

Acerca de la cuestión prejudicial europea

El artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea esta 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 Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre la compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión, sino –STJUE de 20 de octubre de 2005, *Ten Kate Holding Musselkanaal* (C-511/03)– únicamente sobre el sentido de este último, correspondiendo al tribunal nacional que ha planteado la cuestión resolver si el Derecho interno, cuya interpretación auténtica le corresponde en exclusiva, es compatible con aquél, en los términos de su interpretación por el Tribunal de Justicia.

Es importante dejar dicho que la cuestión prejudicial europea “no constituye una vía de recurso abierta a las partes de un litigio pendiente ante el juez nacional”, señala la STS de 24 de octubre de 2011, que añade a continuación, de un lado, que es el juez nacional, “el que ha de decidir sobre la necesidad del reenvío prejudicial tomando en consideración: a) la aplicabilidad al litigio de las disposiciones del ordenamiento jurídico de la Unión Europea; (b) la existencia de dudas sobre la exégesis de esas disposiciones, relevantes para zanjar el pleito; y (c) la imposibilidad del tribunal nacional de resolver por sí mismo dichas dudas sin poner en riesgo la uniformidad interpretativa y aplicativa del derecho comunitario”, y de otro, que el Tribunal de Justicia “ha reiterado que, a efectos prejudiciales, el dueño del proceso es el juez nacional, al que le corresponde examinar su pertinencia y realizar el juicio de relevancia, precisando la medida en que la interpretación y, en su caso, la validez de una previsión de derecho comunitario resulta determinante para resolver el litigio”.

Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden ejercer plantear la cuestión prejudicial en cualquier fase del procedimiento que estimen apropiada (STJUE de 5 de octubre de 2010, *Melki y Abdeli*, C-173/09).

Corresponde al tribunal interno, el órgano judicial remitente, “comprobar y explicitar la medida en que la interpretación de la norma europea constituye presupuesto insoslayable de la decisión del litigio. Esta constatación lleva como consecuencia que, si puede resolverse la contienda sin necesidad de acudir al ordenamiento jurídico transnacional, con exclusivos parámetros internos, el planteamiento de la cuestión prejudicial se revelará superfluo” (STS 2 de febrero de 2016).

El planteamiento de la cuestión prejudicial puede producirse de oficio o bien a instancia de parte. Pues bien, la negativa de un órgano judicial a plantear la cuestión prejudicial propuesta por las partes personadas en el proceso suscita la duda de la vulneración de los derechos garantizados por el artículo 24.1 CE, duda que se ha resuelto a nivel constitucional (Cfr. STC 212/2014, de 18 de diciembre) señalándose que “desde la perspectiva de dicho precepto, el canon de control establecido respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no difiere del que este Tribunal ha fijado, con carácter general, para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto, de manera que en sede constitucional, lo único que corresponde ponderar es si las resoluciones judiciales impugnadas están fundadas en Derecho y son fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria”, añadiéndose que “la decisión de plantear la cuestión prejudicial corresponde, *de forma exclusiva e irrevisable*, al órgano judicial que resuelve el litigio, no existiendo vulneración alguna de los derechos garantizados por el art. 24.1 CEcuando la falta de planteamiento se apoya en una interpretación de la legalidad ordinaria y de la jurisprudencia aplicables en relación con la ejecución interna del Derecho de la Unión Europea, que es razonada y que no resultaba manifiestamente irrazonable o arbitraria” (STC 27/2013, de 11 de febrero).

A la pregunta de si las partes del proceso *a quo* están facultadas o legitimadas para plantear o para intervenir en el proceso de inconstitucionalidad o en el de prejudicialidad europeo ha de ser respondida negativamente “por carecer de interés para ello; las partes simplemente pueden instar del juez del proceso su planteamiento, promoción que en todo caso será decidida libre y discrecionalmente por él; todo lo cual impide reconocer a las partes la facultad de hacer valer derechos subjetivos o intereses legítimos, por lo que la solicitud del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad o prejudicial no es más que mera petición, de naturaleza y alcance ajenos a la pretensión procesal. Ahora bien, si pudiera producirse una quiebra del principio de tutela judicial efectiva, cuando a la citada solicitud no se dé respuesta o se niegue de forma inmotivada o arbitraria” (STS de 16 de abril de 2016).

