

EUJuris Working Papers n.2
2023

Escritura/Data Written: 1/10/2021

Revisión/Last revised: 26/12/2023

**LOS PROCEDIMIENTOS ANTE LA JURISDICCIÓN EN LA
UNIÓN EUROPEA**
(THE PROCEEDINGS IN THE EUROPEAN UNION JURISDICTION)

Joaquín Sarrión Esteve

Investigador Ramón y Cajal
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)
jsarrion@der.uned.es

Reconocimientos Ese trabajo reúne algunos resultados de las actividades de la acción Jean Monnet Jurisdicción y Procedimientos en la Unión Europea (EUJURIS), ref. 621025-EPP-1-2020-1-ESEPPJMO-MODULE, desarrollada con el apoyo del Programa Erasmus+ de la UE, 2020-2023.

El apoyo de la Comisión Europea para la producción de esta publicación no constituye una aprobación del contenido, el cual refleja únicamente las opiniones de los autores, y la EACEA y la Comisión no se hacen responsables del uso que pueda hacerse de la información contenida en la misma.

Procedimientos ante la Jurisdicción en la Unión Europea

1. Introducción a la Jurisdicción de la Unión Europea

Debemos partir de que dada la compleja operatividad del Derecho de la Unión Europea que, siendo un ordenamiento jurídico autónomo, se integra en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, requiere para su correcta aplicación de un complejo sistema jurisdiccional en el que van a convivir tanto la propia Jurisdicción del nivel europeo como las Jurisdicciones nacionales de los Estados miembros; o en otras palabras, la Jurisdicción de la Unión Europea está integrada por un “poder judicial híbrido” como dice Sarmiento¹, en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales nacionales vienen a compartir la función jurisdiccional para la aplicación y garantía del Derecho de la Unión, si bien cada uno en el ejercicio de sus respectivas competencias.

Por ello es importante tener esto en consideración, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como también los jueces y tribunales de los Estados miembros son Jurisdicción de la Unión Europea, si bien aquí nos vamos a centrar en aproximarnos al nivel europeo de esta Jurisdicción, sin perjuicio de atender también a la posición del juez nacional como juez de Derecho de la Unión Europea.

2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

2.1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dentro del sistema institucional

El sistema institucional de la Unión Europea está formado por una serie de entidades u órganos, una parte de los mismos son llamados "instituciones", forman el marco institucional de la UE, porque son las más relevantes, están enumeradas en el art. 13.1 TUE y a ellas se dedica el Título III del TUE, y son el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo (de la Unión Europea), la Comisión Europea (Comisión), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo, y el Tribunal de Cuentas². Este marco institucional encuentra su finalidad en promover los valores de la Unión, perseguir sus objetivos, defender sus intereses, los de sus ciudadanos y los de los Estados miembros, y garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones (art. 13.1 TUE).

Cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados (principio de atribución, principio de competencia), con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Además, las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal (art. 13.2 TUE). Sin embargo, aquí nos interesa centrarnos en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como elemento angular del sistema judicial.

2.2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: naturaleza, competencia, estructura

¹ SARMIENTO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 380.

² Además de las instituciones de la Unión, existen otros órganos a tener en cuenta, como el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones que ejercerán funciones consultivas y asistirán al Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (art. 13.4 TUE); el Banco Europeo de Inversiones y otros órganos como el Defensor del Pueblo, o agencias como la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por destacar algunos. Sobre las instituciones y órganos de la Unión Europea en detalle, véase SARRIÓN ESTEVE, J., *Lecciones Fundamentales de Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 76.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea constituye una institución que no ha mutado su naturaleza como órgano jurisdiccional, desde los comienzos de las antiguas Comunidades Europeas se estableció un Tribunal de Justicia que actuaría conforme a los Tratados para ejercer una función jurisdiccional de la actividad comunitaria. No obstante, ha sufrido ciertas modificaciones con la creación primero del Tribunal de Primera Instancia, precedente del actual Tribunal General, y posteriormente de las Salas Jurisdiccionales precedentes de los Tribunales Especializados. Como tribunal especializado cabe destacar la existencia del Tribunal de la Función Pública hasta el 1 de septiembre de 2016 en el que pasa a integrarse en el Tribunal General, conforme al Reglamento 2015/2422 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015 (DOUE 24 diciembre 2015).

Naturaleza. Se trata de una institución de la Unión Europea, una jurisdicción obligatoria para las instituciones UE, los Estados miembros, y los particulares. En el ejercicio de sus funciones puede actuar como una jurisdicción o tribunal de carácter "internacional", pues puede conocer de las controversias entre los Estados miembros; con carácter "contencioso-administrativo" al revisar y controlar la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión; y como un tribunal "constitucional", en particular cuando controla la constitucionalidad (conformidad con el Derecho primario de las disposiciones derivadas) así como cuando garantiza los derechos y libertades fundamentales de la Unión Europea.

Por ello lo que lo distingue precisamente es que es "garante tanto de la legalidad en sentido estricto como de la constitucionalidad europea" (Alonso García, 2014: 196).

Competencia. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ejerce funciones de atribución, no generales. Así, le corresponde garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados (art. 19.1 TUE). En particular le corresponde pronunciarse (art. 19.3 TUE):

- a) Sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas;
- b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones;
- c) en los demás casos previstos por los Tratados.

No obstante, existen exclusiones en relación a su competencia. Así, por ejemplo:

- En materia de Política Exterior y Seguridad Común carece de competencia (art. 24.1 y art. 275 TFUE), aunque puede pronunciarse sobre los límites relativos a otras partes de los Tratados (art. 40 TUE).
- En cooperación judicial en materia penal y cooperación policial tiene restringida su competencia, no pudiendo controlar la validez o proporcionalidad de las operaciones efectuadas por la policía u otros cuerpos de seguridad de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades de un Estado miembro en relación al mantenimiento del orden público y la seguridad interior (art. 276 TFUE).

