CC BY NC ND

La cuestión prejudicial europea en evolución: necesaria motivación para omitirla e instrumentos para su efectivo planteamiento

The evolving European question for a preliminary ruling: necessary motivation to omit it and instruments for its effective approach

EDORTA COBREROS MENDAZONA*
Universidad del País Vasco, UPV/EHU
e.cobreros@ehu.eus
ORCID: 0000-0001-9760-596X

DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.126.2023.03

LABURPENA: Duela berrogei urte baino gehiago, *Cilfit Epaiak* auzi prejudiziala interpretatu zuen, eta, nahiz eta oraindik ere interpretazio haren muinak bere horretan segitu, *Consorzio Epaiak*, zeina oraintsuago eman baita, berriren bat ekarri du motibatzeko eskakizunaren inguruan, eta eskakizun horrek CDSER 47. artikuluak bermatzen duen oinarriko eskubidearekin duen loturaren inguruan. Baina hura bermatzeko maila desberdinetan dauden mekanismoek, ezbairik gabe, zailtasun aplikatiboak dituzte.

HITZ GAKOAK: Arazo prejudizial. *Cilfit. Consorzio*. Motibazio. Benetako babes judizial.

ABSTRACT: The relevance of the question referred for a preliminary ruling was interpreted more than forty years ago by the *Cilfit judgment* and, although the core of such interpretation is maintained, the most recent *Consorzio judgment* has provided something new in terms of the requirement of motivation and its connection with the fundamental right guaranteed by art. 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. However, the mechanisms for ensuring this at the different levels show some undeniable difficulties of application.

KEYWORDS: Preliminary ruling. *Cilfit. Consorzio*. Motivation. Effective legal protection.

---

* Del Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco IT1699-33.

RESUMEN: La pertinencia de la cuestión prejudicial fue interpretada hace más de cuarenta años por la *Sentencia Cilfit* y, aunque el núcleo de tal interpretación se mantiene, la más reciente *Sentencia Consorzio* ha aportado alguna novedad en cuanto a la exigencia de motivación y a su conexión con el derecho fundamental garantizado por el art. 47 CDFUE. Ahora bien, los mecanismos que en diversos niveles existen para garantizarla presentan innegables dificultades aplicativas.

PALABRAS CLAVE: Cuestión prejudicial. *Cilfit. Consorzio*. Motivación. Tutela judicial efectiva.

Trabajo recibido el 8 de mayo de 2023
Aceptado por el Consejo de Redacción el 19 de mayo de 2023

Sumario: I. La cuestión prejudicial de la Unión Europea se mueve algo.— II. Últimas adiciones a la *Doctrina Cilfit* y la (¿nueva?) obligación de motivar el no planteamiento de la cuestión prejudicial.—III. Instrumentos en el Derecho de la Unión al servicio del cumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial: 1. El recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia. Posibilidades y limitaciones. 2. La exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por el incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea. Posibilidades y dificultades.—IV. La revisión de las sentencias dictadas sin plantear cuestión prejudicial, con especial referencia al recurso de amparo.—V. El recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.—VI. Algunas consideraciones sobre el estado actual de la cuestión prejudicial, la motivación para no activarla y su implementación.—VII. Bibliografía citada.

I. La cuestión prejudicial de la Unión Europea se mueve algo

Existente desde los inicios mismos de las Comunidades Económicas Europeas, el mecanismo de la cuestión prejudicial ha sido y sigue siendo de enorme importancia en el Derecho de la Unión Europea. Y lo es tanto por su profusa utilización, como por su relevancia en la construcción del ordenamiento europeo.

Sobre el reenvío prejudicial se ha escrito mucho y bien —también entre nosotros—, pero ciertos matices que han ido surgiendo últimamente abonan la pertinencia y utilidad de volver sobre el mismo, aunque de entrada se advierte ya que no puede esperarse novedad espectacular alguna, sino matizaciones, como acaba de señalarse. Así, podemos constatar que el Tribunal de Justicia ha aportado alguna precisión en la interpretación del art. 267 TFUE y, además, podemos ratificar que la relevancia de este precepto del Derecho originario sigue trascendiendo los límites del ordenamiento de la Unión Europea, repercutiendo indudablemente tanto en los derechos estatales como en el ámbito de aplicación del Convenio Europeo de Derecho Humanos.

La omisión del reenvío allí previsto, como veremos a continuación, pone en juego un derecho fundamental, cual es el de la tutela judicial efectiva, garantizado a diversos niveles: en las constituciones de diversos Estados miembros (para nosotros, en el art. 24 CE), en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y en el art. 6 del Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH).

En cualquier caso, conviene adelantar que los mecanismos existentes para hacer efectivo su cumplimiento no resultan especialmente operativos, como también tendremos oportunidad de constatar.

Es esto lo que se intentará analizar a continuación, pues dar cuenta del estado actual de la cuestión, puede tener algún valor de clarificación.

II. Últimas adiciones a la *Doctrina Cilfit* y la (¿nueva?) obligación de motivar el no planteamiento de la cuestión prejudicial

Como se acaba de señalar, mucho se ha dicho sobre este mecanismo de la cuestión prejudicial, recogido actualmente en el art. 267 TFUE y que permanece prácticamente inalterado desde el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957) (1). Lo que más nos interesa ahora es la *obligación* de plantearla por parte de los tribunales nacionales que resuelven en última instancia (2).

Como es también harto sabido, la interpretación «canónica» de este artículo viene constituida, desde hace más de cuatro décadas, por la *Sentencia Cilfit (3),* que estableció los criterios para dilucidar cuándo están eximidos los tribunales nacionales de última instancia de dicha obligación de planteamiento (4), aunque puedan hacerlo siempre que lo esti-

(1) Es verdad que, inicialmente (1952), en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero la cuestión prejudicial era solo de validez (art. 41 TCECA), pero, a partir de la Comunidad Económica Europea (1957), ya lo fue también de interpretación, manteniéndose desde entonces prácticamente inalterada a excepción de la referencia originaria a la competencia sobre los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando así lo previesen sus normas —que figuraba como letra c) del art. 177 TCEE—, y del actual último apartado del art. 267 TFUE —referido a la brevedad con la que debe pronunciarse el Tribunal de Luxemburgo en el caso de haber alguna persona privada de libertad—, añadido por el Tratado de Lisboa (2009).

(2) Esta última referencia ya ha sido interpretada por el Tribunal de Luxemburgo —definitivamente, a partir de su *Sentencia Lyckeskog* (de 4 de junio de 2002, C-99/00), ratificada en la *Sentencia Intermodal* (de 15 de septiembre de 2005, C-495/03)— no en sentido orgánico (como referido solamente a los que ocupen la cúspide del diseño organizativo), sino atendiendo al caso concreto de que se trate, esto es, que el asunto no sea susceptible de ulterior recurso en el ordenamiento procesal de aplicación.

(3) De 6 de octubre de 1982, 283/81.

(4) Criterios justificativos del no planteamiento de la cuestión que son, como es bien conocido, los tres siguientes:

A) Su impertinencia, en el sentido de que la respuesta del Tribunal, cualquiera que fuera, no podría tener incidencia alguna en la solución del litigio *a quo* (aptdo. 10).

B) Cuando la cuestión sea materialmente idéntica a otra que ya haya sido objeto de decisión prejudicial en un supuesto análogo (aptdo. 13; recordando la previa *Sentencia Da Costa y otros*, de 27 de marzo de 1963, 28 a 30/62). E incluso, en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas, cuando hubiera una jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiera resuelto la cuestión de Derecho de que se trate, cualquiera que fuera la naturaleza de los procedimientos en los que se produjo (aptdo. 14). Que es lo que permite considerar la existencia de un *acto aclarado*, en terminología tomada del contencioso francés clásico y expresión profusamente utilizada por la doctrina a partir de entonces (pero que no aparece en esta *S. Cilfit*).

C) Finalmente, el supuesto más debatido es el del *acto claro*, es decir, aquel en el que la correcta aplicación del Derecho Comunitario pudiera imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna. Si bien para alcanzar tal conclusión el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros, así como al propio Tribunal de Justicia (aptdo. 16); a cuyos efectos, se añade que han de compararse las diversas versiones lingüísticas, todas ellas oficiales (aptdo. 18); teniendo en cuenta la existencia de terminología propia en el Derecho Comunitario y la eventual autonomía de sus conceptos jurídicos, con

men conveniente (que no haya obligación no quiere decir que esté vetado, sino que esa es una libre decisión del órgano jurisdiccional nacional interesado).

Si volvemos ahora a referirnos a esta conocida sentencia es por varias razones. En primer lugar, porque sigue vigente en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia, a la que este se remite desde sus orígenes hasta ahora, sin solución de continuidad (5). También porque —como veremos más adelante— en otros órdenes jurisdiccionales que han tenido que tratar esta vía prejudicial y, destacadamente, en todos los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta cuestión, junto a la disposición de Derecho originario (el art. 267 TFUE o su antecesor) aparece la referencia a la norma deducida en (y por) *Cilfit*. De tal manera que esta construcción jurisprudencial ha sido relevante también fuera del ámbito interpretativo del Tribunal de Luxemburgo. La última razón necesita un desarrollo un poco más extenso y atiende a una (relativamente) reciente sentencia de la Gran Sala, que contiene dos aspectos diferenciados, pero de amplio calado, ambos sobre la obligación de plantear la cuestión prejudicial interpretativa por parte de los tribunales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial (6). Se trata de la *Sentencia Consorzio Italian Management (7),* para la que el Abogado General Bobek propuso en sus Conclusiones una revisión radical de los criterios *Cilfit* y, en definitiva, un auténtico cambio de paradigma (8).

---

respecto a los de los derechos estatales (aptdo. 19) y haciendo la debida contextualización sistemática y temporal de las disposiciones de Derecho Comunitario (aptdo. 20).

(5) Véase, por ejemplo, la reciente *Sentencia Confédération paysane*, de 7 de febrero de 2023, C-688/21, aptdo. 36.

(6) Quedan, así, fuera de nuestro análisis tanto la cuestión prejudicial de validez como la cuestión prejudicial en los tribunales nacionales que no resuelven en última instancia [sin prejuicio de la referencia jurisprudencial que, a este último respecto, se hará en el apartado IV,A)].

(7) De 6 de octubre de 2021, C-561/19. Sentencia sobre la que, entre nosotros, pronto llamaron la atención SOLDEVILA FRAGOSO, S. (2021), en el editorial «El Tribunal de Justicia y la doctrina Cilfit: hasta que la muerte los separe», en *Actualidad Administrativa*, núm. 11, 2021; y ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2022), «The constitutional review of national courts' compliance with the obligation to refer preliminary questions after Consorzio Italian Management», en el blog de la *Review of European Administrative Law*, publicado con fecha de 28 de enero de 2022 (https://realaw.blog/2022/01/28/). Un comentario completo y sistemático en el trabajo de LACCHI, C. (2022), «Towards a more protection-oriented approach of the preliminary reference procedure: case note on Consorzio Italian Management, Catania multiservizi Spa V Rete Ferroviaria Italiana Spa, C-561/19», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 57, págs. 536-568.

(8) Conclusiones muy extensas y elaboradas —también polémicas—, presentadas el 15 de abril de 2021, pero de las que no procede aquí un análisis pormenorizado ni valorar sus aspectos positivos y negativos, sino que nos limitaremos a señalar los extremos más relevantes a nuestros efectos. La propuesta del Abogado General Bobek estaba basada en la inviabilidad aplicativa de los mencionados criterios y se apoyaba en cuatro anteriores intentos de cambio de rumbo también fallidos de otros tantos abogados generales: Jacobs (1997), Stix-Hackl (2005), Ruiz-Jarabo (2005) y Whal (2015), aunque con distinta fundamentación entre ellos.

Veamos, separadamente, tanto el aspecto de continuidad con *Cilfit* (probablemente, el mayoritario) como las novedades que aporta esta sentencia a los requisitos para la exención de plantear la cuestión prejudicial.

En una primera aproximación podemos decir, por una parte, que la *Sentencia Consorzio* no ha aceptado el envite lanzado por el Abogado General para despertar al «dragón durmiente» (9) de las excepciones *Cilfit* y modificarlas radicalmente, sino que las mantiene expresamente en vigor (aptdos. 33 y ss.). También hay que señalar que la responsabilidad de la decisión de plantear o no la cuestión prejudicial continúa recayendo, en exclusiva, en el órgano jurisdiccional que resuelve sin posibilidad de ulterior recurso de Derecho interno (aptdo. 35 y 50), ya que este no está vinculado por lo que digan —a favor o en contra de su planteamiento— las partes del proceso *a quo* (10). Sigue, pues, vigente que el mecanismo previsto por el art. 267 TFUE «es ajeno a toda iniciativa de las partes en el litigio principal» (11) y, por supuesto, no es una vía de recurso abierta a las mismas (aptdos. 53 y 54) (12).

Hasta aquí las continuidades. Seguidamente veremos alguna novedad en lo relativo al criterio del «acto claro» y, sobre todo, a la obligación de motivación en caso de su no planteamiento. En efecto, la *Sentencia Consorzio* aporta algunas precisiones o matizaciones novedosas y no constituye, por tanto, una pura reiteración de lo ya dicho hasta entonces. Veámoslas separadamente.

A) En relación con el supuesto del «acto claro» —que es aquel en el que la interpretación del Derecho de la Unión Europea se le impone al órgano jurisdiccional nacional sin lugar a duda razonable alguna—, ha dulcificado un poco la exigencia de comparación entre las diversas versiones lingüísticas (13), al explicitar ahora que no puede obligarse a un

(9) Así se ha traducido la metáfora utilizada por el Abogado General Bobek en sus Conclusiones citadas (aptdos. 2 y 174), que en el original inglés aparece como *sleeping dogs* y en la traducción francesa como *le chat qui dort*.

