

Dos importantes retos para la justicia europea
(Reafirmar su autoridad y reformular la doctrina
Cilfit)

Isaac Ibáñez García

Abogado

SUMARIO:

I.- INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES INICIALES

II.- EL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN CONTRA ALEMANIA POR LA SENTENCIA *WEISS*

III.- LA PROPUESTA DE REFORMULACIÓN DE LA DOCTRINA *CILFIT*

IV.- EL DOBLE CANON DE CONTROL ESTABLECIDO POR LA STC 37/2019

V.- SOBRE EL ALCANCE DEL DERECHO DE LAS PARTES AL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

VI.- CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

Nota Bene

La primera versión del presente estudio se redactó antes de que se dictaran por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las resoluciones:

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, recaída en el asunto C-561/19 (*Conorzio Italian Management / Rete Ferroviaria Italiana SpA Conorzio Italian Management / Rete Ferroviaria Italiana SpA*).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2021, recaída en el Asunto 683/19 (*Viesgo Infraestructuras Energéticas, S. L. et al*).

Y antes de la Decisión de la Comisión Europea, de 2 de diciembre de 2021, de cerrar el expediente de infracción contra Alemania.

Finalmente, he incorporado ambas sentencias y he adaptado las Conclusiones a lo declarado por el TJUE en las mismas y a la Decisión de la Comisión.

El resumen de la versión inicial del estudio fue el siguiente:

¿Está en serio peligro el ordenamiento jurídico de la Unión Europea?

En su conocida sentencia de 5 de mayo de 2020, el Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) ordenó al *Bundesbank* que detuviera las compras en virtud del PPSP (programa de compra de deuda del sector público. Public Sector Purchase Programme), si el Banco Central Europeo (BCE) no demostraba, en un plazo máximo de tres meses, que sus decisiones se ajustaban al principio de proporcionalidad. El TC alemán terminó archivando el asunto al considerar que el BCE había “subsanao” las deficiencias señaladas en su sentencia; poniendo así en tela de juicio la autoridad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Después de más de un año desde la sentencia alemana, la Comisión Europea ha abierto un procedimiento de infracción contra Alemania, pues, según la Comisión, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán “*ha violado los principios fundamentales del Derecho de la Unión, concretamente los principios de autonomía, primacía, eficacia y aplicación uniforme del Derecho de la Unión, así como el respeto de las competencias del Tribunal de Justicia consagrado en el artículo 267 del TFUE*”.

La sentencia germana ha dado pie a que otros tribunales nacionales (el rumano y el polaco) cuestionen también la autoridad del TJUE. Como ha advertido la doctrina, “*si alguno de los tribunales nacionales pretende imponer sus métodos nacionales de interpretación y control a los actos adoptados por las instituciones europeas en el ámbito de las competencias que tienen atribuidas, ese tribunal se arroga el puesto del Tribunal de Justicia y compromete la uniformidad en la interpretación y la aplicación de los tratados. ¿Qué sería de la igualdad entre los justiciables europeos si determinadas normas europeas se aplicasen en algunos Estados miembros y no en otros?*”.

Por otra parte, entendemos de gran interés y compartimos la iniciativa del Abogado General señor BOBEK, en sus Conclusiones presentadas el 15 de abril de 2021 en el Asunto C561/19 (*Conorzio Italian Management / Rete Ferroviaria Italiana SpA*), en las que propone al Tribunal de Justicia de la Unión Europea revisar su jurisprudencia (criterios *Cilfit*) sobre la obligación de los tribunales nacionales de última instancia de plantear una cuestión prejudicial: *El Tribunal de Justicia debería considerar que la existencia de esta obligación depende de que concurran tres requisitos: (i) una cuestión general de interpretación del Derecho de la Unión; (ii) respecto de la cual sea objetivamente posible más de una interpretación razonable; (iii) cuya respuesta no se pueda deducir de la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia.*

También creemos que el Tribunal de Justicia de la UE debería clarificar la situación creada por la Sentencia nº 37/2019 de nuestro Tribunal Constitucional, que entendemos, por las razones que se exponen, contraria al Derecho de la UE, al endurecer los requisitos del *acto claro* y, en particular, del *acto aclarado*; al establecer un doble canon de enjuiciamiento (doble rasero), según se pretenda inaplicar o no la norma nacional en virtud de la interpretación del Derecho de la UE por el juez nacional.

A tratar de dar luz a estos asuntos se dedica el presente estudio.

I.- INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES INICIALES

I

¿Está en serio peligro el ordenamiento jurídico de la Unión Europea?

Refiriéndose a la sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 7 de octubre de 2021, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO¹, a pregunta de *El País* ha dicho que “No es ni mucho menos un *Polexit*... **Pero sí el comienzo de la descomposición de las normas de la Unión**”.

Para el presidente del Tribunal General de la Unión Europea, señor VAN DER WOUDE², la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020 **podría tener consecuencias sistémicas para el ordenamiento jurídico de la Unión**. “En efecto, llevado hasta sus últimas consecuencias, el razonamiento del Tribunal Constitucional podría implicar que cada órgano jurisdiccional nacional pudiera hacer prevalecer su propia visión de la forma en que debe aplicarse el Derecho europeo, ya sea por las instituciones europeas o nacionales. Evidentemente, la perspectiva de un tribunal constitucional nacional no es la misma que la de un juez de primera instancia de la Unión como yo. No obstante, yo también estoy a veces en desacuerdo con las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia o con el alcance del control jurisdiccional que preconiza. Es normal, pues el Derecho no es una ciencia exacta, sino una actividad normativa, necesariamente impregnada de subjetividad.

Que los tribunales constitucionales de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia puedan intentar definir juntos los límites de las competencias atribuidas a la Unión me parece un diálogo judicial sano y normal, especialmente cuando se trata de preservar los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión. **En cambio, si alguno de los tribunales nacionales pretende imponer sus métodos nacionales de interpretación y control a los actos adoptados por las**

¹ “Polonia arriesga su futuro con el reto a la UE”. GUILLERMO ABRIL, 10 de octubre de 2021.

² “Inquietud en torno a la justicia europea”. El País, 6 de junio de 2020. https://elpais.com/opinion/2020-06-05/inquietud-en-torno-a-la-justicia-europea.html?event_log=oklogin&o=cerrado&prod=REGCRART

instituciones europeas en el ámbito de las competencias que tienen atribuidas, ese tribunal se arroga el puesto del Tribunal de Justicia y compromete la uniformidad en la interpretación y la aplicación de los tratados. ¿Qué sería de la igualdad entre los justiciables europeos si determinadas normas europeas se aplicasen en algunos Estados miembros y no en otros?

La sentencia de 5 de mayo de 2020 podría paradójicamente reforzar la segunda tendencia, aún más inquietante, que consiste en el desmantelamiento del Estado de derecho en algunos Estados miembros. En esos Estados, las mayorías políticas van colocando de forma gradual pero firme sus tribunales bajo la tutela del Ejecutivo. Tales regímenes comprometen así la posibilidad de que esos tribunales adopten con plena independencia decisiones conformes con el Derecho europeo, pero contrarias al interés del poder político establecido, con el riesgo de que el Derecho europeo deje de aplicarse en ellos de manera uniforme. Además, dichos Estados miembros obstaculizan directamente la cooperación entre todos los órganos jurisdiccionales de la Unión, ya sea en el ámbito penal, administrativo o civil. ¿Qué confianza podrán seguir depositando los jueces de los demás Estados miembros en las sentencias de unos colegas amordazados? Una justicia parcial obstaculiza, asimismo, los intercambios humanos y comerciales. Estas actuaciones autoritarias pueden tener así repercusiones indirectas que trascienden ampliamente esa falta de confianza judicial. Si en esos países la legalidad europea ya no se impone, se sitúan fuera del ordenamiento jurídico de la Unión y se retiran *de facto* del proyecto común. Antes o después, algunos podrán preguntarse si se trata de una salida encubierta de la Unión”.

Refiriéndose al diálogo judicial entre el Tribunal de Justicia de la UE y los tribunales nacionales, especialmente los constitucionales, y respecto a la sentencia germana, ALONSO GARCÍA³ ha dicho que “el Tribunal Constitucional alemán no hizo sino poner en tela de juicio, nunca mejor dicho, un exitoso paradigma de integración como el europeo, cuyo objetivo original inmediato de evitar cruentos conflictos transnacionales, conviene no olvidar, no se ha superado por completo con el paso de los años; es más, le ha llevado a convertirse en un notable mecanismo de amortiguación de tensiones, dentro de los propios Estados miembros y frente al exterior”. Este

³ “*Acerca del diálogo y del supremacismo*”. La Tercera de ABC, 11 de junio de 2021.

autor ha reprochado también otras muestras de soberbia del tribunal con sede en Karlsruhe. Así⁴, refiriéndose al Auto de 14 de enero de 2014⁵ del Tribunal Constitucional alemán, también sobre una Decisión del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo, duda de que el mismo constituya un “diálogo” con Luxemburgo, “porque de una primera lectura de los términos de planteamiento, y, sobre todo, de su extensa fundamentación, podría asimismo deducirse que estaríamos, más bien, ante un “monólogo” en busca de una adhesión inquebrantable (Al margen del tono contundente -por no decir amenazante- del Auto de planteamiento –reservándose el Tribunal Constitucional la última palabra, en función de la respuesta de Luxemburgo, sobre si la Decisión del BCE y su implementación podrían también suponer una violación de la “identidad constitucional” alemana-...)”.

En la misma línea de pensamiento está CRUZ VILLALÓN⁶, para quien el tribunal alemán ha desautorizado al Tribunal de la UE, tachándolo de irracional y **situándose con una pretensión de hegemonía, a fin de condicionar el entero edificio jurídico de la Unión.**

No debería caer en saco roto el deseo de ALONSO GARCÍA⁷: “realicemos de cuando en cuando, tanto en el nivel nacional como en el europeo, exámenes de conciencia en torno a la naturaleza de mala consejera de la soberbia, particularmente agravada en un terreno tan virtuoso como debiera ser el de la impartición de justicia”.

Sobre las reservas de los tribunales constitucionales y supremos de los Estados miembros en relación con las constituciones nacionales, de nuevo el profesor ALONSO GARCÍA⁸ nos dice que “entrando ya en la delicada cuestión de la **primacía del Derecho de la Unión respecto de las constituciones nacionales**, debe señalarse, que **el carácter absoluto e incondicional con que dicha primacía parece concebida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia** está lejos

⁴ “La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea”; en la obra colectiva “La cuestión prejudicial europea”. Directores: ALONSO GARCIA, R. y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JI. European inklings (EUi), nº 4, 2014.

⁵ Asuntos acumulados 2 BVR 2728/13, 2729/13, 2730/13, 2731/13 Y 13/13.

⁶ “Rule of (German) Law? Sobre hegemonías nacionales en el Derecho de la UE”. <https://almacenederecho.org/rule-of-german-law-sobre-hegemonias-nacionales-en-el-derecho-de-la-ue>

⁷ “Acerca del diálogo...”. Ob cit.

⁸ “Sistema Jurídico de la Unión Europea”. Thomson Reuters, 2014.

de ser asumido por todos los tribunales constitucionales y supremos de los estados miembros”. Y nos recuerda, dado que estamos hablando del Tribunal Constitucional alemán, que en su Sentencia de 30 de junio de 2009, en relación con la Declaración nº 17 aneja al Acta Final de la CIG de Lisboa, relativa al principio de primacía, el Tribunal germano, refiriéndose específicamente a tal Declaración, afirmó que con ella *“la República Federal de Alemania no reconoce una primacía a la aplicación del Derecho de la Unión en términos absolutos, lo que sería constitucionalmente objetable, sino que simplemente confirma la situación jurídica tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional Federal”*. Recordando, asimismo, sobre la *“Kompetenz-Kompetenz”*, que el mismo Tribunal Constitucional germano rechazó en su Sentencia de 12 de octubre de 1993 (sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht)⁹ que el Tratado reconociera a la Comunidad, y por tanto al Tribunal de Justicia, el poder determinar sus propias competencias (*Kompetenz-Kompetenz*), **reservándose así el TC alemán la última palabra** al respecto.

Si Karlsruhe tiene **la última palabra** al respecto, Varsovia, también; Budapest, igualmente... así hasta 27. Profundamente preocupado por este asunto, ALONSO GARCÍA¹⁰ advierte del “porqué de la gravedad de la situación: admitir la legitimidad de un Tribunal nacional para cuestionar las bondades interpretativas del supremo lector del Derecho de la Unión llevaría, en última instancia, a admitir la transformación de la integración europea, tan laboriosamente trabajada durante 70 décadas, en una **«Europa a la Carta»**, en la que cada Estado miembro, parapetado tras su respectiva Constitución leída a la luz de su más Alto Tribunal, sería libre de escoger en cada momento los ámbitos y/o niveles de integración. Lo cual, sigue siendo fácil imaginar, supondría finiquitar la esencia misma de la Unión Europea. De ahí que, aunque tarde, la Comisión Europea, promotora de los intereses de la Unión según reza su Tratado constitutivo, se haya decidido finalmente, el pasado 9 de junio, a iniciar un procedimiento de infracción contra Alemania ante el TJUE... El problema es que tales poderes (de la Comisión) ni son muy concluyentes, más allá de la apertura de un procedimiento de infracción, ni parecen suficientes para dar salida no ya a un órdago, sino a tres órdagos de semejante calibre (alemán, polaco y rumano), lanzados por los supremos intérpretes de tres Constituciones nacionales, sobre las que,

⁹ Doctrina reiterada en su Sentencia sobre el Tratado de Lisboa, de 30 de junio de 2009.

¹⁰ *“Tiempos judiciales recios”*. La Razón, 25 de julio de 2021.

como sucede con el resto de las Constituciones nacionales, descansan, conviene no olvidar ni banalizar, las cesiones de soberanía en favor de la Unión”.

El monopolio para declarar la invalidez (y entendemos que la inaplicabilidad) de un acto jurídico emanado de las instituciones de la UE es monopolio exclusivo del TJUE (Sentencia *Foto-Frost*, 1987), por tanto, y siguiendo otra vez a ALONSO GARCÍA¹¹, sobre el correcto tratamiento de las dudas de constitucionalidad interna del Derecho de la UE y la solución última del posible conflicto: el control ha de realizarse “a la luz de su contexto natural, que no es otro que el propio ordenamiento jurídico de la Unión, con los Tratados en la cúspide”. **Y debe hacerse en cooperación con el Tribunal de Justicia...**”

Parece que el Tribunal de Justicia de la UE entrará en estos temas si finalmente se interpone por la Comisión Europea el **recurso por incumplimiento** que ahora se encuentra en fase precontenciosa, una vez que el Tribunal Constitucional alemán ha abierto la *caja de Pandora*. Recordemos que la vicepresidenta de la Comisión Europea, VÉRA JOUROVÁ, en declaraciones al diario alemán *Der Spiegel* (29/09/2020) aseguró que la Comisión abriría expediente contra Alemania “tan pronto como terminemos con nuestro análisis jurídico. Sin embargo, está claro que el fallo del Tribunal Constitucional Federal no puede quedar sin oposición. Si simplemente lo aceptamos, **daríamos un impulso a los gobiernos de Hungría y Polonia. Podría tener consecuencias destructivas para la UE**”.

De aquellos polvos, vienen estos lodos. Según recoge DE MIGUEL (14/07/2021)¹²: **“El comisario europeo de Justicia, DIDIER REYNDEERS, advertía recientemente que la rebeldía del Constitucional polaco, si llega a consumarse, podría provocar un efecto dominó en otros países “que destruya la Unión [Europea]”**. El desacato del Constitucional tan temido por REYNDEERS se ha producido este miércoles en relación con un caso concreto. Y podría convertirse este jueves en un desafío definitivo si los jueces fallan, como parece desear MORAWIECKI, que en caso de duda el derecho polaco prevalece sobre los posibles veredictos de los jueces europeos”.

¹¹ “*Sistema Jurídico...*”. Ob. Cit.

¹² “*El Constitucional polaco se niega a acatar las órdenes del tribunal de justicia europeo. Varsovia también cuestiona la preeminencia del derecho comunitario sobre el nacional*”. <https://elpais.com/internacional/2021-07-14/el-constitucional-polaco-se-niega-a-acatar-las-ordenes-del-tribunal-de-justicia-europeo.html>

El Tribunal Constitucional de Polonia sigue la estela del alemán y “desacata” al Tribunal de Justicia de la UE. Como relata ALARCÓN¹³: “Polonia está ya en guerra abierta y pública contra el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, por extensión, con la propia UE. Este pasado mes de marzo **el primer ministro MATEUSZ MORAWIECKI, presentó una cuestión ante el Tribunal Constitucional polaco**, que ya está bajo la influencia del Gobierno del ultraconservador Ley y Justicia (PiS), **para que dirima si el derecho nacional está por encima del derecho de la Unión.**

Todavía está por ver la sentencia del TC polaco sobre la petición del primer ministro... **Lo que sí ha hecho el alto tribunal polaco ha sido declarar inconstitucionales las medidas cautelares dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)**, que, de hecho, ese mismo día, unas horas antes de la sentencia del TC, pedía el desmantelamiento de una cámara disciplinaria controlada de forma indirecta por el Gobierno que permite imponer medidas disciplinarias contra los magistrados por el contenido de sus sentencias. La alta corte de Luxemburgo comparte el criterio de la Comisión Europea: dicha cámara pone en riesgo la independencia del sistema judicial.

Esta sentencia, que, de forma efectiva, y aunque estemos a la espera de la sentencia del 3 de agosto, contradice el principio de la primacía del derecho de la Unión, la ha dictado un tribunal encabezado por STANISLAW PIOTROWICK, que ha sido en el pasado diputado del partido gobernante, Ley y Justicia.

“Estamos profundamente preocupados por la decisión del Tribunal Constitucional polaco, que establece que las medidas provisionales ordenadas por el TJUE en el ámbito del funcionamiento del poder judicial son incompatibles con la Constitución polaca”, ha criticado VÉRA JOUROVÁ, vicepresidenta de la Comisión Europea. Los críticos dentro de Polonia señalan que el Gobierno ultraconservador de MORAWIECKI está intentando darle un barniz de legalidad a su enfrentamiento con el TJUE para poder mantener una reforma judicial que le da al Ejecutivo polaco el control indirecto del sistema judicial.

¹³ Nexo Europa. Número 84 - Bruselas, 16 de julio de 2021.

Desde Polonia son varias las voces influyentes que hablan de un **“Polexit” legal**. Más de una veintena de jueces retirados del Tribunal Constitucional han escrito un duro comunicado en el que señalan precisamente en esa misma dirección. **“Este será un acto drástico de violación de nuestras obligaciones y un paso más para sacar a nuestro país de la Unión”**, han escrito.

Ahora todos los ojos están puestos sobre la Comisión Europea y qué acciones toma. Hay que recordar que los Estados miembros aprobaron recientemente un mecanismo de Estado de Derecho que permite cortar la llegada de fondos europeos a los países que violen por ejemplo el principio de independencia judicial. URSULA VON DER LEYEN, presidenta de la Comisión Europea, ya ha asegurado en alguna ocasión que piensan utilizar todo el arsenal en este choque contra Varsovia”. En declaraciones del mismo día (20/07/2021):

“Déjenme repetir lo que he dicho varias veces: el derecho europeo tienen prevalencia sobre el nacional y todas las disposiciones del Tribunal de Justicia de la UE, incluidas las medidas interinas, son vinculantes para todos los Estados miembros de la UE y sus tribunales”, recordó hoy la vicepresidenta de Valores VÉRA JOUROVÁ¹⁴; con ocasión del caso polaco.

“Se ha enviado una carta al gobierno polaco en la que se le pide que confirme que cumplirá plenamente el auto del TJUE del 14 de julio y la sentencia del Tribunal del día siguiente explicando las medidas que adoptará para ello”, ha señalado en una rueda de prensa DIDIER REYNDEERS, comisario de Justicia de la Comisión Europea¹⁵.

