

# 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)

ISAAC MARTÍN DELGADO

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Director del Centro de Estudios Europeos «Luis Ortega Álvarez». Universidad de Castilla-La Mancha

Revista Española de Derecho Europeo 69  
Enero – Marzo 2019  
Págs. 119–158

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL (IN)CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN POR PARTE DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES. III. LA SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 2018 (PRV 2018, 259511): EL CIERRE DEL CÍRCULO. 1. *Los hechos del caso*. 2. *La posición del abogado general*. 3. *La sentencia del tribunal de justicia*. 4. *Algunas reflexiones a modo de breve comentario*. IV. UNA REFLEXIÓN ADICIONAL: HACIA LA CUADRATURA DEL CÍRCULO. V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

**RESUMEN:** El poder judicial en la Unión Europea, como consecuencia de su arquitectura descentralizada, tiene una de sus claves de funcionamiento en la cuestión prejudicial, configurada como mecanismo de colaboración entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales –que también son jueces europeos–. Un mecanismo de uso facultativo que se convierte en obligatorio cuando frente a las resoluciones del juez nacional no cabe ulterior recurso de Derecho interno. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia había ido identificando las condiciones que han de

**ABSTRACT:** Preliminary ruling procedure, understood as a system of cooperation and dialogue between the Court of Justice and national courts –acting as European courts –, is one of the keystones of Judiciary in the European Union. It is an optional mechanism that becomes compulsory where the question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law. The European Court of Justice had been identifying through different judgments some conditions that must be complied by national

respetarse tanto para excepcionar el cumplimiento de la obligación como para entender vulnerada la misma. En su reciente Sentencia de 4 de octubre de 2018 (Asunto C-416/17) 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. En este artículo, tras un somero repaso de las sentencias del Tribunal de Justicia más relevantes sobre el incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial, se analizan los argumentos que ofrece esta sentencia y se presentan algunas posibles consecuencias de la misma.

courts in order to avoid the obligation to bring the matter before Court and even declared in some of them the infringement of EU Law for not doing so. In Case C-416/17, *Commission v France*, the ECJ has given a very important step forward: it has declared that activating infringement actions under article 258 TFEU is a right choice in order to act against single breaches from national courts derived from not to make a reference to the ECJ for a preliminary ruling under article 267 TFEU. This paper, after contextualizing the compliance of the obligation to make preliminary rulings, aims to analyse the arguments proposed by the Court in this judgment and their main consequences.

**PALABRAS CLAVE:** Preliminary reference– Infringement procedure– Judicial dialogue– Enforcement of judgments.

**KEYWORDS:** Cuestión prejudicial– Incumplimiento– Diálogo judicial– Ejecución de sentencias.

Fecha de recepción: 11-1-2019

Fecha de aceptación: 22-1-2019

## I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el sistema jurisdiccional de la Unión Europea tiene como eje fundamental la cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Unión (en adelante, TJUE) y los jueces y tribunales nacionales de los Estados Miembros. Estos últimos son jueces ordinarios en la aplicación del Derecho de la Unión, mientras que aquél es, en última instancia, el garante de la correcta aplicación y de la uniforme interpretación del mismo. El principal instrumento que permite concretar esa cooperación –y el que ha hecho posible algunas de las sentencias más relevantes en la historia de la construcción europea<sup>1</sup>– es la

1. Como señala ALONSO GARCÍA, «[l]a importancia de la cuestión prejudicial en el sistema jurídico de la Unión Europea se refleja, asimismo, en el hecho de que, pese a nacer, sobre el papel, como una vía limitada exclusivamente a la interpretación del Derecho comunitario, excluyéndose así, en principio, cualquier pronunciamiento acerca del Derecho de los Estados miembros, ello no ha impedido que, con el paso de los años, se haya convertido no en una, sino en la primordial vía de control por el Tribunal de Justicia, bien que indirecta, de la compatibilidad de los Derechos nacionales con el de la Unión». ALONSO GARCÍA, R.: «La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea», en BALAGUER CALLEJÓN, F.; ARANA GARCÍA, E. (Coords.): *Libro Homenaje al Profesor Rafael Barranco Vela*, Vol. I, Civitas, Madrid, 2014, p. 401. No en vano, como precisa el mismo autor, «la "piedra angular" de la Comunidad no es, sin más, una "misma norma común", sino una norma "interpretada y aplicada de la misma manera en toda la

llamada cuestión prejudicial, regulada en el art. 267 TFUE como vía para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan plantear dudas que surgen en litigios en tramitación, relevantes para la resolución del asunto de fondo, acerca de la validez de alguna norma de Derecho derivado o de la interpretación del Derecho de la Unión. No en vano, se trata de la vía de acceso al Tribunal que más peso tiene en su actividad jurisdiccional<sup>2</sup>.

El propio precepto regula el planteamiento de la cuestión prejudicial como una facultad del órgano jurisdiccional nacional, que se transforma en obligación cuando sus decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial a nivel interno. Efectivamente, establece que

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

*a) sobre la interpretación de los Tratados;*

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

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

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

El TJUE fue paulatinamente especificando en diferentes sentencias los requisitos que han de darse para la correcta interpretación del tercer párrafo del artículo que acaba de ser reproducido. Singularmente, desde su Sentencia de 6 de octubre de 1982 (Asunto C-283/81, CILFIT), en la que señaló que «esta obligación se inserta en el marco de la colaboración, instituida con

---

extensión de u mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados miembros"», en *El Juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

2. La relevancia cuantitativa de la misma se hace patente cada año en el Informe Anual del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Basta con leer las cifras del Informe correspondiente a 2017 para comprobarlo: de 739 nuevos asuntos iniciados, 533 se corresponden con cuestiones prejudiciales (frente a 46 recursos directos por incumplimiento, tres de los cuales son por inejecución de sentencia); de los 669 asuntos resueltos, 447 fueron procedimientos prejudiciales (frente a 37 recursos por incumplimiento). En torno al 70% de la actividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia está relacionada con la técnica de la cuestión prejudicial. El informe completo está disponible en [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-09/20180421\\_qdaq18001esn\\_pdf.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-09/20180421_qdaq18001esn_pdf.pdf) (Última fecha de consulta: 5/1/2019).

el fin de garantizar la correcta aplicación y la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros, entre los órganos jurisdiccionales nacionales, en su calidad de jueces competentes para la aplicación del Derecho comunitario, y el Tribunal de Justicia (...) [T]rata, 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, en función de las respectivas competencias de los órganos jurisdiccionales nacionales y del Tribunal de Justicia, cuando se suscite una cuestión de interpretación». En este sentido, «los órganos jurisdiccionales a que se refiere el párrafo tercero disponen de la misma facultad de apreciación que cualesquiera otros órganos jurisdiccionales nacionales acerca de si es necesaria una decisión sobre una cuestión de Derecho comunitario para poder emitir su fallo. Aquellos órganos jurisdiccionales no están obligados, por tanto, a remitir una cuestión de interpretación de Derecho comunitario suscitada ante ellos si la cuestión no es pertinente, es decir, en los supuestos en los que dicha cuestión, cualquiera que fuera, no podría tener incidencia alguna en la solución del litigio». Ahora bien, «si dichos órganos estiman que es necesario acudir al Derecho comunitario para llegar a la solución de un litigio del que están conociendo (...) les impone la obligación de someter al Tribunal de Justicia toda cuestión de interpretación que se suscite», salvo en dos supuestos: cuando el Tribunal de Justicia ya hubiera resuelto la cuestión de Derecho de que se trata y cuando la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable sobre la solución a la cuestión suscitada, para lo cual el órgano judicial debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros y al propio Tribunal de Justicia tras llevar a cabo un análisis de distintos elementos<sup>3</sup>. De este modo, el precepto «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

3. En esencia, comparar las diversas versiones lingüísticas del precepto aplicable, tomar en consideración que el Derecho de la Unión emplea conceptos jurídicos autónomos y situar las disposiciones aplicables en su contexto.

particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad». Aquí radica la finalidad de la misma: evitar interpretaciones divergentes del Derecho de la Unión Europea entre órganos judiciales nacionales; así, a mayor riesgo, menor margen de apreciación para remitir la cuestión, de ahí el sentido de la obligación que el art. 267 impone a los órganos cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso judicial de Derecho interno<sup>4</sup>.

Este es el punto de partida: la cuestión prejudicial constituye un instrumento voluntario de colaboración entre órganos jurisdiccionales nacionales y Tribunal de Justicia de la Unión Europea para garantizar la correcta aplicación del Derecho de la Unión y, en última instancia, evitar el riesgo de interpretaciones discordantes, que deviene obligatorio cuando aquellos resuelven en última instancia.

En todo caso, el camino estaba por hacer. Si existe obligación de someter la cuestión, el incumplimiento de la misma debía ser considerado infracción del art. 267 TFUE. Efectivamente, surgía la lógica duda de qué ocurre en los casos en los que, ante tal obligación, el órgano jurisdiccional omite el reenvío por negarse abiertamente a cumplir con la misma o por no respetar y justificar la concurrencia de los requisitos para quedar excepcionado de ello.

## II. EL (IN)CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN POR PARTE DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES

El Tribunal de Justicia comenzó entonces un lento pero progresivo recorrido que ha permitido llegar a un hito importante, pero que no es, quizás, el final del camino, como se verá más adelante. Nótese que, en no pocos de los casos que van a exponerse a continuación (que serán solo aquellos que resultan más relevantes a los efectos de este comentario), el asunto del que conoce el Tribunal de Justicia –a través de cuestión prejudicial o por medio de recurso por incumplimiento– ya estaba en su órbita, bien fuera porque había dictado sentencias interpretando el precepto nacional objeto de litigio, bien porque había sido llamado a pronunciarse con anterioridad en el seno del mismo. Ese matiz no es desdeñable.

En su Sentencia de 9 de diciembre de 2003 (TJCE 2003, 406) (Asunto C-129/00, Comisión vs. República italiana) tuvo que pronunciarse, en el contexto de un procedimiento por incumplimiento, sobre la incompatibilidad

4. Para una visión muy crítica de los efectos derivados de esta doctrina del TJUE en relación con los criterios para excepcionar la obligación de remitir cuestión prejudicial, vid. SARMIENTO, D.: «Los *free-lance* del Derecho comunitario: la desfiguración de la doctrina CILFIT», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 95, 2006, pp. 371-438.

de la interpretación de un precepto de una ley nacional –que había sido anteriormente objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia– con el Derecho de la Unión. Partiendo de su doctrina en virtud de la cual cabe declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento y que el alcance de las disposiciones nacionales ha de precisarse teniendo en cuenta la interpretación que hacen de ellas los órganos jurisdiccionales internos, considera que es infracción de las obligaciones que incumben al Estado mantener una interpretación jurisprudencial contraria al Derecho de la Unión. Precisa a este respecto que «no cabe tomar en consideración decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo (si bien) la situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste».

En consecuencia, se abría la posibilidad de que el Estado miembro fuera condenado por incumplimiento del Derecho de la Unión cuando sus órganos jurisdiccionales mantienen interpretaciones contrarias al mismo. Con ello, aunque no exista formalmente jerarquía entre jueces y tribunales nacionales y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quedaba claro que éste puede, en ejercicio de su función de garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión y en el marco de un recurso por incumplimiento, declarar que la forma en que aquellos aplican el Derecho nacional o el propio Derecho de la Unión –contraria a como lo entiende él–, puede suponer incumplir las obligaciones que les incumben en tanto que poder público sometido al mismo. Se introducía de este modo en el sistema una vía de «cooperación por coacción»<sup>5</sup>.

Es más, tal incumplimiento puede habilitar, si se cumplen los requisitos necesarios, la posibilidad de condena por parte de las jurisdicciones nacionales al pago a los particulares afectados de una indemnización por los daños que se hubieran podido derivar de la infracción<sup>6</sup>. Así fue precisado en el marco de una cuestión prejudicial suscitada en un litigio nacional en el que se planteaba una acción de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión derivado de una sentencia de un tribunal contencioso-administrativo

5. La expresión es de SARMIENTO, *Poder Judicial e Integración europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 246 y ss.