(10) Así, por ejemplo, hace ya mucho tiempo, la *Sentencia Mattheus*, de 22 de noviembre de 1978, 97/79, aptdo. 5, excluyó que el órgano jurisdiccional pudiese quedar vinculado por un eventual acuerdo entre los particulares en favor de la solicitud de decisión prejudicial.

(11) Según muy reiterada expresión y que podemos ver, con posterioridad a esta sentencia, en la *Sentencia Airbnb*, de 22 de diciembre de 2022, C-83/21, aptdo. 83.

(12) Este último aspecto le parecía al Abogado General una buena razón (más) para revisar en profundidad la *doctrina Cilfit* (aptdo. 112), recordando en nota un viejo Informe del Tribunal de Justicia en el que se proponía establecer un recurso adecuado para las infracciones del entonces artículo 177 CEE mediante la acción directa ante el Tribunal de Justicia por las partes del procedimiento principal o mediante una acción obligatoria por incumplimiento o mediante una acción indemnizatoria contra el Estado en beneficio de la parte perjudicada («Informe sobre la Unión Europea». *Boletín de las Comunidades Europeas*, Suplemento 9/75, pág. 18).

(13) Que ya hemos recordado en la nota 4 que aparecía como requisito expreso en la *S. Cilfit* (aptdo. 18).

órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia a realizar un examen de cada una de las versiones lingüísticas de la disposición de que se trate (aptdo. 44). Aunque se añade, inmediatamente, que dicho órgano jurisdiccional debe tener en cuenta las divergencias que le consten entre las versiones lingüísticas de dicha disposición, en particular *cuando las han expuesto las partes y han resultado acreditadas (14).*

El Tribunal de Justicia no lo señala, pero parece lógico suponer que esto responde a la nueva situación en la que se encuentra la Unión Europea, con 27 Estados miembros y en la que, cuando se acuñó la *doctrina Cilfit,* había 7 lenguas oficiales, mientras que, en la actualidad, son ya 24.

B) El planteamiento (o no) de la cuestión prejudicial hemos visto que es de la exclusiva responsabilidad del órgano jurisdiccional nacional y, en esto, la *Sentencia Consorzio* parece seguir la interpretación tradicional. Pero la actuación de las partes al respecto, si bien no le vincula, sí que puede tener su relevancia, pues —como acabamos de ver— estas pueden poner en su conocimiento y coadyuvar a la acreditación de las diversas versiones lingüísticas existentes para favorecer la comparación *Cilfit* y, con ello, contribuir a clarificar si existe una interpretación que no deja lugar a duda razonable alguna (15) o, por el contrario, poner de manifiesto una discrepancia que requiere una intervención del Tribunal de Luxemburgo, sobre lo que la sentencia explicita sus cautelas (16).

C) En fin, la novedad de mayor calado que aporta esta *Sentencia Consorzio* probablemente sea la conexión que establece entre la obligación establecida en el art. 267 TFUE para el planteamiento de la cuestión prejudicial interpretativa y el derecho al Juez establecido previamente por la ley, garantizado por el art. 47, párrafo segundo de la CDFUE (17); y, aun-

(14) Matización que conviene retener, por lo que a continuación se dirá.

(15) En este sentido, con gran expresividad, el Abogado General ya había señalado que ningún juez está obligado a salir en busca de problemas interpretativos, pero los que se le planteen, *en particular los invocados por las partes*, no pueden esconderse bajo la alfombra sin un adecuado razonamiento, simplemente declarando de manera lapidaria que todo está claro y no hay dudas razonables (Conclusiones, aptdo. 170).

(16) Así, cuando alerta sobre el supuesto en el que la existencia de líneas jurisprudenciales divergentes (dentro del mismo Estado o entre Estados diferentes) llegue a conocimiento del órgano jurisdiccional nacional, caso en el que este debe prestar especial atención para apreciar la posible inexistencia de una duda razonable acerca de la interpretación correcta y debe tener en cuenta, en particular, el objetivo perseguido por el procedimiento prejudicial, que no es otro que el de garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión (aptdo. 49).

(17) Artículo de la Carta que es el que, bajo el rótulo del «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», se corresponde con el art. 6.1 CEDH —a tenor de la *Explicación* que debe guiar su interpretación (según el art. 52.7 de la propia CDFUE)— y que establece que «[t]oda persona tiene

que el Tribunal no precisa a cuál o cuáles de las garantías ahí contenidas se remite (18), parece lo más lógico que se refiera —con nuestra terminología— a la del juez predeterminado por la ley. De esta conexión entre ambos preceptos del Derecho originario deducirá que, cuando el tribunal nacional decide no plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, porque considera que concurre alguna de las *causas Cilfit*, la fundamentación de su resolución debe poner de manifiesto cuál de ellas se produce en el caso (19).

Esta relación entre los arts. 267, apartado tercero TFUE y 47, párrafo segundo CDFUE sí que es, indudablemente, una novedad y puede estar «cargada de futuro», por cuanto que la obligación *objetiva* del órgano jurisdiccional de plantear cuestión prejudicial se relaciona inescindiblemente con el derecho *subjetivo* de las partes a la tutela judicial efectiva impartida por el juez establecido por la ley (20).

Aunque la obligación de motivación que esta sentencia deduce de la misma quizá lo sea un poco menos. En primer lugar, porque podría considerarse implícita en la construcción *Cilfit*: si ahí se detallan los tres (únicos) supuestos en los que es posible no elevar la cuestión prejudicial, va de suyo que habría que justificarlo así y eso solo puede hacerse con una debida motivación. Además, también podríamos encontrar algún rastro anterior en el propio Tribunal de Justicia (21).

---

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».

(18) El Abogado General tampoco ayuda en este punto, pues se limita a señalar que «aun cuando es probable que el deber de motivación se derive directamente de la legislación nacional aplicable, también lo impone el Derecho de la Unión en virtud del artículo 47 de la Carta» (Conclusiones, aptdo. 171).

(19) Exactamente lo dice así: «del sistema instaurado por el artículo 267 TFUE, interpretado a la luz del artículo 47, párrafo segundo, de la Carta se deduce que (...) la fundamentación de su resolución debe poner de manifiesto» alguna de las tres razones *Cilfit*, exoneradoras de la obligación de planteamiento (aptdo. 51). En este sentido, LACCHI, C. (2022, pág. 564) opina, acertadamente, que el deber de motivación por parte del tribunal de última instancia que decide no plantear cuestión prejudicial no se respetaría con una referencia genérica a *Cilfit*.

(20) En este sentido, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D. (2022), *El Derecho de la Unión Europea*, M. Pons, Madrid, 4.ª edic. pág. 466, señala acertadamente la relevancia de la conexión con este art. 47 CDFUE «como una primera muestra de una posible "subjetivización" de la cuestión prejudicial».

(21) Así, en las Conclusiones del Abogado General Bot, presentadas en el *as. Ferreira da Silva*, el 11 de junio de 2015, C-160/14, podemos leer que la *S. Cilfit* «impone a los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia un deber de motivación acrecentado en los supuestos en que se abstengan de plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia» (aptdo. 90). O, menos explícitamente, en la *Sentencia Association France Nature Environnement*, de 28 de julio de 2016, C-379/15, ya se señaló que la ausencia de duda razonable para no plantear cuestión prejudicial «debe haber resultado probada de forma fehaciente» (aptdo. 52), lo que parecería exigir un razonamiento *ad hoc*.

Incidentalmente podemos señalar que, para esta (relativamente) nueva obligación de motivación judicial —la de fundamentar concretamente por qué se omite el planteamiento de la cuestión prejudicial, se insiste—, el Tribunal de Justicia no menciona las Conclusiones del Abogado General (22), ni las similares obligaciones que se exigen por diversos Estados miembros (en razón de sus condicionamientos constitucionales internos) (23), ni siquiera lo establecido al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando ha enjuiciado demandas a este respecto bajo el prisma del art. 6.1 CEDH (24), datos todos ellos que el Tribunal de Luxemburgo obviamente no ignora.

Y también llama la atención que, pese a lo innovador e importante de esta obligación de motivar, la *Sentencia Consorzio* no la lleve a su parte declarativa final (25).

En cualquier caso, lo destacable es que, con esta interpretación de la Gran Sala, la omisión de motivación en estos casos compromete directamente un derecho fundamental del ordenamiento de la Unión, como es la tutela judicial efectiva. Y, con ello, se alinea tanto con diversas jurisdicciones constitucionales como con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Cosa diversa es qué posibilidades de reacción existen para el caso de omisión indebida del planteamiento de la cuestión prejudicial. A este propósito, veremos el recurso por incumplimiento que puede instar la Comisión ante el Tribunal de Justicia, la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado, los recursos internos ante nuestros tribunales (destacadamente, el de amparo) y, finalmente, nos referiremos a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo.

---

(22) En cuyos apartados 168 y ss. desarrolla con bastante meticulosidad la obligación de motivación *ad hoc*. Adviértase, asimismo que, según se recoge en el aptdo. 40 de estas Conclusiones, el Gobierno italiano también había considerado fundamental la motivación en caso de no planteamiento.

(23) En nuestro caso con una pionera sentencia dictada hace ya casi cinco años (anterior, por tanto, a esta *Sentencia Consorzio*), que así lo exigió y, precisamente, como núcleo de su doctrina casacional. Se trata de la STS de 17 de diciembre de 2018, a la que prestaremos atención en el apartado IV,A).

(24) Como veremos también en el apartado V. Sobre esta última omisión, que le parece bastante sorprendente, LACCHI, C. (2022, pág. 564) considera que podría deberse al interés del Tribunal de Justicia en reforzar su autoridad autónoma en relación con el Convenio de Roma en lo referente a la piedra angular de su sistema judicial.

(25) Lo que a LACCHI, C. (2022, pág. 565 y ss.), le lleva a presuponer que el Tribunal de Justicia prefiere dejar la puerta abierta a nuevos desarrollos al respecto. El Abogado General sí que recoge, en la parte propositiva de sus Conclusiones, la obligación de aportar los «motivos adecuados» para no hacerlo (aptdo. 181; a partir, eso sí, de su construcción alternativa a *Cilfit)*.

III. Instrumentos en el Derecho de la Unión al servicio del cumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial

1. El recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia. Posibilidades y limitaciones

Tratar la omisión del planteamiento de la cuestión prejudicial como objeto de un recurso por incumplimiento de un Estado miembro supone declarar la responsabilidad institucional de dicho Estado por el incumplimiento *judicial* de las obligaciones asumidas frente a la Unión Europea. Y esto conviene recordarlo ahora porque no ha sido un recorrido transitado por el Tribunal de Justicia sino hasta hace relativamente pocos años y en escasísimas ocasiones. Veámoslo, siquiera someramente, para captar mejor su alcance y significado (26).

Así, aun siendo numerosos los casos en los que la Comisión había apreciado la existencia de incumplimientos por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros —y no hace falta recordar ahora notorios episodios de contumaz resistencia por parte de alguna alta jurisdicción para aplicar el principio de primacía o, sobre todo, para plantear una cuestión prejudicial en orden a una correcta aplicación del Derecho de la Unión—, sin embargo la Comisión, con la destacadísima legitimación procesal que ostenta para demandar a un Estado ante el Tribunal de Justicia *ex* art. 258 TFUE, durante muchas décadas no había instado *nunca* un proceso por incumplimiento contra un Estado por una actuación jurisdiccional. Esto cambiará, no obstante, a partir de 2003.

En principio, nadie negaba que una actuación de un órgano jurisdiccional pudiera ser objeto de un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia fundado en el art. 258 TFUE; máxime desde que en fecha bien lejana, como es 1970, el Tribunal dejase claro que existe incumplimiento estatal (y es recurrible como tal a efectos de su formal declaración) sea cual fuere el órgano cuya actuación u omisión estuviera en el origen del incumplimiento del ordenamiento europeo, «incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente» (27). Sin embargo, la Comisión se negaba muy conscientemente a demandar a los Estados por el incumplimiento de sus órganos jurisdiccionales, fundamentándolo en su convicción de que no constituía la base más apropiada para una *cooperación* entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de

(26) Este proceso puede verse, con detalle, en COBREROS MENDAZONA, E. (2015), *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel. Madrid, págs. 40-52.

(27) *Sentencia Comisión c. Bélgica*, de 5 de mayo de 1970, 77/69, aptdo. 15; y *Sentencia Comisión c. Italia*, de 18 de noviembre de 1970, 8/70, aptdo. 9.

Justicia (28). La no activación por parte de la Comisión del mecanismo de la declaración de incumplimiento estatal fue, pues, fruto de una muy consciente opción de política de integración (29).

Hay un momento, sin embargo, en el que la Comisión modificará su postura a este propósito. Así, finalizando 2003 (30), y si bien no se trataba de un supuesto de incumplimiento exclusivamente judicial, el Tribunal de Luxemburgo resolvería un recurso por incumplimiento que parecía denotar un cambio de actitud de la Comisión (31), pues el Tribunal de Justicia falló que la República Italiana había incumplido sus obligaciones al no modificar un determinado precepto legal que era interpretado y aplicado por la Administración y una parte significativa de los órganos jurisdiccionales, incluida la *Corte di Cassazione*, de un modo contrario al principio de efectividad (32). No se trata, por tanto, de un supuesto de incumpli-

(28) Véanse recogidas sus razones en COBREROS MENDAZONA, E. (2015, págs. 41 a 43).

