Decisión marco 2009/299 cuando se pronuncia sobre el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, ya sean anteriores o posteriores a esa fecha.

42. Esa solución concuerda con la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia según la que las normas procesales son aplicables a todos los litigios pendientes en el momento en que entran en vigor, a diferencia de las normas sustantivas, que habitualmente se interpretan en el sentido de que no afectan a las situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor. (9)

43. Como quiera que el artículo 4 *bis* de la Decisión marco se limita a precisar las condiciones en las que no se debe denegar el reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin la comparecencia del imputado, hay que considerar que las disposiciones del citado artículo 4 *bis* son reglas procesales. (10)

44. Por tanto, el artículo 4 *bis* de la Decisión marco es aplicable al procedimiento de entrega objeto del asunto principal, que está en curso.

45. Acerca de la declaración por medio de la cual la República Italiana hizo uso de la facultad ofrecida por el artículo 8, apartado 3, de la Decisión marco 2009/299 de aplazar hasta el 1 de enero de 2014 a más tardar la aplicación de ésta al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado por las autoridades competentes italianas, no considero que pueda dar lugar a la inadmisibilidad de la presente remisión prejudicial, porque por sí misma hiciera inútil para la solución del asunto principal una respuesta del Tribunal de Justicia.

46. En efecto, no se discute que el artículo 4 *bis* de la Decisión marco es aplicable, desde el punto de vista sustantivo, a una situación como la que es objeto del asunto principal. Por otro lado, la fecha de 1 de enero de 2014 es un plazo máximo, pues nada impide que la República Italiana opte por una fecha anterior, e incluso que deje sin efecto su declaración.

47. No cabe duda por tanto de que una respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones planteadas por el Tribunal Constitucional será útil, a más tardar el 1 de enero de 2014, para permitir no sólo que Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el recurso de amparo del que conoce sino también que la autoridad judicial de ejecución resuelva sobre el procedimiento de entrega.

48. La especial naturaleza del recurso de amparo del que conoce el Tribunal Constitucional también juega a favor de la admisibilidad de la presente remisión. En efecto, como consecuencia de ese recurso dicho Tribunal debe ejercer un control de constitucionalidad que ha de tener en cuenta necesariamente el Derecho de la Unión, y en particular la Carta, según exige el artículo 10, apartado 2, de la Constitución española. Como puntualiza el Tribunal Constitucional en su auto de remisión, la consideración del Derecho de la Unión es indispensable para determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a un proceso con todas las garantías. (11)

49. El control que debe ejercer el Tribunal Constitucional es comparable al que podría llevar a cabo otro Juez constitucional en el marco de un control *a priori* de la constitucionalidad de una ley de transposición de la Decisión marco 2009/299. Ahora bien, si para realizar ese control un Juez constitucional interrogara al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación o la validez de la Decisión marco, el Tribunal de Justicia probablemente aceptaría responder incluso si el plazo de transposición de dicha Decisión marco aún no hubiera finalizado. (12)

50. Toda vez que, a mi parecer, debe considerarse admisible la presente remisión prejudicial, examinaré sucesivamente las tres cuestiones formuladas por el Tribunal Constitucional.

B. *Sobre la primera cuestión*

51. Con su primera cuestión el Tribunal Constitucional desea saber en sustancia si el artículo 4 *bis*, apartado 1, letras a) y b), de la Decisión marco debe interpretarse en el sentido de que impide que la autoridad judicial de ejecución subordine, en los supuestos previstos por esa disposición, la ejecución de una orden de detención europea a la condición de que la persona a la que ésta afecta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión.

52. El Tribunal Constitucional expone de la siguiente manera las dudas que concibe sobre la respuesta a esa cuestión. En primer lugar, según dicho Tribunal el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco podría interpretarse de forma literal en el sentido de que impide que la autoridad judicial de ejecución deniegue la ejecución de la orden de detención europea, pero no necesariamente, en cambio, que la someta a condiciones, como es la posibilidad de un nuevo juicio. En segundo lugar, aun si hubiera que rechazar esa interpretación literal, el artículo 1, apartado 3, de la Decisión marco podría conducir a esa conclusión.

53. No comparto las dudas manifestadas por el Tribunal Constitucional sobre el significado que se ha de atribuir al artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco. En efecto, el examen del texto, del sistema y del objetivo de esa disposición demuestra que, en los supuestos que prevé, la autoridad judicial de ejecución no puede subordinar de manera general la ejecución de una orden de detención europea a la condición de que la persona a la que ésta afecta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro emisor.

54. Del texto del artículo 4 *bis* de la Decisión marco resulta que éste prevé un motivo facultativo de inejecución de una orden de detención europea emitida para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad si el imputado no compareció en el juicio del que deriva la resolución. Esa facultad está acompañada por cuatro excepciones, que constituyen los supuestos en los que la autoridad judicial de ejecución carece de la facultad de denegar la ejecución de la orden de detención europea de que se trate.

55. Como expone el sexto considerando de la Decisión marco 2009/299, el legislador de la Unión ha querido «[fijar] las condiciones en las que no deberá denegarse el reconocimiento ni la ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Se trata de condiciones alternativas; cuando se cumpla una de ellas, la autoridad emisora, al rellenar la parte correspondiente de la orden de detención europea [...] garantiza que se han cumplido o se cumplirán los requisitos, lo que deberá bastar a efectos de la ejecución de la resolución, conforme al principio de reconocimiento mutuo».

56. Los supuestos previstos en el artículo 4 *bis*, apartado 1, letras a) a d), de la Decisión marco pueden clasificarse en dos categorías.

57. La primera categoría agrupa las letras a) y b) de esa disposición. De ellas resulta que la autoridad judicial de ejecución no puede denegar la ejecución de la orden de detención europea, ya sea cuando el imputado fue citado en persona o informado de otra forma de la fecha y el lugar de su juicio, y fue informado de que podría dictarse una

resolución en caso de incomparecencia, ya sea cuando, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio.

58. Atendiendo a la descripción de los hechos del asunto principal según resulta del auto de remisión, la situación del recurrente corresponde más específicamente al supuesto previsto en el artículo 4 *bis*, apartado 1, letra b), de la Decisión marco. Recuerdo en efecto que el recurrente había conferido mandato a dos abogados de su confianza a los que el Tribunale di Ferrara notificó la futura celebración del juicio, por lo que tuvo conocimiento de ella. También está acreditado que el recurrente fue efectivamente defendido por ambos abogados en el juicio en primera instancia y en los ulteriores recursos de apelación y de casación.

59. A partir de la lectura del artículo 4 *bis*, apartado 1, letras a) y b), de la Decisión marco, es preciso constatar que la redacción de esas dos letras no menciona en absoluto la exigencia de que el interesado tenga derecho en ambos supuestos a un nuevo juicio en el Estado miembro emisor.

60. Un examen del conjunto de las disposiciones del artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco pone de manifiesto que los supuestos previstos en las letras c) y d) de esa disposición, que forman la segunda categoría, son en realidad los únicos en los que el interesado puede tener derecho a un nuevo juicio.

61. La forma en la que el legislador de la Unión ha querido concebir esos supuestos difiere ampliamente de la lógica que sustentaba el artículo 5, punto 1, de la Decisión marco 2002/584. Recuerdo que esta disposición permitía, con ciertos requisitos, que la autoridad judicial de ejecución sometiera la entrega a la condición de que la autoridad judicial de emisión diera garantías, que se considerasen suficientes, para asegurar que la persona objeto de una orden de detención europea tendría la posibilidad de pedir un nuevo proceso en el Estado miembro emisor y de estar presente en la vista. Correspondía a la autoridad judicial de ejecución apreciar si esas garantías eran suficientes.

62. En cambio, el artículo 4 *bis*, apartado 1, letras c) y d), de la Decisión marco suprime el margen de apreciación de la autoridad judicial de ejecución, que debe confiar en la información contenida en la orden de detención europea. Así pues, la autoridad judicial de ejecución está obligada a ejecutar la orden de detención europea cuando ésta indique en sustancia, bien que el imputado, tras serle notificada la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio, ha declarado expresamente que no impugnaba la resolución o no ha solicitado un nuevo juicio dentro del plazo establecido, o bien que no se ha notificado la resolución personalmente al imputado, pero que se le notificará sin demora tras la entrega y será informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio y del plazo en el que deberá solicitarlo.

63. La estructura del artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco revela así pues que las letras c) y d) de esa disposición son las únicas que regulan el supuesto en el que el interesado puede tener derecho a un nuevo juicio, y que, a la inversa, las letras a) y b) de esa misma disposición enumeran los supuestos en los que el interesado no puede invocar ese derecho. Conviene observar sobre esas dos últimas letras a) y b) que el

criterio del legislador de la Unión es más preciso, pero no difiere en sustancia del que había enunciado en el artículo 5, punto 1, de la Decisión marco 2002/584. En efecto, la lectura *a contrario* de esa disposición muestra que ésta ya excluía la posibilidad de condicionar la entrega a un nuevo proceso cuando la persona afectada había sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía.

64. En las letras a) y b) del artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco, el legislador de la Unión ha confirmado en sustancia que, si el imputado tuvo conocimiento de la celebración prevista del juicio y fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia, o bien, habiendo tenido conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado para que le defendiera en éste, debe considerarse que esa persona renunció a comparecer en su juicio, por lo que no puede invocar un derecho a un nuevo juicio.

65. Permitir de manera general que la autoridad judicial de ejecución sometiera en esos casos la entrega del interesado a la posibilidad de un nuevo juicio equivaldría a añadir un motivo que podría llevar a denegar la ejecución de la orden de detención europea. Ello se opondría a la voluntad claramente expresada por el legislador de la Unión de prever de forma exhaustiva, por razones de seguridad jurídica, los supuestos en los que debe considerarse que los derechos procesales de una persona que no ha comparecido personalmente en su juicio no han sido vulnerados, y por tanto debe ejecutarse la orden de detención europea.

66. Los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión al adoptar el artículo 4 *bis* de la Decisión marco confirman que no quiso atribuir a las autoridades judiciales de ejecución la facultad de someter la ejecución de una orden de detención europea a la condición de que la persona a la que ésta afecta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión.

67. Al adoptar la Decisión marco 2009/299 el legislador de la Unión quiso subsanar las deficiencias del régimen previsto en el artículo 5, punto 1, de la Decisión marco 2002/584 y perfeccionarlo, de modo que se lograra un mejor equilibrio entre el objetivo de reforzar los derechos procesales de las personas imputadas en un proceso penal y el de facilitar la cooperación judicial en materia penal, en particular, mejorando el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales entre los Estados miembros. (13)

68. Como expresa el tercer considerando de la Decisión marco 2009/299, el legislador de la Unión partió de la constatación de que la Decisión marco 2002/584, habilitaba, con ciertas condiciones «a la autoridad de ejecución a exigir de la autoridad emisora garantías que se consideren suficientes para asegurar a quien es objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso en el Estado miembro emisor y de hallarse presente en el momento de dictarse la sentencia». El legislador de la Unión observa que, conforme a ese régimen «la cuestión de la suficiencia de tales garantías queda a discreción de la autoridad de ejecución, por lo que es difícil saber con exactitud cuándo puede denegarse la ejecución».

69. Ante esas incertidumbres, que podían reducir la eficacia del mecanismo de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas en rebeldía, el legislador de la Unión consideró necesario «definir motivos comunes claros de denegación del

reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado». (14) La Decisión marco 2009/299 pretende por tanto «definir estos motivos comunes, habilitando a la autoridad de ejecución para hacer cumplir la resolución pese a la incomparecencia del imputado en el juicio, sin menoscabo del derecho de defensa del imputado». (15)

70. Todas esas indicaciones demuestran que, al suprimir la posibilidad de entrega condicionada prevista en el artículo 5, punto 1, de la Decisión marco 2002/584, el legislador de la Unión quiso mejorar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas en rebeldía a la vez que reforzar los derechos procesales de las personas. La solución elegida, consistente en prever de forma exhaustiva los supuestos en los que debe considerarse que la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una resolución dictada en rebeldía no vulnera el derecho de defensa, es incompatible con el mantenimiento de una facultad de la autoridad judicial de ejecución para someter esa ejecución a la condición de que la condena de que se trata pueda ser revisada con objeto de garantizar el derecho de defensa del imputado.

71. En su auto de remisión el Tribunal Constitucional evoca la idea de que los artículos 1, apartado 3, de la Decisión marco 2002/584 y 1, apartado 2, de la Decisión marco 2009/299 permitirían mantener esa facultad.

72. Recuerdo que de esos dos artículos, de contenido idéntico en sustancia, resulta que esas Decisiones Marco no podrán tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 TUE, incluido el derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal. La tesis del Tribunal remitente equivale a considerar que la obligación de respetar los derechos fundamentales podría permitir que las autoridades judiciales de ejecución denegaran la ejecución de la orden de entrega europea, incluso en los supuestos previstos en el artículo 4 *bis*, apartado 1, letras a) a d), de la Decisión marco, cuando la persona afectada no tenga derecho a un nuevo juicio. Esa tesis conduce en realidad a preguntarse sobre la validez de esa disposición en relación con los derechos fundamentales protegidos en el ordenamiento jurídico de la Unión, en el supuesto de que dicha disposición ofreciera una protección insuficiente del derecho a un proceso equitativo y del derecho de defensa, lo que es objeto de la segunda cuestión.

C. *Sobre la segunda cuestión*

73. Con su segunda cuestión el Tribunal Constitucional insta al Tribunal de Justicia a resolver si el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco es compatible con las exigencias derivadas de los artículos 47, párrafo segundo, y 48, apartado 2, de la Carta.

74. Según las explicaciones relativas a esos dos artículos, (16) el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta corresponde al artículo 6, apartado 1, del CEDH, y el artículo 48, apartado 2, de la Carta corresponde al artículo 6, apartado 3, del CEDH. En virtud del artículo 52, apartado 3, de la Carta, en la medida en que ésta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio, disposición ésa que no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa. Examinaré así pues la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las garantías que deben acompañar a las

sentencias dictadas en rebeldía, antes de comprobar si el Derecho de la Unión debería o no conceder una protección más amplia en la materia.

75. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sintetizó los principios generales en materia de sentencias dictadas en rebeldía en su sentencia *Sejdovic c. Italia* de 1 de marzo de 2006, (17) y los ha reafirmado recientemente en sus sentencias *Haralampiev c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2012, e *Idalov c. Rusia*, de 22 de mayo de 2012.

76. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «la facultad del “acusado” de estar presente en la vista deriva del objeto y de la finalidad del conjunto del artículo [6 del CEDH]». (18) Ese Tribunal estima que «si bien un juicio desarrollado en ausencia del inculpado no es en sí incompatible con el artículo 6 del [CEDH], sin embargo no deja de ser cierto que se produce una denegación de justicia cuando una persona condenada *in absentia* no puede lograr posteriormente que un órgano jurisdiccional se pronuncie de nuevo, tras haberle oído, sobre el fundamento de la acusación, en lo que se refiere tanto a los hechos como al Derecho, si no está acreditado que hubiera renunciado a su derecho a comparecer y defenderse [...] o que hubiera tenido la intención de sustraerse a la justicia». (19)

77. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que «la obligación de garantizar al acusado el derecho a estar presente en la vista –bien durante el primer juicio, bien en un nuevo juicio– es uno de los elementos esenciales del artículo 6 [del CEDH] [...]. Por tanto, la denegación de la reapertura de un juicio que se haya desarrollado en rebeldía, en defecto de indicación alguna de que el acusado hubiera renunciado a su derecho a comparecer, ha sido considerada como una “denegación flagrante de justicia”, lo que corresponde al concepto de “proceso manifiestamente contrario a las disposiciones del artículo 6 [del CEDH] o a los principios que se consagran en él”». (20)

78. Además, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta que «ni la letra ni el espíritu del artículo 6 del [CEDH] impiden que una persona renuncie por su libre voluntad a las garantías de un proceso equitativo de forma expresa o tácita [...]. Sin embargo, para que se ajuste al [CEDH], la renuncia al derecho a estar presente en la vista debe estar acreditada de forma inequívoca y rodearse de unas garantías mínimas que correspondan a su gravedad [...]. Además, no debe oponerse a ningún interés público relevante.» (21) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha juzgado que «sólo puede estimarse que un acusado ha renunciado implícitamente, por su conducta, a un derecho relevante derivado del artículo 6 del [CEDH] si se ha demostrado que podía prever razonablemente las consecuencias de su comportamiento en ese sentido». (22)

79. Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aprecia si el proceso nacional del que se trate cumple las exigencias de un proceso equitativo en el sentido del artículo 6 del CEDH, atribuye una gran importancia al hecho de que la ausencia del acusado en su propio juicio no sea sancionada con la privación del derecho a la asistencia de un defensor. (23) En efecto, «aunque no sea absoluto, el derecho de todo acusado a ser efectivamente defendido por un abogado, si es preciso designado de oficio, figura entre los elementos fundamentales del proceso equitativo. Un acusado no pierde ese derecho por el solo motivo de su ausencia en la vista». (24) Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «es [...] de importancia crucial para la equidad del

sistema penal que el acusado sea adecuadamente defendido tanto en primera instancia como en vía de recurso». (25) Por tanto, «aunque el legislador debe poder disuadir las ausencias injustificadas, no puede sancionarlas con la privación del derecho a la asistencia de un defensor», (26) y «corresponde a los órganos jurisdiccionales garantizar el carácter equitativo de un juicio y velar en consecuencia por que un abogado, que, como es evidente, asiste al juicio para defender a su cliente, tenga la oportunidad de hacerlo». (27)

80. A la luz de esos elementos, considero que el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco no sólo respeta las exigencias así enunciadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sino que además las codifica a fin de garantizar su aplicación en caso de ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una resolución dictada al término de un juicio en el que el imputado no ha comparecido.