Después de este primer órdago al TJUE, Polonia (¿ante las presiones de la Comisión?) anunció una posible rectificación. Según informa elespañol.com¹⁶, “Ya este jueves el primer ministro, MATEUSZ MORAWIECKI, adelantó a la prensa en Bialystok (nordeste) que "el funcionamiento de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo puede y debe revisarse" y que este organismo "ciertamente no ha estado a la altura de las expectativas".

¹⁴ “Bruselas amenaza a Polonia con multas millonarias si en un mes no acata las sentencias del TJUE”. MIRENTXU ARROQUI. <https://www.larazon.es/internacional/20210720/d6hf6lehirahbnlf5idpgp7ray.html>

¹⁵ “La Comisión Europea da un ultimátum a Polonia en su batalla judicial”. NACHO ALARCÓN. https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2021-07-20/comision-europea-batalla-polonia-independencia-justicia_3193771/

¹⁶ “Polonia escucha las críticas de la UE y plantea nuevas reformas en su Poder Judicial. El partido que lidera el Gobierno de coalición polaco anunció este viernes que en otoño llevará a cabo la reforma”. E.E. 26 de julio de 2021 https://www.lespanol.com/mundo/20210726/polonia-escucha-criticas-ue-reformas-poder-judicial/598691215_0.html

"Estoy muy de acuerdo con una frase que dijo en una entrevista la presidenta del Tribunal Supremo (MALGORZATA MANOWSKA)", dijo MORAWIECKI. "Vale la pena buscar soluciones para que la Sala Disciplinaria funcione de modo que, los que infrinjan la ley, no esperen, como solía ser el caso, hasta la prescripción del delito, o se enfrenten a veredictos extremadamente benevolentes", afirmó MANOWSKA en esa entrevista a la que se refería MORAWIECKI. **MANOWSKA defendió una solución que permita acatar las demandas del Tribunal de Justicia europeo, aunque ello suponga "suspender temporalmente el funcionamiento de la Sala Disciplinaria"**, si bien defendió su creación y la imposición de disciplina en el cuerpo judicial, pues "si la disciplina no es inflexible, no habrá confianza social en los jueces". **Aún está pendiente de resolverse una causa elevada por MORAWIECKI al Tribunal Constitucional, en la que se debe dilucidar si la Justicia polaca tiene primacía sobre la legislación europea en caso de conflicto, y si en última instancia Polonia consuma su desvinculación del ordenamiento jurídico de la UE o se pliega a él.**

La sentencia, que se ha retrasado de manera inesperada y sin ningún motivo aparente en varias ocasiones, está prevista para el 31 de agosto después de haber sufrido un nuevo retraso”.

Como informa La Vanguardia, del 30 de julio de 2021, “Según el portal independiente OKO.press, al menos 3.500 jueces y fiscales polacos han suscrito el llamamiento a aplicar la directriz del Tribunal de Luxemburgo. El miércoles, el juez del Supremo WLODZIMIERZ WROBEL publicó en Facebook el manifiesto, con la firma de 47 jueces en ejercicio y otros 42 retirados del propio Alto Tribunal.

“Nosotros, abajo firmantes, jueces del Tribunal Supremo, apelamos a todos los órganos del Estado para la plena implementación de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incluida la suspensión inmediata de la actividad de la Sala Disciplinaria del Supremo”, reza el texto¹⁷.

No obstante, nos parece claramente inaceptable, teniendo en cuenta el vergonzoso ejemplo alemán y el trato parsimonioso que ha dado la Comisión Europea a su Sentencia constitucional, que se vinculen los planes del Fondo de Recuperación de Polonia y Hungría al respeto del

¹⁷ “Jueces y fiscales polacos llaman a acatar los autos del Tribunal de la UE. Un documento con 3.500 firmas apremia a suspender la polémica Sala Disciplinaria del Supremo”. <https://www.lavanguardia.com/internacional/20210730/7633683/jueces-fiscales-polacos-llaman-acatar-autos-tjue.html>

principio de primacía del Derecho de la UE (distinta vara de medir). ALARCÓN¹⁸, nos relata que “Los planes enviados por Polonia y Hungría para tener acceso al Fondo de Recuperación de más de 750.000 millones pactado por los líderes europeos están todavía sin aprobar. Los Gobierno húngaro y polaco acusan a Bruselas de estar extorsionándoles, de secuestrar sus planes. **Y llevan algo de razón:** la Comisión mantiene en suspenso sus planes, intentando esquinar a Varsovia y Budapest para que den marcha atrás en sus órdenes a Bruselas y sus intentos de desmontar el estado de Derecho.

Así lo han confirmado tanto PAOLO GENTILONI, comisario de Economía, como VALDIS DOMBROVSKIS, vicepresidente ejecutivo de la Comisión Europea a cargo del Euro y de Comercio. **“El debate (sobre la aprobación del plan), como saben muy bien las autoridades polacas, incluye también la cuestión de la primacía de la legislación de la UE y las posibles consecuencias de esta sobre el plan de recuperación y resiliencia de Polonia”**, señaló GENTILONI a principios de septiembre. Esta semana DOMBROVSKIS ha señalado en la misma dirección durante una sesión de una comisión parlamentaria de la Eurocámara. Los eurodiputados han sido uno de los actores más agresivos en pedir al Ejecutivo comunitario que pasara a la acción. Por lo pronto la Comisión Europea prevé retrasar la aprobación con el límite, por ahora, de finales de septiembre”.

Finalmente, el 7 de octubre de 2021 se cumplió el vaticinio y el Tribunal Constitucional de Polonia dictó su sentencia contraria al principio de primacía. Al día siguiente, la Presidenta de la Comisión Europea, señora VON DER LEYEN emitió el siguiente Comunicado:

“Estoy profundamente preocupada por la resolución dictada ayer por el Tribunal Constitucional polaco. He dado instrucciones a los servicios de la Comisión para que la examinen pormenorizadamente con la mayor rapidez. Sobre la base de ese examen, tomaremos una decisión sobre los próximos pasos.

La UE es una comunidad de valores y de Derecho. Esto es lo que une y hace fuerte a nuestra Unión. Defenderemos los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico; nuestros 450 millones de europeos confían en ello.

Nuestra máxima prioridad es garantizar que los derechos de los ciudadanos polacos estén protegidos y que los ciudadanos polacos, al igual que todos los

¹⁸ “*Sigue el dinero hasta Varsovia*”. Nexo Europa (nº86). 10 de septiembre de 2021.

demás ciudadanos de nuestra Unión, disfruten de los beneficios que confiere la pertenencia a la Unión Europea.

Además, los ciudadanos de la Unión y las empresas que ejercen actividades en Polonia necesitan tener la seguridad jurídica de que las normas de la Unión, incluidas las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, se aplican íntegramente en Polonia.

Nuestros Tratados son muy claros. Todas las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son vinculantes para todas las autoridades de los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales. El Derecho de la UE tiene primacía sobre el Derecho nacional, incluidas las disposiciones constitucionales. Esto es a lo que todos los Estados miembros de la Unión se han comprometido como miembros de la Unión Europea. Haremos uso de todas las competencias que nos confieren los Tratados para garantizarlo”.

Previamente, en el Auto de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de la UE, de 6 de octubre de 2021, recaído en el asunto C204/21 RRAP (*Polonia/Comisión*), se dijo que:

“18. A este respecto, ha de recordarse que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el **principio de primacía del Derecho de la Unión** consagra la preeminencia de este Derecho sobre el Derecho de los Estados miembros. En consecuencia, **este principio obliga a todos los órganos de los Estados miembros a dar plena eficacia a las diferentes normas de la Unión, sin que el Derecho de los Estados miembros pueda afectar a los efectos reconocidos a estas normas en el territorio de dichos Estados** (sentencia de 18 de mayo de 2021, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* y otros, C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 y C397/19, EU:C:2021:393, apartado 244 y jurisprudencia citada).

24. En efecto, basta con recordar que, en virtud del **principio de primacía del Derecho de la Unión**, la invocación por un Estado miembro de disposiciones de Derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, no puede afectar a la unidad y a la eficacia del Derecho de la Unión (sentencia de 18 de mayo de 2021, *Asociația «Forumul Judecătorilor Din România»* y otros, C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 y C397/19, EU:C:2021:393, apartado 245 y jurisprudencia citada)”.

En la portada del diario *El País* del 9 de octubre de 2021¹⁹ se dice que “La Comisión Europea y los gobiernos **de Alemania** y Francia salieron ayer en tromba para advertir a Polonia de que formar parte de la UU implica “el acatamiento de todas las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia europeo”... **El ministro alemán de Exteriores, HEIKO MAAS**, dio su apoyo a la Comisión para “hacer cumplir la legislación de la UE”. (*Consejos vendo y para mí no tengo*).

¹⁹ “La UE anuncia mano dura ante la rebelión de Polonia”. Von der Leyen, dispuesta a usar “todos los poderes” de la Comisión. G. ABRIL / B. DE MIGUEL.

No estoy de acuerdo con la opinión de ALARCÓN²⁰, relativa a que “El movimiento evidentemente tiene influencias de la actitud revoltosa (sic) de la corte constitucional alemana de Karlsruhe. Pero las diferencias son enormes. Aunque el Constitucional germano ha atacado en distintas ocasiones al TJUE, la última de forma muy seria en mayo de 2020, su composición no está totalmente afectada por los designios del Gobierno alemán y, desde luego, Berlín no incita a Karlsruhe a revelarse contra el ordenamiento jurídico de la Unión, como ha hecho en esta ocasión Varsovia”.

Entiendo que no hay diferencias, pues el fondo del asunto no es la composición de ambos tribunales constitucionales, sino la adopción de decisiones que atacan frontalmente la primacía del Derecho de la UE declarada *ad hoc* por el Tribunal de Justicia. Por ello, considero que la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 5 de mayo del 2020 supuso también una grave amenaza para la construcción europea y el futuro del euro y supuso, asimismo, un acto de rebeldía –de idéntica gravedad- contra la justicia europea.

En mi opinión, MÜNCHAU²¹ también confunde los términos cuando señala que “El Tribunal Constitucional alemán nunca ha hecho nada tan extremo como lo que sucedió en Polonia la semana pasada. Pero años de retórica legal antieuropea en el gran país europeo han abonado el terreno para el secesionismo jurídico en otros lugares... En su sentencia de la última semana, el Tribunal Constitucional polaco fue más lejos de lo que había llegado nunca su equivalente alemán. Declaró el artículo 1 del Tratado de la Unión Europea, el que constituye la propia Unión, incompatible con determinados capítulos de la constitución polaca. Lo mismo dictaminó con respecto al artículo 19 del mencionado tratado, que establece el Tribunal de Justicia de la UE. Si la sentencia se sostiene, estaríamos ante un *Polexit* jurídico”. **La gravedad de ambas sentencias (la alemana y la polaca) no reside en que se cuestionen artículos del Tratado, sino en que se rechace la autoridad del Tribunal de Justicia de la UE, acusándole de actuar *ultra vires*.** No entiendo el sentido (o la intención) de quitarle hierro a la “revoltosa” sentencia germana; pues,

²⁰ “*Revuelta en Polonia*”. Nexo Europa (nº 90) – “*Europa echa chispas*”. 8 de octubre de 2021.

²¹ “*Ultra vires: batalla jurídica en la Unión Europea*”. El País, 11 de octubre de 2021. <https://elpais.com/opinion/2021-10-11/ultra-vires-batalla-juridica-en-la-union-europea.html>

como ha subrayado REQUERO²², “la crisis polaca no plantea sólo un problema de prevalencia de normas -las comunitarias frente a las nacionales- sino algo de no menos enjundia: **la colisión entre el Tribunal de Justicia de la Unión y los tribunales nacionales, más en concreto los constitucionales**. En esto Polonia no está sola porque ya Alemania planteó los excesos de la Justicia comunitaria: en 2020 el Tribunal Constitucional alemán se “enfrentó” al Tribunal europeo a propósito de la compra de deuda pública del Banco Central Europeo, lo que ha supuesto que la Comisión Europea inicie un procedimiento de infracción contra Alemania”. Como ha expresado MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ²³, “no es bueno dar la impresión de cierto ensañamiento con un Estado menos poderoso y con una inclinación ideológico-política quizás menos del gusto de los sectores dominantes, para tratar de imponer una versión del principio de primacía que ostensiblemente han rechazado y siguen rechazando otros Estados, incluso fundacionales y de la mayor importancia, pero contra los que es más difícil atreverse”.

Otro Estado miembro beligerante con el Tribunal de Justicia de la UE es **Rumanía**. Así, en su Sentencia de 18 de mayo de 2021 (Asuntos acumulados C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 y C397/19. *Asociația «Forumul Judecătorilor Din România» y otros*)²⁴, en la que el Tribunal de Justicia (Gran Sala) se pronuncia sobre una serie de reformas rumanas relativas a la organización judicial y al régimen disciplinario de los magistrados, así como a la responsabilidad patrimonial del Estado y a la responsabilidad personal de los jueces por un error judicial, la Corte europea ha dicho lo siguiente sobre el

“Principio de primacía del Derecho de la Unión

En un quinto momento, el Tribunal de Justicia declara que el principio de primacía del Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional de rango constitucional **que priva a un órgano jurisdiccional de rango inferior del derecho a abstenerse de aplicar, por su propia iniciativa**, una disposición nacional comprendida en el ámbito de aplicación de la Decisión 2006/928 y contraria al Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia recuerda que, según

²² “*Encontronazos europeos*”. La Razón, 12 de octubre de 2021.

²³ “*El conflicto de la Unión Europea con Polonia*”. El Imparcial, 14 de octubre de 2021.

²⁴ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=241624&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1473757>

jurisprudencia consolidada, los efectos que se asocian al principio de primacía del Derecho de la Unión vinculan a todos los órganos de un Estado miembro, sin que puedan oponerse a él, en particular, las disposiciones internas relativas al reparto de las competencias judiciales, incluidas las de rango constitucional. Recordando asimismo que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a dar al Derecho interno, en la medida de lo posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión, **o a abstenerse de aplicar, por su propia iniciativa**, cualquier disposición contraria de la legislación nacional que no pueda ser objeto de tal interpretación conforme, el Tribunal de Justicia hace constar que, en caso de infracción comprobada del Tratado UE o de la Decisión 2006/928, **el principio de primacía del Derecho de la Unión exige que el órgano jurisdiccional remitente se abstenga de aplicar las disposiciones controvertidas, ya sean de origen legislativo o constitucional**".

Comentando este asunto, ALONSO GARCÍA²⁵ nos relata que "Así las cosas, justo el mismo día en que la Comisión, haciendo eco de esta sentencia del TJUE, emitía su Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los progresos realizados por Rumanía en el ámbito del Mecanismo de Cooperación y Verificación, el Tribunal Constitucional se despachaba, de forma unánime: 1) declarando que el TJUE se había extralimitado en sus funciones, pasando de interpretar el Derecho de la Unión en abstracto a aplicarlo al caso concreto; 2) rechazando el desplazamiento de la identidad constitucional nacional por mor del Derecho de la Unión (amparándose para ello, por cierto, en jurisprudencia constitucional alemana); 3) desafiando abiertamente al TJUE, al negar el valor de normas jurídicas cubiertas por la primacía a las recomendaciones emitidas por la Comisión en el marco del referido mecanismo de cooperación y verificación".

II

En su Sentencia de 11 de diciembre de 2018 (Asunto C-493/17. *Weiss* y otros)²⁶, el Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala), declaró que:

"El examen de las cuestiones prejudiciales primera a cuarta no ha puesto de manifiesto ninguna circunstancia que pueda afectar a la validez de la Decisión (UE) 2015/774 del Banco Central Europeo, de 4 de marzo de 2015, sobre un

²⁵ "Tiempos judiciales recios". La Razón, 25 de julio de 2021.

²⁶ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=208741&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=415193>

programa de compras de valores públicos en mercados secundarios, en su versión modificada por la Decisión (UE) 2017/100 del Banco Central Europeo, de 11 de enero de 2017”.

Sin precedentes que conozcamos, en la página web del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se recogen²⁷, junto con su sentencia (del TJUE) y los antecedentes a la misma, la “resolución nacional posterior” (Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020), así como Comunicado de Prensa del TC alemán de la misma fecha, y Comunicado de Prensa de Tribunal de Justicia de la UE de 8 de mayo de 2020 en el que, también sin que existan precedentes al respecto, **reivindica su propia autoridad**:

“Comunicado de prensa a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020.

La Dirección de Comunicación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recibido numerosas preguntas en relación con la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional alemán el 5 de mayo de 2020 referente al programa PSPP [Programa de Compras del Sector Público] del Banco Central Europeo (BCE).

Los Servicios de la Institución nunca hacen comentarios sobre las sentencias de un órgano jurisdiccional nacional.

En general, se recuerda que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una sentencia dictada con carácter prejudicial por este Tribunal vincula al juez nacional para la resolución del litigio principal²⁸. Con el fin de garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia, creado a tal fin por los Estados miembros, es el único competente para declarar que un acto de una institución de la Unión es contrario al Derecho de la Unión. Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de dichos actos pueden llegar a comprometer la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión y perjudicar la seguridad jurídica²⁹. Al igual que otras autoridades de los Estados miembros, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a garantizar el pleno efecto del Derecho de la Unión³⁰. Solo así puede garantizarse la igualdad de los Estados miembros en la Unión creada por ellos.

²⁷ <https://curia.europa.eu/juris/fiche.jsf;jsessionid=AF18A05BC8A07CB47A5B34F991755CC7?id=C%3B493%3B17%3BRP%3B1%3BP%3B1%3BC2017%2F0493%2FJ&oqp=&for=&mat=or&lgrc=es&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=c-493%252F17&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=es&avg=&cid=415193>

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2000, *Fazenda Pública* (C-446/98, apartado 49).

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost* (C-314/85, apartados 15 y 17).

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros* (C-212/04, apartado 122).

La Institución se abstendrá de cualquier otra comunicación sobre este tema”.

El TJUE se refiere, obviamente, a la Sentencia de la Sala Segunda, de 5 de mayo de 2020 (caso *Weiss y otros* contra el PSPP del Banco Central Europeo)³¹:

“235. Por consiguiente, se prohíbe al Bundesbank, después de un plazo transitorio máximo de tres meses necesario para la coordinación en el SEBC, aplicar y ejecutar la Decisión (UE) 2015/774 así como las subsiguientes Decisiones (UE) 2015/2101, (UE) 2015/2464, (UE) 2016/702, (UE) 2017/100, y la Decisión de 12 de diciembre de 2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de septiembre de 2009, en cuanto suponga realizar compras de bonos que incrementen la cartera o tomar parte en un nuevo aumento del volumen mensual de compras, **a menos que el Consejo de Gobierno del BCE demuestre claramente en una nueva Decisión que los objetivos de política monetaria que se persiguen con el PSPP no son desproporcionados en relación con las implicaciones de política económica y fiscal que conlleva**. Igualmente, en vista de las compras que ya ha realizado en el marco del PSPP, el Bundesbank está obligado a encargarse de llevar a cabo una reducción de su cartera de bonos con una estrategia coordinada – y estructurada también para el largo plazo- con el SEBC”.

