

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

EDORTA COBREROS MENDAZONA

Catedrático de Derecho Administrativo
(UPV/EHU)

Revista Española de Derecho Europeo 58
Abril – Junio 2016
Págs. 83 – 107

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ESTADOS POR SU INCUMPLIMIENTO JUDICIAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN. II. RECORDANDO LA CONSTRUCCIÓN *KÖBLER*. 1. La definitiva ampliación de la responsabilidad patrimonial de los Estados al caso del incumplimiento judicial del Derecho de la Unión. 2. Sustento argumental de la responsabilidad por incumplimiento judicial. 3. Superación de las objeciones, en especial la relativa a la cosa juzgada. 4. El problema de la inexistencia o inadecuación de las vías internas para su materialización. 5. El requisito de la violación suficientemente caracterizada en el caso del incumplimiento judicial. 6. El incumplimiento consistente en la omisión del planteamiento de la cuestión prejudicial. 7. Resumen valorativo. III. LA SENTENCIA FERREIRA: PLANTEAMIENTO. IV. LA ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO PORTUGUÉS. V. LA OMISIÓN DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y SU ALCANCE. VI. LOS IMPEDIMENTOS DE LA NORMATIVA PORTUGUESA PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO NO PUEDEN IMPERAR SOBRE EL DERECHO AL RESARCIMIENTO BASADO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: SE AFIANZA EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR INCUMPLIMIENTO JUDICIAL Y SE REFUERZAN LOS MECANISMOS AL SERVICIO DE LA OBLIGACIÓN DE PLANTEAR CUESTIÓN PREJUDICIAL POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES QUE RESUELVEN EN ÚLTIMA INSTANCIA.

RESUMEN: La responsabilidad patrimonial de los Estados por su incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea es el más difícil de los supuestos previstos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Con la *Sentencia Ferreira da Silva* se afianza este principio y, a la vez, se refuerza la obligación de plantear cuestión prejudicial.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial del Estado. Incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Omisión de la cuestión prejudicial.

ABSTRACT: The States liability as a consequence of judicial infringement of EU Law is the most difficult case of those contemplated by the ECJ caselaw. With judgment *Ferreira da Silva* this principle takes hold and at the same time it reinforces the obligation to make a preliminary reference.

KEY WORDS: State Liability. Infringement of EU Law. Omission of the preliminary reference.

Fecha de recepción del original: 29 de abril de 2016

Fecha de aceptación: 10 de mayo de 2016

I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ESTADOS POR SU INCUMPLIMIENTO JUDICIAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN

La reciente *Sentencia Ferreira da Silva*¹ consolida la doctrina del Tribunal de Justicia de Luxemburgo sobre la responsabilidad patrimonial en que incurren los Estados miembros cuando originan un daño debido a un incumplimiento *judicial* del Derecho de la Unión Europea y refuerza, asimismo, los mecanismos de garantía del efectivo cumplimiento de la obligación de plantear cuestión prejudicial. A continuación analizaremos, con mayor detenimiento, el primero de estos dos aspectos y luego abordaremos el segundo.

Como resulta harto conocido, la construcción jurisprudencial del principio de la responsabilidad de los Estados por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea tiene dos hitos bien precisos²: en 1991, la *Sentencia Francovich y Bonifaci*³ y, en 1996, la *Sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame*⁴. Pero para el caso del incumplimiento judicial –que es el que ahora más interesa– resultó decisivo otro pronunciamiento posterior, de 2003.

En efecto, la *Sentencia Köbler*⁵ podemos decir que completa el ciclo de construcción del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea⁶, pues con este pronunciamiento el Tribunal de Justicia extendió tal principio a un ámbito bien difícil, como es el de la

1. STJ de 09.09.2015 (C-160/14).

2. Dada la abundantísima bibliografía al respecto, valga aquí con la remisión a COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. Iustel. Madrid, 2015, espec. pp. 25 y ss.

3. STJ de 19.11.1991 (asuntos acumulados C-6/90 y 9/90), del Pleno del Tribunal.

4. STJ de 05.03.1996 (asuntos acumulados C-46/93 y 48/93), asimismo, del Pleno del Tribunal.

5. STJ de 30.09.2003 (C-224/01), también del Pleno del Tribunal. Sobre esta ampliación del ámbito de aplicación del principio de la responsabilidad estatal *vid.* COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, pp. 39 y ss.

6. Plantea muy acertadamente el hilo conductor existente entre la primera *S. Francovich* y esta *S. Köbler*, ZILLER, J., en «La naturaleza del Derecho de la Unión Europea», en la obra colectiva dirigida por BENEYTO y coordinada por MAILLO y BECERRIL, *Tratado de Derecho y Políticas*

función jurisdiccional de los Estados. Ámbito en el que, además, la Comisión había sostenido desde el inicio una política muy consciente y meditada de no perseguir ante el Tribunal de Justicia los incumplimientos de los Estados que fueran imputables a sus órganos judiciales.

Merece la pena que recordemos lo más destacado de esta sentencia, que sigue estando plenamente vigente.

II. RECORDANDO LA CONSTRUCCIÓN *KÖBLER*

1. LA DEFINITIVA AMPLIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ESTADOS AL CASO DEL INCUMPLIMIENTO JUDICIAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN

La *Sentencia Köbler* tuvo que pronunciarse sobre la posible extensión de la obligación resarcitoria –y se adelanta ya que lo hizo de manera afirmativa, aunque añadiendo algún matiz propio– a un tipo de incumplimiento estatal, el judicial, sobre el que previamente el Tribunal de Justicia aún no se había pronunciado nunca. A diferencia de las sentencias *Francoovich* y *Brasserie*, en las que a sus elaboraciones sobre la responsabilidad estatal habían precedido sendas sentencias declaratorias del incumplimiento de los Estados respectivos (lo cual, indudablemente, facilitaba mucho las cosas), en *Köbler* eso no ocurría.

Es sabido que la vía del incumplimiento y la vía del resarcimiento son cauces procesales autónomos e inspirados por lógicas diferentes; pero, por las circunstancias señaladas, la *Sentencia Köbler* refuerza aún más tal autonomía de pronunciamientos. En efecto, como se ha dejado apuntado, por consciente y sostenida «política de integración» de la Comisión –que, hasta entonces, no había instado ningún proceso por incumplimiento, a partir de la destacadísima legitimación procesal que ostenta *ex artículo 258 TFUE*, para demandar a los Estados ante el Tribunal de Justicia⁷–, no se había dictado previamente ni una sola *Sentencia* declaratoria de la existencia del incumplimiento de un Estado por una actuación jurisdiccional⁸. Pues bien, pese a esta notable carencia,

de la Union Europea, tomo IV («Las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea»). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, espec. pp. 62 y ss.

7. De «renuente» calificó esta postura de la Comisión en sus Conclusiones el Abogado General RUIZ-JARABO, as. Placanica (C-338, 359 y 360/04), presentadas el 16.05.2006, nota 45. Y de «persistente resistencia» ha hablado el Abogado General CRUZ VILLALÓN en sus Conclusiones, as. Elchinov (C-173/09), presentadas el 10.06.2010, aptdo. 24.
8. Si bien es verdad que este panorama pronto cambiaría, pues la Comisión modificó su posición en un par de ocasiones –lo que, salvo error, no se ha repetido posteriormente–, procediendo a demandar a dos Estados incumplidores por este motivo y dictando, en consecuencia, el Tribunal de Justicia sendas destacadas sentencias: A) la STJ, as. Comisión c. Italia, de 9.12.2003 (C-129/00), del Pleno del Tribunal de Justicia (sobre las relaciones entre esta resolución y la *S. Köbler*, *cit.*, *vid.*, por ejemplo, DE MARIA, S., «Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del Diritto comunitario», en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* núm. 3-4, 2004, pp. 899-902; 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*

la *Sentencia Köbler* estableció indubitadamente que también existe responsabilidad patrimonial cuando se trata del incumplimiento *judicial* del ordenamiento de la Unión⁹.

2. SUSTENTO ARGUMENTAL DE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO JUDICIAL

En esta Sentencia, el Tribunal de Justicia reiteró que el principio de la responsabilidad estatal por incumplimiento del Derecho de la Unión es inherente al sistema del Tratado (aptdo. 30) y que tal principio es válido para cualquier supuesto, independientemente de cuál sea el órgano estatal incumplidor (aptdo. 31). Y, con referencia a la novedad que pudiera plantear este supuesto, el Tribunal de Justicia recordó, aplicándolo al caso, su *leit motif* justificador: «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» (aptdo. 33). Lo que remachará con un argumento específico: «A este respecto es preciso subrayar que un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia constituye por definición el último órgano ante el cual los particulares pueden alegar los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico comunitario. Dado que una violación de estos derechos por una resolución que ha adquirido firmeza de un órgano jurisdiccional de ese tipo normalmente ya no puede ser rectificada, no se puede privar a los particulares de la posibilidad de exigir la

núm. 13, 2005, especialmente, pp. 48-49; KOMÁREK, J., «Federal elements in the Community Judicial System: Building coherence in the Community Legal Order», en *Common Market Law Review* núm. 1, 2005, espec. p. 11; y COUTRON, L., «La responsabilité de l'Etat du fait du juge italien», en *Revue des Affaires Européennes* núm. 4, 2007-2008, espec. pp. 724 y ss.) y B) la STJ, as. Comisión c. España, de 12.11.2009 (C-154/08) [vid. LÓPEZ ESCUDERO, M., «Case C-154/08, *Commission v. Spain*, Judgment of the Court (Third Chamber) of 12 November 2009, not yet reported» en *Common Market Law Review*, núm. 1, 2011, pp. 227 y ss.; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUERO, D., «La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis», *WPIDEIR (Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional)* núm. 13, 2012, espec. pp. 4 y ss.; y TABOROWSKI, M., «Infringement proceedings and non-compliant national Courts», en *Common Market Law Review* núm. 6, 2012, espec. pp. 1891 y ss.]