6. Tempranamente planteó esta posibilidad, entre otros, GUICHOT REINA, E.: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 545-549.

nacional, la relativa al conocido asunto Köbler (resuelto por Sentencia de 30 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 292), C-224/01). El Tribunal de Justicia reitera la idea de que, del mismo modo en que todo tipo de violación del Derecho de la Unión, cualquiera que sea el poder público que incurre en ella, ha de ser calificado de incumplimiento y permite la activación del mecanismo del 258 TFUE, la responsabilidad por incumplimiento del mismo puede reclamarse ante las jurisdicciones nacionales con independencia del órgano del Estado miembro responsable de la acción u omisión constitutiva de incumplimiento, lo cual incluye al poder judicial. Así ha de ser porque «habida cuenta de la función esencial que desempeña el poder judicial en la protección de los derechos que los particulares deducen de las normas comunitarias, se mermaría la plena eficacia de dichas normas y se reduciría la protección de los derechos que reconocen si los particulares no pudieran obtener una indemnización, en determinadas condiciones, cuando sus derechos resulten lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelva en última instancia»; especialmente en tal caso, por una razón muy sencilla: «[d]ado que una violación de estos derechos por una resolución que ha adquirido firmeza de un órgano jurisdiccional de este tipo normalmente ya no puede ser rectificada, no se puede privar a los particulares de la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado con el fin de obtener por dicha vía una protección jurídica de sus derechos».

Con ello se consolidaba la idea de que los órganos jurisdiccionales nacionales también están sometidos al Derecho de la Unión y, por ello, el Estado debe responder de las consecuencias derivadas de los eventuales incumplimientos cometidos por los mismos a través de las vías que establezca cada ordenamiento nacional<sup>7</sup>, ya no sólo como efecto derivado de tales infracciones (interpretando de ese modo que una resolución judicial singular puede ser relevante a efectos de determinación de la infracción de un Estado), sino también como instrumento de tutela de los derechos de los particulares. Junto con ello, quedaba claro que el Tribunal de Justicia podía emitir juicio sobre el contenido de la decisión adoptada por el juez nacional, con lo que, en tales casos, se introducía un elemento de fuerza que implicaba, siquiera indirectamente, la coacción<sup>8</sup>.

7. Una crítica a la posibilidad de que la actuación de los jueces y tribunales nacionales en ejercicio de su función jurisdiccional de la que se derive incumplimiento del Derecho de la Unión genere la posibilidad de solicitar daños y perjuicios, con reflexiones sobre la doctrina del TJUE en Köbler, puede verse en DOMÉNECH PASCUAL, G.: «El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 199, 2016, pp. 171-212. Su tesis es que resulta más efectivo corregir que compensar.

8. SARMIENTO, *Poder Judicial e Integración europea*, op. cit., p. 250.

En la Sentencia de 12 de noviembre de 2009 (TJCE 2009, 345) (C-154/08, Comisión vs. España), el Tribunal rechazó la alegación por parte del Estado miembro sobre la dificultad de subsanar el incumplimiento imputado por la Comisión por proceder de una sentencia del Tribunal Supremo, y consideró que se había producido el mismo aunque hubiera tenido su origen en una única sentencia dictada por un órgano jurisdiccional nacional. Aunque no entró a valorar la eventual infracción del 267 por no planteamiento de cuestión prejudicial (al entender la Comisión que su recurso no contemplaba tal incumplimiento), por primera vez el TJUE declaraba, en el marco de un procedimiento por incumplimiento, la infracción del Derecho de la Unión como consecuencia de una sentencia judicial.

El paso de considerar incumplimiento la omisión –no estructural– del deber de plantear cuestión prejudicial, si bien se dio en el contexto de una cuestión prejudicial y no de un recurso por incumplimiento, se produjo con la Sentencia de 9 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 368) (C-160/14, Ferreira da Silva e Brito y otros, vs. Estado portugués). Aunque el Tribunal de Justicia parte de la base de que corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional nacional apreciar si se dan algunas de las excepciones enumeradas en CILFIT para no plantear cuestión prejudicial (relevancia, existencia de doctrina del TJUE y acto claro<sup>9</sup>), él también tiene la capacidad para, en función de las circunstancias concretas, comprobar si concurre o no el deber de hacerlo. De este modo, afirmó 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 (...) 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».

Con esta sentencia comenzaba a vislumbrarse claramente un itinerario circular: los jueces y tribunales nacionales, aunque cooperan con el Tribunal de Justicia en la aplicación del Derecho de la Unión Europea, son un poder público nacional sometido al mismo que, precisamente por ello, puede

9. Para un análisis de la doctrina del acto claro del TJUE tras esta sentencia puede verse RUIZ CAIRÓ, E.: «La revisión de la doctrina del acto claro por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Casos X (TJCE 2015, 367) y Ferreira da Silva (TJCE 2015, 368)», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 38, 2016, pp. 255-268. Más en general, sobre las condiciones establecidas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, FRAILE ORTIZ, M.: «Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 7, 2003, pp. 433-466.

incumplir las obligaciones que le incumben en el ejercicio de su función jurisdiccional como consecuencia de la integración de su Estado en la Unión. Una de esas obligaciones es la de plantear cuestión prejudicial cuando se trata de órganos jurisdiccionales frente a cuyas resoluciones no cabe ulterior recurso de Derecho interno; incumplirla, no plantear cuestión prejudicial en un caso concreto cuando las circunstancias imponen el deber de hacerlo, es infringir el Derecho de la Unión<sup>10</sup>.

En todo caso, ello no significa en absoluto que no haya margen alguno para el juez nacional –que, no se olvide, es también juez europeo–. Ha de tenerse muy presente que la cuestión prejudicial «se inserta en el marco de la colaboración, instituida con el fin de garantizar la correcta aplicación y la interpretación uniforme del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros entre los órganos jurisdiccionales nacionales, en su calidad de jueces competentes para la aplicación del Derecho de la Unión, y el Tribunal de Justicia» (Sentencia de 9 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 367), C-72/14 y 197/14, X y van Dijk). Por tanto, como señaló el Tribunal en su Sentencia de 15 de marzo de 2017 (JUR 2017, 113116) (C-3/16, Lucio Cesare Aquino vs. Estado de Bélgica) «en el supuesto de que, conforme a las normas procesales del Estado miembro de que se trate, los motivos invocados ante un órgano jurisdiccional a que se refiere el artículo 267 TFUE párrafo tercero, deban declararse inadmisibles, no habrá lugar a considerar que una petición de decisión prejudicial sea necesaria y pertinente para que dicho órgano jurisdiccional pueda emitir su fallo. En efecto, la justificación de una cuestión prejudicial no es formular cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio». En todo caso, «las normas procesales nacionales no pueden menoscabar la competencia de un órgano jurisdiccional nacional derivada del artículo 267 TFUE ni hacer que dicho órgano eluda las obligaciones que le incumben en virtud de la citada disposición (...); deben cumplirse dos requisitos cumulativos –concretamente, la observancia de los principios de equivalencia y de efectividad– para que un Estado miembro pueda invocar el principio de autonomía procesal en situaciones que se rigen por el Derecho de la Unión». De este modo, concluye que el citado precepto «debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia puede abstenerse de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia cuando un recurso de casación

10. Sobre esta sentencia y sus efectos desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento judicial, vid. COBREROS MENDAZONA, E.: «Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea (y en el reforzamiento de la cuestión prejudicial): la sentencia Ferreira Da Silva», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, 2016, pp. 83-108.

es rechazado por causas de inadmisibilidad propias del procedimiento ante ese órgano jurisdiccional, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad». La autonomía de las normas procedimentales y el margen de apreciación de los órganos jurisdiccionales nacionales no son sino expresiones del doble nivel jurisdiccional en la Unión Europea y de la consideración del Juez nacional como juez europeo.

En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia ha tenido la posibilidad de pronunciarse igualmente sobre la relación entre cuestión prejudicial y cuestión de inconstitucionalidad<sup>11</sup>. En su Sentencia de 20 de diciembre de 2017 (JUR 2018, 5416) (Asunto C-322/16, Global Starnet Ltd) recordó que ambas se encuentran en planos distintos y afirmó que, precisamente por ello, la compatibilidad con la Constitución no implica necesariamente la conformidad con el Derecho de la Unión, aunque los concretos preceptos tengan contenido análogo, por lo que la declaración de conformidad con la Constitución por parte del Tribunal Constitucional de un Estado miembro no exime del planteamiento de la cuestión prejudicial. En consecuencia, «el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial está obligado, en principio, a plantear una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho de la Unión aun cuando, en el marco del mismo procedimiento nacional, el tribunal constitucional del Estado miembro de que se trate haya apreciado la constitucionalidad de las normas nacionales a la luz de normas de referencia de contenido análogo a las del Derecho de la Unión». Lo contrario supondría amenazar la eficacia del Derecho de la Unión y reducir el efecto útil del art. 267.

A modo de recapitulación de este apresurado recordatorio de algunos de los hitos más relevantes de la jurisprudencia europea sobre el tema objeto de comentario, puede señalarse que el Tribunal de Justicia entiende la cuestión prejudicial como un instrumento de cooperación entre él y los órganos jurisdiccionales nacionales por medio del cual puede aportar a éstos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que resulten necesarios para resolver el litigio que se les ha planteado, en cuyo contexto surge la duda. En cierto modo, los tribunales nacionales se transforman en parte de un entramado judicial colaborativo en cuyo epicentro se encuentra el TJUE,

11. Para un análisis sobre este tema, centrado en el caso español, puede verse ALONSO GARCÍA, R.: «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)» en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, 2009, pp. 11-30; y CRUZ VILLALÓN, P.; REQUEJO PAGÉS, J.L.: «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015, pp. 173-194.

en una especie de «delegados en la ejecución del Derecho de la Unión»<sup>12</sup>. Precisamente por ello, y de conformidad con lo previsto en el art. 267 TFUE, lo que en principio es una facultad<sup>13</sup> se transforma en obligación cuando la duda (relevante, razonable y no resuelta aún) surge en pleitos que han de resolver jueces y tribunales frente a cuyas decisiones no cabe ulterior recurso. La regla en ese caso es el recurso a la cuestión prejudicial y la excepción el no plantearla, lo que habrá que justificar sobre la base de una serie de requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia<sup>14</sup>. De este modo, no plantear una cuestión prejudicial constituye incumplimiento de una obligación derivada del Derecho de la Unión por parte de un Estado miembro y, en su caso, habilita para presentar acción de responsabilidad por incumplimiento solicitando indemnización por los daños derivados del mismo.

Este es el camino seguido por el TJUE en la interpretación del citado precepto. Sin embargo, faltaba por dar un paso importante: declararlo expresamente como tal en el contexto de un recurso por incumplimiento<sup>15</sup>.

En su Sentencia de 4 de octubre de 2018 (PRV 2018, 259511)(Asunto C-416/17, Comisión vs. República francesa) el Tribunal ha dado ese paso: abstenerse de plantear cuestión prejudicial cuando existe deber de hacerlo supone incumplir las obligaciones que le incumben al Estado en virtud del art. 267 TFUE y esa omisión puede ser perseguida por la Comisión (y por cualquier Estado miembro) a través del mecanismo del art. 258 TFUE.

12. CRAIG, P.: «The Classics of EU Law Revisited: CILFIT and Foto-Frost», en POIARES MADURO, M; AZOULAI, L (Eds.): *The Past and Future of EU Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 186.

13. Para algunos autores, la dualidad del 267 debería ser superada a favor de la unificación del sistema de remisión prejudicial que pivote en la necesidad de plantear la cuestión con independencia del tipo de órgano jurisdiccional de que se trate. Vid. MORCILLO MORENO, J.: «El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿facultad o deber?», en *Revista de Administración Pública*, núm. 185, 2011, pp. 227-262; y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I.: «La cuestión prejudicial comunitaria: negativa del juez nacional a plantearla ante el TJUE», en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.): *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 293-309.

14. SARMIENTO critica el hecho de que, en la práctica, la realidad es más bien la contraria: las jurisdicciones nacionales han asumido los criterios establecidos en CILFIT como la regla para excepcionar la obligación de plantear cuestión prejudicial, invirtiendo los términos. «Cilfit and Foto-Frost: Constructing and Deconstructing Judicial Authority in Europe», en POIARES MADURO, M; AZOULAI, L (Eds.): *The Past and Future of EU Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 196.

15. Como precisa SARMIENTO, la explicación a esta realidad tenía su causa en la estrategia de la Comisión Europea de no hacer uso del recurso por incumplimiento en relación con la cuestión prejudicial para mantener el funcionamiento del sistema cooperativo, *Poder Judicial e Integración europea*, op. cit., pp. 247-248.

### III. LA SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 2018 (PRV 2018, 259511): EL CIERRE DEL CÍRCULO

La Sentencia de 4 de octubre de 2018 (PRV 2018, 259511) supone el paso final que permite culminar las consecuencias de la doctrina del TJUE sobre el deber de plantear cuestión prejudicial.

El procedimiento por incumplimiento del art. 258, con la garantía adicional del procedimiento por inejecución regulado en el art. 260.2 TFUE<sup>16</sup>, constituye el principal instrumento en manos de la Comisión para ejercer su labor de guardiana de los tratados y, de conformidad con lo previsto en el art. 17 TUE, supervisar la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia. Éste ha sido constante al afirmar que cualquier infracción de una obligación derivada del Derecho de la Unión, por acción o por omisión, constituye incumplimiento susceptible de ser declarado y, en su caso, «castigado»; y ello, con independencia de la concreta autoridad responsable de la misma –legislativo, ejecutivo o judicial– y de su nivel territorial. Como ha sido expuesto, el Tribunal de Justicia ya había considerado como tal el no planteamiento de cuestiones prejudiciales, pero lo había hecho en el marco de reenvíos.

