

Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional: a propósito del *asunto Cartesio*, STJCE de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06)

Ricardo Alonso García

Catedrático de la Universidad Complutense

RESUMEN

La decisión del TJCE en *el asunto Cartesio* (STJCE 16 de diciembre de 2008, C-210/06) viene a rectificar, cuanto menos parcialmente, su doctrina en el *asunto Rheinmühlen II* (STJCE de 12 de febrero de 1974, 146/73), en el que declaró que «el artículo 177 [actual 234] no se opone a que las decisiones de tal órgano jurisdiccional [cuyas decisiones pueden ser objeto de recurso jurisdiccional de Derecho interno] que acude al Tribunal de Justicia en sede prejudicial continúen sometidas a las vías de recurso normales previstas por el Derecho nacional». Y es que *Cartesio* considera incompatible con el artículo 234 TCE los recursos internos contra autos de planteamientos de cuestiones prejudiciales que tengan por efecto «reformar la resolución por la que se acuerda plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, dejar sin efecto esa remisión prejudicial y ordenar al órgano jurisdiccional que haya dictado la referida resolución reanudar el procedimiento de Derecho interno que haya sido suspendido». Al margen de la *doctrina Cartesio* quedarían los supuestos en que el juez *ad quem* estimaría el recurso, fallando en cuanto al fondo (*asunto Nationale Loterij*, ATJCE de 24 de marzo de 2009, C-525/06). También deberían quedar al margen los supuestos en que el control del juez *ad quem* no se refiere a la pertinencia misma o necesidad de plantear la cuestión prejudicial. *Cartesio*, en fin, refuerza indirectamente la *doctrina Köbler* (responsabilidad del Estado-juez

ABSTRACT

ECJ Judgment of 16 December 2009 (C-210/06) (*Cartesio Case*) overrules, at least partially, ECJ doctrine on *Rheinmühlen II Case* (Judgement of 12 February 1974, 146/73), where the Court stated: «in the case of a Court against whose decisions there is a judicial remedy under national law, article 177 does not preclude a decision of such a court referring a question to this court for a preliminary ruling from remaining subject to the remedies normally available under national law». *Cartesio*, on the contrary, considers incompatible with article 234 EC Treaty national appeals against orders making a reference for a preliminary ruling, when such appeals «permit the appellate court to vary the order for reference, to set aside the reference and to order the referring court to resume the domestic law proceedings». Outside the boundaries of *Cartesio* would remain those appeals in which the appellate court decides on the whole of the case (ECJ Order of 24 March 2009, C-525/06, *Nationale Loterij*). Outside such boundaries should also remain those appeals in which the appellate court decides on the basis of pure national law. Finally, it is submitted that *Cartesio* indirectly supports *Köble's doctrine* (liability of Member States for damage caused to individuals by infringements of Community law attributable to national courts). It is also submitted that *Cartesio* poses problems concerning the role of the preliminary ruling procedure in terms of effective judicial protection.

por infracción del Derecho Comunitario), al tiempo que plantea problemas concernientes al rol de la cuestión prejudicial en términos de tutela judicial efectiva.

Palabras Clave: recursos nacionales contra remisiones prejudiciales; responsabilidad del Estado-juez por infracción del Derecho Comunitario; cuestión prejudicial y tutela judicial efectiva.

Keywords: national appeals against orders to refer under article 234 EC Treaty; liability of Member States for damage attributable to national courts; preliminary ruling and effective judicial protection.

En el *asunto Cartesio*, resuelto por Sentencia de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06), el TJCE (Gran Sala) declaró¹, en la dirección seguida por el Abogado General Miguel Poiares Maduro², que

«de existir normas de Derecho nacional relativas al recurso de apelación contra una resolución por la que se acuerde una remisión prejudicial, que se caractericen por la circunstancia de que el asunto principal sigue pendiente en su integridad ante el órgano jurisdiccional remitente, siendo objeto de una apelación limitada únicamente la resolución de remisión, el artículo 234 CE, párrafo segundo, debe interpretarse en el sentido de que no puede cuestionarse la competencia que dicha disposición del Tratado confiere a todo órgano jurisdiccional nacional de acordar una remisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por la aplicación de tales normas que permiten al órgano jurisdiccional que conoce de la apelación reformar la resolución por la que se acuerda plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, dejar sin efecto esa remisión prejudicial y ordenar al órgano jurisdiccional que haya dictado la referida resolución reanudar el procedimiento de Derecho interno que haya sido suspendido».

Tal pronunciamiento, pese a que el TJCE no lo reconozca, implica un *overruling*, cuanto menos parcial, de su doctrina consistente en no inmiscuirse en los sistemas procesales nacionales, particularmente en las vías de recurso admitidas contra el planteamiento de cuestiones prejudiciales comunitarias. Además, y pese a que el TJCE intensifique su discurso en torno a dicho planteamiento en términos, como veremos, de pura cooperación judicial al margen de las partes en el proceso, puede decirse que es una nueva manifestación de la progresiva reducción de la autonomía nacional a la que el TJCE ha venido sometiendo al Derecho procesal de los Estados miembros en materia de «remedies»³. El *asunto Cartesio*, en fin, aborda también otros aspectos vinculados, asimismo, a la cuestión prejudicial, como la noción de «órgano jurisdiccional» en el contexto del artículo 234 TCE, y la naturaleza de sus decisiones a los efectos de su inclusión, o no, en el párrafo tercero del citado precepto que, como es sabido, impone, en determinadas circunstancias, la obligación de dirigirse vía prejudicial al TJCE⁴.

¹ Punto 3 del fallo.

² Conclusiones presentadas el 22 de mayo de 2008, en las que el Abogado General sostuvo, de manera más sucinta, que «el artículo 234 CE se opone a la aplicación de una normativa nacional en virtud de la cual los tribunales nacionales pueden estar obligados a suspender o retirar una petición de decisión prejudicial».

³ Cfr. al respecto, por ejemplo, P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2006, pgs. 789 y ss.; recientemente, M. ELLANTONINO, *Europeanisation of Administrative Justice? The Influence of the ECJs Case Law in Italy, Germany and England*, Europa Law Publishing, 2009.

⁴ La cuestión material, concerniente al alcance del derecho de establecimiento, y concretamente, a la compatibilidad de la legislación mercantil húngara con los artículos 43 y 48 TCE, fue resuelta por el TJCE, apartándose de la opinión del Abogado General (partidario de una respuesta negativa), en los siguientes términos: «En el estado actual del Derecho comunitario, los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido

Comencemos por exponer brevemente el contexto que está en el origen de *Cartesio*.

Cartesio era una sociedad comanditaria constituida conforme al Derecho húngaro, domiciliada y registrada en Hungría, país en el que ejercía su actividad.

Presentada una solicitud de traslado de su domicilio social a Italia y, en consecuencia, de modificación de la mención relativa al mismo en el registro mercantil, dicha solicitud fue desestimada por el tribunal mercantil competente, sobre la base de que el Derecho húngaro no ofrecía a las sociedades la posibilidad de trasladar su domicilio social a otro Estado miembro manteniendo su estatuto legal de sociedad regulada por el Derecho húngaro.

Interpuesto recurso contra la resolución del tribunal mercantil ante el Tribunal de Apelación competente, éste decidió suspender el procedimiento y plantear una serie de cuestiones prejudiciales relacionadas con el propio mecanismo de la cuestión prejudicial, comenzando, como adelanté, con la concerniente a la noción misma de «órgano jurisdiccional» en el marco del artículo 234 TCE.

* * *

Concretamente, en la primera de sus cuestiones prejudiciales, el tribunal remitente planteó al TJCE si

«un tribunal de segunda instancia, que conoce de un recurso de apelación contra una resolución dictada por el tribunal competente para la llevanza del registro mercantil, a raíz de una solicitud de modificación de una circunstancia relativa al registro [de una sociedad], ¿está facultado para formular una solicitud de decisión prejudicial, conforme al artículo 234 CE, si ni la resolución del tribunal [de primera instancia] ni el examen del recurso de apelación tienen lugar en el marco de un procedimiento contradictorio?»

Advirtamos a este respecto que la naturaleza contradictoria del procedimiento, como criterio a tener en cuenta a la hora de examinar la aptitud de un órgano para dirigirse vía prejudicial al TJCE, fue tempranamente manejada por éste en el pionero *asunto Vaasen-Göbbels* (1966)⁵, junto con la creación por Ley del «órgano jurisdiccional», su naturaleza permanente, su

de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro que impida a una sociedad constituida en virtud del Derecho nacional de ese Estado miembro trasladar su domicilio a otro Estado miembro manteniendo su condición de sociedad regida por el Derecho nacional del Estado miembro según cuya legislación hubiera sido constituida».

⁵ STJCE de 30 de junio de 1966 (61/65).

competencia obligatoria y la obligación de resolver mediante la aplicación de normas jurídicas⁶.

* * *

La jurisprudencia posterior aclararía que ni la lista de los referidos criterios es exhaustiva⁷, ni todos ellos tienen el mismo peso o importancia⁸.

En particular, ya en el *asunto Politi* (1971)⁹ el TJCE consideraría al tribunal remitente como órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 234 TCE, pese a las alegaciones en contrario del Gobierno italiano al tener que pronunciarse aquél «sobre la base únicamente de las alegaciones del demandante y sin que haya tenido lugar una discusión previa entre las partes». Y en el *asunto Birra Dreher* (1974), declararía expresamente que

«el artículo 177 [actual 234] no subordina el reenvío al Tribunal de Justicia al carácter, contradictorio o no, del procedimiento que termina con el planteamiento de la cuestión prejudicial por el juez nacional»¹⁰.