9. Si bien hay que precisar que lo hace de modo abstracto o principal; pues, entrando a valorar el concreto incumplimiento imputable al órgano jurisdiccional austriaco (y eliminando, por tanto, cualquier margen de apreciación al tribunal nacional que conocía de la pretensión indemnizatoria), el Tribunal de Luxemburgo excluyó expresamente la responsabilidad patrimonial para el caso planteado en el proceso originario, por considerar que el incumplimiento –aunque existente– no superaba el umbral de intolerabilidad como para constituir una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión: «En dicho contexto, y habida cuenta de las circunstancias de este asunto, no se puede considerar que la violación comprobada en el apartado 119 de la presente sentencia tenga un carácter manifiesto y, por tanto, esté suficientemente caracterizada» (aptdo. 124).

responsabilidad del Estado con el fin de obtener por dicha vía una protección jurídica de sus derechos» (aptdo. 34).

Como refuerzo argumentativo, esta Sentencia trajo a colación lo que sucede en el ámbito del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, en donde el Tribunal de Estrasburgo puede condenar a un Estado a reparar los daños que un comportamiento contrario al citado Convenio haya producido a las personas perjudicadas, incluidos los supuestos imputables a los órganos jurisdiccionales nacionales que resuelven en última instancia (aptdo. 49).

3. SUPERACIÓN DE LAS OBJECIONES, EN ESPECIAL LA RELATIVA A LA COSA JUZGADA

Ahora bien, para sostener la responsabilidad por incumplimiento judicial, previamente el Tribunal de Justicia se vio obligado a desmontar dos clásicas objeciones que se suelen oponer ante esta hipótesis: la de la fuerza de cosa juzgada y la de la independencia y autoridad de los jueces. Respecto de la primera –que tiene especial interés ahora, porque se trata de un óbice que también se argüirá por el Estado incumplidor en la *Sentencia Ferreira*–, señalará acertadamente que el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial no tiene como consecuencia cuestionar la fuerza de cosa juzgada de la resolución, especificando que «el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico comunitario exige tal reparación, pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño» (aptdo. 39). Tal modo de argumentar no debiera presentar especiales dificultades de comprensión para nosotros a partir de la experiencia habida en nuestro ordenamiento sobre la responsabilidad del Estado por error judicial¹⁰, en donde la lógica

10. Artículos 292 y ss. LOPJ. En su caso, con la ayuda de lo precisado: A) por el Tribunal Constitucional, hace ya cierto tiempo, en su STC 39/1995, de 13.02.1995 (RTC 1995, 39), que apreció lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como derecho al cumplimiento y ejecución de la Sentencia en sus propios términos y sin dilaciones indebidas, debido a que, iniciado un proceso de declaración de error judicial ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ésta ordenó la suspensión parcial de la ejecución instada ante la Audiencia Provincial de su Sentencia previa: «el procedimiento regulado en los artículos 292 y ss. de la LOPJ tiene por objeto obtener un reconocimiento formal del error judicial del anormal funcionamiento de la Administración de justicia, que servirá de título para reclamar frente al Estado la indemnización procedente, *no pretende una modificación del tenor de la resolución en que se haya convertido el supuesto error*, salvo en los supuestos, en que de ésta se derive una privación de derechos fundamentales; de lo contrario; este procedimiento se convertiría en una nueva instancia y ya no tendría sentido reclamar una indemnización del Estado. Esto significa que, *en el presente supuesto, sea cual sea la decisión que finalmente adopte el Tribunal Supremo, no implicará nunca una revisión de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao, que deberá cumplirse en sus propios términos*» (FJ 4, la cursiva está añadida; debemos prescindir aquí de la excepción mencionada para el caso de si hubiera habido una violación de un derecho fundamental, de difícil intelección en el concreto contexto en el que se formula). B) Por el Tribunal Supremo, más recientemente, cuando ha reconocido que el remedio excepcional y subsidiario en que consiste la declaración de error judicial «*no permite que el justiciable obtenga la sentencia correcta y vea satisfecho su derecho con cargo a quien debe serlo, la parte contraria en el litigio, sino que*

indemnizatoria en ningún momento exige la modificación de la resolución reputada errónea, sino que precisamente se articula a partir de resoluciones firmes y definitivas¹¹.

La segunda objeción es la que señalaba que la responsabilidad patrimonial en caso de resolución judicial podía afectar a la independencia y autoridad judiciales. El Tribunal de Luxemburgo rechazó tales razonamientos argumentando que, como la responsabilidad no se refiere a la persona del Juez sino al Estado, su independencia no se pone en riesgo (aptdo. 42). Y, por lo que respecta a la autoridad, el Tribunal dio la vuelta al argumento diciendo que la existencia de una vía de reparación de los efectos perjudiciales de una resolución judicial errónea «también podría considerarse la confirmación de la calidad de un ordenamiento jurídico y, por tanto, en suma, también de la autoridad del poder judicial» (aptdo. 43).

4. EL PROBLEMA DE LA INEXISTENCIA O INADECUACIÓN DE LAS VÍAS INTERNAS PARA SU MATERIALIZACIÓN

Un último obstáculo aducido en sede luxemburguesa por la representación procesal de algunos Gobiernos era el relativo a la dificultad de los ordenamientos estatales (al menos, de algunos de ellos) para designar el órgano jurisdiccional que sería competente para conocer de las pretensiones indemnizatorias basadas en el incumplimiento del Derecho de la Unión que fuese imputable, precisamente, a un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia. Pues bien, aquí el Tribunal de Justicia adoptará su inveterada postura ante los casos de inadecuación de los ordenamientos estatales a las exigencias derivadas del ordenamiento de la Unión Europea: «corresponde a los Estados miembros permitir a los interesados invocar dicho principio [el de la responsabilidad estatal por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión] poniendo a su disposición una vía de Derecho adecuada. La realización de dicho principio no puede quedar comprometida por la inexistencia de un foro competente» (aptdo. 45). Dicho de otra manera, al Derecho de la Unión le resulta literalmente intolerable un «metaincumplimiento» de este tenor.

Este último razonamiento resulta especialmente interesante recordarlo ahora porque también en la *Sentencia Ferreira* veremos que, de alguna manera, se reitera esta objeción.

5. EL REQUISITO DE LA VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA EN EL CASO DEL INCUMPLIMIENTO JUDICIAL

Establecida la vigencia de los tres conocidos requisitos básicos (a partir de la *Sentencia Brasserie*) para la existencia de una responsabilidad patrimonial de los Estados

constituye un requisito para que dicho justiciable reclame una *indemnización con cargo a las arcas públicas*» (STS, Sala Primera, de 14.01.2014, rec. núm. 32/2011, ponente SARAZÁ; reiterado en la STS, Sala Primera, de 11.02.2016, rec. núm./2013, ponente MARÍN; las cursivas están añadidas).

11. Ex artículo 293.1, f) LOPJ. Diferente es, sin embargo, el supuesto de interposición de un recurso extraordinario de revisión penal, que –éste sí– puede modificar la Sentencia que se revisa (como es lógico) y con el que, además, se puede obtener la indemnización prevista en el artículo 960 LECrim; pero donde ésta no suele ser la pretensión principal en muchos casos.

en caso de incumplimiento del Derecho de la Unión –esto es, que la norma de la Unión conculcada tuviera por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación fuera suficientemente caracterizada y que existiera una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño–, también para el caso de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia (aptdo. 52), las especificidades era de esperar que se manifestaran en el segundo de ellos, es decir, en la aplicación al ámbito de las actuaciones jurisdiccionales del debatido concepto de la violación suficientemente caracterizada¹².

Inicialmente podría parecer que el Tribunal de Justicia adoptaba una interpretación de signo tendencialmente restrictivo –dicho más expeditivamente, un tanto condescendiente o de mayor margen de tolerancia con los tribunales estatales–, puesto que comienza advirtiendo que «se han de tener en cuenta *la especificidad de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de la seguridad jurídica*», para concluir que, en este supuesto, la responsabilidad «solamente puede exigirse en el *caso excepcional* de que el Juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable»¹³.

Ahora bien, este carácter «manifiesto» (y «grave») del incumplimiento es, precisamente, el significado que el Tribunal ha venido atribuyendo a la cualidad de «violación suficientemente caracterizada». Además, tal manifiesta infracción será requisito *necesario* pero también *suficiente* a efectos de considerarse cumplida esta exigencia.

-
12. Para mayor profundización en este requisito clave del Derecho de la Unión puede consultarse COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, espec. pp. 63 y ss.
 13. S. Köbler, *cit.*, aptdo. 53, las cursivas están añadidas. Sobre esta exigente caracterización, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., «Responsabilidad de los tribunales nacionales y Derecho comunitario», en *Poder Judicial* núm. 71, 2003, p. 242, considera que se trata de un «estándar que difícilmente permitirá activar el mecanismo resarcitorio contra los Tribunales nacionales», si bien un poco más adelante advierte que esta caracterización estricta o restringida «es sólo una advertencia de cara al futuro pues el Tribunal, como dueño que es de su propia jurisprudencia, podrá flexibilizar los requisitos si lo estima necesario» (p. 249). También GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario imputable a sus órganos jurisdiccionales. A propósito de la Sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01)», en *Revista General de Derecho Europeo* núm. 3, 2004, p. 20, concluye que «serán extremadamente raros y excepcionales los supuestos en los que su actuación [se refiere a los jueces nacionales] generen en la práctica la obligación a cargo del Estado de reparar los perjuicios sufridos por los particulares». Por su parte, CARTABIA, M., «El diálogo entre los Tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, p. 232, ha señalado que el Tribunal de Justicia se muestra «bastante valiente al afirmar el principio de responsabilidad civil por las violaciones del Derecho europeo causadas por los tribunales supremos, pero bastante prudente al limitar las hipótesis de daño resarcible sólo a los casos determinados por violación manifiesta, denotando así una actitud muy consciente de la función jurisdiccional». Pueden encontrarse ulteriores opiniones en el trabajo de BEUTLER, B., «State liability for breaches of Community Law by National Courts: Is the requirement of a manifest infringement of the applicable Law an insurmountable obstacle?», en *Common Market Law Review* núm. 46, 2009, espec. pp. 781 y ss.

