CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 28 de junio de 2001 [1]

Índice

I. La normativa nacional y los hechos del litigio principal I-9448

II. La normativa comunitaria I-9449

III. La cuestión prejudicial I-9450

IV. La admisibilidad de la cuestión prejudicial. La noción de órgano jurisdiccional I-9450

1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la noción de órgano jurisdiccional I-9451

A. El progresivo relajamiento del requisito de la independencia del órgano I-9452

B. La relativización del requisito de la contradicción en el procedimiento I-9455

C. La confusión implantada en el requisito del carácter jurisdiccional de la decisión que pone fin al proceso I-9458

D. Los problemas suscitados por la consideración de los árbitros como órganos jurisdiccionales I-9461

E. La extensión de la noción a los tribunales de ultramar, a órganos que no forman parte del sistema judicial de ningún Estado miembro y a tribunales internacionales I-9462

2. La necesidad imperiosa de un cambio jurisprudencial I-9463

A. La inseguridad jurídica que provoca la ausencia de un concepto de órgano jurisdiccional y los titubeos jurisprudenciales I-9463

B. La condición jurisdiccional del órgano nacional como requisito de orden público determinante de la competencia del Tribunal de Justicia I-9464

C. Las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam en el tratamiento general de la cuestión prejudicial, en particular en cuanto a los órganos jurisdiccionales nacionales facultados para realizar el reenvío I-9465

D. La reforma que puede instaurar la ratificación del Tratado de Niza y la atribución de competencias prejudiciales al Tribunal de Primera Instancia I-9466

E. La conveniencia de que toda la aplicación del derecho comunitario quede sometida a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia I-9467

F. Los efectos perturbadores de la intromisión de un órgano administrativo en un diálogo entre jueces I-9468

1 — Lengua original: español.

3. La propuesta de un nuevo concepto de órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 234 CE I-9470
A. El carácter comunitario de la noción I-9470
B. Regla general: la inclusión en el concepto de todos los órganos integrados en la estructura judicial nacional I-9471
C. Excepción: la inclusión en el concepto de aquellos órganos que, sin formar parte de la estructura judicial, tienen la última palabra en el ordenamiento jurídico nacional I-9472
D. Las ventajas de la propuesta I-9476
4. El Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-capitale I-9478
V. Examen de la cuestión prejudicial I-9483
1. El carácter discriminatorio de la ordenanza fiscal I-9484
2. La ordenanza como obstáculo a la libre prestación de servicios I-9486
A. La afectación a la libre prestación de servicios I-9486
B. La ausencia de justificación I-9486
VI. Conclusión I-9489

1. El Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-capitale (Bélgica) pide al Tribunal de Justicia que interprete los artículos 49 CE y concordantes, con el fin de determinar si se oponen a una reglamentación municipal que establece un impuesto anual sobre las antenas parabólicas.

I. La normativa nacional y los hechos del litigio principal

2. El Ayuntamiento de Watermael-Boitsfort, en sesión de 24 de junio de 1997, aprobó una ordenanza fiscal para gravar la propiedad de las antenas parabólicas [2] (en lo sucesivo, «ordenanza») durante los ejercicios 1997 a 2001, ambos incluidos, mediante una imposición anual. [3]

2 — Antes de la adopción de esta ordenanza fiscal, el Ayuntamiento había adoptado el 27 de febrero de 1997 una reglamentación urbanística sobre las condiciones que deben cumplir las antenas exteriores de recepción, en la que se dispone, por ejemplo, que en un edificio clasificado no se puede colocar ninguna antena visible, que se deben respetar las características arquitectónicas del inmueble, que en ningún caso puede instalarse en la fachada y que el diámetro máximo no ha de superar 1,20 metros.

3 — Como consecuencia del procedimiento de infracción nº 98/4137, seguido por la Comisión contra Bélgica por la adopción de ordenanzas fiscales con el objeto de gravar las antenas parabólicas, la región de Bruselas-Capital emitió una circular advirtiendo de la incompatibilidad del impuesto con el Tratado CE e invitando a los ayuntamientos a suprimirlo con efectos desde el 1 de enero de 1999. Así lo hizo el Ayuntamiento de Watermael-Boitsfort en decisión adoptada el 21 de septiembre del mismo año. Esta abolición no tiene, sin embargo, influencia alguna en la presente cuestión, puesto que la reclamación del Sr. De Coster se dirige contra la liquidación correspondiente al ejercicio fiscal de 1998.

3. Conforme al artículo 2 de la ordenanza, el tipo de gravamen del impuesto era de 5.000 francos belgas por cada antena, con independencia de su tamaño. El tributo se liquidaba una vez instalada la antena, cualquiera que fuese la fecha de colocación en el curso del período impositivo.

4. El artículo 3 precisaba que el impuesto, cuyo sujeto pasivo era el propietario de la antena, [4] se devengaría el 1 de enero de cada año, por el ejercicio en curso.

5. El 10 de diciembre de 1998, el Sr. De Coster interpuso una reclamación contra la liquidación del impuesto correspondiente al ejercicio de dicho año. El fundamento de su impugnación fue la oposición de la ordenanza fiscal a la libre recepción de programas de televisión entre los Estados miembros, invocando el artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación), relativo a la libre prestación de servicios, y la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989 (en lo sucesivo, «Directiva»). [5]

II. La normativa comunitaria

6. El artículo 49 CE dispone que «quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación».

7. El artículo 50 CE, primer párrafo, establece que, con arreglo al Tratado, se consideran servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, de capitales y de personas.

8. La Directiva expresa en la exposición de motivos que la radiodifusión televisiva constituye, en circunstancias normales, un servicio con arreglo al Tratado. Ya ha quedado reflejado que la libre circulación de los servicios, realizados normalmente a cambio de una remuneración, se impone en derecho comunitario sin excluir los de contenido cultural y sin restricción alguna respecto a los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad distinto al destinatario del servicio.

La exposición de motivos añade que este derecho de libre circulación, aplicado a la difusión y a la distribución de servicios de televisión, es una manifestación específica en el ordenamiento jurídico comunitario de la libertad de expresión, tal y como se encuentra consagrada por el apartado 1 del artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado

4 — En su caso, los copropietarios.

5 — Directiva sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 298, p. 23), modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 202, p. 60).

por todos los Estados miembros. De acuerdo con lo anterior, proclama que el objetivo de la Directiva es la supresión de los obstáculos a la libre difusión dentro de la Comunidad, porque así lo impone el Tratado.

9. Según el artículo 2 de la Directiva, los Estados miembros garantizan la libertad de recepción y no pueden obstaculizar la retransmisión en sus territorios de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros, por motivos inherentes a los ámbitos que coordina.

III. La cuestión prejudicial

10. El 9 de diciembre de 1999, el Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-capitale planteó la siguiente cuestión prejudicial:

«Los artículos 1 a 3 de la ordenanza fiscal sobre antenas parabólicas, aprobada mediante votación del Ayuntamiento de Watermael-Boitsfort en sesión pública de 24 de junio de 1997, ¿son compatibles con los artículos 59 a 66 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957?»

IV. La admisibilidad de la cuestión prejudicial. La noción de órgano jurisdiccional

11. La Comisión expresa sus dudas sobre el carácter de «órgano jurisdiccional nacional», a los efectos del artículo 234 CE, del Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-capitale, por lo que me veo obligado a examinar en profundidad la naturaleza de quien ha realizado el reenvío. Se trata de un órgano que, tanto en su origen como en su configuración, presenta unas características muy particulares, que hacen difícil su clasificación con los criterios hasta ahora proporcionados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

12. El indicado precepto previene que el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Tratado y de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad. En el párrafo segundo añade que, cuando se plantee una cuestión de esta índole «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».

13. El Tratado no define, sin embargo, la noción de órgano jurisdiccional nacional. Tampoco lo ha hecho el Tribunal de Justicia, que se ha limitado a establecer unos criterios orientativos tales como el origen legal del órgano, la permanencia y la independencia, el carácter obligatorio de la

jurisdicción que ejerce, la naturaleza contradictoria del procedimiento, el talante jurisdiccional de la decisión y la aplicación de normas jurídicas. [6]

14. La consecuencia es una jurisprudencia flexible en exceso y carente de la necesaria coherencia, con el déficit de seguridad jurídica que comporta. Las profundas contradicciones que se observan entre las soluciones propuestas por los abogados generales en sus conclusiones y las adoptadas por el Tribunal de Justicia en sus sentencias ilustran la falta de señalización en el camino, con el consiguiente riesgo de extravío. Es una jurisprudencia casuística, muy elástica y poco científica, con unos contornos tan difusos que admitiría una cuestión prejudicial suscitada por Sancho Panza como gobernador de la ínsula de Barataria. [7]

6 — Véase, por todas, la sentencia de 30 de noviembre de 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, Rec. p. I-10497).

7 — M. de Cervantes, *El ingenioso caballero Don Quijote de La Mancha*, relata las experiencias judiciales de Sancho Panza como gobernador de la ínsula de Barataria en los capítulos XLV, XLVII, XLIX y LI de la segunda parte. Es curioso constatar que, en el último capítulo citado, Sancho Panza ejerce una competencia prejudicial, antecedente literario de la que ahora desempeña el Tribunal de Justicia. Un día se puso a juzgar y le plantearon la pregunta que le formulaban cuatro jueces encargados de aplicar una norma que exigía de los que pretendían atravesar un caudaloso río por un puente que jurasen adónde y a qué iban, de manera que, si decían verdad, había que dejarles pasar libremente y, si mentían, sólo podrían esperar la muerte en la horca allí instalada. Como un hombre juró que iba a morir en la horca, se planteaba el dilema de que, si era ahorcado, habría dicho la verdad y merecería ser libre y cruzar el río, mientras que, si no lo ajusticiaban, habría dicho un embuste y, según la ley, debería morir. El pronunciamiento prejudicial de Sancho Panza, siguiendo los consejos que otrora le diera Don Quijote, se decantó por aplicar la regla de que, cuando la justicia está en duda, hay que acogerse a la misericordia.

15. En las siguientes líneas pretendo explicar cómo ha sido andado el camino, desde el asunto Vaassen-Göbbels [8] hasta la sentencia Österreichischer Gewerkschaftsbund, [9] para sugerir un cambio de rumbo que estimo imprescindible y, en consecuencia, proponer que la decisión sea tomada en este caso por el Tribunal de Justicia en pleno.

1. *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la noción de órgano jurisdiccional*

16. Todo comenzó en el citado asunto Vaassen-Göbbels. La cuestión prejudicial había sido remitida por un tribunal arbitral que no pertenecía a la organización judicial holandesa, pero que era competente para conocer los recursos dirigidos contra las decisiones de una institución de la seguridad social. El Tribunal de Justicia apuntó por primera vez cinco de los criterios que considera definitorios del carácter jurisdiccional de un órgano: origen legal, permanencia, principio de contradicción, carácter obligatorio y aplicación de normas de derecho. [10]

8 — Sentencia de 30 de junio de 1966 (61/65, Rec. p. 377).

9 — Ya citada en la nota 6.

10 — En la sentencia, el Tribunal de Justicia observó que el tribunal arbitral era un organismo permanente, debidamente constituido conforme a la legislación holandesa y encargado de conocer de ciertos litigios definidos por la ley, en un procedimiento contradictorio análogo al seguido ante los tribunales ordinarios. Sus miembros eran nombrados por el ministro y debían aplicar normas de derecho. Además, los interesados estaban obligados a dirigirse a ese tribunal como instancia judicial para la resolución de los litigios que mantuvieran con el asegurador.

17. A partir de esta sentencia, ha verificado, en cada caso, la concurrencia de los citados requisitos, que ha perfilado y completado, añadiendo otros, como el de la independencia, que apareció citado en la sentencia Pretore di Salò [11] y fue asumido sin condiciones en el asunto Corbiau. [12] Es significativo que el criterio de la independencia, que ha de ser el primero en el perfil de un juez, tuviera que esperar hasta 1987 para asomar en una sentencia del Tribunal de Justicia.

18. La jurisprudencia ha permanecido sin cambios en relación con algunos requisitos, en concreto, con la creación por ley, la permanencia y la decisión en derecho. Otros, precisamente los más definitorios de un órgano jurisdiccional, como la imprescindible independencia, el carácter contradictorio del procedimiento o la naturaleza jurisdiccional de la decisión, han recibido, sin embargo, interpretaciones cuando menos vacilantes y, en ocasiones, confusas.

A. El progresivo relajamiento del requisito de la independencia del órgano

19. Aunque ya en el asunto Pretore di Salò se había aludido a la independencia como uno de los requisitos que deben concurrir para que un órgano pueda ser considerado jurisdiccional a los efectos del artículo 234 CE, la sentencia Corbiau fue la primera que le confirió contenido sustancial propio, exigiendo que el órgano que remite la cuestión prejudicial tenga la cualidad de tercero [13] en relación con la autoridad responsable de la decisión que constituye el objeto del recurso. [14]

20. Con la misma rotundidad se manifestó el Tribunal de Justicia en el asunto Procesos penales contra X [15], en el que la cuestión había sido remitida por la Procura della Repubblica. El Tribunal se declaró incompetente, porque el ministerio fiscal no cumplía el requisito de la independencia.

21. En el asunto Dorsch Consult [16] el Tribunal de Justicia se olvidó de esa condición de ajeno a las partes de quien decide, para centrar el objetivo en el

11 — Sentencia de 11 de junio de 1987 (14/86, Rec. p. 2545).

12 — Sentencia de 30 de marzo de 1993 (C-24/92, Rec. p. I-1277).

13 — La condición de tercero respecto de la autoridad que toma la decisión que se impugna es condición necesaria, pero no suficiente, de la independencia (véanse las consideraciones que hago más adelante en los puntos 92 y 93).

14 — En esta sentencia el Tribunal de Justicia negó la condición de tercero a la figura luxemburguesa del director de los tributos directos e indirectos, al que el Consejo de Estado luxemburgués había reconocido carácter jurisdiccional (véanse las conclusiones del abogado general Sr. Darmon, punto 4). Situado al frente de la Administración, el director presenta un vínculo orgánico evidente con los servicios que practicaron la liquidación allí impugnada y contra la que se dirigía la reclamación que se encontraba en el origen de la cuestión prejudicial. Además, en caso de un posible recurso ante el Consejo de Estado, el director es parte en el litigio.

15 — Sentencia de 12 de diciembre de 1996 (asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, Rec. p. I-6609).

16 — Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (C-54/96, Rec. p. I-4961).

ejercicio de la función «de forma independiente» [17] y «bajo la propia responsabilidad», [18] lo que le permitió otorgar el carácter de órgano jurisdiccional a la Comisión federal alemana para el control de la adjudicación de los contratos públicos, pese a estar unida a la estructura organizativa de la Oficina federal de defensa de la competencia *(Bundeskartellamt)* y del Ministerio de Economía. [19]

22. Para el Tribunal de Justicia fue decisivo el que las disposiciones esenciales del estatuto de la magistratura alemana respecto de la anulación o de la revocación de nombramientos, así como sobre la independencia y la posibilidad de remoción, se aplicaran por analogía a los miembros de la Comisión federal. [20]

23. La sentencia Köllensperger y Atzwanger [21] abundó en la misma línea. El Tribunal de Justicia examinó la cualidad de órgano jurisdiccional de la Oficina de adjudicaciones del Land del Tirol (Austria) y, pese a reconocer que la ley que la regula contiene una fórmula demasiado vaga sobre la revocación del nombramiento de sus miembros y carece de disposiciones específicas sobre la recusación y la abstención, [22] afirmó que la independencia estaba garantizada porque la Ley general de procedimiento administrativo contiene disposiciones muy precisas sobre la abstención de quienes integran los órganos administrativos y porque prohíbe expresamente toda instrucción dirigida a los miembros de la Oficina en el ejercicio de sus funciones. [23]

24. Esta sentencia no sólo abandona la condición de tercero del órgano, sino que incluso deja al margen la ausencia de normas específicas destinadas a garantizar la independencia de sus miembros, [24] y considera suficientes las previsiones genéricas destinadas a asegurar su imparcialidad o, en su caso, la independencia de quienes integran los órganos jurisdiccionales.