- El TJUE tiene limitado el pronunciamiento sobre las medidas tomadas para la expulsión de un Estado miembro a las cuestiones relativas al procedimiento, pero no al fondo del asunto (art. 269 TFUE)

Atendiendo a las reglas de atribución de competencia anteriores, podemos distinguir, fundamentalmente, los siguientes tipos de procedimiento,³ en el marco de lo que se suele denominar la garantía o protección jurisdiccional del Derecho de la UE:

1) Procedimiento de la cuestión prejudicial sobre la validez e interpretación del Derecho de la Unión conocido como *preliminary reference procedure* (art. 267 TFUE)

2) Control de las violaciones del Derecho UE por parte de los Estados miembros a través del recurso de incumplimiento (arts. 258-260 TFUE), o de las instituciones y órganos de la UE mediante los recursos de anulación (arts. 263 y 264 TFUE), recurso de omisión (art. 265 TFUE), y la excepción de ilegalidad (art. 277 TFUE)

3) Control de la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea (art. 268 TFUE)

4) Resolución de los litigios entre la Unión Europea y los funcionarios y demás agentes a su servicio (art. 270 TFUE).

5) Dictámenes consultivos en relación a los acuerdos internacionales (art. 218.11 TFUE)

Estructura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El TJUE comprende "el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados" (art. 19.1 TUE).

Por tanto, cuando hablamos del TJUE hablamos de una entidad o institución que integra diferentes órganos diferentes: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General, y los tribunales especializados. Hasta el 1 de septiembre de 2016 existía un único tribunal especializado que es el Tribunal de la Función Pública, pero ha pasado a integrarse en el Tribunal General.

Es importante señalar que tanto los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia y los jueces del Tribunal General son elegidos de entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia y que reúnan las condiciones contempladas en los artículos 253 y 254 TFUE respectivamente. Son nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros para un período de seis años, y pueden ser nombrados de nuevo (art. 19.2 TUE).

Para valorar la idoneidad de los candidatos tanto de uno como de otro, se constituirá un comité, antes de que los Gobiernos de los Estados procedan a su nombramiento. Este comité estará compuesto por siete personalidades elegidas entre antiguos miembros del TJ y del TG, miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia. Uno de ellos será propuesto por el Parlamento Europeo, y el resto por parte del Consejo. El Consejo se pronunciará por iniciativa del Presidente del TJ (art. 255 TFUE).

Existe un Estatuto del TJUE que lo regula de forma detallada.⁴

Se configura como una sola jurisdicción, pero como hemos visto articulada a través de diferentes instancias o grados: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General, los Tribunales Especializados (art. 19.1 TUE).

³Aparte habría que considerar también las competencias por parte del Tribunal de Justicia respecto a los recursos contra el Tribunal General (art. 256.1 y 2 TFUE), y contra las resoluciones de los tribunales especializados (art. 256.2 TFUE)

⁴Versión consolidada del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2012, Accesible en: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/staut_cons_es.pdf

Vamos a detenernos en analizar cada uno de ellos:

a) El Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia está compuesto por un juez por Estado miembro, y esta asistido por abogados generales (art. 19.2). Estos últimos tienen una función importante a través de la presentación de las conclusiones generales que motivadas y con toda imparcialidad e independencia presentan sobre los asuntos que requieran su intervención de conformidad con el Estatuto del Tribunal (art. 252 TFUE). **Aunque el Tratado prevé 8 Abogados Generales, el Consejo puede aumentar dicho número a solicitud del Tribunal de Justicia (art. 252 TFUE). Actualmente (desde el 7 de octubre de 2015) hay 11 Abogados Generales que asisten al TJ (un abogado general corresponde a cada uno de los seis grandes Estados (Alemania, España, Francia, Italia, Polonia y Reino Unido), y 4 son repartidos por rotación entre el resto.**

Los Jueces y los Abogados Generales del TJ son designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros entre juristas de reconocida competencia, con absolutas garantías de independencia cumpliendo las condiciones requeridas en sus respectivos países para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales (art. 253 TFUE). Además, se constituirá un Comité designado por el Consejo para que se pronuncie sobre la idoneidad de los candidatos, antes de que los Gobiernos de los Estados miembros procedan a los nombramientos, compuesto por siete personalidades elegidas de entre antiguos miembros del TJ y del TG, miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia, uno de los cuales será propuesto por el PE (art. 255 TFUE).

El mandato o periodo de elección de los Jueces es por seis años, con una renovación parcial cada tres años. El mandato es renovable sin límite. Los jueces eligen entre ellos al Presidente por mayoría absoluta de los miembros jueces del Tribunal, en votación secreta (no pueden participar los Abogados Generales, ni ser elegidos). El mandato del Presidente es por una duración de tres años, pudiendo ser renovado. Sus funciones son presidir las vistas y deliberaciones, designar al juez ponente en cada caso, y goza de autoridad respecto del Secretario.

El Secretario es nombrado por el Tribunal de Justicia por un periodo de seis años, ejerce labores administrativas en relación a los procedimientos que se sustancian ante el TJ.

El Tribunal de Justicia funciona en Salas (3 y 5 jueces) o en Gran Sala (13 jueces), conforme a su Estatuto, pudiendo también actuar en Pleno.