(29) Hace ya tiempo, sin embargo, señaló premonitoriamente GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999), «Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 103, pág. 408, que la actitud de la Comisión era «expresión de una situación de prudencia puramente política, que puede —y probablemente debe— variar a medida que el grado de maduración del Derecho comunitario se incremente y asiente definitivamente».

(30) Para mayor precisión y exhaustividad habría que decir que, por esas fechas, la Comisión también inició un procedimiento por incumplimiento contra el Reino de Suecia debido al incumplimiento sistemático por parte del *Högsta domstolen* (su Tribunal Supremo) de la obligación de remisión prejudicial [véase el dictamen motivado 2003/2161 de la Comisión, de 12 de octubre de 2004 [C(2004)3899]]. Pero luego no pasó a la fase contenciosa del procedimiento. Lo destaca el Abogado General Wathelet en sus Conclusiones presentadas el 25 de julio de 2018, en el as. *Comisión c. Francia*, C-416/17, en la nota 2. *Vid.* la referencia al caso que hizo en su momento ALONSO GARCÍA, R. (2006), «Los tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 11.

(31) Era la *Sentencia Comisión c. Italia*, de 9 de diciembre de 2003, C-129/00, del Pleno del Tribunal de Justicia. Se trataba de un asunto relacionado con las dificultades existentes para obtener la devolución de los tributos recaudados contraviniendo las normas del Derecho de la Unión Europea, en el que la Comisión había demandado a la República Italiana para que el Tribunal de Justicia declarase el incumplimiento de sus obligaciones por mantener en vigor en el ordenamiento italiano un determinado precepto legal que, tal como lo interpretaban y aplicaban la Administración y los órganos jurisdiccionales, devenía contrario al Derecho supranacional. Como se advierte inmediatamente, la formulación del objeto del recurso no es inequívoca porque, junto a lo que parecería a primera vista el objeto inmediato del incumplimiento (la vigencia del precepto legal), se añade inmediatamente la interpretación operativa realizada tanto por la Administración como por los tribunales italianos. Pues bien, el Tribunal de Justicia estimará que la disposición legal debatida «es en sí misma neutra por lo que respecta al Derecho comunitario», razón por la cual su alcance habrá de determinarse teniendo en cuenta la interpretación que de ella hacen y aplican los órganos jurisdiccionales italianos. A estos efectos, y con palmario carácter principal o de doctrina general para este y futuros casos, el Tribunal de Justicia entiende que no se deben tomar en consideración ni decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, ni una interpretación que hubiera sido desautorizada por el órgano jurisdiccional supremo; sin embargo, la «situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste» (aptdos. 31 y 32).

(32) La referencia al mantenimiento o no modificación del precepto legal (que difumina un poco el incumplimiento *judicial* que aquí interesa) se entiende mejor si tenemos en cuenta —como señalaba el Abogado General Geelhoed en sus Conclusiones del 3 de junio de 2003 (aptdos. 50 a 61)—

miento judicial «químicamente puro», pero sí que su declaración lo incluye, con lo que no hay inconveniente en considerarla como la primera sentencia a tal respecto.

Unos años más tarde, en 2009, tenemos otro significativo pronunciamiento (33) en el que el Tribunal de Luxemburgo primeramente constatará que el Tribunal Supremo español dictó una sentencia en un recurso de casación para la unificación de doctrina (contra la que no cabía interponer recurso alguno) sin plantear una cuestión prejudicial con arreglo al art. 267 TFUE. Ahora bien, como la Comisión no había mencionado en su requerimiento el incumplimiento por omisión de la cuestión prejudicial, la sentencia no podrá tomarlo formalmente en consideración y, por lo tanto, tal «no planteamiento» quedará al margen del análisis del incumplimiento (aunque, nada veladamente, así lo venga a reconocer). Eso sí, después de analizar el Derecho de la Unión relativo al IVA, el Tribunal de Justicia concluirá que la interpretación sentada por el Tribunal Supremo resultaba contraria al ordenamiento supranacional (34). Se constata, pues, el incumplimiento judicial, pero no se analiza la omisión del planteamiento de la cuestión prejudicial —por el defectuoso planteamiento previo de la Comisión, se insiste—, aunque con claridad se deduce que, si así se hubiera hecho, la sentencia del Tribunal Supremo español habría sido distinta y acorde con el Derecho establecido por la Unión Europea.

Aun no tratándose de una sentencia de incumplimiento, sí procede destacar ahora que, en 2011, el Tribunal de Justicia recalcaría expresamente, aunque en abstracto, que «cuando un órgano jurisdiccional nacional comete una infracción del Derecho de la Unión, las disposiciones de los artículos 258 a 260 TFUE prevén la posibilidad de interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia para la declaración de ese incumplimiento por parte del Estado miembro interesado» (35).

---

que, a efectos de incumplimiento, el Estado se presenta ante el ordenamiento de la Unión como una unidad, lo que comporta que, frente a una jurisprudencia contraria al Derecho de la Unión Europea, siempre le cabe al legislador modificar la Ley estatal para evitar o corregir lo que, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, es un incumplimiento (sin que tal actuación, además, menoscabe en nada la independencia judicial).

(33) La *Sentencia Comisión c. España*, de 12 de noviembre de 2009, C-154/08, dictada sin Conclusiones del Abogado General (con lo que habrá de sobrentenderse que este incumplimiento judicial demandado no planteaba cuestión de Derecho nueva alguna, según el art. 20, *in fine* del ETJUE). *Vid* el comentario de SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUERO, D. (2012), «La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis», en *WPIDEIR (Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional)* núm. 13, espec. págs. 4 y ss.

(34) Pues, «si bien no cabe tomar en consideración decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo, la situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste» (aptdo. 126).

(35) Se trata del *Dictamen de 8 de marzo de 2011,* 1/09, aptdo. 87.

Finalmente, por ahora, tenemos una importante sentencia de incumplimiento en 2018, en el ámbito del impuesto de sociedades, en la que el Tribunal de Justicia, además de un incumplimiento «material» del Derecho de la Unión Europea, declara el incumplimiento de la República Francesa también porque su *Conseil d´Etat* (actuando como órgano jurisdiccional contencioso-administrativo que conocía en última instancia) se abstuvo de elevar la pertinente cuestión prejudicial de interpretación prevista en el art. 267 TFUE: le incumbía al citado *Conseil d´Etat* plantear la cuestión prejudicial con el fin de excluir el riesgo de una interpretación errónea del Derecho de la Unión, ya que la interpretación efectuada por el órgano jurisdiccional francés no se imponía con tal evidencia que no dejara lugar a duda razonable alguna, esto es, no había «acto claro» (36).

De este recorrido podemos deducir, entonces, que la Comisión ha hecho un uso muy moderado de su legitimación procesal *ex* art. 258 TFUE para perseguir el incumplimiento judicial del Derecho de la Unión, aunque no cabe duda de que ha comenzado a transitar por un terreno hasta hace poco intencionadamente ignoto para ella y, en consecuencia, para el Tribunal de Justicia.

En los tres casos mencionados —y valga esta observación en lo que valga—, se trataba de una materia muy sensible para el Derecho de la Unión Europea, como es la impositiva.

En fin, para comprender debidamente su alcance, no podemos olvidar que, aunque el Tribunal de Justicia haya detectado el incumplimiento de la obligación (llamémosla «formal») de remisión prejudicial, en todos los casos venía acompañado de un constatado incumplimiento «material» del Derecho de la Unión. Lo que hace pensar que no será tan fácil que la Comisión articule este recurso ante el Tribunal de Justicia cuando *solo* detecta el incumplimiento de la obligación establecida por el art. 267 TFUE (37). Pero tampoco sería absolutamente descartable, máxime si se apreciase un incumplimiento reiterado o sistemático por parte de alguna alta jurisdicción estatal. Es más, ahora parece una pura especulación, pero podría plantearse si (y cómo), en caso de incumplimiento o inejecución de la propia sentencia que declarase tal incumplimiento estatal —esto es, el del tribunal que resuelve en última instancia, que, indebidamente, no había planteado la o las correspondientes cuestiones pre-

(36) *Sentencia Comisión c. Francia*, de 4 de octubre de 2018, C-416/17, aptdos. 113 y 114, comentada, entre otros, por MARTÍN DELGADO, I. (2019), «Entre interpretación uniforme y garantía de correcta ejecución del Derecho de la Unión: la obligación de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia en el contexto del recurso por incumplimiento», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 69, espec. págs. 120 y ss.

(37) Claramente en favor del planteamiento del recurso por incumplimiento en estos casos —esto es, sin que se haya tenido que apreciar un incumplimiento «material» del Derecho de la Unión Europea—, MARTÍN DELGADO, I. (2019, págs. 148 y ss.).

judiciales y que continúa sin hacerlo— podría materializarse la previsión del art. 260.2 TFUE, es decir, la iniciación del procedimiento coercitivo del pago de una cantidad a tanto alzado o de una multa coercitiva (38). Muy improbable, por ahora, pero no imposible.

Hasta aquí lo (poco) jurisdiccionalmente actuado en materia de incumplimiento judicial de los estados miembros y recordando que, desde 2018, no se ha vuelto a producir actuación alguna a este respecto.

Además, en ningún momento podemos olvidar las evidentes limitaciones que tiene este recurso directo por incumplimiento en nuestro caso. En primer lugar, porque en la fase precontenciosa no resulta nada fácil un posible cese de la actuación (y la consiguiente desactivación del procedimiento), pues estamos ante una actuación u omisión estatal, la jurisdiccional, llevada a cabo por un órgano independiente, ajeno a cualquier injerencia externa y, por lo tanto, a cualquier iniciativa o intento del Gobierno a ofrecer a la Comisión. Además, con los tiempos de este recurso directo, parece lógico pensar que su inicio por la Comisión se materializase con el pleito *a quo* ya finalizado.

En segundo lugar, también se presentan serias objeciones en relación con las partes que han podido resultar perjudicadas por el incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea *sub specie* indebida omisión de la cuestión prejudicial. Así, estas nunca tienen legitimación ante Tribunal de Justicia, pues está reservada a la Comisión (39); que, como es bien sabido, decide libérrimamente tanto si inicia o no (y cuándo) el proceso precontencioso por incumplimiento como, luego, si plantea o no el correspondiente recurso ante el Tribunal de Justicia. Los particulares que consideren que un tribunal nacional de última instancia ha incumplido su obligación de articular la cuestión prejudicial no tienen acceso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para solicitar su tutela. Es más, frente a la negativa de la Comisión ante una solicitud de un particular de interposición de un recurso por incumplimiento, es jurisprudencia reiterada que no se puede activar el recurso por omisión del art. 265 TFUE contra la Comisión para declarar que tal negativa contraviene el Derecho de la Unión (40). Ahora bien, aun-

(38) Así lo ha planteado MARTÍN DELGADO, I. (2019, págs. 148 y ss.), cuando venga anudado a un incumplimiento «sustancial».

(39) Según el art. 258 TFUE, aunque teóricamente también lo puede hacer cualquier otro Estado, según el art. 259 TFUE.

(40) Así vienen inadmitiéndose todos los intentos al respecto, desde la ya antigua *Sentencia Star Fruit Company c. Comisión*, de 14 de febrero de 1989, 247/87, hasta el más reciente *Auto Pombo da Silva*, de 27 de junio de 2022, T-292/22, aptdo. 7. Lo que suele fundamentarse en que las personas físicas o jurídicas solo pueden acogerse al artículo 265 TFUE, párrafo tercero, para que se declare que una institución, un órgano o un organismo de la Unión se ha abstenido de adoptar, en violación del Tratado FUE, actos distintos de recomendaciones o dictámenes cuya legalidad podrían impugnar por los cauces del recurso de anulación. Y en el marco del procedimiento de declaración de incumplimiento, los únicos actos que la Comisión puede verse obligada a adoptar están dirigidos a

que esta es una postura muy arraigada tanto en la propia Comisión, que es la principal beneficiaria, como en el Tribunal de Justicia, que siempre la ha respaldado, tampoco habría que perder toda esperanza de un cambio interpretativo en el limitado sentido de que, ante una razonable solicitud de una persona interesada en demanda de la interposición de un recurso por incumplimiento en estos casos, la Comisión viniera obligada a razonar o motivar su negativa. Lo que alejaría toda sombra de arbitrariedad e incluso resultaría más coherente con la parte del «derecho fundamental a una buena administración», que establece «la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones» [art. 41.2,c) CDFUE]. No es mucho, pero esta exigencia de motivación sería, probablemente, un paso en la buena dirección.

Tampoco podemos olvidar que, si el Tribunal de Justicia estima la pretensión de la Comisión, la sentencia es obviamente obligatoria, pero se limita a declarar tal incumplimiento. Es el Estado el que la debe cumplir de manera inmediata, de forma eficaz y en el plazo más breve posible(41), pero el Tribunal de Justicia en ningún caso le puede decir al Estado incumplidor cómo debe ejecutar su sentencia y, mucho menos, esta anulará la actuación u omisión estatal constitutiva del incumplimiento. Lo que, en el caso que nos ocupa, significa que la sentencia que ha incumplido el Derecho de la Unión Europea no va a ser rescindida, salvo que en el Derecho interno haya una vía para revisar las sentencias que resulten contrarias al Derecho de la Unión Europea. Es más, en este ámbito, la fuerza de la cosa juzgada viene siendo muy respetada por el Tribunal de Justicia en favor del principio de seguridad jurídica(42). Lo más que cabe es la compensación por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado(43). Con lo que tal sentencia de incumplimiento puede ser relevante —sin que sea

los Estados miembros. Por otra parte, resulta del sistema establecido en el artículo 258 TFUE que ni el dictamen motivado, que solo constituye una fase previa a la eventual interposición de un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, ni el sometimiento del asunto al Tribunal de Justicia mediante la efectiva interposición de dicho recurso pueden constituir actos que afecten directamente a las personas físicas o jurídicas. La rotunda conclusión es que los particulares no pueden impugnar por la vía del recurso por omisión una abstención de la Comisión de incoar un procedimiento de declaración de incumplimiento contra un Estado miembro.