Asumido, pues, «que la exigencia de un procedimiento contradictorio no es un criterio absoluto» en el contexto del artículo 234¹¹, el TJCE subrayó

⁶ «Considerando que el «Scheidsgerecht», organismo permanente encargado de conocer de los litigios definidos de modo general por el artículo 89 del RBFM [reglamento regulador del régimen asegurador en el ámbito de la industria minera], está sometido a normas de procedimiento contradictorio análogas a las que rigen el funcionamiento de los Tribunales ordinarios; [...] que las personas referidas [las contempladas en el mencionado reglamento] están obligadas a dirigirse al Scheidsgerecht como instancia judicial en cuanto a los litigios que surjan entre ellas y su asegurador; que el Scheidsgerecht debe aplicar normas de derecho...».

⁷ El propio TJCE incorporaría después un criterio tan esencial como el de la independencia del órgano jurisdiccional: cfr. *asunto Pretore di Salò*, STJCE de 11 de junio de 1987 (14/86), F. 7.

⁸ Cfr., por ejemplo, T. TRIDIMAS, *Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*, Common Market Law Review, 2003, núm. 1, pgs. 27 y ss.

⁹ STJCE de 14 de diciembre de 1971 (43/71).

¹⁰ STJCE de 21 de febrero de 1974 (162/73), F. 3. Posteriormente, en el mismo sentido, cfr. *asunto Simmenthal*, STJCE de 28 de junio de 1978 (70/77) (no sin dejar de añadir en el F. 10 que «es posible que, en aras a una buena administración de justicia, la cuestión prejudicial sólo deba plantearse, en su caso, tras un debate contradictorio»; añadido éste, por cierto, que aparece hoy recogido en la *Nota informativa del Tribunal de Justicia sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales*, DO 2005/C 143/01, punto 19).

¹¹ Cfr. *asuntos Dorsh Consult*, STJCE de 17 de septiembre de 1997 (C-54/96), F. 31, *Gabalfrisa e.a.*, STJCE de 21 de marzo de 2000 (C-110 a 147/98), F. 37, y *De Coster*, STJCE de 29 de noviembre de 2001 (C-17/00), F. 14. Con posterioridad a *Cartesio*, el Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo ha analizado el criterio de la contradicción, en el contexto específico del régimen prejudicial *sui generis* del artículo 68 TCE, en relación con la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas por un Juzgado español de Primera Instancia e Instrucción en el marco de un recurso de reposición interpuesto contra una diligencia de ordenación del Secretario del Juzgado: cfr. Conclusiones presentadas el 5 de marzo de 2009, en el *asunto Roda Golf* (C-14/08), pendiente de resolución por el TJCE.

en *Cartesio* la diferencia entre el ejercicio de funciones administrativas (excluidas del radio de acción del artículo 234) y funciones judiciales (incluidas en el mismo). Y tras considerar que la llevanza de un registro implicaba el ejercicio de puras funciones administrativas (lo que dejaría fuera de la noción de órgano jurisdiccional al tribunal húngaro que desestimó la solicitud de *Cartesio* de trasladar su domicilio social a Italia y, en consecuencia, de modificar la mención relativa al mismo en el registro mercantil), sostuvo que,

«en cambio, un tribunal ante el que se substancie un recurso de apelación contra una resolución de un tribunal inferior competente para la llevanza de un registro que deniega tal solicitud de inscripción, apelación por la que se pretende la anulación de esa resolución que, según se alega, menoscaba un derecho del demandante, conoce de un litigio y realiza una función judicial»;

lo cual satisfaría las exigencias para considerar al tribunal húngaro de apelación como órgano jurisdiccional a los efectos de activar la cuestión prejudicial,

«a pesar de que el procedimiento que se sigue ante dicho órgano jurisdiccional no tenga carácter contradictorio»¹².

* * *

En la segunda cuestión, el tribunal remitente interrogó al TJCE en los siguientes términos:

«Suponiendo que, en virtud del artículo 234 CE, el tribunal de segunda instancia estuviera facultado para formular al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial, ¿debe considerarse que ese tribunal es un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia obligado, en virtud de dicho artículo, a someter al Tribunal de Justicia de las Comu-

¹² FF. 57, 58 y 61. Ya en el *asunto Job Centre*, STJCE de 19 de octubre de 1995 (C-111/94), el TJCE se había pronunciado en los siguientes términos (F. 11): «Cuando el Juez remitente resuelve, con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables y en el marco de un procedimiento de *giurisdizione volontaria*, sobre una solicitud de calificación de los Estatutos de una sociedad a efectos de su inscripción en el Registro, ejerce una función no jurisdiccional que, por lo demás, en otros Estados miembros se atribuye a autoridades administrativas. En efecto, el Juez remitente actúa en calidad de autoridad administrativa, sin que deba al mismo tiempo resolver un litigio. Solamente en el supuesto de que la persona facultada por la Ley nacional para solicitar la calificación interponga un recurso contra la denegación de ésta y, por consiguiente, la inscripción, podrá considerarse que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto ejerce, a efectos del artículo 177, una función de naturaleza jurisdiccional que tiene por objeto la anulación de un acto lesivo para un derecho del demandante». En la misma línea, en relación con cuestiones planteadas por órganos encargados de la llevanza del Registro de la Propiedad o del Registro Mercantil, cfr. los *asuntos Salzmann*, STJCE de 14 de junio de 2001 (C-178/99), *HSB-Wohnbau*, ATJCE de 10 de julio de 2001 (C-86/00) y, especialmente traído a colación en *Cartesio*, *Lutz e.a.*, STJCE de 15 de enero de 2002 (C-182/00).

nidades Europeas las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho comunitario?»

El trasfondo de la cuestión era el siguiente: según la legislación húngara, las resoluciones del tribunal de apelación serían recurribles en casación ante el Tribunal Supremo. Se trataría, no obstante, de recursos extraordinarios, en la medida en que: 1) las resoluciones impugnadas tendrían fuerza de cosa juzgada y serían ejecutorias; y 2) dado que el objetivo de la casación sería el de garantizar la unificación de la jurisprudencia, los motivos de impugnación se limitarían a la infracción de ley.

Habida cuenta, por tanto, de la naturaleza extraordinaria de la casación frente a las resoluciones del tribunal remitente, éste albergó dudas, según acabamos de ver, sobre su posible consideración como órgano jurisdiccional de última instancia en el marco del artículo 234 TCE, estando obligado, en consecuencia, a plantear cuestiones prejudiciales en los términos aclarados por el TJCE en el célebre *asunto CILFIT*¹³.

Pese a que la respuesta en un sentido negativo parecía evidente a la luz del *asunto Lyckeskog*¹⁴, el tribunal de apelación decidió, no obstante, plantear la cuestión, habida cuenta de que la casación húngara presentaría divergencias, en cuanto a sus características, si comparada con el sistema sueco de acceso al Tribunal Supremo, que fue el tomado en consideración por el TJCE en el mencionado asunto.

Pues bien, el TJCE¹⁵, tras recordar que en *Lyckeskog* ya había declarado que

¹³ STJCE de 6 de octubre de 1982 (283/81), que, por cierto, sería objeto de especial análisis (ante la sugerencias del Gobierno danés, interviniente en el proceso, y de la Comisión, en la línea de una relajación de la doctrina en ella sentada) por el entonces Abogado General Antonio Tizzano (hoy Juez del Tribunal) en el *asunto Lyckeskog*, al que me referiré a continuación (el TJCE no consideró necesario pronunciarse al respecto ya que estimó que el órgano remitente no debía considerarse entre los obligados a plantear la cuestión prejudicial). En relación con la referida supuesta necesidad de relajar *CILFIT*, cfr. las interesantes reflexiones del, también por aquél entonces, Juez del TJCE, David Edward, en la *Mackenzie-Stuart Lecture* pronunciada el 18 de octubre de 2002 (*National Courts –The Powerhouse of Community Law*, publicada en el Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2002-2003). Recuérdese, por lo demás, que el Abogado General Francesco Capotorti criticó duramente en *CILFIT* al *Conseil d'État* francés por su actitud reacia a la cuestión prejudicial; y entre las decisiones «rebeldes» de éste traídas a colación, Capotorti destacaría, de manera especial, el conocido *arrêt Cohn-Bendit* (de 22 de diciembre de 1978), en el que el *Conseil d'État* limitó, sin respetar la doctrina del TJCE, las posibilidades que ofrecía el principio de eficacia directa de las directivas, y que fue dictado, precisamente, en el marco de un recurso interpuesto por el Ministro del Interior contra una resolución del Tribunal administrativo de París suspendiendo el proceso concerniente a la expulsión de «El Rojo» en espera de una respuesta por el TJCE a las cuestiones prejudiciales planteadas por el propio tribunal parisino, relativas al alcance de la entonces vigente Directiva 64/221/CEE (para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de seguridad, salud u orden públicos).

¹⁴ STJCE de 4 de junio de 2002 (C-99/00).

¹⁵ Que no acogió la objeción de inadmisibilidad alegada por la Comisión, en el sentido de que, planteada de hecho la cuestión al TJCE, carecería de interés interrogarse sobre

la circunstancia de que las resoluciones de un tribunal sólo pudieran ser revisadas previa declaración de admisibilidad por el tribunal revisor, no convertía a aquél en órgano jurisdiccional «cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno» (y, por tanto, no le alcanzaría la obligación de plantear cuestiones prejudiciales en virtud del tercer párrafo del artículo 234 TCE), sostuvo que tal doctrina sería predicable

«con mayor razón en lo tocante a un sistema procesal como aquél en el marco del cual ha de examinarse el asunto principal, en la medida en que éste no contiene tal declaración previa de admisibilidad del recurso de casación por el tribunal supremo, sino que se limita a imponer restricciones en lo que atañe, en particular, a la naturaleza de los motivos que pueden invocarse ante tal órgano jurisdiccional, los cuales deben derivar de una infracción de ley».