En principio es la complejidad del asunto lo que determina su atribución a una Sala de 3 o 5 jueces, o a la Gran Sala. Con la salvedad de que un Estado miembro puede pedir que un asunto sea conocido por la Gran Sala (Art. 16.3 Estatuto del TJUE). Por su parte el Pleno tiene una lista de asuntos que se le atribuyen expresamente en el art. 16.4 del Estatuto del TJUE, como por ejemplo la destitución del Defensor del Pueblo o el cese de los miembros de la Comisión Europea; y aunque puede asumir otros asuntos, esto tiene un carácter extraordinario.

b) El Tribunal General

El Tribunal General dispondrá al menos de un juez por Estado miembro (art. 19.2), y el número será fijado por el Estatuto del TJUE (art. 254 TFUE).

El Reglamento 2015/2422 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015 (DOUE 24 diciembre 2015; entrada en vigor el 25 de diciembre de 2015), por el que se modifica el Protocolo nº 3 sobre el ETJUE establece una reforma del TG para reforzarlo y permitir una

mayor carga de trabajo estableciendo un aumento progresivo del número de jueces del TG. A partir del 25 de diciembre de 2015 se aumentaron en 12 el número de jueces hasta 40. El 1 de septiembre de 2016, los siete puestos de juez del Tribunal de la Función Pública se transfieren al TG (junto a las competencias del TFP) y a partir del 1 de septiembre de 2019 habrá dos Jueces por Estado miembro con lo que se asignarán nueve más, alcanzando un total de 53.

Son elegidos entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de altas funciones jurisdiccionales. Serán designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años, tras consultar al comité a que se refiere el artículo 255 TFUE. Cada tres años tendrá lugar una renovación parcial. Los miembros salientes podrán ser nuevamente designados (art. 254 TFUE).

No cuenta, sin embargo, con Abogados Generales, aunque el art. 49 del Estatuto permite a los jueces del TG actuar como tales.

También tiene un Presidente y un Secretario. En cuanto a su funcionamiento, puede actuar a través de un sólo juez, o bien en Salas (3 o 5 jueces), en Gran Sala (13 jueces), y Pleno.

c) Tribunales Especializados

El art. 19 TUE habla de "tribunales especializados", y el art. 257 TFUE, párrafo primero dispone que *"El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán crear tribunales especializados adjuntos al Tribunal General, encargados de conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos interpuestos en materias específicas."*

Los miembros de estos tribunales especializados serán elegidos *"entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Serán designados por el Consejo por unanimidad"* (art. 257 párrafo 4 TFUE)

Durante bastante tiempo ha sido importante la labor desempeñada por el Tribunal de la Función Pública, como único tribunal especializado, que se creó por Decisión del Consejo de 2 de noviembre de 2004, para ocuparse de los litigios laborales entre el personal de la Unión y las instituciones, y que tras el Tratado de Lisboa, viene regulado en el Anexo I del Estatuto del TJUE.

Sin embargo, a partir del 1 de Septiembre de 2016, el Tribunal de la Función Pública pasó a integrarse en el Tribunal General, conforme al Reglamento 2015/2422 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015 (DOUE 24 diciembre 2015), y por tanto no existen tribunales especializados a día de hoy, sin perjuicio de que en el futuro podrían crearse.

2.3. Procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Los principales procedimientos que se sustancian ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea son los siguientes:

2.3.1. Recurso por incumplimiento de un Estado miembro

Es un instrumento que permite el control de las violaciones del Derecho de la UE por parte de los Estados miembros, iniciado a instancia de la Comisión o de otro Estado miembro. Se refiere al conjunto de obligaciones derivadas de los Tratados (art. 258 TFUE), y por tanto todas las

normas de la UE, normas internacionales que obligan a la UE, y las sentencias del TJUE, y tanto respecto a actuaciones como omisiones de los EEMM.

Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones (art. 258 TFUE).

Además, cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados. Antes de que un Estado miembro interponga, contra otro Estado miembro, un recurso fundado en un supuesto incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, deberá someter el asunto a la Comisión. La Comisión emitirá un dictamen motivado, una vez que los Estados interesados hayan tenido la posibilidad de formular sus observaciones por escrito y oralmente en procedimiento contradictorio. Si la Comisión no hubiere emitido el dictamen en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud, la falta de dictamen no será obstáculo para poder recurrir al Tribunal de Justicia. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal (art. 259 TFUE).

Si el Tribunal de Justicia declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal (art. 260.1 TFUE).

Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal, podrá someter el asunto al TJ, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones, y la Comisión indicará el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado y que considere adaptado a las circunstancias. Si el Tribunal declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva (art. 260.2 TFUE).

Cuando la Comisión haya iniciado el procedimiento al amparo del art. 258 TFUE, si el incumplimiento es relativo a la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo, la Comisión podrá, si lo considera oportuno, indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por dicho Estado y que considere adaptado a las circunstancias. Si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer al Estado miembro afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva dentro del límite del importe indicado por la Comisión. La obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada en la sentencia (art. 260.3 TFUE).

2.3.2. El control de la legalidad (recursos de anulación, de omisión, y la excepción de ilegalidad)

a) Recurso de anulación (arts. 263-264 TFUE).

Es un mecanismo que permite el control de las violaciones del Derecho de la Unión por parte de las instituciones y órganos de la UE que estén destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros, a instancia de un Estado miembro, el PE, el Consejo o la Comisión, así como también el TCU, el BCE, y el Comité de las Regiones exclusivamente a efectos de salvaguardar sus prerrogativas; las personas físicas o jurídicas contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución (art. 263 TFUE).

Los recursos deberán interponerse en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo (art. 263 TFUE).

Si el recurso fuere fundado, el TJUE declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado, constituyendo una sentencia con valor de cosa juzgada y con un alcance *erga omnes* y *ex tunc*. Sin embargo, el Tribunal indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos (art. 264 (TFUE)).

b) Recurso por omisión (art. 265 TFUE).