(41) Como viene proclamando el Tribunal de Justicia desde hace ya muchos años; así en la *Sentencia Comisión c. Italia*, de 5 de noviembre de 1986, 160/85, aptdo. 9.

(42) Entre las más recientes, por ejemplo, la *Sentencia Unicaja*, de 17 de mayo de 2022, C-869/19, aptdo. 32, y la *Sentencia Hoffman-La Roche*, de 7 de julio de 2022, C-261/21, aptdo. 51.

(43) Así, en la *Sentencia Telecom*, de 4 de marzo de 2020, C-34/19, aptdo. 71, se señala expresamente que el Derecho de la Unión no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a inaplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución judicial, aunque ello permitiera poner fin a una infracción de una norma jurídica de la Unión, pero eso no excluye que los interesados tengan la posibilidad de entablar una acción de responsabilidad frente al Estado con el fin de obtener por dicha vía una protección jurídica de los derechos que les ha reconocido el Derecho de la Unión. En el mismo sentido la *S. Hoffman-La Roche*, cit. en la nota anterior, aptdos. 58 y 59.

imprescindible ni resulte concluyente *per se*—, a efectos del buen fin de la vía resarcitoria; pero esta, aunque basada en el Derecho de la Unión Europea y construida por el Tribunal de Luxemburgo en su integridad, se articula y resuelve en el seno del ordenamiento estatal y no en el ámbito de aquel. Por eso la vemos, separadamente, a continuación.

2. La exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por el incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea. Posibilidades y dificultades

A diferencia del apartado anterior, en el que hemos abordado la responsabilidad *institucional* de los Estados ante la Unión en caso de incumplimiento de sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea, ahora tratamos de la responsabilidad *patrimonial* que surge frente a los particulares perjudicados por tal hecho. Aquella, a diferencia de esta, no se activa por la lógica del resarcimiento, que es la que interesa en este apartado. Además, el incumplimiento estatal frente a la Unión es de carácter objetivo, pues se refiere a cualquier tipo de incumplimiento de las obligaciones contraídas en los Tratados, mientras que el generador de la obligación de resarcimiento a los particulares dañados requiere de la existencia de otros requisitos específicos. En fin, los cauces jurídicos respectivos son radicalmente distintos: en el primer caso, tenemos el proceso declarativo de incumplimiento (*ex* arts. 258 a 260 TFUE) desarrollado ante el Tribunal de Justicia (al que acabamos de referirnos); mientras que en el supuesto que nos ocupa ahora su materialización se efectúa por las vías «internas» (esto es, las establecidas en y por cada Estado) para la reparación del daño así causado.

Como es bastante conocido, fue la *Sentencia Köbler*, en 2003, la que completó la elaboración jurisprudencial del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por su incumplimiento dañoso del Derecho de la Unión, pues con este pronunciamiento se extendió, finalmente, a un ámbito bien difícil, como es el de la actividad jurisdiccional de los Estados (44). Muy sintéticamente dicho, el Tribunal de Justicia reitera que el principio de la responsabilidad estatal por incumplimiento del Derecho de la Unión es inherente al sistema del Tratado y que tal principio es válido para cualquier supuesto, independientemente de cuál sea el órgano estatal incumplidor. Además, ya con referencia a la respon-

(44) *Sentencia Köbler* de 30 de septiembre de 2003, C-224/01. Ámbito en el que, además, ya hemos constatado que la Comisión había tenido una «política» muy prudente de no perseguir judicialmente (esto es, ante el Tribunal de Justicia) los incumplimientos de los Estados que fueran imputables a sus órganos judiciales (destacadamente, los que resuelven en última instancia).

sabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento judicial, explicita que, habida cuenta de la función esencial que desempeña el poder judicial en la protección de los derechos que los particulares deducen de las normas del Derecho de la Unión, la plena eficacia de dichas normas se mermaría y se reduciría la protección de los derechos que reconocen si los particulares no pudieran obtener una indemnización, en determinadas condiciones, cuando sus derechos resulten lesionados por una violación del Derecho de la Unión imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelva en última instancia (45).

Asimismo, esta sentencia considera que los tres requisitos para que un Estado esté obligado a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho de la Unión que les sean imputables son los mismos tres ya acuñados para entonces: que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento y el daño. Para ayudar en la delimitación de cuándo se produce una violación suficientemente caracterizada —o una infracción manifiesta, que son lo mismo— del Derecho de la Unión, en esta *Sentencia Köbler* el Tribunal de Justicia indica que habrá de tenerse en cuenta todos los elementos que caractericen la situación concreta y, en particular, los cuatro que ya adelantó en su *Sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame*: esto es, el grado de claridad y precisión de la norma, el carácter excusable o no del error de Derecho, la intencionalidad de la infracción y la posición adoptada por alguna institución de la Unión (46). Además, y esto tiene particular interés para el incumplimiento judicial, siempre habrá infracción manifiesta y grave del Derecho de la Unión «cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia» (47).

---

(45) *S. Köbler*, cit., aptdos. 30 a 33. Lo que ratifica con un argumento específico: un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia constituye por definición el último órgano ante el cual los particulares pueden alegar los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico comunitario y, si una violación de estos derechos por una resolución que ha adquirido firmeza de un órgano jurisdiccional de ese tipo normalmente ya no puede ser rectificada, no se puede privar a los particulares de la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado con el fin de obtener por dicha vía una protección jurídica de sus derechos (aptdo. 34). Como refuerzo argumentativo, trae a colación lo que sucede en el ámbito del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, en donde el Tribunal de Estrasburgo puede condenar a un Estado a reparar los daños que un comportamiento contrario al citado Convenio haya producido a las personas perjudicadas, incluidos los supuestos imputables a los órganos jurisdiccionales nacionales que resuelven en última instancia (aptdo. 49).

(46) Emblemática sentencia de 5 de marzo de 1996, C-45/93 y 48/93. Estos dos últimos elementos o criterios clarificadores se reiteran en contra de la opinión del Abogado General Tesauro, que no los consideraba pertinentes para el caso del incumplimiento judicial (aptdos. 54 a 56 de sus Conclusiones presentadas el 19 de enero de 1994).

(47) *S. Köbler*, cit., aptdo. 56 y *Sentencia Traghetti Mediterraneo*, de 13 de junio de 2006, C-173/03, aptdo. 35.

Pero a estos criterios ya asentados, el Tribunal de Justicia añade uno nuevo —que aquí interesa más— cual es, precisamente, el del incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales que resuelvan en última instancia (48). Este aspecto merece cierta atención porque ofrece mayores dificultades que las que presenta, por ejemplo, el caso de un Tribunal de última instancia de un Estado miembro que desconozca notoriamente una jurisprudencia del Tribunal de Justicia existente sobre el objeto sometido a su conocimiento y, en consecuencia, aplique incorrectamente el Derecho de la Unión Europea, lo que, en principio, sería un supuesto generador de la responsabilidad patrimonial del Estado no especialmente discutible ni complicado (o solo en la parte en la que hubiera de calificar de «manifiesto» dicho desconocimiento).

Esta *Sentencia Köbler*, sin embargo, no aporta precisión ulterior alguna para la determinación de cuándo existe —para este supuesto de incumplimiento de la obligación de plantear cuestión prejudicial, se insiste— una infracción manifiesta del Derecho de la Unión Europea constitutiva de una violación suficientemente caracterizada. El Abogado General, sin embargo, sí que explicitó algo más y señaló que es lógico y razonable considerar que el incumplimiento manifiesto de una obligación de plantear la cuestión prejudicial para una jurisdicción suprema es, por sí mismo, susceptible de originar la responsabilidad estatal (49).

En este sentido, parece claro que casos de incumplimiento «material» del ordenamiento de la Unión Europea podrán calificarse de constitutivos de una violación suficientemente caracterizada precisamente por venir agravados por el incumplimiento «formal» que supone la indebida omisión de la solicitud prejudicial por parte del órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia. Recuérdese, además, que es reiteradísima la jurisprudencia que señala que lo propio de la respuesta a una solicitud de cuestión prejudicial interpretativa es aclarar y precisar el significado y el alcance de la disposición del ordenamiento de la Unión, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada *desde el momento de su entrada en vigor* y que, por tanto, dicha disposición así interpretada puede y debe

(48) En el aptdo. 55. Téngase en cuenta que la construcción de la responsabilidad patrimonial de los Estados por su incumplimiento judicial se ha formulado por la jurisprudencia de Luxemburgo exclusivamente para las resoluciones que emanan de estos órganos, no de aquellos cuyos pronunciamientos sean susceptibles de recurso interno.

(49) Conclusiones presentadas por el Abogado General Léger el 8 de abril de 2003, precisando que no se produce, a su juicio, ni siquiera un incumplimiento (y, mucho menos, entonces, habrá que entender, una violación manifiesta de su obligación *ex* art. 267 TFUE, comprometedora de la responsabilidad patrimonial de su Estado) cuando el Tribunal estatal no ha planteado la cuestión prejudicial porque se ha atenido a una jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia y, sin embargo, más tarde este modifica su interpretación (aptdos. 144 a 148).

ser aplicada por el Juez nacional incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación (50). Esto es, que la cuestión prejudicial está llamada a tener efectos retroactivos o, dicho de otra manera y con directa referencia al caso que nos ocupa, que su indebida exclusión puede consolidar daños que no se habrían debido producir (51).

Obvio resulta —pero conviene advertirlo a los efectos que aquí interesan— que, aunque haya habido una incorrecta omisión de la obligación prevista en el art. 267 TFUE, si la interpretación «material» del ordenamiento de la Unión realizada por el Tribunal estatal resulta ser correcta (lo que puede venir adverado por un posterior pronunciamiento del Tribunal de Justicia en un proceso distinto), habrá habido, ciertamente, un incumplimiento «formal» del Tratado, pero a la resolución judicial de fondo no se le podrá achacar haber producido lesión alguna en los derechos conferidos al particular por el Derecho supranacional. Faltará, pues, la imprescindible relación de causalidad entre la omisión y el daño.

Hay, sin embrago, otra hipótesis más compleja de omisión del planteamiento de la cuestión prejudicial que podría pensarse que compromete la responsabilidad estatal. Pensemos, así, en un proceso en el que resulta decisiva la aplicación del Derecho de la Unión Europea, pero la interpretación de este se hace de manera contradictoria por las partes intervinientes —y razonablemente argumentada, podemos añadir— y, además, no existe pronunciamiento previo al respecto por parte del Tribunal de Justicia; pero el Tribunal estatal que resuelve en última instancia no plantea cuestión prejudicial, resolviendo según su propia interpretación del ordenamiento europeo (que puede ser la de alguna de las partes u otra tercera). La resolución final —se insiste— no tiene ni el respaldo ni el rechazo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por la sencilla razón de que esta no existe. Ha habido, pues, incumplimiento «formal» del Derecho de la Unión —puesto que la disposición supranacional era controvertida por las partes y no había sido aclarada previamente por el Tribunal de Luxemburgo—, pero no tenemos seguridad o certeza ni de que sea una aplicación correcta ni de que sea un incumplimiento «material» del ordenamiento europeo (aplicación incorrecta de algún precepto sustantivo).

En estas circunstancias, una parte que se considera lesionada, porque entiende que se ha producido un incumplimiento judicial del Derecho

(50) Prácticamente con estas mismas palabras lo dijo el Tribunal de Justicia hace más de cuatro décadas en la *Sentencia Denkavit*, de 27 de marzo de 1980, 61/79, aptdo. 17, y lo sigue diciendo en la actualidad, por ejemplo, en la *Sentencia LH,* de 22 de abril de 2021, C-485/19, aptdo. 71.

(51) A este respecto puede verse COBREROS MENDAZONA, E. (2016), «Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 105, págs. 67-112.

de la Unión Europea, articula formalmente su acción de indemnización. Para este caso, la solución podría venir por que el órgano jurisdiccional que conoce de la demanda indemnizatoria contra el Estado plantease, él mismo, una cuestión prejudicial para que el Tribunal de Justicia le aclare, autorizada y definitivamente, si la actuación del órgano jurisdiccional al que se le imputa el daño, con su interpretación y con su no planteamiento de cuestión prejudicial, ha incurrido en una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión.