Efectivamente, es la primera vez en la que el Tribunal se ha visto llamado a pronunciarse, en el contexto de un recurso por incumplimiento *ex artículo* 258 TFUE, sobre la eventual vulneración de la obligación de plantear cuestión prejudicial en un caso puntual, no como incumplimiento estructural. De ahí la importancia de la misma. Junto con ello, no es un detalle menor el hecho de que el asunto surja precisamente en el contexto de la ejecución de una anterior sentencia dictada en el marco de un procedimiento prejudicial.

#### 1. LOS HECHOS DEL CASO

En el año 2001, la empresa Accor solicitó a la Administración tributaria francesa la devolución de la retención por rendimientos de capital mobiliario practicada sobre la percepción de dividendos pagados por sus filiales establecidas en otros Estados. En ese momento, la legislación nacional sólo

---

16. Sobre el procedimiento por inejecución, puede verse MARTÍN DELGADO, I.: *El procedimiento por inejecución en la justicia europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004; y «La ejecución de las sentencias declarativas del incumplimiento del Derecho Comunitario», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 16, 2005, pp. 595-626. Más recientemente, «El procedimiento por inejecución como garantía del sistema jurisdiccional europeo», *Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos*, núm. 3, 2014, disponible en [http://www.derechocomunitario.ucr.ac.cr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=830%3A2014-11-30-22-36-24&catid=31%3A2014-11-30-20-28-05&Itemid=4](http://www.derechocomunitario.ucr.ac.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=830%3A2014-11-30-22-36-24&catid=31%3A2014-11-30-20-28-05&Itemid=4) (Última fecha de consulta: 5/1/2019).

reconocía el derecho de devolución respecto de los dividendos procedentes de filiales establecidas en territorio francés, con lo que la petición fue denegada. El asunto llegó en casación al Consejo de Estado, quien planteó cuestión prejudicial al TJUE, que fue resuelta en su sentencia de 15 de septiembre de 2011 (TJCE 2011, 275) (C-310/09, Asunto Accor), en el sentido de entender que ello constituía un trato desfavorable contrario al Derecho de la Unión que podía afectar a la libertad de establecimiento de las empresas por su eventual efecto disuasorio para la sociedad matriz a la hora de ejercer sus actividades a través de filiales establecidas en otros Estados Miembros. En consecuencia, declaró que los arts. 49 y 63 TFUE se oponían a tal normativa nacional.

Sobre la base de este pronunciamiento, el Consejo de Estado dictó dos sentencias con fecha de 10 de diciembre de 2012, en las que fijó una serie de condiciones para proceder a la devolución de las cantidades correspondientes a retenciones sobre los rendimientos del capital mobiliario que se hubieran practicado e ingresado en violación del Derecho de la Unión, las cuales afectaban tanto al alcance de la devolución (ámbito material y cuantía), como a la prueba para sustentar la solicitud de devolución.

Como consecuencia de diferentes denuncias relativas a tales condiciones, la Comisión Europea decidió abrir, en aplicación del art. 258 TFUE, un procedimiento por incumplimiento contra la República francesa basado en cuatro motivos: tres de ellos afectaban a las restricciones establecidas por el Consejo de Estado para proceder a la devolución; el cuarto se refería al incumplimiento de la obligación de plantear cuestión prejudicial de interpretación por parte del órgano jurisdiccional nacional.

Efectivamente, la Comisión considera que las sentencias del Consejo de Estado no pusieron fin a la incompatibilidad de la legislación francesa con los arts. 49 y 63 TFUE e imputa a la República francesa tres incumplimientos sustantivos y uno formal como consecuencia de las dos resoluciones judiciales mencionadas en relación con la sentencia del TJUE.

En esencia, en lo que se refiere a los primeros, considera que no se tiene en cuenta, a efectos de la devolución de la retención, la tributación soportada por las subfiliales no residentes, a diferencia de lo que ocurre con las francesas; además, entiende que se exige una correlación entre la documentación contable relativa a dividendos distribuidos y las actas de la junta general de las filiales que declaran beneficios que hace extremadamente difícil la prueba de la procedencia del dividendo distribuido, dificultad que se acrecienta al supeditar el derecho a devolución a la presentación de una declaración previa en la que se reflejen los importes correspondientes a la retención practicada y al exigir la presentación de documentos justificativos durante tiempos superiores al

deber legal de conservación; finalmente, considera que la fijación de un límite reembolsable (un tercio de los dividendos pagados por una filial no residente) implica situar a las filiales nacionales en una posición más favorable.

Respecto del incumplimiento formal consistente en no plantear cuestión prejudicial para determinar la compatibilidad con el Derecho de la Unión de las limitaciones del derecho a devolución de las cantidades correspondientes a la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario antes de fijarlas (planteamiento que fue pedido por las partes en el marco del litigio nacional), entiende la Comisión que el Consejo de Estado, ante la complejidad para extraer todas las consecuencias de la Sentencia Accor (TJCE 2011, 275), debería haber remitido al TJUE cuestión prejudicial para evitar el riesgo de jurisprudencia divergente sobre la materia.

## 2. LA POSICIÓN DEL ABOGADO GENERAL

En sus Conclusiones, el Abogado General entiende que la Comisión no ha probado el incumplimiento en lo relativo a los requisitos para la devolución de las retenciones referidos a la declaración previa y a los documentos contables y fechas de presentación, así como respecto del carácter discriminatorio de la limitación del importe reembolsable. Sí considera, por el contrario, que al negarse a tomar en consideración la tributación de las filiales de ulterior nivel establecidas en un Estado miembro distinto de Francia se está manteniendo un trato discriminatorio, constatado en la Sentencia Accor (TJCE 2011, 275). Aunque los Estados miembros no tienen la obligación de adaptar sus sistemas tributarios a los de los restantes Estados miembros para eliminar la doble imposición, entiende que sí poseen la obligación de evitar la discriminación, de modo tal que debe tenerse en cuenta la carga tributaria existente en otros Estados miembros cuando se gravan los dividendos a nivel nacional. Así pues, dado que el TJUE había señalado en su sentencia de 2011 (TJCE 2011, 275), con meridiana claridad, que los arts. 49 y 63 TFUE se oponían a una legislación nacional que, por lo que respecta a los dividendos de origen extranjero, no tiene en cuenta el impuesto de sociedades pagado por los dividendos distribuidos, con una interpretación como la incorporada a las sentencias del Consejo de Estado se continúa incumpliendo el Derecho de la Unión.

La acogida de uno de los motivos sustanciales es lo que lleva al Abogado General a plantearse si ha de entenderse igualmente incumplido el deber de remitir cuestión prejudicial, algo que «no solo es acorde con el objetivo perseguido por la obligación de remisión (...), sino también con las condiciones del régimen de responsabilidad de los Estados miembros en caso de violación del Derecho de la Unión» (§89).

Efectivamente, no estamos ante un caso de incumplimiento estructural de la obligación de remisión prejudicial que pesa sobre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, sino ante un eventual incumplimiento puntual de «la obligación que le incumbe (al Consejo de Estado) "en las circunstancias del caso de autos", es decir, a raíz de la sentencia de 15 de septiembre de 2011 (TJCE 2011, 275), Accor» (§86). Para él, someter una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia «tiene por objetivo, en particular, impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se ajusta a las normas del Derecho de la Unión», de tal modo que no plantear la misma –cuando quien omite el deber es un órgano jurisdiccional frente a cuyas resoluciones no cabe ulterior recurso a nivel nacional– implica privar a aquel del ejercicio de su función de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados (§90).

Hecho este razonamiento, el Abogado General realiza una reflexión que, para mí, es fundamental: «la posibilidad de reconocer un incumplimiento de un Estado miembro a causa de una violación de la obligación de remisión prejudicial está más justificada si cabe cuando se produce después de que el Tribunal de Justicia haya dictado una primera sentencia. En efecto, según el Tribunal de Justicia, la obligación que incumbe a un Estado miembro con arreglo al artículo 260 TFUE, apartado 1, implica que "todos los órganos del Estado miembro interesado tienen la obligación de garantizar, en los ámbitos de sus competencias respectivas, la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. [Ello supone que] los órganos jurisdiccionales del Estado interesado tienen por su parte la obligación de garantizar la observancia de la sentencia en el ejercicio de su misión". En cuanto atañe a la ejecución de una sentencia por la que se declara un incumplimiento, se impone esta misma conclusión frente a los órganos jurisdiccionales que se remiten al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial, dado que las sentencias de interpretación del Tribunal de Justicia tienen un efecto "generalizado" en el ordenamiento jurídico de la Unión: una vez que una disposición de Derecho de la Unión ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, esta interpretación se impone a todos los órganos jurisdiccionales. Esta interpretación precisa el significado y el alcance de la norma del Derecho de la Unión controvertida tal y como debe o hubiera debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor.

En consecuencia, si el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial aún alberga dudas sobre el significado de la norma y es un órgano jurisdiccional de última instancia, está obligado a volver a plantear la cuestión al Tribunal de Justicia. En efecto, en estas circunstancias, la respuesta del Tribunal de Justicia resulta necesaria para la resolución del litigio de modo que, de conformidad con la sentencia de 6 de octubre de 1982, Cilfit y otros (283/81),

la obligación de remisión se considera "constatada"» (§92-93). Dicho en otras palabras, en casos como el de autos, no entra sólo en juego el art. 263, sino también el 260 TFUE. En última instancia, llevar hasta sus últimas consecuencias este razonamiento implicaría extender la aplicación del mecanismo de ejecución de sentencias previsto en este último precepto a toda sentencia del Tribunal, con independencia del concreto recurso en el que ha sido adoptada. De este modo, funcionaría como garantía de la ejecución de una sentencia prejudicial. El Abogado General no profundiza más en esta cuestión, probablemente por el hecho de que la duda específica se planteaba en el asunto de fondo no había sido objeto de análisis por parte del TJUE en su sentencia de 2011 (TJCE 2011, 275).

Como ha sido recordado, aunque sólo al órgano jurisdiccional corresponde apreciar si la correcta aplicación del Derecho de la Unión es tan evidente que no deja lugar a duda razonable y, por ello, puede decidir no plantear cuestión prejudicial, ha de hacerlo desde la convicción de que de esa misma opinión serían los tribunales de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia. En relación con el caso concreto, considera el Abogado General que en lo relativo a la determinación del importe satisfecho por las filiales de ulterior nivel, existía una duda razonable que debió llevar al Consejo de Estado a plantear nuevamente cuestión prejudicial, por dos motivos: de un lado, esa concreta cuestión no fue abordada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Accor*; de otro, aunque sí lo fue en otra sentencia posterior (Sentencia de 13 de noviembre de 2012 (TJCE 2012, 338), *Test Claimants FII, C-35/11*), el hecho de que se apartara de la interpretación ofrecida en la misma por la única razón de estar referida a un asunto de Derecho británico y no francés, no permite concluir que la interpretación se impusiera con la misma evidencia al Tribunal de Justicia. En consecuencia, la omisión del deber de plantear cuestión prejudicial «creó un riesgo de divergencias de jurisprudencia en el seno de la Unión incompatible con la obligación de remisión prejudicial que le incumbía» (§100). Por ello, ha de entenderse que Francia ha incumplido la obligación que le incumbe (al Consejo de Estado), en virtud del art. 267 TFUE.

### 3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El Tribunal de Justicia coincide con las conclusiones del Abogado General; con su actuación, el Consejo de Estado ha incurrido en un doble incumplimiento: de un lado, un incumplimiento sustancial, derivado de la infracción de los arts. 47 y 63 TFUE, por no tener en cuenta para el cálculo de la devolución en las retenciones la tributación a la que haya podido estar sometida la subfilial en el Estado miembro en el que está establecida; de otro, un incumplimiento formal, por considerar que incumbía al Consejo de Estado

plantear una cuestión prejudicial para excluir el riesgo de una interpretación errónea del Derecho de la Unión. Además, desestima los tres restantes motivos sustanciales por entenderlos infundados.