81. De esa forma, las letras a) y b) de esa disposición establecen las condiciones en las que debe considerarse que el imputado ha renunciado voluntaria e inequívocamente a estar presente en su juicio, por lo que ya no puede invocar el derecho a un nuevo juicio. El artículo 4 *bis*, apartado 1, letra b), de la Decisión marco constituye una prolongación del artículo 4 *bis*, apartado 1, letra a), de ésta, que se refiere al supuesto de que la persona interesada, que tuvo conocimiento de la celebración prevista del juicio, eligió voluntariamente ser representada por un abogado en lugar de comparecer ella misma en el juicio, (28) lo que puede demostrar que esa persona renunció a estar presente en su juicio, al tiempo que garantiza su derecho de defensa. Por último, las letras c) y d) del artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco abarcan los supuestos en los que la persona afectada, al no estar incluida su situación en las letras a) o b) de esa disposición, tiene derecho a un nuevo juicio o a un recurso.

82. Conforme a los objetivos enunciados por el artículo 1, apartado 1, de la Decisión marco 2009/299, el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco permite por tanto reforzar los derechos procesales de las personas imputadas en un proceso penal, adaptando el Derecho de la Unión al grado de protección definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia, a la vez que facilita la cooperación judicial en materia penal, en particular mejorando el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales entre los Estados miembros.

83. Considero que el estándar de protección elegido por el legislador de la Unión es suficiente y apropiado para lograr los objetivos antes mencionados y que el respeto de los artículos 47, párrafo segundo, y 48, apartado 2, de la Carta no exigía que optara por una protección más amplia del derecho a un proceso equitativo y del derecho de defensa, por ejemplo si hubiera establecido el derecho a un nuevo juicio como una exigencia absoluta independiente de la conducta de la persona afectada.

84. Además de que no veo razón para ir más allá de la equilibrada posición adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia no podría apoyarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros para aplicar un nivel de protección más amplio. En efecto, la circunstancia de que la Decisión marco 2009/299 nace de una iniciativa de siete Estados miembros y de que haya sido adoptada por todos los Estados miembros permite presumir con suficiente certeza que la gran mayoría de los Estados miembros no comparte la misma concepción que mantiene el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. (29)

85. A mi juicio, el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco no da lugar a crítica alguna en la apreciación de su validez en relación con los artículos 47, párrafo segundo, y 48, apartado 2, de la Carta.

86. Observo, por otro lado, que, toda vez que el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco regula de manera exhaustiva y de modo satisfactorio desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales la cuestión del derecho a un nuevo juicio en el contexto de la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una resolución dictada al término de un juicio en el que no ha comparecido el imputado, los artículos 1, apartado 3, de la Decisión marco 2002/584 y 1, apartado 2, de la Decisión marco 2009/299 no deben permitir que las autoridades judiciales de ejecución dejen de aplicar el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco para dar preferencia a una concepción más rigurosa del derecho a un proceso equitativo, exigiendo de manera sistemática la posibilidad de un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión, cuando la orden de detención europea indique que el interesado se encuentra en alguno de los supuestos previstos en las letras a) a d) de esa disposición.

87. Es preciso determinar a continuación si el artículo 53 de la Carta ofrece al Tribunal Constitucional la posibilidad de mantener, en el contexto de la aplicación de la Decisión marco, su interpretación del artículo 24, apartado 2, de la Constitución española, según la cual la entrega de una persona condenada en rebeldía debe subordinarse a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro de emisión.

D. *Sobre la tercera cuestión*

88. Mediante su tercera cuestión, el Tribunal remitente pide en sustancia al Tribunal de Justicia que resuelva si el artículo 53 de la Carta permite que una autoridad judicial de ejecución subordine, en aplicación de su Derecho constitucional nacional, la ejecución de una orden de detención europea a la condición de que la persona afectada por ésta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión, siendo así que el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco no autoriza la aplicación de esa condición.

89. De esta forma, la presente cuestión insta al Tribunal de Justicia a precisar el contenido y el alcance jurídicos que deben atribuirse al artículo 53 de la Carta.

90. En su auto de remisión el Tribunal Constitucional expone tres posibles interpretaciones de ese artículo.

91. La primera de ellas consiste en asimilar el artículo 53 de la Carta a una cláusula de estándar mínimo de protección, característica de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como la que contiene el artículo 53 del CEDH. (30) De ser así, la Carta impondría un estándar mínimo, y permitiría que los Estados miembros aplicaran el estándar de protección más elevado que derivara de su Constitución, evitando así una regresión del grado de protección de los derechos fundamentales.

92. En ese supuesto, el artículo 53 de la Carta permitiría que un Estado miembro sometiera la ejecución de una orden de detención europea para ejecutar una sentencia

dictada en rebeldía a condiciones cuyo objeto fuera evitar una interpretación limitativa o lesiva de los derechos fundamentales reconocidos por su Constitución, y ello sin que el grado de protección más alto vigente en ese Estado miembro tuviera que extenderse necesariamente a los otros Estados miembros, si llegara a ser acogido por el Tribunal de Justicia. Ese criterio equivale a considerar que, en el caso de que el Tribunal de Justicia no juzgara necesario que el Derecho de la Unión concediera a un derecho fundamental una protección más amplia que la resultante del estándar establecido por el CEDH, el artículo 53 de la Carta permitiría que un Estado miembro asegurase tal grado superior de protección de ese derecho fundamental en aplicación de su Constitución. (31)

93. La segunda interpretación del artículo 53 de la Carta consiste en considerar que la finalidad de éste es delimitar el ámbito de aplicación respectivo de la Carta y de las Constituciones de los Estados miembros, reiterando, al igual que el artículo 51 de la Carta, que en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión el estándar de protección que se debe aplicar es el derivado de la Carta. En cambio, fuera del campo de aplicación del Derecho de la Unión, la Carta no impediría la aplicación del estándar de protección de los derechos fundamentales previsto por la Constitución de un Estado miembro. Según el Tribunal Constitucional, esa lectura del artículo 53 de la Carta, que se explica por la exigencia de uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión, tendría el inconveniente, por un lado, de privar a ese artículo de contenido jurídico propio, de modo que se convertiría en una disposición redundante respecto al artículo 51 de la Carta y por otro, el de reconocer así que la Carta podría dar lugar en los Estados miembros a una reducción de nivel de protección de los derechos fundamentales derivado de sus normas constitucionales.

94. Esa lectura del artículo 53 de la Carta implicaría que el Tribunal Constitucional debería adaptar su jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 24 de la Constitución española en el contexto de la aplicación del artículo 4 *bis* de la Decisión marco. En cambio, fuera del campo de aplicación de la Decisión marco, el Tribunal Constitucional tendría libertad para aplicar un grado de protección de los derechos fundamentales más elevado.

95. La tercera interpretación del artículo 53 de la Carta propuesta por el Tribunal Constitucional consiste en adoptar una u otra de las dos primeras interpretaciones en función de las características del problema concreto de protección de los derechos fundamentales de que se trate y del contexto en el que se aprecie el grado de protección que debe exigirse. (32)

96. A mi parecer, se ha de rechazar con firmeza la primera interpretación sugerida por el Tribunal Constitucional.

97. En efecto, esa interpretación lesionaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que conduciría a atribuir la prioridad en cada caso específico a la norma jurídica que concediera el grado de protección más alto al derecho fundamental considerado. En algunos casos se reconocería así la preeminencia de las Constituciones nacionales sobre el Derecho de la Unión.

98. Pues bien, es jurisprudencia reiterada que invocar normas de Derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, a fin de limitar el alcance de las disposiciones del

Derecho de la Unión, implicaría lesionar la unidad y la eficacia de dicho Derecho, por lo que no es posible admitirlo. (33)

99. A mi juicio, el artículo 53 de la Carta no debe entenderse como una cláusula cuyo objeto sea regular un conflicto entre una norma de Derecho derivado que, interpretada a la luz de la Carta, estableciera un estándar específico de protección de un derecho fundamental, por un lado, y por otro una norma de una Constitución nacional que previera un grado más alto de protección del mismo derecho fundamental. En tal supuesto, el referido artículo no tiene por objeto ni como efecto atribuir prioridad a la norma más protectora derivada de una Constitución nacional. Admitir lo contrario equivaldría a separarse de la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia sobre la primacía del Derecho de la Unión.

100. Observo sobre ello que del texto del artículo 53 de la Carta no se deduce en absoluto que éste deba comprenderse en el sentido de que establece una excepción al principio de primacía del Derecho de la Unión. Por el contrario, es sostenible que los términos «en su respectivo ámbito de aplicación» fueron elegidos por los redactores de la Carta para no lesionar ese principio. (34) Por otra parte, el referido principio, según se enuncia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, fue confirmado por las declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, firmada el 13 de diciembre de 2007. (35)

101. La primera interpretación expuesta por el Tribunal Constitucional también perjudicaría la aplicación uniforme y eficaz del Derecho de la Unión en los Estados miembros.

102. En el presente asunto esa interpretación tendría en especial el efecto de poner gravemente en cuestión la uniformidad del estándar de protección definido en el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco y podría obstaculizar la ejecución de las órdenes de detención europeas emitidas para ejecutar sentencias dictadas en rebeldía.

103. En efecto, dicha interpretación tendría la consecuencia de dejar a los Estados miembros un margen de apreciación significativo para denegar la entrega en el caso de las sentencias dictadas en rebeldía. Teniendo en cuenta el estándar de protección del derecho a un proceso equitativo en caso de sentencia dictada en rebeldía que deriva de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la propia adopción de la Decisión marco 2009/299, probablemente la mayoría de los Estados miembros no conceden a una persona condenada en rebeldía el derecho a un nuevo juicio si esa persona ha renunciado inequívocamente a comparecer en su juicio. La interpretación sugerida conduciría por tanto a paralizar la ejecución por las autoridades judiciales españolas de las órdenes de detención europeas emitidas para ejecutar las sentencias dictadas en rebeldía, porque los Estados miembros de emisión no pudieran garantizar a las personas afectadas un nuevo juicio. Por otro lado, la creación de un sistema de geometría variable de esa clase incitaría a los delincuentes a refugiarse en los Estados miembros cuyas normas constitucionales ofrecieran mejor protección que los otros, perjudicando así la eficacia de la Decisión marco. (36)

104. Esa primera interpretación del artículo 53 de la Carta también afectaría al principio de seguridad jurídica, dado que una disposición de Derecho derivado, conforme no obstante con los derechos fundamentales protegidos por la Carta, podría dejar de

aplicarse por un Estado miembro a causa de la vulneración de una de sus normas constitucionales.

105. De forma más general, la primera interpretación sugerida por el Tribunal Constitucional se opone a las técnicas tradicionales de valoración del grado de protección de los derechos fundamentales que debe garantizarse en la Unión Europea.

106. En efecto, aun si es cierto que la interpretación de los derechos protegidos por la Carta debe tender a un nivel elevado de protección, como se puede deducir del artículo 52, apartado 3, de la Carta y de las explicaciones relativas al artículo 52, apartado 4, de ésta, hay que precisar no obstante que debe tratarse de un nivel de protección adaptado al Derecho de la Unión, como además puntualizan esas mismas explicaciones.

107. Se trata en este caso de recordar un principio que desde largo tiempo ha guiado la interpretación de los derechos fundamentales en la Unión, a saber, que la salvaguardia de éstos dentro de la Unión debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de ésta. (37) No es irrelevante al respecto que el preámbulo de la Carta mencione los objetivos principales de la Unión, entre los que está la creación de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia.

108. Por tanto, no es posible razonar únicamente en términos de nivel de protección más o menos alto de los derechos fundamentales, sin tener en cuenta los imperativos ligados a la acción de la Unión y la especificidad del Derecho de la Unión.

109. Los derechos fundamentales que se han de proteger y el nivel de protección que se les debe atribuir reflejan las elecciones de una sociedad determinada sobre el justo equilibrio por alcanzar entre los intereses de los individuos y los de la colectividad a la que pertenecen. Esa determinación está estrechamente ligada a valoraciones propias del ordenamiento jurídico de que se trata, en especial en función del contexto social, cultural e histórico de éste, y no es por tanto automáticamente transferible a otros contextos. (38)

110. Interpretar el artículo 53 de la Carta en el sentido de que permite que los Estados miembros apliquen, dentro del campo de aplicación del Derecho de la Unión, su norma constitucional que garantice un nivel de protección más elevado del derecho fundamental de que se trate equivaldría así pues a no tener en cuenta que la determinación del nivel de protección de los derechos fundamentales que se ha de lograr depende estrechamente del contexto en el que se lleva a cabo esa determinación.

111. Así pues, aunque el objetivo es tender a un nivel elevado de protección de los derechos fundamentales, la especificidad del Derecho de la Unión implica que el nivel de protección derivado de una interpretación de una Constitución nacional no es automáticamente transferible al ámbito de la Unión ni oponible en el contexto de la aplicación del Derecho de la Unión.

112. En la valoración del nivel de protección de los derechos fundamentales que debe garantizarse en el ordenamiento jurídico de la Unión es preciso tener en cuenta los intereses específicos que impulsan la acción de la Unión. Ese es el caso en especial de la necesaria uniformidad de la aplicación del Derecho de la Unión y de los imperativos ligados a la construcción de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia. Esos

intereses específicos llevan a graduar el nivel de protección de los derechos fundamentales en función de los diferentes intereses en juego.

113. La Decisión marco 2009/299 demuestra precisamente que el nivel de protección de los derechos fundamentales no debe establecerse *in abstracto*, sino antes bien con adaptación a las exigencias inherentes a la construcción de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia.

114. Existe al respecto un nexo evidente entre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de derechos de las personas en los procesos penales y el reforzamiento de la confianza mutua entre esos Estados.

115. Según el décimo considerando de la Decisión marco, «el mecanismo de la orden de detención europea descansa en un grado de confianza elevado entre los Estados miembros». Además, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de precisar que la Decisión marco pretende facilitar y acelerar la cooperación judicial y de este modo tiene por objeto contribuir a la consecución del objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros. (39)

116. Con esa perspectiva, la definición en el ámbito de la Unión de un estándar común y elevado de protección del derecho de defensa es apta para reforzar la confianza que pone la autoridad judicial de ejecución en la calidad del procedimiento vigente en el Estado miembro de emisión.

117. Como manifiesta con razón el Gobierno español, la Decisión marco 2009/299 trata de resolver el problema nacido de la existencia de diferentes grados de protección en el contexto de la ejecución de una orden de detención europea en caso de condena en rebeldía. Esa Decisión marco forma parte de las medidas cuya finalidad es crear un orden procesal europeo, indispensable para hacer más eficaces los mecanismos de cooperación judicial en la Unión. En efecto, a falta de armonización de las garantías procesales sería difícil que la Unión pudiera avanzar en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo y en la construcción de un verdadero espacio de libertad, de seguridad y de justicia. Por esa razón el artículo 82 TFUE, apartado 2, prevé que, «en la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas», que podrán regular en particular los derechos de las personas durante el procedimiento penal.

118. La Decisión marco 2009/299 se inserta en esa lógica al pretender no sólo garantizar la ejecución de las órdenes de detención europeas en el contexto de las condenas en rebeldía sino también proteger suficientemente los derechos fundamentales de las personas afectadas, como el derecho a un proceso equitativo y el derecho de defensa.

119. Para conciliar esos objetivos el legislador de la Unión ha establecido el grado de protección de los derechos fundamentales en cuestión de un modo que no afecte a la eficacia del mecanismo de la orden de detención europea.

120. Comparto sobre ello la opinión del Gobierno español, que alega que, si bien es necesario asegurar la ejecución de las resoluciones jurisdiccionales pronunciadas en los Estados miembros, y ello con pleno respeto de los derechos fundamentales de los imputados en un procedimiento penal, es preciso no obstante que las garantías procesales de las que éstos se benefician no se utilicen con el único fin de eludir la acción de la justicia. Se trata ciertamente de respetar los derechos fundamentales, pero al mismo tiempo de lograr que en el contexto de la dimensión transfronteriza propia del espacio de libertad, de seguridad y de justicia las garantías procesales no se utilicen para obstaculizar la ejecución de las resoluciones judiciales.

121. El artículo 4 *bis* de la Decisión marco responde precisamente a ese propósito de conseguir una mejor ejecución de las órdenes de detención europeas emitidas para ejecutar sentencias dictadas en rebeldía, a la vez que refuerza de manera adaptada a ese objetivo los derechos procesales de las personas afectadas.

122. Una interpretación del artículo 53 de la Carta que permitiera que una autoridad judicial de ejecución, en aplicación de una norma constitucional nacional, someta de forma general la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía a la condición de que la persona condenada por ésta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión rompería el equilibrio así alcanzado por el artículo 4 *bis* de la Decisión marco y, por ello, no es aceptable.

123. Puntualizo también que el duodécimo considerando de la Decisión marco no puede entenderse como una confirmación de la primera interpretación sugerida por el Tribunal Constitucional. Según dicho considerando esa Decisión marco «no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo». A mi parecer ese considerando debe comprenderse en relación con el artículo 1, apartado 3, de la misma Decisión marco. Pues bien, he expuesto antes que esa disposición queda privada en gran parte de su efecto útil toda vez que, a efectos de la ejecución de una orden de detención europea para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía, el estándar de protección del derecho a un proceso equitativo ha sido objeto de una definición común en la Unión con la adopción del artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco.

124. Más allá de la interpretación del artículo 53 de la Carta, la tercera cuestión planteada por el Tribunal Constitucional lleva en realidad a preguntarse sobre el margen de actuación de que disponen los Estados miembros para establecer el nivel de protección de los derechos fundamentales que quieren garantizar en el contexto de la aplicación del Derecho de la Unión. Hay que diferenciar al respecto las situaciones en las que existe una definición en el ámbito de la Unión del grado de protección de un derecho fundamental que debe garantizarse en el contexto de la ejecución de una acción de la Unión y aquellas en las que ese nivel de protección no ha sido objeto de una definición común.