Esto es lo que sucedió, cabalmente, en la *Sentencia Ferreira da Silva (52)*. Se trataba de un supuesto en el que un tribunal civil portugués se encuentra con una reclamación de indemnización por una interpretación y aplicación de una Directiva que había realizado el Tribunal Supremo de Portugal, sin plantear cuestión prejudicial al respecto, que se consideró incorrecta y dañosa por los afectados; con lo que, en el momento de ejercitar la acción indemnizatoria lo que había era una sentencia firme, por un lado, y las alegaciones de los demandantes, por otro, ambas argumentalmente contrapuestas, junto con el dato del no planteamiento de cuestión prejudicial. Ante esto, la Sala Civil que conocía del pleito indemnizatorio decidió, muy acertada y oportunamente, suspender el proceso y preguntar al Tribunal de Justicia sobre tres extremos relevantes en el asunto: si la interpretación de la Directiva efectuada por el Tribunal Supremo era incorrecta y, por tanto, suponía un incumplimiento del Derecho supranacional; si dicho Tribunal tenía que haber planteado la cuestión prejudicial *ex* artículo 267 TFUE; y si el requisito del ordenamiento portugués de la previa revocación de la resolución judicial que se considera lesiva resultaba contrario al principio de la responsabilidad patrimonial de los Estado por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea. Dejando a un lado la última pregunta, que aquí no interesa, la *Sentencia Ferreira da Silva* interpreta la Directiva en cuestión y de tal interpretación se desprende, *sensu contrario* y sin margen de duda alguna, que el Tribunal Supremo portugués no había aplicado correctamente la Directiva. Con esta primera intervención, el Tribunal que conoce de la demanda de indemnización tendrá ya fehaciente constancia de que el Tribunal Supremo portugués había incumplido el Derecho de la Unión Europea; pero falta aún la cualificación requerida para que tal incumplimiento genere el derecho a la indemnización, esto es, que constituya una violación suficientemente caracterizada. El Tribunal de Justicia

(52) De 9 de septiembre de 2015, C-160/14. Puede verse un comentario a esta sentencia, con incidencia también en lo relativo a la cuestión prejudicial, en COBREROS MENDAZONA, E. (2016), «Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (y en el reforzamiento de la cuestión prejudicial): la sentencia *Ferreira da Silva*», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, págs. 83 y ss.

no responderá de manera explícita si con ello se incurrió en una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión por parte del Tribunal Supremo portugués, pero sí dirá expresamente —para su consideración por el tribunal que debe resolver el pleito indemnizatorio, que es el que debe apreciar la concurrencia de todos los requisitos— que, en unas circunstancias como las del caso, el Tribunal Supremo portugués debía haber planteado la correspondiente cuestión prejudicial; con lo que podemos deducir razonablemente que su omisión pudo significar que la (mera) aplicación incorrecta del Derecho de la Unión Europea (esto es, su «simple» incumplimiento) la convirtió en una violación suficientemente caracterizada de este, con la consecuencia que ello acarrea para la responsabilidad patrimonial del Estado (53).

Así, pues, la omisión del planteamiento de la cuestión prejudicial puede «elevar» el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea al grado de violación suficientemente caracterizada del mismo a efectos de cumplir con el segundo de los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia para generar la responsabilidad patrimonial estatal. Pero aún cabría, en pura hipótesis, plantearse si la sola omisión del planteamiento de la cuestión prejudicial podría generar derecho a indemnización o, dicho de otra manera, cómo tratar una reclamación indemnizatoria basada, exclusivamente, en el incumplimiento del art. 267 TFUE (54). Parece, no obstante, una situación difícil de generar la responsabilidad patrimonial del Estado, porque —además del (tradicional) problema de la causalidad en estos casos de completa incertidumbre (y que debería disiparse como acabamos de ver que se hizo en el *caso Ferreira da Silva*)— habría que superar el primero de los requisitos establecidos por la jurisprudencia luxemburguesa, cual es el de que la norma conculcada tuviese por objeto conferir derechos a los particulares. Y, a este respecto, no resulta evidente que del art. 267 TFUE pueda decirse que tiene tal objeto; aunque,

(53) En la posterior *Sentencia Tomášová*, de 28 de julio de 2016, C-168/15, entre los criterios a utilizar para ver si existe esta violación suficientemente caracterizada se incluye expresamente el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero (aptdo. 25).

Sobre esta cuestión puede tener también algún interés el *arrêt* del Consejo de Estado francés, *asunto Kermadec*, de 1 de abril de 2022, núm. 443882, comentado por GRANGEON, J. (2023), en «La responsabilté de l'État du fait du juge suprême», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 1, págs. 51-70.

(54) En alguna ocasión se ha planteado la posible aplicación del concepto de «pérdida de oportunidad procesal» para este supuesto [*vid.* el planteamiento hecho en su momento por COBREROS MENDAZONA, E. (2015, págs. 145 y ss.); de similar manera, pero más recientemente, LACCHI, C. (2022, pág. 568, en nota)]. En las Conclusiones previas a la *Sentencia Köbler* el Abogado General sí reconocía, de manera expresa, alguna posibilidad resarcitoria (Conclusiones cit., aptdos. 144 a 148, que podemos completar con sus Conclusiones al *as. Traghetti Mediterraneo* presentadas el 11 de octubre de 2005, aptdos. 65 a 81), a título de daño *moral,* para lo que se apoyaba también en alguna jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (*vid.* el aptdo. 150 de las Conclusiones a *Köbler*).

desde otra perspectiva, es cierto que está en juego el derecho fundamental garantizado por el art. 47 CDFUE —como hemos visto que se ha admitido en la *Sentencia Consorzio*— y el Tribunal de Justicia ya ha dicho que este último artículo sí confiere derechos a los particulares (55).

Dicho todo esto, lo que no podemos es olvidar las consecuencias prácticas que esto supone en nuestro sistema, donde la reclamación indemnizatoria habrá de articularse a través de la nada sencilla vía del error judicial indemnizable (*ex* art. 292 y ss. LOPJ). Lo que implica que, para obtener la indemnización, la acción declarativa del error judicial habrá de sustanciarse ante la correspondiente Sala del Tribunal Supremo, este acceder a plantear la cuestión prejudicial al respecto (para clarificar si había habido o no incumplimiento «material» de una norma del Derecho de la Unión destinada a conferir derechos a los particulares) y, tras obtener la sentencia estimatoria, entablar a continuación la oportuna reclamación administrativa ante el Ministerio de Justicia (art. 293.2 LOPJ). Si esto no constituye una vía excesivamente difícil para la obtención del derecho a la indemnización, otorgado por el Derecho de la Unión, en el sentido del exigible principio de efectividad (56) —tan relacionado últimamente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 47 CDFUE—, no cabe duda de que, como mínimo, puede desalentar mucho su utilización.

IV. La revisión de las sentencias dictadas sin plantear cuestión prejudicial, con especial referencia al recurso de amparo

A) Hasta ahora nos hemos referido en todo momento a los órganos jurisdiccionales que resuelven sin posibilidad de ulterior recurso interno, porque son los únicos que están obligados al planteamiento de la cuestión prejudicial. Ahora tenemos que ampliar un poco el enfoque para hacer también referencia a aquellos otros que no tienen la última palabra en la interpretación y aplicación de la ley pero que sí tienen la facultad o posibilidad de elevar la cuestión al Tribunal de Luxemburgo, *ex* art. 267 apartado segundo TFUE, cuando lo consideran necesario para poder emitir su fallo.

(55) Lo ha hecho en su *Sentencia Egenberger*, de 17 de abril de 2018, C414/16, señalando que el «artículo 47, relativo al derecho a la tutela judicial efectiva, es suficiente por sí solo y no es preciso que sea desarrollado por otras normas del Derecho de la Unión o del Derecho nacional para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal» (aptdo. 78).

(56) Lo que se dejó doctrinalmente apuntado hace ya mucho tiempo (al analizarlo como mera hipótesis), en COBREROS MENDAZONA, E. (1994), *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, págs. 134 y ss.; y posteriormente más desarrollado (2015, págs. 181 y ss.).

En efecto, si bien en estos casos el recurso «interno» contra la resolución judicial podría llegar a resolver la correcta y uniforme aplicación del Derecho de la Unión (57) —en su caso con el auxilio de la cuestión prejudicial (que ahora ya podría constituir una *obligación* para el órgano que la revisa)—, no por ello los órganos de instancia están eximidos de hacer una interpretación operativa del ordenamiento, en su conjunto, racional y exento de arbitrariedad. En este sentido, una resolución que omita el Derecho de la Unión Europea en juego o que resuelva en contra de la jurisprudencia ya existente, sin plantear la cuestión prejudicial (para lo que, se insiste, está plenamente facultado), deberá corregirse por medio del recurso procesal pertinente. Esa es la lógica que preside la diferenciación entre *facultad* y *obligación* de los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia y que sí lo hacen, respectivamente.

A este propósito tiene destacada importancia una sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, con perfecto conocimiento de las implicaciones del art. 267 TFUE, y precisamente como de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia contencioso-administrativa, estableció que «cuando en un litigio se plantea una duda sobre la eventual contradicción de una norma nacional con el derecho de la Unión Europea, el tribunal, *aun cuando no sea la última instancia*, está obligado a motivar las razones por las que no aprecia contradicción entre la norma nacional y la comunitaria invocada y por la que no considera necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial al entender aplicable la doctrina del acto claro o del acto aclarado. Y a tal efecto *no basta con invocar la doctrina del acto claro* sin expresar las razones por las que considera que la interpretación de la norma comunitaria es clara, no da lugar a una duda razonable, y no es contraria a la norma nacional cuestionada» (58).

Hay algunos aspectos a destacar de esta sentencia. En primer lugar, que con esa exigencia de motivación *ad hoc* nuestro Tribunal Supremo se adelanta en varios años a lo explicitado por el Tribunal de Justicia en la *Sentencia Consorzio*.

Además, vemos que hace extensiva esta obligación a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia, pero que tienen que

(57) Recuérdese que, a efectos impugnatorios, la Sala Tercera del Tribunal Supremo puede apreciar que existe interés casacional objetivo cuando la resolución que se impugna interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aún pueda ser exigible la intervención de este a título prejudicial [art. 88.2,f) LJCA] y también cuando fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido [art. 88.2,a) LJCA].

(58) STS de 17 de diciembre de 2018, rec. núm. 553/2018, la cursiva está añadida. De hecho, esta sentencia estima el recurso y reprocha a la del Tribunal Superior de Justicia recurrida que se había limitado a invocar la doctrina del acto claro, pero sin razonar por qué alcanzaba tal conclusión.

aplicar el Derecho de la Unión, basándose en el deber de motivar las razones por las que desestima la alegación planteada de incompatibilidad de la norma española con aquel. Su fundamento es la necesaria motivación de las resoluciones judiciales, pero sin referencia expresa al art. 24 CE.

En el asunto a resolver, la sentencia se enfrentaba con el supuesto del «acto claro», pero identidad de razón habrá que entender que tiene con el supuesto de «acto aclarado».

No puede dejar de señalarse tampoco que aquí la Sala Tercera tiene por objeto de su interpretación una disposición de Derecho de la Unión Europea (el art. 267 TFUE, precisamente) sobre la que, indudablemente, tiene la última palabra el Tribunal de Justicia. Pero, en este caso, lo hace en sintonía con lo que este dirá más tarde en la *Sentencia Consorzio* (ampliando su ámbito de aplicación, eso sí) y sin perjuicio de que —como ya sabemos— en esta última se conectase con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, garantizado por el art. 47 CDFUE.

Esta «doctrina» del Tribunal Supremo no debiera suscitar temores a una utilización abusiva de las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos inferiores(59). Y ello porque ha de contarse, en primer lugar, con la propia responsabilidad de los mismos, que son bien conscientes de las dilaciones que pueden ocasionarse. Y, además, porque plantear una cuestión de este tipo no es un incidente procesal cualquiera, sino que requiere su debida preparación y preceptiva consulta a las partes (*ex* art. 4 bis.2 LOPJ), que siempre pueden poner de manifiesto lo inapropiado e improcedente de su planteamiento (aunque sus alegaciones no resulten, en absoluto, vinculantes para el órgano jurisdiccional nacional que debe aplicar el Derecho de la Unión Europea). No parece previsible, entonces, una irresponsable proliferación de cuestiones prejudiciales impertinentes.

Desde otra perspectiva, lo dicho por el Tribunal Supremo en esta sentencia está destinado, en principio, a ser observado por los órganos jurisdiccionales inferiores, pero por elemental coherencia este mismo criterio deberá aplicárselo a sí misma la Sala Tercera (esta vez, como órgano que resuelve en última instancia) cuando se enfrente a una situación similar.

En definitiva, en un ámbito de aplicación en el que está implicado el Derecho de la Unión Europea, cuando un órgano jurisdiccional no plantea una cuestión prejudicial, por la vía de los recursos internos su resolución puede ser corregida por el órgano jurisdiccional superior que los resuelve y que es quien tiene la última responsabilidad sobre la correcta y uniforme aplicación del Derecho supranacional en juego. Pero, si es del orden con-

(59) Como es sabido, en sede luxemburguesa los problemas detectados —y afrontados cada vez con mayor contundencia— son los que se originan «en sentido contrario», esto es, los ocasionados en los Estados para tratar de impedir el ejercicio de la facultad de plantear cuestiones prejudiciales o la aplicación de las consecuencias derivadas de sus respuestas.

tencioso-administrativo, ya tiene fijada una pauta a seguir para el supuesto de que considere que no necesita plantear una cuestión prejudicial, estando en juego una cuestión interpretativa del Derecho de la Unión.

B) Hecha la precisión anterior, debemos volver ahora al ámbito de los órganos jurisdiccionales que resuelven sin posibilidad de recurso interno (60). En estos casos no es descartable la intervención del Tribunal Constitucional, vía recurso de amparo. Y, efectivamente, ha habido sentencias que han otorgado el amparo constitucional en un par de casos por no haberse planteado la pertinente cuestión prejudicial.

No procede analizar aquí los diversos pronunciamientos al respecto —que han merecido cumplida atención por la doctrina—, pero sí podemos afirmar que la doctrina constitucional, además de cambiante (61), en su versión actual parece de discutible acierto, tanto en su fundamento como, sobre todo, en relación con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y el papel del juez español al respecto (62).