Es un mecanismo que permite el control de la inactividad de las instituciones y órganos de la UE cuando están obligadas a actuar, a instancia de los Estados miembros y las demás instituciones de la Unión, así como de las personas físicas y las personas jurídicas (en queja) siempre que deban ser destinatarios del acto (o bien conforme a la jurisprudencia del TJUE cuando aun no siendo sus destinatarios se omita la adopción de un acto que les afecte directa e individualmente, o bien cuando sean potenciales destinatarios). El recurso sólo será admisible si la institución u órgano de que se trate hubiera sido requerido previamente para que actúe, pudiendo plantear el recurso si no se ha producido una definición de la posición en el transcurso de dos meses, dentro de un plazo de dos meses (art. 265 TFUE).

La sentencia del TJUE se limita a declarar la existencia de inactividad en violación del Derecho de la Unión.

De conformidad con el art. 266 TFUE la institución, órgano u organismo del que emane el acto anulado, o cuya abstención haya sido declarada contraria a los Tratados, estarán obligados a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del TJUE.

c) La excepción de ilegalidad (art. 277 TFUE)

Es un procedimiento de "control incidental de la legalidad" (Liñán Nogueras) que permite controlar la legalidad de un acto o disposición de alcance general dentro de un procedimiento en el que se impugna un acto de aplicación de la misma. No se trata por tanto de una vía procesal autónoma de acceso al TJUE, sino de una alegación *ex parte* dentro de un recurso⁵.

Art. 277 TFUE:

"Aunque haya expirado el plazo previsto en el párrafo sexto del artículo 263, cualquiera de las partes de un litigio en el que se cuestione un acto de alcance general adoptado por una institución, órgano u organismo de la Unión podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea alegando la inaplicabilidad de dicho acto por los motivos previstos en el párrafo segundo del artículo 263."

La apreciación de la excepción de ilegalidad por parte del TJUE supone la inaplicabilidad de la disposición de carácter general en el litigio principal (efectos *inter partes*) sin gozar de alcance general o *erga omnes*, sin perjuicio de que la institución, órgano u organismo de adopción estará obligado a asumir la decisión del TJUE, y las medidas que se deriven de la misma, procediendo en su caso a la abrogación de la disposición.

⁵ ALONSO GARCÍA, R., Sistema Jurídico de la Unión Europea, 4ª edición, op. cit., p. 239.

2.3.3. Control de la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea

Regulado en el art. 268 TFUE, estamos hablando del control de responsabilidad extracontractual de la Unión Europea, procedimiento que compete al TJUE. No se debe confundir con el procedimiento de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión por parte de los Estados miembros (acciones u omisiones) que pueden producir daños en los particulares y que podrían iniciar ante la jurisdicción nacional del Estado miembro; y del que tratamos en el apartado 2.4 dedicado al juez español como juez de Derecho de la UE.

El TJUE será competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se refieren los párrafos segundo y tercero del artículo 340:

"En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo, el Banco Central Europeo deberá reparar los daños causados por él o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros."

Fuera de estos supuestos en que hay una atribución expresa de la competencia al TJ, la responsabilidad extracontractual que pueda tener origen en la actividad de las instituciones de la Unión y sus agentes será competencia de los jueces nacionales.

Pueden instar la responsabilidad extracontractual (legitimación activa) tanto las personas físicas como jurídicas o los EEMM con interés legítimo, exigiendo el TJUE que la demanda se dirija contra la Institución u órgano causante del daño.

Plazo de prescripción. Conforme al art. 46 Estatuto del TJUE:

“Las acciones contra la Unión en materia de responsabilidad extracontractual prescribirán a los cinco años de producido el hecho que las motivó. La prescripción se interrumpirá bien mediante demanda presentada ante el Tribunal de Justicia, bien mediante reclamación previa, que el damnificado podrá presentar a la institución competente de la Unión. En este último caso, la demanda deberá presentarse en el plazo de dos meses previsto en el artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; cuando proceda, serán aplicables las disposiciones del párrafo segundo del artículo 265 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El presente artículo se aplicará también a las acciones contra el Banco Centro Europeo en materia de responsabilidad extracontractual.”

El TJUE exige tres requisitos para los supuestos de responsabilidad extracontractual por actos de naturaleza individual: la existencia del daño la relación de causalidad y la naturaleza ilegal del acto (*Lütticke c. Comisión*, 1971)

Sin embargo, la aplicación administrativa del Derecho de la Unión suele corresponder a las autoridades nacionales, y es excepcional la relación directa, por lo que las acciones de responsabilidad extracontractual contra la UE suelen derivar de daños derivados de la normativa, y aunque dicha responsabilidad ha sido aceptada por el TJUE (*Zuckerfabrik*, 1971), sólo ha sido reconocida en pocos supuestos, exigiendo además de la relación de causalidad la existencia de una "infracción suficientemente caracterizada de una norma superior de Derecho que proteja a los particulares" (*Schöppenstedt c. Consejo*, 1971) hasta fechas recientes en las que desapareció la referencia a la infracción de una norma superior (*Bergaderm y Goupil c. Comisión*, 2000), si bien

se ha negado la existencia de responsabilidad por actividad normativa lícita (*FIAMM c. Consejo y Comisión*, 2008).

2.3.4. Cuestión prejudicial

Atendiendo a las reglas de atribución de competencia, podemos distinguir diferentes tipos de procedimiento, destacando el de la cuestión prejudicial sobre la validez e interpretación del Derecho de la Unión, regulada en los arts. 19.3. b) TUE y 267 TFUE.

El art. 19.3 b) TUE dispone que el TJUE se pronunciará de conformidad con los Tratados “*con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones*”. Y el art. 267 TFUE precisa los dos tipos de cuestiones prejudiciales, de interpretación y de validez:

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

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

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

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

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.”