A este respecto, la posterior *Sentencia Traghetti del Mediterraneo* clarificó un poco más algunos aspectos¹⁴. Así, en esta Sentencia el Tribunal de Luxemburgo ya estableció que una legislación nacional: a) no puede excluir ámbitos específicos de la función jurisdiccional, a efectos de responsabilidad por incumplimiento¹⁵; y b) puede precisar los criterios relativos a la naturaleza o al grado de una infracción que deben reunirse para que se pueda exigir esta responsabilidad estatal, pero tales criterios «no pueden, en ningún caso, imponer exigencias más estrictas [se refería con esto, en el caso, al dolo o culpa del juez exigido por el ordenamiento italiano] que las derivadas del requisito de una infracción manifiesta», tal y como se había precisado ya en la *Sentencia Köbler*¹⁶.

Además, para el Tribunal de Justicia resulta meridianamente claro que una violación es suficientemente caracterizada cuando la resolución judicial se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia¹⁷.

A este respecto, es verdad que la mayoría de las opiniones vertidas sobre lo que el Tribunal de Luxemburgo dijo en *Köbler* se inclina por considerar que ha significado una restricción sobre la línea anterior (o, desde la otra perspectiva, un mayor laxitud para con los incumplimientos judiciales). Y hay datos que a primera vista parecerían corroborarlo, como son: a) las referencias a la «especificidad» de la función jurisdiccional o a la seguridad jurídica –tal y como habían señalado los Estados que formularon alegaciones en el proceso (alegaciones tendentes todas ellas a limitar el alcance del pronunciamiento)¹⁸–; b) la utilización de expresiones como «caso excepcional» e infringir «de manera manifiesta el Derecho aplicable» (que acabamos de ver); o incluso, en otro orden de consideraciones, c) el dato de que, frente a lo propuesto por el Abogado General (que se mostró favorable), el tratamiento dado a las

14. Se trata de la STJ, as. *Traghetti del Mediterraneo*, de 13.06.2006 (C-173/09), que responde a una cuestión prejudicial planteada con anterioridad a la *S. Köbler*. Un análisis de la relación entre ambas sentencias en IADICILLO, M. P., «Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale», en *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 2, 2011, espec., pp. 415 y ss.
15. Como era el caso de la legislación italiana relativa a la responsabilidad estatal por actuaciones de los órganos judiciales que la excluía tanto en el ámbito de la actividad interpretativa como en el de la apreciación de los hechos y las pruebas (*S. Traghetti del Mediterraneo*, cit., aptdos. 30 a 41).
16. *S. Traghetti del Mediterraneo*, cit., aptdo. 44; vid., a este propósito, HERVOUÉT, F., «Cour de justice, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*», en *Revue des Affaires Européennes* núm. 2, 2006, espec. pp. 372 y ss.
17. *S. Köbler*, cit., aptdo. 56 y *S. Traghetti del Mediterraneo*, cit., aptdo. 35. De análoga manera, por cierto, a como se hizo en *Brasserie*, cit. (aptdo. 57) cuando, tras la formulación de los requisitos para la responsabilidad estatal por incumplimiento del legislador, se añadió que *en cualquier caso* habrá violación suficientemente caracterizada cuando la situación persistiera tras una sentencia (de incumplimiento o prejudicial) al respecto o tras una jurisprudencia reiterada en la materia.
18. Repárese en que los gobiernos austriaco, francés y británico rechazaban la posibilidad misma de este nuevo supuesto de responsabilidad estatal, que los gobiernos alemán y holandés lo aceptaban con limitaciones y que la propia Comisión defendería que sólo se admitiese cuando el órgano judicial abusase manifiestamente de sus facultades o menoscabase visiblemente el sentido y el alcance del Derecho de la Unión.

pretensiones del Prof. Köbler por el Tribunal de su país en el proceso originario no comportase, a juicio del de Luxemburgo –que entró a valorar si el incumplimiento judicial había constituido una violación suficientemente caracterizada–, la responsabilidad de Austria, como ya ha quedado indicado. Todo ello, efectivamente, podría dar pie a que los Tribunales estatales que conozcan de reclamaciones indemnizatorias de esta índole aprovechasen, indebidamente, esta circunstancia para extremar su rigor en la apreciación de si ha existido o no una infracción manifiesta del Derecho de la Unión por parte de un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia.

Pero también debe observarse que, como se ha dejado dicho, en sustancia el requisito de la «violación suficientemente caracterizada» se ha mantenido incólume, pues siempre había sido connotado como una infracción manifiesta y grave. Y, como también hemos visto, en la *Sentencia Traghetti del Mediterraneo* se ha negado expresamente la posibilidad de añadir ningún otro requisito extraído del ordenamiento estatal a este concepto de la violación suficientemente caracterizada¹⁹, que es propio (y autónomo) del Derecho de la Unión Europea.

Lo que sí ha de tenerse en cuenta –y esto lo admite expresamente el Tribunal de Justicia, como ya hemos recogido un poco más arriba, al hablar de la especificidad de su función– es que en el ejercicio del *ius dicere* los tribunales estatales tienen, indudablemente, un margen de apreciación inescindible de su labor interpretativa de los textos legales. Como ésta no es una actividad «automática», sino que la elección de la disposición aplicable y la atribución de su «debido» significado son actuaciones muchas veces muy complejas, con indudable margen para la opción interpretativa, habrá que entender que sólo habrá una violación suficientemente caracterizada (generadora de la responsabilidad estatal) cuando el órgano jurisdiccional rebase de manera manifiesta y grave este margen. Pero esto es, ni más ni menos, lo que de siempre ha venido diciendo el Tribunal sobre el tan reiterado requisito de la violación suficientemente caracterizada.

Así parece que viene a corroborarse por el propio Tribunal de Justicia años más tarde, en su importante Dictamen de 2011, cuando afirmó expresamente que «el principio según el cual un Estado miembro está obligado a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho de la Unión que le sean imputables es válido para cualquier supuesto de violación de ese Derecho, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se

19. Tan es así que, por seguir manteniendo vigente en el ordenamiento italiano la Ley que restringe indebidamente los requisitos para la obtención de una indemnización por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea, tras haberse dictado la *S. Traghetti del Mediterraneo*, *cit.*, la Comisión demandó por incumplimiento a Italia ante el Tribunal de Justicia, proceso que ha acabado con una nueva declaración de incumplimiento en la STJ, as. Comisión c. Italia, de 24.11.2011 (C-379/10). Lo han comentado con detalle PACE, A., en «Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice», en *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 6, 2011, pp. 4724 y ss.; y DI COMITÉ, V., en «El principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE debida a resoluciones judiciales y su difícil aplicación en el Derecho italiano», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* núm. 47, 2014, pp. 49 y ss.

deba el incumplimiento, *principio que se aplica también, con determinadas condiciones específicas, a los órganos jurisdiccionales*»²⁰.

En cualquier caso, aunque el riesgo de una muy estricta interpretación existe, nada impide tampoco una evolución interpretativo-aplicativa (con los mismos conceptos reguladores, se insiste) o una corrección por parte del Tribunal de Justicia (por vía prejudicial, en su caso) si el principio deviene inane en manos de los tribunales estatales. No parece, entonces, que con todas estas razones pueda sustentarse el carácter inexorablemente más restrictivo de este supuesto de incumplimiento o, al menos, que sea imposible su debida reconducción, si fuera necesario.

Todo ello sin perjuicio, naturalmente, del respeto institucional, de la colaboración y del diálogo que pueda preferir mantener el Tribunal de Justicia con los órganos jurisdiccionales estatales, que también tienen por función garantizar que se cumpla y respete el Derecho de la Unión Europea.

6. EL INCUMPLIMIENTO CONSISTENTE EN LA OMISIÓN DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Las cuestiones que presenta la no solicitud de una interpretación al Tribunal de Luxemburgo, por parte de un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia, y que ahora interesan especialmente, son varias y conviene advertir, de entrada, que la óptica del incumplimiento a efectos indemnizatorios aporta nuevas perspectivas.

En efecto, en recurso directo por incumplimiento, el Tribunal de Justicia nunca se ha pronunciado sobre –ni por lo tanto, ha declarado (en los términos previstos en el art. 260.1 TFUE)– la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro por tal razón. Es cierto que estuvo a punto de hacerlo, precisamente, con España pero el modo en que la Comisión planteó el preceptivo requerimiento previo del artículo 258 TFUE lo impidió²¹.