Como hemos visto, el párrafo tercero del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea impone la *obligación* de plantear la cuestión y efectuar la remisión al Tribunal de Justicia al “órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno”. Es por ello que, por ejemplo, el 25 de abril de 2016 el Tribunal Supremo planteó cuatro cuestiones prejudiciales (C-233/16 a 236/16) en relación con los impues-

tos autonómicos que gravan los grandes establecimientos comerciales, habiendo presentado ya la Abogada General Kokott sus conclusiones el 9 de noviembre de 2017, más tarde, el 18 de julio de 2017, el propio Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial en relación con el canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía contenido en el artículo 112 bis del texto refundido de la Ley de Aguas y, más recientemente, el 7 de febrero de 2018, acuerda plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial: “Si la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, y el principio de neutralidad fiscal que de aquella Directiva deriva, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la interpreta, se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual un Estado miembro puede exigir el pago de un impuesto indirecto distinto del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) a un empresario o profesional por la adquisición a un particular de un bien mueble (concretamente, oro, plata o joyería) cuando: 1. El objeto adquirido va a ser destinado, mediante su procesamiento y posterior transmisión, a la actividad económica propia de dicho empresario. 2. Se van a efectuar operaciones sujetas a IVA al reintroducir el bien adquirido en el circuito empresarial y 3. La legislación aplicable en ese mismo Estado no permite al empresario o profesional deducirse, en tales operaciones, lo abonado en concepto de aquel impuesto por la primera de las adquisiciones mencionada”.

Importa dejar constancia del juicio de relevancia realizado por el Tribunal Supremo, que es el órgano judicial interno remitente de la cuestión prejudicial. La procedencia del planteamiento de la cuestión, se señala en el ATS mediante el que se plantea la cuestión, “depende de que existan dudas razonables sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea, esto es, de que no queda deducir de los términos de la norma europea una sola solución hermenéutica, que se impondría por su propia evidencia no solo al órgano jurisdiccional competente sino al resto de los de los Estados miembros (sentencia del TJUE de 6 de octubre de 1982, Cilfit, asunto 283/81). En el caso ahora analizado, entendemos que las dudas existen pues, como se ha expuesto, cabe inferir –al menos presunta o indiciariamente– que la exigencia, por las operaciones analizadas, del impuesto sobre transmisiones patrimoniales puede afectar al principio de neutralidad, que reclama que los gravámenes fiscales tenga una nula o escasa influencia en las decisiones de carácter económico y que podría verse comprometido si el empresario adquirente del bien, sujeto pasivo de aquel impuesto, no puede deducirse la cuota satisfecha cuando pone en circulación o comercializa ese mismo bien –transformado en lo que sea menester– mediante nuevas operaciones, sujetas a IVA y por las que repercute este último impuesto. No consideramos, con la claridad que señala la sentencia recurrida, que no pueda quebrar, al exigirse un tributo indirecto como el analizado, la neutralidad impositiva predicable del IVA pues, como hemos razonado, nuestra legislación no permite en absoluto recuperar, mediante el mecanismo de la deducción, lo abonado cuando se realiza una actividad empresarial absolutamente vinculada con operaciones posteriores que sí están sujetas a IVA. Dudamos, en fin, de la interpretación que haya de darse a

ese principio esencial del sistema fiscal de la Unión Europea (el de neutralidad) en un supuesto en el que, insistimos, la ley declara sin ambages que no es deducible la cuota soportada (del impuesto sobre transmisiones) en la adquisición de bienes que se destinan a la actividad económica de un empresario”.

En cambio, el planteamiento de la cuestión y su remisión se contempla como una facultad en el resto de los casos, según establece el párrafo segundo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento. Esa facultad persiste incluso cuando un órgano judicial superior interno no ha planteado la cuestión prejudicial, puesto que esa decisión no es vinculante, habiéndose manifestado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que “las valoraciones efectuadas por el órgano superior no privan a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia de la facultad de someter al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación del Derecho de la Unión al que se refieran tales valoraciones jurídicas”, de suerte que “el órgano jurisdiccional nacional que no resuelve en última instancia debe tener la libertad de someterle las cuestiones que le preocupan, si considera que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria al Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de enero de 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf, C-166/73; 16 de octubre de 2008, Cartesio, C-210/06; de 9 de marzo de 2010, ERG y otros, C-378/08, y 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, C-188 y 189/10). Ahora bien, la facultad reconocida al juez nacional por el artículo 267 TFUE, párrafo segundo, de solicitar una interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia antes de dejar, llegado el caso, sin aplicar las instrucciones de un órgano jurisdiccional superior que resulten contrarias al Derecho de la Unión no puede transformarse en una obligación (STJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09).

Acabamos de ver, pues, que la decisión adoptada por el órgano judicial inferior no está vinculada por la decisión del órgano judicial superior. ¿Y a la inversa? Tampoco, pues el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse “en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, no está obligado, por un lado, a plantear cuestión alguna al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el mero hecho de que un órgano jurisdiccional nacional inferior, en un asunto similar al que debe dirimir dicho órgano jurisdiccional remitente y que versa exactamente sobre la misma clase de controversia, haya planteado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, y, por otro lado, tampoco está obligado a esperar la respuesta a dicha cuestión prejudicial (STJUE de 9 de septiembre de 2015, X, C-72/14 y C-197/14).

Se ha dicho y estamos de acuerdo con ello, que el control descentralizado de comunitariedad contribuye a respaldar la fuerza normativa del Derecho de la Unión.