El motivo de incumplimiento alegado por la Comisión –y aceptado por el Tribunal– radica en no poner fin a una incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la legislación francesa, evidenciada en una sentencia del Tribunal de Justicia. Como precisa el propio Tribunal, «[e]n el apartado 69 de la sentencia que acaba de citarse (Accor), el Tribunal de Justicia declaró que los artículos 49 TFUE y 63 TFUE se oponen a una normativa de un Estado miembro cuyo objeto sea eliminar la doble imposición económica de los dividendos, que permite que una sociedad matriz impute a la retención en la fuente que debe practicar, al redistribuir entre sus accionistas los dividendos pagados por sus filiales, el crédito fiscal vinculado a la distribución de tales dividendos si proceden de una filial establecida en ese Estado miembro, pero no otorga esta facultad si los dividendos proceden de una filial establecida en otro Estado miembro, en la medida en que, en este último supuesto, dicha normativa no confiere ningún derecho a un crédito fiscal vinculado a la distribución de los referidos dividendos por la filial en cuestión. Tal como subraya la Comisión, la aplicación por el Conseil d'État (Consejo de Estado) de la sentencia de 15 de septiembre de 2011 (TJCE 2011, 275), *Accor* (C-310/09), tiene como consecuencia que se confiera a la sociedad matriz residente, beneficiaria de dividendos distribuidos por una de sus filiales establecida en otro Estado miembro, el derecho a la devolución de las retenciones en la fuente de los rendimientos del capital mobiliario que han de practicarse e ingresarse en concepto de redistribución de los mencionados dividendos entre sus accionistas teniendo en cuenta la tributación a la que han estado sometidos tales dividendos únicamente a nivel de la filial. En cambio, para determinar la cuantía de la devolución no se toma en consideración la tributación a la que esos mismos dividendos hayan estado sometidos anteriormente en un escalón inferior de la cadena de participaciones, a saber, a nivel de una subfilial» (§30-31).

En su opinión, los dos preceptos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea citados obligan a un Estado miembro que dispone de un sistema para evitar la doble imposición económica en el supuesto de dividendos que los residentes perciben de sociedades residentes a conceder un trato equivalente a los dividendos que los residentes perciben de sociedades no residentes a no ser que una diferencia de trato esté justificada por razones imperiosas de interés general, pues así quedó fijado en la sentencia de 15 de septiembre de 2011 (TJCE 2011, 275). Y para poner fin al trato discriminatorio en ella constatado, la República francesa estaba obligada a tener en cuenta la tributación a la que estuvieron sometidos los beneficios distribuidos resultantes del ejercicio de la potestad tributaria del Estado miembro origen de los dividendos. Al no hacerlo, incumple el Derecho de la Unión.

Pero, con ello –aunque no lo señala expresamente el Tribunal– está igualmente inejecutando una sentencia anterior en la que claramente se establecía el deber de conceder un trato equivalente en interpretación de los preceptos anteriormente reseñados, aun cuando lo hubiera hecho en el marco de una cuestión prejudicial y no de un recurso por incumplimiento.

En relación con el incumplimiento formal, el Tribunal de Justicia acepta el planteamiento de la Comisión en el sentido de que el Consejo de Estado, en tanto que órgano jurisdiccional que conoce del asunto en última instancia, no podía proceder a una interpretación del Derecho de la Unión, como la que realiza en sus sentencias de diciembre de 2012, sin haber planteado previamente cuestión prejudicial. Por esta razón, teniendo en cuenta que el deber de cumplir con el mismo afecta a todas sus autoridades, incluidas las judiciales, y que es clara en estos casos la obligación de plantear cuestión prejudicial con el fin de impedir la consolidación de jurisprudencia nacional contradictoria con el Derecho de la Unión (recuérdese, salvo que no sea pertinente, la disposición del Derecho de la Unión en juego haya sido ya objeto de interpretación o la correcta aplicación del Derecho de la Unión se imponga con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna), la República francesa ha incurrido en cumplimiento.

Efectivamente, dado que en la primera parte de su sentencia el Tribunal declara incumplido el Derecho de la Unión, «el hecho de que el Conseil d'État (Consejo de Estado) no hubiera planteado una cuestión prejudicial en los asuntos que dieron lugar a las sentencias de 10 de diciembre de 2012, Rhodia y Accor, fue la causa de que dicho órgano jurisdiccional nacional adoptara en las sentencias citadas una solución basada en una interpretación de los artículos 49 TFUE y 63 TFUE que está en contradicción con la interpretación que de esos artículos se propugna en la presente sentencia, lo que implica que, en el momento en que el Conseil d'État (Consejo de Estado) dictó sentencia, no podía excluirse la existencia de una duda razonable en cuanto a tal interpretación. Por consiguiente, sin que sea necesario analizar los restantes argumentos alegados por la Comisión en el marco del presente motivo, procede declarar que incumbía al Conseil d'État (Consejo de Estado), en tanto que órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, con el fin de excluir el riesgo de una interpretación errónea del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la Sentencia de 9 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 368), Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14, apartado 44). En consecuencia, procede estimar el cuarto motivo, habida cuenta de que el Conseil d'État (Consejo de Estado) se abstuvo de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial con

arreglo al procedimiento previsto en el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, a fin de que se determinara si resultaba procedente decidir no tener en cuenta, a efectos del cálculo de la devolución de las retenciones en la fuente de los rendimientos del capital mobiliario que una sociedad matriz ha practicado e ingresado en concepto de distribución de dividendos abonados por una sociedad no residente por mediación de una filial asimismo no residente, la tributación a la que esta segunda sociedad estuvo sometida por los beneficios subyacentes a tales dividendos, incluso a pesar de que la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión que dicho órgano jurisdiccional nacional hizo en las sentencias de 10 de diciembre de 2012, *Rhodia y Accor*, no se imponía con tal evidencia que no dejara lugar a duda razonable alguna.» (§112-114). Ello le lleva a declarar que Francia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 267 TFUE.

De este modo, si la cuestión prejudicial es la garantía del monopolio del TJUE en la interpretación del DUE, el incumplimiento por no plantearla es mecanismo de corrección del sistema.

#### 4. ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE BREVE COMENTARIO

Lo que lleva al TJUE a declarar el incumplimiento formal es el hecho de que el Consejo de Estado francés adoptara sus dos sentencias con una interpretación de los arts. 49 y 63 TFUE contraria a su propia interpretación, pues ello le permite constatar que existía una duda razonable que hacía objetivo el planteamiento de la cuestión prejudicial. No entiende, como hacía la Comisión en su recurso, que la interpretación del órgano judicial nacional suponía, además, no poner fin a la incompatibilidad de la legislación francesa declarada en la Sentencia *Accor*. Sí aprecia, por el contrario, en línea con lo afirmado por el Abogado General, que no podía entenderse en el caso concreto que la aplicación del Derecho de la Unión se impusiera con tal evidencia que no dejaba lugar a duda razonable alguna.

Hay, sin embargo, un matiz importante que diferencia el razonamiento del Abogado General del que lleva a cabo el Tribunal de Justicia. Para el primero, la prueba de la existencia de duda razonable deriva de que la aplicación del Derecho de la Unión no se imponía con evidencia por el hecho de que el Consejo de Estado se había apartado de la doctrina de una sentencia del Tribunal de Justicia en un caso similar simplemente por la diferencia de régimen jurídico nacional; junto con ello, la divergencia de soluciones propuestas por las sociedades demandantes y por el ponente de las sentencias nacionales demuestran la falta de certeza sobre la solución. Es decir, existía duda razonable y la respuesta a la misma no era evidente, lo que

constata sobre la base de elementos puramente objetivos. En cambio, para el Tribunal de Justicia, aunque coincide en lo relativo a la falta de evidencia, es la contradicción entre la interpretación realizada en las sentencias nacionales y la que se propugna en su propia sentencia en cuanto al fondo lo que demuestra la existencia de duda razonable. En mi opinión, este argumento sólo podría ser utilizado con carácter complementario, en apoyo del argumento sustancial objetivo, y nunca como única fundamentación; de lo contrario, implicaría asumir que el concepto de duda razonable que impone el planteamiento de cuestión prejudicial únicamente se daría en los casos en los que el Tribunal de Justicia difiera de la interpretación nacional<sup>17</sup>. De ser así en la práctica, la causa de la obligación de reenvío estaría en la constatación de la divergencia de jurisprudencia en el seno de la Unión, y no en el riesgo de divergencia, lo cual llevaría a entender que el recurso por incumplimiento constituiría en estos casos una especie – permítase la expresión– de recurso para la unificación de doctrina en manos de la Comisión cuya finalidad estaría en permitir que el Tribunal de Justicia establezca la doctrina correcta que inspire a los órganos jurisdiccionales nacionales. Dos consecuencias últimas se derivarían de tal interpretación: de un lado, la existencia de duda razonable pivotaría sobre la verificación de la discrepancia (constatación que se realizaría en todo caso con posterioridad al surgimiento de la duda); de otro, en los casos en los que el Tribunal de Justicia, planteado recurso por incumplimiento por la Comisión, coincidiera con la interpretación nacional –y, por tanto, desestimara los motivos de incumplimiento alegados–, no cabría declaración alguna de incumplimiento. Ello supondría que el incumplimiento formal –por no plantear cuestión prejudicial en un caso de existencia de duda razonable– siempre debería estar vinculado a un incumplimiento material –interpretación contraria por parte de un órgano jurisdiccional nacional–. O, lo que es lo mismo, que la ausencia de divergencia en la sentencia por la que el Tribunal de Justicia resuelve el recurso por incumplimiento implicaría la imposibilidad de declarar incumplida la obligación que se deriva del tercer párrafo del art.

17. Para DEOHOMME V. y LARRIPA L., que el Tribunal de Justicia entienda que existe una duda razonable por el hecho de que haya discrepancia entre él y el Consejo de Estado en cuanto al fondo del asunto implica que soluciones judiciales diferentes *a posteriori* demostrarían la existencia *a priori* de una duda razonable cuando, en realidad, la duda razonable puede darse incluso en los casos en los que, con posterioridad, el TJUE llegue a la misma conclusión que el juez nacional. En su opinión, el concepto de duda razonable ha de responder a una situación objetiva, «C-416/17 (PRV 2018, 259511) Commission v France: failure of a Member State to fulfil its obligations under Article 267(3) TFEU», disponible en <http://europeanlawblog.eu/2018/11/22/c-416-17-commission-v-france-failure-of-a-member-state-to-fulfil-its-obligations-under-article-2673-tfeu/> (Última fecha de consulta: 3/1/2019).

267. El efecto preventivo práctico de tal obligación quedaría reducido a la nada.

La propia Comisión, durante el proceso, sostuvo un planteamiento similar: la mera circunstancia de que ella discrepase del contenido de las sentencias nacionales es señal de que hay duda. Efectivamente, tal y como se recoge en el punto 102 de la sentencia, «la Comisión considera que la mera circunstancia de que ella tenga una concepción de los principios que emanan de la sentencia de 15 de septiembre de 2011 (TJCE 2011, 275)(...) diferente de la que propugna el Conseil d'État, testimonia que las soluciones que se desprenden de las sentencias citadas no pueden disfrutar de una presunción de compatibilidad con el Derecho de la Unión». Sin embargo, en su caso está más que justificado: es la constatación de esa discrepancia la que permite iniciar el procedimiento por incumplimiento y, en todo caso, constituye para ella un elemento indiciario a los efectos de recurrir ante el TJUE. Aunque el Tribunal entendiese finalmente que no se produjo en cuanto al fondo una interpretación incorrecta del Derecho de la Unión, el recurso podría seguir teniendo objeto si, por el contrario, considera que hubo omisión del deber de remisión de cuestión prejudicial ante la existencia una duda razonable en la interpretación del Derecho de la Unión.

En mi opinión, la coincidencia de interpretaciones del Derecho de la Unión Europea, en el contexto del procedimiento por incumplimiento, tendría una clara consecuencia: impedir la aplicación del art. 260.2 TFUE. Efectivamente, si, además de constatarse incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial se constata igualmente un incumplimiento sustantivo derivado de una interpretación jurisprudencial divergente a nivel nacional, habrá obligación de adoptar todas las medidas necesarias para poner fin a tal incompatibilidad en el caso de que persistan sus efectos; y no hacerlo implicará la posibilidad de que la Comisión inicie un procedimiento por inejecución, lo cual no ocurrirá si no se declara incumplimiento sustantivo por el carácter puntual y de único efecto del incumplimiento formal<sup>18</sup>. Junto con ello, puede ser uno de los elementos que se tomen en consideración para calificar el incumplimiento como violación suficientemente caracterizada a los efectos de reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado.

