

El Planteamiento de la Cuestión Prejudicial

(Art. 234 CE)

Los Problemas Sustantivos y Procesales

Horstpeter Kreppel

Juez del Tribunal Laboral de Frankfurt/Main,

actualmente destinado al

Servicio Jurídico de la Comisión Europea

Ponencia para el Seminario

"De las Directivas 2000/43 y 2000/78 a las Leyes 51/03 y 62/03"

organizado por "Jueces para la Democracia"

en colaboración con el IMSERSO

Madrid, 3 y 4 de junio de 2004

I. Introducción

Antes de comenzar con el desarrollo del tema, querría agradecer las palabras de presentación. Considero un honor que los organizadores de este seminario me hayan invitado para presentar esta ponencia. Espero poder aportar algunas informaciones útiles fruto de mi experiencia como magistrado, como consejero de asuntos sociales de la Embajada alemana en Madrid y como miembro del Servicio Jurídico de la Comisión Europea. También me gustaría hacer unas breves observaciones preliminares:

La ponencia para esta conferencia no la realizo como representante de la Comisión Europea, sino exclusivamente en nombre propio.

Es cierto que hubiera preferido dar esta conferencia sin necesidad de documentos de apoyo; sin embargo, no domino el idioma español suficientemente, por lo que he tenido que optar por una preparación inicial del texto. En cualquier caso, he traído unas diapositivas en power point con el fin de que mi exposición resulte lo más clara posible. No obstante, recibirán por escrito la presente ponencia junto con la documentación correspondiente.

Cuando utilizo la definición “Derecho Social comunitario”, esta definición comprende el “Derecho laboral” y el “Derecho social”. La primera definición se refiere al “Derecho del trabajo”, la segunda definición al “Derecho de las prestaciones de la seguridad social”. Voy a centrarme en la primera definición.

Quiero dar un resumen general. No voy a dar una ponencia teórico-jurídica sobre el procedimiento prejudicial. Voy a limitarme en destacar algunos problemas, no todos, que surgen cuando en un proceso concreto ante el juez nacional se pone de manifiesto que el derecho comunitario es relevante para la adopción de la decisión.

En primer lugar, querría explicar en pocas palabras la relevancia del procedimiento prejudicial en el sistema de cooperación judicial entre el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia europeo.

Después expondré un ejemplo de hecho inicial, a través del cual podré explicar mejor los problemas que pueden surgir.

En tercer lugar intentaré desarrollar las condiciones y los problemas de este ejemplo de hecho inicial destacando 9 cuestiones esenciales, que

Ustedes, como encargados de aplicar el derecho en los litigios concretos, pueden utilizar como guía. Explicaré así el funcionamiento de la cuestión prejudicial, sus requisitos, el procedimiento y los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia. Esta parte constituirá el centro de mi ponencia.

A continuación, querría demostrar cómo se desarrolla un procedimiento prejudicial y los efectos de la sentencia en el procedimiento prejudicial.

Después volveré al ejemplo inicial aplicando lo dicho al caso inicial.

Finalmente resumiré algunas conclusiones de lo expuesto.

2. La relevancia del procedimiento prejudicial en el sistema de cooperación judicial entre el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia

El procedimiento prejudicial está previsto en el Art. 234 CE (antes artículo 177 TCE), que establece lo siguiente:

"Artículo 234

El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación del presente Tratado;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE;

c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

...."

La opción de la letra c) de dicho artículo nunca ha sido utilizada y en el proyecto del Tratado Constitucional Europeo se ha suprimido.

El procedimiento prejudicial establecido en dicho artículo constituye, posiblemente, el elemento más importante del sistema de control jurisdiccional en el derecho comunitario. La cuestión prejudicial permite al Tribunal de Justicia asegurar la interpretación uniforme del derecho comunitario, dejando a los jueces nacionales la tarea de la aplicación efectiva de las normas comunitarias.

Dicho procedimiento establece un mecanismo de cooperación judicial entre el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia. La cuestión prejudicial de interpretación es el instrumento privilegiado del que dispone el Tribunal de Justicia para desempeñar su función de garante de la interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario. Se trata de la conexión más importante, a nivel procedimental, entre el derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

En efecto, si bien el Tribunal de Justicia es, por su propia naturaleza, el defensor supremo de la legalidad comunitaria, no es sin embargo el único órgano jurisdiccional competente para aplicar el derecho comunitario.

Los Tribunales de cada uno de los Estados miembros son también, por su parte, órganos jurisdiccionales comunitarios, en la medida en que:

- Queda sometida a su control la ejecución administrativa del derecho comunitario, que se halla confiada en lo esencial a los órganos administrativos de los Estados miembros,
- Un gran número de disposiciones de los Tratados y del derecho derivado (reglamentos, en algunas casos también las directivas y las decisiones) crean directamente derechos individuales en favor de los ciudadanos de los Estados miembros, que ellos tienen la obligación de garantizar.

Para asegurar la aplicación efectiva de la legislación comunitaria y evitar que las diferencias entre las reglas de interpretación que aplican los diferentes tribunales nacionales puedan conducir a una interpretación divergente del derecho comunitario, los Tratados han establecido el procedimiento de las cuestiones prejudiciales, que ha institucionalizado una fructífera cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales.

Así, en los asuntos en que se pone en tela de juicio el derecho comunitario, los jueces nacionales en caso de duda sobre la interpretación o la validez de este derecho, pueden, y a veces deben, dirigirse al Tribunal de Justicia para formularle cuestiones usando el procedimiento prejudicial.

La gran importancia del procedimiento prejudicial se puede observar también en las estadísticas. De un total de 12.963 asuntos, que el Tribunal de Justicia ha registrado entre los años 1952 y 2003, 7.305 fueron demandas directas y 5.044 procedimientos prejudiciales (datos del informe del presidente del Tribunal de Justicia del año 2003). Anualmente se registran aproximadamente el mismo número de procedimientos prejudiciales que de demandas directas (algo más de 200 por año), mientras que al principio del funcionamiento del Tribunal de Justicia los tribunales nacionales no usaban apenas la posibilidad del procedimiento prejudicial. Con un total de 145 procedimientos prejudiciales en el período entre el 1.1.1986 y el 31.12.2003 los tribunales españoles no están bien representados. Austria, que llegó a ser miembro de la Comunidad mucho más tarde, el 1.1.1995, ya ha enviado 249 procedimientos prejudiciales al Tribunal de Justicia.

3. Ejemplo de hecho:

Procederé a explicar un ejemplo de hecho inicial, a partir del cual conseguiremos acercarnos al tema central de mi exposición. Este ejemplo es muy breve.