25. Esta argumentación es, en mi opinión, endeble. Un principio general de no injerencia en las actividades de los órganos administrativos del Estado, asociado a un deber de abstención, no puede bastar para garantizar la independencia de quien ha de

17 — Incurriendo en una tautología: es independiente quien actúa de forma independiente.

18 — Apartado 35 de la sentencia.

19 — En las sentencias de 4 de marzo de 1999, Hospital Ingenieure (C-258/97, Rec. p. I-1405), y de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S (C-275/98, Rec. p. I-8291), el Tribunal admitió las cuestiones prejudiciales remitidas por órganos encargados del control de la adjudicación de los contratos públicos.

20 — Pero, como señaló el abogado general Sr. Tesauro en sus conclusiones, estas cautelas no coinciden con las de los magistrados, puesto que no está fijada la duración del mandato de los miembros, quienes no tienen ninguna garantía, no ya de inamovilidad, sino de una duración predeterminada de su mandato, pudiendo ser despojados de su competencia en cualquier momento, mediante simples medidas de organización interna.

21 — Sentencia de 4 de febrero de 1999 (C-103/97, Rec. p. I-551).

22 — Lo que condujo al abogado general Sr. Saggio a proponer la inadmisión de la cuestión prejudicial.

23 — Lo que no deja de ser una reiteración de lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución federal austriaca, respecto de la independencia de los miembros de los órganos colegiados de naturaleza jurisdiccional.

24 — Que, por remisión al estatuto de la magistratura, sí existían en el caso Dorsch Consult.

decidir la contienda. [25] Por el contrario, esa condición esencial de la cualidad jurisdiccional de un órgano debe estar asegurada por disposiciones en las que se fijen, con claridad y precisión, las causas de abstención, de recusación y de remoción de sus miembros. [26]

26. El progresivo relajamiento que se observa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el requisito de la independencia culmina en el sentencia Gabalfrisa y otros, [27] en la que el Tribunal tenía que examinar la cualidad de órgano jurisdiccional de los tribunales económico-administrativos españoles, que no forman parte del poder judicial, sino que están integrados orgánicamente en el Ministerio de Hacienda, es decir, en la propia administración responsable de los actos que han de enjuiciar.

27. A pesar de la opinión de la doctrina [28] y de su abogado general, el Tribunal de Justicia les confirió la condición de órgano jurisdiccional de un Estado miembro, otorgando decisiva importancia a la separación funcional existente entre la administración encargada de la gestión, de la liquidación y de la recaudación de los tributos y esos tribunales económico-administrativos, que resuelven las reclamaciones presentadas contra sus decisiones, sin recibir instrucción alguna.

28. Sin embargo, como una vez más puso de relieve el abogado general Sr. Saggio, no cabe deducir una garantía suficiente de imparcialidad de estas circunstancias. Los miembros del tribunal económico-adminis-

25 — Véanse las conclusiones del abogado general Sr. Saggio en el asunto en el que recayó la sentencia de 6 de julio de 2000, Abrahamsson y Anderson(C-407/98, Rec. p. I-5539). La sentencia atribuyó condición jurisdiccional a un órgano administrativo (la Comisión de recursos de los establecimientos de enseñanza superior de Suecia —Överklagandenämnden för Högskolan—), porque se pronunciaba sin recibir ninguna instrucción y con toda imparcialidad. Para el Tribunal de Justicia, estas garantías le confieren la calidad de tercero y la independencia necesaria en relación con las instancias que han adoptado la resolución objeto de recurso. En sus conclusiones, por el contrario, el abogado general había propuesto declarar la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial por la falta de independencia del órgano remitente, ya que no existían disposiciones específicas que definieran las condiciones y las modalidades de revocación del nombramiento de sus miembros.

26 — No hay que olvidar que el Tribunal indicó en las sentencias Pretore di Salò, antes citada, nota 11, apartado 7, y Corbiau, antes citada, nota 12, apartado 15, así como en la sentencia de 27 abril de 1994, Almelo (C-393/92, Rec. p. I-1477), apartado 21, que el concepto comunitario de órgano jurisdiccional implica, de conformidad con las tradiciones jurídicas comunes de los Estados miembros, que las disposiciones que regulan la composición y la actividad del órgano deben garantizar, de manera estricta, la independencia y la condición de terceros de sus integrantes. Esta exigencia debe ser más intensa para las normas que atribuyen a la Administración la potestad para revocar el nombramiento de los miembros del organismo.

27 — Sentencia de 21 de marzo de 2000 (asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, Rec. p. I-1577).

28 — R. Alonso García, *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, pp. 330 y 331. D. Ruiz-Jarabo, *El juez nacional como juez comunitario*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 81 y 82. M. Le Barbier-Le Bris, *Le juge espagnol face au droit communautaire*, Ed. Apogée (Publications du Centre de Recherches Européennes Université Rennes I), Rennes, 1998, pp. 347 a 350. Después, J. Boulouis, M. Darmon y J.-G. Huglo, *Contentieux communautaire*, Ed. Dalloz, 2ª ed., París, 2001, p. 16, han insistido en este punto.
J. Banacloche, en *Los Tribunales Económico-Administrativos*, trabajo publicado en «Impuestos, revista de doctrina, legislación y jurisprudencia», año XVII, nº 2, enero de 2001, pp. 1 a 8, afirma que, «para empezar, convendría que se enterara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea» de la dependencia jerárquica de los tribunales económico-administrativos respecto de la Administración. Hace esta afirmación después de expresar que la consideración de tales órganos como jurisdiccionales, si bien pudo tener algún respaldo en el pasado, hoy, desde la óptica constitucional, es completamente rechazable. «La tradicional división en materia económico-administrativa entre órganos de gestión y órganos de resolución de recursos ha producido con frecuencia el espejismo de que los órganos de resolución se configuran como órganos [...] cuasijurisdiccionales, cuando lo cierto es que esa separación [...] obedece tan sólo a un principio de división del trabajo, de especialización, que no comporta mayor independencia que en cualquier otro ámbito» administrativo. Añade que los tribunales económico-administrativos forman parte del poder ejecutivo, que es juez y parte en el procedimiento de impugnación de sus propios actos y a cuyos criterios interpretativos en no pocas ocasiones se subordinan.

trativo son funcionarios de la administración, nombrados por el ministro, quien dispone de la facultad de destituirlos, sin atenerse a supuestos clara y taxativamente previstos por la ley. No puede afirmarse, por tanto, que las reglas de funcionamiento del órgano garanticen la inamovilidad de sus miembros y, en consecuencia, parece dudoso que disponga de una independencia que le permita resistir frente a eventuales intervenciones y presiones indebidas procedentes del poder ejecutivo.

La función de los tribunales económico-administrativos no puede ser calificada de «jurisdiccional»; por el contrario, las reclamaciones deducidas ante ellos presentan las características propias de un recurso administrativo, de una revisión por la propia administración a instancia de parte. Por otro lado, sus resoluciones son, sin excepción, susceptibles de control por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa (lo que pone fuera de peligro la uniforme aplicación del derecho comunitario, porque estos últimos pueden apreciar la necesidad de una remisión prejudicial al Tribunal de Justicia).

La reclamación económico-administrativa ejerce, pues, la función, típica de los recursos administrativos, de dar a la administración la oportunidad de fijar, mediante un procedimiento contradictorio con los interesados, su posición definitiva antes de dejar expedito el camino hacia los tribunales de justicia.

Otra circunstancia que confirma la naturaleza administrativa de su función es la de que la pasividad de estos órganos pone en marcha la figura del silencio administrativo, ficción precisamente creada por el legislador para evitar que la parálisis administrativa impida a los interesados el acceso a la justicia. Si los tribunales económico-administrativos no se pronuncian antes de que transcurra un año desde la interposición de la reclamación, esta última se considera desestimada y, en consecuencia, el particular puede, a partir de ese momento, dirigirse a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Más aún, el Tribunal Económico-Administrativo Central puede inhibirse en los asuntos que considere importantes, o cuya cuantía sea especialmente elevada, y dejar la decisión en manos del ministro de Hacienda. Cabe preguntarse si, tras la sentencia Gabalfrisa y otros, la facultad de presentar cuestiones prejudiciales se ve reconocida también al ministro en caso de avocación. [29]

B. La relativización del requisito de la contradicción en el procedimiento

29. El órgano jurisdiccional no sólo ha de ser independiente y actuar como tal, sino que su decisión debe ser adoptada después de haber tenido lugar en su presencia un

29 — No quiero imaginar lo que Ch.L. de Montesquieu diría si viera esta confusión entre órganos administrativos y judiciales.

debate contradictorio, en el que los contendientes puedan hacer valer sus derechos e intereses jurídicamente protegidos. No obstante, la exigencia de un procedimiento contradictorio que aparecía en la sentencia Vaassen-Göbbels [30] vio muy pronto relativizado su alcance.

30. Las sentencias Politi [31] y Birra Dreher [32] afirmaron que el artículo 234 CE no subordina el planteamiento de una cuestión prejudicial al carácter contradictorio del procedimiento y que, por lo tanto, se puede plantear una cuestión prejudicial cuando no haya controversia. Lo decisivo es, pues, que quien pide ayuda al Tribunal de Justicia ejerza una función jurisdiccional y estime que, para decidir, precisa de una interpretación del derecho comunitario, siendo irrelevante que el procedimiento en el que se suscita la cuestión carezca de debate. [33]

31. No obstante, las sentencias Simmenthal [34] y Ligur Carni y otros [35] declararon que puede revelarse conveniente para la buena administración de la justicia que la cuestión prejudicial se plantee sólo como consecuencia de un debate contradictorio. Pero esta matización no le condujo a desdecirse de la anterior posición, puesto que, en su opinión, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar dicha conveniencia. [36]

30 — Ya citada en la nota 8.

31 — Sentencia de 14 de diciembre de 1971 (43/71, Rec. p. 1039). La cuestión fue suscitada por el presidente del Tribunale di Torino, que conocía de un procedimiento sumario («orden conminatoria») en el que la decisión es adoptada sin audiencia del demandado. Es interesante advertir que, debido a la especificidad del procedimiento, se cuestionaba la cualidad de órgano jurisdiccional de una autoridad perteneciente a la organización judicial de un Estado miembro.

32 — Sentencia de 21 de febrero de 1974 (162/73, Rec. p. 201). La cuestión se suscitó en un procedimiento sumario italiano, en el que el juez, pronunciándose únicamente sobre la base de las alegaciones presentadas por la parte demandante, podía condenar a la otra parte sin darle la posibilidad de presentar observaciones, aunque después cabría impugnar la decisión.
El Tribunal ya había admitido varias remisiones prejudiciales en el marco de procedimientos sumarios (sentencias de 12 de noviembre de 1969, Stauder, 29/69, Rec. p. 419; de 17 de diciembre de 1970, SACE, 33/70, Rec. p. 1213, y de 26 de octubre de 1971, Eunomia, 18/71, Rec. p. 811).

33 — Según el abogado general Sr. Lenz, en el punto 6 de sus conclusiones correspondientes al asunto en el que recayó la sentencia de 22 de septiembre de 1988, Pretura unificata di Torino (228/87, Rec. p. 5099), desde la sentencia Birra Dreher el Tribunal de Justicia ha prescindido del carácter contradictorio del procedimiento.

34 — Sentencia de 28 de junio de 1978 (70/77, Rec. p. 1453). En este asunto la petición de decisión prejudicial fue realizada por el Pretore di Alessandria en un procedimiento de apremio en el que, de nuevo, el juez tenía la facultad de resolver basándose únicamente en las alegaciones del demandante.

35 — Sentencia de 15 de diciembre de 1993 (asuntos acumulados C-277/91, C-318/91 y C-319/91, Rec. p. I-6621). Las cuestiones fueron remitidas por el presidente del Tribunale di Genova en un procedimiento para la adopción de medidas cautelares.

36 — En las conclusiones que he presentado el 5 de abril de 2001 en el asunto Gottardo (C-55/00), en el que aún no ha recaído sentencia, me he permitido llamar la atención sobre los riesgos inherentes a la adopción por el Tribunal de Justicia de una actitud pasiva respecto de los términos en que le son formuladas las preguntas en el seno de una cuestión prejudicial. Allí he afirmado que «el Tribunal, como intérprete cualificado del derecho comunitario que es, debería analizar el problema con mayor amplitud de miras y más flexibilidad para dar una respuesta útil al juez nacional que las suscita y a los demás jueces de la Unión Europea, a la luz de las normas comunitarias en vigor. De lo contrario, el diálogo entre órganos jurisdiccionales instaurado por el artículo 234 CE podría quedar excesivamente condicionado en manos del juez que plantea la cuestión, de manera que, en función de la formulación que le diera, podría determinar la respuesta prejudicial, como sucedió en los asuntos que acabo de examinar» (punto 36). Lo dicho vale también para decidir si es o no pertinente el planteamiento de una cuestión prejudicial desde un procedimiento sin contradicción. Es evidente que corresponde al juez nacional apreciar si necesita una interpretación del derecho comunitario para dirimir el litigio que tiene planteado, pero el control de los requisitos que determinan la admisión del procedimiento prejudicial corresponde en exclusiva al Tribunal de Justicia.

32. Por consiguiente, el carácter contradictorio no es para el Tribunal de Justicia presupuesto de procedibilidad de la remisión prejudicial. Puede ser admisible una cuestión que se suscite en un procedimiento no contradictorio o en una fase sin contradicción de un procedimiento que sí lo es. Como ya se había dicho en la sentencia Politi, las sentencias Birra Dreher y Simmenthal recalcaron que el derecho a formular una cuestión prejudicial pertenece a todo órgano jurisdiccional de los Estados miembros, cualquiera que sea la fase de tramitación del asunto principal.

33. El requisito de la contradicción ha perdido, poco a poco, sus perfiles. En los asuntos Pretore di Cento [37] y Pretura unificata di Torino, [38] al Tribunal de Justicia ni siquiera se le plantearon dudas sobre la admisibilidad de unas cuestiones prejudiciales surgidas de sendas causas sin partes. [39] La sentencia Pardini [40] dio respuesta a unas preguntas hechas por el Pretore di Lucca en un procedimiento sobre medidas provisionales. [41]

34. Hasta entonces el Tribunal de Justicia restó relevancia, si es que no se la negó del todo, al requisito del debate contradictorio. Pero, si se analizan con detenimiento los supuestos de hecho, puede observarse que este principio no estaba ausente, sino solamente diferido; [42] en todo caso, la falta de carácter contradictorio quedaba compensada por la total imparcialidad del juez y por su independencia respecto del litigio y de las partes en conflicto. [43]

35. Sin embargo, en algunas sentencias posteriores, el Tribunal de Justicia parece haber abandonado esta línea y, lamentablemente, ha admitido a trámite y se ha pronunciado sobre cuestiones prejudiciales planteadas en procedimientos en los que la ausencia de carácter contradictorio no se veía contrarrestada por la radical independencia del órgano promotor de la cuestión.

36. En efecto, la sentencia Dorsch Consult [44] admitió las cuestiones prejudiciales remitidas por una instancia administrativa [45] en el marco de un procedimiento sin contradicción. [46]

37 — Sentencia de 5 de mayo de 1977 (110/76, Rec. p. 851).

38 — Citado en la nota 33.