Pero, más allá de ello, una interpretación como la que parece adoptar la sentencia supondría moderar enormemente el potencial efecto corrector del mecanismo prejudicial y, desde luego, no incentivaría los reenvíos tanto como

18. A la posibilidad de emplear este mecanismo en tal contexto, considerando que el caso Comisión vs. Italia constituía supuesto típico para haber recurrido al mismo, se refiere SARMIENTO, *Poder Judicial e Integración europea*, op. cit., pp. 256 y 265.

considerar que el no planteamiento de cuestión prejudicial ante una duda razonable como concepto autónomo. La coincidencia de interpretaciones no significa la inexistencia de duda razonable en el caso concreto, aunque la divergencia pueda suponer la confirmación de la falta de evidencia. Si, al menos sobre el plano teórico, resulta posible plantear al TJUE una duda de interpretación pura, no conectada directamente con una normativa nacional que contradiga una norma europea, ha de entenderse posible –siempre, cuando menos, sobre el plano teórico– iniciar procedimiento por el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado en virtud del art. 267<sup>19</sup>: desde el momento en el que, existiendo una duda razonable en términos objetivos, el órgano jurisdiccional nacional se niega a plantear cuestión prejudicial, está ya incumpliendo el Derecho de la Unión. Correspondería al TJUE determinar, en el contexto del recurso por incumplimiento, si la interpretación llevada a cabo en el caso concreto se corresponde o no con la suya. El incumplimiento material puede verificarse o no, pero el incumplimiento formal se habría producido en todo caso si aquél entiende que se daban las condiciones para el reenvío. Dicho sencillamente: la causa de un eventual incumplimiento material derivado de una incorrecta interpretación del Derecho de la Unión en estos casos estará en la omisión del deber de plantear cuestión prejudicial, porque no se habrá evitado la interpretación discordante; pero tal omisión es, en sí misma, igualmente incumplimiento.

La afirmación que realiza el Tribunal puede tener su sentido –y, con ello, quedar justificada– si se toma en consideración el hecho de que, en el caso concreto, ya se había pronunciado con anterioridad sobre la interpretación del Derecho de la Unión a la luz de la situación nacional, con lo que el margen de apreciación por parte del órgano jurisdiccional interno es más reducido. Pero no como línea jurisprudencial consolidada en la interpretación del 267.

Por ello, debería aclararse en eventuales próximas sentencias el concepto de duda razonable, objetivizándolo aún más, lo cual permitiría, de un lado, facilitar el control del cumplimiento por el Tribunal de Justicia y por la Comisión y, de otro, reducir la tentación de sustituir el subjetivismo nacional por subjetivismo europeo<sup>20</sup>. Así ha de ser en coherencia con la finalidad del precepto: prevenir riesgos de divergencias interpretativas.

19. COBREROS MENDAZONA, si bien desde la óptica de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento, se plantea como hipótesis este caso y concluye que la mera negativa a consultar al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de una norma europea constituye en sí mismo un incumplimiento que causa algún tipo de perjuicio para el particular, aunque sea desde la perspectiva de la pérdida de la oportunidad procesal del pronunciamiento de aquél, «Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento...», op. cit., pp. 88.

20. En opinión de SARMIENTO, algunos criterios que permitirían tal objetivización (pensando en el caso español) serían los siguientes: solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial por parte de la representación del Estado (Ministerio Fiscal o la Abogacía

Efectivamente, la autonomía del incumplimiento formal por no remisión de cuestión prejudicial tiene sentido en la lógica del 267 y es razonable defenderla si se desea reforzar la obligación de los jueces nacionales de cooperar con el Tribunal de Justicia (pues resulta evidente que no hay obligación sin sanción<sup>21</sup>). Con ello, no se rompe la estructura esencial del procedimiento prejudicial como mecanismo de cooperación, pues la valoración de la necesidad de presentar cuestión prejudicial corresponde al juez nacional; simplemente se corrige la omisión cuando el TJUE considera, a instancias de la Comisión, que la misma constituye incumplimiento del deber impuesto en el Tratado.

Más allá de estas consideraciones sobre el carácter objetivo y autónomo del concepto de duda razonable, para algunos comentaristas esta sentencia ha de leerse en el contexto de la crisis del imperio de la Ley que se está viviendo en estos momentos en la Unión Europea y, en particular, de las reticencias expresadas por el Tribunal Constitucional polaco sobre la constitucionalidad de la técnica de la cuestión prejudicial<sup>22</sup>; para otros, se trata de un desarrollo revolucionario que implica un importante avance hacia la federalización del poder judicial en la Unión Europea<sup>23</sup>; hay quienes la han calificado, por el

---

del Estado), existencia de resoluciones contradictorias entre los Tribunales Supremos de distintos Estados Miembros o existencia de resoluciones contradictorias entre Tribunales de un mismo Estado miembro, «Los *free-lance* del Derecho comunitario...», op. cit., p. 388. Por su parte, CALATAYUD PRATS añade la incorrecta o deficiente motivación y la existencia de votos particulares, «La responsabilidad patrimonial del Estado Juez por incumplimiento de la obligación de plantear cuestión prejudicial. A propósito de la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, sobre cláusulas suelo», en *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 3, 2017, p. 80.

21. BAQUERO CRUZ denuncia en este sentido que el sistema prejudicial presenta un problema de origen comunitario, derivado de la imposibilidad de que los particulares no tengan vía de recurso frente a las resoluciones de las últimas instancias nacionales y del hecho de que la Comisión no hiciera uso del recurso por incumplimiento, lo cual suponía, de facto, dejar al arbitrio de los órganos judiciales nacionales el respeto de la obligación impuesta por el art. 267 TFUE. BAQUERO CRUZ, J.: «De la cuestión prejudicial a la casación europea: Reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 13, 2005, p. 47.
22. BEHRE, P.: «For the sake of effectiveness: a tightened approach to preliminary reference obligations of the CJUE», disponible en <https://leidenlawblog.nl/articles/for-the-sake-of-effectiveness-a-tightened-approach-to-preliminary-reference> (Última fecha de consulta: 2/1/2019).
23. SARMIENTO, D.: «Judicial infringements at the Court of Justice-A brief comment on the phenomenal Commission/France (C-416/17 (PRV 2018, 259511))», disponible en <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2018/10/09/judicial-infringements-at-the-court-of-justice-a-brief-comment-on-the-phenomenal-commission-france-c-416-17/> (Última fecha de consulta: 2/1/2019). Sobre el modelo federal del Poder Judicial en la Unión Europea puede verse la excelente monografía de este mismo autor *Poder Judicial e integración europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

contrario, de «desaire» hacia el Consejo de Estado francés<sup>24</sup> o de riesgo de grave vulneración de la independencia de los sistemas judiciales nacionales<sup>25</sup>.

Ciertamente, constituye un paso hacia el desarrollo de un sistema coherente de recursos en Europa, en tanto que convierte el procedimiento por incumplimiento en un mecanismo para llevar ante el Tribunal de Justicia decisiones jurisdiccionales nacionales, una especie de «pseudo-apelación directa frente a decisiones de los tribunales nacionales<sup>26</sup>» y, de forma indirecta, en una oportunidad de acceder a una vía de recurso allí donde no está prevista expresamente, de importante alcance teniendo en cuenta que la obligación de plantear cuestión prejudicial no sólo afectaría a las más altas jurisdicciones nacionales, sino que también podría vincular a cualquier órgano jurisdiccional interno frente a cuyas resoluciones no quepa ulterior recurso<sup>27</sup>. Aunque el Tribunal de Justicia señaló ya en su Sentencia de 6 de octubre de 1982 (asunto CILFIT) que la cuestión prejudicial «no constituye un medio de impugnación ofrecido a las partes en un litigio pendiente ante un Juez nacional», no menos cierto es que su integración en la lógica del recurso por incumplimiento hace que se le parezca bastante.

Junto con ello, implica una clara reducción del margen de apreciación de los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>28</sup> y, en última instancia, podría ser entendida como una cierta superación de la concepción de la cuestión prejudicial como instrumento de cooperación basado en la confianza mutua entre jueces que se encuentran en el mismo plano para pasar a ser un mecanismo que permite al TJUE cumplir su función de garantizar la uniforme interpretación y la correcta aplicación del Derecho de la Unión en colaboración con la Comisión, con lo que se desplazaría el eje nacional-europeo hacia un doble eje europeo-europeo en estos casos.

- 
24. CASIA, P.: «Camouflet européen por le Conseil d'Etat», disponible en <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/041018/camouflet-europeen-pour-le-conseil-d-etat> (Última fecha de consulta: 4/11/2019), quien insiste en las consecuencias económicas graves para el país derivadas de la sentencia.
  25. TRINGALI, L.: «Il Conseil d'Etat viola gli obblighi UE: la CGUE condanna la Repubblica francese», en *Cammino Diritto*, 22 de noviembre de 2018, pág. 6, disponible en [https://www.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/3484\\_11-2018.pdf](https://www.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/3484_11-2018.pdf) (Última fecha de consulta: 3/1/2019).
  26. SARMIENTO, D.: «Judicial infringements at the Court of Justice...», op. cit.
  27. Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia en alguna ocasión, aunque no se trate de la más alta jurisdicción nacional. Para una exposición de las teorías doctrinales sobre esta cuestión (teoría abstracta u orgánica y teoría del litigio concreto), vid. ALONSO GARCÍA, *El Juez español y el Derecho Comunitario*, op. cit., pp. 226-232.
  28. DEOHOMME V. y LARRIPA L.: «C-416/17 (PRV 2018, 259511) Commission v France...», op. cit.

En realidad, puede encontrarse una vía intermedia entre tales extremos interpretativos. Entender que la omisión del deber de plantear cuestión prejudicial –cuando existe una duda razonable por parte de un órgano jurisdiccional frente a cuyas resoluciones no cabe ulterior recurso en Derecho interno–, implica incumplir el Derecho de la Unión y habilita para la presentación del recurso por incumplimiento es una consecuencia lógica del sistema, pues constituye un incentivo para cumplir con el deber y una herramienta para impedir interpretaciones divergentes del mismo: la confianza se rompe cuando un juez nacional, debiendo plantear cuestión prejudicial, se niega a ello; sólo entonces surge la posibilidad, encomendada a la Comisión, de hacer uso del recurso por incumplimiento para permitir que el Tribunal de Justicia ejerza su función de interpretar el Derecho de la Unión y, con ello, de garantizar la uniformidad en la aplicación del mismo. Dado que lleva a cabo una interpretación en abstracto, útil no sólo para el tribunal remitente, sino para todos los operadores jurídicos de la Unión, no remitir cuestión prejudicial es privar a estos de un mecanismo de interpretación (de interpretación auténtica) necesario para la aplicación del Derecho de la Unión. En cualquier caso, es el propio Tribunal de Justicia quien ha de determinar si, efectivamente, debió plantearse cuestión prejudicial y, adicionalmente, a quien corresponde pronunciarse como si el juez nacional hubiera actuado correctamente, es decir, como si hubiera remitido la cuestión y, en consecuencia, proceder a determinar la correcta interpretación del Derecho de la Unión. Si la cuestión prejudicial permite establecer un «puente» normativo entre el Derecho comunitario y el Derecho de los Estados miembros<sup>29</sup>, su no planteamiento cuando ello es obligatorio implica romper tal puente, lo que obliga a buscar vías para restablecerlo; dicho más gráficamente, supone «puentear» al TJUE, privarle de su función hermenéutica, usurpar la misma<sup>30</sup>.

El recurso al procedimiento por incumplimiento en estos casos permite suplir la omisión del órgano jurisdiccional nacional y, con ello, conseguir el mismo efecto que si la técnica de colaboración hubiera funcionado ordinariamente. Ello resulta coherente con la propia evolución del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y de la propia Unión: ante una organización supranacional de 28 Estados, con un cada vez mayor acervo normativo, establecer un mecanismo de control del cumplimiento de las condiciones para no plantear cuestión prejudicial cuando es obligatorio hacerlo es razonable y no supone un cambio drástico como el que se derivaría del hecho de establecer

29. J. BAQUERO CRUZ en «De la cuestión prejudicial a la casación europea...», op. cit. pág. 39.

30. De usurpación de las funciones del TJUE por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales habla CALATAYUD PRATS, I.: «La responsabilidad patrimonial del Estado Juez...», op. cit., p. 60.

el automatismo en el planteamiento. Se mantiene, efectivamente, la capacidad del juez nacional para valorar si procede remitir o no cuestión prejudicial, corrigiendo la omisión cuando resulte necesario. Él sigue siendo con carácter general el «dueño del proceso»<sup>31</sup>, a quien corresponde llevar a cabo el juicio de relevancia, pero se introduce un mecanismo corrector para los supuestos de funcionamiento anormal de la técnica de cooperación.