Una empresa privada hace una oferta de empleo en un diario con el siguiente contenido:

“Busco vendedores (no árabes)”

Vamos a analizar este ejemplo:

Según mis informaciones la Constitución Española prohíbe la discriminación debida a la nacionalidad. Una oferta de empleo que contenga informaciones como *“no se admiten marroquíes, ni argelinos, ni tunecinos”* debería estar prohibida por el simple hecho de contener la mención que acabo de citar. Aquellos marroquíes, argelinos, o tunecinos que se hayan presentado sin éxito a tal oferta de empleo podrían entonces invocar esta prohibición de discriminación en la Constitución Española. Y el art. 180 de la Ley de Procedimiento Laboral indica que cuando se considere vulnerado un derecho fundamental (entre ellos el de no ser discriminado por la nacionalidad) el juez ordenará el cese de este comportamiento y reparará las consecuencias derivadas de ese acto, incluida la indemnización que procediera. En la actualidad no se ha cerrado el debate acerca de si proceden indemnizaciones por daños morales y en qué cuantía. La cuestión de si de las Directivas europeas pertinentes se puede derivar alguna indemnización, va a ser el tema central de la última ponencia de este seminario del profesor Manuel Luque Parra.

Pero la oferta de empleo de nuestro ejemplo no se refiere a una nacionalidad específica, sino que excluye a todos los árabes, a los que se les niega la posibilidad de acceder al empleo. ¿Es tal oferta de empleo también ilegal?

¿Se trata de una discriminación directa por razón del origen racial o étnico, o por la religión? ¿O se trata sólo de una discriminación indirecta?

Si consultamos la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, encontramos en la sección tercera titulada “*medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo*” el artículo 34, que dice:

„Apartado 1: Esta sección tiene por objeto establecer medidas para que el principio de igualdad de trato y no discriminación sea real y efectivo en el acceso al empleo....

Apartado 2: A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones,”

Pero no se nos proporciona una respuesta a las preguntas siguientes:

- si se trata de una discriminación directa o indirecta y
- si se trata de una discriminación por razón del origen racial o del origen étnico o de la religión.

Aún así sería relevante saberlo, ya que dependiendo de estos factores se derivan diferentes consecuencias jurídicas. Sin inmiscuirme en los asuntos de mis colegas que van realizar las siguientes ponencias, quiero señalar que las dos directivas han sido correctamente trasladadas al derecho español en cuanto a que el artículo 28 al definir la discriminación directa e indirecta, califica la discriminación indirecta como un hecho que sólo puede considerarse como tal si el trato desigual no responde a una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad no son adecuados y necesarios. Así pues, mientras que en el caso de la discriminación indirecta el trato desigual puede, justificarse en algunas

circunstancias, en el caso de la discriminación directa tal justificación de un trato desigual no es posible, salvo unas pocas excepciones.

Dado que este seminario tiene por contenido las directivas contra la discriminación 2000/43 y 2000/78, resulta lógico buscar la respuesta a esta pregunta en estas directivas. Más en adelante profundizaremos en este aspecto.

En otros casos puede que no sea tan evidente, si el derecho comunitario ofrece una solución más allá del derecho nacional. Ahora expondré el procedimiento prejudicial mediante 9 cuestiones esenciales.

4. El procedimiento prejudicial según el art. 234 CE - 9 cuestiones esenciales

Para los abogados y los jueces se plantea en primer lugar la siguiente pregunta que voy a designar como la primera cuestión esencial:

1ª cuestión esencial: ¿Podría ser relevante el derecho comunitario para un caso determinado?

Para que puedan plantearse las cuestiones prejudiciales, que se ocupan de la interpretación del derecho comunitario, primero el derecho comunitario tiene que ser aplicable. Por lo tanto la primera cuestión que se plantea es en qué ámbitos existe derecho comunitario que puede ser relevante, en lo que se refiere a los litigios ante los Juzgados de lo Social.

En principio los abogados y los jueces en un litigio concreto deberían saberlo ya. Pero, desafortunadamente, no es siempre así. Por ejemplo en Alemania, hasta hace pocos años el derecho europeo no fue una asignatura obligatoria en el marco de los estudios universitarias de derecho. Además el derecho comunitario ya es tan elaborado que aún para

especialistas apenas es posible tener una visión global. Sólomente quiero añadir brevemente lo siguiente:

La Unión Europea es competente para dictar legislación social según los art. 137 y 94 CE en casi todos los ámbitos del derecho individual, así como en casi todos los ámbitos del derecho colectivo.

Únicamente se excluyen según el art. 137 apartado 6 CE de la competencia comunitaria las cuestiones relacionadas con

- las remuneraciones,
- el derecho de asociación y sindicación,
- el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal.

Dentro de la esfera del derecho social comunitario destacan cuatro ámbitos esenciales en los que existe actualmente legislación europea social:

1. Libre circulación de trabajadores (incluyendo la coordinación de la seguridad social en casos transfronterizos),
2. Igualdad entre hombres y mujeres y no discriminación,
3. Armonización de los ordenamientos laborales de los Estados Miembros, (condiciones de trabajo), y
4. Seguridad y salud en el trabajo.

A través del artículo 137 CE se ha conseguido, al menos, la competencia para que pueda existir una legislación europea en el ámbito social es muy completa. La propuesta de un Tratado Constitucional Europeo no ha cambiado nada en este sentido.

Aunque en la fase política actual y sobre todo por razones de la ampliación de la Unión europea, no son de que esperar muchas iniciativas nuevas en cuanto a la legislación comunitaria, y aunque el “método abierto de la

coordinación” va a reemplazar parcialmente al procedimiento legislativo del derecho comunitario y el diálogo social europeo, habrá también en el futuro nuevas normas comunitarias. Por tanto, es de suponer que la influencia de normas comunitarias en el ámbito del derecho social europeo aumentará en los años venideros.

Mi experiencia me ha demostrado que, en este sentido, lo más importante es saber en qué ámbitos o esferas está presente, es decir, si existe derecho social comunitario.

2ª cuestión esencial: ¿Cual es la naturaleza jurídica de la norma europea pertinente?

Hay que distinguir entre

- el derecho primario
- los acuerdos de derecho internacional de la CE
- el derecho derivado

El derecho primario comprende los Tratados constitutivos (demoninados en función del lugar en el que se firmaron, es decir, Tratados de Roma, de Maastricht, de Amsterdam, ahora de Niza) y los principios jurídicos generales.

Los acuerdos de derecho internacional de la CE son los acuerdos de asociación, los acuerdos de cooperación y los acuerdos comerciales.

El derecho derivado comprende entre otros los reglamentos y las directivas europeas.

Las normas de los tratados europeos y las normas de los reglamentos comunitarios tienen valor universal o efecto directo. Cualquier persona las

puede invocar. Deben ser respetadas por todo el mundo y por todas las instituciones estatales y privadas en la Unión Europea.