Y añadió:

«Tales restricciones, al igual que la falta de efecto suspensivo del recurso de casación ante el Legfelsőbb Bíróság, no tienen el efecto de privar a las partes que hayan comparecido ante un órgano jurisdiccional cuyas resoluciones son susceptibles de tal recurso de casación de la posibilidad de ejercer de manera efectiva su derecho a promover ese recurso contra la resolución del órgano jurisdiccional mencionado en último lugar al pronunciarse en un litigio como el litigio principal. Por lo tanto, dichas restricciones y dicha falta de efecto suspensivo no implican que el órgano jurisdiccional deba calificarse de órgano jurisdiccional que dicta una resolución no susceptible de recurso»¹⁶.

el carácter obligatorio o no del planteamiento. Según el TJCE, «iría en contra del espíritu de cooperación que debe presidir las relaciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, así como de los imperativos de economía procesal, exigir que un órgano jurisdiccional nacional deba, en primer lugar, formular una petición de decisión prejudicial planteando la única cuestión de si ese órgano jurisdiccional forma parte de aquellos a los que se refiere el artículo 234 CE, párrafo tercero, antes de plantear, en su caso, a continuación y mediante una segunda petición de decisión prejudicial, las cuestiones relativas a las disposiciones de Derecho comunitario que afectan al fondo del litigio de que conoce» (F. 70).

¹⁶ FF. 76-78. Advértase, por lo demás, que en *Lyckeskog* el TJCE destacó «la circunstancia de que el examen del fondo de estas impugnaciones quede supeditado a una previa declaración de admisibilidad por el Tribunal Supremo no tiene por efecto privar a las partes de recurso», subrayando, asimismo, que «si se plantea una cuestión de interpretación o de validez de una norma de Derecho comunitario, el Tribunal Supremo se verá, conforme al artículo 234 CE, párrafo tercero, en la obligación de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, bien en la fase de examen de la admisibilidad, bien en una fase posterior» (obligación que, recuerda el TJCE, «tiene por objetivo principal impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho comunitario») (FF. 14-18).

La *House of Lords* cayó de inmediato en la importancia, a luz de *Lyckeskog*, de asegurar una transparencia apropiada en relación con el debido cumplimiento de la obligación de plantear cuestiones prejudiciales en el marco del tercer párrafo del artículo 234, proponiendo a tal efecto una reforma de su propio procedimiento «en orden a exigir motivación en los casos de rechazo de la previa declaración de admisibilidad de la apelación»

* * *

Es la tercera cuestión planteada por el tribunal húngaro la que presenta mayor interés, por cuanto, como adelanté, la respuesta a la misma por el TJCE implicó, en mi opinión, un *overruling* encubierto, parcial si se quiere, pero *overruling* en todo caso, de una doctrina que se remonta a los años setenta.

Concretamente, el tribunal húngaro solicitó del TJCE una respuesta al siguiente interrogante:

«¿Limita o puede limitar la facultad –que deriva directamente del artículo 234 CE– de los tribunales húngaros para plantear cuestiones prejudiciales, una disposición de Derecho nacional que permita interponer un recurso de apelación, con arreglo a las disposiciones del Derecho nacional, contra una resolución de remisión, cuando el tribunal nacional superior jerárquico puede, en sede de apelación, reformar [dicha] resolución, enervar la remisión prejudicial y exhortar al órgano jurisdiccional que haya dictado [dicha] resolución a reanudar la tramitación del procedimiento de Derecho interno suspendido?»¹⁷.

(cfr. House of Lords. Appeal Committe, *Petitions for Leave to Appeal: Reasons for the Refusal of Leave*, 38th Report, Session 2002-03; las propuestas del Appeal Committee están hoy plasmadas en las *Practice Directions Applicable to Civil Appeals* aprobadas por la House of Lords el 8 de octubre de 2007, 34.1-34.5, que establecen que, cuando haya Derecho Comunitario en juego y se rechace la admisibilidad de la apelación, la motivación deberá reflejar los criterios sentados en *CILFIT* en orden a descartar la obligación de plantear cuestión prejudicial).

No sucedió lo mismo en Suecia, donde la práctica de sus tribunales supremos (Suecia cuenta con dos Tribunales Supremos: el Tribunal Supremo para asuntos de Derecho privado y penal, y el Tribunal Supremo Administrativo, que abarca el Derecho administrativo, laboral y fiscal) de no activar la cuestión prejudicial, en conexión con sus decisiones de no tomar en cuenta el tema de la prejudicialidad comunitaria a la hora de pronunciarse sobre la admisibilidad de los recursos ante ellos interpuestos y la ausencia de motivación al respecto, acabaría por provocar la activación de un proceso por incumplimiento *ex* artículo 226 TCE [Dictamen motivado 13/10/2004, 2003/2161, C (2004) 3899]. La cuestión se resolvería, en fase pre-contenciosa, al adoptar el Parlamento sueco la Ley 2006:502, que sienta la obligación de los tribunales de «última instancia» de motivar las denegaciones de planteamientos de cuestiones prejudiciales. Cfr. al respecto U. BERNITZ, *The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden*, en N. Wahl & P. Cramér (eds.), *Swedish Studies in European Law*, Hart Publishing, 2006, pgs. 37 y ss.

¹⁷ También en relación con esta tercera cuestión se planteó su admisibilidad, al considerarla tanto Irlanda como la Comisión hipotética al no haberse recurrido, supuestamente, la remisión prejudicial. La objeción no fue acogida por el TJCE, argumentando lacónicamente que «ni dicha resolución ni los autos remitidos al Tribunal de Justicia permiten comprobar que dicha resolución no haya sido objeto de un recurso de apelación o que ya no pueda serlo» (F. 85). Más generoso en su razonamiento se mostró el Abogado General Maduro. «En realidad», sostuvo, «el único aspecto, por así llamarlo, hipotético del presente asunto se califica mejor como elemento de contingencia: el que la respuesta que ha de proporcionar el Tribunal de Justicia puede acabar no siendo determinante para la resolución de la disputa en el procedimiento principal si, de hecho, no se presenta ningún recurso contra la resolución de remisión. No obstante, este ele-

El principal precedente jurisprudencial relativo al interrogante planteado por el tribunal húngaro se encontraba en el *asunto Rheinmühlen II* (1974)¹⁸,

mento contingente está presente en otras cuestiones jurídicas que el Tribunal de Justicia responde habitualmente. De hecho, el Tribunal de Justicia no puede estar absolutamente seguro de que la respuesta que proporciona será relevante para el resultado del litigio principal. Por ejemplo, el órgano jurisdiccional nacional puede acabar decidiendo el asunto sobre la base de una cuestión de Derecho procesal nacional sin aplicar siquiera la respuesta de Derecho comunitario que le proporciona el Tribunal de Justicia. Esto no significa que el Tribunal de Justicia haya contestado una cuestión hipotética, siempre que la cuestión haya surgido de hechos reales cuya vinculación con el Derecho comunitario no sea artificial. Debe distinguirse entre una cuestión basada en hechos artificiales o que no están relacionados con los hechos del caso (que, a mi juicio, es hipotética e inadmisibles) y una cuestión relacionada con los hechos del caso, pero que puede no ser determinante en su resultado final (que, en mi opinión, no es hipotética y debe admitirse)» (Cdo. 13). Y «en segundo lugar», añadió, «es difícil ver de qué otra manera podría llegar esta cuestión al Tribunal de Justicia, a pesar de su evidente relevancia para el funcionamiento del procedimiento prejudicial. Por supuesto, se puede concebir teóricamente que una parte en un procedimiento ante un tribunal inferior pueda interponer un recurso de apelación contra una resolución de remisión ante un tribunal superior y que, a pesar de las normas procesales nacionales en virtud de las cuales el recurso de apelación tiene efecto suspensivo, el tribunal inferior mantenga su resolución de remisión. Ciertamente, en estas circunstancias el problema del efecto del recurso de apelación podría ser de relevancia inmediata. No obstante, este escenario exige también que el tribunal inferior infrinja su normativa procesal interna sin saber si el Derecho comunitario le otorga potestad para hacerlo. Claramente, esto pondría al tribunal inferior en una situación muy incómoda. Esto es lo que probablemente explica por qué esta cuestión no se ha planteado nunca expresamente ante el Tribunal de Justicia, aunque algunos asuntos anteriores y normativas y prácticas nacionales bien conocidas pueden indicar que, en efecto, es de considerable relevancia en la aplicación diaria del Derecho comunitario por parte de los tribunales nacionales» (Cdo. 14).

¹⁸ STJCE de 12 de febrero de 1974 (146/73). La sentencia siguió a la dictada apenas unas semanas antes (el 16 de enero de 1974) en el *asunto Rheinmühlen I* (166/73). El contexto era el siguiente: un exportador alemán de cereales reclama del organismo nacional competente determinadas restituciones concernientes a unas exportaciones. Desestimada su reclamación por el *Hessisches Finanzgericht*, apela ante el *Bundesfinanzhof* que, previo planteamiento de una serie de cuestiones prejudiciales al TJCE, resuelve confirmando en parte la resolución impugnada en relación con determinadas exportaciones (de harina de trigo), y anulándola en relación con otras (de cebada perlada). Remitido de nuevo el asunto al *Hessisches Finanzgericht*, éste decidió plantear cuestión prejudicial al TJCE sobre si el Derecho Comunitario sólo permitía activar el mecanismo prejudicial cuando el juez conociera por vez primera del litigio origen de la cuestión, o si también admitía tal activación tras reconsiderar el asunto a la luz de una sentencia de anulación dictada por un tribunal superior (*Rheinmühlen I*). Apelada tal resolución ante el *Bundesfinanzhof*, éste decidió a su vez plantear cuestión prejudicial acerca de si un tribunal de rango inferior tendría un derecho ilimitado a plantear cuestiones prejudiciales al TJCE, o si el Derecho Comunitario no afectaría a las normas de Derecho nacional en sentido contrario, en virtud de las cuales un tribunal inferior estaría vinculado por la valoración jurídica hecha por un tribunal jerárquicamente superior (*Rheinmühlen II*). El TJCE, tras declarar que «la existencia en Derecho interno de una norma en cuya virtud los órganos jurisdiccionales quedan vinculados por la valoración jurídica hecha por un órgano jurisdiccional de grado superior no podría, por este solo hecho, privarles de la facultad prevista en el artículo 177 [actual 234] de acudir al Tribunal de Justicia», sostuvo, como se ha transcrito *supra*, que «el artículo 177 no se opone a que las decisiones de tal órgano jurisdiccional [cuyas

en el que el TJCE declaró¹⁹ que

«el artículo 177 [actual 234] no se opone a que las decisiones de tal órgano jurisdiccional [cuyas decisiones pueden ser objeto de recurso jurisdiccional de Derecho interno] que acude al Tribunal de Justicia en sede prejudicial continúen sometidas a las vías de recurso normales previstas por el Derecho nacional»²⁰.