Como han resumido SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO y UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO³², “en la sentencia dictada por el Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht, en adelante BVerfG) el 5 de mayo de 2020 en el *asunto Weiss y otros* (el pronunciamiento probablemente más controvertido de sus más de 70 años de historia), el tribunal de Karlsruhe declaró que tanto el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) como el Banco Central Europeo (BCE) actuaron fuera del ámbito de sus competencias (es decir, *ultra vires*) en relación con el programa de compra de deuda del sector público (Public Sector Purchase Programme, PSPP) lanzado por el BCE en 2015. En consecuencia, y **por primera vez en la historia, el BVerfG declaró inaplicable en Alemania una sentencia del TJUE** (la dictada en 2018 en el *asunto Weiss*) y se autoatribuyó unilateralmente la facultad de

³¹ Traducción íntegra no oficial, realizada por Francisco Javier Donaire Villa (Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid), del texto completo original de la Sentencia en alemán, según se halla disponible on-line en el sitio web del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal de Alemania): https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr_085915en.htm. Sentencia traducida disponible en: http://idpbarcelona.net/docs/actual/caso_weiss.pdf

³² “La Corte Constitucional de Alemania se ha vuelto nuclear”. 15 de mayo de 2020. <https://es.euronews.com/2020/05/15/la-corte-constitucional-de-alemania-se-ha-vuelto-nuclear-punto-de-vista>

decidir sobre la validez en Alemania de la decisión sobre el PSPP del BCE, una institución de la UE bajo la jurisdicción exclusiva del TJUE”.

El origen de la sentencia constitucional germana es eminentemente de carácter político, pues, como ha señalado UTRILLA FERNÁNDEZ BERMEJO³³, “la controversia en torno al PSPP y su drástico desenlace son manifestación de la profunda insatisfacción de parte del electorado alemán, y del propio BVerfG, con la deriva del proceso de integración en el ámbito de la política económica y monetaria a partir de la crisis económico-financiera iniciada en el año 2008. El creciente protagonismo del BCE y del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) obliga a reconsiderar los límites de su mandato, lo cual, en ausencia de una reforma del Derecho primario de la Unión, se convierte en una labor interpretativa que está sometiendo al TJUE y a su relación con las jurisdicciones nacionales a una situación de presión sin precedentes en la historia de la integración europea”.

Desgrana esta autora que "En Alemania, varios particulares interpusieron recursos de amparo (Verfassungsbeschwerden) ante el BVerfG relativos a la aplicabilidad en ese Estado miembro de las decisiones del BCE relativas al PSPP, a la participación del Banco Central Alemán (Bundesbank) en la ejecución de estas decisiones, y a la supuesta inactividad del Gobierno Federal (Bundesregierung) y de la Cámara Baja del Parlamento Federal (Bundestag) ante la actuación del BCE y del Bundesbank. Los recurrentes ante el BVerfG alegaban, en esencia, que el programa PSPP constituye, en su conjunto, un acto *ultra vires*, pues infringiría el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros previsto en el artículo 119 TFUE, al exceder del mandato del BCE (tal como se define en el artículo 127 TFUE y en los artículos 17 a 24 del Protocolo sobre el estatuto del SEBC y del BCE) y vulnerar el artículo 123 TFUE. Según los recurrentes, ello hace que la actuación del BCE infrinja el principio democrático consagrado en la Constitución alemana y, por ello, atentan también contra la identidad constitucional de Alemania.

La cuestión jurídica de fondo en el caso PSPP afecta, por lo tanto, a la determinación de los límites a partir de los cuales las actuaciones de alivio financiero del BCE dejan de ser medidas

³³ “La unión económica y monetaria y la primacía del Derecho de la Unión a la luz del caso Weiss/PSPP”. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 160, octubre – diciembre 2020.

de política económica legítimamente adoptadas en el marco de su mandato, para pasar a convertirse en medidas de política económica reservadas a los Estados miembros”.

Para UTRILLA, **el Tribunal Constitucional alemán vino a romper el diálogo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al no plantear una segunda cuestión prejudicial**. Así, “según el estándar *Honeywell*, el BVerfG está obligado a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE respecto de la controversia jurídica que se estime que puede llegar a dar lugar a la activación del control *ultra vires*. En PSPP, el BVerfG cumplió con este requisito procedimental al formular la cuestión prejudicial que, posteriormente, daría lugar a la sentencia *Weiss* del TJUE. No obstante, dicha cuestión prejudicial tenía por objeto la actuación del BCE en el marco del programa controvertido, no la actuación del TJUE al fiscalizarla. En cuanto la decisión del BVerfG de declarar a *Weiss* como *ultra vires* e inaplicable en Alemania se basó en el carácter “incomprensible” y “objetivamente arbitrario” de esa sentencia, la aplicación del protocolo *Honeywell* exigía que el BVerfG hubiera planteado, con carácter previo, una segunda cuestión prejudicial en relación con la actuación del TJUE, cuestión que – lógicamente– no había sido objeto de discusión en el dialogo judicial previo”.

SARMIENTO y UTRILLA³⁴, respecto a las consecuencias de la sentencia germana, señalaron que “a pesar del estruendo que ha provocado, los efectos puramente prácticos de *Weiss y otros* son bastante modestos. Como es obvio, el pronunciamiento del BVerfG no puede afectar ni a la validez de la sentencia del TJUE ni a la decisión del BCE. Formalmente, sus destinatarios son el Gobierno Federal Alemán, el Bundesbank y el Bundestag, que por sí mismos carecen de capacidad de modificar la actuación controvertida del BCE. Además, la sentencia se limita a pedir una mejor motivación de las Decisiones del BCE, **algo que, probablemente, serán capaces de hacer las instituciones alemanas con poca dificultad**”.

Sin embargo, como se expondrá, no han sido las autoridades alemanas las que satisficieron lo requerido por la Corte germana, sino que en Alemania se preocuparon muy mucho de quedar claro que ha sido una institución europea (**concretamente el Banco Central Europeo**³⁵) el que cumpliera con lo dispuesto por la sentencia.

³⁴ “*La Corte Constitucional de Alemania se ha vuelto nuclear*”. Ob cit.

³⁵ “**Gran Bundesbank**”, como lo denomina el Financial Times (“*Un cambio razonable en el BCE*”. El País, 13 de julio de 2021).

Respecto a la apertura por la Comisión Europea, el 9 de junio de 2021, del **procedimiento de infracción**³⁶ contra Alemania por la Sentencia de su Tribunal Constitucional, procede señalar que, antes de la presentación (en su caso) de la *demanda por incumplimiento*³⁷ ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *ex* artículo 258 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el procedimiento pre-contencioso que ha iniciado la Comisión (*carta de emplazamiento* y posterior *dictamen motivado*; ambos con trámite de audiencia a Alemania) es un procedimiento obligatorio y debido pero –en el presente caso- a los únicos efectos formales, dado que en Alemania –como igualmente sucedería en España-, no hay forma o fórmula jurídica para *desfacer el entuerto* causado por la referida Sentencia, dado que según su Derecho interno no hay institución alemana con autoridad para *enmendar la plana* a su Tribunal Constitucional, ni éste tiene capacidad para, de oficio, corregir su propia sentencia. Por lo que es de suponer que el Gobierno alemán alegará ante la Comisión, en ambas instancias (*carta de emplazamiento* y *dictamen motivado*), prácticamente lo mismo que ya le ha transmitido informalmente en los contactos mantenidos durante el año posterior a la Sentencia, con lo que no parece haber motivo ni justificación plausible para retardar la interposición del *recurso por incumplimiento* con el fin de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declare si Alemania, a través de la sentencia de su Tribunal Constitucional, ha incumplido el Derecho de la Unión Europea.

³⁶ En apretada síntesis, el procedimiento funciona del siguiente modo:

La Comisión indica que un determinado país de la UE podría no estar cumpliendo sus obligaciones.

La Comisión envía una **carta de emplazamiento** al país en cuestión solicitando información adicional. Este país debe enviar una respuesta detallada en un plazo determinado, normalmente de 2 meses.

Sobre la base de dicha respuesta, la Comisión puede:

- **emitir un dictamen motivado** (una solicitud formal de cumplimiento del Derecho de la UE, instando al país de la UE en cuestión a informar de las medidas que adopte para dar cumplimiento a sus obligaciones dentro de un plazo determinado, normalmente de 2 meses); o
- **archivar el caso**, cuando los problemas del país de la UE afectado se hayan resuelto sin necesidad de que la Comisión prosiga el procedimiento.

Si el país interesado no se atiene al dictamen de la Comisión en el plazo otorgado, la Comisión podrá **remitir el caso al Tribunal de Justicia**. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114550>

³⁷ “Artículo 258 (antiguo artículo 226 TCE)

Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Como corolario de lo anterior, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE sería mero-declarativa agotando así, en principio, sus efectos. Según el artículo 260.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, “*Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarar que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal*”. Dado que también, como veremos, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán ha agotado sus efectos, **al entender cumplimentado por el Banco Central Europeo** los requerimientos contenidos en su sentencia, la Sentencia del Tribunal del Tribunal de Justicia de la UE que declarara el incumplimiento tendría sobre Alemania y su Tribunal Constitucional *efectos prospectivos: para que esto no vuelva a ocurrir*. Parece, en este caso, que Alemania no podrá adoptar medida alguna, más allá de *tomar buena nota*, destinada a la ejecución de la sentencia del TJUE.

Para RUIZ MIGUEL³⁸, “si alguien piensa que pueda haber una sola autoridad alemana que incumpla una sentencia del TC alemán creo que se hace trampas al solitario”. Este autor se muestra partidario de la sentencia germana: “A diferencia del BCE, el TJUE y la presidente de la Comisión Europea creo que están olvidando sus límites. El artículo 5 del Tratado de la Unión Europea es meridiano: “la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución” y “toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”. O sea, fuera de las competencias atribuidas la Unión no puede actuar. La pregunta muy simple es: ¿quién determina si la UE se ha excedido de sus competencias? Y la respuesta es simple, aunque a muchos no les guste: si hay una delegación de competencias no puede ser el beneficiario de la delegación quien decida los límites de la misma. Quien decide los límites de la delegación es el delegante, no el delegado. Dado que los delegantes son los Estados, son los Estados quienes deben juzgar si sus competencias delegadas han sido o no excedidas. Y ese juicio corresponde al tribunal que juzgue sobre el respeto que permite operar la delegación. Dado que lo normal es que esa norma sea la Constitución, el que debe juzgar es quien juzgue sobre el respeto a la Constitución. Y en el caso alemán está claro quien: el TCFA”.

Hay que tener en cuenta que lo iniciado por la Comisión Europea, **después de más de un año desde la controvertida sentencia**, es la fase incipiente y oficial del procedimiento

³⁸ “*El conflicto alemán: ¿quién determina si la UE se excede en sus competencias?*”. Cinco Días, 13 de mayo de 2020.

administrativo de infracción. En otros asuntos (relacionados con Hungría y Polonia), que, al igual que éste, revisten una importancia fundamental para el ordenamiento jurídico de la Unión, en menos de siete meses la Comisión había concluido el procedimiento pre-contencioso (*carta de emplazamiento y dictamen motivado*, con trámite de audiencia en ambos casos) y demandado al Estado infractor ante el Tribunal de Justicia.

Comentando la decisión de apertura del procedimiento de infracción por Comisión Europea, SOSA WAGNER³⁹ ha escrito que estamos ante una **cuestión central de la construcción europea**. “La cuestión es clara: ¿qué autoridad tendrían las instituciones europeas para combatir a los Gobiernos polaco o húngaro cuando perpetran infracciones de los valores básicos europeos si se autoriza idéntico comportamiento a la poderosa Alemania? Además, si el juez alemán se permite desafiar la primacía del derecho europeo respecto de los derechos nacionales, ¿por qué va a tener prohibida esta licencia el juez español, el portugués o el griego?”⁴⁰.

III

En su conocida Sentencia de 6 de octubre de 1982 (Asunto 283/1981. *Cilfit*), el Tribunal de Justicia de la UE declaró que:

“El párrafo tercero del artículo 177 del Tratado CEE debe ser interpretado en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna; la existencia de tal supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad”.

³⁹ “*Desde Europa a España*”. El Mundo, 30 de junio de 2021.

⁴⁰ En este artículo, SOSA WAGNER da cuenta de las opiniones enfrentadas, en este asunto, protagonizadas por el ex magistrado y catedrático de Derecho Público, DIETER GRIMM y el ex ministro de Finanzas federal HANS EICHEL.

La doctrina *Cilfit* ha sufrido una posterior concreción en su aplicación casuística. A título de ejemplo, en su Sentencia de 9 de septiembre de 2015 (Asunto C160/14. *Ferreira da Silva e Brito y otros*), el Tribunal declaró que

“El artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno debe remitir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del concepto de «transmisión de un centro de actividad» a efectos del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23, en circunstancias como las del litigio principal, caracterizadas tanto por resoluciones contradictorias de tribunales nacionales inferiores acerca de la interpretación de este concepto como por dificultades de interpretación recurrentes de éste en los distintos Estados miembros”.

Para el Tribunal, “41. la existencia de resoluciones contradictorias dictadas por otros órganos jurisdiccionales nacionales no puede constituir por sí sola un elemento determinante que pueda imponer la obligación establecida en el artículo 267 TFUE, párrafo tercero”. Sin embargo, “44. En circunstancias como las del litigio principal, caracterizadas tanto por corrientes jurisprudenciales contradictorias a escala nacional acerca del concepto de «transmisión de un centro de actividad» a efectos de la Directiva 2001/23 como por dificultades de interpretación recurrentes de este concepto en los distintos Estados miembros, **un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno debe cumplir su obligación de remitir el asunto al Tribunal de Justicia con el fin de excluir el riesgo de una interpretación errónea del Derecho de la Unión**”.

Por poner otro ejemplo, en su Sentencia de 9 de septiembre de 2015 (Asuntos acumulados C72/14 y C197/14. *X*), el Tribunal declaró que

“El artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, como es el caso del órgano jurisdiccional remitente, no está obligado, por un lado, a plantear cuestión alguna al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el mero hecho de que un órgano jurisdiccional nacional inferior, en un asunto similar al que debe dirimir dicho órgano jurisdiccional remitente y que versa exactamente sobre la misma clase de controversia, haya planteado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, y, por otro lado, tampoco está obligado a esperar la respuesta a dicha cuestión prejudicial”.

Es decir, que el *diálogo (pre)judicial* emprendido por el órgano jurisdiccional nacional inferior con el TJUE no compromete la decisión al respecto del tribunal nacional superior.

El Abogado General señor BOBEK, en sus Conclusiones presentadas el 15 de abril de 2021 en el Asunto C561/19 (*Conorzio Italian Management / Rete Ferroviaria Italiana SpA*)⁴¹, propone al Tribunal de Justicia de la Unión Europea revisar su jurisprudencia (criterios *Cilfit*) sobre la obligación de los tribunales nacionales de última instancia de plantear una cuestión prejudicial. En apretada síntesis: *El Tribunal de Justicia debería considerar que la existencia de esta obligación depende de que concurran tres requisitos: (i) una cuestión general de interpretación del Derecho de la Unión; (ii) respecto de la cual sea objetivamente posible más de una interpretación razonable; (iii) cuya respuesta no se pueda deducir de la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia.*

En definitiva, en su interesante y pertinente propuesta, “el Abogado General BOBEK observa que se acepta en general que la obligación de remitir la cuestión prejudicial persigue la interpretación uniforme del Derecho de la Unión por todos los tribunales en cualquiera de los Estados miembros y en toda la Unión. Sin embargo, a este respecto, **el Abogado General discrepa de la llamada excepción del acto claro**, esto es, que no exista duda razonable alguna acerca de la aplicación correcta del Derecho de la Unión en un caso individual. Desde un punto de vista lógico, una obligación que se estableció con la finalidad de garantizar un objetivo general no puede depender de cualesquiera dudas subjetivas respecto al resultado de un asunto concreto. En cambio, **debe depender de discrepancias objetivas en la jurisprudencia nacional que, en consecuencia, comprometan la interpretación uniforme del Derecho de la Unión dentro de la Unión Europea.**

BOBEK pone de relieve que la uniformidad que se busca no es ni ha sido nunca la del resultado de cada asunto individual, sino la de las normas jurídicas que deben aplicarse. Esto significa que, en principio, aun cuando exista un grado de uniformidad razonable en las normas jurídicas (*interpretación*), puede haber diversidad en los resultados específicos (*aplicación*).

También señala que se ha hecho difícil encontrar un área en la que no sea precisa la ayuda interpretativa del Tribunal de Justicia. Actualmente se observa un aumento abrumador de la cantidad de peticiones de decisión prejudicial, a pesar de que los recursos del Tribunal de Justicia no son ilimitados. En estas circunstancias, **insistir en que los tribunales nacionales de última**

41

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=239904&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=508127>

instancia planteen cuestiones prejudiciales en todos los casos en que exista cualquier forma de duda razonable resulta inviable e injustificado⁴²’.

Parece que la sugerencia del Abogado General pretende reforzar el carácter nomofiláctico de la cuestión prejudicial, en línea, por ejemplo, con la reforma en España del recurso de casación contencioso-administrativa a través de la Ley Orgánica 7/2015, que supuso un cambio estructural en la configuración del mismo, ya que introdujo el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como criterio para decidir la admisión del recurso.

IV

En nuestra opinión, desde el punto de vista constitucional español, la negativa del juez nacional a plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (tanto en el caso de que decida inaplicar por su propia autoridad la norma interna nacional que considere que contraviene el Derecho de la UE; como en el caso de aplicar la norma nacional al considerar que no se infringe el Derecho europeo) no vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva, ni al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías, a menos que la negativa a plantear la cuestión sea arbitraria o irrazonable o no esté debidamente motivada. Este es el canon de control que tradicionalmente ha establecido nuestro Tribunal Constitucional al respecto, *“que no difiere del que este Tribunal ha fijado, con carácter general, para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto... Consiguientemente, en relación con la temática sobre la que versa el presente recurso, en esta instancia constitucional lo único que nos corresponde ponderar es si las resoluciones judiciales impugnadas están fundadas en Derecho y son fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria”*. (Por todas, STC 99/2015).

Esta jurisprudencia ha sido quebrada abruptamente por la STC 37/2019, que, en nuestra opinión y como se expondrá, contraviene el Derecho de la UE, al endurecer los requisitos del *acto claro* y, en particular, del *acto aclarado*; al establecer un **doblo canon de enjuiciamiento**, según se pretenda inaplicar o no la norma nacional en virtud de la interpretación del Derecho de la UE. La

⁴² <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-04/cp210065es.pdf>

referida sentencia constitucional realiza, en nuestra opinión, una desaforada aplicación de la doctrina *Cilfit*.

A diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que comprueba si los tribunales nacionales de última instancia han explicado debidamente por qué consideran que se cumplen los requisitos *Cilfit*, **sin examinar por sí mismo la fundamentación de tal apreciación**, el Tribunal Constitucional, en dicha sentencia, ha establecido un control especialmente estricto, atribuyéndose la competencia de entrar a verificar el cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, especialmente los criterios *Cilfit*.

La discusión al respecto es candente y oportuna, pues tiene íntima relación con los argumentos que el Abogado General señor BOBEK ha expuesto al Tribunal de Justicia al sugerirle que reformule la doctrina *Cilfit* (alcance y naturaleza de la obligación de remisión prejudicial).

V

Sobre el alcance y naturaleza de la obligación de remisión prejudicial, teniendo en cuenta que el Tribunal de Justicia de la UE ha defendido tradicionalmente –desde el punto de vista del Derecho europeo- que el procedimiento es totalmente independiente de la iniciativa de las partes en el litigio nacional, ello no es óbice, como se expondrá, para reconocer el derecho de la parte que suscite en el procedimiento la necesidad de remisión prejudicial a recibir –en caso de negativa- una respuesta motivada a su pretensión, derivada de la exteriorización del denominado *juicio de relevancia* (positivo o negativo), a realizar por el órgano jurisdiccional, sean o no sus decisiones susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.

II.- EL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN CONTRA ALEMANIA POR LA SENTENCIA *WEISS*

Citando a PESCATORE, ISAAC⁴³ recuerda que “la primacía es una “condición existencial” del derecho comunitario, que no podría existir sino con la condición de no doblegarse ante el derecho de los Estados miembros”.