Esta regulación ha sido desarrollada en el **ETJUE** (de 13 de diciembre de 2007 y vigente desde el 1 de diciembre de 2009) anexo al Tratado de Lisboa como Protocolo núm. 3, en los artículos 23 y 23bis, y en el **Reglamento de Procedimiento del TJ de 25 de septiembre de 2012** (RTJ), en vigor desde el 1 de noviembre de 2012, en los artículos 93 a 118; y ha sido precisada a través de la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia, que aparece resumida en las **Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales** (2012/ C 338/01) **del Tribunal de Justicia**, que acaban de ser actualizadas en 2019 (2019/ C 380/01) atendiendo a la experiencia adquirida al aplicar el Reglamento y la jurisprudencia más reciente, recomendaciones que no tienen carácter vinculante, sino que pretenden dar orientaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre la forma y efectos del procedimiento.

Órgano jurisdiccional. El Tribunal de Justicia ha delimitado como un concepto autónomo el de "órgano jurisdiccional" a los efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial, de una forma bastante amplia, atendiendo a criterios materiales más que formales y exigiendo como elementos el origen legal del órgano, su carácter permanente, la obligatoriedad de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas (y no de equidad) y su

independencia (por todas *Vaassen-Göbbels*, 1966; y *De Coster*, 2001); rechazando en este sentido como tales a los tribunales arbitrales (de derecho privado) y cualquier otro cuya constitución se deba a la voluntad de las partes en litigio, o los estrictamente administrativos como un tribunal de cuentas. Y llegó a admitir como tales, por ejemplo, a colegios profesionales que debían adoptar decisiones jurisdiccionales, el Tribunal de Defensa de la Competencia español, o los Tribunales constitucionales. Aunque llegó a admitir también a los Tribunales Económico-Administrativos, reciente jurisprudencia les ha negado tal consideración al entender que carecen de independencia⁶.

Planteamiento de la cuestión prejudicial. Para plantear la cuestión prejudicial el TJUE exige que sea pertinente, es decir, que pueda tener influencia o condicionar el litigio. Además, el art. 267 TFUE diferencia según se trate de órganos de última instancia (cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno) y el resto. Mientras que los órganos de última instancia estarán obligados a plantearla, los demás tienen la potestad de hacerlo. No obstante, el Tribunal de Justicia tuvo oportunidad de matizar la obligación de los tribunales de última instancia a través de la **doctrina del "acto aclarado"**, no siendo necesario tal planteamiento cuando el Tribunal de Justicia ya haya tenido ocasión de pronunciarse al respecto (*Da Costa*, 1963; y *Francovich y Bonifaci*, 1991).

También es importante resaltar la **doctrina del "acto claro"**, cuando la correcta aplicación del Derecho de la Unión puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión, entonces el juez nacional puede resolverla sin planteársela al TJUE; pero "antes de llegar a esta conclusión, el órgano jurisdiccional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros y al Tribunal de Justicia, de forma que sólo si se cumplen estos requisitos, el órgano jurisdiccional nacional podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal y resolverla bajo su propia responsabilidad" (*Cilfit*, 1982).

Particularidades sobre las cuestiones prejudiciales de validez. Hay que remarcar, que como hemos dicho antes, **el TJUE es competente de forma exclusiva para declarar la invalidez de una norma de Derecho de la Unión** (*FotoFrost*, 1987), por lo que un juez nacional que considere que una norma de la UE puede ser inválida no podría proceder a resolver el asunto de forma directa, sino que debe plantear en todo caso la cuestión prejudicial de forma obligatoria; mientras sí tiene en cambio la posibilidad de desestimar los motivos de invalidez que se invoquen ante ellos. El monopolio del TJUE para la declaración de invalidez de disposiciones de la Unión se mantiene incluso cuando ya hubiera declarado inválidas disposiciones equivalentes de otra norma comparable (*Gaston Schul*, 2005).

También, en relación con las cuestiones de validez, y a pesar de que el Tratado nada establece al respecto, el TJUE ha desarrollado una amplia doctrina que, basada en el principio de **seguridad jurídica**, niega la posibilidad de atacar la validez de un acto de DUE a quien teniendo legitimación activa para acudir contra en vía directa no lo ha hecho, puesto que el acto habría devenido firme. Debe tratarse de un recurso que fuera sin lugar a dudas admisible. Así, en la Sentencia *Venezia vuole vivere* (2011) se aplica esta doctrina de la siguiente manera "la posibilidad de que un justiciable alegue en el marco de un procedimiento nacional la invalidez de disposiciones contenidas en actos de la Unión presupone, ciertamente, que no dispusiese del derecho a interponer, con arreglo al artículo 230 CE, un recurso directo contra esas disposiciones cuyas consecuencias ha de soportar sin haber podido solicitar su anulación" (Fundamento 58)

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2020, *Banco de Santander*, 274/14, ECLI:EU:C:2020:17.

Procedimiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Conforme al **art.23 ETJUE**. Notificada la decisión del juez nacional, el Secretario del Tribunal de Justicia notificará tal decisión a las partes litigantes, a los Estados miembros y a la Comisión, así como a la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona. En el plazo de dos meses desde esta última notificación, las partes, los Estados miembros, la Comisión y, cuando proceda, la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona tendrán derecho a presentar al Tribunal de Justicia alegaciones u observaciones escritas; así como en su caso a los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, distintos de los Estados miembros, y al Órgano de Vigilancia de la AELC, previsto por dicho Acuerdo, que, en el plazo de dos meses desde la notificación y siempre que resulte afectado uno de los ámbitos de aplicación de tal Acuerdo, podrán presentar al Tribunal de Justicia alegaciones u observaciones escritas. También cuando un acuerdo, referente a un ámbito determinado, celebrado por el Consejo y uno o varios terceros Estados atribuya a éstos la facultad de presentar alegaciones u observaciones escritas en el caso de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro someta al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial que afecte al ámbito de aplicación de dicho acuerdo, la decisión del órgano jurisdiccional nacional que plantee dicha cuestión se notificará también a los correspondientes terceros Estados, los cuales podrán presentar al Tribunal de Justicia alegaciones u observaciones escritas en el plazo de dos meses a partir de dicha notificación.