39 — Se trataba de procedimientos penales abiertos contra personas desconocidas. Debe recordarse que la del *pretore* es una figura singular, inserta en el sistema judicial italiano, que aúna funciones propias del fiscal y del juez de instrucción.

40 — Sentencia de 21 de abril de 1988 (338/85, Rec. p. 2041).

41 — La particularidad del caso consistía en que, a la par que planteaba la cuestión prejudicial, el Pretore decretó la medida cautelar que era su único objeto. El Tribunal de Justicia, después de afirmar que carece de competencia para conocer de una cuestión prejudicial cuando el proceso ante el juez nacional ya ha terminado, la admitió porque el procedimiento cautelar seguía vivo, dado que las medidas adoptadas eran susceptibles de ser confirmadas, modificadas o revocadas, después de la intervención de las partes.

42 — Es el caso del asunto Pardini, antes citado.

43 — Véanse los puntos 7 y 26 de las conclusiones del abogado general Sr. Darmon en el asunto Corbiau, citado en la nota 12. También el punto 14 de las conclusiones del abogado general Sr. Saggio en el asunto Gabalfrisa y otros, citado en la nota 27.

44 — Citada en la nota 16.

45 — La Comisión instituida en Alemania para resolver, en revisión, los recursos presentados contra las decisiones de los servicios de control de adjudicación en materia de contratos públicos.

46 — El Tribunal de Justicia recordó que la exigencia de un procedimiento contradictorio no es un criterio absoluto y señaló, además, que, aunque las partes no son oídas por la Comisión, sí lo son por los servicios de control de adjudicación.

37. Por su parte, en el asunto Gabalfrisa y otros, [47] el Tribunal de Justicia consideró que ante los tribunales económico-administrativos españoles [48] se sigue un procedimiento contradictorio, dado que pueden presentarse escritos de alegaciones y pruebas en apoyo de las pretensiones deducidas, y solicitar la celebración de una vista pública. Además, el tribunal económico-administrativo que estime pertinente resolver cuestiones no suscitadas por los interesados debe exponerlas a los que estuvieran personados en el procedimiento y concederles un plazo de quince días para que formulen alegaciones.

38. Pero, como puso de manifiesto el abogado general Sr. Saggio en sus conclusiones, en realidad el procedimiento sólo puede calificarse en parte de contradictorio, en lo que respecta a los interesados, por el carácter limitado de las alegaciones y las pruebas que se admiten, así como porque la celebración de una vista pública se resuelve discrecionalmente por el propio órgano, sin ulterior recurso. [49]

47 — Antes citado, nota 27.

48 — De cuya condición de órganos administrativos he dejado constancia líneas más arriba.

49 — En la sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann (C-44/96, Rec. p. I-73), el Tribunal de Justicia admitió las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesvergabeamt austriaco, instancia que conoce de los litigios relativos a los contratos públicos, sin examinar su cualidad de órgano jurisdiccional. El abogado general Sr. Léger, que sí analizó la cuestión, albergó ciertas dudas sobre el carácter contradictorio del procedimiento, aunque dedujo del auto de remisión que en el procedimiento principal se había producido un debate contradictorio idéntico a los que se sustancian ante los órganos jurisdiccionales. En las sentencias de 24 de septiembre de 1998, Tögel (C-76/97, Rec. p. I-5357) y EvoBus Austria (C-111/97, Rec. p. I-5411), el Tribunal de Justicia volvió a admitir diversas cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesvergabeamt.

C. La confusión implantada en el requisito del carácter jurisdiccional de la decisión que pone fin al proceso

39. Si las notas de independencia y de debate contradictorio se han difuminado, la relativa al carácter jurisdiccional de la decisión que debe adoptar el órgano remitente desde siempre apareció confusa. No podía ser de otra forma: decir que es órgano jurisdiccional el que dicta una decisión jurisdiccional es tanto como no decir nada. Esta cualidad no puede ser reconducida a la aplicación de normas jurídicas, pues no es exclusiva de los órganos que ejercen la jurisdicción. Las estructuras administrativas actúan con criterios de legalidad [50] y, en consecuencia, también aplican el derecho. [51]

40. Por consiguiente, para precisar si una decisión es jurisdiccional, el Tribunal de Justicia se ha visto obligado a acudir, por vía indirecta, a otras características definitorias de la jurisdicción; unas veces, las más, a la naturaleza «conflictual» del procedimiento en el que es adoptada la decisión y otras a la inserción de su autor en la organización judicial.

41. Así, en el caso Borker [52] no se otorgó la condición de órgano jurisdiccional al Con-

50 — La Constitución Española de 1978 dispone en el artículo 103, apartado 1, que la «Administración Pública actúa [...] con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

51 — Y lo interpretan como operación previa a la aplicación.

52 — Auto de 18 de junio de 1980 (138/80, Rec. p. 1975).

sejo del Colegio de Abogados de París por no estar llamado a resolver un litigio, sino a dar su opinión sobre la desavenencia que enfrentaba a uno de sus colegiados con un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro. [53] Parecidas razones condujeron al Tribunal de Justicia a negar, en el asunto Greis Unterweger, [54] la cualidad de órgano jurisdiccional a una comisión consultiva en materia fiscal que emite dictámenes en el marco de un procedimiento administrativo [55] y, en la sentencia Victoria Film, [56] a la Skatterättsnämnden (Comisión tributaria sueca), porque se limitaba, sin resolver conflicto alguno y a instancia de un sujeto pasivo, a dictar una resolución preliminar en materia tributaria. [57]

42. En la misma línea, la sentencia Procesos penales contra X [58] sostuvo que la Procura della Repubblica italiana no era un órgano jurisdiccional, porque, entre otras razones, no tenía por misión resolver un litigio, sino someterlo, si procedía, al órgano jurisdiccional competente, ejercitando la acción penal. [59] No obstante, la sentencia Pretore di Salò [60] reconoció a esta figura, que, como ya he apuntado, reúne competencias propias de un juez de instrucción y de un fiscal, la condición de órgano jurisdiccional, pese a admitir que muchas de sus funciones no eran de carácter estrictamente jurisdiccional, esto es, no se orientaban a la resolución de un conflicto jurídico.

43. Por el contrario, la sentencia Garofalo y otros [61] consideró que ejercía una función jurisdiccional un órgano que daba su opinión, en el seno de un procedimiento en el que la decisión pertenecía a una instancia política. Se trata del Consejo de Estado italiano cuando emite un dictamen en un recurso extraordinario; pero en realidad la decisión está en sus manos. El dictamen, basado en la aplicación de normas jurídicas, constituye el proyecto de la decisión que será adoptada formalmente por el presidente de la República, quien sólo puede apartarse de la solución pro-

53 — Un tribunal penal alemán le había denegado la autorización para comparecer, por lo que pidió al Consejo que se pronunciara sobre las condiciones del ejercicio de su actividad de abogado como prestatario de servicios ante órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro. Paradójicamente, en la sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), sin examinar la cuestión, el Tribunal de Justicia reconoció la cualidad de órgano jurisdiccional al Consejo Nacional de la Abogacía italiano. Según el abogado general Sr. Léger, lo que indujo al Tribunal de Justicia a declararse incompetente en el asunto Borker no era la naturaleza del órgano promotor, sino el objeto de la cuestión planteada. En cambio, un litigio relativo a los requisitos para la colegiación o sobre una sanción impuesta por un colegio de abogados son pleitos sobre los que la corporación, según su parecer, tiene obligación legal de pronunciarse. El Tribunal, quizá, debería haber otorgado más importancia al hecho de que la decisión del Consejo Nacional era susceptible de recurso ante la Corte di cassazione.

54 — Auto de 5 de marzo de 1986 (318/85, Rec. p. 955).

55 — El Tribunal de Justicia destacó que no existía la obligación de organizar un debate contradictorio, que el interesado no podía acudir por sí mismo a la comisión y que el dictamen no era vinculante para el ministro. Apuntó, además, que las sanciones impuestas por el ministro tras el dictamen pueden ser impugnadas por los interesados ante las tribunales ordinarios, que tienen, en este sentido, jurisdicción plena.

56 — Sentencia de 12 de noviembre de 1998 (C-134/97, Rec. p. I-7023).

57 — Sobre cuestiones como la sujeción a un impuesto, su alcance y otras semejantes.

58 — Ya citada en la nota 15.

59 — En el punto 7 de las conclusiones que presenté en este asunto, afirmé que la Procura della Repubblica no cumple, al menos, dos de los requisitos básicos que el Tribunal exige para la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales: no es un órgano con jurisdicción obligatoria (ni siquiera es órgano con *iurisdictio* en sentido estricto) y no decide tras haber oído a las partes en un proceso contradictorio, ya que es parte en el curso de dicho proceso.

60 — Citada en la nota 11.

61 — Sentencia de 16 de octubre de 1997 (asuntos acumulados C-69/96 a C-79/96, Rec. p. I-5603).

puesta previa deliberación del Consejo de Ministros y con la debida motivación.

44. El Tribunal de Justicia, apoyándose en la sentencia Nederlandse Spoorwegen, [62] estimó que el Consejo de Estado italiano es un órgano jurisdiccional en el sentido del Tratado. [63] Como contraste, en los autos ANAS [64] y RAI [65] negó igual cualidad al Tribunal de Cuentas italiano, porque la fiscalización posterior que ejercía en los litigios principales era esencialmente una función de evaluación y de verificación de los resultados de la actividad administrativa, de lo que dedujo que, en el contexto que dio lugar a las cuestiones prejudiciales, el organismo auditor citado no estaba ejerciendo funciones jurisdiccionales.

45. Hasta la sentencia Job Centre I [66] parecía resultar de la jurisprudencia del Tribunal que, cuando una cuestión prejudicial proviene de un órgano que forma parte de la organización judicial nacional, la cuestión es admisible, incluso si no actúa en decisión de un conflicto. [67] A partir de ella, la situación no es tan clara.

46. En ese asunto el Tribunale civile e penale de Milán planteó dos cuestiones prejudiciales en un procedimiento de jurisdicción voluntaria [68] y el Tribunal de Justicia adoptó un criterio restrictivo. Afirmó que los órganos judiciales nacionales sólo pueden pedirle que se pronuncie si tienen pendiente un pleito y si deben resolverlo con «una decisión de carácter jurisdiccional».

47. Para el Tribunal de Justicia no es, pues, suficiente que el órgano remitente esté integrado en el poder judicial de un Estado miembro, sino que es necesario que, además, resuelva un litigio, [69] y hay litigio cuando existe conflicto jurídico frente a

62 — Sentencia de 27 de noviembre de 1973, Spoorwegen (36/73, Rec. p. 1299). En esta sentencia, el Tribunal admitió las cuestiones prejudiciales formuladas por el Consejo de Estado neerlandés antes de emitir un dictamen —jurídicamente no vinculante— en un procedimiento de impugnación de actos administrativos, cuya decisión final correspondía a la Corona. El abogado general Sr. Mayras, que había abordado la cuestión en sus conclusiones, propugnó la solución favorable a la admisión.

63 — En mis conclusiones correspondientes al asunto Garofalo (punto 37) recalqué que el carácter inatacable de la decisión final, no susceptible de ulterior control jurisdiccional, resultaba un elemento clave para admitir la cuestión prejudicial. Se trata de una manifestación del principio de efecto útil.

64 — Auto del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1999, ANAS (C-192/98, Rec. p. I-8583).

65 — Auto del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1999, RAI (C-440/98, Rec. p. I-8597).

66 — Sentencia de 19 de octubre de 1995 (C-111/94, Rec. p. I-3361).

67 — J.C. Moitinho de Almeida «La notion de juridiction d'un État membre (article 177 du traité CE)», en *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, 1999, pp. 463 a 478.

68 — Con anterioridad, en la sentencia de 12 de noviembre de 1974, Haaga (32/74, Rec. p. 1201), el Tribunal había aceptado, aunque sin examinar su admisibilidad, una cuestión prejudicial en el marco de un procedimiento similar. El abogado general Sr. Mayras propuso al Tribunal que reconociera al órgano remitente la cualidad de órgano jurisdiccional.

69 — Véase el apartado 11 de la sentencia. En las conclusiones que ha presentado el 15 de marzo de 2001, en el asunto C-178/99, el abogado general Sr. Geelhoed ha propuesto al Tribunal de Justicia que se declare incompetente para dar respuesta a una cuestión prejudicial remitida por el Bezirksgericht Bregenz austriaco (juez local de primera instancia) en un procedimiento seguido para la inscripción de la propiedad de un bien inmueble, porque no ejerce ninguna función jurisdiccional.

otro, incluso si ese otro es un órgano judicial cuya decisión quiere revisarse,[70] por lo que, en la sentencia Job Centre I, declaró que hay ejercicio de la función jurisdiccional en la resolución del recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada en un expediente de jurisdicción voluntaria,[71] como ocurría en el asunto Haaga.[72]

D. Los problemas suscitados por la consideración de los árbitros como órganos jurisdiccionales

48. Una de las notas que, desde la sentencia Vaasen-Göbbels,[73] define a un órgano en el sentido del artículo 234 CE es el carácter obligatorio de su jurisdicción.

49. Esta cualidad dejaba fuera de juego a los tribunales arbitrales. En el asunto Nordsee[74] el Tribunal de Justicia se declaró incompetente para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal arbitral alemán al que las partes no tenían ninguna obligación de confiar sus diferencias[75] y precisó que, si un arbitraje convencional suscita cuestiones de derecho comunitario, es a los órganos jurisdiccionales ordinarios a quienes corresponde plantear una cuestión prejudicial, si lo estiman necesario, bien en el marco de la asistencia que prestan a los tribunales arbitrales, bien al revisar el laudo.[76]

50. Después de la sentencia Nordsee, parecía que, si la intervención del tribunal arbitral fuese obligatoria y en última instancia, la respuesta estaría ya dada. Tal fue el caso Danfoss,[77] en el que las cuestiones prejudiciales fueron remitidas por un tri-

70 — En el apartado 18, la sentencia Victoria Film afirmó que, sólo si la resolución preliminar de la Skatterättsnämnden fuera impugnada, podría hablarse del ejercicio de una función jurisdiccional por el órgano llamado a resolver el recurso. Precisamente se daba esa situación en la sentencia de 18 de noviembre de 1999, x e Y (C-200/98, Rec. p. I-8261), que declaró que el Regeringsrätten (Tribunal Superior Administrativo sueco) ejerce una función de naturaleza jurisdiccional cuando conoce un recurso contra las decisiones de la Skatterättsnämnden.

71 — Una vez que en la sentencia Job Centre I el Tribunal de Justicia se declaró incompetente para responder a las cuestiones planteadas, el Tribunale civile e penale de Milán resolvió el expediente. Frente a su decisión se interpuso recurso ante la Corte d 'appello de Milán, que suscitó tres cuestiones prejudiciales. Pues bien, en la sentencia de 11 de diciembre de 1997, Job Centre II (*C-55/96*, Rec. p. I-7119), el Tribunal de Justicia admitió su competencia y dio respuesta a las preguntas formuladas.

72 — La salvaguarda del efecto útil del derecho comunitario puede ser la clave hermenéutica para conciliar las dos sentencias: en Job Centre, a diferencia de Haaga, la decisión del tribunal podía ser recurrida.

73 — Citada en la nota 8.

74 — Sentencia de 23 de marzo de 1982 (102/81, Rec. p. 1095).