El efecto inmediato de esta sentencia se encuentra en la necesidad de que los órganos judiciales nacionales motiven adecuadamente la inexistencia, en el caso concreto, de la obligación de plantear cuestión prejudicial por darse alguna de las excepciones contenidas en CILFIT. Posee, además, un efecto mediato: puede augurarse que, en caso de duda acerca de si procede o no plantear cuestión prejudicial, el riesgo de apertura de procedimiento por incumplimiento inclinará la balanza hacia la prevención y, por tanto, hacia la remisión de la misma, ayudando a vencer las resistencias que se dan en los órganos jurisdiccionales nacionales, particularmente los que se encuentran en la cúspide del sistema<sup>32</sup>. Como ha destacado la doctrina, se plantean muchas menos cuestiones prejudiciales de las que deberían remitirse tomando en consideración los requisitos para determinar el deber de hacerlo (o, dicho de otro modo, son frecuentes los incumplimientos fácticos no declarados de la obligación de remisión de cuestión prejudicial)<sup>33</sup>. Por ello, el mensaje que lanza el Tribunal de Justicia con su sentencia es contundente. De ahí, además, la importancia de considerar el concepto de duda

31. HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.: «Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Una aproximación "post-Lisboa")», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 39, 2011, p. 386.
32. FASONE, C.: «Violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e ricorso per inadempimento: verso un sistema di giustizia costituzionale "composito" nell'Unione (Prime riflessioni a partire dalla sentenza Commissione c. Francia, C-416-17)», disponible en <http://www.diritticomparati.it/violazione-dellobligo-di-rinvio-pregiudiziale-e-ricorso-per-inadempimento-verso-un-sistema-di-justizia-costituzionale-composito-nellunione-prime-riflessioni/> (Última fecha de consulta: 3/1/2019).
33. Un análisis de la presentación de cuestiones prejudiciales por parte de los Tribunales españoles puede verse en BUENO ARMIJO, A.; MÁGALDI MENDAÑA, N.: «La cuestión prejudicial y otras formas de diálogo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La singular participación de los jueces españoles», en *Justicia Administrativa*, núm. 53, 2011, pp. 41-72. En este mismo sentido, centrado en el caso del Tribunal Supremo, resultan muy interesantes las reflexiones, ciertamente críticas, de SARMIENTO, D.: «La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, núm. 13, 2012, disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/docs/100-2013-10-14-documento35614.pdf> (Última fecha de consulta: 30/12/2018). También DíEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: «Algunas reflexiones acerca del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por los Tribunales españoles», en PEDRAZ CALVO, M.; ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (Coords.): *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 363-384.

razonable con carácter autónomo, desvinculado de la solución interpretativa en el caso concreto ofrecida por el Tribunal de Justicia en el contexto del recurso de incumplimiento.

Dicho lo anterior, debe tenerse presente la doble excepcionalidad del caso concreto resuelto en la misma: de un lado, el Tribunal de Justicia ya se había pronunciado sobre la normativa nacional contraria al Tratado; de otro, quien incumple el Derecho de la Unión es un tribunal nacional (precisamente en el marco de la cuestión prejudicial originariamente planteada) y, además, lo hace doblemente: por no acoger bien la doctrina del TJUE y por no plantear cuestión prejudicial ante la duda razonable generada. Ello conduce a la necesidad de valorar con cautela el alcance material de esta novedad jurisprudencial, que no será, muy probablemente, mecanismo recurrente empleado con carácter ordinario por la Comisión. Junto con ello, desplazar al ámbito del recurso por incumplimiento el tratamiento de omisión del reenvío prejudicial tiene sus riesgos, tanto sustantivos (conocimiento del caso por parte de la Comisión y activación del recurso, discrecionalidad de esta institución a lo largo del procedimiento...), como formales (sobrecarga del Tribunal de Justicia, alargamiento de los procedimientos nacionales...). Habrá que ver, finalmente, cómo reciben en la práctica las más altas jurisdicciones nacionales esta novedad.

El cualquier caso, con ello se cierra el círculo, se culmina el itinerario lógico recorrido por el TJUE en la interpretación del art. 267 TFUE: corregir la omisión a través del recurso directo al Tribunal de Justicia por parte de la Comisión. Pero puede haber algo más.

#### IV. UNA REFLEXIÓN ADICIONAL: HACIA LA CUADRATURA DEL CÍRCULO

En el asunto resuelto en la Sentencia de 4 de octubre (PRV 2018, 259511) se considera que la República francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los arts. 49 y 63 TFUE al decidir no tener en cuenta (a efectos del cálculo de la devolución de las retenciones en la fuente de los rendimientos del capital inmobiliario practicadas e ingresadas por una sociedad matriz residente en concepto de distribución de los dividendos pagados por una subfilial no residente por mediación de una filial asimismo no residente), la tributación de los beneficios subyacentes a tales dividendos a la que haya estado sometida dicha subfilial no residente en el Estado miembro en el que está establecida, siendo así que, al mismo tiempo, el mecanismo nacional para evitar la doble imposición económica permite, en el caso de una cadena de participaciones puramente interna, neutralizar la tributación a la que han estado sometidos los dividendos distribuidos por una sociedad en cada escalón de la referida cadena de participaciones.

Tal incumplimiento, sin embargo, no es originario; dicho en otras palabras, la infracción de los mencionados preceptos lo es, como señala la Comisión, «tal y como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 15 de diciembre de 2011». Es decir, se está declarando un incumplimiento consistente en no poner fin a la incompatibilidad de la legislación francesa con estos preceptos ya señalada en la citada sentencia.

Es cierto que el aspecto central de la discrepancia no había sido expresamente tratado en el asunto *Accor* (TJCE 2011, 275). Pero no menos cierto resulta que es precisamente porque no había sido tratado en el contexto de un litigio en el que ya se había pronunciado el TJUE por lo que debió plantearse cuestión prejudicial, puesto que la duda era razonable. De este modo, podría decirse que el asunto se encontraba en la órbita del Tribunal de Justicia y ello refuerza el deber de reenvío prejudicial.

Es comúnmente conocida, desde la Grecia clásica, la imposibilidad de resolver en una operación el problema matemático de la cuadratura del círculo, consistente en hallar con una regla y un compás un cuadrado que posea el mismo área de un círculo o, lo que es lo mismo, en construir un cuadrado a partir de un círculo dado. Tan es así, que la expresión ha pasado a ser usada popularmente y el propio Diccionario de la RAE contempla su uso para indicar la imposibilidad de algo.

En mi opinión, la Sentencia comentada implica la apertura de una nueva vía que podría apuntar precisamente a eso, a la cuadratura del círculo. La regla (deber de plantear cuestiones prejudiciales) y el compás (papel del TJUE en la interpretación del Derecho de la Unión Europea y su jurisprudencia sobre el 267 TFUE) han permitido culminar el diseño lógico y extraer las consecuencias del no planteamiento de una cuestión prejudicial cuando hay obligación de hacerlo. Así se ha cerrado el círculo, tal y como se ha afirmado con anterioridad. Pero falta explorar la posibilidad de hallar su equivalente con otra forma geométrica: la que conforman la eventual condena económica al Estado por ese incumplimiento y la tutela judicial efectiva de los particulares afectados<sup>34</sup>. A tal

34. En este sentido, para JIMENA QUEDASA, «la cuestión prejudicial persigue una colaboración tendente a asegurar la coherencia interpretativa y la aplicación uniforme del Derecho de la UE por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, con el objetivo último de garantizar la efectividad de la tutela judicial haciendo valer los principios de igualdad y de seguridad jurídica en el espacio judicial único». JIMENA QUEDASA, L.: «La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 39, 2017, p. 272. En particular, defiende que los planteamientos omisivos provocan una distorsión de la correcta articulación de los diversos estándares normativos y niveles de protección de derechos fundamentales (en p. 298).

De la «dimensión subjetiva del mecanismo de la cuestión prejudicial» hablan SILVEIRA y PEREZ HERNANDES, para quienes esta técnica tiene como efecto la prevención de la vulneración de los derechos de los particulares conferidos por el Derecho de la Unión.

fin, no sirven únicamente los dos elementos mencionados, sino que hace falta introducir un tercero, que sería dar acceso a éstos a una vía de recurso ante el Tribunal de Justicia para demandar incumplimientos de Estado en defensa de sus intereses en el contexto de la cooperación entre órganos judiciales internos y Tribunal de Justicia.

Hasta el momento, la protección de los derechos de los ciudadanos derivados del Derecho de la Unión se ha canalizado principalmente a través de las vías jurisdiccionales internas; también, en particular, su tutela frente a incumplimientos del Estado por medio de la posibilidad de solicitar ante los órganos judiciales nacionales indemnización por los daños y perjuicios derivados de aquellos, de conformidad con las reglas que puedan establecerse en el concreto sistema jurídico, pero con cumplimiento de condiciones a nivel europeo. Efectivamente, la falta de vías de acceso directo por los particulares al Tribunal de Justicia se ha suplido imponiendo a los Estados miembros el deber de implantar un sistema completo de recursos a nivel nacional (art. 19 TUE). En este sentido, la cuestión prejudicial (de interpretación y de validez) ha sido instrumento complementario de apoyo a los órganos jurisdiccionales nacionales para el ejercicio de su función de asegurar la tutela de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los particulares; un instrumento que, sin embargo, depende de la voluntad de los propios órganos jurisdiccionales nacionales: en ausencia de cuestión prejudicial, no cabe posibilidad de tutela a través de esta vía. Precisamente por ello, el incumplimiento del deber de plantearla, allí donde proceda, no ha de entenderse sólo como un riesgo para la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión, sino también, en algunos casos, como una infracción puede afectar a la tutela de los derechos de los particulares y, significativamente, al derecho a la tutela judicial efectiva<sup>35</sup>. La responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión puede ser concebida como cláusula de cierre del sistema; pero siempre será mejor corregir que indemnizar, sobre todo cuando los requisitos para conceder la indemnización son tan estrictos.

---

SILVERIA, A. y PEREZ HERNANDES, S., «Preliminary references, effective judicial protection and State liability. What if the *Ferreira da Silva* (TJCE 2015, 368) Judgment had not been delivered?», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 54, 2016, pp. 631-666. Es más, afirman que la cuestión prejudicial no tiene únicamente por objeto determinar el contenido exacto del marco normativo aplicable en un contexto de pluralismo legal, sino que actúa también como garantía de que las reclamaciones subjetivas de los particulares son conocidas y tratadas de conformidad con el Derecho de la Unión aplicable (p. 635).

35. LACCHI, C.: «Multilevel judicial protection in the EU and preliminary references», *Common Market Law Review*, núm. 53, 2016, pp. 688, para quien «el margen de apreciación de los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de decidir si plantear o no (una cuestión prejudicial) debe enmarcarse en las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido a las partes del litigio» (en p. 688).

Estamos ante un incumplimiento singular de carácter formal, dado que se trata de una omisión puntual que no puede corregirse en sí misma: procede del hecho de haber dictado sentencia en un litigio nacional sin plantear cuestión prejudicial a pesar de existir dudas razonables sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea; salvo que el mismo se reabra, no cabría subsanar esa concreta omisión que, por otra parte, queda suplida por el recurso de la Comisión. Ello introduce una segunda variable: en principio, precisamente por el carácter de único efecto del incumplimiento formal, no cabrá acudir en ningún caso al mecanismo del art. 260.2 TFUE en relación con el mismo. Por esta razón, podría entenderse que el efecto preventivo de la sentencia comentada tiene alcance limitado: los eventuales incumplimientos del deber de plantear cuestiones prejudiciales en casos concretos (no en aquellos estructurales) terminarán en una sentencia del Tribunal meramente declarativa sin opción a aplicar medios de ejecución respecto de este extremo. Sin embargo, una reflexión de mayor profundidad conduce a plantearse lo contrario.

La pregunta es sencilla: ¿cómo se ejecuta una sentencia como la del caso objeto de comentario? Efectivamente, la Comisión ha suplido los efectos derivados del no planteamiento de la cuestión prejudicial con su recurso por incumplimiento, permitiendo que el TJUE se pronuncie; pero al mismo tiempo, con su sentencia, el asunto se mueve ya en el marco del 260, y no sólo en el del 267. Por ello, si los efectos de las sentencias del Consejo de Estado persisten, podría articularse su ejecución por entender que no se ha puesto fin al incumplimiento. Junto con ello, podría dar lugar a responsabilidad patrimonial del Estado francés por incumplimiento si se cumplen los requisitos al respecto establecidos en su consolidada jurisprudencia por el Tribunal de Justicia.

La clave está en entender que lo que hemos denominado incumplimiento formal (omisión del deber de plantear cuestión prejudicial), aunque sea un concepto autónomo a efectos interpretativos, tal y como ha sido defendido con anterioridad, se dará normalmente en conexión con un incumplimiento material<sup>36</sup>; tal y como señala el Abogado del Estado en sus Conclusiones, este

36. Para ALONSO GARCÍA, «aunque el artículo 267 TFUE parece circunscribir la cuestión prejudicial a la existencia de una duda que surja con relación a la interpretación del Derecho europeo, abstracción hecha, pues, del Derecho nacional, desde los mismos orígenes de la Unión pudo constatar que dicho mecanismo era con frecuencia activado en un contexto de conflicto entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, de manera que la pretensión del juez remitente a través de la cuestión prejudicial era, en definitiva, obtener de Luxemburgo una respuesta a los efectos de poder resolver el mencionado conflicto. Ello condujo, en la práctica, a que buena parte de las cuestiones prejudiciales se asemejen, desde la perspectiva del control judicial europeo sobre el Derecho nacional, a las acciones por incumplimiento, siendo usuales sentencias dictadas en el marco del 267 TFUE a las que el TJUE, sin referirse abiertamente a la concreta normativa nacional,

motivo «tiene cabida en el caso de que uno (o varios) de los otros motivos sea fundado» (§86).