Así, y sin descartar ni mucho menos una evolución por parte del Tribunal Constitucional en lo que respecta a la doctrina del «acto claro» —que es donde están mayoritariamente los problemas (63)—, por ahora

(60) Advirtiendo que esta última característica no elimina la posibilidad, en nuestro caso, de un eventual recurso de amparo, puesto que el Tribunal de Justicia ya ha interpretado que dicha calificación —la de órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de recurso interno— no queda 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» (así, en la *Sentencia Krizan*, de 15 de enero de 2013, C-416/13, aptdo. 72). Y lo mismo habría que decir del recurso extraordinario de revisión que, en definitiva, más que un recurso (devolutivo) constituye un proceso autónomo y, en su fase rescisoria, un verdadero *novum iudicium*.

(61) Como se ha dicho recientemente, con referencia expresa y directa al art. 267 TFUE, desde el seno del Alto Tribunal, «[e]s fácil comprobar a partir de la ausencia de unanimidad en estos pronunciamientos que esta es una cuestión que no está todavía definitivamente resuelta con una jurisprudencia suficientemente consolidada» (voto particular del Magistrado Xiol Ríos, emitido en la STC 151/2022, de 30 de noviembre).

(62) Una acertada crítica de los diversos aspectos que hacen un tanto inconsistente la construcción del Tribunal Constitucional puede encontrarse en el análisis de ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2020), *La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial*. CEPC. Madrid, espec. págs. 265 y ss. y 355 y ss. En el mismo sentido, la autorizada opinión de SARMIENTO RAMIREZ-ESCUDERO, D. (2021), «El Tribunal Constitucional español y el diálogo judicial europeo» en *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 77, espec. págs. 16 y ss., quien concluye que tal construcción «suscita varias dudas y no es del todo claro que resulte compatible con el Derecho de la Unión» (pág. 19).

(63) Sobre el «acto aclarado», el Tribunal Constitucional ya ha señalado que le corresponde velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el Tribunal del Justicia. En estos casos, el desconocimiento y preterición de la norma de Derecho Europeo, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso, con lo que se puede producir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En tal sentido, *vid.* la STC 71/2019, de 20 de mayo RA, FJ 4, con cita de otras anteriores.

podemos decir, muy esquemáticamente (64), que el Alto Tribunal considera, en principio, que se produce una lesión del art. 24 CE (65) cuando, sin plantear cuestión prejudicial, el órgano judicial inaplica una ley nacional por incompatible con el Derecho de la Unión, supuesto en el que utiliza un canon más estricto (66). Pero no sucede lo mismo cuando no se procede al desplazamiento de la ley estatal, circunstancia en la que el Tribunal Constitucional se limita a controlar que la decisión de no planteamiento no haya sido producto de una exégesis irracional, error patente o arbitrariedad (es decir, maneja el canon genérico de la tutela judicial efectiva sin indefensión) (67). Esto parecería fundarse en una especie de presunción más fuerte de europeidad de la ley española (68).

---

(64) En la STC 37/2019, de 26 de marzo, RA, FJ 4, *in fine*, se puede encontrar, sintetizada, la doctrina constitucional al respecto.

(65) De toda la serie de sentencias dictadas al respecto tampoco hay una precisión sobre cuál o cuáles de las garantías recogidas en este artículo serían las conculcadas en el caso de indebida omisión del planteamiento de la cuestión prejudicial. Aunque, para el caso de inaplicación de la ley española sin planear cuestión prejudicial, parece imponerse que el comprometido sería el derecho al proceso con todas las garantías, establecido por el art. 24.2 CE. Eso sí, en la STC 212/2014, de 18 de diciembre, RA (pero dictada por el Pleno, con acertado voto particular discrepante), FJ 5, rechaza expresamente que se vea involucrado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley; lo que, posteriormente, reitera en las SSTC 99/2015, de 25 de mayo, RA, FJ 5, 135/2017, de 27 de noviembre, RA, FJ 3, 37/2019, de 26 de marzo, RA, FJ 4 (con voto particular discrepante que se repite en alguna otra sentencia posterior), y 25/2022, de 23 de febrero, RA (también dictada por el Pleno), FJ 8. Repárese sin embargo, a este respecto, en lo señalado *supra*, en el apartado II,C) con referencia al art. 47 CDFUE.

(66) Recuérdese, en lo que valga, la *Sentencia Kücükdeveci*, de 19 de enero de 2010, C-555/07, donde —ciertamente para un caso específico del Derecho alemán— podemos leer que «la necesidad de garantizar la plena eficacia del principio de no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78, implica que el juez nacional, ante una disposición nacional comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión que estime incompatible con dicho principio y cuya interpretación conforme a éste resulte imposible, debe abstenerse de aplicar dicha disposición, *sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni estar impedido para hacerlo*» (aptdo. 53, la cursiva está añadida).

(67) Doble canon de control del que discrepa explícitamente el voto particular de la citada STC 37/2019 (que se reitera en otras posteriores), en el que podemos leer: «El sentido o función de la *doctrina Cilfit* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el acto claro o aclarado es asegurar la uniformidad en la interpretación del Derecho europeo, tanto cuando el órgano judicial va a aplicar la ley nacional, descartando la contradicción con la normativa europea, como cuando va a inaplicarla por considerarla desplazada por el Derecho europeo). En cambio, la sentencia acaba utilizando la *doctrina Cilfit* a otros efectos: para favorecer la aplicación de la ley nacional en detrimento del Derecho de la Unión Europea. El resultado es una doctrina lógicamente inconsistente. La única solución coherente es la que somete todos los supuestos de falta de promoción de la cuestión prejudicial a un mismo canon; bien sea el suave de razonabilidad o el estricto de verificación de los requisitos de la jurisprudencia *Cilfit*».

(68) Interpretación que hace ya algún tiempo fue duramente criticada por el voto particular de la STS de 12 de abril de 2012, rec. núm. 5216/2006, donde la diferencia netamente de la presunción de constitucionalidad de la ley nacional, y finaliza diciendo: «En la medida en que se entiendan las afirmaciones de la decisión mayoritaria como una exigencia de un mayor rigor probatorio para dejar inaplicada una ley nacional ante su posible contradicción con una disposición del derecho de la Unión [que es la interpretación actualmente vigente en sede constitucional, como sabemos], padecerían unos principios capitales de este ordenamiento jurídico, decantados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: los de equivalencia y efectividad».

En este sentido, parece evidente el riesgo de que, llevando las cosas a su extremo, esta interpretación aboque a que el «acto claro» sea diferente si se trata de aplicar la ley nacional o si se trata de que el órgano jurisdiccional considere que no la debe aplicar por contraria al Derecho supranacional. Lo que resulta una consecuencia no deseable por varias razones: a) porque no se deriva de la *doctrina Cilfit;* b) porque es además contraintuitiva, ya que dejar de aplicar una ley nacional obliga, en primer lugar, a haber agotado las posibilidades de una interpretación conforme y exige a los órganos jurisdiccionales nacionales un mayor esfuerzo de motivación y dación de cuentas de su decisión; c) porque puede hacer que se resientan las competencias de los jueces nacionales como jueces del Derecho de la Unión Europea; y d) porque incluso puede menoscabar el principio de primacía.

Situación —en nuestra opinión— desequilibrada e insatisfactoria (69), pero de la que, desde otra perspectiva, también podemos deducir que, para el Tribunal Constitucional, la omisión de la cuestión prejudicial *puede* llegar a comprometer el derecho fundamental del art. 24 CE y, en consecuencia, ser susceptible de amparo; si bien, como ya se ha señalado, esto solo funciona fluidamente en un sentido.

Resta por añadir una última doble reflexión, cual es la relativa a que, en los casos en los que entra en juego la obligación establecida en el art. 267 TFUE, la interpretación del art. 24 CE que se realice por los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, por el Tribunal Constitucional, debe hacerse de conformidad tanto con lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con el art. 6 CEDH (a lo que haremos referencia inmediatamente), como con lo que venga establecido por el Tribunal de Justicia sobre el art. 47 CDFUE, que ya hemos visto que se encuentra también en el núcleo de la obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial, según la *Sentencia Consorzio*. Es importante, en relación con este último aspecto, un precedente del propio Tribunal Consti-

(69) Y que el Tribunal Constitucional ha extendido, llamativamente, al caso de inaplicación de disposiciones reglamentarias en su STC 37/2019, de 26 de marzo, RA (pero resuelto por el Pleno), FJ 4; cosa que ha reiterado en la STC 54/2019, de 6 de mayo RA, FJ 4; en la STC 120/2021, de 31 de mayo, RA, FJ 3, y en la STC 25/2022, de 23 de febrero RA (pero resuelto por el Pleno), FJ 8. Lo que puede chocar con la práctica llevada a cabo por la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, en los casos de recurso directo, sin necesidad (aunque siendo siempre posible) de tal reenvío prejudicial, conscientemente viene declarando la nulidad de pleno derecho (y no la mera inaplicación *ad casum*) de las disposiciones reglamentarias, por su oposición al Derecho de la Unión Europea desde la STS de 3 de noviembre de 1997, rec. 532/1995, hasta la más reciente —del Pleno de la Sala Tercera— STS de 10 de febrero de 2015, rec. 373/2014 (en la que se plantea la posibilidad de elevar la cuestión prejudicial, pero la rechaza por la evidencia de que la trasposición de la Directiva hecha por el Real Decreto recurrido era incorrecta). Esta exigencia del Tribunal Constitucional significa, directamente, una diferencia de trato entre las disposiciones reglamentarias inconstitucionales (sobre las que no se puede plantear cuestión de inconstitucionalidad) y las contrarias al Derecho de la Unión (sobre las que el Alto Tribunal exige el planteamiento de la cuestión prejudicial) de muy difícil justificación ante este.

tucional en el que ha reprochado a un tribunal de instancia —y otorgado el amparo, en consecuencia— el haber utilizado exclusivamente el canon de la indefensión derivado de una interpretación «interna» del art. 24 CE, olvidándose del art. 47 CDFUE y sin tener en cuenta lo que había dicho el Tribunal de Justicia a tal respecto (70).

IV. El recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal de Estrasburgo ha manifestado con claridad, sostenidamente y sin titubeos la exigencia de la debida motivación en los casos que nos ocupan, englobándola en el prolífico apartado 1 del art. 6 CEDH, «Derecho a un proceso equitativo», donde, por cierto, no se recoge expresamente el requisito de la motivación.

Con algunos antecedentes (71), los pronunciamientos determinantes a nuestros efectos comienzan en 2011, con la *Sentencia Ullens*, continuando hasta nuestros días, como puede apreciarse con la reciente *Sentencia Georgiou (72).* El cuerpo de esta bien asentada doctrina jurisprudencial puede resumirse como sigue (73).

---

(70) Con sus propias palabras, «[a]l realizar este examen de razonabilidad y ausencia de error el Tribunal Constitucional no puede olvidar que el órgano judicial de instancia, además de atender a los dictados del art. 24.1 CE, debe haber tenido en cuenta que, *en la medida en que aplica una norma de derecho de la Unión Europea,* como es el Reglamento (CE) núm. 805/2004, *viene vinculado por el art. 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)*» (STC 26/2020, de 24 de febrero, RA, FJ 6, la cursiva está añadida; y el problema debatido era una notificación por edictos).

(71) Que relaciona LLOPIS NADAL, P. (2019), en «La cuestión prejudicial como instrumento para interpretar derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 23(I), pág. 130.

(72) Así, sin ánimo de exhaustividad: *Sentencia Ullens c. Bélgica* de 20 de septiembre de 2011, núm. 3989/07 y 38353/07; *Decisión Vergauwen c. Bélgica*, de 10 de abril de 2012, núm. 4832/04; *Decisión Ramaer c. Países Bajos*, de 23 de octubre de 2012, núm. 34880/12; *Sentencia Dhahbi c. Italia*, de 8 de abril de 2014, núm. 17120/09; *Sentencia Schipani c. Italia,* de 21 de julio de 2015, núm. 38369/09; *Sentencia Somorja c. Hungría*, de 28 de agosto de 2018, núm. 60934/13; *Sentencia Baydar c. Países Bajos*, de 24 de julio de 2018, núm. 55385/14; *Sentencia Harisch c. Alemania*, de 11 de abril de 2019, núm. 50053/16; *Sentencia Repcevirag c. Hungría*, de 30 de abril de 2019, núm. 70750/14; *Sentencia Sanofi c. Francia*, de 13 de febrero de 2020, núm. 25137/16; *Decisión Quintanel c. Francia*, de 17 de junio de 2021, núm. 12528/17; *Sentencia Bio Farmland,* de 14 de julio de 2021, núm. 43639/17; *Sentencia Spasov c. Rumanía*, de 6 de diciembre de de 2022, núm. 27122/14; *Sentencia Rutar c. Eslovenia*, de 15 de diciembre de 2022, núm. 21164/20; y *Sentencia Georgiou c. Grecia*, de 14 de marzo de 2023, núm. 57378/18.

(73) Una acertada síntesis de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la podemos encontrar en el trabajo de LÓPEZ GUERRA, L. (2017), «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y "le mouvement nécessaire des choses"», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, espec. págs. 173-176. Aunque más brevemente, también tiene interés, por la contextualización que efectúa de la motivación, el trabajo de RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. (2022), «Control judicial de ley y exigencias especiales de motivación», en *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 50, págs. 325-349.

A) En relación con los compromisos adquiridos al ratificar el Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que corresponde a los tribunales nacionales interpretar y aplicar el Derecho propio, en su caso de conformidad con el Derecho de la Unión, y decidir si es necesario solicitar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia antes de dictar sentencia. Al Tribunal de Estrasburgo solo le compete que los efectos de las decisiones de aquellos sean compatibles con el Convenio de Roma.