20. Dict. 1/09, de 28.3.2011, del Pleno del Tribunal, aptdo. 86 (la cursiva está añadida).

21. En efecto, la *S. Comisión c. España*, cit. *supra*, en la nota 8, se dictó en un recurso por incumplimiento cuyo objeto era una Sentencia del Tribunal Supremo español relacionada con determinadas actividades de los registradores de la propiedad consideradas no sujetas al IVA (la STS de 12.07.2003 [RJ 2003, 5455]), rec. núm. 42/2002, Ponente MATEO DÍAZ, dictada en recurso de casación en unificación de doctrina). Más concretamente, dilucidando de manera definitiva las diferentes interpretaciones jurisdiccionales existentes, esta Sentencia fijó la doctrina legal, en el sentido de que determinadas actividades de los registradores, actuando como liquidadores en las Comunidades Autónomas, consistían en la prestación de un servicio de la propia Comunidad Autónoma y, por tanto, no estaban sujetas al IVA. El recurso de la Comisión contra esta interpretación fue estimado y, en consecuencia, el Tribunal de Justicia, declaró formalmente que España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la «Sexta Directiva». El Tribunal de Luxemburgo también constata que el Tribunal Supremo español había dictado su sentencia, contra la que no cabía recurso alguno, *sin plantear una cuestión prejudicial* del artículo 267 TFUE, pero como la Comisión no había mencionado en su requerimiento este hipotético incumplimiento, la Sentencia no podrá tomarlo en consideración y, por lo tanto, tal «no planteamiento» quedará al margen del análisis del incumplimiento.

Por eso, la perspectiva desde la que ahora se enfoca –y que culminará con la *Sentencia Ferreira* (objeto más directo de este trabajo)– resulta especialmente interesante.

Volviendo a la *Sentencia Köbler*, para ayudar en la delimitación de cuándo se produce una infracción manifiesta del Derecho de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia indicó que el juez nacional que conozca de una pretensión de este tipo debe tener en cuenta todos los elementos que caractericen la situación que se le haya sometido y, en particular, los cuatro que ya adelantó en la *Sentencia Brasserie*: esto es, el grado de claridad y precisión de la norma, el carácter excusable o no del error de Derecho, la intencionalidad de la infracción y la posición adoptada por alguna institución de la Unión²². Pero a ellos añade (aptdo. 55) un nuevo factor o criterio, cual es el del incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial (*ex art. 267, párrafo tercero TFUE*) por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales que resuelvan en última instancia²³.

Esta circunstancia merece un poco más de atención porque ofrece peculiares dificultades de apreciación. Sin embargo, la *Sentencia Köbler* no aportó precisión ulterior alguna para la determinación de cuándo existe, para este supuesto de incumplimiento de la obligación de plantear cuestión prejudicial, una infracción *manifiesta* del Derecho de la Unión Europea constitutiva de una violación suficientemente caracterizada.

El Abogado General LÉGER sí que se extendió más²⁴ y señaló, preliminarmente, que el mecanismo de la cuestión prejudicial sirve como garantía de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, está al servicio de la protección efectiva de los derechos establecidos en el ordenamiento de la Unión a favor de los particulares, y, finalmente, se inserta en la garantía judicial clásica consistente en el «derecho al juez»²⁵. De todo ello concluía que es lógico y razonable considerar que el incum-

22. Por cierto que estos dos últimos elementos o criterios clarificadores se reiteran en contra de la opinión del Abogado General, que no los consideraba pertinentes para el caso del incumplimiento judicial (*vid. sus Conclusiones, cit.,* aptdos. 154 a 156).

23. Téngase en cuenta, incidentalmente, que esta referencia a «la última instancia» ya ha sido interpretada por el Tribunal de Luxemburgo –definitivamente, a partir de su STJ, as. Lyckeskog, de 04.06.2002 (C-99/00), y ratificada en la STJ, as. Intermodal, de 15.09.2005 (C-495/03)– no en sentido orgánico (el criterio de los existentes en el diseño judicial de los órganos), sino atendiendo al caso o asunto concreto. En esta Sentencia se razona que el objetivo principal de la obligación de remisión judicial establecido en el artículo 267 TFUE (que no es sino impedir que en un Estado miembro se consolide una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho de la Unión) se alcanza cuando quedan sujetos a esta obligación de remisión los Tribunales Supremos «así como cualesquiera órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial» (aptdo. 15). Al respecto, *vid.* el preciso resumen de la cuestión que hace ALONSO GARCÍA, R., en *El Juez español y el Derecho comunitario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, pp. 226 y ss. Merece también la remisión aquí, *mutatis mutandis*, a las doctas Conclusiones del Abogado General RUIZ-JARABO, as. Roda Golf (C-14/08), presentadas el 05.03.2009, aptdos. 28 a 37.

24. En sus Conclusiones, presentadas el 08.04.2003, aptdos. 144 a 148.

25. Ordinario y predeterminado por la Ley, añadiríamos para expresarlo con nuestros términos constitucionales (art. 24.2 CE). Como refuerzo de su argumentación, el Abogado General trae a colación tanto jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (sobre el alcance de la cuestión

plimiento *manifesto* de una obligación de plantear la cuestión prejudicial por una jurisdicción suprema es, por sí mismo, susceptible de originar la responsabilidad estatal²⁶. Para mayor clarificación, también señaló que no se produce, a su juicio, ni siquiera un incumplimiento (y, mucho menos, entonces, habrá que entender, una violación manifiesta de su obligación *ex art.* 267 TFUE, comprometedora de la responsabilidad patrimonial de su Estado) cuando el Tribunal estatal no plantea la cuestión prejudicial porque se ha atendido a una jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia y, sin embargo, más tarde éste modifica su interpretación²⁷.

Este mismo Abogado General, en otro asunto en el que también se debatía la cuestión de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento judicial²⁸, aportó alguna precisión más. Así, tras destacar que, de entre los criterios aportados en *Köbler* para determinar cuándo se ha podido producir una violación suficientemente caracterizada, precisamente el de la obligación de remisión prejudicial tiene una importancia particular, el Abogado General LÉGER avanzará un par de hipotéticos supuestos en los que el no planteamiento de la cuestión prejudicial y la incorrecta aplicación «material» del Derecho de la Unión constituirían el presupuesto comprometedor de la responsabilidad estatal, porque, obviamente, si se hubiera solicitado la ayuda del Tribunal de Justicia, el Tribunal estatal habría aplicado correctamente el ordenamiento de la Unión y no habría habido incumplimiento de ningún tipo. Son estos dos los supuestos de incumplimiento manifiesto que ofrece este Abogado General:

1º) Cuando la norma jurídica que se ha infringido es poco clara y poco precisa, el error de Derecho de que se trata no es excusable porque, precisamente en ese caso, el órgano jurisdiccional supremo debería haber planteado una cuestión prejudicial, dado que no podía considerar que la solución que se había de dar a la cuestión jurídica planteada no dejaba lugar a ninguna duda razonable (en el sentido de la doctrina *Cilfit*)²⁹.

prejudicial en relación con el art. 6.1 CEDH) como jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (sobre esta misma cuestión, pero con respecto al art. 101 de la Constitución Alemana).

26. Conclusiones, *cit.*, aptdo. 148.
27. Éstas son sus palabras: «la responsabilidad del Estado no puede generarse por una resolución de un tribunal supremo contraria a la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia sienta después de aquélla, cuando tal resolución sea conforme con la jurisprudencia existente en su fecha de adopción y, especialmente, cuando dicha jurisprudencia podía considerarse definitivamente consolidada. En efecto, en tal caso, si existe alguna discrepancia, no puede imputarse al tribunal supremo de que se trate haber incumplido alguna de sus obligaciones, puesto que se ha basado debidamente en la jurisprudencia existente en el momento en que se pronunció sobre el asunto. A mi juicio, este análisis no es incompatible con los efectos en el tiempo de las sentencias prejudiciales de interpretación» (aptdo. 142). Sobre la cuestión que apunta el Abogado General en esta última frase, *vid.* lo que se dice un poco más adelante en el texto.
28. Conclusiones, as. *Traghetti del Mediterraneo*, *cit.*, presentadas el 11.10.2005, aptdos. 65 a 81.
29. STJ, as. *Cilfit*, de 06.10.1982 (283/81), aptdos. 16 a 20. Sobre la relación de la *S. Köbler* con esta *S. Cilfit*, donde —como es sabido— se acuñó la doctrina del «acto claro» a efectos de exención del planteamiento de la cuestión prejudicial, *vid.* SIMON, D., «La responsabilité des États membres en cas de violation du Droit communautaire par une juridiction suprême», en *Europe*, núm. 11,

2º) A la inversa, cuando la norma jurídica que se ha infringido es clara y precisa, el error de Derecho de que se trata es menos excusable, porque si el órgano jurisdiccional hubiera considerado conveniente apartarse de ella tendría que haber planteado, igualmente, una cuestión prejudicial. Y con mayor razón aún en el caso de que hubiera deseado asimismo apartarse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia: en esta hipótesis, al órgano jurisdiccional nacional sólo le quedaría la posibilidad de plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia aportándole nuevos elementos de reflexión susceptibles de conducir a éste a responder de manera distinta a una cuestión ya resuelta.

Así, por tanto, vemos que habrá casos de incumplimiento «material» del ordenamiento de la Unión Europea que pueden calificarse de constitutivos de una violación suficientemente caracterizada por venir agravados por el incumplimiento «formal» que supone la indebida omisión de la solicitud prejudicial por parte del órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia. Recuérdese, además, que es reiteradísima jurisprudencia la que señala que lo propio de la respuesta a una solicitud de cuestión prejudicial interpretativa es aclarar y precisar el significado y el alcance de la disposición del ordenamiento de la Unión, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor y que, por tanto, dicha disposición, así interpretada, puede y debe ser aplicada por el Juez nacional incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la Sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación³⁰.

Pero hay otra hipótesis más compleja de omisión de planteamiento de la cuestión prejudicial que puede comprometer la responsabilidad estatal. A diferencia de los casos anteriores, se trataría del supuesto que podemos describir de la manera siguiente.