Un incumplimiento estructural –negativa reiterada a realizar reenvíos– es incumplimiento sustancial; por el contrario, un incumplimiento formal (no planteamiento de cuestión prejudicial en un caso concreto), aunque pueda ser considerado infracción del Derecho de la Unión de forma independiente, normalmente llegará a conocimiento del Tribunal junto con la imputación de un incumplimiento sustancial por incorrecta interpretación de una norma europea, que es lo que justifica en realidad el recurso de la Comisión. Por tanto, será posible controlar el cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia y, en su caso, abrir procedimiento por inejecución si el órgano jurisdiccional nacional persiste en su interpretación contraria al Derecho de la Unión.

La omisión del deber de plantear cuestión prejudicial en un caso puntual no podrá derivar en la imposición al Estado miembro en cuestión de una multa coercitiva o una suma a tanto alzado; pero sí podrá darse el caso de condena al mismo cuando el órgano judicial que no ha planteado la cuestión judicial desconozca la parte declarativa de la sentencia referida al incumplimiento sustancial. Es más, como afirma el propio Abogado General y sostiene el Tribunal de Justicia en su sentencia, «esta obligación de someter una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia que establece el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, tiene por objetivo, en particular, impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas de Derecho de la Unión» (§90). En este sentido, no resulta irrelevante que el conflicto se haya producido en el contexto de dos sentencias dictadas por un órgano jurisdiccional nacional como continuación de una sentencia del Tribunal de Justicia en el marco de una cuestión prejudicial por aquél planteada. Y no lo por una doble razón. De un lado, resulta necesario cuestionarse si la respuesta del TJUE hubiera sido la misma en el caso de que la omisión del deber de plantear cuestión prejudicial hubiera sido originaria, esto es, en el contexto de un procedimiento judicial nacional *ex novo*, no conectado con una sentencia prejudicial previa. De otro, hacer uso del procedimiento por incumplimiento implica abrir la posibilidad de recurrir al procedimiento por inejecución, siempre que persistan los efectos del primero.

En relación con la primera cuestión, como ha sido destacado, el Abogado General señala que «la posibilidad de reconocer un incumplimiento de un Estado a causa de una violación de obligación de remisión prejudicial está

---

realiza indirectamente, sin embargo, un juicio de compatibilidad entre la misma y las disposiciones europeas cuya interpretación se le solicita». ALONSO GARCÍA, R.: «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva...», op. cit., p. 26.

más que justificada si cabe cuando se produce después de que el Tribunal de Justicia haya dictado una primera sentencia» (§90). Ese elemento diferencial ha de tener consecuencias. El propio Abogado General precisa –permítase insistir en ello– que «la obligación que incumbe a un Estado miembro con arreglo al artículo 260 TFUE, apartado 1, implica que "todos los órganos del Estado miembro interesado tienen la obligación de garantizar, en los ámbitos de sus competencias respectivas, la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. [Ello supone que] los órganos jurisdiccionales del Estado interesado tienen por su parte la obligación de garantizar la observancia de la sentencia en el ejercicio de su misión". En cuanto atañe a la ejecución de una sentencia por la que se declara un incumplimiento, se impone esta misma conclusión frente a los órganos jurisdiccionales que se remiten al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial, dado que las sentencias de interpretación del Tribunal de Justicia tienen un efecto "generalizado" en el ordenamiento jurídico de la Unión: una vez que una disposición de Derecho de la Unión ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, esta interpretación se impone a todos los órganos jurisdiccionales. Esta interpretación precisa el significado y el alcance de la norma del Derecho de la Unión controvertida tal y como debe o hubiera debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor» (§92). De seguir el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, una interpretación divergente como continuación de una sentencia prejudicial debería entenderse como inexecución de sentencia y, por tanto, ser tratada como tal por la Comisión, lo cual no ha ocurrido en el supuesto analizado.

En todo caso, en coherencia con el razonamiento y respecto de la segunda cuestión a la que se hacía referencia, cabría plantearse la posibilidad de si, aunque se esté ante un incumplimiento puntual, la Comisión podría solicitar al Tribunal la imposición de una suma a tanto alzado para castigar el mismo. Es claro que, tal y como está configurado a día de hoy, el procedimiento por inexecución, con la excepción del supuesto previsto en el apartado tercero del art. 260 TFUE (no comunicación en plazo de las medidas de transposición de una Directiva), no permite que el Tribunal condene a un Estado por incumplimientos en primera instancia, sino que sólo habilita tal posibilidad cuando se persiste en el mismo o, dicho de otro modo, cuando se inexecuta la sentencia declarativa del incumplimiento por no adoptar las medidas necesarias para poner fin al mismo en el plazo más breve posible. Pero no menos cierto es que el art. 260, en su primer apartado, se refiere a la declaración de incumplimiento por parte del TJUE como elemento que hace surgir la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para ejecutar la sentencia, habilitando en el segundo a la Comisión, en caso negativo, a abrir procedimiento por inexecución (o doble incumplimiento, como lo denomina el propio Tribunal). En el caso analizado, existía sentencia del Tribunal de Justicia declarando un incumplimiento –si bien adoptada en el

marco de una cuestión prejudicial– y el Consejo de Estado francés no aplicó correctamente la doctrina prevista en ella, aunque la Comisión no optó por esta vía. No es descartable, al menos en el plano teórico, que pueda acudir a ella en supuestos particularmente graves de negativa a plantear cuestión prejudicial con desobediencia evidente de una sentencia del Tribunal.

Junto con ello, la activación de este mecanismo, como ha sido anticipado, podría venir por otra vía: el riesgo de interpretación divergente se ha producido y, en todo caso, el órgano jurisdiccional nacional ha de actuar en cumplimiento de la sentencia (que, no lo olvidemos, no tiene únicamente por objeto declarar el incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ex art. 267, sino también declarar el incumplimiento de una obligación sustantiva derivada del Derecho de la Unión Europea). Si, como en el caso de autos, el incumplimiento se produce después de una primera sentencia del Tribunal, aunque sea de carácter prejudicial, resulta cuando menos adecuado plantearse si no cabría acudir al Tribunal para denunciar el incumplimiento no en aplicación de lo previsto en el art. 258, sino por la vía del 260. Y es que, ciertamente, no pueden obviarse dos elementos teóricos: de un lado, como ha sido señalado, aunque se trata de incumplimientos puntuales, pueden persistir sus efectos, con lo que habrá de entenderse en tal caso que el incumplimiento continúa; de otro, en este sentido, debe tenerse presente que quien está incumpliendo no es una concreta autoridad, sino el Estado. Así, aunque las sentencias ya hayan sido dictadas y no existan más con posterioridad, si, por ejemplo, la Administración nacional adopta resoluciones en seguimiento de la doctrina en ellas contenida o el Legislador la incorpora a un texto normativo, el incumplimiento persiste, el Estado no ha puesto fin al mismo, con lo que cabrá abrir procedimiento por inejecución.

En todo caso, ha de afirmarse que con esta sentencia se produce una mayor europeización si cabe de la técnica de la cuestión prejudicial y de las relaciones entre jueces nacionales y TJUE, situando a éste en un nivel superior en el marco de la cooperación. Efectivamente, refuerza el papel de la Comisión como colaboradora del Tribunal de Justicia con la finalidad de garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión, con todo lo que ello significa: ser guardiana del ejercicio de la jurisdicción de aquél; además, fortalece el rol del Tribunal de Justicia como autoridad garante de la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión, incluso –es más, sobre todo– ante las jurisdicciones supremas de los Estados miembros, convirtiéndolo en «guardián de los guardianes del Derecho de la Unión»<sup>37</sup>.

Con ello se corrige una debilidad del sistema (depender totalmente de la remisión para el ejercicio de su función de interpretar el Derecho de la Unión,

37. CASIA, «Camouflet européen por le Conseil d'Etat», op. cit.

de tal forma que un incumplimiento basta para privarle de la misma<sup>38</sup>) y se consolida al mismo tiempo su papel de jurisdicción constitucional de la Unión Europea, lo que tiene efectos no sólo frente a los jueces y tribunales nacionales, sino también frente a los ciudadanos. En el caso de los primeros, queda claro que el diálogo y la cooperación judicial, basados en la voluntariedad y confianza mutua, se transforman en monólogo a través del «control de europeidad» de la decisión judicial nacional de no plantear cuestión prejudicial por constituir incumplimiento de una obligación derivada del Derecho de la Unión; con ello, se apunta hacia un «sistema de justicia constitucional compuesto (...) en lo que concierne al Derecho europeo»<sup>39</sup>; respecto de los segundos, a pesar de que la sentencia analizada no contiene ningún pronunciamiento a este respecto, la reflexión que puede realizarse es si la no remisión de cuestión prejudicial, aparte de constituir incumplimiento del Derecho de la Unión, puede suponer vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>40</sup>.

Es cierto que la cuestión prejudicial, tal y como está regulada, no tiene por objeto conferir derechos a los particulares; pero se trata de una herramienta que puede permitir el reconocimiento de derechos a nivel nacional como consecuencia de la sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia y, por ello, puede entenderse conectada al derecho a la tutela judicial efectiva<sup>41</sup>. De considerarse así, el incumplimiento formal consistente en

38. En opinión de JIMENA QUESADA, esa debilidad del sistema guarda relación igualmente con el hecho de que el diálogo judicial supranacional implica una cierta difusión de la responsabilidad entre los actores dialogantes como consecuencia de la ausencia de jerarquía, en «La cuestión prejudicial europea...», op. cit., p. 273.

39. FASONE, C.: «Violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale...», op. cit.

40. Para HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, «[s]i, estando obligado, un juez interno no acude a título prejudicial al Tribunal de Justicia, al que (...) pertenece el monopolio de interpretación y de rechazo del derecho de la Unión Europea, cabe que zanje el litigio aplicando una norma distinta de la que correspondía. En esta tesitura, no habrá seguido los controles normativos previstos por el ordenamiento, desvinculándose del sistema de fuentes. Resulta muy difícil negar con toda rotundidad que en un escenario tal el derecho a la tutela judicial efectiva quede indemne», «Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial...», p. 402.

41. De ahí que autores como SILVEIRA y PEREZ HERNANDES sostengan que la cuestión prejudicial no sólo es un instrumento diseñado para asegurar la uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión, sino que, a través de ella, se pone en manos de los particulares una vía para acceder indirectamente al TJUE, «Preliminary references, effective judicial protection and State liability...», op., cit., pp. 635-636. Es más, consideran que aunque el art. 267 no ofrece a los particulares un recurso autónomo al Tribunal de Justicia, la vulneración de la obligación de remitir cuestión prejudicial «impide a los particulares (aun indirectamente) obtener una decisión del tribunal competente porque, si el recurso a la cuestión prejudicial es obligatorio, es el Tribunal de Justicia el competente para proceder a responder a las cuestiones de Derecho de la Unión que hayan surgido –o, en los términos del artículo 19.1 TUE, corresponde al Tribunal "garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados"» (en p. 664).

no plantear cuestión prejudicial cuando hay obligación de hacerlo se desconectaría de la necesidad de que exista junto a él un incumplimiento sustancial adicional, adquiriendo autonomía propia, es decir, pasando a tener carácter sustancial.

Efectivamente, abstenerse de remitir cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, cuando hay obligación de hacerlo, podría implicar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva perseguible de forma individualizada por la Comisión europea a través del procedimiento por incumplimiento, bien de oficio o bien incluso como consecuencia de denuncia de los particulares afectados. Es más, no resulta inoportuno, ante tales circunstancias, plantearse la posibilidad de ir más allá y llevar a cabo una revolución aún mayor, que estaría en el hecho de habilitar que los particulares que entienden que una actuación de un órgano nacional –con independencia de su integración en el ejecutivo, en el legislativo o en el judicial– y requieren al tribunal que está conociendo del asunto el planteamiento de cuestión prejudicial, pudieran presentar por sí mismos recurso por incumplimiento ante la negativa a hacerlo cuando se dan las condiciones que obligan a ello. No se trataría de una impugnación autónoma ni necesariamente de una especie de casación europea<sup>42</sup>, sino sencillamente de articular un mecanismo adicional, complementario del papel de la Comisión como guardiana de los Tratados, para que el Tribunal de Justicia pudiera cumplir su función en la interpretación del Derecho de la Unión en casos concretos y particularmente graves. Ciertamente, esta idea tiene mucho de cuadratura del círculo y exigiría la reforma de los Tratados<sup>43</sup>. Sería necesario,

42. En la doctrina pueden encontrarse propuestas en este sentido. Ciertamente interesante –si bien difícil de lograr en la práctica por depender de la voluntad de los Estados– es la que plantea BAQUERO CRUZ en su trabajo, ya citado, «De la cuestión prejudicial a la casación europea: Reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 13, 2005, pp. 35-58. Para él, resulta imprescindible una modificación profunda del sistema prejudicial, lo que, en su opinión, pasaría por «permitir a los particulares interponer directamente un recurso ante el Tribunal de Justicia frente a las resoluciones de los jueces nacionales de última instancia, recurso cuyos motivos deberían basarse exclusivamente en violaciones de disposiciones de Derecho Comunitario» (p. 55).