Según el Comunicado de Prensa de la Comisión Europea, de 9 de junio de 2021, inserto en el “Paquete de procedimientos de infracción de junio”⁴⁴:

“4. Justicia

Cartas de emplazamiento

Primacía del Derecho de la Unión: la Comisión envía una carta de emplazamiento a ALEMANIA por incumplir los principios fundamentales del Derecho de la Unión

La Comisión Europea ha decidido hoy enviar una carta de emplazamiento a Alemania por haber violado los principios fundamentales del Derecho de la Unión, concretamente los principios de autonomía, primacía, eficacia y aplicación uniforme del Derecho de la Unión, así como el respeto de las competencias del Tribunal de Justicia consagrado en el artículo 267 del TFUE. El 5 de mayo de 2020, el Tribunal Constitucional Federal alemán pronunció su sentencia sobre el programa de compras de valores del sector público (PSPP, por sus siglas en inglés) del Banco Central Europeo (BCE), según la cual dicho programa constituía una extralimitación en el ejercicio de facultades por parte del BCE e iba más allá de sus competencias. En esa misma sentencia, el Tribunal Constitucional alemán también calificó de extralimitación en el ejercicio de facultades una sentencia del Tribunal de Justicia (la sentencia en el asunto Weiss y otros), sin por tanto remitir el asunto a dicho Tribunal. Por consiguiente, el Tribunal alemán privó a la sentencia del Tribunal de Justicia de sus efectos legales en Alemania, infringiendo así el principio de primacía del Derecho de la Unión. Este es el motivo por el que ahora se incoa el procedimiento de infracción. Mediante Orden de 29 de abril de 2021, el Tribunal Constitucional alemán rechazó dos recursos que pretendían lograr una orden de ejecución de la sentencia del 5 de mayo de 2020. No obstante, la Orden de 29 de abril de 2021 del Tribunal Constitucional alemán no soluciona los incumplimientos del principio de primacía del Derecho de la Unión. La Comisión considera que la sentencia del

⁴³ “Manual de Derecho comunitario general”. Ariel Derecho, 1997.

⁴⁴ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/inf_21_2743

*Tribunal Constitucional alemán constituye un **precedente grave**, tanto para la práctica futura del propio Tribunal como para los tribunales supremos y constitucionales de otros Estados miembros. Alemania dispone ahora de dos meses para responder a las cuestiones planteadas por la Comisión*". Expediente nº INFR(2021)2114.

Desde la sentencia de 5 de mayo de 2020 y hasta el 9 de abril de 2021 (según información proporcionada por el Director General del Servicio Jurídico de la Comisión Europea), la Comisión ha realizado "informalmente" (fuera del procedimiento de infracción), las siguientes actuaciones:

- “1. Reunión informativa de 7 de mayo de 2020 para el presidente de la Comisión Europea con vistas a una convocatoria con el presidente del BCE el 8 de mayo, tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo.
2. Nota del Servicio Jurídico de 14 de mayo de 2020 a la atención del Jefe de Gabinete de la presidenta de la Comisión Europea, “*Análisis jurídico de la sentencia de 5 de mayo de Tribunal Constitucional alemán en el caso Weiss sobre el programa PSPP del Banco Central Europeo*” [documento de referencia Ares (2020) 2553942].
3. Acta de la reunión del 25 de noviembre de 2020 entre el Director General del Servicio Jurídico y los Secretarios de Estado del Ministerio de Economía y del Ministerio de Hacienda de Alemania [referencia del documento Ares (2020) 7128843].
4. Carta del Secretario de Estado del Ministerio de Economía alemán de 15 de enero 2021 a la atención del Director General del Servicio Jurídico.
5. Carta de los Secretarios de Estado del Ministerio de Economía alemán y del Ministerio de Hacienda de 23 de febrero de 2021 a la atención del Director General de la Servicio Jurídico [documento de referencia Ares (2021) 1498387]”.

La Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 29 de abril de 2021⁴⁵, hecha pública el 18 de mayo, cierra el *Asunto Weiss*, **al constatar que el Banco Central Europeo ha cumplido con los requerimientos de su controvertida sentencia de 5 de mayo de 2020:**

“Las decisiones de política monetaria adoptadas por el Consejo de Gobierno del BCE a raíz de la sentencia de 5 de mayo de 2020, incluida la evaluación de

⁴⁵ <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-038.html>

proporcionalidad realizada y fundamentada por el BCE **en sus decisiones de 3 y 4 de junio de 2020 a ese respecto**: “En su reunión de política monetaria de los días 3 y 4 de junio de 2020, el Consejo de Gobierno del BCE adoptó, entre otras cosas, dos decisiones relativas a la proporcionalidad del PSPP”.

Y que fue

“tras revisar los documentos recibidos del BCE, (cuando) el Gobierno Federal y el Bundestag llegaron a la conclusión de que el BCE, al realizar una evaluación de proporcionalidad, ha subsanado las deficiencias identificadas en la sentencia de 5 de mayo de 2020 en relación con el orden de competencias, satisfaciendo así los requisitos derivados de ese juicio”.

Parece que la actuación del Banco Central Europeo tras la sentencia de 5 de mayo de 2020, al “subsanan” las deficiencias identificadas por el tribunal alemán, no es respetuosa con los principios de **primacía** y **cooperación leal** y que socava gravemente la autoridad del Tribunal de la UE.

Hay que tener en cuenta que en la información de *Expansión* del 12 de mayo de 2020 (“Alemania y Europa se enzarzan por los planes del BCE”), se recogieron las palabras de la canciller alemana, ANGELA MERKEL, del 11 de mayo: “El fallo del Tribunal Constitucional de Alemania es **“SOLUCIONABLE”** si el BCE explica el plan de compra de deuda, según fuentes presenciales citadas por Reuters”. Es decir, si el BCE se avenía a lo que el Tribunal constitucional alemán exigió.

Del Comunicado de Prensa⁴⁶ del Banco Central Europeo, del mismo día 5 de mayo de 2020, no se esperaba que el BCE realizara acto alguno tendente a “cumplimentar” la sentencia germana:

“El BCE toma nota de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y mantiene su pleno compromiso de acuerdo con su mandato.

El Consejo de Gobierno ha recibido un informe preliminar del gobernador del Deutsche Bundesbank y de los Servicios Jurídicos del Banco Central Europeo (BCE). **El BCE toma nota de la sentencia dictada hoy por el Tribunal Constitucional federal alemán sobre el programa de compras de valores públicos (PSPP, por sus siglas en inglés).**

El Consejo de Gobierno mantiene su pleno compromiso de hacer todo lo que sea necesario de acuerdo con su mandato para garantizar que la inflación aumente hacia niveles compatibles con su objetivo a medio plazo y que las medidas de política monetaria adoptadas con el fin de alcanzar el objetivo de mantener la

⁴⁶ https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/20/presbce2020_80.pdf

estabilidad de precios se transmitan a todos los ámbitos de la economía y a todas las jurisdicciones de la zona del euro.

En diciembre de 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó que el BCE está actuando de acuerdo con su mandato de estabilidad de precios⁴⁷.

En sus obligaciones de rendición de cuentas e información que hagan posible el escrutinio democrático de las medidas que adopta para cumplir el mandato que los Tratados le encomiendan, el Banco Central Europeo debería explicar al Parlamento Europeo (así ha sido solicitado⁴⁷) las razones que le llevaron a actuar de tal forma. Debería dar cuenta al Parlamento Europeo de lo siguiente:

- a) Documentos entregados a las autoridades alemanas con posterioridad a la Sentencia de 5 de mayo de 2020, que se ha negado a hacer públicos;
- b) las razones y base jurídica del Derecho de la Unión Europea en que se basó para atender los requerimientos de una sentencia de un Estado miembro, después de que el Tribunal europeo emitiera su última palabra.

El 7 de julio remitimos el siguiente escrito a la Presidenta de la Comisión Europea⁴⁸:

“Expediente nº INFR(2021)2114.

Distinguida señora von der Leyen:

Me refiero a la importante decisión de la Comisión Europea de 9 de junio de 2021, de remitir a Alemania una carta de emplazamiento (Expediente nº INFR(2021)2114).

Le ruego que la Comisión Europea tome en consideración lo siguiente:

Respecto a la apertura por la Comisión Europea, el 9 de junio de 2021, del **procedimiento de infracción** contra Alemania por la Sentencia de su Tribunal Constitucional, procede señalar que, antes de la presentación de la *demandá por incumplimiento* ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *ex artículo 258* el TFUE, el procedimiento pre-contencioso que ha iniciado la Comisión (*carta de emplazamiento* y posterior *dictamen motivado*; ambos con trámite de audiencia a Alemania) es un procedimiento obligatorio y debido pero –en el presente caso- a los únicos efectos formales, dado que en Alemania, según su Derecho interno, no hay institución con autoridad para corregir a su Tribunal Constitucional, ni éste tiene capacidad para, de oficio, corregir su propia sentencia. Por lo que es de

⁴⁷ Petición nº 634/2021, admitida a trámite.

⁴⁸ Con copia al Comisario de Justicia, señor REYNDERS.

suponer que el Gobierno alemán alegará ante la Comisión, en ambas instancias (*carta de emplazamiento y dictamen motivado*), prácticamente lo mismo que ya le ha transmitido informalmente en los contactos mantenidos durante el año posterior a la Sentencia, con lo que no parece haber motivo ni justificación plausible para retardar la interposición del *recurso por incumplimiento* con el fin de que el TJUE declare si Alemania, a través de la sentencia de su Tribunal Constitucional, ha incumplido el Derecho de la Unión Europea.

Como corolario de lo anterior, la sentencia del TJUE sería mero-declarativa, agotando así, en principio, sus efectos. Según el artículo 260.1 del TFUE, “*Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal*”. Dado que también la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán ha agotado sus efectos, **al entender cumplimentado por el Banco Central Europeo** los requerimientos contenidos en su sentencia, la Sentencia del TJUE que declarara el incumplimiento tendría sobre Alemania y su Tribunal Constitucional *efectos prospectivos: para que esto no vuelva a ocurrir*. Parece, en este caso, que Alemania no podrá adoptar medida alguna, más allá de *tomar buena nota*, destinada a la ejecución de la sentencia del TJUE.

Hay que tener en cuenta que lo que ahora inicia la Comisión Europea, después de más de un año desde la controvertida sentencia, es la fase incipiente y oficial del procedimiento administrativo de infracción. En otros asuntos (relacionados con Hungría y Polonia), que, al igual que éste, revisten una importancia fundamental para el ordenamiento jurídico de la Unión, en menos de siete meses la Comisión había concluido el procedimiento pre-contencioso (*carta de emplazamiento y dictamen motivado*, con trámite de audiencia en ambos casos) y demandado al Estado infractor ante el Tribunal de Justicia.

Atentos saludos”.

El 23 de septiembre de 2021, el Director del Servicio Jurídico de la Comisión, señor KEPPELNE, se manifestó en los siguientes términos:

“Le agradezco su mensaje de correo electrónico de 15 de julio de 2021, en el que se refiere al escrito de emplazamiento enviado por la Comisión a Alemania el 9 de junio de 2021 en relación con la violación de principios fundamentales del Derecho de la Unión por el Tribunal Constitucional Federal alemán.

El Derecho de la Unión prima sobre el Derecho de los Estados miembros. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son vinculantes para las autoridades nacionales, incluidos los jueces y tribunales. La Comisión considera que esos principios fundamentales han sido vulnerados por la sentencia *Weiss* del Tribunal Constitucional Federal alemán, que declaró “*ultra vires*” (es decir, que

excederían las competencias de la Unión) una decisión del Banco Central Europeo y una sentencia del Tribunal de Justicia. Así pues, el Tribunal Constitucional Federal alemán privó a la sentencia del Tribunal de Justicia de su efecto vinculante en Alemania, vulnerando la primacía del Derecho de la Unión.

Después de un examen detallado y un diálogo informal con las autoridades alemanas, el 9 de junio de 2021 la Comisión envió un escrito de emplazamiento a Alemania por violación de principios fundamentales del Derecho de la Unión debida a su Tribunal Constitucional Federal. Compete ahora a Alemania identificar posibles soluciones, que deben adecuarse a las exigencias del Derecho de la Unión.

Le aseguro, por último, que la Comisión mantendrá su firmeza a la hora supervisar la correcta aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2021, recaída en el asunto C-791/19 (*Comisión/Polonia. Régimen disciplinario de los jueces*) se estima el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea en el que se solicitaba que se declarase que, al adoptar el nuevo régimen disciplinario aplicable a los jueces del Tribunal Supremo polaco y a los jueces de los tribunales ordinarios, Polonia no ha cumplido con sus obligaciones en virtud de Derecho de la UE. Mediante la sentencia, el Tribunal de Justicia estimó todas las denuncias formuladas por la Comisión y constató que Polonia no había cumplido sus obligaciones derivadas de la legislación de la UE. Según consta en los antecedentes de la sentencia, la *carta de emplazamiento* se cursó el 3 de abril de 2019; el *dictamen motivado* se cursó el 17 de julio de 2019 y la demanda ante el Tribunal de Justicia se interpuso el 25 de octubre de 2019. En menos de siete meses se había tramitado el procedimiento de infracción y presentado la demanda ante el Tribunal de Justicia.

Comentando el caso polaco (Cámara disciplinaria de los jueces)⁴⁹, DE MIGUEL comenta que “el desacato al tribunal europeo, sin embargo, habría expuesto a Polonia a un brutal enfrentamiento con las instituciones comunitarias, que consideran prioritario mantener la seguridad jurídica derivada del respeto a las sentencias y autos de la justicia europea... La colisión de las dos jurisdicciones, la del Constitucional polaco y la del tribunal europeo, disparó las alarmas en la

⁴⁹ “Polonia se pliega a las exigencias de Bruselas sobre el respeto a la independencia judicial. Kaczynski asegura que desmantelarán el órgano de vigilancia de los tribunales que según la Comisión Europea amenazaba con someter a los jueces polacos a un régimen de control político”. <https://elpais.com/internacional/2021-08-07/polonia-se-pliera-a-las-exigencias-de-bruselas-sobre-el-respeto-a-la-independencia-judicial.html>

Comisión Europea. VON DER LEYEN advirtió de que utilizaría todo su arsenal para frenar el desacato. **Solo seis días después del auto del Constitucional, la Comisión abrió un expediente de infracción y daba un mes a Polonia** (hasta el 14 de agosto) para obedecer las órdenes del tribunal europeo so pena de multas potencialmente multimillonarias.

La vicepresidenta de la Comisión responsable del área de justicia, VÉRA JOUROVÁ, justificaba la celeridad en una entrevista con EL PAÍS. **“No puede sorprender que reaccionemos rápido. Nos jugamos mucho”**, señalaba JOUROVA”.

En mi opinión, la Comisión Europea no puede utilizar distinta vara de medir y de reaccionar ante la colisión de jurisdicciones según el Estado miembro presuntamente infractor.

Cierre (*sui generis*) del expediente de infracción

Finalmente, el 2 de diciembre de 2021, la Comisión Europea ha cerrado el expediente de infracción. Según la Nota de Prensa de la Comisión Europea. Decisiones sobre procedimientos de infracción. 2/12/2021⁵⁰:

“Primacía de la legislación de la UE: la Comisión cierra el procedimiento de infracción basado en compromisos formales de ALEMANIA reconociendo claramente la primacía de la legislación de la UE y la autoridad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La Comisión ha decidido hoy archivar el procedimiento de infracción contra Alemania relativo a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020, relacionada con el Programa de Compra de Activos del Sector Público (“PSPP”) del Banco Central Europeo.

La Comisión considera apropiado poner fin a la infracción por tres motivos. En primer lugar, en su respuesta a la carta de emplazamiento, **Alemania ha asumido compromisos muy firmes.**

En particular, **Alemania ha declarado formalmente que afirma y reconoce los principios de autonomía, primacía, eficacia y aplicación uniforme del Derecho de la Unión, así como los valores establecidos en el artículo 2 del TUE, incluido en particular el Estado de Derecho.**

En segundo lugar, **Alemania reconoce explícitamente la autoridad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyas decisiones son definitivas y vinculantes. También considera que la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión no puede someterse al examen de denuncias**

⁵⁰ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/INF_21_6201

constitucionales ante los tribunales alemanes, sino que solo puede ser revisada por el Tribunal de Justicia.

En tercer lugar, el gobierno alemán, refiriéndose explícitamente a su deber de cooperación leal consagrado en los Tratados, se compromete a utilizar todos los medios a su alcance para evitar, en el futuro, una repetición de un hallazgo '*ultra vires*', y asumir un papel activo en ese sentido”.

Parece que la decisión de la Comisión tiene algo que ver, a efectos prácticos, con lo que expuse a primeros de julio de 2021 tanto a la Presidenta VON DER LEYEN como al Comisario de Justicia, señor REYNDERS y que se ha transcrito anteriormente.

Esperemos que el cierre de este expediente no sea en falso y que el Tribunal Constitucional alemán no vuelva a las andadas.

III.- LA PROPUESTA DE REFORMULACIÓN DE LA DOCTRINA *CILFIT*

El Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señor BOBEK, en sus Conclusiones, presentadas el 15 de abril de 2021, en el Asunto C561/19 (*Conorzio Italian Management*), propone al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la primera cuestión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia):

«En virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno deberá remitir el asunto al Tribunal de Justicia siempre que dicho asunto, en primer lugar, suscite una cuestión general de interpretación del Derecho de la Unión; que, en segundo lugar, pueda ser interpretada razonablemente en más de una forma posible, y que, en tercer lugar, la forma en que se ha de interpretar el precepto de Derecho de la Unión controvertido no pueda deducirse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia existente. Si dicho órgano jurisdiccional nacional ante el cual se ha suscitado una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión decide no plantear una petición de decisión prejudicial en virtud de la citada disposición, está obligado a aportar los motivos adecuados que expliquen cuál de los tres requisitos no se cumple y por qué.»

Según la propuesta, **la falta de uno solo de estos tres requisitos** exime al tribunal nacional de última instancia de la obligación de remitir la cuestión prejudicial. En caso de decidir no plantear la cuestión debe motivar cuál de esos requisitos no se cumple y por qué. Por el contrario, si decide plantearla, aun cuando haya jurisprudencia relevante, debe señalar expresamente las razones de su desacuerdo y, de ser posible, explicar cuál ha de ser, a su entender, la jurisprudencia correcta.

BOBEK considera que

“3. **Es hora de revisar el asunto *Cilfit*.** Mi propuesta en este sentido es muy sencilla: actualizar la obligación de remisión en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, así como las excepciones a dicha obligación, de manera que reflejen las necesidades del actual sistema judicial del Derecho de la Unión y ello permita aplicarlos de forma realista (y, quizá algún día, hacerlos cumplir).

4. Sin embargo, el proceso de actualización que propongo implica un gran cambio de paradigma. La lógica y el centro de atención de la obligación de remisión y de sus excepciones deben pasar de la ausencia de toda duda razonable en cuanto a la

correcta aplicación del Derecho de la Unión en el caso individual, reflejada en la existencia de una duda judicial subjetiva, a un deber más objetivo de garantizar una interpretación uniforme del Derecho de la Unión en toda la Unión Europea. Dicho de otro modo, la obligación de plantear la petición de decisión prejudicial no debe centrarse de manera principal en las respuestas correctas, sino más bien en dar con las preguntas adecuadas”.