125. En el primer supuesto, la fijación de ese nivel de protección está estrechamente ligada, como he expuesto, a los objetivos de la acción de la Unión de que se trata. Es el reflejo del equilibrio entre la necesidad de asegurar la eficacia de la acción de la Unión y la de proteger suficientemente los derechos fundamentales. En este supuesto es evidente que la invocación *a posteriori* por un Estado miembro del mantenimiento de su nivel de protección más alto tendría como consecuencia romper el equilibrio logrado

por el legislador de la Unión y por tanto perjudicar la aplicación del Derecho de la Unión.

126. En el contexto de la Decisión marco, el artículo 4 *bis*, apartado 1, de ésta es la expresión de un acuerdo entre todos los Estados miembros para determinar cuándo una persona condenada en rebeldía debe ser entregada sin que ello lesione su derecho a un proceso equitativo y su derecho de defensa. Ese consenso entre los Estados miembros no deja espacio para la aplicación de estándares de protección nacionales divergentes.

127. En cambio, en el segundo supuesto, los Estados miembros disponen de un margen de actuación más amplio para aplicar, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el nivel de protección de los derechos fundamentales que quieren garantizar en el ordenamiento jurídico nacional, y ello siempre que ese nivel de protección sea conciliable con la debida aplicación del Derecho de la Unión y no lesione otros derechos fundamentales protegidos en virtud del Derecho de la Unión. (40)

128. Hechas esas precisiones, es preciso identificar la función que cumple el artículo 53 de la Carta dentro de ésta.

129. Para ello, conviene, a mi parecer, no subestimar el valor político y simbólico de ese artículo. (41) Por otra parte, creo que este artículo debe entenderse en estrecha relación con los artículos 51 y 52 de la Carta, de los que constituye la prolongación.

130. Según las explicaciones relativas al artículo 53 de la Carta, «el objeto de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional. Se menciona, debido a su importancia, el CEDH».

131. Los redactores de la Carta no podían hacer abstracción de la existencia de una pluralidad de fuentes de protección de los derechos fundamentales que vinculan a los Estados miembros y tenían que prever por tanto la forma en la que la Carta debía coexistir con ellas. Ese es el objetivo principal del título VII de la Carta que contiene las disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de ésta. Con esa perspectiva, el artículo 53 de la Carta completa los principios enunciados en sus artículos 51 y 52, recordando, por un lado, que, en un sistema en el que domina el pluralismo de las fuentes de protección de los derechos fundamentales, la Carta no está destinada a convertirse en el instrumento exclusivo de protección de esos derechos y, por otro lado, que la Carta, por sí misma, no puede tener como efecto la lesión o la limitación del grado de protección derivado de esas diferentes fuentes en sus ámbitos respectivos de aplicación.

132. La Carta no constituye un instrumento aislado y desconectado de las otras fuentes de protección de los derechos fundamentales. Ella misma prevé que la interpretación de sus disposiciones debe realizarse teniendo debidamente en cuenta otras fuentes jurídicas, sean nacionales o internacionales. De esa forma, el artículo 52, apartado 3, de la Carta hace del CEDH un estándar mínimo por debajo del cual no puede descender el Derecho de la Unión, y el artículo 52, apartado 4, de la Carta prevé que, en la medida en que ésta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones

constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones. (42)

133. Para completar esas disposiciones el artículo 53 de la Carta precisa que, en el contexto de la coexistencia de las diferentes fuentes de protección de los derechos fundamentales, la Carta no puede llevar por sí misma a una reducción del nivel de protección de esos derechos en los diferentes ordenamientos jurídicos. Así pues, este artículo trata de confirmar que la Carta sólo impone un nivel de protección de los derechos fundamentales dentro del campo de aplicación del Derecho de la Unión.

134. La Carta no puede tener, por tanto, el efecto de obligar a los Estados miembros a rebajar el grado de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución nacional en los supuestos situados fuera del campo de aplicación del Derecho de la Unión. El artículo 53 de la Carta también expresa la idea de que la adopción de ésta no debe servir como pretexto para que un Estado miembro disminuya la protección de los derechos fundamentales en el campo de aplicación del Derecho nacional.

135. Acerca de ello, los términos «en su respectivo ámbito de aplicación» pretenden en especial dar a los Estados miembros la seguridad de que la Carta no está destinada a reemplazar su Constitución nacional en lo que atañe al nivel de protección que ésta garantice dentro del ámbito de aplicación del Derecho nacional. (43) Al mismo tiempo la inclusión de esos términos significa que el artículo 53 de la Carta no puede perjudicar la primacía del Derecho de la Unión cuando la valoración del nivel de protección de los derechos fundamentales que se ha de alcanzar se realiza en el contexto de la aplicación del Derecho de la Unión.

136. Con apoyo en la interpretación que hago del artículo 53 de la Carta, propongo, por tanto, al Tribunal de Justicia que declare que ese artículo debe interpretarse en el sentido de que no permite que la autoridad judicial de ejecución subordine, en aplicación de su Derecho constitucional nacional, la ejecución de una orden de detención europea a la condición de que la persona afectada por ésta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión, siendo así que el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco no autoriza la aplicación de esa condición.

137. Puntualizo que el criterio que propongo adoptar en el presente asunto al Tribunal de Justicia no conduce a negar la necesidad de tener en cuenta la identidad nacional de los Estados miembros, de la que forma parte con certeza la identidad constitucional. (44)

138. No ignoro que la Unión está obligada por el artículo 4 TUE, apartado 2, a respetar la identidad nacional de los Estados miembros, «inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos». (45) Observo también que el preámbulo de la Carta recuerda que la Unión debe respetar en su acción la identidad nacional de los Estados miembros.

139. Un Estado miembro que considerase que una disposición de Derecho derivado vulnera su identidad nacional podría también oponerse a ella basándose en el artículo 4 TUE, apartado 2. (46)

140. Sin embargo, no es ésa la situación en el presente asunto. Al respecto, los debates que han tenido lugar tanto en el Tribunal Constitucional como ante el Tribunal de Justicia me convencen de que la determinación del alcance del derecho a un proceso equitativo y del derecho de defensa en caso de sentencias dictadas en rebeldía no puede afectar a la identidad nacional del Reino de España.

141. En efecto, además de que la determinación de lo que constituye el «contenido absoluto» del derecho de defensa sigue siendo debatida dentro del mismo Tribunal Constitucional, el propio Reino de España indicó en la vista, fundándose en especial en las excepciones existentes en el Derecho español a la celebración de un nuevo juicio tras una sentencia dictada en rebeldía, que la presencia del acusado en su juicio no forma parte de la identidad constitucional del Reino de España.

142. Por otro lado, a mi parecer, no debe confundirse lo que corresponde a una concepción exigente de la protección de un derecho fundamental con una vulneración de la identidad nacional, o más precisamente de la identidad constitucional de un Estado miembro. En el presente asunto se trata ciertamente de un derecho fundamental protegido por la Constitución española cuya importancia no cabe subestimar pero ello no significa sin embargo que deba pensarse en la aplicación del artículo 4 TUE, apartado 2.

143. Es importante precisar además que la consideración de factores distintivos que caracterizan a los ordenamientos jurídicos nacionales forma parte de los principios que deben guiar la construcción de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia.

144. El artículo 67 TFUE, apartado 1, dispone, en efecto, que «la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros». Por otro lado, el artículo 82 TFUE, apartado 2, prevé que las normas mínimas que pueden ser adoptadas por el Parlamento Europeo y el Consejo, en particular en lo que se refiere a los derechos de las personas durante el procedimiento penal, deberán tener en cuenta «las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros». Observo también que el artículo 82 TFUE, apartado 3, dispone que, «cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en el apartado 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo», en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo, y puede abocar en caso de persistir el desacuerdo a una cooperación reforzada.

145. La adopción por el legislador de la Unión del artículo 4 *bis* de la Decisión marco demuestra que los Estados miembros quisieron establecer un criterio común sobre la ejecución de las órdenes de detención europeas emitidas para ejecutar sentencias dictadas en rebeldía y que ese criterio común era compatible con la diversidad de las tradiciones y de los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

IV. Conclusión

146. Por las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia responder al Tribunal Constitucional de la siguiente forma:

«1) El artículo 4 *bis*, apartado 1, letras a) y b), de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, según su modificación por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que impide que la autoridad judicial de ejecución subordine, en los supuestos previstos por esa disposición, la ejecución de una orden de detención europea a la condición de que la persona a la que ésta afecta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión.

2) El artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, según su modificación por la Decisión marco 2009/299, es compatible con los artículos 47, párrafo segundo, y 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

3) El artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no permite que la autoridad judicial de ejecución subordine, en aplicación de su Derecho constitucional nacional, la ejecución de una orden de detención europea a la condición de que la persona afectada por ésta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión, siendo así que el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, según su modificación por la Decisión marco 2009/299, no autoriza la aplicación de esa condición.»

1 – Lengua original: francés.

2 – DO L 190, p. 1.

3 – DO L 81, p. 24; en lo sucesivo, «Decisión marco».

4 – Se trata de un recurso que tiene por objeto garantizar la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Se protegen mediante él en particular los derechos reconocidos en las Secciones I y II del capítulo II del título I de la Constitución española, como el derecho a la igualdad (artículo 14), los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en los artículos 15 a 29 de la Constitución, y el derecho a la objeción de conciencia (artículo 30, apartado 2), frente a las lesiones causadas por los poderes públicos (artículo 53, apartado 2).

5 – El recurrente cita en ese sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 91/2000, de 30 de marzo, y 177/2006, de 5 de junio.

[6](#) – Véase la sentencia de 16 de junio de 2005, Pupino (C-105/03, Rec. p. I-5285), apartado 43.

[7](#) – Véase la declaración sobre el artículo 8, apartado 3, de la Decisión marco 2009/299 (DO 2009, L 97, p. 26).

[8](#) – Véanse en especial la sentencia de 28 de junio de 2007, Dell’Orto (C-467/05, Rec. p. I-5557), apartado 40, y acerca de la apreciación de la validez de una regla jurídica del Derecho de la Unión, la sentencia de 8 de julio de 2010, Afton Chemical (C-343/09, Rec. p. I-7027) apartados 13 y 14.

[9](#) – Véase, en particular, la sentencia de 12 de agosto de 2008, Santesteban Goicoechea (C-296/08 PPU, Rec. p. I-6307), apartado 80 y la jurisprudencia citada.

[10](#) – Véase por analogía la sentencia de 1 de julio de 2004, Tsapalos y Diamantakis (C-361/02 y C-362/02, Rec. p. I-6405), apartado 20. Recogiendo los términos empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el procedimiento de la orden de detención europea «no tiene como objeto el válido fundamento de una acusación penal» y «la entrega del demandante a las autoridades [competentes] [no es] una pena impuesta al interesado por la comisión de un delito sino un procedimiento destinado a permitir la ejecución de una sentencia» [véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sentencia Monedero Angora c. España de 7 de octubre de 2008]. Con otras palabras, el procedimiento de la orden de detención europea no tiene incidencia en la responsabilidad penal individual sino que pretende facilitar la ejecución de una resolución dictada en contra de la persona condenada.

[11](#) – Véase sobre ello Guillén López, E.: «The impact of the European Convention of Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union on Spanish Constitutional law: make a virtue of necessity», *Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts*, Intersentia, 2011, p. 309, que puntualiza, en especial, que, «with the authorisation for the ratification of the Lisbon Treaty, organic law 1/2008 [...] states in Article 2 that: “Under the provisions of paragraph 2 of Article 10 of the Spanish constitution and paragraph 8 of Article 1 of the Treaty of Lisbon, the rules relating to fundamental rights and freedoms recognized by the constitution shall be interpreted in accordance with the provisions of the Charter of Fundamental Rights”» (p. 334).

[12](#) – Véase por analogía, respecto a una demanda para control de legalidad presentada ante la High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Administrative Court) (Reino Unido), que impugnaba la transposición de una Directiva, aun cuando en la fecha de presentación de la demanda el plazo previsto para la transposición de esa Directiva aún no había finalizado, ni se había adoptado ninguna medida nacional de transposición, las sentencias de 3 de junio de 2008, Intertanko y otros (C-308/06, Rec. p. I-4057), apartados 33 a 35, y Afton Chemical, antes citada (apartados 15 a 17).

[13](#) – Véase el artículo 1, apartado 1, de la Decisión marco 2009/299.

[14](#) – Véase el cuarto considerando de la Decisión marco 2009/299.

[15](#) – *Ibidem*.

[16](#) – Véanse las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (DO 2007, C 303, p. 17).

[17](#) – *Recueil des arrêts et décisions 2006-II*.

[18](#) – Véase TEDH, sentencias antes citadas Sejdovic c. Italia (§ 81), y Haralampiev c. Bulgaria (§ 30).

[19](#) – Véase TEDH, sentencia Sejdovic c. Italia, antes citada (§ 82).

[20](#) – Véase TEDH, sentencias antes citadas Sejdovic c. Italia (§ 84), y Haralampiev c. Bulgaria (§ 31).

[21](#) – Véase TEDH, sentencias antes citadas Sejdovic c. Italia (§ 86), y Haralampiev c. Bulgaria (§ 32). Véase también TEDH, sentencia Idalov c. Rusia, antes citada (§ 172).

[22](#) – Véase TEDH, sentencia *Idalov c. Rusia*, antes citada (§ 173). Véase también en el mismo sentido TEDH, sentencias antes citadas *Sejdovic c. Italia* (§ 87), y *Haralampiev c. Bulgaria* (§ 33).

[23](#) – Véase en especial TEDH, sentencia *Medenica c. Suiza* de 14 de junio de 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-VI, en la que ese Tribunal señala acerca del interesado, que había sido informado en momento oportuno de las actuaciones seguidas en su contra y de la fecha de su juicio, que, «en la vista su defensa fue ejercida por los dos abogados que había elegido» (§ 56).

[24](#) – Véase en especial TEDH, sentencia *Krombach c. Francia* de 13 de febrero de 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-II, § 89. Véase también TEDH, sentencia *Sejdovic c. Italia*, antes citada (§ 91).

[25](#) – Véase en especial TEDH, sentencia *Sejdovic c. Italia*, antes citada (§ 91).

[26](#) – Véase en especial TEDH, sentencias *Van Geyselhem c. Bélgica* de 21 de enero de 1999, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-I, § 34, y *Krombach c. Francia*, antes citada (§ 89), y en el mismo sentido TEDH, *Sejdovic c. Italia*, antes citada (§ 92).

[27](#) – Véase en especial TEDH, sentencia *Sejdovic c. Italia*, antes citada (§ 93).

[28](#) – Véase el considerando 10 de la Decisión marco 2009/299.

[29](#) – Dicho de otra manera, recogiendo los términos empleados por el Tribunal de Justicia, en el apartado 74 de su sentencia de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Commission* (C-550/07 P, Rec. p. I-8301), los debates que han tenido lugar ante el Tribunal de Justicia con ocasión del presente procedimiento no han revelado «ninguna tendencia preponderante» de los ordenamientos jurídicos de los 27 Estados miembros de la Unión Europea a favor de la interpretación mantenida por el Tribunal Constitucional.

[30](#)– Con arreglo al artículo 53 del CEDH, «ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos o libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte».

[31](#) – El Tribunal Constitucional se refiere al respecto a las sentencias de 12 de junio de 2003, Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659), apartado 74; de 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers’ Federation y Finnish Seamen’s Union (C-438/05, Rec. p. I-10779), apartado 45, y de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri (C-341/05, Rec. p. I-11767), apartado 93. De los apartados citados de esas sentencias resulta que la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías o la libre prestación de servicios.

[32](#) – El Tribunal Constitucional cita al respecto las sentencias de 14 de octubre de 2004, Omega (C-36/02, Rec. p. I-9609), apartados 37 y 38, y Pupino, antes citada (apartado 60).

[33](#) – Véanse en especial las sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Rec. p. 1125), apartado 3; de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo (C-473/93, Rec. p. I-3207), apartado 38, y de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten (C-409/06, Rec. p. I-8015), apartado 61.

[34](#) – Véase en ese sentido Ladenburger, C.: «European Union Institutional Report», *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, Tartu University Press, rapports du XXVe congrès de la FIDE, Tallinn, 2012, vol. 1, p. 141, especialmente p. 175 y nota a pie de página 124.

[35](#)– Véase la declaración 17 relativa a la primacía.

[36](#) – Véase Tinsley, A.: «Note on the reference in case C-399/11 Melloni», *New Journal of European Criminal Law*, vol. 3, ed. 1, 2012, p. 19, más especialmente p. 28. El autor se refiere al artículo de Luis Arroyo Jiménez, titulado «Sobre la primera cuestión

prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional – Bases, contenido y consecuencias», *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, octubre de 2011.

[37](#) – Sentencia Internationale Handelsgesellschaft, antes citada (apartado 4).

[38](#) – Véase Widmann, A.-M.: «Article 53: undermining the impact of the Charter of Fundamental Rights», *Columbia journal of European law*, vol. 8, 2002, nº 2, p. 342, especialmente p. 353, y Van De Heyning, C.: «No place like home – Discretionary space for the domestic protection of fundamental rights», *Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts*, *op. cit.*, p. 65, especialmente p. 81.

[39](#) – Véase, en particular, la sentencia de 28 de junio de 2012, West (C-192/12 PPU), apartado 53 y la jurisprudencia citada.

[40](#) – Como ejemplos de derechos fundamentales que disfrutan en algunos Estados miembros de una protección más elevada que el nivel de protección derivado del CEDH y del Derecho de la Unión, véase Besselink, L.F.M.: «General Report», *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, *op. cit.*, p. 63, especialmente p. 70. Véase también Ladenburger, C., *op. cit.*, quien considera que, «where Union law leaves several ways of implementation without its effectiveness being undermined, then it is hard to see why the national authority should not be authorised to select only such modes of implementation that respect its own constitution» (p. 173).