Las directivas, por su parte, se dirigen a los Estados miembros. Se limitan a establecer idealmente sólo los objetivos, mientras que los Estados miembros pueden elegir libremente los instrumentos para alcanzar estos objetivos. Por tanto, las directivas tienen que ser transpuestas al derecho nacional. Los Estados miembros tienen la obligación de transformar una directiva en derecho nacional. Existe no obstante una tendencia por parte del Legislador comunitario de recurrir cada vez más al instrumento legislativo de la directiva no solamente para los objetivos sino también para indicar o prescribir los medios concretos para alcanzar estos objetivos. Este es en parte el caso en las presentes Directivas contra la discriminación.

3ª cuestión esencial: ¿Debe el Juez nacional aplicar esa legislación comunitaria?

Podemos formular esta pregunta de otra manera: ¿Qué sucederá si colisionan el derecho comunitario y el derecho nacional?

Estas cuestiones no vienen reguladas explícitamente en el Tratado. Ahora bien, ¿qué quedaría de la Unión Europea si la norma comunitaria no precediera a la norma nacional? NADA ! En este contexto, la principal contribución del Tribunal de Justicia ha sido su jurisprudencia, que define las dos reglas esenciales sobre las que se basa la Comunidad de Derecho que es la Unión Europea:

- **La aplicación directa del derecho comunitario en los Estados miembros, y**
- **la primacía de la norma comunitaria sobre la norma nacional.**

Gracias a esta jurisprudencia, cuyos principales jalones son las sentencias en el asunto 26/62 *Van Gend en Loos*, en el asunto 6/64 *Costa/ENEL* y en

el asunto 106/77 *Simmenthal*, los ciudadanos europeos pueden invocar ante sus jueces las disposiciones de los Tratados, reglamentos y directivas comunitarios, y solicitar que no se les aplique una ley nacional si es contraria a la legislación comunitaria. Así, toda norma nacional (incluidos los convenios colectivos) contraria a las disposiciones comunitarias es inaplicable de pleno derecho.

Examinaré más adelante si la cuestión de esto se aplica en todos los casos a las directivas comunitarias,.

El derecho comunitario y el derecho nacional pueden colisionar, ya sea porque el derecho nacional prevé disposiciones que no son conformes con el derecho comunitario, ya sea porque el derecho nacional no contiene disposiciones en un ámbito concreto, es decir porque existe un laguna en el derecho nacional. En ambos casos existe la obligación para el Estado miembro de adaptar la legislación nacional a las normas comunitarias. Para la consecución de este objetivo pueden utilizarse tres vías distintas:

Una de ellas es la interpretación de la norma nacional de conformidad con el derecho comunitario, otra la modificación de la legislación nacional a través del procedimiento legislativo (lo cual es complicado y tarda mucho tiempo), y la tercera la aplicación directa de la norma comunitaria. Examinaré más adelante si la cuestión de esta última opción es posible en todos los casos.

Ahora voy a examinar la primera alternativa, es decir la interpretación del derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario.

4ª cuestión esencial: Si colisionan el derecho comunitario y el derecho nacional, ha de comprobarse si el derecho nacional puede interpretarse de conformidad con el derecho comunitario.

El problema no reside en la obligación de una interpretación conforme con el derecho comunitario. En regla general esta obligación se respeta. Más bien se plantea la cuestión de qué método ha de seguirse para realizar una interpretación conforme con el derecho comunitario.

Puede defenderse la opinión de que la interpretación conforme con el derecho comunitario ha de hacerse según los métodos nacionales de interpretación. Este punto de vista, defendido sobre todo por el Tribunal Federal Supremo de Trabajo alemán, se basa en una decisión del Tribunal de Justicia en el asunto 14/83, *Von Colson*, en cuyo fundamento 28 estableció que:

“Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, agotando el margen de apreciación que su derecho nacional le concede, dar a la Ley adoptada para ejecutar la Directiva una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho comunitario”.

Sin embargo, en otras decisiones que se produjeron más tarde, el Tribunal de Justicia dejó de establecer la relación con el derecho nacional.

En la sentencia en el asunto C-106/89, *Marleasing*, el Tribunal indicó que:

„De ello se desprende que, al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado [ahora artículo 249 CE].”

El hecho de que, si se adoptara esta interpretación, el ámbito de aplicación de una directiva comunitaria dependería de los métodos nacionales de interpretación, que difieren bastante, es una razón, por la cual ha de preferirse un método de interpretación comunitario en el marco de la interpretación del derecho nacional que sea conforme con las exigencias del derecho comunitario que no se basara en la letra y la finalidad del derecho nacional, sino en la letra y en la finalidad de la directiva comunitaria.

Muy pronto el tribunal tendrá la oportunidad de expresarse acerca de este tema en el marco de un procedimiento prejudicial, los asuntos C-397/2001 et.al., *Pfeiffer* entre otros (se trata de la aplicación de la sentencia *Simap* en Alemania).

Por lo tanto, antes de recurrir al procedimiento prejudicial, sería mejor (sobre todo bajo el aspecto de la economía procesal) comprobar si el derecho nacional se puede interpretar de conformidad con el derecho comunitario. Si se pusieran de manifiesto lagunas jurídicas deberían ser completadas de conformidad con la obligación de adaptación a las normas comunitarias.

Permítanme añadir, que puede haber casos en los que hay dudas sobre la posibilidad de interpretar el derecho nacional de una manera conforme con el derecho comunitario. Sobre todo en los casos en que hay diferencias entre los Tribunales de primera instancia y el Tribunal Supremo correspondiente, el procedimiento prejudicial tendría que preferirse, porque permite al Tribunal de Justicia tener la última palabra en cuanto a la interpretación del derecho comunitario. Esto influye en el margen posible de interpretación en relación con el derecho nacional.

Seguramente no es por casualidad que la mayoría de los procedimientos prejudiciales provengan de tribunales de instancia, mientras que muy pocos provienen de los tribunales supremos. En Alemania, por ejemplo, se

produjeron entre 1952 y 2003 un total de 1364 procedimientos prejudiciales, de los cuales 927 fueron planteados de tribunales de instancia, y el resto por los tribunales supremos federales. Del total de 145 procedimientos prejudiciales planteados por tribunales españoles entre 1986 hasta 2003, 127 emanaban de tribunales de instancia y 18 del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y del Juzgado Central de lo Penal.

Además, una interpretación del derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario requiere que la interpretación de la legislación comunitaria que hará el juez nacional sea correcta, en la medida en que dicha legislación comunitaria no plantee dudas. Esto no será siempre el caso. En el caso de que el derecho comunitario no esté suficientemente claro con certeza, debe recurrirse al Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento prejudicial.

Como 5ª cuestión esencial habrá que preguntar si se trata de una cuestión de interpretación del derecho comunitario o si se trata de una cuestión de validez del derecho derivado.

Recordemos el art. 234 CE:

Artículo 234

El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación del presente Tratado;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE; ...