75 — El tribunal arbitral era competente, en virtud de un contrato, para resolver los litigios relativos al reparto de las ayudas financieras del FEOGA. Se trataba de un arbitraje de derecho que, tras un procedimiento contradictorio, terminaba con un laudo que tenía autoridad de cosa juzgada. El Tribunal de Justicia observó que, además de no constituir una jurisdicción obligatoria, las autoridades públicas alemanas no estaban implicadas en la elección de la vía arbitral y no podían intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante el árbitro. A la luz de estas consideraciones, dedujo que el vínculo entre el procedimiento arbitral y la organización de los recursos legales en ese Estado miembro no era lo suficientemente estrecho como para que el árbitro pudiera ser calificado de órgano jurisdiccional. Esta última consideración permitió al abogado general Sr. Tesauro hablar, en el punto 28 de sus conclusiones en el asunto Dorsch Consult, citado en la nota 16, de la vinculación con los poderes públicos como otro de los requisitos a cuya concurrencia está supeditada la legitimación de un órgano para someter cuestiones prejudiciales.

76 — P. Bonassies, «Arbitrage et droit communautaire», en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Ed. Dalloz, París, 1991, pp. 21 y ss., expone los inconvenientes de la jurisprudencia inicial del Tribunal de Justicia relativa al carácter jurisdiccional de los tribunales arbitrales.

77 — Sentencia de 17 de octubre de 1989 (109/88, Rec. p. 3199).

bunal arbitral danés, cuya intervención estaba prevista por la ley para resolver en última instancia los litigios sobre convenios colectivos suscitados entre las organizaciones de trabajadores por cuenta ajena y los empresarios y cuya competencia no dependía del acuerdo entre las partes, ya que cualquiera podía someterle un litigio, pese a la oposición de su adversario, siendo la decisión vinculante para todos.

51. Siguiendo, aquí sí, una línea coherente, en la sentencia Almelo [78] el Tribunal de Justicia admitió la competencia para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por un órgano judicial que resolvía, con criterios de equidad, un recurso interpuesto contra un laudo arbitral, porque debía respetar las normas del derecho comunitario. [79]

52. Sin embargo, de tanto centrarse en la obligatoriedad de la jurisdicción, el Tribunal de Justicia se olvidó de los otros rasgos que, de acuerdo con su doctrina, caracterizan a un órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 234 CE y, en el asunto Danfoss, reconoció esa condición a una entidad arbitral cuya composición y cuyo funcionamiento no están regulados por la ley con detalle. La composición se determina para cada caso y el procedimiento se desarrolla conforme a lo pactado por las partes, dentro del marco legal. [80]

E. La extensión de la noción a los tribunales de ultramar, a órganos que no forman parte del sistema judicial de ningún Estado miembro y a tribunales internacionales

53. En las sentencias Kaefer y Procacci [81] y Leplat, [82] el Tribunal de Justicia reconoció la facultad de presentar cuestiones prejudiciales a los órganos jurisdiccionales de los países y territorios de ultramar, que forman parte de la organización judicial francesa.

54. Aún más, en la sentencia Barr y Montrose Holdings [83] confirió la facultad de formular cuestiones prejudiciales a los tribunales de la isla de Man, pese a que no forman parte de la organización judicial británica. [84] Posteriormente, la sentencia

78 — Citada en la nota 26.

79 — En la sentencia de 1 de junio de 1999, Eco Swiss (C-126/97. Rec. p. I-3055), el Tribunal de Justicia volvió a admitir diversas cuestiones prejudiciales surgidas en el seno de un procedimiento instado contra un laudo arbitral y planteadas, en esta ocasión, por el Hoge Raad neerlandés.

80 — Véanse los puntos 19 a 21 de las conclusiones presentadas por el abogado general Sr. Lenz en este asunto. En mi opinión, la decisión del Tribunal, coincidente en este caso con la propuesta del abogado general, encuentra su razón de ser, una vez más, en la necesidad de salvaguardar el efecto útil, ya que el tribunal arbitral promotor de la remisión prejudicial resolvía el litigio en última instancia.

81 — Sentencia de 12 de diciembre de 1990 (asuntos acumulados C-100/89 y C-101/89, Rec. p. I-4647).

82 — Sentencia de 12 de febrero de 1992 (C-260/90, Rec. p. I-643).

83 — Sentencia de 3 de julio de 1991 (C-355/89, Rec. p. I-3479).

84 — Como señaló el abogado general Sr. Jacobs en el punto 4 de sus conclusiones, al igual que las islas del Canal, la isla de Man no forma parte del Reino Unido, ni tampoco es una colonia. Sin embargo, propugnó una interpretación amplia de la expresión «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros», que alcance a los órganos con jurisdicción en cualquier parte del territorio al que se aplica el Tratado, aunque sea parcialmente (punto 18).

Pereira Roque, [85] sin examinar la admisibilidad, se pronunció sobre una remisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional de la bailía de Jersey, cuyos tribunales tampoco forman parte del sistema judicial del Reino Unido. [86]

55. Aunque el artículo 234 CE se refiere a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, la sentencia Parfums Christian Dior [87] declaró que el Tribunal Benelux no sólo está facultado para suscitar cuestiones prejudiciales, sino obligado a hacerlo, como órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno. La inexistencia de una instancia posterior contra la resolución de este Tribunal, que zanja definitivamente la interpretación del derecho uniforme del Benelux, determinó que el Tribunal de Justicia admitiera el reenvío.

56. En estos pronunciamientos, en los que se extiende la condición de órgano jurisdiccional de un Estado miembro a los que, sin duda, no lo son, está presente la necesidad de salvaguardar la interpretación uniforme del derecho comunitario, de manera que todas aquellas estructuras judiciales que dirimen litigios en los que la *norma decidendi* es una regla de ese derecho, pueden hacer uso de la herramienta que proporciona el artículo 234 CE.

85 — Sentencia de 16 de julio de 1998 (C-171/96, Rec. p. I-4607).

86 — Esta sentencia confirma que la jurisprudencia Barr y Montrose Holdings se aplica a los tribunales de las islas del Canal.

87 — Sentencia de 4 de noviembre de 1997 (C-337/95, Rec. p. I-6013).

57. Por semejantes motivos, y a la inversa, el derecho nacional debe abstenerse de prohibir a un órgano judicial el planteamiento de cuestiones prejudiciales. En la sentencia Rheinmühlen, [88] el Tribunal de Justicia estimó que la existencia de una norma de derecho estatal, que vincula a los tribunales con la valoración jurídica efectuada por otro de rango superior, no puede privarlos, por esta única razón, de la facultad de presentar cuestiones prejudiciales.

2. *La necesidad imperiosa de un cambio jurisprudencial*

A. La inseguridad jurídica que provoca la ausencia de un concepto de órgano jurisdiccional y los titubeos jurisprudenciales

58. Los anteriores puntos no pretenden ser un estéril trabajo de erudición. Demuestran que la doctrina del Tribunal de Justicia sobre este particular no sólo es, como he apuntado líneas más arriba, excesivamente casuística, sino que carece de los elementos claros y precisos que demanda una noción calificada de comunitaria. La jurisprudencia, lejos de proporcionar en sus decisiones un marco seguro de referencia, ofrece un panorama confuso e incoherente, que pro-

88 — Sentencia de 16 de enero de 1974 (166/73, Rec. p. 33).

voca general incertidumbre. [89] La frecuente disparidad entre las soluciones propugnadas por los abogados generales y los pronunciamientos del Tribunal ilustra la inseguridad jurídica que rodea al concepto de órgano jurisdiccional de un Estado miembro.

59. La primera víctima de la situación ha sido el propio Tribunal de Justicia, que se ha manifestado de forma titubeante acerca del carácter jurisdiccional de muchos órganos remitentes de cuestiones prejudiciales, a veces sin explicar las razones que le movieron a decantarse en uno u otro sentido. [90]

60. Puede apreciarse que donde el Tribunal de Justicia aparece dubitativo ha sido, como ya he apuntado, en aquellas notas que diferencian a un órgano jurisdiccional del que no lo es, pues el origen legal, la condición de permanente y la manifestación de su voluntad conforme a criterios jurídicos convienen también a órganos integrados en las estructuras administrativas.

B. La condición jurisdiccional del órgano nacional como requisito de orden público determinante de la competencia del Tribunal de Justicia

61. Y, si en las relaciones jurídicas la inseguridad es perturbadora, la desazón es mayor cuando afecta a una noción que, como la contenida en el artículo 234 CE, es de orden público. El concepto de órgano jurisdiccional nacional determina la competencia del Tribunal de Justicia para impulsar un proceso que, como el de la remisión prejudicial, se ha revelado trascendental para la progresiva construcción y consolidación del ordenamiento jurídico comunitario. El Tribunal de Justicia no puede ser dueño de su propia competencia. Las reglas del juego deben ser precisas en una Comunidad de derecho. Los jueces nacionales y los ciudadanos comunitarios tienen derecho a saber, de antemano, quiénes pueden ser considerados órganos jurisdiccionales a los efectos del artículo 234 CE.

62. La mayor o menor laxitud con que sea abordado el concepto es determinante de la amplitud del abanico de eventuales solici-

89 — Los inconvenientes que provoca la situación han sido resaltados por L. Neville y T. Kennedy, *The Court of Justice of The European Communities*, Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1994, pp. 209 a 213; M.Ch. Bergerès, *Contentieux communautaire*, Ed. Presses Universitaires de France, 2ª ed., pp. 247 y 248; M. Jimeno Bulnes, *La cuestión prejudicial del art. 177 TCE*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 189 y ss.

90 — El Tribunal de Justicia ha sido criticado porque, en varias oportunidades, ha aceptado su competencia sin analizar la cualidad de órgano jurisdiccional del remitente. Es el caso de las sentencias de 8 de abril de 1992, Bauer (C-166/91, Rec. p. I-2797), y de 9 de agosto de 1994, Dreessen (C-447/93, Rec. p. I-4087), en los que el órgano remitente era el Consejo de Apelación de los colegios belgas de arquitectos de lengua francesa. También el de la sentencia de 16 de julio de 1992, Asociación Española de Banca Privada y otros (C-67/91, Rec. p. I-4785), en el que el Tribunal de Justicia se pronunció sobre diversas cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia español, que, integrado en el Ministerio de Economía, no forma parte del poder judicial y sus resoluciones son siempre recurribles ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. A las anteriores hay que añadir la sentencia de 17 de junio de 1998, Hill y Stapleton (C-243/95, Rec. p. I-3739), en la que el Tribunal declaró admisibles las cuestiones prejudiciales planteadas por la Labour Court de Dublín, y la sentencia de 26 de noviembre de 1998, Bronner (C-7/97, Rec. p. I-7791), relativa a unas cuestiones remitidas por el Oberlandesgericht Wien (Tribunal Regional de Apelación de Viena) en su calidad de Kartellgericht (Tribunal de Primera Instancia en asuntos de competencia). También deben recordarse los asuntos, ya citados en la nota 19, Hospital Ingenieure, remitido por el Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten (Cámara administrativa independiente del Land de Carintia), que tiene competencia exclusiva para apreciar la legalidad de las medidas adoptadas por la administración, incluidas las relativas a la adjudicación de contratos públicos, y Unitron Scandinavia y 3-S, promovido por la danesa Klagenævnet for Udbud (Comisión de Recurso). También la sentencia de 1 de abril de 1993, Diversinte e Iberlacta (asuntos acumulados C-260/91 y C-261/91, Rec. p. I-1885), admitió por primera vez una cuestión prejudicial del Tribunal Económico-Administrativo Central español, sin hacer ninguna consideración sobre su carácter jurisdiccional.

tantes de colaboración al Tribunal de Justicia y, por lo tanto, del número de sus sentencias prejudiciales. Y esta circunstancia es relevante en una tarea armonizadora de la interpretación y de la aplicación del derecho comunitario. Cuando se trata de señalar el camino a los demás, mediante pronunciamientos que tienen vocación de ser seguidos por todos, hay que actuar con cautela y con prudencia. Una decisión bien pensada y bien fundada resuelve más problemas que un gran número de sentencias precipitadas que no profundizan el razonamiento y no afrontan las cuestiones que se les han sometido.

63. Con el fin de impulsar la difusión y la aplicación uniformes del derecho comunitario, en sus primeros años de andadura, el Tribunal de Justicia alentó la utilización del reenvío prejudicial, ayudándose de una interpretación extensiva del concepto de órgano legitimado para ponerlo en marcha. Pero lo que antaño tenía una clara justificación, hoy, cuando el ordenamiento comunitario es una realidad asumida por los operadores jurídicos de los Estados miembros, resulta perturbador y puede entorpecer seriamente la tarea del Tribunal de Justicia.

64. Se impone, pues, en el estado actual de desarrollo del derecho comunitario, conferir mayor rigor a la definición de órgano jurisdiccional de un Estado miembro, hilvanar sus distintos componentes para proporcionar un marco preciso de referencia y así evitar que la incertidumbre se instale definitivamente en este ámbito. La actitud inicial del Tribunal de Justicia incitando al planteamiento de cuestiones prejudiciales, que se ha podido calificar de vocación pedagógica, debe ceder el paso a una dialéctica diferente, que prescinda de tener al juez nacional bajo tutela y le permita asumir su responsabilidad de juez ordinario del derecho comunitario.

C. Las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam en el tratamiento general de la cuestión prejudicial, en particular en cuanto a los órganos jurisdiccionales nacionales facultados para realizar el reenvío

65. Se puede entender que el propio Tratado de Amsterdam contiene una implícita llamada de atención al Tribunal de Justicia para que precise el concepto de órgano jurisdiccional a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales. El Tratado quiebra la disciplina unitaria del sistema. Junto a la cuestión prejudicial «general», la del artículo 234 CE, se añaden otras dos «específicas» que presentan perfiles singulares: una, en el artículo 35 UE, apartado 1, y la otra, en el artículo 68 CE, apartado 1.

66. El Tratado de la Unión Europea ha extendido la jurisdicción del Tribunal de Justicia al tercer pilar por tres vías. Una de ellas, de naturaleza prejudicial, le permite pronunciarse sobre la validez y la interpretación de las decisiones marco, de las decisiones y de las medidas de aplicación de los convenios adoptados para la cooperación policial y judicial en materia penal, así como sobre la interpretación de los convenios (artículo 35 UE, apartado 1). La jurisdicción del Tribunal es en este punto

dispositiva, pues necesita ser aceptada por los Estados miembros para ser efectiva.

67. Por su parte, el artículo 68 CE le atribuye una competencia prejudicial en el ámbito relativo a la libre circulación de las personas, con excepción de las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior.

68. Quiero destacar que, en lo que a la primera se refiere, los Estados miembros que acepten esta nueva competencia del Tribunal de Justicia pueden elegir entre otorgar la facultad —que no el deber— de plantear las cuestiones prejudiciales a cualquiera de sus órganos jurisdiccionales o sólo a los que se pronuncien en última instancia, esto es, aquéllos frente a cuyas decisiones no quepa ulterior «recurso judicial» (artículo 35 UE, apartado 3). La promoción de la segunda clase de cuestiones prejudiciales —que es obligatoria— queda directamente limitada a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de «recurso judicial» alguno (artículo 68 CE, apartado 1).

69. En mi opinión, esta modificación del régimen general de la cuestión prejudicial, con la consiguiente restricción de los órganos legitimados para plantearla, puede obedecer a una idea, más o menos explícita, de limitar los amplios contornos con los que el Tribunal de Justicia ha dibujado la noción de órgano jurisdiccional. Parece que el constituyente comunitario considera que el concepto, tal y como ha sido interpretado, no es válido para los nuevos ámbitos de competencia que ha diseñado y que es necesario perfilarlo o esquivarlo, estableciendo excepciones en los asuntos que puedan presentar un carácter más sensible para la cooperación policial y judicial en materia penal y para el espacio de libertad, de seguridad y de justicia.