[41](#) – Véase Bering Liisberg, J.: «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? – Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?», *Jean Monnet Working Paper* nº 4/01, pp. 18 y 50.

[42](#) – El mensaje expresado por el artículo 52, apartado 4, de la Carta se resume así por Ladenburger, C., *op. cit.*, p. 179:

«The step of incorporating a written catalogue into primary law should not lead to construing Union fundamental rights in complete abstraction from the Member States' constitutional traditions and laws.»

El artículo 52, apartado 6, de la Carta, que dispone que «se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta», comparte la misma lógica.

[43](#) – Véase Bering Liisberg, J., *op. cit.*, p. 16 y 35. Dentro de los Estados miembros los tribunales nacionales están en condiciones de distinguir qué estándar de protección debe ser aplicado en función de los supuestos de los que conocen y del Derecho aplicable. Véase al respecto Besselink, L.F.M., *op. cit.*, quien observa que «in federal states courts are acquainted with the distinction between areas of competence and the differentiated standards which accompany each. At the same time there is little doubt that the various “layers” overlap» (p. 77).

[44](#) – Véase al respecto en especial Simon, D.: «L’identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l’Union européenne», *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Éditions A. Pedone, Paris, 2011, p. 27; Constantinesco, V.: «La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales, convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?», *L’Union européenne: Union de droit, Union des droits – Mélanges en l’honneur de Philippe Manin*, Éditions A. Pedone, Paris, 2010, p. 79, y en esa misma obra Mouton, J.-D.: «Réflexions sur la prise en considération de l’identité constitutionnelle des États membres de l’Union européenne», p. 145.

[45](#) – El Tribunal de Justicia se refirió a esa disposición en sus sentencias de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein (C-208/09, Rec. p. I-13693), apartado 92; de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn y Wardyn (C-391/09, Rec. p. I-3787), apartado 86, y de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo (C-51/08, Rec. p. I-4231), apartado 124. Véanse también el punto 59 de las conclusiones del Abogado General Jääskinen en el asunto Las (C-202/11, pendiente ante el Tribunal de Justicia), y los puntos 60 y siguientes de la petición de decisión prejudicial en el asunto JS (C-253/12, pendiente ante el Tribunal de Justicia).

[46](#) – Véase Besselink, L.F.M., *op. cit.*, quien indica que «divergent fundamental rights standards may not be resolved explicitly via provisions like Article 53 of the Charter and of the ECHR, but by reference to Article 4(2) EU. Reliance on divergent fundamental rights standards is then made dependent on whether it forms part of the constitutional identity of a Member State.» (p. 136).

ANEXO XXVI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 26 de febrero de 2013 (*)

«Cooperación policial y judicial en materia penal – Orden de detención europea – Procedimientos de entrega entre Estados miembros – Resoluciones dictadas a raíz de un juicio en el que el interesado no ha comparecido – Ejecución de una pena impuesta en rebeldía – Posibilidad de revisión de la sentencia»

En el asunto C-399/11,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, presentada por el Tribunal Constitucional mediante resolución de 9 de junio de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de julio de 2011, en el procedimiento entre

Stefano Melloni

y

Ministerio Fiscal,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, el Sr. K. Lenaerts, Vicepresidente, el Sr. A. Tizzano, la Sra. R. Silva de Lapuerta, los Sres. L. Bay Larsen, T. von Danwitz, A. Rosas y E. Jarašiūnas, Presidentes de Sala, y los Sres. E. Levits, A. Ó Caoimh, J.-C. Bonichot, M. Safjan (Ponente) y C.G. Fernlund, Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot;

Secretaria: Sra. M. Ferreira, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 3 de julio de 2012;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Sr. Melloni, por el Sr. L. Casaubón Carles, abogado;
- en nombre del Ministerio Fiscal, por el Sr. J.M. Caballero Sánchez-Izquierdo;
- en nombre del Gobierno español, por la Sra. S. Centeno Huerta, en calidad de agente;

- en nombre del Gobierno belga, por la Sra. C. Pochet y el Sr. T. Materne, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno alemán, por la Sra. J. Kemper y el Sr. T. Henze, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. G. Palatiello, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por el Sr. J. Langer y la Sra. C. Wissels, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno austriaco, por la Sra. C. Pesendorfer, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. M. Szpunar, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno portugués, por el Sr. L. Inez Fernandes, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. H. Walker, en calidad de agente;
- en nombre del Consejo de la Unión Europea, por las Sras. P. Plaza García y T. Blanchet, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. I. Martínez del Peral y los Sres. H. Krämer y W. Bogensberger, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 2 de octubre de 2012;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación, y en su caso la validez, del artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190, p. 1), en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (DO L 81, p. 24) (en lo sucesivo, «Decisión marco 2002/584»). También pide al Tribunal de Justicia que examine, en su caso, la cuestión de si un Estado miembro puede denegar la ejecución de una orden de detención europea, con fundamento en el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), por un motivo basado en la vulneración de los derechos fundamentales de la persona afectada garantizados por la Constitución nacional.

2 Esa petición se ha presentado en el marco de un litigio entre el Sr. Melloni y el Ministerio Fiscal acerca de la ejecución de una orden de detención europea emitida por

las autoridades italianas para la ejecución de la condena a una pena de prisión impuesta en rebeldía a la referida persona.

Marco jurídico

La Carta

3 El artículo 47, párrafo segundo, de la Carta establece:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un Juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.»

4 A tenor del artículo 48, apartado 2, de la Carta:

«Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.»

5 El artículo 52, apartado 3, de la Carta dispone:

«En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950; en lo sucesivo, «CEDH»], su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.»

6 El artículo 53 de la Carta, titulado «Nivel de protección», establece:

«Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión [Europea] o todos los Estados miembros, y en particular el [CEDH], así como por las constituciones de los Estados miembros.»

Las Decisiones marco 2002/584 y 2009/299

7 El artículo 1, apartados 2 y 3, de la Decisión marco 2002/584 dispone:

«2. Los Estados miembros ejecutarán toda orden de detención europea, sobre la base del principio del reconocimiento mutuo y de acuerdo con las disposiciones de la presente Decisión marco.

3. La presente Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.»

8 El artículo 5 de la citada Decisión marco, en su versión inicial, estaba así redactado:

«La ejecución de la orden de detención europea por parte de la autoridad judicial de ejecución podrá supeditarse, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución, a una de las condiciones siguientes:

1) cuando la orden de detención europea se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía, y si la persona afectada no ha sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía, la entrega estará sujeta a la condición de que la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista;

[...]»

9 La Decisión marco 2009/299 precisa los motivos de denegación de la ejecución de la orden de detención europea cuando el juicio se haya celebrado sin comparecencia del imputado. Sus considerandos 1 a 4 y 10 manifiestan:

«(1) El derecho de una persona acusada de un delito a comparecer en el juicio está incluido en el derecho a un proceso equitativo establecido en el artículo 6 del [CEDH], según lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal ha declarado asimismo que el derecho del acusado de un delito a comparecer en el juicio no es un derecho absoluto y que, en determinadas condiciones, el acusado puede renunciar libremente a él de forma expresa o tácita, pero inequívoca.

(2) Las diversas Decisiones marco que aplican el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales firmes no abordan de manera consecuente el problema de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Esta diversidad de planteamientos podría complicar la labor de los profesionales y dificultar la cooperación judicial.

(3) [...] La Decisión marco 2002/584/JAI [...] habilita a la autoridad de ejecución a exigir de la autoridad emisora garantías que se consideren suficientes para asegurar a quien es objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso en el Estado miembro emisor y de hallarse presente en el momento de dictarse la sentencia. La cuestión de la suficiencia de tales garantías queda a discreción de la autoridad de ejecución, por lo que es difícil saber con exactitud cuándo puede denegarse la ejecución.

(4) Por consiguiente, es preciso definir motivos comunes claros de denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. La presente Decisión marco tiene por objeto definir estos motivos comunes, habilitando a la autoridad de ejecución para hacer cumplir la resolución pese a la incomparecencia del imputado en el juicio, sin menoscabo del derecho de defensa del imputado. La presente Decisión marco no pretende regular los aspectos formales ni los métodos, incluidos los requisitos de procedimiento, utilizados para la consecución de los resultados especificados en ella, elementos que competen al ordenamiento jurídico nacional de los Estados miembros.

[...]

(10) No deberán denegarse el reconocimiento ni la ejecución de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin la comparecencia del imputado cuando este, conociendo la fecha prevista del juicio, haya sido defendido en él por un letrado al que haya dado el correspondiente mandato, garantizando con ello que la asistencia letrada es real y efectiva. En este sentido será indiferente que el letrado haya sido escogido, nombrado y pagado por el imputado o haya sido designado y pagado por el Estado, dándose por supuesto que el imputado deberá haber optado deliberadamente por que lo represente un letrado en lugar de comparecer personalmente en el juicio. [...]

10 A tenor del artículo 1, apartados 1 y 2, de la Decisión marco 2009/299:

«1. Los objetivos de la presente Decisión marco son reforzar los derechos procesales de las personas imputadas en un proceso penal, facilitar la cooperación judicial en materia penal y, en particular, mejorar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre Estados miembros.

2. La presente Decisión marco no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado [UE, en su versión anterior al Tratado de Lisboa], incluido el derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal, y cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respecto permanecerán inmutables.»

11 En su artículo 2, la Decisión marco 2009/299 suprimió el artículo 5, punto 1, de la Decisión marco 2002/584 e introdujo en ésta un nuevo artículo 4 *bis*, relativo a las resoluciones dictadas a raíz de un juicio celebrado sin la comparecencia del imputado, cuya redacción es la siguiente:

«1. La autoridad judicial de ejecución también podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, a menos que en la orden de detención europea conste, con arreglo a otros requisitos procesales definidos en la legislación nacional del Estado miembro de emisión, que el imputado:

a) con suficiente antelación:

i) o bien fue citado en persona e informado así de la fecha y el lugar previstos para el juicio del que se deriva esa resolución, o bien recibió efectivamente por otros medios, de tal forma que pueda establecerse sin lugar a dudas que tenía conocimiento de la celebración prevista del juicio, información oficial de la fecha y lugar previstos para el mismo,

y

ii) fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia,

o

b) teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio,

o

c) tras serle notificada la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso –en el que tendría derecho a comparecer y volverían a examinarse los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios–, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial:

i) declaró expresamente que no impugnaba la resolución,

o

ii) no solicitó un nuevo juicio ni interpuso un recurso dentro del plazo establecido;

o

d) no se le notificó personalmente la resolución, pero:

i) se le notificará sin demora tras la entrega y será informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso en el que tendría derecho a comparecer y volverían a examinarse los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial,

y

ii) será informado del plazo en el que deberá solicitar el nuevo juicio o interponer el recurso, tal como conste en la correspondiente orden de detención europea.

[...]»

12 A tenor del artículo 8, apartados 1 a 3, de la Decisión marco 2009/299:

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco a más tardar el 28 de marzo de 2011.

2. La presente Decisión marco se aplicará a partir de la fecha mencionada en el apartado 1 al reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

3. Si un Estado miembro ha declarado en el momento de la adopción de la presente Decisión marco tener razones válidas para suponer que no podrá cumplir las disposiciones de la presente Decisión marco en la fecha mencionada en el apartado 1, esta se aplicará a partir del 1 de enero de 2014 a más tardar al reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado emitidas por las autoridades competentes de dicho Estado miembro. [...]»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

13 Mediante un auto de 1 de octubre de 1996 la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró procedente la extradición a Italia del Sr. Melloni, para que fuera juzgado por los hechos que se recogían en las órdenes de detención n^{os} 554/1993 y 444/1993, emitidas, respectivamente, el 13 de mayo y el 15 de junio de 1993 por el Tribunale di Ferrara (Italia). Tras ser acordada su libertad bajo fianza de 5.000.000 ESP, que prestó el 30 de abril de 1996, el Sr. Melloni se dio a la fuga, de modo que no pudo ser entregado a las autoridades italianas.

14 Mediante resolución de 27 de marzo de 1997 el Tribunale di Ferrara declaró el estado de rebeldía del Sr. Melloni y acordó que las notificaciones fueran efectuadas en lo sucesivo a los abogados de su confianza que aquél había designado. Por sentencia del Tribunale di Ferrara de 21 de junio de 2000, posteriormente confirmada por sentencia de la Corte d'appello di Bologna (Italia) de 14 de marzo de 2003, el Sr. Melloni fue condenado en rebeldía como autor de un delito de quiebra fraudulenta a la pena de diez años de prisión. Mediante sentencia de 7 de junio de 2004 la Sección Quinta de lo Penal de la Corte suprema di cassazione (Italia) desestimó el recurso presentado por los abogados del Sr. Melloni. El 8 de junio de 2004 la Fiscalía General de la República ante la Corte d'appello di Bologna expidió la orden de detención europea n^o 271/2004 para la ejecución de la condena dictada por el Tribunale di Ferrara.

15 A raíz de la detención del Sr. Melloni por la policía española el 1 de agosto de 2008, el Juzgado Central de Instrucción n^o 6, por auto de 2 de agosto de 2008, acordó elevar la referida orden de detención europea a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

16 El Sr. Melloni se opuso a su entrega a las autoridades italianas aduciendo, en primer lugar, que en la fase de apelación había designado otro abogado, distinto de los dos abogados que le habían representado, y había revocado el nombramiento de éstos, a pesar de lo cual esas autoridades continuaron dirigiendo las notificaciones a esos dos abogados. En segundo lugar, alegó que la ley procesal italiana no establece la posibilidad de recurrir las condenas dictadas en rebeldía, por lo que la orden de detención europea debería, en su caso, condicionarse a que la República Italiana garantizase la posibilidad de interponer un recurso contra la sentencia que le condenó.

17 Por auto de 12 de septiembre de 2008 la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó la entrega del Sr. Melloni a las autoridades italianas para la ejecución de la condena que le fue impuesta por el Tribunale di Ferrara como autor de un delito de quiebra fraudulenta, por no considerar acreditado que los abogados que el Sr. Melloni había designado hubieran dejado de representarle a partir de 2001, por un lado, y, por otro, estimando que su derecho de defensa se había respetado, puesto que era conocedor de la futura celebración del juicio, se había situado voluntariamente en rebeldía y había designado a dos abogados para su representación y defensa, los cuales intervinieron, en esa calidad, en primera instancia, en apelación y en casación, agotando así las vías de recurso.

18 El Sr. Melloni interpuso ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo contra el referido auto. En apoyo de su recurso alega la vulneración indirecta de las exigencias absolutas dimanantes del derecho a un proceso con todas las garantías

reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la Constitución Española. Aduce que se ha vulnerado el contenido esencial del derecho a un proceso justo de una manera que afecta a la dignidad humana, al acceder a la entrega a un Estado que, en caso de delito muy grave, da validez a la condena en rebeldía, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnar dicha condena para salvaguardar su derecho de defensa.

19 Por providencia de 18 de septiembre de 2008 la Sección Primera del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite el recurso de amparo y suspender la ejecución del auto de 12 de septiembre de 2008, y por providencia de 1 de marzo de 2011 el Pleno del Tribunal Constitucional acordó recabar para sí el conocimiento de dicho recurso de amparo.

20 El tribunal remitente expone que, en su sentencia 91/2000, de 30 de marzo, reconoció que el contenido vinculante de los derechos fundamentales es más reducido cuando se proyectan *ad extra*, de manera que sólo sus exigencias más básicas o elementales pueden anudarse al artículo 24 de la Constitución y dar lugar a la puesta de manifiesto de una inconstitucionalidad indirecta. Ahora bien, según ese tribunal, constituye una vulneración «indirecta» de las exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías, al menoscabar el contenido esencial de dicho proceso de un modo que afecta a la dignidad humana, la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la extradición a Estados que, en caso de delito muy grave, den validez a las condenas en rebeldía sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnar esas condenas para salvaguardar sus derechos de defensa.

21 El tribunal remitente recuerda que esta jurisprudencia nacional también es aplicable en el marco del sistema de entrega instaurado por la Decisión marco 2002/584, por dos razones. La primera de ellas es que el requisito al que se subordina la entrega de una persona condenada es inherente al contenido esencial del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías. La segunda se basa en que el artículo 5, punto 1, de esa Decisión marco, en la redacción vigente en aquel momento, contemplaba la posibilidad de que la ejecución de una orden de detención europea dictada para ejecutar una condena impuesta en rebeldía fuera supeditada, «con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución», en particular, al requisito de que «la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista» (sentencia del Tribunal Constitucional 177/2006, de 5 de junio).

22 El tribunal remitente recuerda finalmente que, en su sentencia 199/2009, de 28 de septiembre, estimó el recurso de amparo frente a un auto que accedió a la entrega del recurrente a Rumania, en ejecución de una orden de detención europea, para el cumplimiento de una condena de cuatro años de prisión impuesta en un juicio celebrado en ausencia de aquél, sin incluir la exigencia de que la condena en cuestión pudiera ser revisada. A ese efecto, la referida sentencia rechazó la argumentación de la Audiencia Nacional conforme a la cual no se habría producido verdaderamente una condena en ausencia, toda vez que el demandante había concedido apoderamiento a un abogado que había comparecido en el juicio como su defensor particular.

23 Según el Tribunal Constitucional, la dificultad se origina porque la Decisión marco 2009/299 suprimió el artículo 5, punto 1, de la Decisión marco 2002/584 e

introdujo en ésta un nuevo artículo 4 *bis*. Pues bien, el artículo 4 *bis* impide «denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución», si el interesado, «teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio». El tribunal remitente señala que, en el asunto que ha dado lugar al procedimiento de control de constitucionalidad del que conoce, consta que el Sr. Melloni había dado mandato a dos letrados de su confianza a los que el Tribunale di Ferrara notificó la futura celebración del juicio, por lo que tenía conocimiento de la misma, y consta también que el Sr. Melloni fue efectivamente defendido por esos dos letrados en el juicio que se siguió en primera instancia, así como en los posteriores recursos de apelación y de casación.