En un proceso en el que resulta decisiva la aplicación del Derecho de la Unión Europea, la interpretación de éste se hace de manera opuesta por las partes intervinientes (y de forma razonablemente argumentada, podemos añadir) y, además, no existe pronunciamiento previo al respecto por parte del Tribunal de Justicia; pero el Tribunal estatal que resuelve en última instancia no plantea cuestión prejudicial, resolviendo según su propia interpretación del ordenamiento europeo (que puede ser la de una de las partes u otra tercera). La resolución final –se insiste– no tiene ni el respaldo ni el rechazo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por la sencilla razón de que ésta no existe. Ha habido, pues, incumplimiento «formal» del Derecho de la Unión –puesto que la disposición

2003, p. 5; WATTEL, P., «Köbler, Cilfit y Welthgrove: we can't go on meeting like this», en *Common Market Law Review* núm. 1, 2004, pp. 178-179; y BAQUERO CRUZ, J., *op. cit.*, pp. 51 y ss.

30. Prácticamente con estas mismas palabras lo dijo el Tribunal de Justicia hace más de treinta años [en la STJ, as. Denkavit, de 27.03.1980 (61/79, aptdo. 17)] y lo sigue diciendo en la actualidad [vid. la STJ, as. Starjakob, de 28.01.2015 (C-417/13, aptdo. 63)]. Sobre esta cuestión –en la que ahora no procede detenerse–, y lo excepcional que resulta una sentencia interpretativa con limitación de sus efectos temporales, puede consultarse CIENFUEGOS MATEO, M., *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros*. Bosch. Barcelona, 1998, espec. pp. 271 y ss.; y posteriormente COBREROS MENDEZ, E., «Las sentencias prospectivas en las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho comunitario», en *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 4, 2002, pp. 631 y ss.

supranacional era controvertida por las partes y no había sido aclarada por el Tribunal de Luxemburgo–, pero no tenemos seguridad o certeza ni de que sea una aplicación correcta ni de que sea un incumplimiento «material» del ordenamiento europeo.

En estas circunstancias, el perjudicado por la decisión judicial podría apreciar que ha habido un incumplimiento de la previsión establecida en el artículo 267 TFUE y, considerando que se ha aplicado mal (incumplido, por tanto) la disposición europea controvertida, reaccionar solicitando una indemnización al Estado. Ahora bien, para obtener esta última uno de los requisitos inexcusables es el de la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño producido, debiendo probar quien solicita la indemnización que el no planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del órgano judicial estatal ha sido la causa directa del daño sufrido en sus derechos³¹. Sin embargo, en este caso, el particular no puede demostrar que, precisamente, por no plantear la cuestión prejudicial se le ha producido el daño ya que, para lograr eso, tendría que probar que, de haberse solicitado la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia habría avalado su interpretación del ordenamiento de la Unión y, en consecuencia, la posterior resolución judicial de fondo habría sido distinta y favorable a sus pretensiones.

Contra una pretensión indemnizatoria de este tenor, es más que probable que surgiera la clásica objeción consistente en argumentar que no ha quedado probado que el daño que se le ha originado (y que el solicitante tenderá a identificar con lo establecido en su pretensión en el proceso *a quo*) sea real y efectivo, sino que más bien se trata de una mera posibilidad o una simple hipótesis aducida por una de las partes y que, además, tiene en su contra la resolución judicial firme (la que, sin plantear la cuestión, no le ha dado la razón). Solventar así el problema, sin embargo, produce una cierta frustración y la sensación de cuestión mal resuelta, puesto que también parece evidente que algún *tipo de perjuicio ya se le ha originado* al particular con la negativa del Tribunal estatal a consultar al máximo intérprete del Derecho de la Unión, en un caso en el que así estuviera previsto en el Tratado. A estos efectos, el concepto cada vez más admitido –aunque nada sencillo de aplicar– de «pérdida de oportunidades procesales», como perjuicio indemnizable, podría tener en este ámbito algún campo de aplicación. Es cierto que en la *Sentencia Köbler* no se menciona, pero sí aparece una referencia a este concepto en las Conclusiones del Abogado General LÉGER, que lo considera un daño moral que podría ser indemnizable³².

Pero –se insiste– ésta sería una hipótesis en la que no quedaría claro el incumplimiento «material» del Derecho de la Unión y, por lo tanto, restaría sin dilucidar la errónea interpretación y aplicación del Derecho de la Unión. Pues bien, veremos que tal es, justamente, la circunstancia en la que se produce la *Sentencia Ferreira*, y que ésta solventa con gran expeditividad, tanto por parte del órgano jurisdiccional estatal al plantearlo directamente, como por parte del Tribunal de Justicia, que no pone objeción alguna a contestar sobre el «prerrequisito» y, en consecuencia, resuelve directamente con su autoridad sobre la (in)correcta solución adoptada por el Tribunal *a quo* en el

31. Carga de la que se hace eco el Abogado General LÉGER en el aptdo. 151 de sus Conclusiones, *cit.*

32. Conclusiones, *cit.*, aptdos. 149 a 152. Para una mayor profundización en este aspecto, puede consultarse COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado...*, *cit.*, pp. 145 y ss.

litigio originario (y sobre el que, con posterioridad, se articula el pleito indemnizatorio en el que se produce esta solicitud de colaboración al Tribunal de Luxemburgo).

7. RESUMEN VALORATIVO

Con la *Sentencia Köbler* se amplían definitivamente los supuestos aplicativos del principio de la responsabilidad patrimonial a un ámbito especialmente delicado y difícil en el que, además, los pronunciamientos de incumplimiento estatal por parte del Tribunal de Justicia habían quedado –hasta entonces, se insiste– intencionadamente descartados por la Comisión³³.

Además, no admite «excusas» por parte de los Estados miembros, en el sentido de que su ordenamiento interno no prevea un sistema equivalente de responsabilidad judicial sobre el que articular esta responsabilidad de Derecho de la Unión, sino que es su obligación (también de Derecho supranacional) permitir un ejercicio efectivo de la acción indemnizatoria en estos casos.

A efectos del requisito de la violación suficientemente caracterizada (exigible asimismo para este supuesto), hay que tener en cuenta la especificidad de la función jurisdiccional, por lo que se cumplirá sólo cuando, por parte del Tribunal estatal que resuelve en última instancia, se extravasen de manera manifiesta y grave los márgenes interpretativos que le otorga el Derecho de la Unión Europea que tenga que aplicar.

A este respecto, el no planteamiento de la cuestión prejudicial, por parte de un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial interno, no cabe duda de que constituye un incumplimiento; pero en la construcción *Köbler* no resulta del todo precisado cuándo tal incumplimiento constituye una infracción manifiesta del ordenamiento de la Unión. Y, en todo caso, nunca hay que perder de vista –y menos en esta hipótesis– el clásico requisito de la relación de causalidad, esto es, que el no planteamiento de la cuestión prejudicial haya sido la causa directa de que el órgano jurisdiccional estatal haya interpretado y, sobre todo, aplicado mal el Derecho de la Unión, causando así una lesión al perjudicado en sus derechos.

III. LA SENTENCIA FERREIRA: PLANTEAMIENTO

Esta Sentencia del Tribunal de Justicia se produce tras una serie de circunstancias que ahora relataremos de la manera más sucinta posible. En el origen del caso se

33. Respecto a la significación de este supuesto de infracción, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO ha señalado que «no sólo afina las relaciones existentes entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales, sino que también marca una nueva etapa en el proceso de integración, donde los amotinamientos judiciales ya no serán vistos con la cautela de antes. En este sentido, *Köbler* es un pronunciamiento que endurece considerablemente la relación entre el Juez comunitario y el Juez nacional y contribuye a jerarquizar unas relaciones que nacieron en un plano de igualdad» («Responsabilidad de los tribunales nacionales...», *cit.*, pp. 247-248). Sobre esta importante cuestión, este mismo autor ha profundizado, acertadamente, en *Poder Judicial e integración europea. (La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión)*. Civitas. Madrid, 2004, espec., pp. 277 y ss.

encuentra una empresa del ámbito del transporte aéreo que se disuelve y que, como consecuencia de tal disolución, procede a un despido colectivo. Otra empresa, que era la principal accionista de la anterior, comienza a realizar algunos vuelos que tenía comprometidos la ya disuelta. El problema judicial que se suscita, entonces, es si se había producido una transmisión de centro de actividad, al menos parcial, con las consecuencias que ello acarrea con respecto a los despidos producidos.

En primera instancia se dio la razón a los trabajadores, al considerar que había habido, efectivamente, una transmisión parcial de centro de actividad. En apelación se revocó la sentencia anterior, al apreciarse prescripción en el ejercicio de la acción impugnatoria del despido. Finalmente, el asunto llegará en casación al Tribunal Supremo portugués.

Importa destacar que los recurrentes solicitaron a este último órgano jurisdiccional que elevara una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en relación con la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12.03.2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Sin embargo, el Tribunal Supremo portugués no estimó necesario el planteamiento de tal cuestión, aduciendo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la interpretación de las normas de la Unión sobre la transmisión de centros de actividad, no suscitaba «ninguna duda relevante» en la interpretación de dichas normas «que requir[ri]era el planteamiento de una petición de decisión prejudicial». Finalmente, el Tribunal Supremo portugués fallará –contra las pretensiones de los recurrentes– que no se había producido transmisión de la actividad económica de una empresa a la otra.

Así las cosas, los recurrentes interpusieron en la jurisdicción civil una demanda de responsabilidad civil extracontractual contra el Estado luso, alegando en su demanda que la sentencia era manifiestamente ilegal, por incurrir en una interpretación errónea del concepto de «transmisión de centro de actividad» en el sentido de la Directiva 2001/23 y añadiendo que dicho órgano jurisdiccional había incumplido su obligación de plantear al Tribunal de Justicia la pertinente cuestión prejudicial de interpretación del Derecho de la Unión.