No es la primera vez que se plantea la revisión de la doctrina *Cilfit*. Como recuerda ALONSO GARCÍA⁵¹, quien señala la imposibilidad de llevar a la práctica con absoluto rigor las exigencias de referida doctrina, “el *Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas (2000)*” reabrió el debate al “**animar a los jueces nacionales a ser menos reservados en la aplicación por sí mismos del Derecho comunitario**”, considerando al respecto que “en realidad, resultaba imposible respetar una obligación tan absoluta (de plantear la cuestión prejudicial en los términos de CILFIT), y no lo ha sido”. Ello fue objeto de especial análisis por el Abogado General (posteriormente Juez del Tribunal de Justicia) TIZZANO en el asunto *Lyckeskog* (2002) ante las sugerencias del Gobierno danés (interviniente en el proceso) y de la Comisión de reconsiderar la doctrina CILFIT...”. ALONSO GARCÍA señala la necesidad de la búsqueda de un equilibrio al respecto, entre la amplia facultad de dirigirse al Tribunal de Justicia y el grave riesgo de un colapso de éste; **teniendo en cuenta la cada vez mayor insistencia del propio Tribunal de Justicia en intensificar la conciencia del juez nacional como juez europeo “de Derecho común”**.

La doctrina *Cilfit*, como es sabido, es de creación pretoriana y afecta al siguiente marco jurídico:

Artículo 267 TFUE:

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

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

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

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de

⁵¹ “*Sistema Jurídico...*”. Ob cit.

ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

[...]»

El artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia dispone lo siguiente:

«Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado.»

El Abogado General, en sus Conclusiones, explica así el origen de la doctrina *Cilfit*:

“59. En su sentencia (*Cilfit*), el Tribunal de Justicia recordó en primer lugar **la finalidad de la obligación de remisión**, que había sido «instituida con el fin de garantizar la correcta aplicación y la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros [...]. El párrafo tercero del artículo 177 trata, más en particular, de evitar que se establezcan divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad acerca de cuestiones de Derecho comunitario. El alcance de dicha obligación debe ser apreciado, por tanto, **a la luz de esos fines** [...]».

60. A continuación, a la luz de esos fines, el Tribunal de Justicia consideró que la obligación de remisión no era absoluta. Estableció **tres excepciones** al deber de remisión que pesa sobre los tribunales de última instancia.

61. En primer lugar, los tribunales de última instancia no están obligados a remitir una cuestión de interpretación «**si la cuestión no es pertinente**, es decir, en los supuestos en los que la respuesta a dicha cuestión, cualquiera que fuera, no podría tener incidencia alguna en la solución del litigio».

62. Estoy de acuerdo en que cabe discutir si esto es realmente una excepción a una obligación o si es antes bien la confirmación de que no existe obligación alguna. Si no hay una duda (relevante) sobre el Derecho de la Unión, ¿qué debería preguntarse? o, incluso, ¿qué podría preguntarse? Cuando la cuestión remitida carece de toda relevancia para el resultado del procedimiento principal, no solo no existe obligación de remisión, sino que la cuestión sería directamente inadmisibile.

63. No obstante, considero que la primera «excepción» debe entenderse en su propio contexto temporal. Era la primera vez que el Tribunal de Justicia declaraba que, en cierto modo, a pesar del tenor literal del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debía aplicarse en él también el mismo requisito que aparecía en el párrafo segundo. En cualquier caso, y lo que quizá sea más importante, al tender un puente entre estos dos párrafos del artículo 267 TFUE, la primera excepción quedaba estructuralmente vinculada al caso individual y a la finalidad intermedia de la petición de decisión prejudicial: asistir a los órganos jurisdiccionales nacionales

(de primera y de última instancia) para la resolución de un asunto concreto del que conocen y en que se ha planteado una duda sobre el Derecho de la Unión.

64. En segundo lugar, no hay obligación de remisión cuando «la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo», y en situaciones en las que «la jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia [haya] resuelto la cuestión de derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas».

65. Esta segunda excepción, descrita en términos coloquiales como «**acto aclarado**» (también «*acte éclairé*» en otras lenguas), comprende las situaciones en que el Tribunal de Justicia ya ha establecido un precedente. Surgió como una ampliación del alcance de la sentencia *Da Costa*, donde el Tribunal de Justicia consideró que «la doctrina interpretativa sentada por este Tribunal [...] puede [...] privar a [...] la obligación [de remisión] de su causa y vaciarla así de su contenido».

66. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia declaró que no existe la obligación de remisión cuando «la correcta aplicación del Derecho [de la Unión] puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada». En esencia, así es como (probablemente) nació la más conocida excepción: la «inexistencia de duda razonable», también llamada «excepción del **acto claro**» o, en otras lenguas, del «*acte clair*».

67. El Tribunal de Justicia prosiguió enumerando diversos requisitos que el órgano jurisdiccional nacional debe comprobar para llegar a la conclusión de que no ha lugar a duda razonable alguna sobre cómo interpretar la disposición de Derecho de la Unión de que se trate. Es discutible si el requisito de que el órgano jurisdiccional nacional llegue a la «convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia», es uno de esos requisitos específicos o si se trata, de hecho, de una suerte de criterio general de orientación adicional acerca del tipo de situación en que no existirá una duda razonable.

68. Sin embargo, presumiendo que sea un criterio «general», el Tribunal de Justicia continuó enumerando unas características adicionales del Derecho comunitario que el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta antes de llegar a tal conclusión. Entre dichas características cabe destacar: i) que «la interpretación de una disposición de Derecho comunitario supone una comparación de las versiones lingüísticas»; ii) que «los conceptos jurídicos no tienen necesariamente el mismo contenido en el Derecho comunitario y en los diferentes Derechos nacionales», y iii) que «cada disposición de Derecho comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho, de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata».

La propuesta de BOBEK, según sus propias palabras, “(176)... **al centrarse en la finalidad última o función pública de la obligación de remisión**, la propuesta que hago en las presentes conclusiones **se olvida de los litigantes individuales y sus derechos subjetivos...**”

Como hemos señalado anteriormente, parece que la sugerencia del Abogado General pretende reforzar el carácter nomofiláctico de la cuestión prejudicial, en línea, por ejemplo, con la reforma en España del recurso de casación contencioso-administrativa a través de la Ley Orgánica 7/2015, que supuso un cambio estructural en la configuración del mismo, ya que introdujo el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como criterio para decidir la admisión del recurso.

El Gobierno francés, según recoge BOBEK en sus Conclusiones “(41) sugiere que se reinterpreten los criterios *Cilfit* a la luz del objetivo general del artículo 267 TFUE y a la luz del actual estado del Derecho de la Unión, teniendo en cuenta los cambios estructurales acaecidos. Entiende que la obligación de remisión debería centrarse en cuestiones importantes de interpretación y en cuestiones que puedan dar lugar a interpretaciones discrepantes dentro de la Unión, y no necesariamente en asuntos individuales de los Estados miembros. Las cuestiones relativas a la aplicación del Derecho de la Unión no deberían dar lugar a la obligación de remisión. Esta habría de reservarse solamente a cuestiones generales o a aquellas que, aun siendo más casuísticas, requiriesen que el Tribunal de Justicia estableciera un marco de análisis general o los criterios de razonamiento jurídico. Aun cuando los tribunales de última instancia puedan seguir decidiendo la remisión de otro tipo de cuestiones, deberían tener en cuenta la buena administración de justicia y la necesidad de resolver los asuntos en un tiempo razonable, especialmente cuando el Tribunal de Justicia ya haya dictado una primera decisión prejudicial en el mismo procedimiento”.

En su prolija exposición, BOBEK recoge anteriores críticas y aportaciones de otros abogados generales, sobre la viabilidad de la doctrina *Cilfit*, que conviene reseñar:

“101. En primer lugar, partiendo de las célebres dudas del Abogado General JACOBS en relación con determinadas prendas de vestir femeninas y su clasificación como pijamas a efectos arancelarios, muchos de mis doctos predecesores criticaron las dificultades que en la práctica entraña la excepción del *acto claro*. En el asunto *Wiener*, el Abogado General JACOBS rechazó la idea de que «la sentencia *Cilfit* exi[ja] de los órganos jurisdiccionales nacionales que examinen toda medida comunitaria en todas y cada una de las lenguas oficiales de

la Comunidad [...]. En muchos casos, ello entrañaría un esfuerzo desproporcionado por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales», y observó que no tendría sentido obligar a los órganos jurisdiccionales nacionales a recurrir a un método «que rara vez aplica el propio Tribunal de Justicia». Asimismo, señaló que, **«si se aplicase de forma estricta la sentencia *Cilfit*, toda cuestión de Derecho comunitario [...] habría de ser sometida al Tribunal de Justicia por todos los órganos jurisdiccionales de última instancia».**

102. En sus conclusiones presentadas en el asunto *Intermodal Transports*, la Abogada General STIX-HACKL consideró que obligar a los órganos jurisdiccionales nacionales a examinar una disposición de Derecho comunitario en cada una de las lenguas oficiales de la Comunidad «[les] impondría [...] una carga prácticamente insoportable». En su opinión, los criterios *Cilfit* no deben aplicarse «como **una especie de instrucciones** que [se] deban aplicar de forma esquemática». En sus conclusiones presentadas en el asunto *Gaston Schul*, el Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER destacó la necesidad de revisar la doctrina *Cilfit* en su totalidad y señaló que «el test propuesto era inviable en el momento de su formulación, pero en la realidad del año 2005 resulta disparatado». En las conclusiones que presentó en el asunto *X y van Dijk*, el Abogado General WAHL quiso resaltar la importancia de la facultad discrecional inherente que han de tener los tribunales nacionales de última instancia al valorar si existe la obligación de remisión, y sugirió que los criterios *Cilfit* se entendiesen como una **caja de herramientas**, para concluir que, **«si un órgano jurisdiccional de última instancia está suficientemente seguro de su propia interpretación como para asumir la responsabilidad (y posiblemente, las censuras) de solucionar una cuestión de Derecho de la Unión sin la ayuda del Tribunal de Justicia, debería estar legítimamente autorizado a hacerlo».**

103. A mi entender, no hay necesidad de repetir los argumentos tan elocuentemente formulados por los Abogados Generales arriba citados, ni de demostrar por qué y cómo son absolutamente inviables los criterios *Cilfit*, tomados literalmente y uno por uno. En efecto, tal como acertada y agudamente repuso el Abogado General WAHL, «encontrar una “auténtica” situación de *acte clair* sería, en el mejor de los casos, tan poco probable como encontrar un unicornio».

***Coda final.* Recursos disponibles (el recurso por incumplimiento en manos de la Comisión Europea).**

El no planteamiento de la cuestión prejudicial por vulneración del artículo 267 TFUE no está libre de respuesta judicial europea. Como advierte MARTÍN DELGADO⁵², el Tribunal de Justicia de la UE, “en su Sentencia de 4 de octubre de 2018 (Asunto C-416/17. *Comisión Europea / Francia*) ha dado un paso más, cerrando el círculo argumentativo construido con esa jurisprudencia: **el recurso por incumplimiento es medio adecuado para reaccionar frente a una infracción puntual provocada por un órgano jurisdiccional nacional como consecuencia del no planteamiento de cuestión prejudicial cuando el mismo era necesario y obligatorio en el caso concreto**”.

Como también señalan VILA y AGUIRRE DE LA CAVADA⁵³, “de manera novedosa, el TJUE declara que la República Francesa habría incumplido las obligaciones derivadas del apartado tercero del artículo 267 TFUE, que establece la **obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de someter las cuestiones de interpretación de los Tratados de la Unión Europea al TJUE** cuando sus decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.

En el presente caso, el **Conseil d’État debió haber planteado una cuestión prejudicial a la hora de dictar las citadas sentencias de 10 de diciembre de 2012 porque no podría excluirse la existencia de una duda razonable en la interpretación del Derecho de la Unión Europea aplicable.**

Comisión contra Francia **cierra el círculo** a la jurisprudencia del TJUE relativa a las **consecuencias de los incumplimientos del Derecho de la Unión Europea por parte de órganos jurisdiccionales nacionales**. En 2009, el TJUE declaró que **una sola sentencia** de un órgano jurisdiccional (y no necesariamente una línea jurisprudencial) podía ser susceptible de infringir el Derecho de la Unión Europea (*Comisión contra España*, C-154/08). En aquella

⁵² “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 (Comentario a la Sentencia de 4 de octubre de 2018, Asunto C-416/17)”. Nº 2/19 Preprints series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2019.

⁵³ “*Comisión contra Francia: la última (r)evolución judicial del TJUE*”. <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/comision-francia-la-ultima-revolucion-judicial-del-tjue/> . 19 de octubre de 2018.

ocasión, la Comisión cuestionó que el Tribunal Supremo español no hubiera planteado la cuestión prejudicial, pero dicho motivo fue inadmitido, por extemporáneo, por el TJUE.

La sentencia de *Comisión contra Francia* refuerza las competencias de control de la Comisión Europea en la aplicación del Derecho de la Unión. En el futuro, cuando una parte en un litigio nacional se vea perjudicada porque un órgano jurisdiccional no haya planteado una cuestión prejudicial estando obligado a hacerlo en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 267 TFUE, **podrá acudir a la Comisión Europea para intentar convencerla de que inste un procedimiento de infracción contra el Estado miembro en cuestión**".

ARNALDOS ORTS⁵⁴ recuerda que “aunque parece obvio decirlo, el incumplimiento de la obligación de plantear cuestión prejudicial conforme a lo establecido en el párrafo tercero del artículo 267 TFUE no puede ser considerado en abstracto, sino que se declara en la medida en que la interpretación ofrecida por el órgano nacional que obvia la remisión al Tribunal resulta contraria al Derecho de la Unión. En este sentido, la existencia de dudas en relación con la interpretación del Derecho de la Unión y la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial serían requisitos necesarios, pero no suficientes, para la declaración del incumplimiento del Estado miembro en este contexto”.

Este autor plantea, muy convenientemente en nuestra opinión, que “algunos de los problemas derivados de la naturaleza jurisdiccional de las decisiones que son objeto de un recurso por incumplimiento siguen vigentes. Entre ellos, **el tan discutido papel de la Comisión para promover el recurso por incumplimiento y su absoluta discrecionalidad a tal fin**⁵⁵; el escaso margen de maniobra de negociación de los Estados miembros en la fase precontenciosa; las consecuencias para la seguridad jurídica en los ordenamientos nacionales derivadas de la declaración de incumplimiento del Derecho de la Unión en el dictado de una resolución frente a

⁵⁴ “La Sentencia del Tribunal de Justicia en el Asunto C-416/17 *Comisión contra Francia* o la inédita declaración de incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de un Estado miembro como consecuencia de la obligación de plantear una cuestión prejudicial”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 50, 2018.

⁵⁵ Puede verse al respecto, IBÁÑEZ GARCIA, I: “La facultad discrecional de la Comisión Europea en los procedimientos de infracción por no transposición en tiempo y forma del Derecho europeo: aspectos críticos”. Editorial Jurídica sepín, SL, 2020.

la que no cabe recurso; y, fruto de lo anterior, las dificultades para el cumplimiento de las sentencias del Tribunal en el escenario de la estimación del recurso, a pesar de la rotundidad del párrafo primero del artículo 260 TFUE”.

ALONSO GARCÍA⁵⁶ advirtió de la tendencia de la Comisión Europea a limitar la activación del artículo 258 TFUE (procedimiento de infracción), en una suerte de “política judicial” contraria a las exigencias de cooperación con el Tribunal de Justicia.

Como recuerda este autor, el propio Tribunal de Justicia había propuesta *de lege ferenda* en 1975, en sus *Sugerencias sobre la Unión Europea*, la previsión bien de un recurso de las partes en el litigio principal ante el Tribunal de Justicia, bien de un procedimiento obligatorio por incumplimiento, bien de una acción indemnizatoria contra el Estado afectado a petición de la parte lesionada.

Finalmente, en su Sentencia de 6 de octubre de 2021 (Asunto C561/19. *Conorzio Italian Management*), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), declara que

“El artículo 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno debe cumplir con la obligación de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión relativa a la interpretación del Derecho de la Unión que se le haya sometido, salvo que constate que dicha cuestión no es pertinente, que la disposición del Derecho de la Unión de que se trate ya ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia o que la interpretación correcta del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a ninguna duda razonable.

La concurrencia de tal eventualidad debe apreciarse en función de las características propias del Derecho de la Unión, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Unión.

Tal órgano jurisdiccional no puede quedar dispensado de dicha obligación por la única razón de que ya ha planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en el marco del mismo asunto nacional. No obstante, puede abstenerse de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia por motivos de inadmisibilidad propios del procedimiento de que conoce, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”.

En esta sentencia, el Tribunal, reunido en Gran Sala, **reafirma los criterios recogidos en la sentencia *Cilfit***, que prevé tres supuestos en los que la resolución de última instancia de los

⁵⁶ “*Sistema Jurídico...*”. Ob. cit.

órganos jurisdiccionales nacionales no está sujeta a la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

El Tribunal precisa que la ausencia de duda razonable debe evaluarse sobre la base de las características específicas del Derecho de la UE, las dificultades particulares que presenta su interpretación y el riesgo de divergencias de interpretación en el seno de la Unión. Antes de concluir que no existen dudas razonables sobre la correcta interpretación del Derecho de la UE, el tribunal nacional de última instancia debe cerciorarse de que las mismas evidencias se les impondrían también a los demás tribunales de última instancia de los Estados miembros y al Tribunal de Justicia.

En este sentido, la mera posibilidad de lecturas diferentes de una disposición del Derecho de la Unión no es suficiente para considerar que existe una duda razonable sobre su correcta interpretación. No obstante, cuando se ponga de manifiesto la existencia de líneas jurisprudenciales divergentes --dentro de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro o de distintos Estados miembros-- relativas a la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión aplicable al litigio principal que conozca el tribunal de última instancia, éste debe estar especialmente atento en su apreciación de la posible ausencia de duda razonable sobre la correcta interpretación de dicha disposición.

Los tribunales nacionales que resuelvan en última instancia deben evaluar **bajo su propia responsabilidad, de forma independiente y con la debida atención**, si se encuentran en una de las tres situaciones que les permiten abstenerse de someter al Tribunal de Justicia una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión que se planteó ante ellos. **Una vez que dicho tribunal considera que está liberado de la obligación de acudir al Tribunal, la motivación de su decisión debe demostrar la existencia de una de estas tres situaciones.**

Para el Tribunal:

“33. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un órgano jurisdiccional nacional cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno solo podrá quedar dispensado de tal obligación cuando constate que la cuestión suscitada no es pertinente, que la disposición del Derecho de la Unión controvertida ya ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia o que la aplicación correcta del Derecho de la Unión es tan evidente que no deja lugar a ninguna duda razonable [véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de octubre de 1982, *Cilfit y otros*, 283/81, EU:C:1982:335, apartado 21; de 15 de septiembre de 2005, *Intermodal Transports*, C495/03, EU:C:2005:552, apartado 33, y de 4 de

octubre de 2018, *Comisión/Francia* (Retenciones en la fuente de los rendimientos del capital mobiliario), C416/17, EU:C:2018:811, apartado 110].

51. A este respecto, del sistema instaurado por el artículo 267 TFUE, interpretado a la luz del artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, se deduce que, **cuando un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno considera que queda dispensado de la obligación de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, conforme al artículo 267 TFUE, párrafo tercero, porque concurre una de las tres situaciones mencionadas en el apartado 33 de la presente sentencia, la fundamentación de su resolución debe poner de manifiesto bien que la cuestión de Derecho de la Unión que se haya planteado no es pertinente para la solución del litigio, bien que la interpretación de la disposición del Derecho de la Unión de que se trate se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, o bien, a falta de tal jurisprudencia, que la interpretación del Derecho de la Unión se impone al órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia con tal evidencia que no deja lugar a ninguna duda razonable**”.

IV.- EL DOBLE CANON DE CONTROL ESTABLECIDO POR LA STC 37/2019

Como ha subrayado OLLERO TASSARA⁵⁷, “en su STC 37/2019, de 26 de marzo, (el Tribunal Constitucional) **se erigió** –con un solo voto discordante– **en última instancia procesal**, al retrotraer un caso al Tribunal Supremo, invitándole a presentar la cuestión prejudicial sugerida por el recurrente”.