D. La reforma que puede instaurar la ratificación del Tratado de Niza y la atribución de competencias prejudiciales al Tribunal de Primera Instancia

70. La necesidad de aclarar la noción de órgano jurisdiccional se hace aún más urgente a raíz de los resultados de la reciente conferencia intergubernamental. El Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001,[91] sienta las bases para que el Tribunal de Primera Instancia conozca de cuestiones prejudiciales, planteadas en virtud del artículo 234 CE, en materias específicas determinadas por el Estatuto. Creo que el Tribunal de Justicia debe dejar claro lo que entiende por órgano jurisdiccional nacional, señalando al de Primera Instancia la pertinente pauta. Si no lo hace así, se corre el riesgo de que a las actuales vacilaciones de un órgano se añadan las del otro, cuando la referida previsión se desarrolle y cobre vigencia.

71. La previsión de que las decisiones del Tribunal de Primera Instancia puedan ser

91 — DO C 80, p. 1.

revisadas por el de Justicia, según el nuevo párrafo tercero del apartado 3 del artículo 225 CE, no será, en mi opinión, cauce adecuado para eludir el perturbador efecto de una divergencia entre ambos órganos judiciales comunitarios, porque la eventualidad de un reexamen se contempla como excepcional y parece ir referida a las cuestiones de fondo y no a los presupuestos de procedibilidad de la remisión prejudicial,[92] entre los que se encuentra la condición de órgano jurisdiccional del remitente. Sería más eficaz marcar la senda *ex ante* que hacerlo *a posteriori* por vía de reexamen.

E. La conveniencia de que toda la aplicación del derecho comunitario quede sometida a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia

72. Pero la conferencia de Niza no sólo ha permitido que se incremente el número de los órganos judiciales comunitarios llamados a establecer la interpretación uniforme del derecho de la Unión Europea, sino que, al prever su ampliación de quince a veintisiete Estados miembros, posibilita que la cifra de los órganos promotores de cuestiones prejudiciales crezca de forma exponencial. El futuro de la Unión Europea ofrece un panorama al que se van a ir incorporando doce nuevos Estados, con tradiciones jurídicas muy diversas y estructuras organizativas distintas, a una Comunidad de derecho cuya efectiva realización exige, como tantas veces ha recordado el Tribunal de Justicia, una interpretación y una aplicación uniformes de su ordenamiento jurídico. Es imprescindible delimitar con precisión el concepto de órgano jurisdiccional *ex* artículo 234 CE, si no se quiere que el Tribunal de Justicia y, en su caso, el de Primera Instancia se encuentren ante una avalancha de cuestiones prejudiciales remitidas por órganos de difícil caracterización y cuya admisión deberá decretarse, no obstante su escasa utilidad,[93] a causa de lo poco perfilado que se encuentra el concepto en la jurisprudencia. La duda se instalará y la inercia propia de toda institución conducirá a la admisión de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos meramente administrativos.

73. El Tribunal de Primera Instancia también ha sido llamado, pues, a colaborar en la tarea prejudicial. Pero, en mi opinión, pese a su acreditada solvencia, no lo va a hacer en las mejores condiciones. Ni la competencia prejudicial, calificada con reiteración de «constitucional», es fácil de conciliar con el desempeño bajo tutela,[94] ni el Tribunal de Primera Instancia está estructuralmente concebido para llevar a cabo una tarea que requiere gran independencia funcional, voluntad uniformadora, capacidad de innovación y espíritu de colaboración. «No podrá volar con la libertad necesaria para desarrollar el papel de guía y encaminar el esfuerzo de todos

92 — El reexamen, previsto con carácter excepcional, se reserva para los casos de «riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del derecho comunitario».

93 — Digo «escasa utilidad» porque, como explicaré más adelante (puntos 75 a 79), la respuesta a preguntas prejudiciales realizadas por órganos que no son estrictamente jurisdiccionales puede ser inútil, si después la decisión del promotor es susceptible de ser ignorada en el sistema jurídico interno.

94 — Recuérdese que, conforme al artículo 225 CE, apartado 3, las decisiones prejudiciales del Tribunal de Primera Instancia son revisables por el Tribunal de Justicia, a instancia del primer abogado general (artículo 62 del Estatuto del Tribunal de Justicia, reformado por el Tratado de Niza).

hacia el entendimiento común del derecho de la Unión Europea». [95]

74. La interpretación uniforme del derecho comunitario, sin excepción, debe quedar sometida a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia. Se trata de una competencia indivisible, [96] lo que aconseja no dar intervención en esta tarea al Tribunal de Primera Instancia. La clave del éxito de la competencia prejudicial ha radicado en la centralización de la función interpretativa, que facilita la uniformidad. Si se da participación a otros órganos, se corre el riego de romper la unidad. Cuando sobre una misma institución jurídica del derecho europeo aparezcan dos interpretaciones distintas de sendos órganos judiciales comunitarios, el reenvío prejudicial quedará tocado de muerte. El riesgo de confusión no se evita por la circunstancia de que el artículo 225 CE diga que al Tribunal de Primera Instancia se le atribuirán competencias prejudiciales «en materias específicas», pues cualquier jurista sabe que «distintas materias» comparten categorías, instituciones y principios jurídicos comunes, por lo que la posibilidad de disonancias no desaparece. La tarea que se lleva a cabo en el proceso prejudicial es nomofiláctica, de talante casacional, y tribunal de casación sólo debe haber uno en cada ordenamiento jurídico.

95 — Véase mi contribución D. Ruiz-Jarabo, «La reforma del Tribunal de Justicia realizada por el Tratado de Niza y su posterior desarrollo», en el libro *El Tratado de Niza, análisis y comentarios*, obra colectiva en la que también colaboran F. Mariño, R. Silva, A. Mangas, P. Andrés y C. Moreiro, Ed. Colex, Madrid, 2001, en la que resalto que el Tribunal de Primera Instancia «corre el riesgo de sufrir el destino de Ícaro, el hijo de Dédalo y de Naucrate en la mitología griega, a los que Minos encerró en el laberinto de Creta. Para escapar, Dédalo ideó fabricar a su hijo unas alas con plumas de pájaro que le serían pegadas al cuerpo con cera, advirtiéndole que no volara demasiado cerca del sol para evitar que la cera se derritiera ni demasiado cerca del mar porque, al humedecerse, las alas aumentarían de peso y no servirían. El Tribunal de Primera Instancia se verá obligado a guardar un difícil equilibrio: no podrá inmiscuirse en la labor esencial del Tribunal de Justicia, limitándose a auxiliarlo, pero tampoco podrá renunciar a asumir la cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales, que es inherente a la competencia prejudicial, ni a intentar la armonización en la interpretación y en la aplicación del derecho comunitario. En las condiciones en que se le conferiría, la competencia prejudicial pierde sus elementos más característicos y su razón de ser, con mayor motivo todavía si la nueva competencia se le otorga de forma reducida y con tantas cautelas. Habrá que evitar que se repita la suerte de Ícaro, quien, fascinado por el vuelo, se aproximó tanto al sol que la cera se fundió, las alas se desprendieron, cayó al mar y se ahogó».

96 — Ésta era la opinión del propio Tribunal de Justicia que, en su Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea, emitido en mayo de 1995, declaró sin ningún rubor que «es de todo punto evidente que la necesidad de garantizar la interpretación y la aplicación uniformes del derecho comunitario, así como de los convenios indisociablemente ligados a la consecución de los objetivos de los Tratados, requiere la existencia de un órgano jurisdiccional único, como el Tribunal de Justicia, que fije definitivamente el derecho para toda la Comunidad». Y añadió que «esta exigencia es fundamental en todo asunto que revista carácter constitucional o plantee cualquier problema importante para el desarrollo del derecho».

F. Los efectos perturbadores de la intromisión de un órgano administrativo en un diálogo entre jueces

75. Hubo un momento en el que la asunción por el Tribunal de Justicia de la competencia para responder a las preguntas formuladas por órganos cuya naturaleza no jurisdiccional era indudable pudo estar justificada, como ya he apuntado, por la necesidad de dar el impulso necesario para poner en marcha un espacio jurídico unitario en el seno de la Comunidad. Ahora bien, cuando se ha alcanzado la velocidad

de crucero y la Comunidad de derecho es una realidad aceptada, la apertura del reenvío prejudicial a quienes no tienen por misión la de juzgar puede ser perturbadora.

76. El artículo 234 CE instaura un instrumento de cooperación judicial, un diálogo técnico de jueces y entre jueces. Sobre esta caracterización el Tribunal de Justicia nunca ha vacilado. El objeto de la cuestión prejudicial no es, por tanto, asistir a un órgano del poder ejecutivo.

77. Por otro lado, las estructuras administrativas que, aplicando el ordenamiento jurídico, resuelven con criterios de legalidad no tienen que estar integradas por juristas. [97] Esta circunstancia puede provocar que la formulación de una cuestión prejudicial no sea la más conveniente, adolezca de falta de precisión o carezca del necesario rigor técnico.

78. El órgano judicial que revisa la decisión administrativa, pronunciada mediando la respuesta del Tribunal de Justicia, puede considerar innecesaria la remisión prejudicial o estimar que debería haber sido enfocada desde otro punto de vista. Si llega al convencimiento de que en el debate no están en juego la interpretación ni la aplicación de normas del ordenamiento jurídico comunitario, la cuestión prejudicial y los esfuerzos de toda índole invertidos para su resolución habrán resultado inútiles, con la carga de deslegitimación que para el Tribunal de Justicia implica que sus sentencias no sean tenidas en cuenta por innecesarias.

79. Si estima que debió ser formulada de manera diferente, se encontrará con el pie forzado de la cuestión prejudicial planteada y de la respuesta recibida, sin que, por motivos de economía procesal, sea proclive a acudir de nuevo al proceso prejudicial para enderezar el camino que, en su opinión, nació torcido a causa de un defectuoso planteamiento. Es grave que el sistema de colaboración judicial del artículo 234 CE quede turbado porque en una relación directa entre el Tribunal de Justicia y el juez nacional se inmiscuya un órgano administrativo que, con su actuación bien intencionada pero carente de independencia y de la necesaria preparación científico-jurídica, entorpezca todo el proceso. Ya se ha visto que la manera en que la cuestión prejudicial es formulada puede determinar la respuesta del Tribunal de Justicia, [98] por lo que es importante mantener el carácter realmente jurisdiccional de quienes intervienen en el reenvío prejudicial. Si la cuestión es planteada por un órgano administrativo, el recurso jurisdiccional que

97 — Dos ejemplos. De los tres miembros del maaseutuelinkeinojen valituslautakakunta finlandés, que planteó la cuestión prejudicial admitida en la sentencia de 22 de octubre de 1998, Jokela y Pitkäranta (asuntos acumulados C-9/97 y C-118/97, Rec. p. I-6267), uno era un perito no jurista. El Kartellgericht austriaco, que remitió la cuestión resuelta en la sentencia Bronner (citada en la nota 90), estaba integrado por tres miembros, dos de los cuales eran asesores no profesionales.

98 — En mis conclusiones en el asunto Gottardo, citadas en la nota 36, explico que en apenas dos años el Tribunal de Justicia dio dos respuestas completamente diferentes a una misma cuestión por el hecho de que, en la primera, sentencia de 25 de julio de 1991, Stoeckel (C-345/89, Rec. p. I-4047), el juez de remisión no había hecho alusión a un convenio de la OIT y en la segunda, sentencia de 2 de agosto de 1993, Levy (C-158/91, Rec. p. I-4287), sí lo había alegado.

después se interponga contra su decisión puede resultar condicionado por el planteamiento efectuado, por la forma en que se realizó o por el momento en que se suscitó, de manera que el verdadero órgano judicial se vea en buena medida privado de la facultad de utilizar el reenvío prejudicial, ya que, aun cuando en teoría podría suscitar una nueva pregunta, impondría a las partes un retraso suplementario en la tramitación del proceso principal, que sería insoportable para una administración de justicia ya bastante lenta.

En suma, al admitir una cuestión prejudicial planteada por órganos administrativos se entorpece gravemente el diálogo entre jueces instaurado por el Tratado, se tergiversa su finalidad y se desnaturaliza la protección jurisdiccional del ciudadano.

3. *La propuesta de un nuevo concepto de órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 234 CE*

A. El carácter comunitario de la noción

80. A la vista de las consideraciones que acabo de exponer, parece imprescindible que el Tribunal de Justicia intente elaborar una nueva noción de órgano jurisdiccional del artículo 234 CE.

81. La uniformidad en la aplicación del derecho comunitario exige que la definición de órgano jurisdiccional nacional se haga en su seno. Es en el ordenamiento jurídico europeo y en función de sus necesidades estructurales propias donde debe ser abordada la tarea. En otras palabras, el concepto no debe ser explicado sólo con las categorías propias del derecho nacional, [99] sino, esencialmente, en función de la razón de ser de la remisión prejudicial, que es asegurar al derecho comunitario la misma eficacia en todos los rincones de la Comunidad, aunque las tradiciones constitucionales comunes deben desempeñar un papel decisivo a la hora de interpretar una noción tan relevante.

82. Órgano jurisdiccional no es sólo el que lo sea con arreglo al derecho nacional, sino también el que lo deba ser con el fin de que no haya ningún sector del derecho comunitario que pueda escapar al proceso armonizador. Ésta es la razón por la que el Tribunal de Justicia ha dado gran importancia a la circunstancia de que la decisión del órgano remitente sea revisable en el sistema jurídico interno. Si actúa como última instancia, relativiza los requisitos

99 — M. Chevallier y D. Maidani, *Guide pratique Article 177 CEE*, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, observan que la noción comunitaria de órgano jurisdiccional no es totalmente autónoma de las categorías jurídicas de los derechos nacionales. Los índices y criterios decantados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hincan sus raíces en los principios generales del derecho comunes a todos los Estados miembros.

que impone para considerar jurisdiccional a un órgano y otorga tal condición a estructuras administrativas. Tales son, en mi opinión, los casos de las sentencias Danfoss [100] y Broekmeulen. [101] El efecto útil, para asegurar que la aplicación del derecho comunitario se hiciera siempre con los criterios del Tribunal de Justicia, determinó también la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales remitidas en los asuntos Barr y Montrose Holdings, [102] y Pereira Roque. [103]

B. Regla general: la inclusión en el concepto de todos los órganos integrados en la estructura judicial nacional

83. A lo largo de estas conclusiones he descrito la manera en que el Tribunal de Justicia ha señalado las notas que caracterizan la noción. El ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye a órganos creados por la ley, cuyos miembros están sometidos a su imperio y actúan, en la resolución de los conflictos intersubjetivos que les son planteados, con radical independencia, respetando el principio de contradicción. Sin embargo, no se ha prestado la suficiente atención al principio de unidad y exclusividad jurisdiccional.

84. Conforme a este último principio, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se encomienda exclusivamente a los jueces integrantes del poder judicial. Es un campo vedado a cualesquiera otros servidores públicos. Su fundamento es el mismo que el de la propia legitimación del oficio judicial: la independencia y la sumisión al derecho. En principio, pues, los remitentes de cuestiones prejudiciales sólo deben ser órganos judiciales, aquéllos que tienen atribuida, con la expresada exclusividad, la potestad de juzgar.

85. El recorrido que he efectuado a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, muestra que los órganos integrados en las estructuras judiciales nacionales constituyen siempre órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 234 CE, [104] lo que, sin embargo, no significa que toda cuestión remitida por un órgano de esta naturaleza

100 — Citada en la nota 77.

101 — Sentencia de 6 de octubre de 1981 (246/80, Rec. p. 2311), que reconoció la cualidad de órgano jurisdiccional a una comisión instaurada por la Asociación real neerlandesa para la promoción de la medicina, cuya misión era la de examinar los recursos presentados contra las decisiones de una comisión de registro de médicos generalistas. El Tribunal de Justicia se apoyó esencialmente en la ausencia, en la práctica, de una vía de impugnación contra las decisiones de la comisión, aunque *de lege lata* sí la había. Es desde este enfoque (véanse, en este sentido, los puntos 23 a 25 de las conclusiones del abogado general Sr. Tesauro en el asunto Dorsch Consult, citado en la nota 16) desde el que debe ser entendida esta sentencia.