El TJ pide para la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales que las preguntas se susciten en un litigio real, las cuestiones guarden relación con el del mismo, y sean suficientemente motivadas (*Telemarsicabruzzo*, 1993; *Canal Satélite Digital*, 2002). Así, cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o no suscite ninguna duda razonable, el TJ podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado. (art. 99 RTJ).

Ahora bien, si se cumplen los requisitos, el TJ se considera obligado a responder y lo hace de forma que la respuesta sea útil para el juez nacional aunque para ello deba reformular las preguntas (Liñán Nogueras).

El RTJ regula además un **procedimiento prejudicial acelerado** (arts. 105 y 106) que permite la reducción de plazos cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo, y un **procedimiento prejudicial de urgencia** (arts. 107-114) las cuestiones relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, que permite también reducir los plazos en caso de urgencia.

Efectos de las sentencias del TJ que resuelven las cuestiones prejudiciales. **La sentencia de interpretación** vinculará y servirá al juez nacional para resolver el litigio principal. Produce efectos de cosa juzgada para el caso concreto, vinculando a todos los órganos jurisdiccionales que conozcan del mismo, sin perjuicio del alcance *erga omnes* por la vinculatoriedad de la interpretación para todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a la hora de interpretar el Derecho de la Unión; lo que no obsta que se pueda plantear una nueva cuestión prejudicial cuando la cuestión se base en distintos motivos y argumentos. **La sentencia de apreciación** de validez puede declarar la validez o invalidez del acto cuestionado con efectos generales o *erga omnes*. La declaración de invalidez vinculará al juez nacional para resolver el litigio principal, y además, vinculará a todos los órganos jurisdiccionales nacionales que deberán considerar como inválido dicho acto.

En ambos casos los efectos temporales son *ex tunc* (retroactivos), si bien el TJUE puede limitarlos atendiendo a las circunstancias del asunto.

2.3.5. Los recursos de casación y reexamen

a) Recurso de casación

Es un medio extraordinario de impugnación de sentencias por motivos basados en Derecho cuyo objeto es la revisión y en su caso anulación total o parcial de la resolución recurrida del TG o del TFP (del que conocerá el TJ o el TG, respectivamente) o que se estime total o parcialmente las pretensiones aducidas en primera instancia; excluyéndose nuevas pretensiones.

Motivos de casación: incompetencia del TG o TFP, irregularidad del procedimiento seguido en primera instancia que lesiona los intereses de la parte recurrente, así como una violación del DUE.

La sentencia, si es estimatoria anulará la decisión, pudiendo resolver definitivamente el litigio cuando su estado lo permita o bien puede devolver el asunto para su resolución a la instancia.

b) Reexamen

Se trata de un segundo examen de una resolución del Tribunal General por parte del Tribunal de Justicia a petición del Abogado General cuando éste considere que existe un riesgo grave de que se vulnere la unidad o coherencia del DUE, instado en el plazo de un mes desde la sentencia del TG.

2.3.6. Dictámenes consultivos en relación a los acuerdos internacionales

Por último, destacar este mecanismo de control previo de acuerdos internacionales, pues conforme al art. 218.11 TFUE:

"Un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados."

Es un mecanismo de control *ex ante* de acuerdos internacionales, para prevenir eventuales contradicciones entre los Tratados y dichos acuerdos, puesto que no excluye un control *ex post* a través de vías ordinarias (*Gastos locales OCDE*, 1975).

Cabe destacar que cuando el Tribunal de Justicia fue consultado por primera vez sobre la adhesión al CEDH, el Tribunal declaró su competencia para pronunciarse y afirmó que, en el estado del Derecho comunitario entonces vigente, la Comunidad Europea carecía de competencia para adherirse al CEDH (Dictamen del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996, 2/94).

Con el Tratado de Lisboa se introduce en el art. 6.2 TUE que la Unión se adherirá al CEDH, aunque esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. Consultado sobre el Proyecto de acuerdo de adhesión, el TJ ha concluido que el mismo no es compatible con las disposiciones del DUE (Dictamen del TJ de 18 de diciembre de 2014, 2/13).

3. El juez español como juez de Derecho de la UE

A la hora de aplicar el DUE, el juez nacional, además de interpretar el Derecho interno de conformidad con el de la Unión, puede plantear una cuestión prejudicial, declarar la existencia de responsabilidad patrimonial por incumplimiento (*Francovich y Bonifaci*, 1991), así como adoptar medidas provisionales suspensivas de normas internas en ejecución de DUE, o dejar sin aplicación disposiciones internas contrarias al DUE.

Vamos a analizar las funciones del juez español como juez de Derecho de la UE:

3.1. Responsabilidad patrimonial por incumplimiento

La responsabilidad patrimonial del Estado se deriva por el incumplimiento de cualquier norma de la Unión, con independencia del órgano del estado a cuya acción u omisión se deba el mismo exigiéndose que la norma implique la atribución de derechos a favor de particulares, que el contenido de los mismos pueda ser identificado o la violación suficientemente caracterizada, y que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido (*Francovich y Bonifaci*, 1991; *Brasserie du pêcheur c. RFA y Factortame III*, 1996).