Según resume el mismo Tribunal Constitucional⁵⁸,

“En la STC 37/2019 el TC ha sintetizado la doctrina constitucional relativa al no planteamiento de una cuestión prejudicial distinguiendo los siguientes cuatro supuestos:

- «a) Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dejar de aplicar una norma interna (tenga ésta rango de ley o no) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una “duda objetiva, clara y terminante” sobre esa supuesta contradicción [SSTC 58/2004, FFJJ 9 a 14; 232/2015, FJ 5 a)]. Tal duda objetiva puede derivar
- (i) del hecho de existir un criterio generalizado de los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas, que el órgano judicial no desvirtúa mediante una motivación específica en la resolución impugnada en amparo;
 - (ii) porque pese a haberse dictado una o más resoluciones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referentes a dicha norma nacional, ninguna se ha pronunciado directamente sobre las cuestiones que ahora se suscitan;
 - (iii) o bien por la conjunción de ambas circunstancias (STC 58/2004, FFJJ 13-14);
- b) Resulta igualmente contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por alteración del sistema de fuentes: inaplicar una norma interna

⁵⁷ “*Diálogo de Tribunales*”. Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas / Boletín Oficial del Estado, 2020.

⁵⁸ “*Prontuario de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho de la Unión Europea*”. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/Prontuario%20jurisprudencia%20constitucional%20sobre%20Derecho%20de%20la%20UE.pdf>

sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del “**acto aclarado**”, en los casos en que tal doctrina no puede ser invocada; es decir, cuando no sea posible afirmar que *“la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo”* (STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, *Cilfit*, apartado 13) como, por ejemplo, se examinó en la ya citada STC 194/2006;

c) **En sentido contrario a lo anterior, “dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE”** [STC 232/2015, FJ 5 b), con cita de las anteriores SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3];

d) Asimismo, cumpliéndose con los requisitos de la doctrina del “**acto aclarado**”, también hemos dicho que *“corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva”* [STC 232/2015, FJ 5 c), con cita de las anterior STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6; en igual sentido, SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, FJ 5 b); 162/2016, de 3 de octubre, FJ 2, y 75/2017, de 19 de junio, FJ 2]. » [STC 37/2019, FJ 4]”.

Como advierte SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO⁵⁹, para que el *sistema de diálogo judicial europeo* funcione correctamente es importante que cada parte desempeñe su función, para lo cual es necesario que, en el caso de las jurisdicciones nacionales de última instancia, estas tomen todas las debidas precauciones y verifiquen que la interpretación que den en la solución de un caso sea la más convincente y fundada. En caso de duda, es fundamental que las altas jurisdicciones nacionales planteen cuestión prejudicial de interpretación o de validez para asegurar que la lectura correcta de las normas europeas provenga de un único intérprete, común para todos los Estados miembros. Esta responsabilidad recae sobre los tribunales nacionales de

⁵⁹ “*El Tribunal Constitucional español y el diálogo judicial europeo*”. Revista Española de Derecho Europeo. nº 77, Enero – Marzo 2021.

última instancia, a quienes el artículo 267 TFUE impone la obligación de plantear cuestión prejudicial. Como es bien sabido, esta obligación ha sido atenuada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos *Cilfit y Da Costa*⁶⁰, según la cual se exime a los tribunales de última instancia del planteamiento de la cuestión cuando la norma de la Unión sea “clara” o haya sido “aclarada” por el propio Tribunal de Justicia”.

Este autor, comentando la STC 37/2019, señala que el Tribunal Constitucional ha reforzado este cauce de protección jurisdiccional, **al endurecer considerablemente los requisitos del acto claro y, en particular, del acto aclarado**. “A lo largo de la sentencia, el Pleno del Tribunal Constitucional extiende la tutela del artículo 24 de la Constitución también a supuestos de inaplicación de normas reglamentarias⁶¹. Asimismo, el Tribunal Constitucional confirma, en línea con lo previsto en las SSTC 58/2004 y 78/2010 que el grado de control que realizará sobre la negativa a plantear cuestión prejudicial dependerá del resultado de la sentencia recurrida: si el tribunal de última instancia decidió mantener aplicada la norma nacional objeto de dudas, el control sobre la obligación de plantear cuestión prejudicial será reducido y quedará sujeto a un estándar de razonabilidad y arbitrariedad. Sin embargo, cuando la sentencia cuestionada inaplique la norma nacional sin plantear cuestión prejudicial, el Tribunal Constitucional abre las puertas a un control en amparo estricto y aún más severo que el previsto en la doctrina del *acto claro* y del *acto aclarado*.”

Este planteamiento suscita varias dudas y no es del todo claro que resulte compatible con el Derecho de la Unión. Al crear un **doble estándar** de tutela constitucional en función de que el tribunal de última instancia **aplique o inaplique** la norma nacional por ser compatible o incompatible con el Derecho de la Unión, se sitúa al Estado en una posición de preeminencia y ventaja procesal que desincentiva la litigación y debilita la posición de los particulares que invoquen el Derecho de la Unión, incluso cuando lo hagan con éxito. Esto sucederá

⁶⁰ Sentencias de 6 de octubre de 1982, *Cilfit y otros* (Asunto 283/81) y de 27 de marzo de 1963, *Da Costa y otros* (Asuntos 28/62 a 30/62).

⁶¹ “Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dejar de aplicar una norma interna (tenga ésta rango de ley o no) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una «duda objetiva, clara y terminante» sobre esa supuesta contradicción” (STC 37/2019, FJ 4, subrayado añadido).

particularmente en el orden contencioso-administrativo, donde es la Administración, como parte demandada, quien generalmente defiende la legalidad y, por tanto, la aplicabilidad de las normas nacionales. Cada vez que la Administración pierda un litigio, en el marco del cual se haya inaplicado una norma española por contrariar el Derecho de la Unión y no se haya planteado cuestión prejudicial (aunque se cumplan los requisitos del *acto claro* y del *acto aclarado*), **se le abre a ella, y solo a ella, un cauce de tutela en amparo del que no goza el particular**. Este resultado es cuestionable y siembra serias dudas sobre la oportunidad de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la STC 37/2019”.

Ya con anterioridad este autor formuló las siguientes cuestiones, de lo más pertinentes⁶²:

“¿un Tribunal Constitucional puede reforzar el cumplimiento del deber de plantear una cuestión prejudicial de los tribunales nacionales de última instancia? ¿Puede introducir el Tribunal Constitucional una obligación adicional a la que impone el art. 267 TFUE sobre la base de la Constitución nacional? ¿es correcto condicionar este complemento constitucional **en función del resultado al que llegue el tribunal nacional al enjuiciar la compatibilidad de la norma nacional con el Derecho de la Unión?** ¿Es adecuado imponer al tribunal nacional un deber reforzado de plantear la cuestión prejudicial sólo si llega a la conclusión de que la norma legal infringe el Derecho de la Unión sin que tenga tal deber – sin que exista un deber de hacerlo *ex constitutione* – si decide que la ley en cuestión es perfectamente conforme con el Derecho europeo? ¿No hay aquí una sutil – o quizá no tan sutil – **invitación a los tribunales de última instancia para que no declaren contrarias al Derecho de la Unión las normas nacionales con rango de ley?** Una cuestión prejudicial tarda tiempo en resolverse y puede que, en muchos casos, no sea necesaria y el tribunal nacional desee poner fin al proceso lo más pronto posible. Si opta por considerar que la norma legal es contraria al Derecho de la Unión, tendrá que plantear la cuestión prejudicial. Si opta por el camino contrario – la ley no contraría el Derecho de la Unión – podrá poner fin al asunto inmediatamente...”

⁶² “*Los Tribunales Constitucionales como garantes de la obligación de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia*”. <https://almacenederecho.org/los-tribunales-constitucionales-como-garantes-de-la-obligacion-de-plantear-cuestion-prejudicial-al-tribunal-de-justicia/>

En sus Conclusiones de 15 de abril de 2021, recaídas en el Asunto C683/19 (*Viesgo Infraestructuras Energéticas, S. A*)⁶³, el Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señor BOBEK, ha propuesto al Tribunal que responda a la primera cuestión prejudicial planteada por Tribunal Supremo del modo siguiente:

«El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, debe interpretarse en el sentido de que **se opone** a una normativa nacional que, sin una justificación objetiva que se derive con claridad de la naturaleza del interés económico general perseguido, impone una aportación financiera obligatoria solamente a determinadas empresas eléctricas que desarrollan actividades de producción, distribución y comercialización, al objeto de financiar un sistema que aplica directamente bonos sociales al precio de la electricidad en la factura eléctrica de los consumidores que reúnan los requisitos pertinentes.»

Se pronuncia así sobre una cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Supremo en los siguientes términos:

“1) Si, de acuerdo con la doctrina establecida por [el] Tribunal de Justicia — entre otras, en sus sentencias de 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08, *Federutility*) 1 y de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-121/15, *ANODE*) 2 — resulta compatible con las exigencias establecidas en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE³ una regulación nacional — como la establecida en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, desarrollado luego en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre — en la que la financiación del bono social se hace recaer sobre determinados agentes del sistema eléctrico — las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica —, siendo así que algunos de esos sujetos obligados tienen muy escaso peso específico en el conjunto del sector, quedando en cambio eximidos de dicha carga otras entidades o grupos empresariales que pueden estar en mejores condiciones para asumir aquel coste, sea por su volumen de negocios, por su importancia relativa en alguno de los sectores de actividad o porque desarrollan simultáneamente y de forma integrada dos de aquellas actividades.

2) Si resulta o no compatible con la exigencia de proporcionalidad establecida en el citado artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE una regulación nacional de la que resulta que la obligación de financiación del bono social no se establece con carácter excepcional, ni con un alcance temporal limitado, sino de forma indefinida y sin retorno ni medida compensatoria alguna”.

63

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=239907&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=8699686>

Esta cuestión prejudicial es planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo después de que el Pleno del Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 26 de marzo de 2019 (STC 37/2019) estimara, como se ha señalado, que el Tribunal Supremo había vulnerado el derecho a un «proceso [...] con todas las garantías», consagrado en el artículo 24, apartado 2, de la Constitución española, **al declarar el Derecho nacional incompatible con el Derecho de la Unión sin haber planteado previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia.**

El Pleno del Tribunal Constitucional, en su STC 37/2019 impone al tribunal nacional (en este caso a nuestro Tribunal Supremo) un deber reforzado de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, **sólo si llega a la conclusión de que la norma legal infringe el Derecho de la Unión (y, por tanto, procedería su inaplicación por su propia autoridad)**, sin que tenga tal deber –desde el punto de vista constitucional- en caso de que decida que la ley nacional cuestionada es conforme con el Derecho de la Unión Europea. **Doctrina del doble rasero.**

Según el auto de remisión de la cuestión prejudicial, “el Tribunal Constitucional había considerado, en particular, que la jurisprudencia en que se había basado el órgano jurisdiccional remitente para declarar el Derecho nacional incompatible con la Directiva 2009/72 no constituía un **«acto claro»** en relación con el litigio del que conocía. Por este motivo, el Tribunal Supremo no estaba exento de la obligación de remitir una petición de decisión prejudicial, de modo que procedía anular la sentencia recurrida y restablecer la situación existente antes de que esta fuese dictada”.

El Abogado General escribe así un nuevo capítulo en este trascendental asunto, a la espera del pronunciamiento del Tribunal de Justicia, que no sabemos en qué términos lo hará, dado que la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo no suscitó nada al respecto, a pesar de que en sus alegaciones previas al planteamiento de la cuestión prejudicial, la representación de Endesa, S.A. pidió en su escrito que el Tribunal Supremo:

“1. Dicte sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el TJUE, mediante la inaplicación del artículo 45.4 de la LSE al amparo de la doctrina del *"acto claro"*.

2. Subsidiariamente y de conformidad con lo expuesto en la Alegación Tercera, plantee ante el TJUE cuestión prejudicial relativa a la interpretación

que debe darse al artículo 267 del TFUE, a la jurisprudencia del propio TJUE en relación con los requisitos para la aplicación de la doctrina del "acto aclarado" y a los principios de primacía e interpretación uniforme del Derecho de la Unión, de efectividad y de equivalencia, todo ello en relación con la doctrina establecida por la STC 37/2019.

3. Subsidiariamente y de conformidad con lo expuesto en la Alegación Cuarta, plantee ante el TJUE cuestión prejudicial sobre el fondo del asunto”.

En un anterior trabajo⁶⁴ he defendido que

a) Sería necesario que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con ocasión de la STC 37/2019, aclarara las siguientes cuestiones que han sido suscitadas por la doctrina⁶⁵: ¿un Tribunal Constitucional puede reforzar el cumplimiento del deber de plantear una cuestión prejudicial de los tribunales nacionales de última instancia? ¿Puede introducir el Tribunal Constitucional una obligación adicional a la que impone el art. 267 TFUE sobre la base de la Constitución nacional? ¿es correcto condicionar este complemento constitucional **en función del resultado al que llegue el tribunal nacional al enjuiciar la compatibilidad de la norma nacional con el Derecho de la Unión?** ¿Es adecuado imponer al tribunal nacional un deber reforzado de plantear la cuestión prejudicial sólo si llega a la conclusión de que la norma legal infringe el Derecho de la Unión sin que tenga tal deber – sin que exista un deber de hacerlo *ex constitutione* – si decide que la ley en cuestión es perfectamente conforme con el Derecho europeo? ¿No hay aquí una sutil – o quizá no tan sutil – **invitación a los tribunales de última instancia para que no declaren contrarias al Derecho de la Unión las normas nacionales con rango de ley?**

b) Debería también aclararse si con la jurisprudencia establecida en la STC 37/2019, y en un asunto como el por ella resuelto, el Tribunal Constitucional queda obligado, en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a ser él quien plantee la cuestión prejudicial, en vez de hacerla plantear al Tribunal Supremo.

Ha de tenerse en cuenta que el artículo 267 TFUE (*“Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a*

⁶⁴ *El Tribunal Constitucional español, ¿juez nacional de última instancia del Derecho de la Unión Europea?: Un Amicus Curiae ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo.* Working Paper nº 36 (2020). Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional. Universidad Complutense de Madrid.

⁶⁵ SARMIENTO: *“Los Tribunales Constitucionales como garantes...”* Ob. cit.

someter la cuestión al Tribunal”), establece un *concepto comunitario*⁶⁶ de “*órgano jurisdiccional nacional*”, según reiterada jurisprudencia del TJUE; por lo que si el Tribunal Constitucional tiene dudas sobre la correcta aplicación del Derecho de la UE por el Tribunal Supremo, asume la obligación que le impone el artículo 267, máxime cuando tiene constantemente declarado que “**no nos corresponde resolver si existía o no la pretendida contradicción entre la normativa interna y el Derecho comunitario que justificase la inaplicación de aquélla...**” Y ha dicho, asimismo (STC 35/2016), que su **jurisdicción y la del TJUE tienen ámbitos diferentes.**

c) La necesidad de un pronunciamiento al respecto por parte del TJUE sobre la intensidad y alcance del control por parte de los tribunales constitucionales viene exigida para evitar la disparidad de criterios hoy existentes (pudiera haber tantos como Estados miembros de la UE), si de lo que se trata, además, es de garantizar el derecho básico de los ciudadanos bajo su jurisdicción a que las normas del ordenamiento jurídico de procedencia de la Unión Europea sean interpretadas de forma definitiva **por el único órgano competente para ello según el art. 267 TFUE**. Es de suponer que este derecho básico sería predicable de todos los ciudadanos europeos y que debería tener el mismo alcance en toda la UE, dado que conecta directamente con el art. 267 TFUE.

El Abogado General BOBEK, en la nota 27 al apartado 40 de sus Conclusiones apunta muy convenientemente que “Ciertamente, cabría argumentar que un tribunal constitucional nacional solo debe resolver acerca de cuestiones del Derecho constitucional nacional. En efecto, solamente interpreta normas constitucionales nacionales, y no el «simple» Derecho nacional o, menos aún, el «simple» Derecho de la Unión, pues tanto uno como otro podrían equipararse a hechos. Por sugerente que pueda resultar esta idea desde el punto de vista doctrinal, la práctica jurisprudencial demuestra a menudo lo insostenible de tal ficción. Por otro lado, **en la**

⁶⁶ Como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus “Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2018/C 257/01)” (Diario Oficial de la Unión Europea, C 257, 20 de julio de 2018): “4. El Tribunal de Justicia ha interpretado la condición de órgano jurisdiccional como un **concepto autónomo del Derecho de la Unión**, teniendo en cuenta a este respecto un conjunto de factores, como son el origen legal del órgano que le plantea la petición, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas por parte de dicho órgano y su independencia”.

comprobación específica de si existía o no un «acto claro» ante un tribunal de última instancia en un caso concreto, no puedo dejar de admirar la capacidad para revisar el fondo de un asunto sin entrar en él e interpretarlo. Es como el sueño de Schrödinger hecho por fin realidad: tener la habilidad de decir con certeza si el gato (de CILFIT) está vivo o muerto sin siquiera tener que abrir la caja (del Derecho de la Unión)”.

Como se dice en el voto particular a la STC 37/2019, del Magistrado OLLERO TASSARA, el Tribunal Constitucional no debe analizar analogías y diferencias entre los asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el que tenía entre manos el Tribunal Supremo (sobre el bono social eléctrico) porque se trata de un problema de legalidad ordinaria. Si lo hace, explica el Magistrado, contradice doctrina constitucional previa e incurre en incoherencia y en riesgo de invasión de la **reserva de jurisdicción**. Por eso, **la sentencia debió aplicar a este caso un mero canon de razonabilidad** propio del enjuiciamiento constitucional de las resoluciones judiciales, pues sólo si las razones dadas para no formular la cuestión prejudicial fuesen arbitrarias o irrazonables podría imputarse al Tribunal Supremo la vulneración de un derecho fundamental. De lo contrario el Tribunal Constitucional se convertiría en última instancia procesal y debería formular él la cuestión prejudicial en vez de hacerla plantear al Tribunal Supremo.

La STC, como expone el voto particular, **establece un doble canon de enjuiciamiento**: “Esto significaría, respecto al caso que nos ocupa, que se recurre al **canon de razonabilidad** cuando se aplica la ley nacional y en cambio correspondería aplicar un **canon más estricto** si el órgano judicial la inaplica sin plantear la cuestión prejudicial, por entenderla desplazada por el Derecho europeo. En tal caso, el Tribunal Constitucional no se limitaría, con arreglo a lo expuesto, a controlar la razonabilidad de la resolución, **sino que habría que verificar con detalle su cumplimiento de la jurisprudencia del TJUE**, en particular, de la recaída en la sentencia del asunto *Cilfit*. Podrá así determinar si está justificado el no planteamiento de la cuestión prejudicial, bien porque el TJUE hubiera resuelto ya casos considerados similares (“*acto aclarado*”), bien porque la aplicación de la norma europea no plantea dudas razonables (“*acto claro*”)”. Es decir, el Tribunal Constitucional tendría que “abrir la caja del Derecho de la UE”, como apunta BOBEK.

Son de interés, en mi opinión, las siguientes Conclusiones del Abogado General BOBEK, realizadas en el **ámbito de la admisibilidad de la cuestión prejudicial**:

“31. En tercer lugar, aunque la jurisprudencia en que el órgano jurisdiccional remitente basa su interpretación constituyese un «acto claro» (algo que dista mucho de ser evidente, dado que el propio órgano jurisdiccional remitente discrepa del Tribunal Constitucional sobre la aplicabilidad de dicha jurisprudencia), no deja de ser cierto que una hipotética apreciación de la existencia de un «acto claro» a efectos de la exención a la obligación de plantear la remisión, en el sentido de la sentencia CILFIT, no afecta a la admisibilidad de la o las cuestiones prejudiciales. Ciertamente, una apreciación de «acto claro» puede hacer que un asunto resulte «innecesario» a efectos del artículo 267 TFUE. Sin embargo, un asunto sigue siendo claramente admisible si se efectúa la remisión al Tribunal de Justicia. A lo sumo, el Tribunal de Justicia puede despachar el asunto con un auto motivado en virtud del artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

.../...