102 — Sentencia citada en la nota 83.

103 — Sentencia citada en la nota 85.

104 — Quizás a esto se refería el Tribunal cuando afirmó en sus sentencias Birra Dreher, citada en la nota 32, y Simmenthal, citada en la nota 34, que el mecanismo prejudicial está abierto a todo órgano jurisdiccional nacional. Sólo la sentencia Corbiau, citada en la nota 12, justificaría una solución distinta; en ella el Tribunal de Justicia declaró que el director de los tributos directos e indirectos luxemburgués no es un órgano jurisdiccional en el sentido del Tratado, a pesar de que el Consejo de Estado de Luxemburgo le había concedido esa cualidad (véase la nota 14). Pero la propia doctrina luxemburguesa discute la naturaleza de esta figura (véanse los puntos 36 a 39 de las conclusiones del Sr. Darmon).

deba ser automáticamente admitida y resuelta en cuanto al fondo. El promotor de la cuestión, además, ha de actuar en calidad de órgano jurisdiccional, debe tener pendiente un litigio, un conflicto intersubjetivo, que esté llamado a resolver, interpretando y aplicando normas jurídicas. En suma, debe encontrarse en el ejercicio de su potestad de juzgar. [105] En estas circunstancias, todo órgano del poder judicial de un Estado miembro que actúa con independencia para resolver, conforme a criterios jurídicos, un litigio en el seno de un procedimiento contradictorio constituye siempre un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, y así debe decirlo el Tribunal de Justicia, que no puede negar la condición de tal a quien, de acuerdo con su derecho nacional, la ostenta.

En esta definición se entienden, desde luego, comprendidas las exigencias que se derivan de la noción de «tribunal» del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular, de su artículo 6, apartado 1, tal como han sido interpretadas por las instituciones de Estrasburgo. A través de este denominador común —ya que ha sido ratificado por todos los Estados miembros—se superan las dificultades que, de otro modo, podrían derivarse de las distintas concepciones de la función jurisdiccional prevalentes en los diversos ordenamientos.

105 — Recuérdese que en el asunto Job Centre I, citado en la nota 66, el Tribunal rechazó *a limine* una cuestión prejudicial suscitada por un tribunal de justicia en un procedimiento que no era litigioso, sino de jurisdicción voluntaria.

86. A la inversa, quien no forma parte de la estructura judicial interna, quien no tiene atribuida la potestad de «decir el derecho», interpretando y aplicando las leyes [106] en procesos judiciales, no debe ser considerado órgano jurisdiccional. Como ya he apuntado, la cuestión prejudicial es un diálogo de jueces y entre jueces.

C. Excepción: la inclusión en el concepto de aquellos órganos que, sin formar parte de la estructura judicial, tienen la última palabra en el ordenamiento jurídico nacional

87. Sólo excepcionalmente el Tribunal de Justicia debería admitir las cuestiones prejudiciales planteadas por quien no forma parte de la organización judicial nacional, cuando el remitente sea un órgano que, no obstante situarse fuera de la estructura judicial, tenga la última palabra en el ordenamiento jurídico interno, por ser su decisión inatacable. En estos supuestos, la finalidad y la razón de ser del reenvío

106 — Algunos órganos del poder ejecutivo también interpretan y aplican normas jurídicas, pero no por esta razón realizan una función jurisdiccional. La función de *ius dicere*, de declarar qué sea derecho en el caso concreto, no se limita a la aplicación de la ley. Va más allá. «Actúa» la capacidad potencial del ordenamiento jurídico. El juez, en algunas ocasiones, aplica normas jurídicas preexistentes; pero en otras hace algo más, las extrae aplicando principios de integración normativa y de esta forma crea derecho. El acto administrativo nunca equivale, ni puede equivaler, a la sentencia. Su meta no es decir el derecho, sino satisfacer necesidades concretas; la función que desarrolla es, por su finalidad, metajurídica, aunque tenga al derecho como un cauce y un límite (véase R. de Mendizábal, *Códice con un juez sedente*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1999, pp. 165 y 166).

prejudicial hacen imprescindible que el Tribunal de Justicia admita y dé respuesta a las preguntas que se le formulen. [107] Pese a la consolidación actual del procedimiento prejudicial, sigue siendo necesario que el Tribunal vele para que situaciones regidas por el derecho comunitario no queden fuera de su jurisdicción y, por tanto, sin una interpretación uniforme de las normas que las disciplinan.

88. Mas estas situaciones, además de excepcionales, son virtualmente inexistentes, gracias al reconocimiento del derecho a obtener una efectiva tutela judicial, que demanda la desaparición de campos exentos del control jurisdiccional.

El derecho de acudir a un tribunal (*accès à un tribunal)* está amparado por el artículo 6, apartado 1, del Covenio Europeo de Derechos Humanos. Si bien es cierto que esa disposición sólo regula expresamente las garantías que deben concurrir en un proceso justo, no lo es menos que resultarían ineficaces si no se reconociese la existencia previa de un derecho a la tutela judicial. La primacía del derecho es inconcebible sin la posibilidad de acudir a los tribunales. «Equidad, publicidad y diligencia en la tramitación del proceso no tienen ninguna utilidad si no hay proceso». [108] En sentido inverso, tampoco puede hablarse de verdadera tutela judicial si se priva al proceso de esas garantías. «Acceso al juez» y «garantías del proceso» son, pues, un todo indisociable, lo que permite afirmar que no hay tutela judicial efectiva si no se dan esas garantías, entre las que sobresalen la relativa a la independencia del órgano dirimente y el carácter contradictorio del procedimiento.

También la jurisprudencia comunitaria ha consagrado el derecho al juez, [109] que confiere a los particulares la facultad de llevar ante el tribunal competente los derechos e intereses legítimos que les reconoce el ordenamiento de la Unión Europea, para su efectiva realización.

Las sentencias Johnston [110] y Heylens [111] han definido los perfiles de este derecho, que, de acuerdo con lo expuesto, exige la disponibilidad de un cauce por el que discutir en vía jurisdiccional cualquier decisión de una autoridad nacional que impida el ejercicio de un derecho atribuido por el ordenamiento comunitario. Así pues, cualquier ciudadano de un Estado miembro tiene el derecho de acudir al juez para que

107 — En varias ocasiones a lo largo de estas conclusiones he dejado constancia de la sensibilidad del Tribunal de Justicia hacia la necesidad, por un lado, de extender la utilización del proceso prejudicial y, por otro, de asegurar la uniforme aplicación del derecho comunitario, por medio de la admisión de cuestiones prejudiciales promovidas por órganos cuyas resoluciones no eran susceptibles de ulterior impugnación en la vía jurisdiccional.

108 — Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1975, Golder c. Reino Unido (serie A nº 18), apartado 35. [Npt: versión oficial francesa: «Equité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès»; versión oficial inglesa: «The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings»].

109 — Según expresión del abogado general Sr. Darmon en las conclusiones que presentó en el asunto en el que recayó la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651).

110 — Citada en la nota anterior.

111 — Sentencia de 15 de octubre de 1987 (222/86, Rec. p. 4097).

tutele los derechos que le reconoce el ordenamiento comunitario. [112] En consecuencia, la existencia de decisiones administrativas no revisables por un tribunal de justicia debe de ser en el sistema jurídico de los Estados miembros una anécdota.

89. Para aceptar una cuestión prejudicial planteada por un órgano que, según el ordenamiento jurídico nacional, no forma parte del edificio judicial, el Tribunal de Justicia deberá aplicar rigurosamente los criterios desgranados en su jurisprudencia y en la del Tribunal de Estrasburgo, por las razones expuestas más arriba, en especial los de independencia y contradicción.

90. En lo que al último de estos requisitos atañe, el Tribunal de Justicia ha de olvidarse de las limitaciones que se observan en sus propias sentencias. [113] Salvo en los más recientes y desafortunados pronunciamientos, una relajación tal del principio en cuestión sólo era realizada cuando la ausencia de contradicción se veía compensada por la equidistancia del juez en relación con las partes del litigio.

91. El rigor es aún más necesario en relación con el requisito de independencia del órgano que ha de adoptar la decisión y que decide suscitar una cuestión prejudicial. [114] En algúna ocasión, el Tribunal ha ido muy lejos en la interpretación de este elemento fundamental de la función jurisdiccional y lo ha desfigurado. [115]

92. La independencia no es un atributo accidental, sino consustancial, de la función de juzgar. Ofrece dos vertientes. Una personal y otra funcional. La primera apunta de forma directa a la persona de quien tiene que juzgar y requiere ciertas garantías que la sostengan, como la inamovilidad. La vertiente funcional implica la ausencia de vínculos jerárquicos, salvo los puramente procesales en vía de recurso. La independencia no sólo debe estar presente *ad extra,* frente a elementos extravagantes al poder judicial y al proceso, sino que también ha de manifestarse en su interior, respecto de los intereses enfrentados. Aquí la independencia se llama imparcialidad. En definitiva, no se puede ser juez y parte a la vez y no es posible hablar de función

112 — En otras palabras, los justiciables no pueden ser privados, por el efecto de reglas procesales internas, de la facultad de hacer valer en vía jurisdiccional los derechos que les reconoce el sistema jurídico comunitario. Este principio asegura que toda infracción del referido sistema por parte de las autoridades nacionales es susceptible de control jurisdiccional. No puede haber inmunidades de poder. El abogado general Sr. Darmon señaló en el punto 54 de sus conclusiones correspondientes al asunto Corbiau (citado en la nota 12) que, con arreglo al ordenamiento comunitario, cualquier particular tiene el derecho inalienable de dirigirse a un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE cuando se suscite una cuestión de interpretación, no obstante la limitación de semejante vía de recurso por parte del derecho nacional.

113 — Aquélla conforme a la cual corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar si es o no conveniente que la cuestión se plantee como consecuencia de un debate contradictorio (sentencias Simmenthal y Ligur Carni y otros, citadas en las notas 33 y 35). O la que declara, sin más, que un procedimiento es contradictorio cuando las partes han sido oídas por la autoridad que adoptó la decisión que recurren ante el órgano promotor de la cuestión, aunque ante éste no haya debate (sentencia Dorsch Consult, citada en la nota 16).

114 — A esta urgencia ha contribuido, en cierta medida, el incremento reciente de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos administrativos que tienen competencia para pronunciarse en materia de adjudicación de contratos públicos.

115 — El asunto Gabalfrisa y otros, citado en la nota 27, es, en este sentido, paradigmático.

jurisdiccional sin un órgano imparcial e independiente.

93. La equiparación de la independencia a la condición de tercero de quien resuelve respecto de los contendientes adolece de un reduccionismo simplista. Esa condición de tercero es, como ya he apuntado, [116] necesaria, pero no suficiente. Independencia es mucho más: es equidistancia respecto de las partes procesales y del objeto litigioso; es decir, ausencia de todo interés para la resolución del litigio que no sea la estricta aplicación del ordenamiento jurídico, [117] de ahí la necesidad de prever las causas de abstención y recusación. Pero también es libertad respecto de los superiores en la jerarquía y de los órganos de gobierno, respecto de los otros poderes del Estado y de las presiones sociales. La inamovilidad es causa y reflejo de la independencia judicial y consiste en que los juzgadores no pueden ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados más que por algunas de las razones y con las garantías previstas en las leyes. [118] Por último, el anverso de la independencia es la responsabilidad personal del juzgador, que constituye, además, el contrapeso de la sumisión del juez al único vínculo que el ordenamiento jurídico le permite y le impone: el derecho.

Imparcialidad e independencia son virtudes frágiles y en su protección debe emplearse el máximo rigor. No son enteramente independientes y, por ende, no son capaces de ofrecer tutela judicial plena, aquellos órganos cuyas resoluciones puedan ser, siquiera parcial o teóricamente, tuteladas, revisadas o revocadas por una autoridad no judicial. [119]

94. Por tanto, para indagar si el órgano que le remite una cuestión prejudicial es jurisdiccional, el Tribunal de Justicia está obligado a verificar que cumple con la garantía de la independencia en todas sus facetas y con la cualidad de no estar sometido más que al derecho, mediante normas claras sobre los procedimientos de nombramiento, la permanencia en la función, y los motivos de abstención, de recusación y de remoción de sus miembros, que lo sitúen en un punto equidistante de los intereses en conflicto e inmune a toda suerte de sugerencias, indicaciones y presiones extrañas, manifiestas o encubiertas.

95. En suma, como regla general, las cuestiones prejudiciales únicamente pueden proceder de los órganos judiciales en procesos en los que deban resolver un litigio mediante el ejercicio de la potestad de juzgar. Por excepción, las que remitan otros organismos sólo son admisibles cuando no

116 — Véase la nota 13.

117 — Es lo que P. Calamandrei denominó actitud psicológica de inicial indiferencia, *Elogio dei Giudici scritto da un avvocato*, Ponte Alle Grazie, Florencia, 1989, pp. XXIX y 122. La inexistencia de imparcialidad es «la negación de lo judicial en la misma esencia» (sentencia del Tribunal Constitucional español 142/1997).

118 — Decía H. Sidgwick (al que se refiere R. de Mendizábal en la obra citada en la nota 106, p. 201), en *The Elements of Politics*, que el simple nombramiento de los jueces por el poder legislativo o el ejecutivo no pone en peligro su independencia si le acompaña la inamovilidad del cargo y del grado.

119 — Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de abril de 1994, Van de Hurk c. Países Bajos (serie A nº 288), apartado 45, y de 25 de febrero de 1997, Findlay c. Reino Unido (*Recueil 1997-I*), apartado 77.

ofrezcan ninguna posibilidad de recurso judicial ulterior y siempre que ofrezcan garantías de independencia y de proceso contradictorio.

D. Las ventajas de la propuesta

96. Con la nueva aproximación al concepto de «órgano jurisdiccional nacional» que sugiero, la labor del Tribunal de Justicia sería más sencilla y tendría la virtud de producir resultados mucho más nítidos que los actuales. Ante cuestiones prejudiciales planteadas por órganos integrados en la organización judicial de un Estado miembro, debería, únicamente, comprobar que actúan en ejercicio de la potestad de juzgar. Si la cuestión es remitida por un órgano que no forma parte de tal organización, el Tribunal estaría obligado a apreciar, en primer lugar, si la resolución que deba adoptar no es susceptible de ulterior control judicial y, después, proceder a un análisis estricto del cumplimiento de los criterios que caracterizan a un órgano que ejerce una función de naturaleza jurisdiccional

97. Además, es posible pronosticar que, si se aplican los criterios propuestos, se reducirá el número de cuestiones prejudiciales. Ya he señalado, en el punto 41 de las conclusiones que presenté en el caso Kofisa, [120] que un incremento importante del número de asuntos a los que tuviera que dar respuesta el Tribunal de Justicia podría atentar, en forma indirecta, contra la uniforme interpretación del derecho comunitario que el proceso prejudicial pretende salvaguardar. La aceptación de cuestiones planteadas por órganos que no forman parte de la organización judicial nacional es susceptible de aumentar la carga de trabajo del Tribunal y alargar el tiempo de resolución. Esta prolongación de los plazos a causa de la promoción de innecesarias [121] cuestiones prejudiciales podría disuadir a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de suscitar las imprescindibles para la aplicación uniforme del derecho comunitario, con lo que la cooperación judicial pretendida por el artículo 234 CE quedaría afectada.