B) Sobre la previsión del art. 267 TFUE, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera, por una parte, que la obligación de reenvío no es absoluta (como entiende se deduce de la doctrina *Cilfit)* y, por otra, que el Convenio tampoco garantiza el derecho a que el tribunal nacional remita la cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo. No obstante lo cual esta previsión sí está directamente relacionada con el apartado 1 del art. 6 CEDH, en el sentido de que impone a los tribunales nacionales la obligación de motivar las decisiones denegatorias del planteamiento de la cuestión prejudicial (máxime cuando en el sistema del art. 267 TFUE ello debe considerarse una excepción). De tal manera que, en este caso, los tribunales están obligados a motivar su negativa en relación con las *excepciones Cilfit*, precisamente (74). Así pues, la denegación del reenvío puede llegar a resultar, en algunos casos, una decisión arbitraria, como sucede cuando no hay referencia alguna a la cuestión prejudicial solicitada por las partes, se basa en motivos diferentes a los previstos o la motivación de su no planteamiento es genérica e imprecisa. En estos casos el Tribunal Europeo considera que se vulnera el art. 6.1 CEDH (75).

Ahora bien, aun cuando el escrutinio anterior haya de realizarlo con rigor, esto no implica —la matización es obligada—, para el Tribunal de Estrasburgo, que deba entrar a analizar si se han cometido o no errores en la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión.

C) Volviendo a la motivación exigida por el Convenio a los tribunales internos, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sirve para que las partes comprendan la decisión judicial, lo que es una salvaguarda muy importante contra la arbitrariedad. Y, además, tiene la finalidad de demostrarles que han sido escuchadas, contribuyendo así a una aceptación más voluntaria de la decisión por su parte, y obliga a los tribunales a fundamentar sus decisiones en razones obje-

(74) *Vid.*, por ejemplo, a este respecto, la *S. Georgiou*, cit., aptdo. 23.

(75) Y así lo ha establecido en algunas de las sentencias citadas en la nota anterior; como, por ejemplo, en la *S. Dhahbi*, aptdo 34; la *S. Schipani*, aptdos. 72 y 73; la *S. Sanofi,* aptdo. 80; la *S. Bio Farmland*, aptdo. 53; la *S. Spasov*, aptdo. 97; la *S. Rutar*, aptdo. 63, o la *S. Georgiou,* aptdo. 26.

tivas. En fin, también fomenta la confianza pública en un sistema de justicia objetivo y transparente (que considera uno de los fundamentos de una sociedad democrática)(76). Ahora bien, el deber de motivación no se extiende hasta exigir una respuesta detallada a cada argumento y su suficiencia habrá de determinarse a la luz de las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta, además, cómo se ha producido la solicitud al respecto(77).

D) Sin perjuicio de que en el último apartado volvamos a hacer alguna referencia al contenido y finalidad de la motivación judicial, lo que aparece nítidamente de este rápido repaso por la jurisprudencia estrasburguesa es que el no planteamiento de la cuestión prevista en el art. 267 TFUE no puede ser un puro acto de voluntad, sino que tiene que venir acompañado de una explicitación de las razones que lo sustentan y que tienen que tener encaje en la *doctrina Cilfit*. La actuación de las partes, solicitando la intervención prejudicial del Tribunal de Justicia, resulta decisiva a estos efectos —esto es, a la hora de analizar si se ha respetado el art. 6.1 CEDH— en todos los casos.

E) También puede tener algún interés aquí lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su último pronunciamiento al respecto(78). Así, considera que la declaración de la violación de un derecho reconocido en la Carta impone al Estado la obligación de poner fin a dicha conculcación y de reparar sus consecuencias de manera que se restablezca en la medida de lo posible la situación preexistente. Pero que, a tal efecto, los Estados en principio son libres de elegir los medios de cumplimiento de la sentencia, gozando de libertad de elección en cuanto a los medios. En el caso concreto, la Sentencia concluye que resulta claro que el Estado debería tomar medidas para asegurar que el proceso judicial interno sea reabierto, si así se solicita, para que la petición de reenvío prejudicial sea examinada por la Corte de Casación que la ignoró(79).

---

(76) A este propósito, el Tribunal echa mano de su jurisprudencia previa, especialmente de la *Sentencia Taxquet c. Bélgica*, de 16 de noviembre de 2010, núm. 926/05, aptdo. 91.

(77) Pueden verse relacionados diversos supuestos que no constituyen una violación del art. 6.1 CEDH en la *S. Sanofi*, cit., aptdo. 71.

(78) Como es la *S. Georgiou*, cit. en la nota 73. Las consideraciones recogidas en el texto aparecen en los aptdos. 31 a 33.

(79) Incidentalmente podemos señalar también que, al hilo de estas consideraciones, el voto particular concurrente del Juez Serghides abre una interesante reflexión sobre las facultades del Tribunal, tras un pronunciamiento estimatorio, distinguiendo entre *implementation* y *execution* de las sentencias, pero en la que ahora no podemos profundizar.

F) Finalmente, procede destacar dos diferentes aspectos. El primero es el relativo a la influencia que esta intervención del Tribunal de Estrasburgo debe tener sobre la interpretación del art. 24 CE, por la vía del art. 10.2 CE (80). El segundo, que la *Sentencia Consorzio*, aunque sin referirse expresamente a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se ha alineado sin duda con esta interpretación del Convenio de Roma (81).

V. Algunas consideraciones sobre el estado actual de la cuestión prejudicial, la motivación para no activarla y su implementación

De este recorrido por diversos aspectos de la cuestión prejudicial podemos extraer ya algunas consideraciones de interés.

A) Se confirma la afirmación inicialmente expuesta con respecto al carácter básico que sigue teniendo este potente mecanismo instalado en el núcleo del Derecho de la Unión Europea a efectos del mejor encaje de este ordenamiento con el de los Estados miembros. Además, parece evidente que el Tribunal de Justicia quiere que su posible evolución se haga con gran prudencia, plena conciencia de lo que significa y controlando todos los pasos que se vayan dando, pues es mucho lo que está en juego y lo que se arriesgaría si se banalizase, máxime teniendo en cuenta que el Tribunal, en la actualidad, está teniendo que interpretar en numerosas ocasiones la Carta de los Derechos Fundamentales, lo que hace que el reenvío prejudicial adquiera una gran relevancia para la primacía, la unidad y la efectividad del propio Derecho de la Unión Europea. Y es que este de los derechos fundamentales es un ámbito al que habrá que prestar mucha atención, pues la Carta de la Unión y su protección en los estados puede generar riesgos de divergencias interpretativas si los tribunales constitucionales se acantonan en la defensa de «sus» derechos fundamentales.

---

(80) Que, como es sabido, establece que las normas relativas a los derechos fundamentales se deben interpretar de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Al respecto, *vid.* clásico trabajo de SAIZ ARNAIZ, A. (1999), *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. CGPJ. Madrid; y a su actualización (2018) «Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», en M.A. Rodríguez-Piñero y M.E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, *BOE*/Ministerio de Justicia/Fundación Wolters Kluwer/Tribunal Constitucional, Madrid, págs. 230-254. Asimismo, *vid.* de EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (2020), «Argumentación y derechos: las cláusulas constitucionales de adecuación al Derecho Internacional», en F.J. Ansuategui (edit.), *Argumentación y constitucionalismo*. Tirant lo Blanch. Valencia, espec. págs. 119-129.

(81) *Vid.* lo dicha *supra* en la nota 24 y texto correspondiente.

Ahora bien, no siendo fácil la interpretación y, sobre todo, la aplicación en cada caso del art. 267 TFUE por parte de los tribunales nacionales (82), la *doctrina Cilfit* acuñada hace ya más de cuatro décadas sigue siendo —al menos, por ahora— el asidero más firme para el Tribunal de Luxemburgo. Y, sin perjuicio de que esta interpretación pueda evolucionar, está claro que, por ahora, el Tribunal de Justicia no quiere adentrarse por territorios desconocidos o que puedan resultar arriesgados en un asunto tan delicado como es este.

B) Esta doctrina —mejor, el mecanismo al servicio del cual se elaboró— se ha reforzado con la exigencia de una específica motivación *ad hoc* cuando los tribunales nacionales que resuelven en última instancia deciden no solicitar el auxilio interpretativo del Tribunal de Justicia. Como efecto indirecto de la *doctrina Consorzio*, y sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional estatal siga siendo el «señor» de la cuestión prejudicial, la solicitud debidamente argumentada al respecto de alguna de las partes (o de ambas) obliga al órgano jurisdiccional *a quo* a motivar adecuadamente su desestimación, so pena de incurrir, en los términos ya vistos, en lesión del art. 47 CDFUE y/o del art. 6.1 CEDH; y, entre nosotros, puede poner en juego el art. 24 CE, a través de la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional.

Puede ocurrir, sin embargo —y esta hipótesis también debe tenerse en cuenta—, que ni el tribunal ni las partes se planteen siquiera la procedencia de tal remisión, con lo que no habrá, obviamente, rastro de motivación alguna al respecto, pero sí un incumplimiento del art. 267 TFUE, si es que el pleito la requería, entrando aquí de lleno el principio *iura novit curia.*

Pero ahora interesa más el supuesto en el que en el conflicto jurisdiccional nacional sí se explicita la conveniencia de remitir la cuestión a Luxemburgo, bien porque el órgano jurisdiccional así lo plantea *motu proprio*, bien porque alguna de las partes (o incluso las dos) se lo solicita, y, sin embargo —se insiste—, el órgano jurisdiccional decide no hacerlo (83). Este es el campo más propio de aplicación de la tan mencionada exigencia de motivación que hemos visto. A estos efectos, la decisión lo que requiere es que se haga expreso un soporte justificativo basado en argumentos, pero no cua-

(82) Por la propia apertura del mismo —especialmente, el criterio de la evidencia sobre la correcta aplicación del Derecho de la Unión, capaz de imponerse sin lugar a duda razonable alguna— y porque resulta innegable que muchos tribunales nacionales hacen un uso desmedido de la doctrina del acto claro (de ahí que, a veces, se tache de «hipócrita» la situación actual). Al respecto, *vid.* por todos SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D. (2022, págs. 465-466).

(83) La primera hipótesis —esto es, que el tribunal se plantee de oficio la conveniencia de activar la remisión prejudicial y que lo someta a las partes, pero que finalmente no la lleve a cabo— no es la más común, pero alguna vez sí que ha sucedido, como fue el caso de la STS de 22 de septiembre de 2014, rec. núm. 390/2012 (en el que a la Sala Tercera le convenció más la postura contraria de la abogacía del Estado).

lesquiera sino jurídicos y sobre los que quepa «dialogar». Veámoslo un poco más detenidamente, porque la cuestión lo merece(84).

Así, por motivación debemos entender aquí los argumentos explicitados para justificar la decisión de no remitir la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Bien sabemos que, tratándose de argumentos jurídicos, las razones no van a ser unívocamente evidentes en muchas ocasiones, pero, en todo caso, tienen que ser contrastables con sus contrarias, esto es, deben permitir el diálogo sobre el valor de las mismas y su posible confutación. A este respecto «motivar» no puede consistir en que el órgano jurisdiccional simplemente narre el proceso mental o psicológico interno (su personal e inasequible convicción íntima) que le ha llevado a la decisión de no plantear la cuestión, sino, más objetivamente, en explicitar el mencionado contraste con las razones que se hayan aducido en favor de la misma y que van a resultar vencidas por sus contrarias(85). Dicho de otra manera, motivar no es explicar por qué ha tomado la decisión el órgano judicial, sino, más precisamente, dar los argumentos o las razones que han justificado lo decidido. Pero hay que añadir ahora que tales razones tienen que centrarse en (y corresponderse con) los *criterios Cilfit*, sin perjuicio —se insiste— de la dificultad que presentan la apertura y la indeterminación de los mismos; dificultad mayor —no hay que ocultarlo— en lo relativo a que la correcta interpretación del Derecho de la Unión se imponga con total evidencia no solo para el órgano que resuelve sino que también lo haría para el resto de órganos jurisdiccionales estatales.

Siguiendo con estas elementales reflexiones sobre la motivación, podemos analizar seguidamente qué consideramos una motivación incorrecta

---

(84) Sobre la motivación judicial, valga aquí con la remisión a IGARTUA SALAVERRIA, J. (2003), *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. CEPC. Madrid.

(85) La concepción psicologista de la motivación judicial —en la que suele haber mayor riesgo en incurrir cuando hay que cerrar la justificación con la ausencia de «duda alguna razonable» (como es el caso de la *doctrina Cilfit*, que ya hemos visto)— ha estado también bastante extendida entre nosotros (incluido el propio Tribunal Constitucional). Hay que reconocer, sin embargo, que no fue el caso, por ejemplo, de la STC 58/2004, de 19 de abril, donde podemos leer: «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» (FJ 11); «[d]ebe 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» (FJ 13). Pero sí que resulta menos acertada la argumentación de la STC 27/2013, de 11 de febrero, sobre el no planteamiento de la cuestión prejudicial, y más correcto el voto particular [*vid.* el comentario al respecto de ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2020, 280-284)].