38. En cuarto lugar, cualesquiera que sean las reservas que se tengan acerca de la viabilidad de los criterios CILFIT, en particular los relativos a la existencia de dudas razonables en cuanto a la correcta interpretación del Derecho de la Unión en el asunto del que conozca el órgano jurisdiccional nacional, es evidente que los mencionados criterios *se refieren a toda cuestión de interpretación* del Derecho de la Unión. Por lo tanto, son criterios referidos a la cuestión o asunto específicos, pero actúan con total independencia del resultado del análisis. En efecto, un «acto claro» no lo es más o menos en función de si su resultado consiste en una declaración de incompatibilidad o de compatibilidad por parte del órgano jurisdiccional nacional. La consecuencia del análisis es totalmente irrelevante a este respecto.

39. Por otro lado, **la estructura judicial de la Unión faculta de forma clara y coherente a los órganos jurisdiccionales nacionales para decidir de oficio acerca de la compatibilidad o incompatibilidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión**. Esta facultad responde al mandato que el Derecho de la Unión dirige a todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Si estos consideran que no necesitan la orientación del Tribunal de Justicia sobre un aspecto concreto del Derecho de la Unión en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo segundo, o si entienden que no están obligados a solicitarla en virtud del párrafo tercero del mismo artículo, *no deben dirigirse necesariamente* al Tribunal de Justicia con una petición de decisión prejudicial. Lo contrario no solo podría ser incongruente con el contenido autónomo del alcance de la obligación de remisión prejudicial que impone el Derecho de la Unión, sino que también podría inutilizar el ejercicio del mandato independiente dirigido a los órganos jurisdiccionales nacionales al aplicar y hacer cumplir el Derecho de la Unión en el ámbito nacional.

40. En quinto y último lugar, si el tribunal superior o el tribunal constitucional nacional ante el cual se ha interpuesto un recurso extraordinario comienza a revisar

si el tribunal de última instancia ha aplicado correctamente la excepción del «acto claro» de la jurisprudencia CILFIT, lo más probable es que ese propio tribunal de recurso haya de interpretar el Derecho de la Unión. Sin embargo, en ese momento se convierte en «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 267 TFUE. Además, dado que dicho tribunal de recurso, por definición, ha de ser un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, este asumirá todas las obligaciones y responsabilidades que se derivan de su condición, incluida, en su caso, la obligación de remitir por sí mismo una petición de decisión prejudicial”.

El Abogado General le está diciendo claramente a nuestro Tribunal Constitucional que no ha actuado correctamente y que (de ser correcta su tesis) debería haber sido él quien interpusiera la cuestión prejudicial.

Dado que esta relevante cuestión ha sido introducida por las partes mediante el cuestionamiento de la admisibilidad de la petición prejudicial no sabemos en qué términos se pronunciará el Tribunal de Justicia. Hubiera sido conveniente que el Tribunal Supremo, como así le solicitó una de las partes, hubiera planteado ante el TJUE cuestión prejudicial relativa a la interpretación que debe darse al artículo 267 del TFUE, a la jurisprudencia del propio TJUE en relación con los requisitos para la aplicación de la doctrina del "*acto aclarado*" y a los principios de primacía e interpretación uniforme del Derecho de la Unión, de efectividad y de equivalencia, todo ello en relación con la doctrina establecida por la STC 37/2019.

Finalmente, en su Sentencia de 14 de octubre de 2021, recaída en el Asunto 683/19 (*Viesgo Infraestructuras Energéticas, S. L. et al*) el TJUE, respecto a la cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Supremo, declara que

“1) El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, debe interpretarse en el sentido de que **se opone** a que el coste de una obligación de servicio público, consistente en suministrar electricidad a tarifa reducida a determinados consumidores vulnerables, se haga recaer únicamente en las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica, ya que este criterio, elegido por el legislador nacional para distinguir entre las sociedades que deben asumir ese coste y aquellas que quedan totalmente eximidas de hacerlo, conduce a una diferencia de trato entre las distintas sociedades que operan en ese mercado que no está justificada de manera objetiva.

2) El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 debe interpretarse en el sentido de que **no se opone** a que el régimen de financiación de una obligación de servicio público, consistente en suministrar electricidad a tarifa reducida a determinados consumidores vulnerables, se establezca sin límite temporal y sin medida compensatoria”.

Respecto a la “*Competencia del Tribunal de Justicia y admisibilidad de la petición de decisión prejudicial*”, el Tribunal de Justicia argumenta lo siguiente:

“20. Viesgo, Iberdrola y Endesa consideran, en esencia, que, habida cuenta de las circunstancias que han dado lugar a la presente petición de decisión prejudicial y de las indicaciones proporcionadas por el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia debería declararse incompetente o bien desestimar la petición por ser inadmisibile. Aducen, en particular, que los motivos por los que el órgano jurisdiccional remitente ha presentado esta petición no se derivan del Derecho de la Unión, ya que dicho órgano jurisdiccional se ha visto obligado a plantear cuestiones prejudiciales en virtud de un procedimiento y de una jurisprudencia nacionales cuando no albergaba dudas de interpretación en el asunto, lo que, según afirman, socava la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión.

21. El órgano jurisdiccional remitente señala que la sentencia que dictó el 24 de octubre de 2016 fue anulada por el Tribunal Constitucional por considerar que no se habían expuesto suficientemente en ella las razones por las que se había recurrido a la doctrina del «acto aclarado». No obstante, el órgano jurisdiccional remitente opina que el verdadero motivo de esa anulación radica en que **el Tribunal Constitucional aplica a las resoluciones de los jueces nacionales un criterio de control distinto y más intenso en materia de interpretación y de aplicación del Derecho de la Unión cuando estos dejan sin aplicación una ley nacional por considerarla contraria al Derecho de la Unión que cuando deciden que la normativa nacional es conforme con ese Derecho.**

22. En primer lugar, **sin que sea necesario examinar la conformidad con el Derecho de la Unión de la práctica judicial del Tribunal Constitucional a la que se refiere el órgano jurisdiccional remitente**, ha de señalarse que la petición de decisión prejudicial tiene por objeto una norma del Derecho de la Unión, a saber, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, para cuya interpretación es competente el Tribunal de Justicia.

23. En segundo lugar, de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que corresponde exclusivamente al juez nacional que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que se ha de pronunciar apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación o a la validez de una norma del Derecho de la Unión, en principio, el Tribunal de Justicia está obligado a

pronunciarse. De ello se deduce que las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales disfrutan de una presunción de pertinencia. El Tribunal de Justicia solo puede abstenerse de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando la interpretación solicitada no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones que se le hayan planteado (sentencia de 16 de julio de 2020, *Facebook Ireland y Schrems*, C311/18, EU:C:2020:559, apartado 73 y jurisprudencia citada).

24. En el presente asunto, para empezar, las cuestiones prejudiciales presentan una relación evidente con el objeto del litigio principal, ya que, con ellas, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si las disposiciones nacionales cuya legalidad se impugna en el litigio de que conoce son compatibles con las obligaciones que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 impone a los Estados miembros en el sector eléctrico. Además, el problema no resulta hipotético. Por último, dicho órgano jurisdiccional ha expuesto en la petición de decisión prejudicial suficientes elementos de hecho y de Derecho para permitir al Tribunal de Justicia dar una respuesta útil a dichas cuestiones.

25. A este respecto, cabe añadir que, a diferencia del asunto que dio lugar a la sentencia de 16 de diciembre de 1981, *Foglia* (244/80, EU:C:1981:302), invocada por algunas de las partes del litigio principal, esta petición de decisión prejudicial obedece a una necesidad objetiva para la resolución de un litigio ante el órgano jurisdiccional remitente.

26. En tercer lugar, procede recordar que nada impide a un órgano jurisdiccional nacional plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales cuya respuesta, según una de las partes del litigio principal, no deje lugar a duda razonable alguna. Por lo tanto, aun suponiendo que así fuera, no por ello resultaría inadmisibles las peticiones de decisión prejudicial que contuviesen tales cuestiones (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2020, *Overgas Mrezhi y Balgarska gazova asotsiatsia*, C5/19, EU:C:2020:343, apartado 45 y jurisprudencia citada).

27. Por consiguiente, de las consideraciones anteriores resulta que el Tribunal de Justicia es competente para responder a la petición de decisión prejudicial y que esta es admisible”.

V.- SOBRE EL ALCANCE DEL DERECHO DE LAS PARTES AL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como ha señalado el Abogado General señor BOBEK, en sus Conclusiones presentadas el 15 de abril de 2021 en el Asunto C561/19 (*Consorzio Italian Management / Rete Ferroviaria Italiana SpA*), apartado 112, ha insistido en que a las partes en el procedimiento principal no les asiste el derecho a que se plantee una petición de decisión prejudicial, pues el artículo 267 TFUE no constituye una vía de recurso a disposición de las partes en un litigio pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional⁶⁷.

Sin embargo, como ha reconocido BOBEK, “No obstante, en vista de la (hasta ahora) sólida jurisprudencia constitucional nacional y de la jurisprudencia del TEDH, según las cuales, si se cumplen los requisitos (objetivos) para que exista una obligación de remisión, las partes del procedimiento tienen un derecho (subjetivo) a que se efectúe una remisión al Tribunal de Justicia, de forma inherente a su derecho a un juicio justo, **es lícito pensar que quizá tal postura no sea la única posible**⁶⁸.

Según BOBEK,

“(23)... corresponde exclusivamente a cada órgano jurisdiccional nacional decidir si es necesaria una decisión del Tribunal de Justicia para resolver un asunto. Es cierto que, como cualquier otro tribunal, el órgano jurisdiccional nacional probablemente oiga las opiniones de las partes en cuanto a la posibilidad de remitir una petición de decisión prejudicial. Sin embargo, el artículo 267 TFUE instituyó la cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales mediante un **procedimiento que es totalmente independiente de la iniciativa de las partes**. Por lo tanto, el solo hecho de que una parte en el procedimiento principal haya planteado cuestiones de Derecho de la Unión no obliga al órgano jurisdiccional a estudiar la posibilidad de remitir una petición de decisión prejudicial a efectos del artículo 267 TFUE, haciendo así obligatoria la remisión. Por otro lado, esto también significa que el órgano jurisdiccional

⁶⁷ Véase, en este sentido, la sentencia de 18 de julio de 2013, *Consiglio Nazionale dei Geologi* (C136/12), apartado 28 y jurisprudencia citada.

⁶⁸ Véase a este respecto, por ejemplo, BAQUERO CRUZ, J.: “*The Preliminary Rulings Procedure: Cornerstone or Broken Atlas?*”, en BAQUERO CRUZ, J.: “*What’s Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*”, Oxford University Press, 2018, pp. 64 y 65.

nacional puede plantear por su propia iniciativa una petición de decisión prejudicial”.

Ello no es óbice, ni incompatible, con el deber de los órganos jurisdiccionales nacionales de motivar las decisiones de no plantear la cuestión prejudicial **si ha sido sugerida por cualquiera de las partes**. Incluso podría sostenerse que la ausencia de motivación podría vulnerar el **Derecho a la tutela judicial efectiva** reconocido (además de en las constituciones nacionales) también en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Es decir, siguiendo a BOBEK, **“siempre decide el órgano jurisdiccional nacional”, pero motivadamente**. Esta interpretación casa también con la propuesta de este Abogado General de reformulación de la doctrina *Cilfit*, vista anteriormente (inciso de su propuesta: el órgano jurisdiccional nacional **“...está obligado a aportar los motivos adecuados que expliquen cuál de los tres requisitos no se cumple y por qué”**).

El Gobierno italiano, en el referido asunto C561/19 (como recoge BOBEK en sus Conclusiones) **“ha reclamado un mayor equilibrio entre la obligación de remisión y la buena administración de justicia. En su opinión, los tribunales de última instancia solo vulnerarían el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, si obviasen cuestiones de Derecho de la Unión suscitadas por las partes o si las declarasen infundadas sin motivar su decisión. Dicho Gobierno considera que esta motivación es fundamental**. Podría incluso atenuar la responsabilidad en que incurren los Estados miembros en caso de que sus tribunales de última instancia omitan la remisión”. En mi opinión, desde el punto de vista al menos del derecho constitucional nacional, el deber de motivación obliga a cualquier órgano jurisdiccional, aunque no sea de última instancia.

Lo que parece pacífico, en nuestra opinión, es la consecuencia **en el ámbito nacional** respecto a la **ausencia de motivación** de la decisión de no plantear la cuestión prejudicial si ha sido sugerida o solicitada por una de las partes.

Sobre la exteriorización del necesario **juicio de relevancia** ya me manifesté hace tiempo⁶⁹, defendiendo que las partes intervinientes en un proceso ante los tribunales nacionales gozan del derecho procesal a solicitar al órgano jurisdiccional nacional el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y que este derecho no tiene valor de

⁶⁹ “*El juicio de relevancia previo al planteamiento de una cuestión prejudicial*”. Noticias de la Unión Europea, nº 85, febrero de 1992. “*Sobre la decisión de plantear una cuestión prejudicial*”. Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia, Boletín 125, julio/agosto 1997.

simple sugerencia sin efectos jurídicos⁷⁰, sino que tiene el valor de pretensión procesal con el consiguiente efecto de la **obligación de motivación** del sentido de la decisión judicial al respecto, esto es, la obligación del juez nacional de efectuar un juicio de relevancia dirigido a motivar si el planteamiento de la cuestión es o no pertinente. Señalé entonces que el objeto del juicio de relevancia es fundamentar si la cuestión prejudicial solicitada es (juicio de relevancia *positivo*) o no (*negativo*) pertinente o necesaria para la solución del litigio.

Dicha tesis ha sido acogida por la jurisprudencia española. De una depurada construcción puede citarse la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2010 (Recurso nº 331/2007). En este asunto el reclamante señaló la necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dada la relevancia de la normativa comunitaria en la materia. La Sentencia dedica el fundamento jurídico cuarto a la petición del demandante:

“Como quiera que esta Sala ha abierto, en el curso de este litigio, un específico trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal en relación con la necesidad o pertinencia de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial, en los términos contenidos en la providencia que más arriba se ha transcrito, **resulta preceptivo, por razones de congruencia y de respeto a la buena práctica procesal, convergentes ambas en la exigibilidad del deber de motivación, que expliquemos suficientemente las razones por virtud de las cuales hemos decidido, finalmente, resolver por sentencia el recurso contencioso-administrativo, prescindiendo del previo reenvío aludido** y, obviamente, de la eventual respuesta que el mencionado Tribunal hubiera podido efectuar a nuestros interrogantes.

No es preciso recordar, por tratarse prácticamente de un lugar común en la comprensión de esta institución comunitaria, sustancial para la construcción jurisprudencial del Derecho Comunitario, que los órganos judiciales nacionales cuyas sentencias no son definitivas, como es nuestro caso en este particular asunto -para cuya constatación basta apercibirse de la cuantía del asunto y, por ende, de la recurribilidad en casación que, en principio, tendría la sentencia final de este litigio- tienen la potestad, pero no la obligación, del planteamiento de dicha cuestión prejudicial, al contrario de lo que sucede con el órgano jurisdiccional que, en cada Estado miembro, agotase las instancias judiciales, en cuyo caso esa facultad se torna deber, siempre que concurren los requisitos procesales exigibles para la viabilidad formal de la cuestión prejudicial artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, correlativo con el antiguo artículo 234 TCE, a cuyo tenor:

⁷⁰ En contra entonces, RUIZ-JARABO COLOMER: “*El Juez nacional como Juez comunitario*”. Civitas, 1993.

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

a. sobre la interpretación de los Tratados;

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

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

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal..."

Sin embargo, esa explicación, que en parte podría ser admisible -en el sentido de que con nuestra abstención se relegaría a la apreciación del Tribunal Supremo, en el curso de una hipotética impugnación casacional, la decisión última acerca de la procedencia del planteamiento de la cuestión prejudicial, no es completamente satisfactoria para explicar la decisión tomada por esta Sala si se tiene en cuenta, de un lado, que **la parte recurrente ha postulado positivamente, a lo largo de todos sus escritos procesales, la conveniencia de adoptar dicha iniciativa prejudicial**; y, de otro, que la propia Sala ha abierto por iniciativa propia el preceptivo trámite previo de audiencia que la hace posible, encaminado en principio a conocer la opinión de las partes y del Ministerio Fiscal acerca de la conveniencia de promover la cuestión prejudicial devolutiva al TJUE.

A tal respecto, debe considerarse que para acudir al reenvío prejudicial europeo no basta con que el tribunal nacional que conozca de un asunto albergue dudas interpretativas sobre nociones de Derecho comunitario directamente relacionadas con los litigios sometidos a su conocimiento, las cuales pueden, por lo demás, versar tanto sobre el sentido y finalidad de las normas comunitarias, en los diferentes rangos de su jerarquía, como también respecto a la adecuación y conformidad del ordenamiento interno con dichas normas.

Decimos que no es suficiente con que existan tales dudas en la exégesis de los preceptos de Derecho Comunitario europeo (en el presente asunto, centradas en el alcance y límites estructurales tanto del art. 1.2 -configuradora de una cláusula antiabuso- como del art. 5 de la Directiva-) sino es preciso que también concurra el denominado **juicio de relevancia**, esto es, la consideración por parte del Tribunal competente, en el seno de un proceso judicial en curso, de que la decisión jurisdiccional que le corresponda adoptar en el ejercicio de la potestad que tiene constitucionalmente encomendada depende de modo directo e inmediato de la resolución por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de esa prejudicialidad comunitaria (vid. al respecto, el art. 4.1 de la LJCA).

Sin embargo, aun cuando la ley directamente aplicable al caso, la LIRNR, es el resultado, al menos en parte de su contenido, de la adaptación e integración en nuestro ordenamiento interno de la Directiva matriz-filial a que se ha hecho

continua referencia, la Sala considera que en la aplicación, por parte de la Administración, de la citada ley, puede advertirse en principio la existencia de infracciones jurídicas autónomas que suponen contravenciones de la propia ley y de otras normas de nuestro Derecho interno, las cuales pueden reputarse determinantes, caso de apreciarse como tales, de la nulidad de los actos objeto de impugnación, lo que desvanece la trascendencia para la decisión del caso del resultado que eventualmente podría contener dicha cuestión prejudicial.

Dicho en otras palabras, aun cuando, desde el punto de vista meramente dialéctico, aceptáramos que la ley española y, más en particular, el art. 13.1.g) LIRNR, respeta escrupulosamente los principios y reglas contenidos tanto en la Directiva como, por elevación, de los Tratados que constituyen el Derecho primario comunitario y las libertades básicas en ellos proclamadas -lo cual, es de reiterar, únicamente admitimos como hipótesis de trabajo- existen razones jurídicas suficientes como para abordar el enjuiciamiento y fallo del presente recurso contencioso-administrativo desde la perspectiva, que se desenvuelve en el ámbito del Derecho nacional, de la conformidad a éste de la liquidación practicada en concepto de retenciones del IRNR, así como de los actos que en vía revisora lo confirman.

Obrar de otro modo implicaría por parte de esta Sala postergar innecesariamente la resolución del litigio -pese a la existencia de dudas interpretativas que trascienden el interés ventilado en el presente litigio, basadas en la acomodación de la norma nacional al Derecho Comunitario-, debido a la posibilidad de fallar el asunto sobre la base de la interpretación efectuada por la Administración de la propia norma con rango de ley en que supuestamente se basa la obligación liquidada. Ante la duda sobre la oportunidad de ese planteamiento y valorando las circunstancias expresadas, la Sala entiende que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) permite acometer el examen de fondo prescindiendo de la mencionada cuestión prejudicial.