24 A juicio del Tribunal Constitucional, se suscita por tanto la cuestión de si la Decisión marco 2002/584 impide que los tribunales españoles subordinen la entrega del Sr. Melloni a la posibilidad de que se revise la condena que le afecta.

25 Acerca de ello, el Tribunal Constitucional rechaza la alegación del Ministerio Fiscal según la cual no es necesaria una remisión prejudicial porque la Decisión marco 2009/299 es inaplicable *ratione temporis* al asunto principal. Según dicho tribunal, lo que se dirime en éste no es si el auto de 12 de septiembre de 2008 infringió esa Decisión marco, sino si vulneró indirectamente el derecho a un proceso con todas las garantías, protegido por el artículo 24, apartado 2, de la Constitución. Ahora bien, la misma Decisión marco debería tomarse en consideración para delimitar el contenido de dicho derecho que despliega eficacia *ad extra*, ya que constituye el Derecho de la Unión aplicable en el momento en que se efectúa la apreciación de la constitucionalidad del auto referido. Su consideración también viene impuesta por el principio de interpretación del Derecho nacional conforme a las Decisiones marco (véase la sentencia de 16 de junio de 2005, Pupino, C-105/03, Rec. I-5285, apartado 43).

26 Por esas consideraciones, el Tribunal Constitucional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) El Art. 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?

2) En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el artículo 48, apartado 2 de la Carta [...]?

3) En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el artículo 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 de la Carta [...], a un Estado miembro condicionar la entrega de

una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

27 Algunas de las partes interesadas que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia mantienen que se debe considerar inadmisibile la presente remisión prejudicial, porque el artículo 4 *bis* de la Decisión marco 2002/584 es inaplicable *ratione temporis* al procedimiento de entrega del demandante en el asunto principal. Alegan que la fecha de 12 de septiembre de 2008, que es la del auto de la Audiencia Nacional que decidió la entrega de aquél a las autoridades italianas, es anterior a la fecha de terminación del plazo para la transposición de la Decisión marco 2009/299, fijada al 28 de marzo de 2011 por el artículo 8, apartado 1, de ésta. Señalan que, además y en cualquier caso, la República Italiana ha hecho uso de la opción ofrecida por el apartado 3 del mismo artículo 8, disposición que permite aplazar hasta el 1 de enero de 2014 la aplicación de la Decisión marco 2009/299 al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado emitidas por las autoridades competentes italianas. Por tanto, consideran que las condiciones para la entrega del Sr. Melloni por las autoridades españolas a las autoridades italianas siguen estando reguladas por el artículo 5, punto 1, de la Decisión marco 2002/584.

28 A este respecto, en primer lugar hay que recordar que, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al Juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que se ha de pronunciar, 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. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véase en particular la sentencia de 8 de septiembre de 2011, *Paint Graphos y otros*, C-78/08 a C-80/08, Rec. p. I-7611, apartado 30 y jurisprudencia citada).

29 La presunción de pertinencia inherente a las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales sólo puede excluirse de forma excepcional si es evidente que la interpretación solicitada de las disposiciones del Derecho de la Unión a las que se refieren las cuestiones no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véase en ese sentido en especial la sentencia *Paint Graphos y otros*, apartado 31 y jurisprudencia citada).

30 En el presente asunto no es evidente que la interpretación del artículo 4 *bis* de la Decisión marco 2002/584, solicitada por el tribunal remitente, no guarde relación

alguna con la realidad o el objeto del asunto principal ni que se refiera a un problema de naturaleza hipotética.

31 En lo que atañe a la aplicabilidad *ratione temporis* del artículo 4 *bis* de esa Decisión marco, es preciso observar en primer término que el texto mismo del artículo 8, apartado 2, de la Decisión marco 2009/299 expresa que, a partir del 28 de marzo de 2011, ésta «se aplicará [...] al reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado», sin hacer distinción alguna según que esas resoluciones sean anteriores o posteriores a esa fecha.

32 La interpretación literal se confirma por el hecho de que, dado que las disposiciones del artículo 4 *bis* de la Decisión marco 2002/584 deben considerarse reglas de procedimiento (véanse, por analogía, las sentencias de 1 de julio de 2004, Tsapalos y Diamantakis, C-361/02 y C-362/02, Rec. p. I-6405, apartado 20, y de 12 de agosto de 2008, Santesteban Goicoechea, C-296/08 PPU, Rec. p. I-6307, apartado 80), aquéllas son aplicables al procedimiento de entrega del demandante objeto del asunto principal, que actualmente sigue en curso. En efecto, según jurisprudencia reiterada, se considera comúnmente que las normas procesales son aplicables a todos los litigios pendientes en el momento en que entran en vigor, a diferencia de las normas sustantivas, que habitualmente se interpretan en el sentido de que no afectan a las situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor (véanse, en particular, las sentencias de 12 de noviembre de 1981, Meridionale Industria Salumi y otros, 212/80 a 217/80, Rec. p. 2735, apartado 9; de 28 de junio de 2007, Dell'Orto, C-467/05, Rec. p. I-5557, apartado 48, y Santesteban Goicoechea, antes citada, apartado 80).

33 En segundo lugar, el hecho de que la República Italiana haya declarado que hace uso de la posibilidad ofrecida por el artículo 8, apartado 3, de la Decisión marco 2009/299 de aplazar al 1 de enero de 2014 a más tardar la aplicación de ésta al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado emitidas por las autoridades competentes italianas no puede dar lugar a la inadmisibilidad de la presente remisión prejudicial. En efecto, de la resolución de remisión resulta que, a efectos de interpretar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española de conformidad con los tratados internacionales ratificados por el Reino de España, el tribunal remitente quiere tomar en consideración las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión para determinar el contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido por el artículo 24, apartado 2, de dicha Constitución.

34 De todas las consideraciones precedentes resulta que la petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Constitucional es admisible.

Sobre el fondo

Sobre la primera cuestión

35 Con su primera cuestión el Tribunal Constitucional pregunta en sustancia si el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en los supuestos previstos en esa disposición, la autoridad judicial de ejecución someta la ejecución de una orden de detención europea

emitida para el cumplimiento de una pena a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro emisor.

36 Se ha de recordar que esa Decisión marco, tal como se desprende especialmente de su artículo 1, apartados 1 y 2, y de sus considerandos quinto y séptimo, tiene por objeto sustituir el sistema de extradición multilateral entre Estados miembros por un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de sentencias o de diligencias, basado en el principio de reconocimiento mutuo (véase la sentencia de 29 de enero de 2013, Radu, C-396/11, apartado 33).

37 Así pues, dicha Decisión marco 2002/584 pretende, a través del establecimiento de un nuevo sistema simplificado y más eficaz de entrega de personas condenadas o sospechosas de haber infringido la ley penal, facilitar y acelerar la cooperación judicial de cara a la consecución del objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros (sentencia Radu, antes citada, apartado 34).

38 En virtud del artículo 1, apartado 2, de la Decisión marco 2002/584, en principio los Estados miembros están obligados a ejecutar una orden de detención europea. En efecto, con arreglo a las disposiciones de la Decisión marco referida, los Estados miembros sólo pueden negarse a ejecutar tal orden en los supuestos de no ejecución obligatoria contemplados en su artículo 3 y en los casos de no ejecución facultativa enunciados en sus artículos 4 y 4 *bis*. Además, la autoridad judicial de ejecución únicamente puede supeditar la ejecución de una orden de detención europea a los requisitos establecidos en el artículo 5 de dicha Decisión marco (sentencia Radu, antes citada, apartados 35 y 36).

39 Para determinar el alcance del artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, que es objeto de la presente cuestión, es preciso examinar su texto, su estructura y su finalidad.

40 Del texto del artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 resulta que esa disposición prevé un motivo facultativo de inejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad si el imputado no compareció en el juicio del que deriva la condena. Esa facultad está acompañada, sin embargo, por cuatro excepciones, que privan a la autoridad judicial de ejecución de la facultad de denegar la ejecución de la orden de detención europea de que se trate. De ello resulta que el referido artículo 4 *bis*, apartado 1, se opone en esos cuatro supuestos a que la autoridad judicial de ejecución subordine la entrega de la persona condenada en rebeldía a la posibilidad de que se revise la sentencia condenatoria, con la presencia de esa persona.

41 Esta interpretación literal del artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 se confirma por el análisis de la estructura de esa disposición. El objeto de la Decisión marco 2009/299 es derogar el artículo 5, punto 1, de la Decisión marco 2002/584, que permitía, con ciertos requisitos, someter la ejecución de una orden de detención europea para el cumplimiento de una pena impuesta en rebeldía a la condición de que se garantizara en el Estado miembro emisor un nuevo proceso, con la presencia del interesado, por una parte y, por otra parte, sustituir esa disposición por el

artículo 4 *bis*. En la actualidad este último limita la posibilidad de denegar la ejecución de tal orden, al enunciar, según señala el sexto considerando de la Decisión marco 2009/299, «las condiciones en las que no deberá denegarse el reconocimiento ni la ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado».

42 En particular, el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 prevé en sustancia en sus letras a) y b), que, cuando la persona condenada en rebeldía tuvo conocimiento con suficiente antelación de la celebración prevista del juicio y fue informada de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia, o bien, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado para que le defendiera, la autoridad judicial de ejecución está obligada a proceder a la entrega de dicha persona, de modo que no puede subordinar esta entrega a la posibilidad de un nuevo proceso, con la presencia de esa persona, en el Estado miembro emisor.

43 Esta interpretación del citado artículo 4 *bis* se confirma también por los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión. Tanto de los considerandos segundo a cuarto como del artículo 1 de la Decisión marco 2009/299 se deduce que, al adoptar ésta, el legislador de la Unión se propuso facilitar la cooperación judicial en materia penal, mejorando el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales entre los Estados miembros por medio de una armonización de los motivos de no reconocimiento de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Como destaca en especial el cuarto considerando, con la definición de esos motivos comunes el legislador de la Unión ha querido habilitar «a la autoridad de ejecución para hacer cumplir la resolución pese a la incomparecencia del imputado en el juicio, sin menoscabo del derecho de defensa del imputado».

44 Como ha expuesto el Abogado General en los puntos 65 y 70 de sus conclusiones, la solución elegida por el legislador de la Unión, consistente en prever de forma exhaustiva los supuestos en los que debe considerarse que la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una resolución dictada en rebeldía no vulnera el derecho de defensa, es incompatible con el mantenimiento de una facultad de la autoridad judicial de ejecución para someter esa ejecución a la condición de que la condena de que se trata pueda ser revisada con objeto de garantizar el derecho de defensa del interesado.

45 En lo referente al argumento expuesto por el tribunal remitente, según el cual la obligación de respetar los derechos fundamentales, en la forma en que los reconoce el artículo 6 TUE, permite a las autoridades judiciales de ejecución denegar la ejecución de una orden de detención europea, incluso en los supuestos previstos en el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, cuando la persona interesada no tenga derecho a un nuevo proceso, se ha de subrayar que ese argumento conduce en realidad a preguntarse por la compatibilidad del artículo 4 *bis* de la Decisión marco 2002/584 con los derechos fundamentales protegidos en el ordenamiento jurídico de la Unión, lo que es el objeto de la segunda cuestión planteada.

46 De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en los supuestos previstos en esa disposición, la autoridad judicial de ejecución someta la ejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena

a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro emisor.

Sobre la segunda cuestión

47 Con su segunda cuestión, el tribunal remitente pregunta en sustancia al Tribunal de Justicia acerca de la compatibilidad del artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 con las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47 de la Carta y de los derechos de la defensa garantizados en el artículo 48, apartado 2, de ésta.

48 Hay que recordar que, conforme al artículo 6 TUE, apartado 1, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta, «la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

49 En lo que atañe al alcance del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47 de la Carta y de los derechos de la defensa garantizados por el artículo 48, apartado 2, de ésta, se ha de precisar que, aunque el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, aquel derecho no es absoluto (véase, en particular, la sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency*, C-619/10, apartados 52 y 55). El acusado puede renunciar a ese derecho por su libre voluntad, expresa o tácitamente, siempre que la renuncia conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas correspondientes a su gravedad y no se oponga a ningún interés público relevante. Más concretamente, no se produce una vulneración del derecho a un proceso equitativo, aun si el interesado no ha comparecido en el juicio, cuando haya sido informado de la fecha y del lugar del juicio o haya sido defendido por un letrado al que haya conferido mandato a ese efecto.

50 Esta interpretación de los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta concuerda con el alcance reconocido a los derechos garantizados en el artículo 6, apartados 1 y 3, del CEDH por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véanse en especial las sentencias del TEDH *Medenica c. Suiza*, de 14 de junio de 2001, demanda nº 20491/92, § 56 a 59; *Sejdovic c. Italia*, de 1 de marzo de 2006, demanda nº 56581/00, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-II, § 84, 86 y 98, y *Haralampiev c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2012, demanda nº 29648/03, § 32 y 33).

51 Es preciso observar, además, que la armonización de las condiciones de ejecución de las órdenes de detención europeas emitidas para la ejecución de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado realizada por la Decisión marco 2009/299 tiende, como manifiesta el artículo 1 de ésta, a reforzar los derechos procesales de las personas imputadas en un proceso penal, a la vez que a mejorar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales entre Estados miembros.

52 De esa manera, el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 enuncia en sus letras a) y b) las condiciones en las que se considera que el interesado ha renunciado voluntariamente y de forma inequívoca a comparecer en su juicio, de modo que la ejecución de la orden de detención europea para hacer cumplir la pena a la persona condenada en rebeldía no puede someterse al requisito de que ésta tenga derecho a un nuevo proceso, con su presencia, en el Estado miembro emisor. Así

sucede, bien, según establece el apartado 1, letra a), cuando el imputado no hubiera comparecido en el juicio pese a que fue citado en persona o informado oficialmente de la fecha y el lugar previstos para ése, bien, como prevé el mismo apartado, letra b), cuando, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, eligió ser representado por un letrado en lugar de comparecer en el juicio. Ese mismo apartado 1, letras c) y d), enumera los supuestos en los que la autoridad judicial de ejecución está obligada a ejecutar la orden de detención europea, aunque el interesado tuviera derecho a un nuevo juicio, cuando esa orden de detención indique que el interesado no ha solicitado un nuevo juicio o bien que será informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio.

53 Por lo antes expuesto, se debe constatar que el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo ni los derechos de la defensa, garantizados respectivamente por los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta.

54 De las anteriores consideraciones resulta que se debe responder a la segunda cuestión que el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 es compatible con las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta.

Sobre la tercera cuestión

55 Con su tercera cuestión el Tribunal remitente pregunta en esencia si el artículo 53 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que permite que el Estado miembro de ejecución subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución.

56 Acerca de ello, el Tribunal remitente expone de entrada la interpretación según la cual el artículo 53 de la Carta autoriza de forma general que un Estado miembro aplique el estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución cuando sea más elevado que el derivado de la Carta, y oponerle en su caso a la aplicación de disposiciones del Derecho de la Unión. Esa interpretación permitiría en particular que un Estado miembro sometiera la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía a condiciones cuyo objeto fuera evitar una interpretación limitadora de los derechos fundamentales reconocidos por su Constitución o lesiva de éstos, aun cuando la aplicación de esas condiciones no estuviera autorizada por el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584.

57 No puede acogerse esa interpretación del artículo 53 de la Carta.

58 En efecto, dicha interpretación del artículo 53 de la Carta menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado.

59 En efecto, según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión (véanse los dictámenes 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. p. I-6079, apartado 21, y 1/09, de 8 de marzo de 2011, Rec. p. I-1137, apartado 65), la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (véanse, en especial, las sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3, y de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06, Rec. p. I-8015, apartado 61).

60 Es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.

61 Sin embargo, según resulta del apartado 40 de la presente sentencia, el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 no atribuye a los Estados miembros la facultad de denegar la ejecución de una orden de detención europea cuando el interesado se halla en alguno de los cuatro supuestos enumerados en esa disposición.

62 Es oportuno recordar además que la adopción de la Decisión marco 2009/299, que introdujo la disposición citada en la Decisión marco 2002/584, trata de superar las dificultades del reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas sin la comparecencia de la persona afectada en el juicio derivadas de la existencia en los Estados miembros de diferencias en la protección de los derechos fundamentales. A ese efecto, dicha Decisión marco lleva a cabo una armonización de las condiciones de ejecución de una orden de detención europea en caso de condena en rebeldía, que refleja el consenso alcanzado por los Estados miembros en su conjunto sobre el alcance que debe darse, en virtud del Derecho de la Unión, a los derechos procesales de los que disfrutaban las personas condenadas en rebeldía contra las que se emite una orden de detención europea.

63 En consecuencia, permitir que un Estado miembro invocara el artículo 53 de la Carta para subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición, no prevista por la Decisión marco 2009/299, de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar que se lesionen el derecho a un proceso con todas las garantías y los derechos de la defensa protegidos por la Constitución del Estado miembro de ejecución, conduciría, al poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco, a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que ésta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco.

64 Por las anteriores consideraciones se ha de responder a la tercera cuestión que el artículo 53 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución.