Ahora bien, como ya hemos visto, para que una demanda de responsabilidad patrimonial de esta índole prospere es requisito indispensable que se haya producido un incumplimiento del Derecho de la Unión (en el caso, de la Directiva mencionada) por parte del Tribunal Supremo portugués. Y no sólo eso, sino que además tal incumplimiento debe constituir una violación suficientemente caracterizada. A este respecto, podemos recordar que, en el momento de ejercitar la acción indemnizatoria por los interesados, lo que había era una Sentencia firme, por un lado, y las alegaciones de los demandantes, por otro, ambas contrapuestas. Pero también es cierto que la autoridad de cosa juzgada de la sentencia del Tribunal Supremo portugués se podía ver, de alguna manera, empañada por su negativa al (solicitado) planteamiento de la cuestión prejudicial, que habría disipado toda duda sobre la correcta aplicación del Derecho supranacional.

A esto se une, asimismo –aunque en otro orden distinto de consideraciones–, el problema de que la Ley portuguesa que regula el régimen de responsabilidad civil

extracontractual del Estado y demás entidades públicas requiere, expresamente, que la pretensión indemnizatoria debe fundarse «en la previa revocación de la resolución lesiva por el órgano jurisdiccional competente», cosa que, obviamente, no se había producido con la sentencia a la que se le imputaba el incumplimiento –que era firme y definitiva– y por la que se solicitaba el resarcimiento.

Ante todo esto, la Sala Civil que conoce del pleito indemnizatorio decide suspender el proceso y preguntar al Tribunal de Justicia sobre los tres extremos relevantes en el asunto: si la interpretación de la Directiva efectuada por el Tribunal Supremo era incorrecta y, por tanto, suponía un incumplimiento del Derecho supranacional; si dicho Tribunal tenía que haber planteado la cuestión prejudicial *ex* artículo 267 TFUE; y si el requisito de la previa revocación de la resolución judicial que se considera lesiva resulta contrario al principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea³⁴.

Veremos a continuación, separadamente, estos tres aspectos abordados por la *Sentencia Ferreira*.

IV. LA ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO PORTUGUÉS

El presupuesto básico para cualquier aplicación del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados es, como ya sabemos, el del incumplimiento del

34. Éstos fueron los términos exactos de la (triple) cuestión planteada:

«1. ¿Debe interpretarse la Directiva 2001/23, y en especial su artículo 1, apartado 1, en el sentido de que el concepto de “transmisión de un centro de actividad” abarca una situación en la que se disuelve una empresa activa en el mercado de los vuelos chárter por decisión de su accionista mayoritario, que es a su vez una empresa activa en el sector de la aviación, y en la que, en el contexto de la liquidación, la empresa matriz:

- asume la posición de la sociedad disuelta en los contratos de arrendamiento de aviones y en los contratos vigentes de vuelos chárter celebrados con operadores turísticos;
- desarrolla la actividad antes efectuada por la sociedad disuelta;
- readmite a algunos de los trabajadores hasta entonces afectados a la sociedad disuelta y los coloca en funciones idénticas;
- recibe pequeños equipamientos de la sociedad disuelta?

2. ¿Debe interpretarse el artículo 267 TFUE en el sentido de que el Supremo Tribunal de Justicia, habida cuenta de los hechos descritos en la cuestión anterior y de la circunstancia de que los tribunales nacionales inferiores que habían conocido del asunto habían dictado resoluciones contradictorias, estaba obligado a remitir ante el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la interpretación del concepto de “transmisión de un centro de actividad” a efectos del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23?

3. ¿Se opone el Derecho de la Unión, y en especial los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Köbler* (C-224/01, EU:C:2003:513), sobre la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares en virtud de la vulneración del Derecho de la Unión cometida por un órgano jurisdiccional nacional que se pronuncie en última instancia, a que se aplique una norma nacional que exige como fundamento de la pretensión de indemnización ejercitada contra el Estado la previa revocación de la resolución lesiva?».

ordenamiento de la Unión. Y eso es lo que, en primer término, le interesa al tribunal luso: saber si lo que establece la Directiva, por un lado, y lo que había resuelto el Tribunal Supremo, por otro, coincidían o por el contrario divergían.

Como es sabido, al Tribunal de Justicia lo único que se le puede pedir es una interpretación del ordenamiento de la Unión Europea; pero también es conocido que siempre procura tener muy presente lo que le interesa al Tribunal nacional que le plantea la cuestión (a partir de las circunstancias del asunto concreto), de tal manera que, en todos los casos, intenta ofrecer una respuesta lo más útil posible. En este supuesto también su pronunciamiento resultará clarificador: de la interpretación de la Directiva ofrecida, se desprende (*sensu contrario*), sin margen de duda alguna, que el Tribunal Supremo portugués no había aplicado correctamente la Directiva.

Con esta primera intervención, el Tribunal que conoce de la demanda de indemnización tiene ya fehaciente constancia de que el Tribunal Supremo portugués había incumplido el Derecho de la Unión Europea. Mas falta aún la cualificación requerida para que tal incumplimiento genere el derecho a la indemnización, esto es, que constituya una violación suficientemente caracterizada, según el Derecho de la Unión. Incidentalmente debemos recordar que, según el ordenamiento interno luso, la exigencia es que sea manifiestamente ilegal (en este caso, en el sentido de contraria a la Directiva, como sostenían los demandantes). Vemos, así, que el tenor del principio indemnizatorio del Derecho de la Unión, tal y como lo ha acuñado el Tribunal de Justicia y la disposición legal portuguesa son muy similares. Pero teniendo siempre presente —y esta cautela es importante explicitarla ahora— que este concepto estatal de la «manifiesta ilegalidad» nunca podrá agravar el concepto supranacional de la «infracción manifiesta y grave» en que consiste la tan repetida violación suficientemente caracterizada³⁵.

Sobre esta cuestión de la existencia o no de una violación suficientemente caracterizada, en el caso concreto de que se trataba, ni el órgano jurisdiccional estatal había preguntado nada ni el Tribunal de Justicia avanzará, por su parte, criterio alguno³⁶.

A diferencia, pues, de lo sucedido en *Köbler*, quedará a la apreciación del Tribunal que conoce de la acción indemnizatoria la valoración de si tal incumplimiento es constitutivo o no de una violación suficientemente caracterizada, siempre con la cautela recién indicada a la hora de aplicar su Derecho de daños³⁷.

35. Recuérdese lo señalado *supra* en relación con lo que interpretó el Tribunal de Luxemburgo en su *S. Traghetti del Mediterraneo*, *cit.*, aptdo. 46, en el sentido de que el ordenamiento estatal no puede añadir ulteriores requisitos que agraven el de la violación suficientemente caracterizada, restringiendo las posibilidades indemnizatorias establecidas *ex iure europeo*.

36. Sí lo hará, por el contrario, en los términos que se recogen en el apartado siguiente, el Abogado General Bot en sus Conclusiones, presentadas el 11.06.2015, aptdo. 99.

37. A estos efectos no está de más recordar aquí la advertencia formulada por el propio Tribunal de Justicia en un asunto en el que se dilucidaba, también, una pretensión indemnizatoria por incumplimiento estatal (aunque no imputado a un órgano jurisdiccional, procede advertirlo) y no incurrir en una indebida exclusión de la responsabilidad estatal. Se trata de la reciente STJ, as. Ewaen Fred Ogieriakhi, de 10.07.2014 (C-244/13), aptdos. 48 a 55. Tienen asimismo interés la

V. LA OMISIÓN DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y SU ALCANCE

Con su segunda pregunta, el Tribunal civil desea saber si el Tribunal Supremo portugués estaba obligado a haber planteado una cuestión prejudicial interpretativa sobre la Directiva. Dado que no lo hizo así, con esta pregunta se va a poder dilucidar, simultáneamente, si el Tribunal Supremo portugués incumplió su obligación *ex* artículo 267, párrafo tercero TFUE.

Para contestar a esta cuestión, el Tribunal de Justicia partirá de su «doctrina general» al respecto³⁸, que podemos resumir así: los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, siempre que se plantee una cuestión de Derecho de la Unión, en principio, están obligados a plantear la cuestión prejudicial. No obstante, tal obligación tiene sus excepciones: a) cuando la cuestión no es pertinente; b) cuando la disposición del ordenamiento europeo ya ha sido interpretada por el Tribunal de Luxemburgo; y c) cuando la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna.

Apreciar si se produce esta última circunstancia (la más conocida como del «acto claro»), corresponde valorarlo y decidirlo, en exclusiva, al órgano jurisdiccional estatal. Ahora bien, para la válida aplicación de esta excepción al planteamiento de la cuestión prejudicial interpretativa, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta tres criterios: 1º) las características propias del Derecho de la Unión (que ha de entenderse, sobre todo, como su autonomía con respecto a los ordenamientos estatales), 2º) las dificultades concretas de interpretación que presente la disposición europea de que se trate y 3º) el riesgo de divergencias jurisprudenciales al respecto en el seno de la Unión Europea.

Respondiendo, a continuación, al interés más concreto del órgano que le formulaba la pregunta, el Tribunal de Justicia dejará claro que la existencia de resoluciones contradictorias dictadas por otros órganos jurisdiccionales nacionales no constituye, por sí sola, un elemento determinante que pueda imponer la obligación de plantear la cuestión prejudicial³⁹. Pero, teniendo en cuenta que la interpretación del concepto básico en cuestión en el primitivo pleito laboral (el de la «transmisión de un centro de actividad») había suscitado múltiples dudas en un gran número de órganos jurisdiccionales nacionales, que habían remitido el asunto al Tribunal de Justicia, tales dudas demuestran no

Conclusiones del Abogado General Bot (el mismo que en *Ferreira*), presentadas el 14.05.2014, a las que la sentencia se refiere. No podemos detenernos en todos los aspectos que ofrece este asunto, pero sí debemos llamar la atención sobre la relación establecida entre necesidad de plantear cuestión de interpretación, por un lado, y claridad (o no) de la norma a aplicar, por otro, a efectos de excluir (o no) la existencia de una violación suficientemente caracterizada.