Quiero señalar una pequeña pero importante diferencia que existe entre la letra a) y la letra b) del art. 234 CE. Bajo la letra a) sólo se menciona la interpretación del presente Tratado, mientras que bajo la letra b), aparte de la interpretación, también se menciona la comprobación de la validez del derecho derivado. El procedimiento prejudicial de la validez no requiere

que el tribunal nacional esté convencido de la ilegalidad de la norma comunitaria respectiva por vulneración de derecho comunitario superior. Basta con que tenga dudas subjetivas sobre la validez de dicha norma. Evidentemente en el marco de este procedimiento prejudicial de validez puede surgir una cuestión de interpretación del derecho primario.

6ª cuestión esencial: ¿Tiene el juez nacional la legitimación para presentar cuestiones prejudiciales?

Puesto que se trata de un sistema de cooperación entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia, las partes en un litigio principal no disponen de la posibilidad de exigir al juez nacional la remisión prejudicial. El art. 234 CE no constituye una vía de recurso abierta a las partes en un litigio pendiente ante un juez nacional.

Tienen derecho a presentar cuestiones prejudiciales todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. El término “órgano jurisdiccional” debe entenderse con arreglo al derecho comunitario, y no se refiere a la denominación, sino a la función y posición de una institución dentro del sistema de protección jurídica de los Estados miembros (asunto 283/81, *C.I.L.F.I.T.*, fund. 7). Por lo tanto, puede plantear una cuestión prejudicial cualquier órgano que reúna las siguientes características:

- creación por ley,
- -carácter permanente,
- competencia obligatoria,
- procedimiento contradictorio, y
- aplicación de normas de derecho.

Como resultado de ello todos los jueces y tribunales pertenecientes a la jurisdicción de cada uno de los Estados miembros de la CE están habilitados

para plantear la cuestión prejudicial. También lo están otros organismos que, pese a gozar de una estructura orgánica diferente, realizan funciones de índole jurisdiccional. El Tribunal de Justicia ha rechazado la posibilidad de que puedan hacer uso del art. 234 CE los árbitros u otros órganos cuya composición dependa de las partes en controversia, así como los órganos de carácter puramente administrativo.

(En lo que se refiere a los tribunales de arbitraje privados es interesante la sentencia en el asunto 102/81, *Nordsee*. Ver también en lo que se refiere al “Conseil de l’ordre des Avocats à la Cour de Paris” la orden en el asunto 138/80, *Borker*, y en cuanto al Colegio de médicos la sentencia en el asunto 246/80, *Broekmeulen*.)

7ª cuestión esencial: ¿Existe una obligación de plantear cuestiones prejudiciales?

Recordemos una vez más el art. 234 CE:

"Artículo 234

...

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia 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 de Justicia."

Todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros están facultados para plantear una cuestión prejudicial. Solamente los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso estarán obligados a plantear la cuestión prejudicial.

Según la "teoría abstracta", estos órganos son únicamente los jurisdiccionales, ya que ocupan la cúspide de la organización judicial.

Siguiendo la "teoría del litigio concreto", que es la opinión mayoritaria, la obligatoriedad existe en todos los casos en que una decisión concreta no sea susceptible de recurso, sin necesidad de que se trate o no de un Tribunal supremo. Es decir, se hallan obligados todos los órganos jurisdiccionales que, con independencia de la posición que ocupen en la organización judicial, decidan en última instancia en un caso concreto.

El Tribunal de Justicia sigue, aun sin expresarlo explícitamente, la teoría del litigio concreto (asunto 6/64, *Costa/ENEL*). Un tribunal está obligado a plantear la cuestión prejudicial si contra la sentencia que va a dictar no cabe recurso alguno.

Lo que se entiende por "recurso" en el sentido del art. 234 CE no es más que un recurso en el sentido estricto. Según la opinión unánime, se trata de los recursos ordinarios del derecho interno, es decir, los de apelación y casación. No están incluidos en este concepto los recursos "extraordinarios", como por ejemplo el recurso de amparo.

Sin embargo, los tribunales que no están obligados a plantear la cuestión prejudicial, tienen la facultad de plantearla si se cumplen los siguientes requisitos:

- que se suscite ante el juez interno una cuestión relativa a la interpretación de una norma comunitaria,
- que dicha cuestión surja en un asunto "pendiente" ante el órgano jurisdiccional, y
- que, para poder emitir su fallo, el juez nacional necesite que el Tribunal de Justicia se pronuncie al respecto con carácter previo.

El planteamiento de la cuestión prejudicial no sólo es necesario en los casos en que el tribunal nacional tiene que aplicar directamente el derecho comunitario, sino también si dicho tribunal nacional tiene que interpretar el derecho comunitario para aplicar el derecho nacional, siguiendo las directrices del derecho comunitario.

Es decir, siempre y cuando el juez nacional tenga una duda sobre la interpretación de una norma del derecho comunitario y la aclaración de esta duda sea necesaria para resolver el litigio principal, el juez nacional puede o tiene que plantear la cuestión prejudicial.

El órgano jurisdiccional obligado a presentar una cuestión prejudicial sólo puede prescindir de dicha obligación si considera que la la misma no va influir en el resultado del litigio, bien porque una cuestión similar ya ha sido resuelta por el Tribunal de Justicia o bien porque no cabe duda razonable acerca de la interpretación de la disposición del derecho comunitario (la "teoría del acto claro"). En otras palabras, esta obligación no existirá cuando el acto comunitario sea un acto claro que no plantee ningún problema interpretativo.

En la sentencia del 6 octubre de 1982 en el asunto 283/81, *C.I.L.F.I.T.*, fund. 16, el Tribunal de Justicia ha declarado lo siguiente:

“Finalmente, la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada. Antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia. Tan solo si estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad.”

Los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia cuando no existe la obligación de plantear la cuestión prejudicial, son por tanto muy elevados. Es difícil imaginar que un juez, en la actualidad, pueda cumplir con todos los requisitos establecidos en la sentencia *C.I.L.F.I.T.*

Con esta sentencia el Tribunal de Justicia ha limitado una tendencia en la jurisprudencia sobre todo del “Conseil d’État” y de la “Cour de Cassation” franceses, de limitar la obligación a presentar una cuestión prejudicial utilizando la teoría de “acto claro”.

Por el contrario, existe una obligación absoluta de presentar una cuestión prejudicial cuando un tribunal nacional considera que un acto jurídico comunitario no es válido. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha establecido inequívocamente que es la única instancia facultada para determinar la ilegitimidad del Derecho comunitario. Por ello, los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar y respetar el derecho comunitario hasta que el Tribunal de Justicia establezca que éste carece de validez.