Costas

65 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

- 1) **El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en los supuestos previstos en esa disposición, la autoridad judicial de ejecución someta la ejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro emisor.**
- 2) **El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299, es compatible con las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.**
- 3) **El artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución.**

Firmas

ANEXO XXVII

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 22 de marzo de 2012 (*)

«IVA — Directiva 2006/112/CE — Artículo 168 — Derecho a deducción — Nacimiento del derecho a deducción — Derecho de una sociedad a deducir el IVA soportado por la adquisición de un bien de inversión que todavía no ha sido explotado en el marco de las actividades profesionales de dicha sociedad»

En el asunto C-153/11,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Administrativen sad Varna (Bulgaria), mediante resolución de 22 de marzo de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de marzo de 2011, en el procedimiento entre

Klub OOD

y

Direktor na Direktsia «Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto» – Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. J.N. Cunha Rodrigues (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. A. Rosas, A.Ó Caoimh, A. Arabadjiev y C.G. Fernlund, Jueces;

Abogado General: Sra. E. Sharpston;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre del Gobierno búlgaro, por el Sr. T. Ivanov y la Sra. D. Drambozova, en calidad de agentes;

– en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. L. Lozano Palacios y el Sr. D. Roussanov, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oída la Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 168, letra a), de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DO L 347, p. 1; en lo sucesivo, «Directiva IVA»).

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Klub

OOD (en lo sucesivo, «Klub») y el Direktor na Direktsia «Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto» – Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite (Director de la Sección de «Impugnación y gestión de la ejecución» en Varna de la administración central de la agencia nacional de recaudación) relativo a una liquidación complementaria por la que se le deniega a Klub el derecho a deducir el impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, «IVA») que grava la adquisición de un apartamento.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

3 A tenor del artículo 9, apartado 1, de la Directiva IVA:

«Serán considerados “sujetos pasivos” quienes realicen con carácter independiente, y cualquiera que sea el lugar de realización, alguna actividad económica, cualesquiera que sean los fines o los resultados de esa actividad.

Serán consideradas “actividades económicas” todas las actividades de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las actividades extractivas, las agrícolas y el ejercicio de profesiones liberales o asimiladas. En particular será considerada actividad económica la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.»

4 Según el artículo 26 de la Directiva IVA:

«1. Se asimilarán a las prestaciones de servicios a título oneroso las operaciones siguientes:

a) el uso de bienes afectados a una empresa para las necesidades privadas del sujeto pasivo o para las de su personal, o, más generalmente, para fines ajenos a la empresa, cuando tales bienes hubieran originado el derecho a la deducción total o parcial del IVA;

b) la prestación de servicios a título gratuito efectuada por el sujeto pasivo para sus necesidades privadas o para las de su personal o, más generalmente, para fines ajenos a su empresa.

2. Los Estados miembros podrán proceder en contra de lo dispuesto en el apartado 1 a condición de que ello no sea causa de distorsión de la competencia.»

5 El artículo 63 de la antedicha Directiva establece que «[e]l devengo del impuesto se produce, y el impuesto se hace exigible, en el momento en que se efectúe la entrega de bienes o la prestación de servicios».

6 A tenor del artículo 167 de la misma Directiva, «[e]l derecho a deducir nace en el momento en que es exigible el impuesto deducible».

7 El artículo 168 de la Directiva IVA establece:

«En la medida en que los bienes y los servicios se utilicen para las necesidades de sus operaciones gravadas, el sujeto pasivo tendrá derecho, en el Estado miembro en el que realice estas operaciones, a deducir del importe del impuesto del que es deudor los siguientes importes:

a) el IVA devengado o pagado en dicho Estado miembro por los bienes que le hayan sido o le vayan a ser entregados y por los servicios que le hayan sido o le vayan a ser prestados por otro sujeto pasivo;

[...]».

8 El artículo 273 de dicha Directiva tiene el siguiente tenor:

«Los Estados miembros podrán establecer otras obligaciones que estimen necesarias para garantizar la correcta recaudación del IVA y prevenir el fraude, siempre que respeten el principio de igualdad de trato de las operaciones interiores y de las operaciones efectuadas entre Estados miembros por sujetos pasivos, a condición que dichas obligaciones no den lugar, en los intercambios entre los Estados miembros, a formalidades relacionadas con el paso de una frontera.

No podrá utilizarse la facultad prevista en el párrafo primero para imponer obligaciones suplementarias de facturación respecto de las fijadas en el capítulo 3.»

Derecho nacional

9 En virtud del artículo 6, apartado 3, número 1, de la Zakon za danak varhu dobavenata stoynost (Ley del impuesto sobre el valor añadido, DV n° 63, de 4 de agosto de 2006; en lo sucesivo, «ZDDS»), se considerará entrega de bienes efectuada a título oneroso «la apropiación o la puesta a disposición de un bien para el uso personal del sujeto pasivo, del propietario, de sus trabajadores, o de terceros, siempre que se hubiese deducido el impuesto soportado total o parcialmente en el momento de su fabricación, importación o adquisición».

10 El artículo 12, apartado 1, de la ZDDS define operación imponible como «toda entrega de un bien o prestación de un servicio, en el sentido de los artículos 6 y 9, siempre que las lleve a cabo un sujeto pasivo con arreglo a esta Ley y que el lugar de ejecución se encuentre en territorio nacional, así como toda operación sujeta al tipo impositivo cero y efectuada por un sujeto pasivo, salvo que en esa Ley se disponga otra cosa».

11 El artículo 69, apartado 1, de la ZDDS dispone:

«Cuando los bienes y servicios sean utilizados para las operaciones impositivas realizadas por una persona registrada, dicha persona estará facultada para deducir lo siguiente:

1. el impuesto sobre los bienes o servicios que su suministrador o prestador de servicios —asimismo una persona registrada de conformidad con la presente Ley— le haya entregado o prestado o le vaya a entregar o prestar.»

12 El artículo 70, apartado 1, de la ZDDS precisa:

«Aunque se reúnan los requisitos de los artículos 69 o 74, no existe derecho a deducción si:

[...]

2. los bienes o servicios están destinados a operaciones a título gratuito o a actividades ajenas a la actividad económica del sujeto pasivo;

[...]».

13 A tenor del artículo 79, apartados 1 y 2, de la ZDDS:

«(1) Una persona registrada que haya deducido total o parcialmente el IVA soportado por los bienes o servicios que ha producido, comprado, adquirido o importado y que, a continuación, los haya usado para realizar operaciones exentas del impuesto o para operaciones o actividades que no generan un derecho de deducción, estará obligado al pago de una cuota del impuesto equivalente a la cuantía del IVA deducido.

(2) Una persona registrada que haya deducido en su totalidad el IVA soportado por los bienes o servicios que ha producido, comprado, adquirido o importado y que, a continuación, los haya usado tanto para realizar operaciones que generan un derecho de deducción como para operaciones exentas del impuesto o para operaciones o actividades que no generan derecho de deducción, y que no pueda determinar qué parte de dichos bienes o servicios usa para operaciones que generan un derecho de deducción y qué parte para operaciones que no lo generan, estará obligada al pago de una cuota del impuesto calculada con arreglo al apartado 7.»

14 El artículo 79, apartado 7, de la ZDDS contiene las fórmulas de cálculo del impuesto adeudado en aplicación de los supuestos contemplados en el apartado 2 de esa misma disposición.

15 El artículo 38, apartado 3, de la Zakon za ustroystvo na teritoriyata (Ley de ordenación del territorio, DV nº 1, de 2 de enero de 2001; en lo sucesivo, «ZUT») establece:

«En un inmueble de uso residencial en régimen de copropiedad, estará permitido reformar y modificar la afectación de un local de habitación o de una vivienda independiente para hacer un gabinete médico, una oficina o un taller de creación individual, permitiendo a personas ajenas acceder al inmueble, siempre que los locales

se encuentren en la planta baja o en el sótano, que su reforma cumpla las prescripciones sanitarias, de higiene, de prevención de incendios y otras prescripciones técnicas, y se cuente con el acuerdo expreso, por escrito y certificado ante notario, del conjunto de propietarios de las viviendas contiguas a los locales de que se trate. Con carácter excepcional, se podrá autorizar el acondicionamiento de los mencionados locales en otras plantas por encima de la superficie de la tierra únicamente sobre la base de una decisión de la asamblea general de copropietarios, adoptada con arreglo al procedimiento previsto a este efecto, y con el acuerdo expreso, por escrito y certificado ante notario, del conjunto de propietarios de las viviendas contiguas a los locales de que se trate.»

16 El artículo 177, apartado 1, de la ZUT dispone:

«Tras la terminación de las obras y, en su caso, la finalización de los controles previos a su recepción, el promotor solicitará el registro del inicio de explotación del bien ante la autoridad que expidió el permiso de construcción y presentará al mismo tiempo el informe final previsto en el artículo 168, apartado 6, los contratos celebrados con las empresas de explotación con vistas a la conexión a las redes de la infraestructura técnica, así como un documento de la agencia de geodesia, cartografía y catastro que certifique el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 175, apartado 5.»

17 Según el artículo 177, apartado 3, de la ZUT:

«En un plazo de 7 días a partir de la recepción de la solicitud, la autoridad que emitió el permiso de construcción registrará, tras asegurarse de que la documentación está completa, el inicio de explotación de la obra y expedirá un permiso de inicio de explotación.»

18 Del artículo 178, apartado 1, de la ZUT se desprende que la utilización, total o parcial, de la obra estará prohibida antes de que la autoridad competente haya autorizado su explotación en virtud del artículo 177 de la misma Ley.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

19 La actividad de Klub consiste en la explotación de un hotel en Varna, que es una estación balnearia búlgara.

20 En mayo de 2009, esta sociedad adquirió un dúplex, destinado a uso residencial en Sofía. El IVA relativo a esta adquisición fue deducido, pero no se transmitió a los servicios tributarios ninguna declaración tributaria relativa al pago de los impuestos locales por lo que respecta a dicho apartamento.

21 Klub no modificó la afectación de ese inmueble ni abrió ninguna cuenta a su nombre para el suministro de agua y electricidad.

22 Las autoridades tributarias dedujeron de ello que el apartamento de que se trata en el litigio principal estaba destinado a uso residencial y no a uso profesional. Al estimar que ese apartamento no se utilizaba para la actividad de la empresa, dichas autoridades consideraron que su adquisición no había generado un derecho a deducir el IVA

soportado y, por consiguiente, emitieron una liquidación complementaria dirigida a Klub.

23 Klub impugnó esta liquidación complementaria ante el Director na Direktsia «Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto» – Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite, que confirmó dicha liquidación.

24 La demandante en el litigio principal interpuso un recurso ante el Administrativen sad Varna (Tribunal de lo contencioso-administrativo de Varna).

25 Ante este órgano jurisdiccional, Klub sostiene que el inmueble de que se trata en el litigio principal está destinado a uso profesional, ya que tiene la intención de utilizarlo para celebrar reuniones de negociación con los operadores turísticos.

26 Posteriormente, se presentó una declaración tributaria en concepto de impuestos locales que mencionaba la utilización de ese apartamento como local profesional.

27 Las autoridades tributarias estiman que Klub no ha demostrado que, en el momento de la inspección fiscal, el referido apartamento se utilizase con fines profesionales, ni que en el futuro fuese a utilizarse con esos fines.

28 En el marco del procedimiento principal se presentó un escrito del ayuntamiento de Sofía en el que se indicaba que este último no disponía de ninguna información relativa a una eventual solicitud de expedición de un certificado de inicio de explotación del antedicho apartamento.

29 Según el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 70, apartado 1, número 2, de la ZDDS ha sido objeto de interpretaciones divergentes por parte del Varhoven administrativen sad (Tribunal Supremo de lo contencioso-administrativo).

30 Una parte de la jurisprudencia admite que los sujetos pasivos pueden deducir el IVA soportado al adquirir un inmueble, por considerar o bien que sólo es posible determinar la afectación de este bien después del comienzo de su explotación, o bien que las actividades profesionales del sujeto pasivo comprenden también las prestaciones futuras.

31 Otra parte de la jurisprudencia considera que, para poder acogerse al derecho a la deducción del IVA relativo a la adquisición de un inmueble que aún no ha sido objeto de explotación, el sujeto pasivo deberá probar que el bien ha sido utilizado para fines relacionados con su actividad económica con anterioridad a la inspección fiscal.

32 El órgano jurisdiccional remitente cree que esta última interpretación literal del Derecho nacional es contraria a los principios del Derecho de la Unión que regulan el nacimiento del derecho a la deducción del IVA soportado por la adquisición de bienes de inversión.

33 En estas circunstancias, el Administrativen sad Varna decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 168, letra a), de la Directiva [IVA] en el sentido de que, una vez que el sujeto pasivo ha hecho uso de su derecho de opción y ha incluido un inmueble, que constituye un bien de inversión, en el patrimonio empresarial, ha de presumirse (es decir, ha de asumirse, hasta que se pruebe lo contrario) que dicho bien se utiliza para las necesidades de las operaciones sujetas al impuesto realizadas por el sujeto pasivo?

2) ¿Debe interpretarse el artículo 168, letra a), de la Directiva [IVA] en el sentido de que, en caso de compra de un inmueble que se incluye en el patrimonio empresarial de un sujeto pasivo, el derecho de deducción se genera inmediatamente en el período impositivo en el que el impuesto se hace exigible, y ello con independencia de que el inmueble no pueda utilizarse debido a la falta de la autorización de explotación prevista legalmente con carácter obligatorio?

3) ¿Es conforme con la Directiva y con la jurisprudencia que la interpreta una práctica administrativa como la de la Natsionalna agentsia za prihodite [Agencia nacional de recaudación], conforme a la cual se deniega la deducción del IVA practicada por sujetos pasivos, en el sentido de la [ZDDS], por bienes de inversión adquiridos por ellos debido a que dichos bienes se destinan a las necesidades privadas de los propietarios de las sociedades, sin que se exija el IVA por ese uso?

4) En un supuesto como el del litigio principal, ¿tiene la sociedad —la demandante— un derecho de deducción por la compra de un inmueble —un dúplex en Sofía—?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre las cuestiones prejudiciales primera a tercera

34 Mediante sus cuestiones primera a tercera, que es preciso examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 168, letra a), de la Directiva IVA debe interpretarse en el sentido de que el derecho a deducir el IVA soportado por la adquisición de un inmueble, que constituye un bien de inversión incluido en el patrimonio empresarial, se genera en el período impositivo en el que el impuesto se hace exigible, con independencia de que el antedicho bien no haya sido inmediatamente utilizado con fines profesionales. Correlativamente, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si puede denegarse a un sujeto pasivo el derecho a deducir el IVA soportado por la adquisición de un bien de inversión alegando que dicho bien se destina a necesidades privadas.

35 Con carácter preliminar, procede recordar que el régimen de deducciones establecido en la Directiva IVA tiene por objeto liberar completamente al empresario del peso del IVA devengado o pagado en el marco de todas sus actividades económicas. Así, el sistema común del IVA pretende garantizar la perfecta neutralidad con respecto a la carga fiscal de todas las actividades económicas, cualesquiera que sean los fines o los resultados de las mismas, a condición de que dichas actividades estén a su vez, en principio, sujetas al IVA (véanse, en especial, las sentencias de 14 de febrero de 1985, Rompelman, 268/83, Rec. p. 655, apartado 19, y de 16 de febrero de 2012, Eon Aset Menidjunt, C-118/11, apartado 43).

36 Del artículo 168 de la Directiva IVA resulta que, en la medida en que el sujeto pasivo, actuando como tal en el momento en que adquiere un bien, utilice el bien para las necesidades de sus operaciones gravadas, podrá deducir el IVA devengado o pagado por dicho bien (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de julio de 1991, Lennartz, C-97/90, Rec. p. I-3795, apartado 8, y de 21 de abril de 2005, HE, C-25/03, Rec. p. I-3123, apartado 43). Con arreglo a los artículos 63 y 167 de la Directiva IVA, este derecho a deducir nace en el momento en que es exigible el impuesto deducible, es decir, en el momento de la entrega de los bienes (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de junio de 2005, Waterschap Zeeuws Vlaanderen, C-378/02, Rec. p. I-4685, apartado 31).

37 En cambio, cuando el sujeto pasivo no utilice el bien en las actividades económicas a que se refiere el artículo 9, apartado 1, párrafo segundo, de la misma Directiva, sino para su consumo privado, no puede nacer ningún derecho a deducir (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Lennartz, apartado 9, y HE, apartado 43).

38 En el caso de una operación consistente en la adquisición de un bien de inversión destinado, en parte, a un uso privado y, en parte, a un uso profesional, el sujeto pasivo puede optar por incluirlo íntegramente en el patrimonio empresarial (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de octubre de 1995, Armbrrecht, C-291/92, Rec. p. I-2775, apartado 20, y de 14 de julio de 2005, Charles y Charles Tijmens, C-434/03, Rec. p. I-7037, apartado 23, y jurisprudencia citada). En principio, el IVA soportado por la adquisición de ese bien es, por tanto, deducible íntegramente. En estas circunstancias, cuando un bien de inversión afectado a la empresa haya originado el derecho a la deducción total o parcial del IVA soportado, su utilización para las necesidades privadas del sujeto pasivo o de su personal o para fines ajenos a su empresa se asimilará a una prestación de servicios a título oneroso con arreglo al artículo 26, apartado 1, de la Directiva IVA (véanse las sentencias Charles y Charles-Tijmens, antes citada, apartados 24 y 25 y la jurisprudencia citada; de 23 de abril de 2009, Puffer, C-460/07, Rec. p. I-3251, apartado 41, y Eon Aset Menidjmont, antes citada, apartado 54).

39 Así, la adquisición de un bien por un sujeto pasivo que actúe como tal es lo que determina la aplicación del sistema del IVA y, por ende, del mecanismo de deducción (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Lennartz, apartado 15, y Eon Aset Menidjmont, apartado 57).

40 Un sujeto pasivo actúa como tal cuando opera en el contexto de su actividad económica en el sentido del artículo 9, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva IVA (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de marzo de 2001, Bakcsi, C-415/98, Rec. p. I-1831, apartado 29).