En opinión de BUENO ARMIJO y MAGALDI MENDAÑA, quienes comparten la propuesta del autor anteriormente citado, la posibilidad de condenar a un Estado miembro por la actuación de sus órganos jurisdiccionales, dado que implica que el TJUE deba analizar las sentencias de éstos y determinar que son contrarias al Derecho de la Unión es ya, de facto, un supuesto de casación, «La cuestión prejudicial y otras formas de diálogo...», p. 68.

43. LACCHI defiende la idea de que la cuestión prejudicial no sólo ha de analizarse a la luz del art. 267 TFUE y del principio de cooperación leal, sino también en línea con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tal y como están haciendo algunos tribunales constitucionales de los Estados miembros y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En consecuencia, plantea, a través de la oportuna reforma de los Tratados, la introducción de una vía de recurso en manos de los particulares frente a las decisiones de los tribunales de última

en todo caso, ponderar adecuadamente las ventajas e inconvenientes de un paso de tal calibre<sup>44</sup>, que implicaría cambiar la lógica de un mecanismo que está funcionando razonablemente bien, más allá de las carencias detectadas por la doctrina. Pero lo cierto es que la sentencia comentada abre la posibilidad de avanzar hacia un primer nivel: la presentación por parte de la Comisión de un recurso por incumplimiento como consecuencia de denuncias de los particulares afectados por el no planteamiento de cuestión prejudicial por entender vulnerado el art. 47 TFUE. Para llegar al mismo, sólo faltaría conectar, como han hecho los tribunales constitucionales nacionales<sup>45</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garantía de interpretación con garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Entonces quizás surja esa novedad.

A la vista de lo expuesto, no resulta exagerado afirmar que «estamos ante un pronunciamiento destinado a ocupar, sin lugar a dudas, un lugar privilegiado en los anales del sistema jurisdiccional de la Unión»<sup>46</sup>. La

---

instancia ante la negativa a plantear cuestión prejudicial, «Multilevel judicial protection in the EU...», op. cit., pp. 679-708

44. GUICHOT REINA califica la posibilidad de que los particulares puedan acceder al recurso de incumplimiento como «uno de los temas más delicados y espinosos de la aplicación judicial del Derecho comunitario», dado que «implicaría el riesgo de subvertir el meticuloso equilibrio entre los sistemas judiciales nacionales y comunitarios, dados la enorme reticencia y malestar que podría suscitar en los órganos jurisdiccionales nacionales», en *La responsabilidad extracontractual...*, op. cit., p. 546.
45. Singularmente, así lo ha hecho el Tribunal Constitucional español, no sin ciertas vacilaciones iniciales. En cualquier caso, la jurisprudencia constitucional actual es clara al conectar la ausencia de planteamiento de cuestión prejudicial con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en alguna de sus manifestaciones (derecho a un proceso con todas las garantías, derecho a una resolución motivada). Sobre este tema en particular, pueden verse los trabajos ya citados de ALONSO GARCÍA, «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, 2009, pp. 11-30 y CRUZ VILLALÓN, P.; REQUEJO PAGÉS, J.L.: «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015, pp. 173-194. También TERUEL LOZANO, G.: «El control constitucional del deber del juez nacional de plantear cuestión prejudicial en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional: ¿una cuestión de tutela judicial efectiva?», en *Revista europea de derechos fundamentales*, núm. 28, 2016, pp. 91-117.
46. La afirmación es de ALONSO GARCÍA, quien pronostica su vuelta a escena en supuestos que se enmarquen bien en un contexto de pleno conocimiento de las dificultades interpretativas que pudiera suscitar una norma o un principio del Derecho de la Unión, bien por un marco particularmente litigioso susceptible de generar alarma en el seno de la Unión; y concluye afirmando que «[l]o que sí parece seguro es que nos encontramos ya a medio camino de las soluciones propuestas *de lege ferenda* por el Tribunal de Justicia, allá también por 1975 (en sus *Sugerencias sobre la Unión Europea*), en las que abogó por interponer por las partes en el litigio principal, bien un procedimiento obligatorio por incumplimiento, bien una acción indemnizatoria contra el Estado afectado a petición de

competencia atribuida al TJUE, en virtud de lo dispuesto en el art. 19.3 TUE, para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones ya no será ejercida exclusivamente a iniciativa de los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>47</sup>, sino que también podrá ser activada a instancias de la Comisión, por medio del recurso por incumplimiento, en los supuestos en los que éstos incumplan su deber de someter una petición de decisión prejudicial a aquel por no existir jurisprudencia consolidada sobre la materia o por presentarse en el caso concreto una duda razonable sobre el modo correcto de interpretar una norma de Derecho de la Unión.

Habrà que esperar a los pronunciamientos de eventuales futuras sentencias para comprobar si el Tribunal de Justicia explota todas las posibilidades que abre este asunto o, por el contrario, mantiene la esencia de la cuestión prejudicial como técnica de diálogo entre tribunales.

## V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO GARCÍA, R.: *El Juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

– «Un otoño prejudicial francés para la historia», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 68, 2018, pp. 9-17.

– «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 558/2004, 194/2006 y 78/2010)) en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, 2009, pp. 11-30.

– «La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea», en BALAGUER CALLEJÓN, F.; ARANA GARCÍA, E. (Coords.): *Libro Homenaje al Profesor Rafael Barranco Vela*, Vol. I, Civitas, Madrid, 2014, pp. 399-422.

BAQUERO CRUZ, J.: «De la cuestión prejudicial a la casación europea: Reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 13, 2005, pp. 35-58.

BEHRE, P.: «For the sake of effectiveness: a tightened approach to preliminary reference obligations of the CJUE», disponible en <https://leidenlawblog.nl/articles/for-the-sake-of-effectiveness-a-tightened-approach-to-preliminary-reference> (Última fecha de consulta: 2/1/2019).

---

la parte lesionada», «Un otoño prejudicial francés para la historia», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 68, 2018, pp. 9 a 17.

47. Así se afirma en las Recomendaciones del Tribunal de Justicia a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2018/C 257/01).

- BUENO ARMIJO, A.; MAGALDI MENDAÑA, N.: «La cuestión prejudicial y otras formas de diálogo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La singular participación de los jueces españoles», en *Justicia Administrativa*, núm. 53, 2011, pp. 41-72.
- CALATAYUD PRATS, I.: «La responsabilidad patrimonial del Estado Juez por incumplimiento de la obligación de plantear cuestión prejudicial. A propósito de la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, sobre cláusulas suelo», en *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 3, 2017, pp. 53-82.
- CASIA, P.: «Camouflet européen por le Conseil d'Etat», disponible en <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/041018/camouflet-europeen-pour-le-conseil-d-etat> (Última fecha de consulta: 4/11/2019), quien insiste en las consecuencias económicas graves para el país derivadas de la sentencia.
- COBREROS MENDAZONA, E.: «Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea (y en el reforzamiento de la cuestión prejudicial): la sentencia Ferreira Da Silva», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, 2016, pp. 83-108.
- CRAIG, P.: «The Classics of EU Law Revisited: CILFIT and Foto-Frost», en POIARES MADURO, M; AZOULAI, L (Eds.): *The Past and Future of EU Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 185-191.
- CRUZ VILLALÓN, P.; REQUEJO PAGÉS, J.L.: «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015, pp. 173-194.
- DEOHOMME V. y LARRIPA L.: «C-416/17 (PRV 2018, 259511) Commission v France: failure of a Member State to fulfil its obligations under Article 267(3) TFEU», disponible en <http://europeanlawblog.eu/2018/11/22/c-416-17-commission-v-france-failure-of-a-member-state-to-fulfil-its-obligations-under-article-2673-tfeu/> (Última fecha de consulta: 3/1/2019).
- DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: «Algunas reflexiones acerca del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por los Tribunales españoles», en PEDRAZ CALVO, M.; ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (Coords.): *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 363-384.
- DOMÉNECH PASCUAL, G.: «El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 199, 2016, pp. 171-212.

FASONE, C.: «Violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e ricorso per inadempimento: verso un sistema di giustizia costituzionale "composito" nell'Unione (Prime riflessioni a partire dalla sentenza Commissione c. Francia, C-416-17)», disponible en <http://www.diritticomparati.it/violazione-dellobligo-di-rinvio-pregiudiziale-e-ricorso-per-inadempimento-verso-un-sistema-di-giustizia-costituzionale-composito-nellunione-prime-riflessioni/> (Última fecha de consulta: 3/1/2019).

FRAILE ORTIZ, M.: «Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 7, 2003, pp. 433-466.

GUICHOT REINA, E.: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I.: «La cuestión prejudicial comunitaria: negativa del juez nacional a plantearla ante el TJUE», en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.): *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 293-309.

HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.: «Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Una aproximación "post-Lisboa")», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 39, 2011, pp. 375-412.

JIMENA QUEDASA, L.: «La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 271-306.

LACCHI, C.: «Multilevel judicial protection in the EU and preliminary references», *Common Market Law Review*, núm. 53, 2016, pp. 679-708.

MARTÍN DELGADO, I.: *El procedimiento por inejecución en la justicia europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

– «La ejecución de las sentencias declarativas del incumplimiento del Derecho Comunitario», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 16, 2005, pp. 595-626.

– «El procedimiento por inejecución como garantía del sistema jurisdiccional europeo», *Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos*, núm. 3, 2014, disponible en [http://www.derechocomunitario.ucr.ac.cr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=830%3A2014-11-30-22-36-24&catid=31%3A2014-11-30-20-28-05&Itemid=4](http://www.derechocomunitario.ucr.ac.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=830%3A2014-11-30-22-36-24&catid=31%3A2014-11-30-20-28-05&Itemid=4) (Última fecha de consulta: 5/1/2019).

- MORCILLO MORENO, J.: «El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿facultad o deber?», en *Revista de Administración Pública*, núm. 185, 2011, pp. 227-262.
- RUIZ CAIRÓ, E.: «La revisión de la doctrina del acto claro por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Casos X (TJCE 2015, 367) y Ferreira da Silva (TJCE 2015, 368)», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 38, 2016, pp. 255-268.
- SARMIENTO, D.: *Poder Judicial e Integración europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- «Cilfit and Foto-Frost: Constructing and Deconstructing Judicial Authority in Europe», en POIARES MADURO, M; AZOULAI, L (Eds.): *The Past and Future of EU Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 192-200.
  - «Judicial infringements at the Court of Justice-A brief comment on the phenomenal Commission/France (C-416/17 (PRV 2018, 259511))», disponible en <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2018/10/09/judicial-infringements-at-the-court-of-justice-a-brief-comment-on-the-phenomenal-commission-france-c-416-17/> (Última fecha de consulta: 2/1/2019).
  - «La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, núm. 13, 2012, disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/docs/100-2013-10-14-documento35614.pdf> (Última fecha de consulta: 30/12/2018).
  - «Los *free-lance* del Derecho comunitario: la desfiguración de la doctrina CILFIT», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 95, 2006, pp. 371-438.
- SILVERIA, A. y PEREZ HERNANDES, S.: «Preliminary references, effective judicial protection and State liability. What if the *Ferreira da Silva* (TJCE 2015, 368) Judgment had not been delivered?», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 54, 2016, pp. 631-666.
- TERUEL LOZANO, G.: «El control constitucional del deber del juez nacional de plantear cuestión prejudicial en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional: ¿una cuestión de tutela judicial efectiva?», en *Revista europea de derechos fundamentales*, núm. 28, 2016, pp. 91-117.
- TRINGALI, L.: «Il Consiglio d'Etat viola gli obblighi UE: la CGUE condanna la Repubblica francese», en *Cammino Diritto*, 22 de noviembre de 2018, pág. 6, disponible en [https://www.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/3484\\_11-2018.pdf](https://www.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/3484_11-2018.pdf) (Última fecha de consulta: 3/1/2019).