98. En último lugar, no hay que soslayar las consecuencias que sobre el sistema de fuentes tienen las competencias que el Tribunal de Justicia ha atribuido a los órganos jurisdiccionales nacionales. De acuerdo con lo dicho en la sentencia Simmenthal, [122] los jueces de los Estados miembros, competentes para aplicar las disposiciones del derecho comunitario, están obligados a garantizar su plena eficacia, dejando de aplicar, si fuese necesario, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de tales disposiciones por vía legislativa o

120 — Sentencia de 11 de enero de 2001 (C-1/99, Rec. p. I-207).
121 — Véase el punto 78 de estas conclusiones.
122 — Sentencia de 9 de marzo de 1978 (106/77, Rec. p. 629).

mediante otro procedimiento constitucional.

99. En el asunto Factortame, [123] el Tribunal añadió que la plena eficacia del derecho comunitario se vería igualmente reducida si una norma de derecho nacional pudiera impedir al juez, que conoce de un litigio regido por el derecho comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la efectividad de la resolución que deba dictar. En tal situación, está facultado para excluir la aplicación de la norma interna. [124]

100. Pero, en cualquier caso, la amplitud con que el Tribunal de Justicia interprete la noción de órgano jurisdiccional del artículo 234 CE plantea serios problemas al otorgar la condición de jueces a quienes no lo son para su ordenamiento jurídico nacional, pues distorsiona la identidad que debe existir entre quien formula la pregunta y quien recibe la respuesta. Aunque cabría concebir que el Tribunal de Justicia ensanchara la noción, como desgraciadamente ha hecho, para extenderla a órganos administrativos, más complicado es comprender que, en su contestación, les confiera poderes que el derecho estatal no les reconoce, con la consecuente vulneración del sistema constitucional correspondiente. Si el Tribunal de Justicia otorga al juez nacional una plenitud de competencia como juez comunitario, [125] para lo que basta recordar los términos apodícticos de la sentencia Simmenthal, que acabo de citar, no se puede entender que esa competencia se confiera a órganos que, según el propio derecho de su país, no forman parte del poder judicial y tienen la consideración de meras instancias administrativas. Más difícil aún es asimilar que el Tribunal de Justicia, al responder a un órgano al que considera jurisdiccional, a pesar de tener otra naturaleza para el Estado al que pertenece, se dirige únicamente a los verdaderos integrantes de la estructura judicial nacional. [126]

101. Creo que no es necesario insistir demasiado en lo inapropiado que resulta extender a órganos administrativos la potestad para inaplicar normas jurídicas. En suma, una muestra más de la necesidad de limitar a los órganos estrictamente judiciales, salvo excepción, la potestad para presentar cuestiones prejudiciales.

123 — Sentencia de 19 de junio de 1990 (C-213/89, Rec. p. I-2433).

124 — La aplicación de esta jurisprudencia a los órganos que tienen potestad de presentar cuestiones prejudiciales viene confirmada en el apartado 21 de la misma sentencia. En el siguiente apartado, el Tribunal añade que la eficacia del sistema establecido por el artículo 177 del Tratado CEE (actualmente artículo 234 CE) resultaría menoscabada si el órgano jurisdiccional nacional, que suspende el procedimiento hasta que este Tribunal de Justicia responda a su cuestión prejudicial, no pudiera adoptar las medidas cautelares precisas para asegurar la efectividad del pronunciamiento que deba dictar, una vez que obtenga la respuesta del Tribunal de Justicia.

125 — R. Alonso García, *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 332 y 333, pone de manifiesto la confusa doctrina sentada por la sentencia de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839), cuando declaró enfáticamente la obligación no sólo de los órganos judiciales, sino de la propia administración pública de inaplicar el derecho interno incompatible con el comunitario, cometiendo el grave error de no matizar que tal incompatibilidad debe contar con el respaldo del Tribunal de Justicia.

126 — Véase el trabajo de A. Barav, «La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire», en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Ed. Dalloz, París, 1991, pp. 1 y ss.

4. El Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-capitale

102. Confieso que, como se apreciará en las siguientes líneas, el del Collège juridictionnel de Bruxelles-Capitale es un supuesto límite, cuya caracterización como órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 234 CE sería muy dudosa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Pero, como también se verá, precisamente esa condición de caso extremo ilustra a la perfección la utilidad de un cambio de orientación como el que sugiero.

La cuestión ha sido remitida por una estructura colegial con todas las características extrínsecas de un tribunal de justicia, pero que no es un órgano judicial. Para indagar su verdadera naturaleza, conviene hacer un alto en el camino y analizar la normativa belga reguladora de los recursos en materia de tributos provinciales y locales.

103. La Ley de 23 de diciembre de 1986 [127] atribuyó a las diputaciones permanentes de los consejos provinciales, [128] actuando en funciones jurisdiccionales, la competencia para resolver las reclamaciones dirigidas por los sujetos pasivos contra las liquidaciones tributarias.

104. La diputación permanente es un órgano colegiado, integrado por siete personas, seis de las cuales son elegidas por el consejo provincial de entre sus miembros y la séptima es el gobernador, que la preside. [129] El mandato está vinculado al del consejo provincial y, en consecuencia, su duración es en la actualidad de seis años. [130] El nombramiento no puede ser revocado ni los diputados perseguidos por vía disciplinaria. [131] Los integrantes del poder judicial, los ministros de culto, y los funcionarios y los agentes de las administraciones provincial y local son incompatibles con la calidad de miembro de la diputación; también lo son los alcaldes y los concejales. [132]

105. La diputación permanente es el órgano ejecutivo de la provincia y reúne

127 — «Ley relativa a la recaudación y al contencioso en materia de impuestos provinciales y locales» *(Moniteur belge* de 12 de febrero de 1987).

128 — Véanse los artículos 5 y 9.

129 — Artículos 96 y 104 de la Ley provincial de 30 de abril de 1836 (texto aparecido en el *Moniteur belge* de 23 de diciembre de 1891), en la redacción dada por la Ley de 25 de junio de 1997.

130 — Artículo 100 de la Ley provincial citada en la nota anterior, en la redacción dada por el artículo 10 de la Ley de 15 de mayo de 1949. El plazo de seis años fue establecido por el artículo 224 de la Ley de 16 de julio de 1993.

131 — Véase el punto 1, párrafo tercero, del apartado «funcionamiento y competencias» de la respuesta dada por el Gobierno belga a las preguntas que le ha dirigido el Tribunal de Justicia.

132 — Las incompatibilidades están reguladas en el artículo 27 de la Ley de 19 de octubre de 1921, orgánica de elecciones provinciales. El cuadro de incompatibilidades se completa con el artículo 71 de la nueva Ley comunal de 24 de junio de 1988, codificada por Real Decreto de dicha fecha *(Moniteur belge* de 3 de septiembre de 1988), que fue ratificado mediante Ley de 26 de mayo de 1989 *(Moniteur belge* de 30 de mayo de 1989).

funciones administrativas, normativas y jurisdiccionales. [133] Cuando actúa en esta última condición, lo hace a través de un procedimiento contradictorio. [134] Si la cuantía del litigio es, al menos, de diez mil francos belgas, la decisión es recurrible ante la Cour d'appel. La resolución de la Cour d'appel o, si no cabe recurso, la de la diputación permanente es impugnable en casación. [135]

106. De acuerdo con el artículo 83 *quinquies*, apartado 2, [136] de la Ley de 12 de enero de 1989, relativa a las instituciones bruselenses, [137] las funciones jurisdiccionales que son ejercidas en las provincias por la diputación permanente se atribuyen en Bruselas-Capital a un colegio de nueve miembros designados, para un período ilimitado, por el consejo de la región a propuesta de su Gobierno. [138] Es el Collège juridictionnel.

107. Aunque no existe ninguna norma específica que regule su estatuto, los miembros del Collège no pueden ser perseguidos disciplinariamente ni su nombramiento revocado y están sujetos a las mismas incompatibilidades que los de las diputaciones permanentes en las provincias. [139] Las reglas de procedimiento son idénticas a las de las referidas diputaciones cuando ejercen funciones jurisdiccionales [140] y también son iguales las condiciones en que sus resoluciones son recurribles. [141]

108. El artículo 9 de la Ley de 24 de diciembre de 1996 [142] dispuso que las diputaciones permanentes intervendrían en las reclamaciones como autoridad administrativa. Por el contrario, para la región de Bruselas-Capital, el párrafo segundo de dicho artículo mantuvo la competencia del Collège juridictionnel.

133 — Véase el capítulo primero del título VII de la Ley provincial ya citada. También M. Uyttendaele, *Regards sur un système institutionnel paradoxal. Précis de droit public belge*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 1034 y 1035.

134 — Véanse el artículo 104 *bis* de la Ley provincial de 1836, incorporado por Ley de 6 de julio de 1987 *(Moniteur belge* de 18 de agosto de 1987), y el Real Decreto de 17 de septiembre de 1987 *(Moniteur belge* de 29 de septiembre de 1987).

135 — Véase el artículo 7 de la Ley de 23 de diciembre de 1986, ya citada.

136 — Incorporado por la Ley especial de 16 de julio de 1993.

137 — *Moniteur belge* de 14 de enero de 1989.

138 — Al menos tres miembros pertenecen al grupo lingüístico menos numeroso.

139 — Véase el artículo 83 *quinquies*, apartado 2, párrafo segundo, de la Ley de 12 de enero de 1989. También los puntos 1 y 2 del apartado «funcionamiento y competencias» de la respuesta dada por el Gobierno belga, ya citada.

140 — Véase el artículo 83 *quinquies*, apartado 2, párrafo tercero, de la Ley de 1989

141 — Véase el artículo citado en la nota anterior, en relación con el artículo 7 de la Ley de 23 de diciembre de 1986. La remisión que el artículo 83 *quinquies* de la Ley de 1989 hace a las normas procedimentales que regulan la actuación jurisdiccional de las diputaciones permanentes alcanza también a los recursos. Véanse en este sentido los dos últimos párrafos de la respuesta del Gobierno belga, en los que dice que, contra la decisión del Collège, puede interponerse recurso ante la Cour d'appel, si la cuantía litigiosa es igual o superior a diez mil francos belgas. A renglón seguido añade que, contra la resolución de la «diputación permanente» *(sic)* o contra la adoptada en apelación, cabe recurso de casación. Esta es la consecuencia de entender que la remisión contenida en el repetido artículo 83 *quinquies* alcanza también a las normas sobre recursos, es decir, al artículo 7 de la Ley de 1986. De esta forma, si contra la decisión del Collège cabe recurso de apelación o de casación, según los casos, la cita de la «diputación permanente» en la respuesta del Gobierno belga ha de entenderse hecha, por lo dicho y por el contexto en que se produce, al Collège juridictionnel.

142 — *Moniteur belge* de 31 de diciembre de 1996.

109. Este cambio propició que se planteara ante la Cour d'arbitrage [143] un recurso contra el referido precepto por ser contrario a los artículos 10 y 11 de la Constitución belga. La sentencia declaró que, en efecto, el artículo 9 de la Ley de 24 de diciembre de 1996 era contrario al principio de igualdad, porque, de forma injustificada, daba un trato distinto a los habitantes de Bruselas y a los del resto del Estado. Los primeros se beneficiaban de un procedimiento jurisdiccional, en tanto que los segundos debían contentarse con uno administrativo. Como consecuencia, anuló la disposición, volviéndose al sistema anterior a su entrada en vigor. [144]

110. Finalmente, una nueva Ley de lo contencioso en materia fiscal, de 15 de marzo de 1999, [145] ha retirado a las diputaciones permanentes la competencia en cuestión y la ha atribuido, en cuanto autoridades administrativas, al gobernador provincial o a un colegio integrado por representantes municipales, según se trate de impuestos provinciales o de tributos locales, cuyas decisiones son recurribles ante el tribunal de primera instancia territorialmente competente. [146]

111. Después de la reforma de 1999, se suscita la duda de si el Collège juridictionnel sigue siendo competente para conocer los recursos dirigidos contra los tributos propios de la región de Bruselas-Capital. El artículo 9 de la Ley de 1996 prescribía que, en las provincias, el sujeto pasivo podía interponer recurso ante la diputación permanente, que actuaba como autoridad administrativa, mientras que en la mencionada región el competente era el Collège juridictionnel. El precepto fue anulado en su totalidad, y sin matización alguna, por la Cour d'arbitrage. La Ley de 15 de marzo de 1999 restablece la disposición con una redacción en la que no hace referencia alguna al Collège. No obstante, no consta que el artículo 83 *quinquies* de la Ley de 1989, que regula las instituciones de Bruselas-Capital, haya sido derogado, por lo que, una primera aproximación debería permitirme deducir que las reclamaciones en materia de tributos propios de la región han de dirigirse a ese órgano específico.

Sin embargo, si profundizo en el análisis, constato que el citado artículo 83 *quinquies* le atribuía el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que en las provincias correspondían a la diputación permanente. Como quiera que esta última ya no tiene intervención alguna en materia de tributos locales, tampoco el Collège juridictionnel. Pero hay una razón de mayor calado que cimenta esta deducción: se trata de la *ratio decidendi* de la sentencia nº 30/98 de la Cour d'arbitrage, en la que se declaró la nulidad del repetido artículo 9 en la redacción de 1996, porque establecía un procedimiento jurisdiccional en Bruselas-Capital y otro administrativo en las provincias. Así las cosas, el mantenimiento de la competencia del Collège después de la Ley de

143 — Es el tribunal encargado de la interpretación y defensa de la Constitución belga.

144 — Sentencia nº 30/98, de 18 de marzo.

145 — *Moniteur belge* de 27 de marzo de 1999.

146 — Véanse los artículos 9 y 10 de la Ley de 24 de diciembre de 1996, en la redacción dada, respectivamente, por los artículos 91 y 92 de la Ley de 15 de marzo de 1999.

1999 supondría reproducir el trato desigual repudiado en la sentencia de 1998. [147]

112. La doctrina belga ha calificado sin reservas a las diputaciones permanentes como órganos políticos [148]. En mi opinión, no puede atribuirse idéntica calificación al Collège juridictionnel. Es verdad que unas y otro ejercían las mismas funciones a través de igual procedimiento, pero el origen de sus miembros y la exclusividad en la función dan al segundo un perfil particular.

113. Los diputados permanentes, no obstante el régimen de incompatibilidades, pertenecen al respectivo consejo provincial, que surge de un proceso electoral [149] y su mandato, como se ha visto, está vinculado al de este órgano político. La diputación es presidida por el gobernador, que es el representante del Gobierno en la provincia, [150] quien tiene voz y voto, de calidad en caso de empate. [151] Por otra parte, la diputación concentra en sus manos funciones políticas, administrativas y jurisdiccionales, cuya amalgama no parece ser la fórmula más adecuada para garantizar la independencia de los que la integran. [152]

114. El Collège juridictionnel, por el contrario, está constituido por personas que, aun sujetas a las mismas incompatibilidades que los diputados permanentes, no proceden de las estructuras gubernamentales, aunque son designados por el Gobierno de la región de Bruselas-Capital, y, lo que es más importante, su mandato se encuentra desvinculado del de la autoridad que los nombra. Además, sólo desempeña funcio-

147 — T. Afschrift y M. Igalson, «La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999», en *Journal des tribunaux*, nº 593, 26 de junio de 1999, pp. 48 y ss., apartado 132, parecen ser de la misma opinión. Dicen que, después de la sentencia de la Cour d'arbitrage, hubiera sido preferible establecer en las regiones flamenca y valona instituciones idénticas al Collège juridictionnel. La elección del legislador en 1999 ha sido la contraria: reclamaciones puramente administrativas con posibilidad de revisión judicial.

148 — M. Leroy, *Contentieux administratif*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 96 a 98, ha dicho que las diputaciones permanentes son, ante todo, instituciones políticas y que si, en la práctica, sus decisiones raramente son criticadas por su parcialidad, desde el punto de vista de los principios no está justificado erigir en jueces a los políticos. M. Uyttendaele, *Regards sur un système institutionnel paradoxal. Précis de droit public belge*, p. 1035, refiriéndose a estos colegios, dice que es llamativo ver a un órgano político ejercer funciones jurisdiccionales.