41 La cuestión de si un sujeto pasivo actúa como tal es una cuestión de hecho que deberá apreciarse teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, entre las que se incluyen la naturaleza del bien de que se trate y el período transcurrido entre la adquisición de éste y su utilización para las actividades económicas de dicho sujeto pasivo (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Bakcsi, apartado 29, y Eon Aset Menidjmont, apartado 58). Asimismo, podrá tomarse en consideración si se han llevado a cabo gestiones dirigidas a realizar las reformas y obtener las autorizaciones

que se precisan para el uso profesional del bien como las que se mencionan en el artículo 38, apartado 3, de la ZUT.

42 Según el Tribunal de Justicia, si se denegara al sujeto pasivo la deducción del IVA soportado en relación con utilizaciones profesionales posteriores gravadas, pese a la intención inicial del sujeto pasivo de afectar el bien en cuestión en su totalidad a su empresa, con vistas a futuras operaciones, éste no podría ser liberado completamente del impuesto correspondiente al bien utilizado para las necesidades de su actividad económica y la imposición de sus actividades profesionales daría lugar a una doble imposición contraria al principio de neutralidad fiscal inherente al sistema común del IVA (véase, en este sentido, la sentencia Puffer, antes citada, apartados 45 y 46).

43 El principio de neutralidad del IVA en lo que respecta a la carga fiscal de la empresa exige que los gastos de inversión efectuados para las necesidades y fines de una empresa sean considerados como actividades económicas que dan lugar a un derecho inmediato a la deducción del IVA soportado (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Rompelman, apartado 22, y Puffer, apartado 47).

44 Por tanto, un particular que adquiere bienes para las necesidades de una actividad económica en el sentido del artículo 9, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva IVA lo hace como sujeto pasivo, aunque los bienes no se utilicen de inmediato para esas actividades económicas (véase, en este sentido, la sentencia Lennartz, antes citada, apartado 14).

45 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si, en el litigio principal, Klub efectivamente adquirió el bien inmueble de que se trata para las necesidades de su actividad económica. En ese caso, dicha sociedad podrá deducir íntegra e inmediatamente el IVA correspondiente al bien incluido totalmente en el patrimonio de su empresa aunque ese bien no sea utilizado inmediatamente para las necesidades de su actividad económica.

46 Debe añadirse que, a falta de circunstancias fraudulentas o abusivas, y sin perjuicio de las regularizaciones que eventualmente procedan con arreglo a los requisitos previstos en la Directiva IVA, el derecho a deducir, una vez nacido, sigue existiendo (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de junio de 2000, Breitsohl, C-400/98, Rec. p. I-4321, apartado 41, y de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, Rec. p. I-1609, apartado 84).

47 A este respecto, tal como ha declarado el Tribunal de Justicia, cuando el sujeto pasivo, por circunstancias ajenas a su voluntad, no haya podido utilizar los bienes o servicios que dieron lugar a deducción en el marco de operaciones sujetas al impuesto, el derecho a deducir sigue existiendo, ya que en tal supuesto no existe ningún riesgo de fraude o de abuso que pueda justificar una devolución posterior de las cantidades deducidas (sentencia de 8 de junio de 2000, Schloßstrasse, C-396/98, Rec. p. I-4279, apartado 42).

48 En cambio, en las situaciones de abuso o de fraude en las que el sujeto pasivo ha fingido querer ejercer una actividad económica concreta, pero en realidad ha pretendido incorporar a su patrimonio privado bienes que pueden ser objeto de deducción, la Administración Tributaria puede solicitar, con efecto retroactivo, la devolución de las

cantidades deducidas, puesto que tales deducciones se concedieron basándose en declaraciones falsas (véase la sentencia *Schloßstrasse*, antes citada, apartado 40 y jurisprudencia citada).

49 Es preciso recordar que la constatación de que existe una práctica abusiva está supeditada al cumplimiento de dos requisitos. Por una parte, las operaciones de que se trate, a pesar de la aplicación formal de los requisitos establecidos en las disposiciones relevantes de la Directiva IVA y de la legislación nacional por la que se adapte el Derecho interno a esta Directiva, deben tener como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sea contraria al objetivo perseguido por tales disposiciones. Por otra parte, de un conjunto de elementos objetivos también debe resultar que la finalidad esencial de la operación de que se trate consista en obtener una ventaja fiscal (véase, en este sentido, la sentencia *Halifax* y otros, antes citada, apartados 74 y 75).

50 Las medidas que los Estados miembros están facultados para adoptar en virtud del artículo 273 de la Directiva 2006/112, a fin de garantizar la correcta recaudación del impuesto y prevenir el fraude, no deben ir más allá de lo que sea necesario para alcanzar tales objetivos ni deben cuestionar la neutralidad del IVA (véase la sentencia de 21 de octubre de 2010, *Nidera Handelscompagnie*, C-385/09, Rec. p. I-10385, apartado 49).

51 En el caso de autos, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si, a la luz de elementos objetivos, se ha demostrado la existencia de una práctica fraudulenta tal como se define en el apartado 49 de la presente sentencia.

52 De lo anterior se desprende que el artículo 168, letra a), de la Directiva IVA debe interpretarse en el sentido de que un sujeto pasivo que ha adquirido un bien de inversión actuando como tal y lo ha incluido en el patrimonio empresarial tiene derecho a deducir el IVA que grava la adquisición de dicho bien en el período impositivo en el que el impuesto se hace exigible, y ello con independencia de que el antedicho bien no haya sido utilizado inmediatamente con fines profesionales. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si el sujeto pasivo ha adquirido el bien de inversión para las necesidades de su actividad económica y apreciar, en su caso, la existencia de una práctica fraudulenta.

Sobre la cuarta cuestión

53 Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, en un supuesto como el del litigio principal, la demandante tiene un derecho de deducción por la compra de un inmueble en Sofía.

54 Procede recordar que, en el marco del artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia no está facultado para aplicar las normas del Derecho de la Unión a un caso determinado, sino sólo para interpretar los Tratados y los actos adoptados por las instituciones de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de mayo de 2001, *Veedfald*, C-203/99, Rec. p. I-3569, apartado 31, y de 10 de julio de 2008, *Feryn*, C-54/07, Rec. p. I-5187, apartado 19).

55 En el caso de autos, mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que efectúe una aplicación directa del artículo 168 de la

Directiva IVA a los hechos de que se trata en el litigio principal, a pesar de que corresponde al órgano jurisdiccional nacional dirimir dicho litigio basándose, en su caso, en la respuesta dada a las otras cuestiones prejudiciales.

56 Por consiguiente, el Tribunal de Justicia no es competente para responder a la cuarta cuestión.

Costas

57 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 168, letra a), de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, debe interpretarse en el sentido de que un sujeto pasivo que ha adquirido un bien de inversión actuando como tal y lo ha incluido en el patrimonio empresarial tiene derecho a deducir el impuesto sobre el valor añadido que grava la adquisición de dicho bien en el período impositivo en el que el impuesto se hace exigible, y ello con independencia de que el antedicho bien no haya sido utilizado inmediatamente con fines profesionales. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si el sujeto pasivo ha adquirido el bien de inversión para las necesidades de su actividad económica y apreciar, en su caso, la existencia de una práctica fraudulenta.

Firmas

* Lengua de procedimiento: búlgaro.

ANEXO XXVIII

AUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 28 de octubre de 2010 (*)

«Artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento – Marcas – Directiva 89/104/CEE – Derecho del titular de una marca a oponerse a la primera comercialización en el EEE, sin su consentimiento, de productos que llevan dicha marca»

En el asunto C-449/09,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Sofiyski gradski sad (Bulgaria), mediante resolución de 30 de octubre de 2009, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de noviembre de 2009, en el procedimiento entre

Canon Kabushiki Kaisha

e

IPN Bulgaria OOD,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. J.-J. Kasel, Presidente de Sala, en funciones de Presidente de la Sala Quinta, y los Sres. M. Ilešič (Ponente) y E. Levits, Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot;

Secretario: Sr. A Calot Escobar;

habiendo decidido resolver mediante auto motivado, conforme al artículo 104, apartado 3, párrafo primero, de su Reglamento de Procedimiento;

oído el Abogado General;

dicta el siguiente

Auto

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 5 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DO 1989, L 40, p. 1).

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la sociedad japonesa Canon Kabushiki Kaisha (en lo sucesivo, «Canon») e IPN Bulgaria OOD (en lo sucesivo, «IPN Bulgaria»), sociedad búlgara, relativo a productos fabricados por Canon y enviados a Bulgaria, sin el consentimiento de ésta, desde un Estado tercero, siendo IPN Bulgaria la destinataria.

Directiva 89/104

3 El artículo 5 de la Directiva 89/104, que lleva por título «Derechos conferidos por la marca», establecía en su apartado 1, letra a):

«La marca registrada confiere a su titular un derecho exclusivo. El titular estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico:

a) de cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada;

[...].»

4 Con arreglo al apartado 3 del mismo artículo, podrá en especial prohibirse:

«a) poner el signo en los productos o en su presentación;

b) ofrecer productos, comercializarlos o almacenarlos con dichos fines y ofrecer o prestar servicios con el signo;

c) importar productos o exportarlos con el signo;

[...].»

5 El artículo 7 de la Directiva 89/104 en su versión inicial, que lleva por título «Agotamiento del derecho conferido por la marca», establecía en su apartado 1:

«El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento.»

6 De conformidad con el artículo 65, apartado 2, del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3), en relación con el anexo XVII, apartado 4, de dicho Acuerdo, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 89/104, en su versión inicial, se adaptó a dicho Acuerdo y la expresión «en la Comunidad» se sustituyó por la expresión «en una Parte Contratante».

7 La Directiva 89/104 fue derogada por la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (versión codificada) (DO L 299, p. 25), que entró en vigor el 28 de noviembre de 2008. Sin embargo, el litigio principal sigue rigiéndose por la Directiva 89/104, habida cuenta de la época en que se produjeron los hechos.

Litigio principal y cuestión prejudicial

8 Canon produce aparatos fotográficos, copiadoras, impresoras y otros aparatos. Sus productos se distribuyen con el signo denominativo «CANON». En la Unión Europea dicho signo está registrado como marca comunitaria y, en numerosos Estados miembros, incluida la República de Bulgaria, como marca nacional.

9 Mediante escrito de 29 de abril de 2008, la Dirección regional de aduanas de Burgas (Bulgaria) notificó a un representante de Canon que había retenido, el 22 de abril de 2008, un cargamento de cartuchos de tinta que llevaban la marca CANON. El cargamento procedía de Hong Kong (China) y había sido introducido en Bulgaria a través del puerto de Burgas. El destinatario del cargamento era IPN Bulgaria.

10 Mediante resolución de 16 de mayo de 2008, el Sofiyski gradski sad (Tribunal de la ciudad de Sofía) acordó, a petición de Canon y con carácter de medida cautelar, la aprehensión de los productos controvertidos. El Sofiyski apelativen sad (Tribunal de Apelación de Sofía) confirmó dicha resolución mediante auto de 26 de junio de 2008. Los productos aprehendidos fueron depositados temporalmente en la Dirección general de aduanas de Burgas.

11 Además, Canon demandó a IPN Bulgaria ante el Sofiyski gradski sad, imputándole haber infringido, mediante la importación de los referidos productos, los derechos exclusivos conferidos por la marca CANON.

12 En el marco de dicho litigio quedó acreditado que los cartuchos de tinta de que se trata eran productos auténticos de la marca CANON y, por tanto, debían considerarse productos «originales». Por otra parte, de la resolución de remisión resulta que el envío de dichos productos a Bulgaria tuvo lugar sin el consentimiento de Canon. Por el contrario, IPN Bulgaria niega que se diera «importación». Al respecto, sostiene que un cliente establecido en Serbia le encargó los mencionados productos, de modo que su transporte destinado a este país a través del territorio búlgaro constituye un tránsito externo.

13 En cuanto al fondo, las partes discrepan acerca de si el titular de una marca está facultado para prohibir a un tercero que introduzca en el Espacio Económico Europeo (EEE) productos originales que llevan dicha marca sin su consentimiento.

14 Durante el procedimiento, el Varhoven kasatsionen sad (Tribunal Supremo de Casación) dictó una resolución interpretativa al respecto, determinando que el mero hecho de importar productos originales a partir de un Estado tercero sin el consentimiento del titular de la marca colocada en tales productos no constituye una infracción de los derechos conferidos por la marca.

15 Al albergar dudas acerca de la compatibilidad de dicha resolución interpretativa con el Derecho de la Unión, el Sofiyski gradski sad decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 5 de la [Directiva 89/104], en la medida en que confiere al titular de la marca el derecho exclusivo de prohibir a terceros el uso sin su consentimiento, en el tráfico económico, de cualquier signo idéntico a la marca, incluso

importar y exportar productos con ese signo, en el sentido de que los derechos del titular de la marca incluyen el derecho a prohibir que se use la marca, sin su consentimiento, en la importación de productos originales, [...] cuando los derechos del titular de la marca no estén agotados en el sentido del artículo 7 de [dicha] Directiva?»

Sobre la cuestión prejudicial

16 En virtud del artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, podrá resolver mediante auto motivado, remitiéndose a la jurisprudencia aplicable.

17 Procede señalar que ello es así por lo que atañe a la presente cuestión prejudicial.

18 Por una parte, por lo que respecta al concepto de «importación» en el sentido del artículo 5, apartado 3, letra c), de la Directiva 89/104, debe recordarse que, en la sentencia de 18 de octubre de 2005, *Class International* (C-405/03, Rec. p. I-8735, apartados 42 a 44), el Tribunal de Justicia declaró que, en los supuestos en que productos originales expedidos a un Estado miembro desde un Estado tercero aún no han sido puestos en libre práctica, sino que se sitúan bajo un régimen de depósito aduanero, no existe «importación» en el sentido de dicha disposición.

19 No obstante, el titular de la marca puede, en relación con dichos productos introducidos materialmente en el EEE, pero aún no puestos en libre práctica, alegar válidamente una vulneración de sus derechos exclusivos, con arreglo al artículo 5, apartados 1 y 3, letra b), de la Directiva 89/104, cuando está demostrado que dichos productos han sido objeto de una venta o de una oferta de venta que implica necesariamente su comercialización en el EEE (sentencia *Class International*, antes citada, apartado 58).

20 De conformidad con dichos principios, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si IPN Bulgaria pretende comercializar en el EEE los productos controvertidos en el litigio principal o bien oferta o vende dichos productos a otro operador que, necesariamente, los comercializará en el EEE (véase, por analogía, la sentencia *Class International*, antes citada, apartado 60).

21 En lo que atañe, por otra parte, a la cuestión, planteada en esencia por el tribunal remitente, de si el artículo 5 de la Directiva 89/104 debe interpretarse en el sentido de que el titular de una marca puede oponerse a la primera comercialización en el EEE, sin su consentimiento, de productos originales que llevan dicha marca, procede observar que de varias sentencias del Tribunal de Justicia se desprende una respuesta afirmativa a dicha cuestión.

22 El Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 26 de la sentencia de 16 de julio de 1998, *Silhouette International Schmied* (C-355/96, Rec. p. I-4799), que la Directiva 89/104 no puede interpretarse en el sentido de que deja a los Estados miembros la posibilidad de prever en su Derecho nacional el agotamiento de los derechos conferidos por la marca con respecto a productos comercializados en países terceros.

23 En sentencias posteriores, el Tribunal de Justicia señaló que, habida cuenta de la sentencia *Silhouette International Schmied*, antes citada, el efecto de la Directiva 89/104 es limitar el agotamiento del derecho conferido al titular de la marca únicamente en los supuestos en que los productos hayan sido comercializados en el EEE y permitir de este modo a dicho titular controlar la primera comercialización en el EEE de los productos que llevan su marca (sentencias de 20 de noviembre de 2001, *Zino Davidoff y Levi Strauss*, C-414/99 a C-416/99, Rec. p. I-8691, apartado 33; de 8 de abril de 2003, *Van Doren + Q*, C-244/00, Rec. p. I-3051, apartado 26, y de 30 de noviembre de 2004, *Peak Holding*, C-16/03, Rec. p. I-11313, apartado 36).

24 De ello deriva que, cuando unos productos que llevan una marca no han sido comercializados anteriormente en el EEE por el titular de dicha marca o con su consentimiento, el artículo 5 de la Directiva 89/104 confiere al mencionado titular un derecho exclusivo que le permite, entre otras cosas, prohibir a cualquier tercero importar tales productos, ponerlos a la venta, comercializarlos o conservarlos a estos efectos (véase la sentencia *Peak Holding*, antes citada, apartado 34).

25 De dicha jurisprudencia se desprende, en su conjunto, que, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente determinara, al término de la comprobación de los hechos referida en el apartado 20 del presente auto, que IPN Bulgaria pretende comercializar en el EEE los productos controvertidos en el litigio principal o bien ofrece o vende dichos productos a otro operador que, necesariamente, los comercializará en el EEE, apreciación de la que, en principio, resulta, habida cuenta de los elementos de hecho sobre los que no se registra discrepancia alguna en el litigio principal, que se trata de una primera comercialización en el EEE de productos originales sin el consentimiento del titular de la marca, procede aplicar la expresada jurisprudencia según la cual el mencionado titular puede oponerse a dicha comercialización.

26 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 5 de la Directiva 89/104 debe interpretarse en el sentido de que el titular de una marca puede oponerse a la primera comercialización en el EEE, sin su consentimiento, de productos originales que lleven dicha marca.

Costas

27 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

El artículo 5 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, debe interpretarse en el sentido de que el titular de una marca puede oponerse a la primera comercialización en el Espacio Económico Europeo, sin su consentimiento, de productos originales que lleven dicha marca.

ANEXO XXIX

PROCESO 023-IP-2010

Interpretación prejudicial de oficio de los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 122 y 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con fundamento en lo solicitado por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

Caso: DERECHOS DE OBTENTOR.

Actor: sociedad PIVEG DEL PERÚ S.A.C.