* * *

A la luz de tal pronunciamiento, la doctrina, sobre todo británica, había venido manteniendo que el Derecho Comunitario era respetuoso con el sistema nacional de recursos, incluidos los previstos contra las decisiones de planteamiento de cuestiones prejudiciales.

Por mencionar algún tratado o manual clásico de Derecho Comunitario, tal era el caso de Trevor Hartley (en *The Foundations of European Community Law*²¹. En la misma línea pueden citarse las más importantes obras dedicadas a la justicia europea en general (como la de Lasok, *The European Court of Justice. Practice and Procedure*)²² y a la cuestión prejudicial en particular (como la de Anderson y Demetriou, *References to the European Court*²³, en consonancia con otros trabajos que se detienen con cierto detalle en el análisis de las posibilidades de recurso contra los planteamientos de cuestiones prejudicia-

decisiones pueden ser objeto de recurso jurisdiccional de Derecho interno] que acude al Tribunal de Justicia en sede prejudicial continúen sometidas a las vías de recurso normales previstas por el Derecho nacional» (lo que es interpretado por ISAAC y BLANQUET en el sentido de que el juez inferior tendría que acatar la anulación de su remisión prejudicial basada en motivos de Derecho nacional o en su falta de pertinencia, pero no tendría, en cambio, que someterse a las consideraciones del tribunal superior en cuanto al alcance de las disposiciones sustantivas de Derecho Comunitario en litigio: cfr. *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 9ª edición, 2006, pgs. 452-453; en la misma línea, D. CHALMERS y A. TOMKINS, *European Union Public Law*, Cambridge University Press, 2007, pgs. 292-293). Adviértase, en fin, que entre ambas sentencias Rheinmühlen, el TJCE dictaría (el 30 de enero de 1974) la concerniente al asunto BRT (127/3), en la que declaró la pertinencia de proseguir con el procedimiento prejudicial «mientras no se revoque o anule la petición del juez nacional» (F. 9).

¹⁹ En un contexto, como acabamos de ver, en el que no se le planteó expresa y directamente el problema de la impugnabilidad misma, conforme a las reglas de Derecho interno, de las remisiones prejudiciales.

²⁰ F. 3.

²¹ Oxford University Press, 2007 (6ª edición), pgs. 291-293 (bajo el concreto epígrafe «Appeal Against an Order for Reference»).

²² Butterworths, 1994 (2ª edición), pgs. 566 y ss.

²³ Sweet & Maxwell, 2002 (2ª edición), pgs. 215 y ss. Entre nosotros, puede citarse el exhaustivo estudio de Mar JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, J. M. Bosch Editor, 1996, pgs. 410 y ss.

les²⁴, permitidas por el ordenamiento anglosajón²⁵), y entre los que destaca el estudio, crítico con la permisividad del TJCE hacia los sistemas procesales nacionales, de David O'Keefe publicado en 1984 en la *European Law Review*²⁶.

²⁴ Cfr., por ejemplo, C. LEWIS, *Remedies and the Enforcement of European Community Law*, Sweet & Maxwell, 1996, pg. 246, o, más reciente, en el específico terreno de la *judicial review*, R. GORDON, *EC Law in Judicial Review*, Oxford University Press, 2007, pgs. 135-136, y M. SUPPERSTONE-L. KNAPMAN, *Administrative Court Practice*, Oxford University Press, 2008, pg. 205.

²⁵ Que también admite recursos contra las decisiones de no plantear la cuestión prejudicial. Otra cosa es que, en la práctica, los tribunales británicos sólo estén dispuestos a revisar las decisiones de plantear o no la cuestión prejudicial cuando el juez *a quo* rebasa de manera irrazonable o incurriendo en error manifiesto los límites de la amplia facultad de apreciación de la que éste goza al respecto (cfr. J. USHER, *References for Preliminary Rulings*, en R. Plender-General Editor, *European Courts. Practice and Precedents*, Sweet & Maxwell, 1997, pg. 783).

Para una visión del estado de la cuestión en los ordenamientos jurídicos (concretamente, contencioso-administrativos) de los demás países de la Unión Europea, cfr. el Coloquio de la *Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne*, celebrado el 20 y 21 de mayo de 2002 en Helsinki, y dedicado a «Le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice des Communautés européennes» (en relación con los nuevos Estados miembros, particularmente Chequia, cfr. M. BOBEK, *Learning to Talk: Preliminary Rulings, the Courts of the New Member States and the Court of Justice*, Common Market Law Review, 2008, núm. 6, pgs. 1628). En las antípodas del sistema húngaro se situaría, por ejemplo, el sistema irlandés, habiendo declarado la *Supreme Court* en el *asunto Campus Oil Ltd* (Sentencia de 17 de junio de 1983), sobre la base del propio Derecho Comunitario, que «el Tratado confiere un poder al [tribunal inferior] sin que exista ninguna posibilidad, expresa o tácita, que pueda hacer que otro tribunal nacional revoque dicho poder» (desestimando, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto contra una resolución de remisión prejudicial de la *High Court*, la cual daría lugar a la STJCE de 10 de julio de 1984, 72/83).

En España, como es sabido, no existe una regulación específica al respecto, por lo que, teóricamente, cabría la entrada en juego del sistema previsto bien para la prejudicialidad penal (susceptible de recurso de apelación según el artículo 41 de la LECiv, o de súplica en la jurisdicción Contencioso-Administrativa, según argumenta, en relación con esta última, J. MORCILLO MORENO, *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo*, La Ley, 2007, pgs. 308-309), bien para la prejudicialidad constitucional (cuyo auto de planteamiento, dispone el artículo 35.2 LOTC, «no será susceptible de recurso de ninguna clase»). Dicotomía esta que, por cierto y en relación con los sistemas francés y alemán, fue ya abordada por el Abogado General Lagrange en el *asunto De Geus*, STJCE de 6 de abril de 1962 (13/61), en el que, tras recordar que «en el ordenamiento jurídico interno de los países de la Comunidad que practican la remisión con carácter prejudicial, es reglamentario, o bien frecuente en todo caso, que los cauces normales de recurso estén abiertos contra las resoluciones o decisiones de suspensión del procedimiento», sostuvo que «razonablemente, no puede admitirse que los autores del Tratado hayan podido tener la intención de infringir una norma tan importante que se relaciona con el funcionamiento interno de la justicia nacional sin decirlo claramente». Volviendo sobre el caso español, de optar por la solución prevista en relación con las cuestiones de inconstitucionalidad, no cabría siquiera recurso de súplica habida cuenta de la contundencia del artículo 35.2 LOTC (cfr. ATS, Sala Tercera, de 13 de junio de 2005, núm. de recurso 548/2002), pese a que dicho recurso, en sí mismo considerado, no sería contrario a la *doctrina Cartesio* al interponerse ante el propio juez *a quo*.

²⁶ *Appeals Against an Order to Refer under Article 177 of the EEC Treaty*, pgs. 87 y ss. En sentido contrario, esto es, crítico con los *asuntos Rheinmühlen* por considerarlos una exce-

A no otra conclusión, por lo demás, parecía conducir la jurisprudencia del TJCE al abordar problemas como los concernientes a los posibles efectos suspensivos que sobre la cuestión prejudicial produciría la interposición de un recurso interno contra su planteamiento, o a su competencia misma para pronunciarse en caso de estimación de tal recurso²⁷. Y es que, en efecto, todos esos problemas parece que habrían quedado descartados de un plumazo de llegar a considerar contraria a Derecho Comunitario la previsión misma de recursos internos contra las remisiones prejudiciales.

* * *

En *Cartesio*, sin embargo, el TJCE va a dar un golpe de timón, declarando, como vimos al inicio del presente comentario y reproducimos de nuevo, que

«de existir normas de Derecho nacional relativas al recurso de apelación contra una resolución por la que se acuerde una remisión prejudicial, que se caractericen por la circunstancia de que el asunto principal sigue pendiente en su integridad ante el órgano jurisdiccional remitente, siendo objeto de una apelación limitada únicamente la resolución de remisión, el artículo 234 CE, párrafo segundo, debe interpretarse en el sentido de que no puede cuestionarse la competencia que dicha disposición del Tratado confiere a todo órgano jurisdiccional nacional de acordar una remisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por la aplicación de tales normas que permiten al órgano jurisdiccional que conoce de la apelación reformar la resolución por la que se acuerda plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, dejar sin efecto esa remisión prejudicial y ordenar al órgano jurisdiccio-

siva intromisión del TJCE en los sistemas judiciales nacionales, cfr. F. DUMON, *Jurisprudence communautaire. Examen critique des méthodes d'interprétation*, en Cour de Justice des Communautés Européennes-Rencontre judiciaire et universitaire, 27 et 28 septembre 1976, pg. III-147.