Los órganos jurisdiccionales pueden plantear cuestiones prejudiciales europeas y también pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad. Ya sabemos que lo primero es posible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y sabemos que lo segundo también lo es, puesto que cuando un órgano judicial considere que una norma con rango

de ley “aplicable al caso” y de cuya “validez” dependa el fallo pueda ser contrario a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo 163 CE y 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Pues bien, cabe plantearse si –en un mismo proceso o litigio– el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial europea por el mismo órgano judicial puede ser simultáneo o tiene que ser sucesivo, y en particular, si es esto último ¿cual es preferente?

Siguiendo el criterio previamente expresado en el ATC 168/2016, de 4 de octubre, en los AATC 183 y 185/2016, de 15 de noviembre se concluyó que no cabe un planteamiento simultáneo de la cuestión prejudicial europea y de la cuestión de inconstitucional, habiéndose señalado que “estando pendiente de resolución una cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial sobre una norma legal, por entender que puede ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea, no cabe que ese órgano plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre esa misma norma hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelva. La eventual incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión sería causa de su inaplicabilidad en el proceso y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad: que la norma con rango de ley cuestionada sea ‘aplicable al caso’ (arts. 163 CE y 35.1 LOTC). El planteamiento simultáneo en el presente caso de la cuestión prejudicial ante el TJUE y de la cuestión de inconstitucionalidad determina, en consecuencia, la inadmisibilidad de esta por incumplimiento del requisito de la aplicabilidad (art. 37.1 LOTC)”.

Si, como acabamos de indicar, no cabe un planteamiento simultáneo, el planteamiento tiene que ser sucesivo, solo queda por discernir cual de las cuestiones es preferente frente a la otra. En ese sentido, la STJUE de 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems Gm bH c. Hauptzollamt Osnabrück*, C-5/14, ha manifestado (reiterando el criterio expresado en las Sentencias de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli, as.ac.* C-188/10 y C-189/10 y de 11 de septiembre de 2014, *A*, C-112/13) ha indicado que “un órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio relacionado con el Derecho de la Unión y considera que una disposición nacional no sólo es contraria al Derecho de la Unión, sino que, además, adolece de vicios de inconstitucionalidad, no está privado de la facultad ni exento de la obligación, previstas en el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión por el hecho de que la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición de Derecho interno requiera necesariamente un recurso previo ante un juez constitucional”, habiendo declarado seguidamente que “la eficacia del Derecho de la Unión se vería amenazada si la existencia de un recurso obligatorio ante el juez constitucional pudiese impedir que un juez nacional, al conocer de un litigio regulado por el Derecho de la Unión, ejerza la facultad, que le atribuye el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión, a fin de poder determinar si una norma nacional resulta o no compatible con dicho Derecho”.

En suma, según el ATC 168/2016, de 4 de octubre, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pretende hacer valer la primacía del Derecho de

la Unión vedando que los procesos constitucionales internos puedan impedir, dificultar o retrasar el planteamiento de una cuestión prejudicial ex art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

Pues bien, según declaran los AATC 202 a 205/2016, de 13 de diciembre, al disponer los arts. 163 CE y 35.1 LOTC que la cuestión de inconstitucionalidad debe referirse siempre a una norma legal "aplicable al caso", ha de entenderse que "la prioridad en el planteamiento debe corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE; la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea sería causa de su inaplicabilidad y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta sólo sería admisible si se ha descartado la posibilidad de que la ley cuestionada sea incompatible con el Derecho de la Unión y, en consecuencia, inaplicable"; de modo que, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, "el órgano judicial que duda de la constitucionalidad de una ley no podrá plantear cuestión sobre la misma ante el Tribunal Constitucional si al propio tiempo considera que esa ley es claramente incompatible con el Derecho de la Unión Europea, pues viene entonces obligado por este Derecho a no aplicarla. Si lo que sucede es que alberga dudas sobre la compatibilidad de esa ley con el Derecho de la Unión, lo que habrá de hacer es plantear primero la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de suerte que solo cuando este haya descartado la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho comunitario cabrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad". La STC 35/2016, de 3 de marzo, por su parte, ya había declarado que "obviamente, la desestimación de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no impide el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional en relación con el mismo precepto legal, pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes ni condiciona el pronunciamiento de este Tribunal en esa cuestión de inconstitucionalidad".

No cabe duda que la solución antedicha (sucesión temporal en el planteamiento de las cuestiones y prioridad de la cuestión prejudicial) es lo correcto. Ello no obstante, habría que pensar en soluciones que no demoren la solución final de los procesos o litigios en los que susciten problemas de esta índole, soluciones que podrían provenir tanto del ordenamiento interno de los estados miembros como del propio ordenamiento comunitario. Así se viene reclamando ya.

Isaac Merino Jara

Director