A este respecto, puede tener mucho interés lo que interprete próximamente el Tribunal de Justicia cuando resuelva la cuestión prejudicial planteada por el *Consiglio di Stato* el 13 de junio de 2022 en el *as. GC y otros*, C-389/22, cuyas tres primeras preguntas tienen relación directa con lo que estamos tratando ahora.

o inadecuada. Así, de tal condición será la motivación *inexistente*, esto es, cuando habiéndose suscitado la pertinencia del reenvío el órgano jurisdiccional no lo hace y no aduce razón alguna para tal omisión. La motivación también puede ser *contradictoria*, esto es, contener una incoherencia entre las razones aducidas para ello y la decisión adoptada de no plantear cuestión prejudicial o entre las propias razones esgrimidas, que se contradicen entre sí. En fin, la motivación también puede ser *insuficiente* (y este es el supuesto más problemático), porque las razones aportadas no se correspondan con el estándar fijado por el Tribunal de Justicia —recuérdese, que este es el máximo garante del respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados (en nuestro caso, del art. 267 TFUE)—, lo que ya está en su *doctrina Cilfit*. Todo ello sin perjuicio de que a la motivación tampoco haya de exigírsele absoluta exhaustividad y puntual respuesta a todas y cada una de las alegaciones formuladas.

Para el caso que nos ocupa, además, los términos están bastante acotados, pues se trata de decidir, justificadamente, solo sobre si procede o no elevar la cuestión prejudicial(86). Y, además, ya tenemos la «pasarela» metodológica proporcionada por los tan mencionados criterios *Cilfit*. Esto es, a) su pertinencia, en el sentido de que la respuesta que pueda proporcional el Tribunal de Justicia vaya a tener incidencia en la causa; b) que no sea un problema interpretativo ya dilucidado o aclarado por el Tribunal de Justicia; c) en fin, que la interpretación (y consecuente aplicación) que sostiene el órgano jurisdiccional afectado se considere plenamente compartible por ese hipotético auditorio (amplio, pero específico) que constituye el resto de órganos jurisdiccionales de los estados miembros que resuelven en última instancia y que obliga a aportar argumentos objetivos a partir del Derecho de la Unión Europea y no subjetivos y personales, basados exclusivamente en el Derecho interno.

En relación con esta exigencia de motivación, es útil y resulta clarificador asumir su doble función(87). Por un lado, la *endoprocesal*, esto es, aquella destinada, en primer lugar, a dar satisfacción a las argumentaciones de las partes y, en segundo lugar, a facilitar el planteamiento de un eventual recurso, así como la resolución del mismo. Por otro lado, se suele hablar de una finalidad *extraprocesal* de la motivación, entendida como una posibilidad de control del poder del *ius dicere* por parte de la ciudadanía en general y no solo de las partes procesales y de los tribunales intervinientes; esto es,

(86) Bien lejos, por tanto, de los complejos problemas de motivación que se pueden plantear en otro tipo de conflictos jurisdiccionales (como pueden ser los pleitos penales, por ejemplo, con su *questio facti* y con las diferentes alternativas interpretativas que suelen afectar a muy diversos aspectos, todos ellos de gran relevancia para la sentencia final).

(87) La formulación en estos términos corresponde TARUFFO, M., ahora en castellano (2006), en *La motivación de la sentencia civil*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México, págs. 333 y ss.

también como un elemento de garantía del Estado de Derecho, podríamos decir. En el apartado anterior hemos visto que este era un aspecto destacado por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo que tiene su lógica si se trata de la motivación de un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia (art. 267 TFUE)(88). Pero también tiene su espacio la óptica endoprocesal si, como sabemos, aunque internamente lo que este haga no sea susceptible de un recurso procesal «ordinario», en algunos casos sí puede ser susceptible de un recurso de amparo. Además, el asunto puede acabar llegando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como acabamos de ver. Y, por último, la negativa al planteamiento de la cuestión prejudicial puede entrar en el campo de detección de incumplimientos estatales por parte de la Comisión Europea. Con lo que, en el caso que nos ocupa, aunque diferenciadas, ambas finalidades resultan complementarias.

C) Volviendo al tema nuclear, desde otra perspectiva podríamos preguntarnos si, en los momentos actuales, una aplicación estricta de la *doctrina Cilfit* conllevaría el riesgo de cargar en exceso el trabajo del Tribunal de Justicia. Ciertamente no puede descartarse de plano tal hipótesis, pero, por ahora, parece que la dinámica no discurre por tal senda, pues los tiempos de resolución en Luxemburgo continúan siendo razonables(89).

Además, existen algunos mecanismos que pueden ayudar a minimizar tal riesgo, como son la inadmisión de la cuestión, si no se observan los conocidos requisitos exigidos para que el Tribunal de Justicia se pronuncie (sin perjuicio de reconocer que, hasta ahora, este haya sido bastante generoso respecto de la admisión), o la resolución por Auto, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o no suscite ninguna duda razonable(90).

E incluso todavía queda por activar alguna otra solución de tipo estructural, como es la previsión contenida en el art. 256.3 TFUE, para que sea el Tribunal General el que resuelva cuestiones prejudiciales en materias específicas. Solución sobre la que recientemente, y modificando de manera clara su postura, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha mostrado favorable, articulando una interesante y detallada propuesta al respecto(91).

---

(88) A lo que podemos añadir que, desde la óptica del Tribunal de Estrasburgo, para acudir a su jurisdicción se han tenido que haber agotado las vías internas de recurso (art. 35.1 CEDH).

(89) Si bien es cierto que, durante el año 2022, el tiempo de respuesta ha subido algo con respecto al año anterior (de 16,7 meses a 17,3 meses), «como muestra de la mayor complejidad de las cuestiones» (según el «Informe anual 2022. Panorámica del año», pág. 6).

(90) Lo que está previsto en el art. 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. *Vid.*, por ejemplo, recientemente el *Auto Migrationsverket,* de 26 de abril de 2023, C-629/22.

(91) La posibilidad existía desde 2001 (pues se introdujo con el Tratado de Niza), pero el Tribunal se había manifestado en contra (la última vez, en un Informe de 14 de diciembre de 2017). Ahora, sin embargo, ha cambiado de opinión, según se desprende de un documento de 30 de noviembre de 2022

En cualquier caso, aunque la sobrecarga sea un riesgo que no se puede descartar, es el propio Tribunal de Justicia el que está en mejor posición para constatarla e incluso advertir sobre la conveniencia de modificar el rumbo de las cosas.

D) Sobre el otro aspecto tratado en las páginas anteriores, esto es, los instrumentos jurídicos disponibles para garantizar el cumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial que recae sobre los tribunales nacionales, hay que reconocer que no son especialmente efectivos ni resultan satisfactoriamente operativos. No deben minusvalorarse —y por eso se han tratado aquí con cierto detenimiento—, pero también hay que ser conscientes de sus limitaciones, como a continuación se reitera.

Así, el mecanismo del proceso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia —que tanta repercusión doctrinal tuvo en la única (se insiste) ocasión en la que se activó por esta razón (92)— se encuentra fuera del alcance de las partes interesadas, pues solo está a disposición de la Comisión y ya hemos visto que lo ha utilizado de manera excepcionalísima. Además, una eventual sentencia luxemburguesa declarativa del incumplimiento judicial —en general; no, por tanto, con referencia específica al supuesto de la indebida omisión de la cuestión prejudicial— no permite en nuestro ordenamiento, al menos de momento, la revisión de la sentencia que hubiera aplicado incorrectamente el Derecho de la Unión (93).

Por otro lado, la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión por parte de un tribunal que re-

—al que hace referencia el Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, K. Lenaerts, en su Preámbulo al «Informe anual 2022. Panorámica del año», pág. 6—, titulado genéricamente «Petición presentada por el Tribunal de Justicia, al amparo del artículo 281, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en orden a la modificación del Protocolo núm. 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (cuyo contenido puede consultarse en la página web del Tribunal de Justicia: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_3866198/es/) y que contiene una precisa propuesta para modificar, a tal fin, el Protocolo núm. 3 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

(92) La *Sentencia Comisión c. Francia* de 2018, citada *supra* en la nota 36.

(93) Lo que solo sería posible con la pertinente modificación del art. 102 LJCA. En efecto, la vía del recurso extraordinario de revisión ya se ha intentado en alguna ocasión, pero ha resultado inadmitida por el Tribunal Supremo, para quien una sentencia de cualquier Tribunal de fecha posterior no puede considerarse como documento a efectos de admisión del recurso de revisión, «incluso aunque proceda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse» (STS de 11 de octubre de 2007, rec. núm. 9/2006; en el mismo sentido la STS, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 2016, rec. núm. 67/2013). Una modificación legal que vendría a ser, de alguna manera, simétrica a la introducida en 2015 para la revisión por causa de sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sería digna de un estudio más detenido, eso sí, la STC 151/2022, (dictada en RA pero por el Pleno, con sendos votos particulares, resultando interesante a nuestros efectos el formulado por el Magistrado Xiol), citada supra en la nota 61, para ver si de la misma podría interpretarse la posibilidad de la utilización del incidente de la nulidad de actuaciones (*ex* art. 241 LOPJ) —en el escaso plazo que le otorga la Ley Orgánica— también para este supuesto.

suelve en última instancia no es tampoco en los Estados miembros fácil de recorrer —tampoco en el nuestro, como hemos indicado— y, aunque no es descartable de una manera absoluta, ha de tenerse en cuenta que uno de los requisitos es que ha de estar plenamente probada la relación de causalidad *directa* (94) con el daño producido; con lo que, para obtener la indemnización, además de la indebida omisión del reenvío, debe de probarse que esa ha sido, precisamente, la causa de la posterior (lesiva) violación del Derecho de la Unión.

Desde otra perspectiva, una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que constate la violación del art. 6.1 CEDH por la causa que nos ocupa, nunca debe minusvalorarse, pero hay que reconocer que supone haber transitado una vía jurisdiccional internacional y tener presente que, con los tiempos de resolución que llevan los asuntos en Estrasburgo, difícilmente se podrá conseguir antes de cinco años desde su planteamiento. Además, tras la sentencia favorable habrá que iniciar la vía de su ejecución, entre nosotros a través del recurso extraordinario de revisión ante el Tribunal Supremo (art. 102,2 LJCA). No es tampoco, por tanto, un recorrido exento de dificultades y dilaciones.

En fin, el eventual reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de la lesión del derecho fundamental del art. 24 CE por la indebida omisión de la cuestión prejudicial puede terminar con una declaración al respecto y con una remisión al tribunal incumplidor para que resuelva, ahora debidamente, sobre tal punto. Pero, tal operación tampoco garantiza fehacientemente el cumplimiento efectivo de la remisión, pues el órgano jurisdiccional podría, en su caso, motivar «a la segunda» más detalladamente la omisión del reenvío. En todo caso, de conseguirse finalmente el planteamiento de la cuestión, llegará inexorablemente tarde.

VII. Bibliografía citada

ALONSO GARCÍA, R. (2006), «Los tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 11.

ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2020), *La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial*. CEPC. Madrid.

— (2022), «The constitutional review of national courts' compliance with the obligation to refer preliminary questions after Consorzio Italian Management», en el blog de la *Review of European Administrative Law*, publicado con fecha 28 de enero de 2022 (https://realaw.blog/2022/01/28/).

(94) Esta cualificación ya aparece en la *S. Brasserie*, cit., aptdo. 51. Mayores precisiones al respecto se pueden encontrar en las Conclusiones previas a dicha sentencia, aptdos. 97 a 104.

COBREROS MENDAZONA, E. (1994), *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid.

— (2015), *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel. Madrid.

— (2016), «Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (y en el reforzamiento de la cuestión prejudicial): la sentencia *Ferreira da Silva*», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, págs. 83-108.

— (2016), «Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 105, págs. 67-112.

EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (2020), «Argumentación y derechos: las cláusulas constitucionales de adecuación al Derecho Internacional», en F.J. Ansuategui (edit.) *Argumentación y constitucionalismo*. Tirant lo Blanch. Valencia, espec. págs. 92-137

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999), «Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 103, págs. 401-411.

GRANGEON, J. (2023), «La responsabilté de l'État du fait du juge suprême», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 1, págs. 51-70.

IGARTUA SALAVERRIA, J. (2003), *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. CEPC. Madrid.

LLOPIS NADAL, P. (2019), «La cuestión prejudicial como instrumento para interpretar derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 23(I), págs. 111-141.

MARTÍN DELGADO, I. (2019), «Entre interpretación uniforme y garantía de correcta ejecución del Derecho de la Unión: la obligación de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia en el contexto del recurso por incumplimiento», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 69, págs. 119-158.

LACCHI, C. (2022), «Towards a more protection-oriented approach of the preliminary reference procedure: case note on Consorzio Italian Management, Catania multiservizi Spa V Rete Ferroviaria Italiana Spa, C-561/19», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 57, págs. 536-568.

LÓPEZ GUERRA, L. (2017) «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y "le mouvement nécessaire des choses"», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, págs. 163-188.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. (2022) «Control judicial de ley y exigencias especiales de motivación», en *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 50, págs. 325-349.

SAIZ ARNAIZ, A. (1999), *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. CGPJ. Madrid.

— (2018) «Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», en M.A. Rodríguez-Piñero y M.E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, *BOE*/Ministerio de Justicia/Fundación Wolters Kluwer/Tribunal Constitucional, Madrid, págs. 230-254.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D. (2012), «La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis», en *WPIDEIR (Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional)* núm. 13.

— (2021), «El Tribunal Constitucional español y el diálogo judicial europeo», en *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 77, págs. 9-34.

— (2022), *El Derecho de la Unión Europea*, M. Pons, Madrid, 4.ª edic.

SOLDEVILA FRAGOSO, S. (2021), editorial «El Tribunal de Justicia y la doctrina Cilfit: hasta que la muerte los separe», en *Actualidad Administrativa*, núm. 11, 2021.

TARUFFO, M. (2006), en *La motivación de la sentencia civil*. Traducción de Córdova Vianello. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México.