²⁷ Resumida por el Abogado General Maduro en su Conclusiones a *Cartesio* en los siguientes términos: «Cuando se interpone un recurso de apelación contra una decisión judicial que incluye una resolución de remisión, en principio el Tribunal de Justicia podrá tramitar la cuestión prejudicial, mientras el órgano jurisdiccional remitente no haya retirado sus cuestiones. El Tribunal de Justicia puede suspender el procedimiento prejudicial hasta que finalice el procedimiento de apelación, si éste tiene efectos suspensivos y si el órgano jurisdiccional remitente lo ha notificado al Tribunal de Justicia: la notificación se considera una solicitud implícita de suspensión del procedimiento prejudicial. Sin embargo, el Tribunal de Justicia proseguirá simplemente con el procedimiento prejudicial si el órgano jurisdiccional remitente así lo ha solicitado expresamente al Tribunal de Justicia, a pesar de los efectos que con arreglo al Derecho nacional pueda tener un recurso de apelación». Bien ilustrativo resulta al respecto el célebre *asunto Simmenthal* (STJCE de 9 de marzo de 1978, 106/77, F. 10), en el que se nos recuerda que, «de conformidad con su práctica constante, este Tribunal de Justicia considera que la petición de decisión prejudicial, presentada en virtud del artículo 177 [actual 234], sigue estando sometida a su jurisdicción hasta que dicha petición no haya sido retirada por el órgano jurisdiccional de la que emana o haya sido anulada, previo recurso, por un órgano jurisdiccional superior».

nal que haya dictado la referida resolución reanudar el procedimiento de Derecho interno que haya sido suspendido».

Ello implica, en mi opinión, un *overruling* de su doctrina, tal y como se desprende de una detenida lectura de las Conclusiones del Abogado General Maduro, y de las del Abogado General Jean-Pierre Warner en *Rheinmühlen*.

En efecto, sostiene Maduro que

«la cuestión crucial es si las normas procesales nacionales pueden obligar a los tribunales inferiores a suspender o incluso a retirar una petición de decisión prejudicial cuando se ha interpuesto un recurso contra una resolución de remisión. De hecho, esta cuestión fue examinada por el Abogado General Warner en sus conclusiones en los asuntos que dieron lugar a las sentencias *Rheinmühlen I* y *Rheinmühlen II* –y estoy tentado a remitirme simplemente a dichas conclusiones, en las que sostuve que el Derecho comunitario no puede poner ningún obstáculo a la potestad de los órganos judiciales inferiores de cualquier Estado miembro de la Unión Europea de plantear cuestiones a este Tribunal. Ni siquiera intentaré emular la fuerza y la claridad con las que expresó los argumentos que le llevaron a esta conclusión. En lugar de ello, me limitaré a expresar mi acuerdo con sus conclusiones y a hacer algunos comentarios adicionales».

Y concluye:

«El artículo 234 CE se opone a la aplicación de una normativa nacional en virtud de la cual los tribunales nacionales pueden estar obligados a suspender o retirar una petición de decisión prejudicial».

Por su parte, el Abogado General Warner, en sus Conclusiones comunes a los *asuntos Rheinmühlen*, sostuvo que

«el punto de vista que propongo adoptar a este Tribunal implica necesariamente mantener que el Derecho nacional no puede establecer efectivamente el derecho de apelación contra una resolución de un órgano jurisdiccional inferior por la que se somete una cuestión a este Tribunal de Justicia».

Y concluyó:

«El párrafo segundo del artículo 177 [actual 234] confiere a un órgano jurisdiccional cuyas resoluciones son susceptibles de recurso con arreglo al Derecho nacional, una facultad discrecional que se puede ejercer en todas las fases del procedimiento ante el mismo y que no puede ser limitada por ninguna norma o disposición de Derecho nacional».

Si se asume, como ha hecho la doctrina²⁸, que el TJCE no llegó tan lejos en *Rheinmühlen* como proponía Warner, admitiendo expresamente, como vi-

²⁸ Por ejemplo, TC HARTLEY, op. cit., pg. 292, o J. USHER, op. cit., pgs. 782-783.

mos, «las vías de recurso normales previstas por el Derecho nacional», y si se asume asimismo, como parece que debe hacerse, que en *Cartesio* el TJCE descarta esas mismas vías internas de recurso en los términos especificados en su fallo, parece evidente que estamos ante un *overruling* de *Rheinmühlen*, por mucho que el TJCE parezca presentar su doctrina en términos de continuidad. Ahora bien, ¿hasta dónde hay que entender que llega dicho *overruling*?

* * *

La primera puntualización (o aclaración, si se prefiere) de *Cartesio* ha venido de la mano, muy poco tiempo después, del *asunto Nationale Loterij*, resuelto por Auto del TJCE (Sala Segunda) de 24 de marzo de 2009 (C-525/06).

Los hechos eran los siguientes: un tribunal belga²⁹ decide plantear una serie de cuestiones prejudiciales al TJCE, relativas a la compatibilidad con el artículo 49 TCE (libre prestación de servicios) del monopolio reconocido por el ordenamiento belga a Nationale Loterij para la organización de la lotería pública. El proceso, concretamente, enfrentaba a Nationale Loterij con otra empresa, Customer Service Agency BVBA, solicitando aquélla, por un lado, una declaración en el sentido de que las actividades de ésta, consistentes en reclutar personas para participar en un tipo de lotería organizada a escala europea (los Euro Millones), constituían una infracción de las buenas prácticas comerciales y del monopolio a favor de Nationale Loterij en lo concerniente a la organización de loterías públicas; y, por otro lado, una orden de cese inmediato de tales actividades.

Impugnada en apelación por Nationale Loterij la remisión prejudicial, el Tribunal de Amberes estimó el recurso y, decidiendo sobre el fondo, ordenó a Customer Service Agency BVBA poner fin de inmediato a sus referidas actividades bajo riesgo, de lo contrario, de sufrir la imposición de una multa de 5.000 euros por infracción de la legislación nacional aplicable.

Si se tiene en cuenta que la sentencia del Tribunal de Amberes es de 8 de noviembre de 2007, sorprende desde luego que el TJCE tardara casi año y medio desde la misma en dictar un Auto por el que, como veremos, declara no haber lugar a responder a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Hasselt el 15 de diciembre de 2006. Sorpresa que, no obstante, disminuye en intensidad al advertir que, con anterioridad a esta última (el 5 de mayo de 2006), el Szegedi Ítéltábla húngaro se había dirigido a Luxemburgo planteando las cuestiones prejudiciales que darían lugar a la sentencia *Cartesio*: puesto que en ambos casos el TJCE se enfrentaba al problema de recursos internos interpuestos contra planteamientos de cuestiones prejudiciales *ex* artículo 234 TCE, parece evidente que consideró prioritario resolver las cuestiones suscitadas por el sistema procesal húngaro y, a partir

²⁹ DE HASSELT (que, por cierto, fue elegida en 2007 por Testaankoop, la revista de los consumidores de Bélgica y miembro de Euroconsumers, como la ciudad belga con el nivel más elevado de vida).

de ahí, abordar el problema planteado por el sistema procesal belga (incluido en el problema la imposibilidad, a la luz del Derecho belga, de una retirada por el juez remitente de las cuestiones prejudiciales planteadas al TJCE...).

* * *

Aclarado lo anterior, parecería, en principio, que el sistema belga, al igual que el húngaro, resultaría incompatible con la *doctrina Cartesio*, en la medida en que admitiría, también, la interposición de recursos contra los autos de planteamiento de cuestiones prejudiciales; recursos que, de ser estimados, conducirían a una corrección de la decisión de activar la cuestión prejudicial adoptada por el juez *a quo*.

El TJCE, sin embargo, no lo consideró así, sobre la base de la siguiente puntualización (o aclaración) de *Cartesio*.

En *Cartesio*, el TJCE, tras recordar su *doctrina Rheinmühlen* en el sentido de que «en relación con un órgano jurisdiccional cuyas decisiones pueden ser objeto de un recurso judicial de Derecho interno, el artículo 234 CE no se opone a que las resoluciones de tal órgano jurisdiccional, en méritos de las cuales se somete una cuestión al TJCE para que se pronuncie con carácter prejudicial, estén sujetas a los recursos normales establecidos en el Derecho nacional», y de que, ello no obstante, «en aras de la claridad y de la seguridad jurídica, el TJCE debe atenerse a la resolución de remisión, la cual debe producir sus efectos mientras no haya sido revocada»³⁰, sostuvo más adelante³¹ que

«en caso de aplicación de normas de Derecho nacional relativas al recurso de apelación contra una resolución que acuerde una remisión prejudicial, caracterizadas por el hecho de que la integridad del asunto principal sigue sustanciándose ante el órgano jurisdiccional remitente, por ser únicamente la resolución de remisión objeto de una apelación limitada, la competencia autónoma de acudir ante el Tribunal de Justicia que el artículo 234 CE confiere al primer juez se pondría en tela de juicio si, al reformar la resolución en la que se acuerde la remisión prejudicial, revocarla y ordenar al órgano jurisdiccional que hubiera dictado esa resolución proseguir el procedimiento suspendido, el órgano jurisdiccional de apelación pudiera impedir al órgano jurisdiccional remitente ejercer la facultad que le confiere el Tratado CE de plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia».

Hay, en mi opinión, una contradicción entre ambos fundamentos jurídicos³²: primero se nos dice que caben los recursos internos contra los autos

³⁰ F. 89.

³¹ F. 95.

³² Descartada una aproximación del TJCE al problema en términos de una supuesta «anormalidad» del sistema húngaro de recursos separados contra las remisiones prejudiciales. «La cuestión crucial», sostuvo el Abogado General Maduro, era, simple y llanamente, «si las normas procesales nacionales pueden obligar a los tribunales inferiores a

prejudiciales, pese a lo cual el TJCE sigue considerándose competente mientras éstos «no sean revocados»; sin embargo, se nos dice después que es incompatible con el artículo 234 un recurso interno a resultados del cual pueda «revocarse» la remisión prejudicial...

En todo caso, tal doctrina, según el TJCE, no sería aplicable al *asunto Nationale Loterij*, habida cuenta, y aquí estaría la puntualización trascendental, de que el juez *a quo* (el Tribunal de Hasselt) habría dejado de ser competente, como consecuencia de la resolución del fondo mismo del litigio por el juez *ad quem* (el Tribunal de Amberes).