3.2. Adopción de medidas provisionales suspensivas de normas internas en ejecución de DUE

El juez nacional puede, de oficio o a instancia de parte, adoptar medidas cautelares de suspensión de actos nacionales dictados en ejecución de normas de la UE de forma excepcional siempre que albergue serias dudas sobre la validez de la norma de la UE en la que se basa, adopte la suspensión de forma provisional y limitada a los aspectos que se discutan, y plantee la cuestión prejudicial de invalidez ante el TJUE, cuando se den los requisitos para que se acuerden medidas provisionales en los procedimientos seguidos ante el TJUE (*Zuckerfabrik*, 1991), es decir, 1) apariencia de buen derecho (*fumus bonus iuris*); 2) que pueda existir un perjuicio grave e irreparable (*periculum in mora*); y 3) equilibrio de los intereses en juego (Alonso García, 2014: 263).

3.3. Conflicto entre el Derecho interno y el DUE

Conforme a la doctrina del TJUE el juez nacional debe dejar sin aplicación toda disposición de Derecho interno contraria al Derecho de la Unión, anterior o posterior (desde *Simmmenthal*, 1978), pudiendo acordar medidas cautelares que suspendan la aplicación de la ley nacional, incluso en los casos en que el sistema procesal no prevé o no permite la suspensión de la ley interna para garantizar la plena eficacia de la decisión judicial (*Factortame*, 1990).

El Tribunal Constitucional español ha considerado que el Derecho comunitario, hoy de la Unión, carece de rango constitucional, correspondiendo a los jueces ordinarios la aplicación del mismo (STC 21/1991, de 31 de enero), y que un conflicto con las normas internas no adquiere *per se* relevancia constitucional (SSTC 252/1988, de 20 de diciembre, y también en las SSTC 28/1991, de 14 de febrero; 197/1996, de 28 de noviembre).

Todo ello sin perjuicio de que el TC haya controlado la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial cuando es debida, como analizamos en el apartado siguiente, lo que no servirá para

ver cómo puede adquirir relevancia constitucional el incumplimiento del DUE; o que el propio TC haya planteado una cuestión prejudicial.

3.4. La cuestión prejudicial desde la perspectiva del juez nacional

En el apartado correspondiente a los procedimientos ante el Tribunal de Justicia ya hemos tratado la cuestión prejudicial, por lo que aquí nos vamos a limitar a la perspectiva de este instrumento desde la perspectiva del juez nacional.

La técnica de las cuestiones prejudiciales constituye **un instrumento muy útil que permite atribuir a los jueces nacionales la aplicación efectiva del Derecho de la Unión, y al TJUE asegurar la interpretación uniforme del Derecho de la UE** (Liñán Noguera, 2011).

Como hemos dicho antes, el art. 19.3 b) TUE dispone que el TJUE se pronunciará de conformidad con los Tratado “*con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones*”. Y el art. 267 TFUE precisa los dos tipos de cuestiones prejudiciales, de interpretación y de validez.

Hemos visto también que el Tribunal de Justicia ha delimitado como un concepto autónomo el de “órgano jurisdiccional” a los efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial, de una forma bastante amplia, atendiendo a criterios materiales más que formales y exigiendo como elementos el origen legal del órgano, su carácter permanente, la obligatoriedad de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas (y no de equidad) y su independencia (por todas *Vaassen-Göbbels*, 1966; y *De Coster*, 2001); rechazando en este sentido como tales a los tribunales arbitrales (de derecho privado) y cualquier otro cuya constitución se deba a la voluntad de las partes en litigio, o los estrictamente administrativos como un tribunal de cuentas. Y ha admitido como tales por ejemplo a colegios profesionales que debían adoptar decisiones jurisdiccionales, el Tribunal de Defensa de la Competencia español, los Tribunales Económico-Administrativos, o los Tribunales constitucionales.

Hemos analizado por otro lado la necesidad de que la cuestión sea pertinente (que tenga influencia o pueda condicionar el litigio), así como la diferencia prevista en el art. 267 TFUE según se trate de órganos de última instancia (cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno) y el resto. Mientras que los órganos de última instancia estarán obligados a plantearla, los demás tienen la potestad de hacerlo. Todo ello matizado por las doctrina del “**acto aclarado**”, no siendo necesario tal planteamiento cuando el Tribunal de Justicia ya haya tenido ocasión de pronunciarse al respeto (*Da Costa*, 1963; y *Francovich y Bonifaci*, 1991); y del “**acto claro**”, cuando la correcta aplicación que el Derecho de la Unión puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión, entonces el juez nacional puede resolverla sin plantearla al TJUE (*Cilfit*, 1982).

Sí que vamos a ampliar aquí la perspectiva del planteamiento de la cuestión prejudicial desde la perspectiva nacional. Así, conforme al TC español, que ha asumido la doctrina del acto aclarado y del acto claro del TJUE, **el régimen jurídico de la cuestión prejudicial es distinto del que rige el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad**, en el que existe obligación de plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando no se puede lograr una interpretación de normas legales, posteriores a la Constitución, que se acomode al texto constitucional. Así, STC 78/2010, de 20 de octubre:

“Distinto es el régimen jurídico de la cuestión prejudicial propia del Derecho comunitario, pues la obligación de plantearla desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81). Y es que para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria.”

Ciertamente la cuestión de inconstitucionalidad tiene como objeto la preservación de la normatividad del texto constitucional, mientras que la cuestión de Derecho de la UE, puede ser de validez respecto de una disposición de Derecho de la Unión, o de interpretación en cuyo caso persigue preservar una interpretación uniforme del Derecho de la UE.