38. *S. Ferreira, cit.*, aptdos. 38 a 45, que incluye una mención expresa a la *S. Cilfit, cit.* (en su aptdo. 38).

39. Ya que «el órgano jurisdiccional que se pronuncia en última instancia puede estimar, pese a una determinada interpretación de una disposición del Derecho de la Unión efectuada por órganos jurisdiccionales inferiores, que la interpretación que se propone dar a dicha disposición, distinta de la realizada por esos órganos jurisdiccionales, se impone sin ninguna duda razonable» (aptdo. 42).

sólo la existencia de dificultades de interpretación, sino también la existencia de riesgos de divergencias de jurisprudencia en el ámbito de la Unión⁴⁰.

Consecuencia de todo ello será que, para el Tribunal de Justicia, en unas circunstancias caracterizadas tanto por resoluciones contrarias de tribunales inferiores acerca de la interpretación de este concepto como por dificultades de interpretación recurrentes de éste en los distintos Estados miembros, el Tribunal Supremo portugués tenía que haber planteado cuestión prejudicial en relación con la interpretación de la Directiva que resultaba de aplicación.

Se queda ahí la *Sentencia Ferreira*, con esta (indirecta) declaración de incumplimiento. Sin embargo, el Abogado General BOT –cuyas Conclusiones coinciden íntegramente con la sentencia– sí que se extendió algo más en sus razonamientos⁴¹, llegando a calificar tal incumplimiento de constitutivo de una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión⁴². Y, además de eso –procediendo aquí que lo destaquemos–, también le indica al Tribunal de Justicia que es preciso que adopte una posición estricta a la hora de recordar la obligación de remisión prejudicial que recae sobre los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso de Derecho interno⁴³.

40. Como se advierte expresamente por el Tribunal en el aptdo. 43 de la *S. Ferreira*, *cit.*

41. Así, habla de «planteamiento erróneo» del Tribunal Supremo portugués al no haber tenido la «cautela» suficiente ante un concepto (el de traspaso de centro de actividad) que se caracteriza por su enfoque individualizado y que ha sido objeto de una jurisprudencia «en evolución constante»; se refiere también a un «exceso de confianza» en el carácter consolidado de tal jurisprudencia, que además se tomó en consideración de forma incompleta (*vid. sus Conclusiones, cit. aptdos. 97 y 98*); y resume así su postura: «si hubiera tomado en consideración de forma rigurosa y completa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluida la más reciente, el Supremo Tribunal de Justicia no habría podido tener certeza en cuanto a la aplicación del Derecho de la Unión que efectuó» (aptdo. 100).

42. Éstas son sus textuales afirmaciones: «En un supuesto como el caso de autos, en el que existe jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto objeto de interpretación, un órgano jurisdiccional nacional que, en principio, esté sujeto a la obligación de realizar remisión prejudicial y que estime que el litigio del que conoce suscita una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión, tiene dos opciones. O bien plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia solicitando aclaraciones adicionales para resolver el litigio o bien decide no ejecutar la obligación de someter la cuestión al Tribunal de Justicia, si bien debe, en este último caso, aceptar y aplicar la respuesta ya facilitada por el Tribunal de Justicia. *Si no opta por ninguna de estas dos posibilidades y aplica otra interpretación errónea del concepto del Derecho de la Unión de que se trate, dicho órgano jurisdiccional comete una violación de ese Derecho de la Unión que deberá considerarse suficientemente caracterizada.* Ello se desprende de una reiterada jurisprudencia, en virtud de la cual una violación del Derecho de la Unión está suficientemente caracterizada cuando se ha producido con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia» (Conclusiones, *cit.*, aptdo. 99, la cursiva está añadida).

43. Conclusiones, *cit.* aptdo. 101; trayendo a colación, por cierto, las palabras del Abogado General LÉGER en el *as. Traghetti del Mediterraneo*.

VI. LOS IMPEDIMENTOS DE LA NORMATIVA PORTUGUESA PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO NO PUEDEN IMPE-RAR SOBRE EL DERECHO AL RESARCIMIENTO BASADO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Los requisitos materiales o sustanciales para que se genere el derecho a una indemnización por causa de un incumplimiento estatal vienen establecidos por el Derecho de la Unión Europea⁴⁴, pero el ejercicio efectivo de la acción indemnizatoria contra el Estado ha de hacerse en el marco del Derecho estatal en materia de responsabilidad y, por lo tanto, en último término ante los tribunales nacionales: «En efecto, a falta de una normativa comunitaria [inexistente entonces y también ahora, podemos precisar], corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario»⁴⁵.

Esta remisión a los cauces o vías internos de cada ordenamiento estatal, que permanece vigente desde el primer momento, viene acompañada sin embargo, también desde sus inicios, de una prevención expresa –que no es sino la explicitación de los conocidos principios del Derecho de la Unión Europea de equivalencia y efectividad–, como es que «las condiciones de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización»⁴⁶.

Procede recordarlo ahora porque la *Sentencia Ferreira* abordará, finalmente, un problema «interno» del ordenamiento luso con el que se encuentra el Tribunal que tiene que decidir sobre la posible indemnización estatal que puede poner en peligro la efectividad misma del ejercicio de una acción indemnizatoria de este tipo. Como ya hemos dejado apuntado, la Ley portuguesa supedita el resarcimiento a la revocación previa de la resolución judicial que haya causado el daño, razón por la que la Sala civil portuguesa pregunta por su compatibilidad con los principios del Derecho de la Unión Europea que rigen la responsabilidad estatal.

Para responder a esta cuestión, el Tribunal de Justicia recuerda, en primer lugar, la vigencia de los mencionados principios de equivalencia y efectividad y, refiriéndose ya al caso concreto, se centra lógicamente en el segundo de ellos. En este sentido, no le queda sino reconocer que la exigencia establecida en la Ley portuguesa puede hacer excesivamente

44. Pues «está basado directamente en el Derecho comunitario», se dice ya en la *S. Francovich, cit.*, aptdo. 41.

45. Así, desde la *S. Francovich, cit.*, aptdo. 42.

46. También desde la *S. Francovich, cit.*, aptdo. 43.

difícil la obtención de la indemnización, teniendo en cuenta que las resoluciones del Tribunal Supremo portugués que pueden ser objeto de reexamen son sumamente limitadas⁴⁷.

En defensa del mencionado requisito dispuesto por la Ley, la representación procesal del Gobierno luso argumentó, por un lado, el principio de cosa juzgada y, por otro, el principio de seguridad jurídica. Sobre el primero, el Tribunal de Justicia reitera lo dicho en *Köbler* –y que ya hemos recogido con detenimiento–, considerando que no tiene por qué verse afectado negativamente.

En relación con la seguridad jurídica, la *Sentencia Ferreira* se despacha con rotundidad afirmando que, «aun suponiendo que este principio pudiera tenerse en cuenta en una situación jurídica como la controvertida en el litigio principal, no podría de ningún modo contrarrestar el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables (...) puesto que cuando una resolución dictada por un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia se base en una interpretación manifiestamente errónea del Derecho de la Unión, la toma en consideración del principio de seguridad jurídica tendría como consecuencia impedir al particular hacer valer los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión y, en especial, los que se derivan de dicho principio de la responsabilidad del Estado»⁴⁸.

La conclusión de todo lo anterior es que la normativa estatal no resulta justificada por los dos principios aducidos por su Gobierno⁴⁹ y la consecuencia final es que el Derecho de la Unión Europea se opone a una legislación de tal tenor (y así se explicita).

La *Sentencia Ferreira* no añade nada más a esta declaración, pero ha de ser suficiente para lo que, tras la misma, le corresponde hacer al Tribunal civil que ha planteado esta cuestión prejudicial y que debe resolver finalmente sobre la concreta pretensión indemnizatoria: como en cualquier caso de incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho supranacional de directa aplicación (cual es el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por su incumplimiento del Derecho de la Unión) tendrá que valerse del principio de primacía e inaplicar la concreta previsión estatal incompatible.

47. *S. Ferreira, cit.*, aptdos. 51 y 52. A este propósito resulta clarificador lo que recoge el Abogado General en sus Conclusiones, *cit.*, aptdos. 113 y 114, para quien el punto crucial es determinar si el particular interesado tiene o no la posibilidad de presentar un recurso contra la resolución del Tribunal Supremo portugués que le perjudica; señalando que, cuando se le interrogó en la vista al Gobierno portugués, en primer lugar, respondió negativamente a dicha pregunta y, posteriormente, matizó su respuesta de manera poco convincente; en todo caso, de los debates desarrollados en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia parece desprenderse que si hubiera que identificar una vía de recurso frente a una resolución del Tribunal Supremo dicha vía de recurso sería sumamente teórica y difícil de utilizar.

48. *S. Ferreira, cit.*, aptdos. 56 y 57.

49. «Un obstáculo importante, como el que resulta de la norma de Derecho nacional controvertida en el litigio principal, a la aplicación efectiva del Derecho de la Unión, y sobre todo de un principio tan fundamental como el de la responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la Unión, no puede estar justificado ni por el principio de fuerza de cosa juzgada ni por el principio de seguridad jurídica» (*S. Ferreira, cit.*, aptdo. 59, la cursiva está añadida).

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: SE AFIANZA EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR INCUMPLIMIENTO JUDICIAL Y SE REFUERZAN LOS MECANISMOS AL SERVICIO DE LA OBLIGACIÓN DE PLANTEAR CUESTIÓN PREJUDICIAL POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES QUE RESUELVEN EN ÚLTIMA INSTANCIA

La lectura de esta *Sentencia Ferreira* permite extraer una doble conclusión. En primer lugar, es indudable que afianza la responsabilidad estatal en el difícil supuesto del incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea, pues esta sentencia lo presupone y lo ratifica sin titubeo alguno.