Si el Tribunal de Justicia ha decidido antes sobre una cuestión prejudicial en otro juicio, el tribunal nacional no está obligado a volver a plantear la misma cuestión si quiere seguir esta interpretación (“acto aclarado”). Cuando el tribunal nacional, a pesar de ello, plantee la cuestión, el Tribunal de Justicia podría referirse a la primera decisión, si no hay nuevos argumentos.

La inobservancia de la obligación de presentar cuestiones prejudiciales constituye asimismo una violación del Tratado CE que se atribuye al Estado miembro correspondiente, y puede sancionarse a través del procedimiento por incumplimiento del Tratado según el artículo 226 CE (antes art. 169 TCE).

Sin embargo, la Comisión, que es una de las partes legitimadas para iniciar el recurso por incumplimiento, ha hasta ahora evitado iniciar un recurso por incumplimiento por parte de un órgano jurisdiccional nacional. La aplicación del art. 226 CE contra un Estado miembro por falta de respeto de la obligación de presentar cuestiones prejudiciales podría constituir una grave perturbación del clima de cooperación entre el Tribunal de Justicia y la jurisdicción nacional, que es de principal importancia para el pleno desarrollo de la cooperación judicial y de la función del juez nacional como juez comunitario.

Sin embargo, en su sentencia del 30 de septiembre de 2003 en el asunto C-224/01 *Köbler* (un asunto de cuestión prejudicial), el Tribunal de Justicia declaró que:

“El principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trate se derive de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, si la norma de Derecho comunitario vulnerada tiene por objeto conferir derechos a los particulares, si la violación está suficientemente caracterizada y si existe una relación de causalidad directa entre dicha violación y el daño sufrido por las personas perjudicadas.”

En este litigio, el Tribunal Supremo del Derecho Administrativo austriaco había interpretado una sentencia del Tribunal de Justicia erróneamente sin procedimiento prejudicial. Se aplica así la sentencia en el asunto C-6/90 *Frankovich* a los daños causados por un órgano jurisdiccional nacional.

8ª cuestión esencial: ¿Cuál es la pertinencia de las cuestiones relativas al derecho comunitario?

El Tribunal de Justicia comprueba la pertinencia únicamente para dilucidar si se trata de una cuestión prejudicial, es decir, si la pregunta formulada se refiere realmente a la interpretación de una norma comunitaria o a la validez de una actuación de un órgano comunitario, o bien si se trata de un auténtico litigio. Es decir, si no se trata únicamente de una pregunta hipotética o artificial que llevaría al Tribunal de Justicia a emitir un dictamen jurídico por vía del procedimiento prejudicial.

El Tribunal de Justicia únicamente desestima cuestiones prejudiciales por estos motivos en casos excepcionales. Sin embargo, la jurisprudencia reciente muestra que el Tribunal de Justicia ha aumentado los requisitos de admisibilidad hasta el punto de que se toma muy en serio la exigencia ya planteada de una exposición suficientemente clara y detallada de los antecedentes de hecho y de derecho del procedimiento inicial. En caso de que falten dichos datos, se declara incapaz de llevar a cabo una interpretación objetiva del derecho comunitario y desestima por inadmisibile la solucitud de cuestión prejudicial.

(Ver entre otras las sentencias en los asuntos 104/79 y 244/80, *Foglia/Novello I y II*, asunto C-186/90, *Durighello*, asunto C-320/90 y C-322/90, *Telemarsicabruzzo*).

En este contexto me gustaría llamar su atención sobre un problema específico en lo que se refiere a las directivas comunitarias. Este problema ha sido discutido sobre todo en el contexto de varias sentencias del Tribunal Supremo Federal del Trabajo alemán.

Como Uds. saben, en teoría las directivas comunitarias se dirigen según el art. 249 CE sólomente a los Estados miembros y establecen objetivos que dichos Estados deberán cumplir. Sin embargo, en la realidad las directivas comunitarias no sólo contienen directrices o objetivos para los legisladores nacionales, sino también medidas muy detalladas para lograr los objetivos

establecidos por las directivas. El Tribunal de Justicia ha legitimado este desarrollo en el derecho comunitario y, de forma creciente, ha afirmado el efecto directo de las directivas constatando también un efecto vertical en los casos de ausencia de transposición o de transposición incompleta de una directiva en el derecho nacional. Por consiguiente, un particular puede invocar las disposiciones de una directiva contra su Estado miembro, cuando el contenido de la disposición de esta directiva sea suficientemente claro e incondicional.

Es muy controvertida sin embargo la cuestión de si dichas disposiciones de una directiva pueden también tener un efecto horizontal y pueden ser invocadas en un litigio entre particulares.

Se defiende la opinión que una cuestión prejudicial sea inadmisibles por impertinencia al derecho comunitario, porque una directiva no puede ser invocada en un litigio entre particulares. Según esta opinión, como una directiva no tiene efecto en un caso concreto, la interpretación de la directiva no es relevante en este litigio.

No puedo examinar con más detalle este problema, pero me permito señalar que, desde mi punto de vista, es admisible plantear una cuestión prejudicial también en estos casos, porque la interpretación del derecho comunitario es necesaria y relevante para poder examinar si se puede o no interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario. Cuando un tribunal nacional, refiriéndose a la ausencia de efecto horizontal de una directiva, prescinde de examinar la posibilidad de interpretar el derecho nacional conforme al derecho comunitario y, por tanto, no plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, este tribunal nacional, en mi opinión, falta a su obligación de hacer prevalecer el derecho comunitario. Dicho problema también fue objeto del citado asunto C-397/01, *Pfeiffer y otros*. Se espera la decisión del Tribunal de Justicia antes del verano.

9ª cuestión esencial: ¿Cuál puede ser el contenido de la cuestión prejudicial?

Por una parte, el Tribunal de Justicia decide acerca de las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho comunitario y, por otro, ejerce un “control de validez” sobre los actos jurídicos de las instituciones comunitarias y del Banco Central Europeo.

Las disposiciones de derecho nacional no pueden ser objeto de una cuestión prejudicial. En el marco de este procedimiento, el Tribunal de Justicia no está facultado para interpretar del derecho nacional ni para evaluar su compatibilidad con el derecho comunitario. Debe subrayarse que al Tribunal de Justicia no le corresponde resolver ni las controversias relativas a las circunstancias de hecho del asunto principal ni las divergencias de opinión sobre la interpretación o la aplicación de las normas del derecho nacional.

A menudo, este aspecto no se tiene en cuenta en las cuestiones prejudiciales remitidas al Tribunal de Justicia. En ellas encontramos numerosas preguntas sobre la compatibilidad de una disposición jurídica nacional con una disposición de derecho comunitario, o bien se piden aclaraciones sobre la aplicabilidad de una disposición comunitaria determinada en un litigio que debe dirimir un órgano jurisdiccional nacional.