Se encuentra entonces el TJCE con un segundo escollo, a la luz de su jurisprudencia según la cual la retirada de la cuestión prejudicial correspondería exclusivamente al juez remitente³³, dado que el sistema belga, parece, no permitiría a éste retirar la cuestión una vez planteada; escollo que salva sobre la base de la constatación de la extinción del litigio, sin el cual desaparece una de las condiciones imprescindibles para pronunciarse prejudicialmente:

*«aun a falta de revocación de la petición de decisión prejudicial por el órgano jurisdiccional remitente, al cual incumbe, en principio, extraer las consecuencias de una sentencia dictada en un recurso de apelación contra la resolución por la que se acuerde plantear la cuestión prejudicial y, en particular, llegar a la conclusión de que debe ya mantener su petición de decisión prejudicial, ya modificarla ya renunciar a ella [...], en el presente caso, procede declarar que no ha lugar a responder a la citada cuestión» (pues «hay que reconocer que ya el litigio no está pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente»)*³⁴.

* * *

Volviendo sobre *Cartesio*, leído a la luz de *Nationale Loterij*, creo que seguiríamos estando ante un *overruling*, parcial y extraño, de la *doctrina Rheinmühlen*.

Parcial, por cuanto seguirían admitiéndose recursos internos contra los planteamientos de cuestiones prejudiciales, siempre y cuando el juez *a quo* bien continuara teniendo la decisión última acerca de la pertinencia o no

suspender o incluso a retirar una petición de decisión prejudicial cuando se ha interpuesto un recurso contra una resolución de remisión» (Cdo. 17).

³³ Cfr. K. P. E. LASOK, op. cit, pgs. 104-105.

³⁴ Ya en el *asunto Chanel* (Auto de 16 de junio de 1970, 31/68), el TJCE decidió cancelarlo de su registro, por carecer de objeto, como consecuencia de la pura comunicación de la Secretaría del órgano jurisdiccional remitente informándole acerca del éxito de una apelación interna contra la resolución de dicho órgano remitente. Y es que, en efecto, no parece tener sentido contestar la cuestión prejudicial cuando el proceso ya ha concluido, con independencia de que el propio juez remitente la retire o no formalmente. Es más, de contestar, el TJCE incurriría en incompetencia a la luz del *asunto Pardini* (STJCE de 21 de abril de 1988, 338/85, F. 11: «este Tribunal [de Justicia] no es competente para conocer de una cuestión prejudicial cuando, en el momento en que se dicte la correspondiente resolución de remisión, ya haya concluido el proceso ante el juez nacional»).

de plantear la cuestión prejudicial, bien perdiera la competencia sobre el litigio principal *in totum*, al haber sido éste resuelto por el juez *ad quem* con ocasión del proceso incidental contra el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial.

Extraño, por cuanto resulta difícil imaginar un sistema que, permitiendo el recurso contra un auto de planteamiento de una cuestión prejudicial, desnude al mismo de fuerza alguna al impedir que el juicio del juez *ad quem* pueda imponerse sobre el del juez *a quo*³⁵; como igualmente resulta extraño considerar incompatible con el artículo 234 una imposición al respecto por el juez *ad quem*, y considerar, sin embargo, compatible con el mismo un sistema *sui generis* que permita al juez *ad quem* desautorizar por completo al juez *a quo*, resolviendo sobre la cuestión de fondo (y no otra cosa hizo el Tribunal de Amberes, por mucho que el TJCE se esforzara, de manera incoherente, por presentar el asunto bajo el prisma de un impecable respeto por aquél de la decisión del Tribunal de Hasselt de dirigirse a Luxemburgo: se nos dice primero que el Tribunal de Amberes consideró que el Tribunal de Hasselt planteó «con razón» la cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad de la legislación belga con el artículo 49 TCE, ¡y se nos dice inmediatamente después que aquél, sin embargo, estimó que no era pertinente tal planteamiento al desprenderse «con evidencia» de la jurisprudencia del TJCE que la legislación belga era compatible con el Derecho Comunitario!³⁶).

* * *

Futuras puntualizaciones de *Cartesio* podrían encontrar fundamento en la

³⁵ Y no otra cosa se desprende del F. 93 de *Cartesio*, según el cual: «El artículo 234 CE no se opone a que las resoluciones de ese órgano jurisdiccional que plantea una cuestión al Tribunal de Justicia para que resuelva con carácter prejudicial estén sujetas a los recursos normales previstos en el Derecho nacional. Sin embargo, el resultado de tal recurso no puede restringir la competencia que confiere el artículo 234 CE a dicho órgano jurisdiccional para acudir ante el Tribunal de Justicia si considera que un asunto del que conoce plantea cuestiones relativas a la interpretación de disposiciones de Derecho comunitario que requieren una decisión del Tribunal de Justicia».

³⁶ Y es que la lectura de la sentencia del Tribunal de Amberes, no lleva precisamente a presentar la visión de éste respecto de la cuestión prejudicial planteada, y después ante él impugnada, en los términos en que es presentada por el TJCE. En efecto, el Tribunal de Amberes en ningún momento hace referencia a las bondades de la cuestión prejudicial, sino que se limita a constatar que Customer Service Agency (ésta sí, y no el Tribunal de Hasselt) actuó «con razón» al solicitar el examen de la legislación belga a la luz del Tratado comunitario... Es más, se muestra particularmente ácido con el Tribunal remite al abordar la manera en que éste redactó la cuestión prejudicial: «mientras que el juez de primera instancia asume (“a sabiendas de que”) que la Lotería Nacional hace publicidad “con el resultado de que, en realidad, se aviva la afición al juego”, que se deja guiar por un objetivo de “maximización del volumen de negocios (motivación financiera) en lugar de guiarse por la canalización del deseo de jugar innato al ciudadano”, y que “medidas menos restrictivas, tales como la limitación de las posibilidades de apuesta y de obtención de ganancias, pueden encauzar mejor el objetivo perseguido, a saber, canalizar el deseo innato de jugar”, el Tribunal constata que no le ha sido presentado elemento alguno que venga a sostener tal “ciencia”». Sorprende, por otro lado, que el TJCE no

siguiente consideración: en la medida en que el TJCE en ningún momento deja entrever que estemos ante un *ouerruling*, y, es más, en la medida en que trae a colación precisamente el *asunto Rheinmühlen* en apoyo de su argumentación, habría que descartar una interpretación de *Cartesio* en términos absolutos.

Con otras palabras: resulta difícil imaginar, a la luz de los aires de continuidad que parecen presidir *Cartesio*, que el TJCE haya pretendido vaciar prácticamente de contenido la autonomía procesal de los Estados miembros en todo lo concerniente a la cuestión prejudicial comunitaria.

Una lectura de *Cartesio* en dirección contraria a la aquí propuesta conduciría, por ejemplo, a reputar incompatible con el Derecho Comunitario un recurso interno que desembocara en la anulación de una cuestión prejudicial por haber sido planteada sin respetar la audiencia a las partes³⁷, o sobre la base de hechos asumidos como ciertos vulnerando las reglas probatorias³⁸, o como consecuencia de una incorrecta composición del tribunal remitente³⁹ o la incompetencia misma de éste sobre el litigio principal⁴⁰.

Y no creo que tal resultado pueda encontrar amparo en el espíritu de *Cartesio*, el cual debe entenderse limitado a considerar incompatible con el artículo 234 intromisiones estrictamente referidas a la pertinencia o no, a la necesidad o no, de entablar un diálogo con el juez europeo.

De nuevo con otras palabras: todo lo que vaya más allá de lo que podría considerarse como un riguroso control sobre la pertinencia o necesidad de la cuestión, debería seguir estando en manos de los sistemas judiciales

encuentre «pero» alguno que objetar a la claridad cierta que el Tribunal de Amberes advierte en el alcance de su jurisprudencia, sobre todo si se tiene en cuenta que se apoya exclusivamente en el *asunto Gambelli*, el cual fue objeto de importantes precisiones ulteriores en el *asunto Placanica e.a.*, STCE de 6 de marzo de 2007 (C-338, 359 y 360/04); y, recordemos, la sentencia del Tribunal de Amberes es de 8 de noviembre de 2007...

³⁷ En Dinamarca, donde es posible el recurso separado contra una decisión de plantear (o no) la cuestión prejudicial, se llega, por ejemplo, hasta el extremo de solicitar a las partes la presentación de un borrador de remisión prejudicial (cfr. el Informe danés presentado en el ya citado Coloquio de Helsinki sobre la cuestión prejudicial comunitaria).

³⁸ Adviértase que en el *asunto Nationale Loterij*, el Tribunal de Amberes, como acabamos de ver en la nota 36, revisa la cuestión planteada por el Tribunal de Hasselt porque, entre otros motivos, iba avalada por constataciones fácticas no probadas. Cfr., al respecto, *asunto WWF e.a.*, STJCE de 16 de septiembre de 1999 (C-435/97).

³⁹ Cfr. *asunto Reina*, STJCE de 14 de enero de 1982 (65/81).

⁴⁰ Cfr. *asunto Radlberger*, STJCE de 14 de diciembre de 2004 (C-309/02). Asunto este, por cierto, en el que el TJCE, tras recordar que «en atención al reparto de funciones entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, no incumbe a aquél verificar si la resolución por la que se le sometió el asunto fue adoptada de acuerdo con las normas procesales y de organización judicial del Derecho nacional» (F. 26), declaró expresamente, trayendo a colación el recién citado *asunto Reina*, que debía «atenerse a la resolución de remisión dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, siempre que no haya sido anulada en el marco de un recurso previsto, en su caso, por el Derecho nacional».

nacionales. A ello respondería precisamente el recordatorio del TJCE⁴¹ en el sentido de que

«la remisión prejudicial se basa en un diálogo entre jueces cuya iniciativa depende en su totalidad de la apreciación que el órgano jurisdiccional nacional haga de la pertinencia y la necesidad de dicha remisión»,

y de que⁴²

«de conformidad con el artículo 234 CE, en principio, la apreciación de la pertinencia y la necesidad de la cuestión prejudicial es responsabilidad única del órgano jurisdiccional que acuerda la remisión prejudicial»⁴³.