En el plano de la construcción teórica del principio no hay aportaciones novedosas de calado, excepción hecha, en todo caso, de la desactivación del principio de seguridad jurídica como posible obstáculo para su aplicación efectiva, pues –como ya hemos visto– para el Tribunal de Justicia no puede esgrimirse tal principio si eso supone que no se puedan hacer valer los derechos que a los particulares les confiere el ordenamiento de la Unión y, en especial, el del resarcimiento por incumplimiento.

Se inscribe, entonces, este pronunciamiento en la línea de la *Sentencia Köbler* y de la *Sentencia Traghetti del Mediterraneo* –a las que reclama expresamente en su fundamentación–, si bien aporta un pequeño matiz diferenciador que afianza el potencial del principio indemnizatorio en el caso del incumplimiento judicial. Así como en *Köbler* el Tribunal de Justicia reconoció expresamente el incumplimiento del *Verwaltungsgerichtshof* austriaco, pero precisó que tal incumplimiento no constituía una violación suficientemente caracterizada, y en la *Sentencia Traghetti del Mediterraneo* no se tuvo que pronunciar al respecto (porque se le cuestionaban otros aspectos, relacionados con la legislación italiana sobre daños judiciales), en *Ferreira* se reconoce expresamente el incumplimiento del Tribunal Supremo portugués y, además, parece deducirse claramente –recuérdese lo dicho por el Abogado General al respecto– que tal incumplimiento, consistente en aplicar erróneamente la Directiva, tras haberse negado (indebidamente) a plantear la cuestión prejudicial que le habían solicitado, sí que fue constitutivo de una violación suficientemente caracterizada.

La segunda conclusión que puede extraerse de esta sentencia hace referencia a la obligación de plantear cuestión prejudicial cuando surja una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión ante un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia (*ex art. 267*, apartado tercero TFUE). Sobre este asunto –del que parecería que ya estaba todo dicho– resulta que también se aporta alguna clarificación, desde la particular perspectiva que aborda esta sentencia.

Efectivamente, se advierte en el *asunto Ferreira* que la omisión del planteamiento de una cuestión prejudicial puede condicionar, decisivamente, el que la (mera) aplicación incorrecta del Derecho de la Unión Europea (esto es, su «simple» incumplimiento) se califique como una violación suficientemente caracterizada de éste, con la consecuencia que ello acarrea para la responsabilidad patrimonial del Estado.

Con una visión más global y omnicompreensiva, vemos que el no planteamiento de la cuestión prejudicial, por parte de un órgano jurisdiccional cuya resolución no es susceptible de ulterior recurso judicial interno, abre diversas posibilidades:

1º) Puede ser objeto de una *demanda de incumplimiento* por parte de la Comisión, con las consecuencias declarativas que se derivan de un proceso de tal tipo⁵⁰.

2º) Puede llegar a constituir, entre nosotros, una *lesión del derecho fundamental garantizado por el artículo 24 CE*. A estos efectos hay que reconocer que la protección en vía de amparo, para este concreto supuesto de omisión, es aún lábil y, quizá, imprecisa⁵¹; pero en otros ordenamientos de referencia está más reforzada⁵².

3º) Puede suponer una *conculcación del artículo 6.1 CEDH*, dada la inclusión expresa del mecanismo prejudicial ante Luxemburgo en el ámbito de protección del mencionado precepto, esto es, en el del derecho a que la causa sea oída por un Tribunal independiente e imparcial y establecido por la Ley⁵³.

4º) Puede significar, en determinados casos, *un cierto debilitamiento de los efectos de la cosa juzgada*⁵⁴.

50. Como hemos visto que se había planteado –aunque frustradamente, debido a la incorrecta formulación del requerimiento previo, por parte de la Comisión– en la *S. Comisión c. España*, de 12.11.2009, *cit.*

51. La línea jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional no parece definitivamente asentada, lo que se corrobora con sólo consultar la STC 111/1993, de 25.03.1993 (RTC 1993, 111); la STC 201/1996, de 09.12.1996 (RTC 1996, 201); la STC 58/2004, de 19.04.2004 (RTC 2004, 58); la STC 194/2006, de 19.06.2006 (RTC 2006, 194); la STC 78/2010, de 20.10.2010 (RTC 2010, 78); la STC 27/2013, de 11.02.2013 (RTC 2013, 27); la STC 212/2014, de 18.12.2014 (RTC 2014, 212); la STC 99/2015, de 25.05.2015 (RTC 2015, 99) y, finalmente, la STC 232/2015, de 05.11.2015 (RTC 2015, 232).

52. *Vid.*, en este mismo sentido y referidas al mismo contexto que el que aquí se está planteando, las consideraciones del Abogado General CRUZ VILLALÓN en sus Conclusiones al *as. Elchinov*, *cit.*, aptdo. 25.

53. En efecto, la STEDH, *as. Ullens c. Bélgica*, de 20.09.2011 (núm. 3989 y 38353/2007, acumuladas) así lo ha hecho, sin ningún tipo de vacilación (aunque, en el asunto enjuiciado, no apreciase su conculcación). Interpretación que ha tenido continuidad en la STEDH, *as. Vergauwen c. Bélgica*, de 10.04.2012 (núm. 4832/2004), donde ha aplicado esta doctrina al Tribunal Constitucional belga (aunque también sin apreciar conculcación del art. 6.1 CEDH) y, más recientemente, en la STEDH, *as. Dhahbi c. Italia*, de 08.04.2014 (núm. 171202009), donde ha considerado que sí se había producido tal conculcación por parte del Tribunal de Casación italiano porque el no planteamiento de la cuestión prejudicial no sólo no fue motivado, sino que ni siquiera aparecía referido en la Sentencia (con lo que no se puede comprobar si la solicitud formulada por la parte en tal sentido fuera tenida en consideración). Para tener en cuenta el potencial de lo dicho en esta última Sentencia, recuérdese la exponencial protección que ha recibido en el ordenamiento de la Unión Europea el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un Juez imparcial tras el Tratado de Lisboa (*ex. art. 47 CDFUE*).

54. Pues el propio Tribunal de Luxemburgo ha interpretado –con fundamento último en el principio de cooperación (art. 4.3 TUE)– que las administraciones estatales tienen la obligación (no se trata, pues, de una mera facultad) de revisar un acto administrativo

5º) Puede, finalmente, constituir una *infracción manifiesta del ordenamiento de la Unión*, con consecuencias indemnizatorias para el Estado incumplidor, como acabamos de ver ahora mismo

previo, incluso aunque hubiera ganado firmeza tras una Sentencia de un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia, cuando dicha Sentencia hubiera estado basada en una interpretación del Derecho de la Unión Europea que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, resultara errónea, se hubiera adoptado sin plantear cuestión prejudicial y cuando, además, en el Derecho estatal exista un cauce previsto para ello y el interesado se hubiera dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia luxemburguesa sobrevenida. Se trata de la interpretación establecida en la STJ, as. Kühne & Heitz, de 13.01.2004 (C-453/00); ratificada en la STJ, as. Germany y Arcor, de 19.09.2006 (C-392 y 422/04), y, sobre todo, en la STJ, as. Kempfer, de 12.02.2008 (C-2/06), donde matiza de alguna manera la recién mencionada *doctrina Kühne*, en sentido algo más favorable a su operatividad. Una aplicación –quizá un tanto *heterodoxa*, pero que pretende ser fiel a su finalidad– puede verse en el interesante Dictamen del Consejo de Estado, de 31.03.2011 (núm. 73/2011), incluido el voto particular discrepante de su Presidente y tres consejeros.

Aunque conviene precisar, asimismo, que ello no significa que, en todo caso, el principio de la cosa juzgada deba ceder ante una incorrecta aplicación judicial del Derecho de la Unión –ni mucho menos–, como también el Tribunal de Justicia se ha preocupado de explicitar. En efecto, la propia *S. Köbler* (aptdo. 38) –en el marco del incumplimiento judicial del Derecho de la Unión (conviene insistir)– reconoce que «con el fin de garantizar tanto la estabilidad del derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haber agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos». Con posterioridad, en su STJ, as. Kapferer, de 16.03.2006 (C-234/04), el Tribunal de Luxemburgo también ha insistido en que el Derecho de la Unión no obliga a un órgano jurisdiccional a no aplicar las normas de procedimiento internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del mencionado Derecho de la Unión (aptdo. 21), preocupándose de precisar que ello no supone contradecir la *doctrina Kühne*, por la diferencia de presupuestos existente entre ambos casos. De tal manera que el principio de cooperación (*ex art. 4.3 TUE*) «no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas procesales internas con el fin de examinar de nuevo una resolución judicial firme y anularla, cuando se ponga de manifiesto que vulnera el Derecho [de la Unión Europea]» (aptdo. 24). *Vid.*, en similar sentido la STJ, as. Pizzarotti, de 10.07.2014 (C-213/13), aptdos. 58 a 64. Ahora bien –y ésta es una posibilidad que ahora no podemos desarrollar, pero sí dejar apuntada–, quizás no habría que descartar, en el futuro, que las (estrictas) causas establecidas para el *novum iudicium* en que consiste el recurso extraordinario de revisión contra sentencias firmes deban verse ampliadas con las sentencias del Tribunal de Luxemburgo que desvelen una interpretación incompatible con la realizada por el Tribunal estatal que resolvió en última instancia sin haber planteado cuestión prejudicial; aunque también hay que reconocer que no lo ha visto así, recientemente, el Tribunal Supremo (*vid.* su STS, Sala Primera, de 18.02.2016, rec. núm 67/2013, ponente VELA TORRES).