El Tribunal de Justicia no desestima simplemente estas cuestiones planteadas, inadmisibles en sí mismas, sino que las reinterpreta en el sentido de que el tribunal nacional solicita criterios para la interpretación de la norma comunitaria correspondiente a fin de evaluar la compatibilidad del derecho nacional aplicable con el derecho comunitario. Para ello, el Tribunal de Justicia procede de tal forma que, de entre todo el material presentado por el tribunal nacional, en particular de los motivos en que se fundamenta la cuestión prejudicial, destacan aquellos elementos del derecho comunitario que requieren una interpretación con arreglo al objeto del litigio.

En lugar de la pregunta:

“¿Es compatible la norma nacional ..con el art. .. de la directiva ..?”

la pregunta habrá de ser formulada de la siguiente manera:

“¿Hay que interpretar el artículo ... de la directiva ... en el sentido que dicho artículo de la directiva se opone a una norma nacional, como la del artículo ... de la ley....., que prevé que...?”

Como ejemplo para esta manera de formular una cuestión prejudicial citarí­a la sentencia reciente en el asunto C-285/02, Elsner-Lakeberg.

En este litigio, el juez nacional planteó al Tribunal de Justicia la pregunta siguiente:

«¿Es compatible con el artículo 141 CE, en relación con la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, una normativa nacional en virtud de la cual no se retribuyen las horas extraordinarias a los profesores funcionarios a tiempo parcial –ni tampoco a los profesores a tiempo completo– del Land Nordrhein-Westfalen, cuando dichas horas extraordinarias no superan tres horas lectivas al mes?»

Y el Tribunal respondió como la Comisión había sugerido:

“Los artículos 141 CE y 1 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional por la que los profesores a tiempo parcial no perciben –ni tampoco los que trabajan a tiempo completo– ninguna retribución por las horas extraordinarias que realizan cuando éstas no superan tres horas al mes, si esta diferencia de trato afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres y si tal

diferencia de trato no puede justificarse por un objetivo ajeno a la pertenencia a un determinado sexo o no es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido. “

Cuestiones de interpretación surgen también en otros casos.

Puede ocurrir que el derecho comunitario utilice un concepto que no está definido a nivel comunitario. Se puede citar por ejemplo el concepto del tiempo de trabajo en la Directiva 93/104/CE, que ha sido aclarado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con la sentencia en el asunto C-303/98, *Simap*, que Ustedes conocen todos, en el marco de un procedimiento prejudicial. También se podría mencionar, por ejemplo, el concepto de la transmisión de empresa, que en la Directiva 77/187/CEE, en su versión original, no ha sido definido y que ha llevado a una serie de más que 30 asuntos ante el Tribunal de Justicia. Ahora este concepto se encuentra codificado según la definición dada por el Tribunal de Justicia, en la Directiva 98/50/CE.

Además, puede ser que un Estado miembro no haya transpuesto una directiva en su derecho nacional. En este contexto surge el problema de si la directiva en cuestión es suficientemente clara e incondicional, para que pueda tener un efecto directo según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En el marco de esta presentación sólomente he mencionado unas cuestiones ejemplares. Todavía queda una serie de cuestiones que aquí no se van a examinar.

Otro problema distinto es el de la aplicación de la norma comunitaria en el caso concreto. En el proceso de “subsunción” es competencia del juez

nacional aplicar el derecho comunitario como el Tribunal de Justicia ha interpretado con efecto vinculante.

5. Cómo se desarrolla el procedimiento prejudicial?

Para facilitar la respuesta he aquí un esquema de un procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Justicia:

Fase escrita del procedimiento
Resolución del órgano jurisdiccional nacional
Traducción de la resolución de remisión a todas las lenguas oficiales comunitarias
Notificación a las partes, a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias

<p>Publicación del anuncio de la petición de decisión prejudicial en el Diario Oficial</p> <p>Observaciones escritas de las partes, de los Estados miembros y de las instituciones comunitarias</p>
<p>Fase oral del procedimiento</p>
<p>(Vista)</p> <p>(Conclusiones del Abogado General)</p> <p>Deliberación del Tribunal</p> <p>Pronunciamiento de la sentencia</p>

El tribunal nacional decide de oficio, o a propuesta de las partes litigantes, el planteamiento de la cuestión prejudicial.

La decisión implica también, generalmente, la decisión sobre la suspensión del litigio principal. Tal decisión corresponde al juez nacional (sentencia en los asuntos 31/62 y 33/62, *Wöhrmann*).

La cuestión de si cabe acudir o no a las vías de recurso contra la resolución del juez nacional, que decide suspender el procedimiento y plantear la cuestión al Tribunal de Justicia, la regula el derecho nacional (sentencia en el asunto 146/73, *Rheinmühlen*). En el caso en que el derecho nacional otorgue la posibilidad de recurso contra la decisión a plantear la cuestión, el tribunal nacional que decide sobre el recurso sólo podrá anular la decisión cuando hayan existido vicios de forma en el procedimiento o cuando la cuestión planteada no sea relevante para la resolución del caso. Las normas procesales que limitan la facultad de plantear la cuestión al tribunal nacional cuando tenga una duda sobre la interpretación del derecho comunitario, no serán válidas (sentencia en el asunto 146/73, *Rheinmühlen*, basándose en el art. 177 apartado 2 TCE, ahora Art. 234 apartado 2 CE).

No hay reglas sobre la forma en que se puede plantear esta cuestión.

Sin embargo, la resolución de remisión debe motivarse de manera sucinta pero suficientemente completa, de modo que permita tanto al Tribunal de Justicia como a quienes se ha de notificar (los Estados miembros, la Comisión, las partes en el asunto, a veces el Consejo y el Parlamento Europeo) comprender adecuadamente el marco de hecho y de derecho del asunto principal.

En particular, debe incluir los antecedentes de hecho cuyo conocimiento resulte indispensable para comprender el alcance jurídico del litigio principal, los fundamentos de derecho eventualmente aplicables, las razones que hayan conducido al juez nacional a plantear la cuestión al Tribunal de Justicia, y, en su caso, las alegaciones de las partes, todo ello con objeto de que el Tribunal de Justicia pueda proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional.

No es necesario fundamentar in extenso la pertinencia de la pregunta prejudicial. Algunas veces el juez explica ampuloso por qué razones la demanda concreta no tiene éxito según el derecho nacional, pero puede que tenga éxito basándose en el derecho comunitario. Puede ser que estas explicaciones sean útiles para convencer a las partes de un litigio de la necesidad de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. No obstante, estas explicaciones no son necesarias. Con frecuencia estos párrafos superfluos de un auto que plantea la cuestión prejudicial no son traducidos a las otras lenguas oficiales. Por tanto, el auto puede ser más corto en este aspecto.

Hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia no decide sobre el litigio original, sino que decide solamente sobre las cuestiones planteadas interpretando el derecho comunitario. Por consiguiente hay que formular las cuestiones de manera clara y lo más abstracta posible.