* * *

Unas últimas reflexiones antes de finalizar.

La primera se refiere a la ubicación misma de *Cartesio* en el arsenal de «remedies» que el TJCE ha ido configurando para potenciar al máximo las bondades en su caso ofrecidas al ciudadano por el ordenamiento jurídico comunitario.

Obvio es que no me estoy refiriendo a derecho alguno del justiciable a que su asunto llegue a Luxemburgo sin obstáculos interpuestos por órganos jurisdiccionales superiores. El TJCE deja bien claro que *Cartesio* debe leerse desde la estricta perspectiva de la cooperación judicial; o lo que es igual, desde la estricta perspectiva de las facultades que el artículo 234 reconoce a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones sean susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno, dejando a un lado (es más, excluyendo) cualquier lectura en clave de derecho de los justiciables a una intervención del TJCE:

«el sistema instaurado por el artículo 234 CE, con miras a garantizar la unidad de la interpretación del Derecho comunitario en los Estados miembros, establece una cooperación directa entre el TJCE y los órga-

⁴¹ F. 91.

⁴² F. 96.

⁴³ «Sin perjuicio», añade, «de la comprobación limitada que realiza el Tribunal de Justicia con arreglo a la jurisprudencia recordada en el apartado 67 de la presente sentencia» (en el que declaró: «Según reiterada jurisprudencia, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho comunitario planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial formulada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera eficaz a las cuestiones planteadas»).

nos jurisdiccionales nacionales conforme a un procedimiento ajeno a toda iniciativa de las partes»⁴⁴.

Ello no significa, sin embargo, que *Cartesio* resulte ajeno a un reforzamiento de la posición de los justiciables de cara a hacer efectivos los derechos que pudiera reconocerles el ordenamiento jurídico comunitario.

En efecto, no hay que olvidar que, aun entrando en su caso en juego la *doctrina Cartesio*, las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales nacionales a los que ésta se refiere, habiendo mediado en su caso cuestión prejudicial, serían susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno. Es decir, la última palabra al respecto, aun habiéndose impedido, en su caso, su intervención a los efectos de controlar el planteamiento de la cuestión prejudicial por el tribunal inferior en aplicación de la *doctrina Cartesio*, la tendría el tribunal superior...

Y si bien es obvio que *Cartesio* no pretende alterar la arquitectura judicial interna hasta el punto de impedir revisiones de decisiones judiciales internas fundamentadas en respuestas del TJCE a las cuestiones planteadas por los jueces y tribunales inferiores, no lo es menos que sí puede llegar a incidir de manera importante en la cobertura que tales respuestas pueda ofrecer al justiciable, vía responsabilidad patrimonial (que sí es un *remedy*), en el caso de que dichas revisiones resulten improcedentes.

Con otras palabras una vez más: expedita la vía prejudicial en aplicación de la *doctrina Cartesio*, una ulterior censura por un tribunal nacional superior del pronunciamiento del TJCE, por hipótesis correctamente asumido por el tribunal nacional inferior, podría situarnos, *per se*, ante una «violación suficientemente caracterizada» del Derecho Comunitario susceptible de desembocar en responsabilidad patrimonial del Estado frente al justiciable.

Así, recordemos que, a los efectos de calificar una violación como «suficientemente caracterizada», el juez nacional puede tener que considerar, entre otros elementos,

«el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario» (*asunto Brasserie du Pêcheur & Factortame*⁴⁵, F. 56).

Ello, sin embargo, no debe hacer olvidar que

⁴⁴ F. 90, trayendo a colación el *asunto Kempter* resuelto por STJCE de 12 de febrero de 2008 (C-2/06).

⁴⁵ STJCE de 5 de marzo de 1996 (C-46 y 48/93).

«en cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del TJCE en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido» (*asunto Brasserie du Pêcheur & Factortame*, F. 57).

O, dicho de manera más escueta en el marco específico de las violaciones del Derecho Comunitario por las judicaturas nacionales,

«en todo caso, una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada cuando la resolución [judicial] de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del TJCE en la materia» (*asunto Köbler*⁴⁶).

Y parece claro que las posibilidades de incurrir en una violación suficientemente caracterizada se acentúan (esto es, se deslizan del terreno del indicio al de la certidumbre) en un contexto en el que un tribunal nacional se aparta de la doctrina sentada por el TJCE, vía prejudicial, en el marco precisamente del proceso posteriormente sometido a revisión de dicho tribunal⁴⁷.

* * *

La segunda y última reflexión se refiere al papel de la cuestión prejudicial en el sistema mismo de justicia comunitaria.

⁴⁶ STJCE de 30 de septiembre de 2003 (C-224/01), F. 55.

⁴⁷ Y lo dicho vale, asimismo y dicho sea de paso, en relación con el respaldo que tal comportamiento supondría para la Comisión a los efectos de activar un proceso por incumplimiento *ex* artículo 226 TCE, en un momento en el que tales activaciones, en el contexto de infracciones de origen judicial, parecen haber comenzado a despertar tras un muy prolongado letargo. Cfr., sin ir más lejos, el proceso por incumplimiento incoado por la Comisión contra España el 15 de abril de 2008 (DO 5.7.2008 C 171/17), por haber incumplido ciertas obligaciones derivadas de la Sexta Directiva sobre el IVA (*asunto C-154/08*). Concretamente, por haber considerado el Tribunal Supremo, en una sentencia dictada en el marco de una casación en interés de ley, que los registradores de la propiedad quedaban exentos del IVA en relación con las operaciones de liquidación y recaudación de determinados impuestos. Según la Comisión, «en el presente caso concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad del Reino de España por el incumplimiento derivado de la interpretación del Derecho comunitario no conforme con su espíritu ni finalidad ni con la jurisprudencia emanada del TJCE. En primer lugar, el rango del Tribunal Supremo como órgano judicial superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. En segundo lugar, la relevancia y repercusión de la resolución, en principio, contraria a la interpretación consagrada por el TJCE, y que propició un giro absoluto en la jurisprudencia de los órganos inferiores y la práctica de la Administración española hasta entonces, dado su carácter vinculante. En tercer lugar, la producción de efectos perjudiciales en el sector del IVA que puede afectar a los recursos propios de la Comunidad. En consecuencia, la Administración española no puede ampararse en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo para justificar el incumplimiento del derecho comunitario».

Según acabamos de señalar, el TJCE aborda en *Cartesio* la naturaleza de la cuestión prejudicial desde la perspectiva no tanto del acceso del justiciable a Luxemburgo, como del diálogo, lo más abierto posible, entre jueces.

Pues bien, sucede que el excesivo hincapié en este último aspecto en detrimento de aquél, puede conducir a incoherencias en el seno de la propia jurisprudencia comunitaria, e incluso debilitar internamente, en el contexto de los ordenamientos jurídicos nacionales, el rol de «verdadera piedra angular» del funcionamiento del mercado interior que el TJCE atribuye a la cuestión prejudicial^{48 y 49}.

En efecto, y comenzando por la propia jurisprudencia comunitaria, un exagerado énfasis en la vertiente de la cooperación entre jueces, marginando a los justiciables hasta el punto de catalogar a la cuestión prejudicial, según hemos visto, como «un procedimiento ajeno a toda iniciativa de las partes», casa mal con la visión del TJCE de aquélla como cláusula de cierre del sistema de protección dispensado por el ordenamiento jurídico comunitario al individuo frente al poder público europeo.

Así, conviene recordar que las lagunas de dicho sistema en relación con la impugnación directa de disposiciones comunitarias de carácter general, al negarse la legitimación al respecto a los particulares, fueron colmadas por

⁴⁸ «Puesto que resulta fundamental para garantizar el carácter comunitario del Derecho instituido por los Tratados y para garantizar en toda circunstancia a ese Derecho el mismo efecto en todos los Estados miembros de la Unión» (*Informe del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea* –mayo de 1995–, con vistas a la reforma de Ámsterdam).

⁴⁹ Y ello a pesar de que dicho hincapié, conviene advertirlo, tenga lugar en contextos en los que el TJCE lo que pretende es precisamente reforzar de manera indirecta la posibilidad de acceso de los justiciables a Luxemburgo, subrayando en el *asunto Kempster* que las exigencias que para el juez nacional derivan del artículo 234 TCE no presuponen que el demandante en el litigio principal haya invocado el Derecho Comunitario, y rechazando en *Cartesio*, en los términos vistos, la posibilidad de recursos internos contra el planteamiento de cuestiones prejudiciales.

Como bien ha recordado recientemente el Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo en sus ya citadas Conclusiones en el *asunto Roda Golf* (pendiente de resolución), en un contexto, asimismo, de reforzamiento del acceso de los justiciables a Luxemburgo (concretamente, de interpretación restrictiva de las limitaciones al diálogo judicial instauradas en el artículo 68 TCE): «El acceso a la justicia constituye un pilar esencial de la cultura jurídica occidental. “To no one will we sell, to no one will we deny or delay right or justice”, rezaba la Magna Carta en 1215, reflejando un axioma que ha permanecido vigente en Europa, hasta aparecer en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Así pues, entre los principios generales del derecho comunitario figura el derecho a la tutela judicial efectiva, a través del cual se estructura el acceso. En algunos Estados miembros, como Alemania y España, la configuración de este derecho fundamental incluye también el cauce prejudicial del artículo 234 CE. Este reenvío se manifiesta doblemente crucial en la salvaguarda de las garantías procesales del individuo, tanto en su dimensión comunitaria como en la nacional» (Cdo. 29).

el TJCE reconociendo a la cuestión prejudicial un papel estelar entre las herramientas indirectas de defensa⁵⁰.