Proceso interno N°. 2121-2009.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en San Francisco de Quito, a los dieciséis días del mes de junio del año dos mil diez.

VISTOS:

La solicitud de interpretación prejudicial y sus anexos, remitida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, dentro del proceso interno N°. 2121-2009;

El auto de 9 de junio de 2010, mediante el cual este Tribunal decidió admitir a trámite la referida solicitud de interpretación prejudicial por cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 125 del Estatuto y con lo dispuesto en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal y;

Los hechos relevantes señalados por el consultante y complementados con los documentos incluidos en anexos.

a) Partes en el proceso interno.

Demandante: sociedad PIVEG DEL PERÚ S.A.C.

Demandado: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú, INDECOPI.

Tercero interesado: sociedad AGRÍCOLA BARRANCA S.A. (AGROBASA).

b) Hechos

1. El 21 de septiembre de 2001, AGRÍCOLA BARRANCA S.A. (Perú) interpuso acción por infracción a los derechos del obtentor contra PIVEG DEL PERÚ S.A.C. por la producción, propagación, introducción y ofrecimiento con fines comerciales, material de reproducción, o multiplicación de la variedad vegetal protegida BELLA FLOR APV N°. 1.

2. El 8 de febrero de 2002, la Oficina de Inventiones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI dictó las medidas cautelares de “inmovilización, cese de uso y la prohibición de importación de las semillas protegidas APV N°. 1 BELLA FLOR denominadas por la emplazada CELAYA (...)”.

3. Por Resolución N°. 0238-2003/OIN-INDECOPI, de 28 de febrero de 2003, la Oficina de Inventiones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI, decidió “Declarar FUNDADA la acción por infracción a los derechos derivados del Certificado de Obtentor inscrito con Registro N°. 001 interpuesta por AGRÍCOLA BARRANCA S.A. de Perú contra PIVEG DEL PERÚ S.A.C., de Perú (...). PROHIBIR a la empresa PIVEG del PERÚ S.A.C. la producción, reproducción, propagación, preparación con fines de reproducción, ofrecimiento, venta, importación y posesión de la variedad vegetal „Celaya” que corresponde al mismo material de la variedad protegida BELLA FLOR APV N°. 1, así como del material de reproducción, propagación o multiplicación de dicha variedad (...). CONVERTIR en definitiva las medidas cautelares (...)”.

4. Contra dicha Resolución, PIVEG DEL PERÚ S.A.C. interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI que, por Resolución N°. 0606-2003/TPI-INDECOPI, de 24 de junio de 2003, decidió: “CONFIRMAR la Resolución N°. 238-2003/OIN-INDECOPI (...)”.

5. PIVEG DEL PERÚ S.A.C. interpuso demanda contencioso administrativa, contra las Resoluciones antes citadas. Por Sentencia de Primera Instancia de 2 de setiembre de 2005, la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró “INFUNDADA LA DEMANDA (...)”.

6. Contra dicha Providencia PIVEG DEL PERÚ S.A.C. interpuso recurso de apelación, sin embargo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú que, por providencia de 29 de setiembre de 2006, no conoció la apelación y declaró NULA la Sentencia impugnada ordenando que el Juez A-quo expida nueva resolución con arreglo a la ley.

7. De esta manera, la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de la República del Perú, el 20 de marzo de 2007, emitió la Resolución número veinte, en la que “DECLARARON FUNDADA la demanda (...) en consecuencia NULA la Resolución N°. 0606-2003/TPI-INDECOPI (...)”.

8. Contra dicha Sentencia el INDECOPI y AGRÍCOLA BARRANCA S.A. interpusieron recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, que por Sentencia de 25 de marzo de 2009, revocó la sentencia apelada de 20 de marzo de 2007.

9. Contra esta última Sentencia, PIVEG DEL PERÚ S.A.C. interpuso recurso de casación.

10. Por Auto Calificatorio del Recurso Casación 2121-2009, de 2 de noviembre de 2009, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, al conocer el recurso de casación, manifestó que “(...) resulta necesario suspender la programación de la vista de la causa, a efectos de solicitar el informe a dicho Tribunal, lo que va a coadyuvar a dilucidar la controversia (...)”.

CONSIDERANDO:

Que, este Tribunal es competente para interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros, siempre que la solicitud provenga de un Juez Nacional también con competencia para actuar como Juez Comunitario, como lo es, en este caso, el Tribunal Consultante, en tanto resulten pertinentes para la resolución del proceso, conforme a lo establecido por el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (codificado mediante la Decisión 472), en concordancia con lo previsto en los artículos 2, 4 y 121 del Estatuto del Tribunal (codificado mediante la Decisión 500);

Que, las normas objeto de la interpretación prejudicial forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, conforme lo dispone el literal c) del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;

Que, en vista de que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, solicita interpretación prejudicial al conocer el caso en Recurso de Casación, es decir, recurso extraordinario que no constituye la última instancia ordinaria, el Tribunal, de acuerdo a lo facultado por la normativa comunitaria, de oficio, interpretará los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 122 y 123 de su Estatuto;

Que, conforme a lo facultado por la normativa comunitaria, el Tribunal considera que, de oficio, se deben interpretar los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 122 y 123 de su Estatuto; y,

Que, el texto de las normas objeto de la interpretación prejudicial es el siguiente:

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

“(...)”

De la Interpretación Prejudicial

Artículo 32.- Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad

Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

Artículo 33.- Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el Juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el Juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.(...)”.

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
“(...)”

Artículo 122.- Consulta facultativa

Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el Juez deberá decidir el proceso.

Artículo 123.- Consulta obligatoria

De oficio o a petición de parte, el Juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.
(...)”.

1. De la interpretación prejudicial del Ordenamiento Comunitario Andino.

De las disposiciones previstas en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se desprende que es de la competencia de este órgano jurisdiccional supranacional la interpretación, por vía prejudicial, del ordenamiento jurídico de la Comunidad, mientras que la

aplicación de dicho ordenamiento, en las causas sometidas válidamente al conocimiento de los Tribunales de los Estados Miembros, al igual que la interpretación y aplicación del respectivo ordenamiento jurídico nacional, así como el examen y valoración de los hechos controvertidos en aquellas causas, corresponden a los Tribunales competentes de cada uno de dichos Estados.

La competencia de este órgano jurisdiccional, en el ámbito de la consulta prejudicial, se funda en la necesidad de garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma comunitaria en el ámbito de cada uno de los Estados Miembros. Por ello, de admitir la consulta que formule el Tribunal Nacional, este Tribunal de Justicia deberá pronunciarse a su respecto mediante la expedición de una providencia en que se limitará a precisar el contenido y alcance de la norma comunitaria, no de la norma nacional, relativa al caso concreto. De este modo, el órgano jurisdiccional comunitario contribuye con el órgano jurisdiccional nacional en la configuración de la sentencia que éste habrá de dictar, en la causa sometida a su conocimiento, con el objeto de asegurar en ella la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la Comunidad.

Dictada la providencia interpretativa y transmitida al órgano jurisdiccional consultante, éste deberá acogerla en la sentencia que pronuncie, toda vez que se trata de una obligación prevista en un tratado integrante del ordenamiento jurídico fundamental de la Comunidad Andina, cual es el Tratado de Creación de su Tribunal de Justicia. Y puesto que los órganos jurisdiccionales nacionales constituyen parte orgánica y funcional de los Estados Miembros, el incumplimiento de la obligación citada constituiría una infracción del ordenamiento comunitario imputable al respectivo Estado Miembro.

En efecto, por mandato del Tratado, "(...) los jueces nacionales que conozcan en un proceso de alguna norma comunitaria que deba ser aplicada por ellos en un juicio interno, deben pedir al Tribunal Andino la interpretación de dicha norma (...)". (Proceso 10-IP-94, publicada en la G.O.A.C. N° 177, de 20 de abril de 1995, caso: Nombres de publicaciones periódicas, programa de radio y televisión y estaciones de radiodifusión, criterio reiterado en el Proceso 01-IP-2002, publicado en la G.O.A.C. N° 786, de 25 de abril de 2002, caso: JOHANN MARIA FARINA).

Por tanto, la interpretación prejudicial no es ni puede asimilarse a una prueba, tampoco es la simple absolución de un cuestionario, ni está llamada a constituirse en un informe de expertos o en una opinión jurídica de tipo doctrinal.

2. De la consulta facultativa y de la consulta obligatoria.

El caso concreto versa sobre la falta de solicitud de interpretación prejudicial en última instancia ordinaria, por lo tanto, el Tribunal considera importante referirse a la oportunidad en la que debe solicitarse la interpretación prejudicial. Cualquier Juez de un País Miembro puede, de oficio o a petición de parte, solicitar a este Tribunal de Justicia la interpretación de los principios y normas

que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina —contenidas en el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; en el Tratado de Creación del Tribunal y sus Protocolos Modificatorios; en las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión; en las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad; y en los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros en el marco del proceso de integración andina—, en todos aquellos casos en que el citado ordenamiento deba ser aplicado o sea controvertido por las partes en un proceso interno.

Se conoce como consulta facultativa, aquella que podrán solicitar los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno, cuando en el proceso interno que están conociendo deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria. Dicha solicitud podrá realizarse incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal Comunitario sobre la cuestión debatida en el proceso interno (...) (Proceso 07-IP-89, publicado en la G.O.A.C. N° 53, de 18 de diciembre de 1989, caso: patente de invención solicitada por CIBA-GEIGY A.G.,) o sobre casos similares o análogos (Caso: Aktiebolaget VOLVO, ya citado).

Por otra parte la consulta obligatoria se da a propósito de la solicitud que deben realizar los órganos judiciales nacionales, al Tribunal Comunitario, dentro de un proceso interno donde deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria y la sentencia que lo resuelve sea de única o última instancia, el Tribunal se manifestó en los términos siguientes: “Resulta claro entonces el alcance de esta norma en el sentido de que si los recursos que existan, según el derecho interno, no permiten revisar la aplicación que se haga de la norma comunitaria, tales recursos no deben ser tenidos en cuenta para determinar si la solicitud de interpretación es obligatoria o tan sólo facultativa. En otros términos, únicamente la existencia de un recurso en el derecho interno que permita revisar la interpretación de la norma aplicable convierte en facultativa la solicitud de interpretación prejudicial la que, en principio, resulta obligatoria” (Proceso 03-IP-90, publicado en la G.O.A.C. N° 70, de 15 de octubre de 1990, caso: NIKE INTERNATIONAL).

En cuanto a la obligatoriedad de la solicitud de interpretación prejudicial, este Órgano Jurisdiccional reitera que “La interpretación que realiza el Tribunal es para cada caso concreto por lo que la „teoría del acto claro“ no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino” (Proceso 04-IP-94, publicado en la G.O.A.C. N° 189, de 15 de septiembre de 1995, caso: EDEN FOR MAN (etiqueta)).

En los casos en que la consulta de interpretación prejudicial es obligatoria — jueces nacionales de única o de última instancia ordinaria—, el planteamiento de la solicitud lleva consigo la suspensión del proceso interno hasta el pronunciamiento del Tribunal comunitario, el cual se constituye en un presupuesto procesal de la sentencia (Proceso 06-IP-99, publicado en la G.O.A.C. N° 468, de 12 de agosto de 1999, caso: HOLLYWOOD LIGHTS) que debe tener presente el Juez nacional antes de emitir su fallo (Caso: Nombres de

publicaciones periódicas, programa de radio y televisión y estaciones de radiodifusión, ya citado), y cuya inobservancia puede derivar en acciones de incumplimiento y vicios procesales (Proceso 11-IP-96, publicado en la G.O.A.C. N° 299, de 17 de octubre de 1997, caso: BELMONT).

En efecto, en el caso de la consulta obligatoria, cuando no cabe un recurso ulterior, la inobservancia del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debería acarrear su nulidad, si es que dicha sentencia puede ser materia de un recurso de casación o de un recurso de amparo, toda vez que las normas que garantizan el derecho al debido proceso son de orden público y de ineludible cumplimiento. Cabe señalar que, a razón de los principios de aplicación inmediata y efecto directo de las normas de derecho comunitario, éstas pasan a formar parte del ordenamiento interno de los Países Miembros, sin necesidad de ninguna fórmula de incorporación o de recepción, generándose así para el Juez nacional la obligación de cumplirla y aplicarla.

En este sentido, la suspensión del proceso y la consiguiente solicitud de interpretación prejudicial (cuando es obligatoria) constituye un requisito previo e indispensable para que el Juez pueda dictar sentencia toda vez que él “no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias”. Este “requisito previo” debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo y cuyo incumplimiento debe ser visto como una violación al debido proceso.

3. De la oportunidad de la solicitud de interpretación prejudicial.

La solicitud puede formularse en cualquier tiempo, antes del pronunciamiento de la sentencia definitiva (Caso “Aktiebolaget VOLVO”, ya citado), aunque, a los efectos de lograr una comprensión in toto de la cuestión debatida conviene que aquélla se lleve a cabo después de haberse oído a las partes, de modo que el Juez nacional tenga los elementos de juicio necesarios para resumir, en dicha solicitud, el marco fáctico y jurídico del litigio.

4. De los requisitos de la solicitud de interpretación prejudicial.

La solicitud del Juez nacional debe motivarse de manera resumida pero completa, a objeto de que el Tribunal alcance una comprensión de conjunto del tema sometido a consulta. Por ello, dicha solicitud debe incluir un informe sucinto de los hechos que el consultante considere relevantes, la relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere, así como las alegaciones formuladas en torno a su aplicación. Además, la solicitud deberá ir acompañada de una copia de los documentos necesarios que sustenten el informe de los hechos y de las disposiciones aplicables, todo ello con el objeto de hacer útil al Juez nacional la interpretación prejudicial que emane del Tribunal comunitario. De otro modo, la citada interpretación podría alcanzar tal grado de generalidad y abstracción que resultaría inútil, en consecuencia, tanto para decidir el caso concreto como para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario (Proceso 30-IP-99,

publicado en la G.O.A.C. N° 497, de 18 de octubre de 1999, caso: DENIM).

5. De la competencia del Tribunal Comunitario.

Requerida la interpretación prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la determinación de las normas pertinentes a interpretar. En consecuencia, el Tribunal podrá establecer si interpreta la totalidad de las normas solicitadas, o si, según su pertinencia para el caso concreto, suprime la interpretación de unas o agrega la de otras. Además, podrá absolver las consultas en el orden de prelación que estime conducente (Proceso 01-IP-94, publicado en la G.O.A.C. N° 164, de 2 de noviembre de 1994, caso: MC POLLO SU POLLO RICO).

6. De las obligaciones del Juez Consultante.

Una vez notificada la interpretación prejudicial al Juez nacional, éste deberá continuar la tramitación del proceso interno y, en su sentencia, adoptar el pronunciamiento del Tribunal comunitario (Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal). Además, según lo dispone el artículo 128, tercer párrafo, del Estatuto del Tribunal, deberá remitir a éste la sentencia que dicte en cada uno de los casos que haya sido objeto de interpretación. (Criterios reiterados en los Procesos 91-IP-2002 y 97-IP-2002, publicados en la G.O.A.C. N° 912, de 25 de marzo de 2003, caso: ALPIN y ALPINETTE, respectivamente).

Es necesario aclarar que, el hecho que el Juez de un País Miembro no solicite interpretación prejudicial cuando ésta es obligatoria, constituye un incumplimiento por parte del País Miembro respecto de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, siendo este incumplimiento susceptible de ser demandado a través de una acción de incumplimiento, de acuerdo a los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación de este Tribunal y 107 y siguientes de su Estatuto.

7. Caso concreto.

En consecuencia, en la primera instancia judicial, la Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, estaba habilitada para solicitar una interpretación prejudicial de carácter facultativo; sin embargo, cuando la demandante sociedad PIVEG DEL PERÚ S.A.C. interpuso recurso de apelación ante la segunda instancia, es decir, ante la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República del Perú, ésta se encontraba obligada a solicitar la interpretación prejudicial respectiva ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; ya que el recurso de casación es un recurso extraordinario y no una instancia adicional.

Es pertinente advertir que, por regla general, el recurso de casación no puede ser considerado como una nueva instancia, por lo que no se pueden introducir hechos nuevos en el debate ni tampoco discutir los problemas fácticos de la sentencia.

Al respecto, este Tribunal estima necesario aclarar que el artículo 123 del

Estatuto del Tribunal debe entenderse referido en todo momento al ámbito judicial ORDINARIO, donde el Juez Nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia ordinaria, que no fuere susceptible de recursos ordinarios en derecho interno, salvo para el recurso extraordinario de casación que podría anularla cuando no se haya cumplido con dicha obligación y devolverla a esa instancia, a fin de que cumpla con solicitar dicha interpretación y emitir un nuevo fallo.

En el presente caso, cabe precisar que este Tribunal no ha interpretado los artículos 23 y 24 de la Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, ya que dicha interpretación debió ser solicitada por el Juez de primera instancia o el Juez de última instancia ordinaria.

En virtud de lo anteriormente expuesto,

**EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA
CONCLUYE:**

La consulta de interpretación prejudicial es obligatoria para los Tribunales Nacionales de última instancia ordinaria que deban conocer sobre la aplicación de algunas de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina y, deberán suspender el procedimiento mientras el Tribunal Comunitario precise el contenido y alcance de las normas interpretadas. Por lo tanto, en el presente caso, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, órgano de segunda y última instancia en el caso concreto, se encontraba obligada a solicitar la interpretación prejudicial respectiva ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial cuando dicte sentencia dentro del proceso interno N°. 2121-2009, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 128, párrafo tercero, del Estatuto del Tribunal.

NOTIFÍQUESE y remítase copia de la presente interpretación a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Leonor Perdomo Perdomo
PRESIDENTA

Carlos Jaime Villarroel Ferrer
MAGISTRADO

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Isabel Palacios Leguizamón
SECRETARIA

Proceso 023-IP-2010