Si las cuestiones no están claramente formuladas y pueden crear dudas sobre el sentido concreto de las mismas, el Tribunal de Justicia puede interpretar dichas cuestiones y reformularlas.

Además, la resolución de remisión debe ir acompañada de una copia de los documentos necesarios para la adecuada comprensión del litigio, especialmente de las disposiciones nacionales aplicables. Habida cuenta de que el expediente o los documentos anexos a la resolución de remisión en general no se traducen íntegramente a las diferentes lenguas oficiales de la Unión, el juez remitente debe velar por que su resolución contenga toda la información pertinente.

La resolución de remisión y los documentos pertinentes deben ser enviados directamente al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional nacional mediante correo certificado, dirigido a la:

Secretaría del Tribunal de Justicia de Las Comunidades Europeas,

L-2925 Luxemburgo

No es necesario transmitir la resolución a través del Ministerio de Justicia ni del Ministerio de Asuntos Exteriores.

El envío previo de un documento procesal por fax (00352-43 37 66) o por correo electrónico (ECJ.Registry@curia.eu.int) sólo se tendrá en cuenta a efectos del cumplimiento de los plazos procesales si dicho envío y la posterior presentación del documento se ajustan a las exigencias fijadas en el Reglamento de Procedimiento. Los mensajes enviados por correo electrónico no podrán superar los 4 megabytes, lo que corresponde aproximadamente a 30 páginas escaneadas. Los mensajes que superen este tamaño serán automáticamente devueltos al remitente y no se tomarán en consideración.

Desde la recepción el asunto se inscribe en el registro del Tribunal de Justicia.

Después de traducir la cuestión prejudicial a todas las lenguas comunitarias, el Secretario la notifica a las partes litigantes en el procedimiento original, a los Estados miembros, a la Comisión y, en su caso, al Parlamento o al Consejo. Dispone también que en el Diario Oficial se publique un anuncio en el que se indiquen las partes del litigio y el contenido de las cuestiones.

Se designa entonces a un Juez Ponente y a un Abogado General para seguir de cerca el desarrollo del asunto.

En las cuestiones prejudiciales, la lengua del procedimiento es la del órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión ante el Tribunal de Justicia.

El idioma de trabajo del Tribunal es el francés. Exclusivamente los Estados Miembros tienen el privilegio de fundamentar sus posiciones jurídicas ante el Tribunal en su idioma oficial.

Las partes, los Estados miembros y las Instituciones comunitarias disponen de dos meses y diez días para presentar ante el Tribunal de Justicia sus observaciones escritas. La Comisión normalmente interviene en todos asuntos prejudiciales en su calidad de “amicus curae”. Las observaciones escritas de la Comisión contienen un análisis detallado de los antecedentes de hecho y, sobre todo, de los aspectos jurídicos del litigio. También la Comisión propone al Tribunal de Justicia la solución que considera que debe darse al problema.

Una vez concluida la fase escrita del procedimiento se decide, basándose en el informe del Juez ponente y después de oír al Abogado General, si el asunto requiere diligencias de prueba y si debe ser examinado por el tribunal en pleno o por una sala. Tras la presentación del último escrito de las partes,

o, si se practicaron pruebas, una vez finalizada su práctica, el Secretario del Tribunal de Justicia interroga a todos aquéllos con derecho a presentar observaciones escritas sobre si las partes consideran necesaria una vista pública y los motivos para ello.

Si el Tribunal de Justicia estima que la demanda de celebrar una vista pública está justificada, o si el Tribunal de Justicia considera que la vista pública es necesaria por la relevancia jurídica del asunto, el presidente fija la fecha de dicha vista pública. Sin embargo, el Tribunal de Justicia a intenta evitar las vistas públicas.

El Juez ponente resume, en un informe para la vista, los hechos que se alegan y la argumentación desarrollada por las partes y, en su caso, por los coadyuvantes. Este informe se hace público durante la vista en la lengua de procedimiento. En muchas ocasiones, este informe para la vista se convierte en la única fuente fiable para conocer las posiciones de las partes del proceso. Pese a ello, este acta de la reunión ya no aparece publicada en el Repertorio oficial de Jurisprudencia dado el coste elevado de dicha publicación.

El asunto se debate entonces en la vista pública ante los Jueces y el Abogado General encargado de tramitarlo. Tanto los jueces como el Abogado General pueden formular a las partes las preguntas que estimen oportunas.

Algunas semanas más tarde, y de nuevo en vista pública, el Abogado General presenta sus conclusiones ante el Tribunal de Justicia. En ellas analiza en detalle, como anteriormente hizo la Comisión, los antecedentes de hecho y sobre todo los aspectos jurídicos del litigio, y propone al Tribunal de Justicia la solución que a su juicio debe darse al problema.

Así finaliza la fase oral del procedimiento.

A continuación, los Jueces, y sólo ellos, deliberan sobre la base de un proyecto de sentencia elaborado por el Juez ponente. Cualquier juez puede proponer modificaciones. Las sentencias del Tribunal de Justicia se adoptan por mayoría. Como no se expresan los votos particulares, las firman todos los Jueces que participaron en las deliberaciones y se pronuncian en audiencia pública.

Una vez adoptado el texto definitivo, la sentencia se pronuncia en audiencia pública y el Secretario la comunica al órgano jurisdiccional nacional de que se trate. A partir de esa misma fecha, es posible encontrar la sentencia del tribunal en el idioma empleado durante el procedimiento junto con una traducción en francés y en las lenguas oficiales en la dirección de Internet:

www.curia.eu.int.

Puede ser que no todas las traducciones estén disponibles el mismo día de la publicación de la sentencia.

Las sentencias y las conclusiones de los Abogados Generales se publican en la Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y ello, en todas las lenguas oficiales de la Unión.

Desde la inscripción de un procedimiento prejudicial en el registro del Tribunal de Justicia hasta la publicación de la sentencia transcurren en término medio 25,5 meses. Quiere ello decir que el Tribunal de Justicia es relativamente rápido en comparación con los tribunales supremos de los Estados miembros.

6. Los efectos de la sentencia en el procedimiento prejudicial

Los efectos de la sentencia prejudicial no se encuentran regulados expresamente. Según la finalidad del artículo 234 CE, la sentencia prejudicial de interpretación vincula con autoridad de cosa juzgada al juez que planteó la cuestión, quien deberá aplicar la norma comunitaria de conformidad con la interpretación dada por el Tribunal de Justicia. También vincula a los tribunales que se hallen inmersos en el mismo litigio, sin perjuicio de la posibilidad existente de decidir en el caso concreto sin aplicación del derecho comunitario, siempre y cuando el juez nacional después del procedimiento prejudicial tenga conocimiento de que la resolución del caso es también posible por otras vías, sin aplicación del derecho comunitario. En el caso en que el tribunal nacional que había planteado la cuestión opine que la respuesta a la cuestión planteada no es suficientemente clara, el mismo tribunal puede volver a plantear la cuestión (sentencia en el asunto 229/68, *Milch-, Fett- und Eierkontor*).