En definitiva, la promoción de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de Luxemburgo **queda sometida a un juicio de relevancia**, nacido de la ponderación de la influencia que el Derecho comunitario en la resolución del litigio, **y de ese juicio resulta que no ha quedado establecido** con la exigible claridad que la discriminación eventualmente sufrida por la aquí recurrente, entidad residente en España, en relación con la retención e ingreso de las cantidades a cuenta de los dividendos abonados a su sociedad matriz DUTCH, residente en los Países Bajos, así como la que haya podido experimentar ésta última con ocasión del gravamen padecido sobre tales beneficios obtenidos y, en otros términos, la eventual infracción de la Directiva y del Derecho primario en que se sustenta ordinariamente, puesta de manifiesto como consecuencia de tales retención y gravamen, tengan su causa directa y eficiente en la falta de acomodación de la ley nacional a la Directiva que debía trasponer y no pueda, en consecuencia, resolverse de otro modo el litigio, aplicando preponderantemente normas de Derecho nacional que hagan al caso debatido. En síntesis, **el juicio de relevancia deviene negativo y procede examinar la pretensión ejercitada sin acudir al procedimiento prejudicial previo.**”

En su Sentencia de 6 de noviembre de 2004 (Recurso 682/1999), la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo señaló los elementos que el Juez nacional ha de tomar en consideración para el reenvío prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, puede leerse en su fundamento de Derecho séptimo:

“El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el Juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE 16 de diciembre de 1981, *Foglia/Novello*, 244/1980). **Sólo al Juez nacional corresponde valorar la necesidad de una decisión prejudicial y la pertinencia de las cuestiones suscitadas por las partes**, atendiendo a la existencia o no de un problema de interpretación del Derecho comunitario aplicable que no pueda resolver por sus propios medios; pues no puede ignorarse que también a él le corresponde aplicar dicho Derecho comunitario y que el monopolio jurisdiccional del TJCE sólo afecta a la declaración de invalidez de los actos de Instituciones comunitarias (STJCE 22 de octubre de 1987, *Foto Frost*, 341/1985). De manera que el artículo 177 TCEE no constituye una vía de recurso abierta a las partes de un litigio pendiente ante el Juez nacional; no basta con que las partes sostengan que el litigio plantea una cuestión de Derecho comunitario para que resulte obligado el planteamiento de la cuestión prejudicial, sino que **el Juez nacional ha de decidir sobre la necesidad del reenvío prejudicial tomando en consideración los siguientes elementos: a) aplicabilidad de las disposiciones de Derecho comunitario al litigio; b) existencia de una duda sobre el significado o la validez de una norma de Derecho comunitario aplicable, de cuya decisión dependa el fallo del litigio; y c) imposibilidad de resolver por sí mismo dicha duda sin poner en riesgo la uniformidad interpretativa y de aplicación del Derecho comunitario”**.

La obligatoria toma de consideración de dichos elementos, deducidos del Tratado y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, supone la realización del denominado **juicio de relevancia**, de carácter obligatorio, y al que se refería la Sentencia de la Audiencia Nacional citada.

Por tanto, el juicio de relevancia está directamente conectado con el deber de motivación de las resoluciones judiciales, cuando se decide prescindir del reenvío prejudicial.

Como relata BOBEK (Conclusiones en Asunto C561/19):

“108. **El Tribunal Europeo de Derechos Humanos** invoca los criterios *Cilfit* al revisar la omisión por los tribunales nacionales de última instancia de la remisión

al Tribunal de Justicia, a la luz del derecho a un juicio justo con arreglo al artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «CEDH»). Por ejemplo, en el asunto *Dhahbi/Italia* el TEDH apreció una infracción de la citada disposición a causa de la **falta de motivación de la negativa a plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial por el órgano jurisdiccional nacional**. Declaró que el tribunal de casación italiano no había mencionado la solicitud de remisión formulada por el demandante ni había explicado por qué, a su parecer, dicha cuestión no debía ser remitida al Tribunal de Justicia, ni hizo mención alguna a la jurisprudencia de este. Sin embargo, en otras ocasiones el TEDH consideró que era suficiente una breve motivación para denegar la remisión de una petición de decisión prejudicial si el órgano jurisdiccional nacional ya había aclarado en otro punto de su sentencia que tal solicitud era improcedente. El TEDH también ha declarado que, cuando un tribunal nacional de última instancia rechaza u omite plantear una petición de decisión prejudicial, **está obligado a motivar tal decisión a la luz de las excepciones establecidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En particular, debe indicar los motivos por los que entiende que la cuestión es irrelevante, si la disposición de Derecho de la Unión de la que se trata ya ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia o si la correcta aplicación del Derecho de la Unión es tan evidente que no deja lugar a duda razonable**.

109. En general, aun cuando el TEDH, al efectuar su control, se remite a la sentencia *Cilfit*, sigue atendiendo a la **motivación de la resolución nacional por la que se deniega la remisión**. De este modo, sin detenerse apenas en el fondo del asunto y sin proceder en absoluto a un examen detallado de la «ausencia de dudas razonables», como realmente exige la doctrina *Cilfit*, el TEDH comprueba si los tribunales nacionales de última instancia han explicado debidamente por qué consideran que se cumplen los requisitos *Cilfit*, **sin examinar por sí mismo la fundamentación de tal apreciación**”.

112. Es cierto que actualmente no hay ningún recurso específico en el Derecho de la Unión al que las partes puedan recurrir si consideran que han visto vulnerado su derecho a que se plantee una cuestión al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero. Esta es una consecuencia lógica de la insistencia del Tribunal de Justicia en que a las partes en el procedimiento principal no les asiste el derecho a que se plantee una petición de decisión prejudicial, pues el artículo 267 TFUE no constituye una vía de recurso a disposición de las partes en un litigio pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional. **No obstante, en vista de la (hasta ahora) sólida jurisprudencia constitucional nacional y de la jurisprudencia del TEDH, según las cuales, si se cumplen los requisitos (objetivos) para que exista una obligación de remisión, las partes del procedimiento tienen un derecho (subjetivo) a que se efectúe una remisión al Tribunal de Justicia, de forma inherente a su derecho a un juicio justo, es lícito pensar que quizá tal postura no sea la única posible**”.

El Parlamento sueco aprobó una Ley (2006:502) que establece la obligación de los **tribunales de “última instancia”** de motivar las denegaciones de planteamiento de cuestiones prejudiciales. En mi opinión, la obligación de motivar debe alcanzar a cualquier tipo de tribunal ante el que se suscite la duda, **aunque no sea de última instancia**.

Finalmente, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera), Sentencia núm. 1.782/2018, de fecha 17 de diciembre de 2018, Ponente: señor Córdoba Castroverde), acoge mi tesis y declara:

“NOVENO. **Doctrina jurisprudencial que se fija** y su aplicación al presente litigio.

.../...

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.

.../...

Por todo ello, **debe estimarse el recurso de casación por lo que respecta a la ausencia de motivación de las razones que le llevaron al tribunal de instancia a rechazar la contradicción de las normas legales invocadas y aplicables al caso con el derecho de la Unión, así como de las razones por las que consideró que no era necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE en aplicación de la doctrina del "acto claro".**

Y entrando a conocer de esta cuestión, no se aprecia contradicción de la disposición transitoria 5ª de la Ley 11/2013 con el derecho de la Unión Europea ni la existencia dudas razonables sobre la interpretación que debían recibir las normas comunitarias, que exigiesen el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación.

Se confirma la sentencia de instancia en los demás extremos”.

VI.- CONCLUSIONES

PRIMERA.- El imponente edificio jurídico que constituye la Unión Europea, construido principalmente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁷¹ y basado en el **principio de primacía**, está a punto de colapsar, habiéndose puesto de forma grosera en tela de juicio la base jurídica misma de la UE por la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020; seguida, como estaba anunciado, por las decisiones adoptadas por las jurisdicciones constitucionales de Rumanía y Polonia.

SEGUNDA.- El Tribunal de Justicia, para reafirmar su autoridad ahora cuestionada, depende de la iniciativa de la Comisión Europea, a través de la activación y diligente desarrollo del procedimiento de infracción, que ahora ha iniciado contra Alemania, que, en principio, debería culminar en un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia.

Según la Comisión, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán *“ha violado los principios fundamentales del Derecho de la Unión, concretamente los principios de autonomía, primacía, eficacia y aplicación uniforme del Derecho de la Unión, así como el respeto de las competencias del Tribunal de Justicia consagrado en el artículo 267 del TFUE”*.

TERCERA.- Respuesta rápida.- Dada la gravedad del asunto, que reviste una importancia fundamental para el ordenamiento jurídico de la Unión, y como se ha expuesto, no existe argumento plausible para que la Comisión demore la tramitación de la fase precontenciosa; debiendo, a nuestro juicio, agilizar el expediente y presentar la demanda por incumplimiento,

⁷¹ En *Costa/ENEL* (STJUE de 15/07/1964) se dijo que *“A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros [...] y que vincula a sus órganos jurisdiccionales. Al instituir una comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, estos han limitado su soberanía y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos». De todo ello se desprende que «al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original, una norma interna, cualquiera que sea esta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquel pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad [...] la transferencia realizada por los Estados (desde su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario) de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad».*

con el fin de que el Tribunal de Justicia se pronuncie cuanto antes, ante la grave incertidumbre generada.

No obstante, como hemos visto, la Comisión Europea, mediante una decisión *sui generis*, ha procedido a cerrar el procedimiento de infracción, en base a compromisos formales muy firmes de Alemania reconociendo claramente la primacía de la legislación de la UE y la autoridad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

CUARTA.- En nuestra opinión, debería clarificarse también, al menos en sede parlamentaria, el papel desarrollado por el Banco Central Europeo en este asunto, pues, como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional alemán se ha preocupado muy mucho de dejar claro que el **BCE subsanó** las deficiencias identificadas en su Sentencia de 5 de mayo de 2020. Es decir, se satisficieron los requerimientos de la sentencia.

QUINTA.- Entendemos de gran interés y compartimos la iniciativa del Abogado General señor BOBEK, en sus Conclusiones presentadas el 15 de abril de 2021 en el Asunto C561/19 (*Conorzio Italian Management / Rete Ferroviaria Italiana SpA*), en las que propone al Tribunal de Justicia de la Unión Europea revisar su jurisprudencia (criterios *Cilfit*) sobre la obligación de los tribunales nacionales de última instancia de plantear una cuestión prejudicial: *El Tribunal de Justicia debería considerar que la existencia de esta obligación depende de que concurran tres requisitos: (i) una cuestión general de interpretación del Derecho de la Unión; (ii) respecto de la cual sea objetivamente posible más de una interpretación razonable; (iii) cuya respuesta no se pueda deducir de la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia.*

El no planteamiento de la cuestión prejudicial por vulneración del artículo 267 TFUE tiene como respuesta judicial europea el **recurso por incumplimiento**, que es medio adecuado para reaccionar frente a una infracción puntual provocada por un órgano jurisdiccional nacional como consecuencia del no planteamiento de cuestión prejudicial cuando la misma era necesaria y obligatoria en el caso concreto.

En nuestra opinión, el Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 6 de octubre de 2021 (Asunto C561/19. *Conorzio Italian Management*), ha desperdiciado la ocasión para revisar los criterios *Cilfit*, en los términos sugeridos por BOBEK, estableciendo únicamente una tímida aclaración.

SEXTA.- Como se ha visto, el Tribunal de Justicia de la UE, en su Sentencia de 14 de octubre de 2021, recaída en el Asunto 683/19 (*Viesgo Infraestructuras Energéticas, S. L. et al*), ha eludido pronunciarse sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sentada en su Sentencia 37/2019, de 26 de marzo.

En nuestra opinión, el Tribunal de Justicia debería haber clarificado la situación creada por la STC 37/2019, que entendemos, por las razones expuestas, contraria al Derecho de la UE, al endurecer los requisitos del *acto claro* y, en particular, del *acto aclarado*; al establecer un **doblo canon de enjuiciamiento (doblo rasero)**, según se pretenda inaplicar o no la norma nacional en virtud de la interpretación del Derecho de la UE por el juez nacional.

Aunque, desafortunadamente, nuestro Tribunal Supremo no aprovechó la ocasión para plantear convenientemente este asunto ante el Tribunal de Justicia, entendemos que la discusión al respecto era (y es) candente y muy oportuna, pues tiene íntima relación con los argumentos que el Abogado General señor BOBEK expuso al Tribunal de Justicia al sugerirle que reformule la doctrina *Cilfit* (alcance y naturaleza de la obligación de remisión prejudicial).

Creemos que el Tribunal Supremo actuó correctamente, a tenor de lo establecido por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 6 de octubre de 2021 (Asunto C561/19. *Consorzio Italian Management*), pues motivó correctamente su decisión de no plantear la cuestión prejudicial:

51. A este respecto, del sistema instaurado por el artículo 267 TFUE, interpretado a la luz del artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, se deduce que, **cuando un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno considera que queda dispensado de la obligación de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, conforme al artículo 267 TFUE, párrafo tercero, porque concurre una de las tres situaciones mencionadas en el apartado 33 de la presente sentencia, la fundamentación de su resolución debe poner de manifiesto bien que la cuestión de Derecho de la Unión que se haya planteado no es pertinente para la solución del litigio, bien que la interpretación de la disposición del Derecho de la Unión de que se trate se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, o bien, a falta de tal jurisprudencia, que la interpretación del Derecho de la Unión se impone al órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia con tal evidencia que no deja lugar a ninguna duda razonable”.**

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, R:

“*Tiempos judiciales recios*”. La Razón, 25 de julio de 2021.

“*Acerca del diálogo y del supremacismo*”. La Tercera de ABC, 11 de junio de 2021.

“*La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea*”; en la obra colectiva “*La cuestión prejudicial europea*”. Directores: ALONSO GARCIA, R. y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JI. European inklings (EUi), nº 4, 2014.

“*Sistema Jurídico de la Unión Europea*”. Thomson Reuters, 2014.

ARNALDOS ORTS, E: “*La Sentencia del Tribunal de Justicia en el Asunto C-416/17 Comisión contra Francia o la inédita declaración de incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de un Estado miembro como consecuencia de la obligación de plantear una cuestión prejudicial*”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 50, 2018.

CRUZ VILLALÓN, P: “*Rule of (German) Law? Sobre hegemonías nacionales en el Derecho de la UE*”. <https://almacenederecho.org/rule-of-german-law-sobre-hegemonias-nacionales-en-el-derecho-de-la-ue>

DONAIRE VILLA, F.J: “*Karlsruhe desoye a Luxemburgo en Weiss/PSPP (Compra de deuda soberana estatal por el BCE)*”. <http://idpbarcelona.net/karlsruhe-desoye-luxemburgo-weisspspp-compra-deuda-soberana-estatal-bce/>

IBÁÑEZ GARCÍA, I:

“*El Banco Central Europeo deberá dar explicaciones sobre el cumplimiento de la STC alemán de 5/05/2020*”. Blog isaacibanez.es. 9 de noviembre de 2021.

“*Selección razonable y no arbitraria del Derecho de la UE*”. Blog isaacibanez.es. 21 de octubre de 2021.

“El Tribunal de Justicia de la UE elude pronunciarse sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sentada en su Sentencia 37/2019, de 26 de marzo”. Blog isaacibanez.es. 14 de octubre de 2021.

“El Tribunal de Justicia de la UE aclara la jurisprudencia Cilfit”. Blog isaacibanez.es, 8 de octubre de 2021.

“¿Manu militari con Polonia? ¿Y qué pasa con Alemania?” Blog isaacibanez.es, 7 de octubre de 2021.

“¿Tratará la Comisión Europea a todos los Estados miembros con igual celeridad?” Blog isaacibanez.es, 23 de septiembre de 2021.

“Procede atemperar la soberbia de Karlsruhe”. Diario La Ley, nº 9880, 28 de junio de 2021.

“La primacía del Derecho europeo, ¿depende del Estado destinatario?” Diario La Ley, nº 9863, 3 de junio de 2021.

¿Cómo ha cumplimentado la Unión Europea la STC alemán del 5 de mayo de 2020? (II Parte) Fundación Hay Derecho. Marzo 2021.

¿Cómo ha cumplimentado la Unión Europea la STC alemán del 5 de mayo de 2020? Fundación Hay Derecho. Diciembre 2020.

“La facultad discrecional de la Comisión Europea en los procedimientos de infracción por no transposición en tiempo y forma del Derecho europeo: aspectos críticos”. Editorial Jurídica sepín, SL, 2020.

“El Tribunal Constitucional español, ¿juez nacional de última instancia del Derecho de la Unión Europea?: Un Amicus Curiae ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo”. Working Paper nº 36 (2020). Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional. Universidad Complutense de Madrid.

La Comisión Europea debe defender la “potestas” del Tribunal de Justicia de la UE. ECJ Leading Cases, 24 de junio de 2020.

“Tres notas de actualidad sobre la cuestión prejudicial comunitaria”. Diario La Ley, nº 7591, 17 de marzo de 2011.

“Sobre la decisión de plantear una cuestión prejudicial”. Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia, Boletín 125, julio/agosto 1997.

“El juicio de relevancia previo al planteamiento de una cuestión prejudicial”. Noticias de la Unión Europea, nº 85, febrero de 1992.

ISAAC, G: “Manual de Derecho comunitario general”. Ariel Derecho, 1997.

MARTÍN DELGADO, I: “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 (Comentario a la Sentencia de 4 de octubre de 2018, Asunto C-416/17)”. Nº 2/19 Preprints series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2019.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: “El conflicto de la Unión Europea con Polonia”. El Imparcial, 14 de octubre de 2021.

MÜNCHAU. “Ultra vires: batalla jurídica en la Unión Europea”. El País, 11 de octubre de 2021. <https://elpais.com/opinion/2021-10-11/ultra-vires-batalla-juridica-en-la-union-europea.html>

OLLERO TASSARA, A: “Diálogo de Tribunales”. Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas / Boletín Oficial del Estado, 2020.

REQUERO: “Encontronazos europeos”. La Razón, 12 de octubre de 2021.

RUIZ-JARABO COLOMER, D: “El Juez nacional como Juez comunitario”. Civitas, 1993.

RUIZ MIGUEL, C: “El conflicto alemán: ¿quién determina si la UE se excede en sus competencias?”. Cinco Días, 13 de mayo de 2020.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D:

“*El Tribunal Constitucional español y el diálogo judicial europeo*”. Revista Española de Derecho Europeo. nº 77, Enero – Marzo 2021.

“*Los Tribunales Constitucionales como garantes de la obligación de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia*”. <https://almacenederecho.org/los-tribunales-constitucionales-como-garantes-de-la-obligacion-de-plantear-cuestion-prejudicial-al-tribunal-de-justicia/>

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. y UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D: “*La Corte Constitucional de Alemania se ha vuelto nuclear*”. 15 de mayo de 2020. <https://es.euronews.com/2020/05/15/la-corte-constitucional-de-alemania-se-ha-vuelto-nuclear-punto-de-vista>

SOSA WAGNER, F: “*Desde Europa a España*”. El Mundo, 30 de junio de 2021.

UTRILLA FERNÁNDEZ BERMEJO, D: “*La unión económica y monetaria y la primacía del Derecho de la Unión a la luz del caso Weiss/PSPP*”. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 160, octubre – diciembre 2020.

VAN DER WOUDE, M: “*Inquietud en torno a la justicia europea*”. El País, 6 de junio de 2020. https://elpais.com/opinion/2020-06-05/inquietud-en-torno-a-la-justicia-europea.html?event_log=oklogin&o=cerrado&prod=REGCRART

VILA, C. y AGUIRRE DE LA CAVADA, I: “*Comisión contra Francia: la última (r)evolución judicial del TJUE*”. <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/comision-francia-la-ultima-revolucion-judicial-del-tjue/> . 19 de octubre de 2018.