Es más, tal discurso trascendió del propio ordenamiento jurídico comunitario, al hacerlo suyo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los efectos de respaldar su tesis de la «protección equivalente», esto es, a los efectos de depositar un amplio margen de confianza en un sistema como el comunitario, que operaría de manera «comparable» a cómo opera el sistema de garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵¹.

El debilitamiento, por tanto, de la aproximación a la cuestión prejudicial en cuanto mecanismo al servicio del justiciable para evitar su desprotección ante las disposiciones de carácter general, podría tener nocivas consecuen-

⁵⁰ En el asunto *U.P.A. v. Consejo*, de 25 de julio de 2002 (C-50/00 P), el TJCE tras sostener que «ninguna persona física o jurídica puede, en modo alguno, estar legitimada para interponer un recurso de anulación contra un reglamento» (salvo que éste pudiera «afectar individualmente a determinadas personas físicas o jurídicas y, por tanto, revestir frente a éstas el carácter de una decisión»), declaró: «El Tratado, mediante sus artículos 173 y 184 (actualmente artículos 230 y 241 CE), por una parte, y mediante su artículo 177 (actual 234), por otra, ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a garantizar el control de la legalidad de los actos de las instituciones, confiando dicho control al juez comunitario [...] En dicho sistema, las personas físicas o jurídicas que, debido a los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 173 (actual 230), párrafo cuarto, del Tratado, no puedan impugnar directamente actos comunitarios de alcance general, tienen la posibilidad, según los casos, de invocar la invalidez de tales actos bien de manera incidental ante el juez comunitario, en virtud del artículo 184 del Tratado (actual 241), bien ante los órganos jurisdiccionales nacionales, e instar a estos órganos, que no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de tales actos (véase la sentencia de 22 de octubre de 1987, 314/85, Foto-Frost), a que soliciten un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre este extremo por medio de la cuestión prejudicial». Ello teniendo en cuenta, además, que los jueces nacionales, a quienes se encarga, a través de la vía indirecta de la cuestión prejudicial, velar por las exigencias de la tutela judicial efectiva, deben ejercer tal función forzando, llegado el caso, la lectura de su legislación procesal hasta el límite «de lo imposible». Cfr. al respecto D. SARMIENTO, *El poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Thomson-Civitas, 2004, pgs. 131 y ss.

⁵¹ Cfr. asunto *Bosphorus v. Irlanda*, de 30 de junio de 2005, en el que TEDH sostuvo que «la efectividad de las garantías sustantivas de los derechos fundamentales [progresivamente asumidas –recuerda y argumenta el TEDH– por la Comunidad Europea y que sustentarían *ab initio* la asunción del principio de equivalencia a los efectos de descartar el control indirecto sobre la actividad comunitaria –a través del control directo de la actividad nacional de desarrollo– por parte de Estrasburgo], depende de los mecanismos de control previstos para asegurar la observancia de dichos derechos» (F. 160). Y a este respecto, el hecho de que las mencionadas insuficiencias que presenta el sistema comunitario de acceso directo de los particulares a Luxemburgo resultaran en gran medida compensadas por la potenciación de las vías indirectas de control representadas por la excepción de ilegalidad y, sobre todo, de la cuestión prejudicial (en el citado asunto *U.P.A. v. Consejo*), fue expresamente traído a colación por el Tribunal de Estrasburgo para superar las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva, y considerar la protección dispensada por el sistema jurisdiccional comunitario como equivalente a la dispensada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (cfr. FF. 96-99, y 162-175, en especial, 164).

cias no ya en la coherencia de la doctrina del TJCE, sino en la deferencia otorgada al sistema jurisdiccional comunitario por el sistema de garantías de Estrasburgo.

Por lo demás, ¿hay que entender que la «soberanía» del juez respecto de su decisión de plantear la cuestión prejudicial, sobre la que el TJCE tanto insiste en *Cartesio*⁵², debe tener su reflejo en las decisiones de no activar el mecanismo prejudicial⁵³?

A las partes les quedaría en todo caso el consuelo de poder recurrir la resolución definitiva, intentando forzar ante el órgano jurisdiccional revisor el planteamiento de la cuestión prejudicial soslayada... Pero, ¿y si el órgano jurisdiccional revisor, cuyas decisiones, por hipótesis, no sean a su vez susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno, soslaya asimismo la cuestión prejudicial?

Algunos ordenamientos jurídicos nacionales han abierto vías para remediar tales situaciones, a través de la vinculación de la cuestión prejudicial con el derecho fundamental al juez legal o predeterminado por la ley⁵⁴. Tal ha

⁵² Cuyo F. 91 subraya, recordemos, que «la remisión prejudicial se basa en un diálogo entre jueces cuya iniciativa descansa en su totalidad sobre la apreciación que el órgano jurisdiccional nacional haga de la pertinencia y la necesidad de dicha remisión». Conviene, sin embargo, no olvidar que, aun tratándose de órganos jurisdiccionales cuyas decisiones son susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno, su «amplísima facultad» de plantear la cuestión prejudicial (*asunto Rheinmühlen I*) se convierte en obligación en un contexto de alteración de la doctrina del TJCE o de declaración de invalidez de actividad comunitaria (reforzada esta última por el *asunto Gaston Schul*, STJCE de 6 de diciembre de 2005, C-461/03).

⁵³ Según JIMENO BULNES, «si partimos de la base de que la decisión judicial [de efectuar el reenvío prejudicial] es inatacable [...], la misma solución habría de adoptarse en sentido negativo [i.e., considerar inatacable la decisión de no reenviar]» (op. cit., pg. 420). O'KEEFE, por el contrario, no ve problema alguno si el tribunal revisor decide, en el marco del recurso ante él interpuesto, plantear él mismo la cuestión prejudicial; sin embargo, considera contrario al artículo 234 un planteamiento de la cuestión prejudicial por el tribunal inferior por imposición del tribunal superior al estimar el recurso (op. cit. pg. 103). En cuanto al sistema húngaro enjuiciado por el TJCE en *Cartesio*, adviértase que admitía el recurso contra las remisiones prejudiciales decididas en primera instancia, pero no contra los autos de desestimación de una solicitud de remisión, los cuales, en cambio, sí que podían ser recurridos en caso de haberse dictado en la segunda instancia de un procedimiento (cfr. artículos 155/A y 249/A de la Ley de Procedimiento Civil).

⁵⁴ Desde el reverso de la moneda, no hay que olvidar que otra de las vertientes del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Según las estadísticas del TJCE, el promedio de las cuestiones prejudiciales rondaba, en 2008 (cfr. su Informe Anual correspondiente), los 16.8 meses (habiéndose reducido progresivamente su duración en los siguientes términos: 23.5 meses en 2004, 20.4 en 2005, 19.8 en 2006, 19.3 en 2007, y 16.8 en 2008). No fue el caso, desde luego, del propio *asunto Cartesio*, que superó los 30 meses...

sido el caso, por ejemplo, de los ordenamientos alemán⁵⁵ y austríaco⁵⁶, así como, con aires más tímidos y confusos, del español⁵⁷.

Parece, sin embargo, que un discurso desde el propio escalón europeo tendente a debilitar, como hemos venido viendo, la conexión entre la cuestión prejudicial y los justiciables, podría provocar, en cadena, un debilitamiento de la referida vinculación interna entre aquélla y el derecho a la tutela judicial efectiva, redundando, en última instancia, en perjuicio de la efectiva aplicación del Derecho Comunitario en el ámbito interno...

⁵⁵ Cfr. artículo 101 (1) GG y la decisión del *Bundesverfassungsgericht* de 9 de enero de 2001 (1 BvR 1036/99). Al respecto, F. ARNDT, *The German Federal Constitutional Court at the Intersection of National and European Law: Two Recent Decisions*, German Law Journal, 2001, núm. 11; C.D. CLASSEN, *German Bundesverfassungsgericht: Medical Training, Decision of 9 January 2001*, Common Market Law Review, 2002, núm. 3.

⁵⁶ Al poco tiempo del ingreso de Austria en la Unión Europea: cfr. artículo 83 (2) B-VG y decisión del *Verfassungsgerichtshof* de 11 de diciembre de 1995 (VfSlg. 14.390). Advier-tase que la doctrina del Tribunal Constitucional austríaco, a diferencia del alemán, no exige la arbitrariedad como elemento determinante para identificar la violación del artículo 234 TCE con una vulneración del derecho al juez legal plasmado en el referido artículo 83 (2) de la Constitución austríaca: cfr. T. MARKTLER, *The European Court of Justice as a Lawful Judge*, International Constitutional Law Online Journal, 2008, núm. 4, pgs. 297 y ss.

Sobre la posición de los Tribunales Constitucionales de los nuevos Estados miembros, cfr. la decisión del Tribunal Constitucional checo (*Ústavní Soud*) de 30 de junio de 2008 (IV. ÚS 154/08) (al respecto, M. NAVRÁTILOVÁ, *The Preliminary Ruling Before the Constitutional Courts*, International Conference «Days of Law», Masaryk University, 4-5 november 2008, Acta Universitatis Brunensis Iuridica no 337, pgs. 695 y ss.).

⁵⁷ Cfr. artículo 24 CE y SSTC 58/2004, de 19 de abril, y 194/2006, de 19 de junio. Al respecto, J. M. BAÑO LEÓN, *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2004, núm. 18; A. SÁNCHEZ LEGIDO, *El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)*, Derecho Privado y Constitución, 2004, núm. 18; J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *El recurso a la prejudicial (234 TCE) como cuestión de amparo (a propósito de la STC 58/2004)*, Revista Española de Derecho Europeo, 2004, núm. 11; P. J. MARTÍN RODRÍGUEZ, *La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho Comunitario (a propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego)*, Revista Española de Derecho Constitucional, 2004, núm. 72; R. ALONSO GARCÍA, *Spanish Constitutional Court. Judgment 58/2004, of 19 April 2004*, Common Market Law Review, 2005, núm. 2.