Según la doctrina mayoritaria, no puede ser constatado un efecto vinculante en el sentido formal y estricto "erga omnes". No obstante, la sentencia del Tribunal de Justicia en el procedimiento prejudicial de interpretación puede tener efectos prejudiciales en la medida en que tenga "fuerza jurídica configurativa". Los tribunales nacionales que deciden sobre la misma cuestión en otro litigio, no han de volver a plantear la misma cuestión. Dichos tribunales pueden referirse a la sentencia cuando quieran seguir los argumentos del Tribunal de Justicia. Si no aplican el Derecho comunitario en la interpretación dada por el Tribunal de Justicia y quieren distanciarse de la interpretación del Tribunal de Justicia, han de plantear la cuestión nuevamente. Estos tribunales están obligados a plantear la cuestión si decidieran en última instancia en el caso concreto. Todo ello no impide que cualquier juez nacional solicite al Tribunal de Justicia un nuevo procedimiento prejudicial sobre la norma en cuestión, aduciendo nuevos

argumentos que pueden, eventualmente, generar un cambio en la jurisprudencia comunitaria.

7. Retorno al ejemplo inicial: La discriminación por razón del origen étnico y de la religión

Retomemos ahora el supuesto de hecho que planteamos al comienzo de esta exposición. Si recuerdan: Hay una oferta de empleo que excluye a los árabes.

Hemos visto que la Ley 62/2003 de 30 de diciembre 2003 en el artículo 34 retoma los motivos mencionados en las Directivas 2000/43 y 2000/78, por los que una discriminación directa o indirecta, entre otros por los motivos del origen racial o étnico, la religión o las convicciones, está prohibida.

Sin embargo, la delimitación entre estos motivos es difícil. Surgen una serie de cuestiones:

¿Cómo se puede definir el concepto de “árabes”? ¿Significa este concepto un origen racial o étnico?

¿En caso de que el concepto comunitario del origen racial o étnico fuera interpretado en el sentido de que no incluye el concepto “árabes”, podría este concepto ser subsumido bajo la noción de la religión, ya que la mayoría de los árabes son musulmanes?

¿Se trataría de una discriminación directa o de una discriminación indirecta?

¿En el caso de que se tratara de una discriminación indirecta, podría el empresario justificar la exclusión de la oferta de empleo por

ejemplo con el argumento que no quiere contratar a mujeres musulmanas que llevan el velo islámico durante el trabajo?

Todas estas cuestiones pueden ser relevantes en un procedimiento prejudicial. En el marco de esta presentación no voy a dar propuestas para la solución del problema, sino que quiero demostrar con este ejemplo que en el caso mencionado el derecho nacional no da soluciones concretas para la delimitación, y que el derecho comunitario tampoco da una respuesta inmediata para solucionar estos problemas. Evidentemente, algunos problemas quedaron sin solución clara en el proceso de legislación. Ahora es tarea del Tribunal de Justicia hacer este trabajo con el que el legislador comunitario no ha cumplido. Esto no es, además, un caso específico, sino es casi el estándar de todos los procesos de legislación. En eso, el legislador comunitario no se sale de la regla. Cuestiones sustanciales difíciles, sobre las que no se puede conseguir un acuerdo en el Consejo de ministros, quedan abiertas, y la solución a estas cuestiones compete al Tribunal de Justicia.

En nuestro ejemplo, el juez nacional de primera instancia puede suspender el procedimiento judicial iniciado por un candidato árabe al empleo ofertado y plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con las cuestiones siguientes:

1. ¿Deben interpretarse el artículo 2 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180 del 19 de julio 2000, p. 22) y el artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, (DO L 303 del 2 de diciembre 2000, p.

16) en el sentido de que una oferta de empleo que excluye los árabes constituye una discriminación directa

- a) por motivos de origen racial o étnico o
- b) por motivos de religión o
- c) por ambos?

2. En el caso en que la respuesta a la cuestión N° 1) sea negativa completamente o parcialmente en lo que se refiere a las alternativas anteriormente mencionadas:

¿Deben interpretarse los artículos citados anteriormente en el sentido de que una oferta de empleo que excluye a los árabes, constituye una discriminación indirecta

- a) por motivos de origen racial o étnico o
- b) por motivos de religión o
- c) por ambos ?

3. Si una de las respuestas a las cuestiones N° 2 a), b) o c) es positiva:

¿Puede el empresario invocar como justificación para la exclusión de los árabes de su oferta, según los artículos 2 apartado 2 b) de las directivas citadas anteriormente, que no quiere contratar a mujeres que llevan el velo islámico en el trabajo?

8. CONCLUSIONES

Con mi ponencia he intentado demostrar que es la tarea y también la obligación de la jurisdicción nacional respetar y hacer prevalecer el derecho comunitario. Uno de los instrumentos más importantes para lograr este objetivo es el procedimiento prejudicial. Por lo tanto, los abogados y los jueces nacionales, en primer lugar, tienen que informarse sobre el derecho comunitario relevante. En segundo lugar deben examinar si el derecho

nacional se encuentra en conformidad con el derecho comunitario. En el caso en que se constaten diferencias, los abogados y los jueces nacionales han de examinar si pueden interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario y así eliminar las diferencias. Si esto no es posible, y si el juez nacional tiene dudas sobre la interpretación del derecho comunitario, tiene la facultad o la obligación de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Plantear una cuestión prejudicial no es nada fácil, pero las dificultades son superables. Más bien, es una oportunidad fascinante para participar en el proceso de desarrollo del derecho comunitario en el marco de la cooperación judicial entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia.

Además, quiero destacar que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en sus sentencias más conocidas y relevantes en la mayoría de los casos en procedimientos prejudiciales. Se pueden mencionar por ejemplo las decisiones determinantes sobre el efecto directo (asunto 26/62, *Van Gend & Loos*) y la primacía del derecho comunitario (asunto 6/64, *Costa/ENEL*), sobre la responsabilidad de los Estados Miembros (asuntos C-6/90 y C-9/90, *Francovich y Bonifaci*), sobre los derechos fundamentales (asunto 44/79, *Hauer*), sobre las libertades básicas del mercado interior (asunto 120/78, *Cassis de Dijon*) y sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo (asunto 43/75, *Defrenne*).

Sobre todo en el ámbito de la lucha contra la discriminación muchas cuestiones han quedado fuera de las discusiones en el proceso legislativo. El que estas directivas en la realidad puedan contribuir en la lucha contra la discriminación dependerá de que los jueces en los Estados miembros utilicen el instrumento de la cuestión prejudicial.