Aunque responden o tienen objetos distintos, podría darse el caso en los que un juez nacional dudara sobre el planteamiento de una u otra. Sin embargo, dado que la cuestión de inconstitucionalidad debe referirse a una norma aplicable al caso, ex art. 163 CE, y su incompatibilidad con el DUE la hace inaplicable, debería optarse en principio por dar preferencia al planteamiento de la cuestión prejudicial, pero si bien no habría que descartar necesariamente la posibilidad de un planteamiento simultáneo;⁷ parece que el Tribunal Constitucional ha terminado por considerar que se debe dar prevalencia al planteamiento de la cuestión prejudicial, inadmitiendo aquellas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en estos casos cuando no se ha planteado, de forma previa, la cuestión prejudicial (ATC 168/2016, de 4 de octubre; ATC 202/2016, de 13 de diciembre).

Recientemente el Tribunal Constitucional ha dictado diversas sentencias controlando la negativa o falta de planteamiento de una cuestión prejudicial por el juez ordinario y resolviendo favorablemente el amparo cuando esto constituya una vulneración de la tutela judicial efectiva y de un proceso con todas las garantías (STC 58/2004, de 19 de abril; 194/2006, de 19 de junio; y STC 78/2010, de 20 de octubre; STC 232/2015, de 5 de noviembre de 2015); así como planteó su primera una cuestión prejudicial ante el TJUE (ATC 867/2011, de 9 de junio).

A nuestro parecer, en el ejercicio de este control constitucional de la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial, el TC se muestra más exigente cuando tiene como resultado la inaplicación de una ley interna sin un previo planteamiento de una cuestión inconstitucional (SSTC 58/2004, de 19 de abril; 194/2006, de 19 de junio; 78/2010, de 20 de octubre), que cuando el no planteamiento de la cuestión prejudicial conlleva a la aplicación de la ley nacional (SSTC 27/2013, de 11 de febrero; 212/2014, de 18 de diciembre; 99/2015, de 25 de mayo).

En efecto, en el primer caso el TC va a exigir la correcta aplicación del DUE por parte del juez ordinario, puesto que la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial preceptiva inaplicando

⁷ CRUZ VILLALÓN, P., y REQUEJO PAGÉS, J.L., "La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50, 2015, pp. 173-194.

una ley interna constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su faceta de derecho a una resolución fundada en derecho, y al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE); mientras que en el segundo caso, su examen se limita a controlar que no haya arbitrariedad, y que se cumplan los requisitos de razonabilidad, pues sólo entonces la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial preceptiva implicaría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su faceta de derecho a una resolución motivada, si bien este examen de razonabilidad y falta de arbitrariedad se vuelve más preciso cuando existe una interpretación auténtica del TJUE que es obviada por el juez ordinario puesto que entonces corresponde al TC velar por el respeto del principio de primacía DUE, pues el desconocimiento y preterición de la misma, tal y como ha sido interpretada, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Arroyo ha planteado con sagacidad que el TC aplica un canon constitucional distinto a la hora de resolver el amparo constitucional de la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en función de si lo que queda afectado es la dimensión del derecho a una resolución motivada o la del derecho a una resolución fundada en Derecho, y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE); pero reconociendo a su vez que el TC puede utilizar en algunas ocasiones las dos dimensiones del derecho a la tutela judicial efectiva de manera indiferenciada, a la vez que los recurrentes en amparo suelen combinar alegaciones de vulneración del 24.1 y 2⁸; lo que complica a nuestro entender extraer una clara doctrina constitucional sobre la trascendencia constitucional de la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial.

En cualquier caso, el valor que se está atribuyendo a la jurisprudencia del TJUE puede suscitar la duda de si el Derecho de la UE se ha convertido finalmente en un cuasi-parámetro de constitucionalidad - aunque el TC mantenga la formalidad de que no es canon de constitucionalidad- cuando existe una previa interpretación del TJUE, que es obligado tener en consideración por parte del juez ordinario a la hora de aplicar el DUE, y cuya inobservancia puede implicar una vulneración de las garantías constitucionales.

Es importante notar que el art. 4 bis de la LOPJ introducido por la L.O 7/2015, de 21 de julio, ha establecido expresamente la obligación -que ya existía vía DUE- de que los jueces y tribunales apliquen el Derecho de la UE de acuerdo con la interpretación que del mismo realiza el TJUE. Así como que si los órganos jurisdiccionales nacionales deciden el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE lo harán de acuerdo con la jurisprudencia de este último, mediante auto y previa audiencia de las partes.

Si hecho el juicio de relevancia el juez nacional estima necesaria una respuesta del TJUE para resolver el litigio del que conoce podrá o deberá (si su decisión no es recurrible en Derecho interno) plantear la cuestión prejudicial. En este caso procederá suspender el procedimiento interno y notificar la decisión de plantear la cuestión al Tribunal de Justicia (art. 23 ETJUE).

⁸ Véase el desarrollo de la posición de Arroyo Jiménez en: ARROYO JIMÉNEZ, L., *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 2016; así como también en sus entradas de blog en "Derecho europeo y tutela judicial efectiva (I): el derecho a una resolución motivada", Almacén del Derecho, 2015, accesible en: <http://almacendederecho.org/derecho-europeo-y-tutela-judicial-efectiva-i-el-derecho-a-una-resolucion-motivada/>; "Derecho europeo y tutela judicial efectiva (II): el derecho a una resolución fundada en Derecho", Almacén del Derecho, 2015, accesible en: <http://almacendederecho.org/derecho-europeo-y-tutela-judicial-efectiva-ii-el-derecho-a-una-resolucion-fundada-en-derecho/>; "Derecho europeo y tutela judicial efectiva (III): el derecho a un proceso con todas las garantías", Almacén del Derecho, 2016, accesible en: <http://almacendederecho.org/derecho-europeo-y-tutela-judicial-efectiva-iii-el-derecho-a-un-proceso-con-todas-las-garantias/>