149 — Véase el artículo 2 de la Ley provincial de 30 de abril de 1836, en la redacción de la Ley 11 de abril de 1936.

150 — Véase el artículo 4 de la Ley provincial de 30 de abril de 1836, en la redacción de la Ley de 25 de junio de 1997.

151 — Véanse los guiones primero y tercero del artículo 104 de la Ley provincial de 1836, ya citada.

152 — Quienes han de juzgar la legalidad de una liquidación fiscal proceden del órgano que, en el ejercicio de competencias normativas, ha aprobado la ordenanza fiscal y que ha girado la liquidación tributaria, en cuanto autoridad administrativa. T. Afschrift y M. Igalson, «La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999», ya citado, apartado 132, critican la falta de independencia del colegio de representantes municipales instaurado en la reforma de 1999 y dicen que sus miembros no estarán muy inclinados a anular las liquidaciones practicadas en aplicación de textos aprobados por el propio ayuntamiento, del que son parte, y giradas por funcionarios que trabajan directamente bajo su autoridad.
Sin embargo, la sentencia de 19 de marzo de 1991, Giant (C-109/90, Rec. p. 1385), dio respuesta a una cuestión prejudicial remitida por la diputación permanente del Consejo provincial de Brabante. El Tribunal se pronunció sobre el fondo sin examinar la cualidad de órgano jurisdiccional del remitente. El abogado general Sr. Jacobs, que sí abordó el problema, se inclinó por la admisibilidad, apuntando que la diputación celebraba audiencias públicas con arreglo a un procedimiento contradictorio y que debía fundamentar sus decisiones.

nes jurisdiccionales. Esta caracterización ha permitido a un sector doctrinal afirmar que es totalmente independiente de la autoridad local. [153]

115. Ahora bien, el que el Collège juridictionnel no sea una instancia política y el que ejerza su competencia con independencia de la autoridad que designa a sus miembros son elementos que, a pesar de su trascendencia, no lo convierten automáticamente en un órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 234 CE.

116. El Collège es una institución que actúa con independencia funcional, pero que no deja de insertarse en la organización administrativa de Bruselas-Capital, y a la que se atribuyen competencias para resolver las reclamaciones relativas a los tributos propios de la región. [154] En realidad, constituye un filtro entre las autoridades administrativas que gestionan y liquidan los impuestos y los tribunales de justicia. [155] Desde luego, no forma parte del poder judicial; tanto es así que sus miembros no pueden ser jueces. Si no se trata de un tribunal de justicia, no debería otorgársele la condición de órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 234 CE.

117. Es cierto que la doctrina belga no discute la caracterización del Collège como órgano que ejerce funciones jurisdiccionales. [156] También lo es que, en la sentencia nº 30/98, la Cour d'arbitrage dijo que ante el Collège se sigue un «recurso jurisdiccional». Pero esta última afirmación no contradice la tesis de que no es un órgano judicial. La Cour d'arbitrage se pronunció en el seno de un procedimiento de control de la constitucionalidad de la Ley de 1986 desde el principio de igualdad y pretendía destacar la diferencia con el término de contraste, constituido por las diputaciones permanentes. En la base de la decisión estaba presente la distinta caracterización de una institución y de la otra, de la que he dejado constancia en los puntos anteriores.

En cualquier caso, «ejercicio de funciones jurisdiccionales» no es sinónimo de «órgano judicial». La jurisprudencia de este Tribunal de Justicia es, como se ha visto, un buen ejemplo al respecto y, precisamente, estas conclusiones pretenden superar tal confusión terminológica. Nadie ha dicho, ni lo podría decir, que el Collège juridictionnel esté integrado en la estructura judicial, sin perjuicio de que actúe, a

153 — T. Afschrift y M. Igalson, «La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999», ya citado, apartado 132.

154 — Conforme a lo dispuesto en el artículo 83 *quinquies* de la Ley de 12 de enero de 1989, las competencias que son atribuidas a las diputaciones permanentes en las provincias se distribuyen en la región de Bruselas-Capital entre el Gobierno y el Collège juridictionnel: el primero tiene encomendadas las competencias administrativas y el segundo las jurisdiccionales. Las normativas corresponden al Consejo y, en su caso, al Gobierno (véanse los artículos 6, 38 y concordantes de la Ley).

155 — Así lo entienden T. Afschrift y M. Igalson, *op. cit.* apartado 132.

156 — B. Dambermont, *Taxes communales (Loi du 24 décembre 1996, analyse par article, textes légaux)*, Ed. La Charte, Bruges, 1999.

través de un procedimiento contradictorio, para resolver, mediante la interpretación y la aplicación de normas jurídicas, reclamaciones tributarias.

118. El Collège no es, pues, un órgano judicial. Sus decisiones son siempre recurribles [157] ante órganos judiciales, bien en apelación, si la cuantía de la reclamación es igual o superior a diez mil francos belgas, bien, en caso contrario, directamente en casación. [158] Estos verdaderos órganos jurisdiccionales podrían solicitar la interpretación prejudicial en los términos adecuados, con una visión más global del ordenamiento jurídico nacional y con la independencia y la responsabilidad propias de quien tiene encomendado el ejercicio del poder judicial. Ya avancé que el Collège juridictionnel se encuentra en una situación límite, porque está muy próximo a la consideración de órgano jurisdiccional, pero precisamente en estos supuestos hay que extremar las cautelas e indicar con claridad el lugar por el que discurre la línea divisoria, por sutil que sea el trazado. Por consiguiente, sugiero al Tribunal de Justicia que se declare incompetente para responder a la cuestión prejudicial promovida por el Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-capitale.

119. No obstante, ante la eventualidad de que la anterior propuesta no sea aceptada, analizo a continuación el contenido de la cuestión prejudicial.

V. Examen de la cuestión prejudicial

120. El Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-capitale quiere saber si los artículos del Tratado que declaran la libre prestación de servicios en la Comunidad impiden el establecimiento de un impuesto anual sobre las antenas parabólicas.

121. Comenzaré el análisis recordando que, aunque en el actual estado de desarrollo del derecho comunitario la materia de los impuestos directos no está incluida, como tal, en la esfera de las competencias de la Comunidad, no es menos cierto que los Estados miembros deben ejercer las que conservan, respetando el ordenamiento de la Unión Europea. [159]

122. El artículo 49 CE establece la prohibición de restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este principio no sólo pide la supresión de toda discriminación por razón de la nacionalidad del suministrador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino

157 — Véanse el anterior punto 107 y la nota 141.

158 — Para conocer si la decisión de un órgano es la última dentro del sistema jurídico interno, debe tenerse en cuenta si es o no susceptible de recurso de casación. Ciertamente la casación no es una nueva instancia, pero, dada su finalidad de fijar la interpretación del ordenamiento jurídico y atendido el objetivo del reenvío prejudicial, que es establecer la interpretación del ordenamiento jurídico comunitario, a los efectos del artículo 234 CE no puede considerarse como última instancia al órgano cuya decisión es recurrible ante un tribunal de casación.

159 — Véase, por todas, la sentencia de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225), apartado 21.

también la de cualquier medida restrictiva que, aun aplicada con independencia de la nacionalidad, sea susceptible de impedir, obstaculizar o desincentivar las actividades de ese suministrador. [160]

123. Los servicios son definidos en el artículo 50 CE como las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. La libertad de prestación se garantiza dentro de la Comunidad y ha de tener carácter transfronterizo. El Tratado únicamente menciona como beneficiarios de la libre prestación a los suministradores de los servicios, pero sus disposiciones han sido aplicadas también por el Tribunal de Justicia a los destinatarios, [161] que pueden, por lo tanto, invocar los derechos subjetivos que les confiere el ordenamiento comunitario.

124. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha afirmado que la emisión de mensajes por televisión está sujeta a las disposiciones relativas a las prestaciones de servicios [162] y que la legitimidad de las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado depende de la concurrencia de cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo indispensable para alcanzar dicho objetivo. [163]

125. En consecuencia, aun cuando el obstáculo fiscal litigioso no fuera discriminatorio, debería encontrar justificación en una razón imperiosa de interés general y, en cualquier caso, respetar el principio de proporcionalidad.

1. *El carácter discriminatorio de la ordenanza fiscal*

126. El principio de igualdad de trato, del que el artículo 49 CE constituye una expresión particular, prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles por razón de la nacionalidad, sino también cualquier forma encubierta de desigualdad que, mediante la aplicación de otros criterios de distinción, conduzca, de hecho, al mismo resultado. [164] El mencionado precepto se opone, pues, a la aplicación de toda normativa

160 — Sentencias de 25 de julio de 1991, Säger (C-76/90, Rec. p. I-4221), apartado 12; de 28 de marzo de 1996, Guiot (C-272/94, Rec. p. I-1905), apartado 10, y de 5 de junio de 1997, SETTG (C-398/95, Rec. p. I-3091), apartado 16.

161 — Sentencias de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377); de 14 de noviembre de 1995, Svensson y Gustavsson (C-484/93, Rec. p. I-3955), y de 26 de octubre de 1999, Eurowings Luftverkehrs (C-294/97. Rec. p. I-7447), apartado 34.

162 — Sentencias de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409), apartado 6; de 18 de marzo de 1980, Debauve (52/79, Rec. p. 833), apartado 8, y de 5 de octubre de 1994, TV10 (C-23/93, Rec. p. I-4795), apartados 13 a 16.

163 — Sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663), apartado 32, y de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 37.

164 — Sentencias de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia (C-3/88, Rec. p. 4035), apartado 8, y de 3 de junio de 1992, Comisión/Italia (C-360/89, Rec. p. I-3401), apartado 11.

nacional que dificulte la prestación de servicios entre Estados miembros. [165]

127. Tal y como afirma la Comisión en sus observaciones, el impuesto sobre las antenas parabólicas tiene un carácter materialmente discriminatorio en dos sentidos.

128. En primer lugar, en lo que respecta a los destinatarios de servicios, la imposición anual, a pesar de aplicarse indistintamente a todo usuario con independencia de su nacionalidad o residencia, incide con mayor intensidad sobre los ciudadanos comunitarios no belgas afincados en Watermael-Boitsfort. Estos usuarios, a diferencia de los ciudadanos belgas residentes en su país, no disponen siempre de la posibilidad de recibir emisiones por cable provenientes de su Estado de origen, por lo que están más interesados en la recepción de imágenes de televisión por satélite.

129. En lo que se refiere a los prestadores de servicios, el gravamen sobre la propiedad de antenas parabólicas erige un obstáculo a la recepción de imágenes de televisión vía satélite. Como quiera que, a diferencia de los operadores belgas de televisión, los establecidos en otros Estados miembros sólo difunden imágenes por satélite, el tributo en tela de juicio les afecta en mayor medida. La imposición tiene, pues, efectos discriminatorios.

130. Pero es doctrina del Tribunal de Justicia que las normativas nacionales que se aplican a las prestaciones de servicios en función de su origen y que, por lo tanto, son discriminatorias pueden resultar compatibles con el derecho comunitario, si una disposición expresa del Tratado así lo autoriza. [166] En virtud del artículo 55 CE, son aplicables a la libre prestación de servicios los artículos 45 CE a 48 CE, que figuran en el capítulo dedicado al derecho de establecimiento. Pues bien, en el artículo 46 CE se recogen, como excepciones a ambas libertades, las medidas contenidas en disposiciones nacionales que establezcan un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, de seguridad y de salud públicas.

131. En mi opinión, la ordenanza discriminatoria no puede acogerse a la citada excepción y, por su intermediación, hacerse compatible con el derecho comunitario. En una sociedad democrática, fundada en las libertades de expresión y de comunicación, nada tiene que ver un tributo sobre la propiedad de las antenas parabólicas con el orden público y la seguridad ciudadana.

165 — Sentencias de 5 de octubre de 1994, Comisión/Francia (C-381/93, Rec. p. I-5145), apartado 17, y de 28 de abril de 1998, Safir (C-118/96, Rec. p. I-1897), apartado 23.

166 — Sentencias de 26 de abril de 1988, Bond van Adverteerders (352/85, Rec. p. 2085), apartado 32, y de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartado 24.

2. La ordenanza como obstáculo a la libre prestación de servicios

A. La afectación a la libre prestación de servicios

132. Subsidiariamente, para el supuesto en el que el Tribunal de Justicia no considere discriminatoria la reglamentación fiscal belga examinada, es preciso analizar si constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad y, en caso afirmativo, si puede justificarse por razones imperiosas ligadas al interés general.

133. El impuesto periódico sobre las antenas parabólicas es susceptible de afectar de manera sensible al ejercicio de la libre prestación de servicios audiovisuales, tanto desde el punto de vista de los destinatarios como del de los suministradores.

134. Respecto de los primeros, un impuesto anual sobre las antenas parabólicas puede desalentar a los espectadores o volver más onerosas las condiciones de recepción de emisiones de televisión por satélite. Por lo que atañe a los prestadores de servicios, la imposición, al hacer menos atractiva la recepción de emisiones televisadas por satélite, disminuye las oportunidades de difusión transfronteriza de los operadores establecidos en otros Estados miembros.

135. En definitiva, el establecimiento, por medio de una norma municipal, de un impuesto anual sobre las antenas parabólicas representa un obstáculo a la utilización de este aparato de recepción y, por ende, a la libre prestación de servicios audiovisuales por satélite. [167]

B. La ausencia de justificación

136. Es jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante normas:

1) que estén justificadas por razones imperiosas ligadas al interés general y se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza tales actividades en el territorio del Estado de que se trate, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que esté sujeto el nacional

167 — No hay que olvidar, a este respecto, que el montante anual de la carga fiscal (cinco mil francos belgas) constituye una cuantía importante en relación con el coste de adquisición de una antena parabólica. En cualquier caso, no hay duda, como indica la Comisión, de que el tributo tiene por objeto desincentivar la utilización de este medio de recepción audiovisual. La propia ordenanza así lo especifica en su texto como argumento justificativo: «visto el número creciente de instalaciones de antenas parabólicas [...]».

comunitario en el Estado miembro en el que esté establecido;

2) que sean necesarias para garantizar la realización del objetivo que persiguen, y

3) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. [168]

137. Se da la circunstancia de que, en este asunto, el Gobierno belga no ha presentado observaciones y, por tanto, sólo cabe especular en torno a la posible justificación de este obstáculo a la libre prestación de servicios.

138. La Comisión, basándose en la circular enviada por el Ministerio de la región de Bruselas-Capital a los ayuntamientos el 31 de agosto de 1999, observa que el gravamen de las antenas parabólicas está vinculado con el medio ambiente urbano, ya que su objetivo es preservar la estética de los inmuebles. El propio Ayuntamiento de Watermael-Boitsfort lo reconoció en un escrito de 27 de abril de 1999, presentado ante el Collège juridictionnel, al precisar que «el impuesto sobre las antenas parabólicas se estableció a fin de intentar poner coto a la proliferación anárquica en el término municipal y de preservar así la calidad de nuestro medio ambiente».

139. Sin embargo, esta explicación no es aceptable. No encuentro justificación a la medida restrictiva. No se observa que la pretendida preocupación estética haya sido refrendada por estudio alguno sobre la incidencia de las antenas parabólicas en el medio urbanístico. Y, aun cuando, por razones obvias, la justificación pueda estar presente en relación con los inmuebles protegidos y catalogados, respecto de los demás no existe explicación alguna.

140. Incluso en el caso de que la defensa del medio urbano se pudiera contemplar como justificación de la restricción, tal disculpa debería cumplir el principio de proporcionalidad. No hay nada que me incline a pensar que el impuesto sobre antenas parabólicas resulte adecuado para lograr la preservación del entorno urbano. Los ingresos obtenidos por el impuesto no parecen estar destinados a iniciativas o a instrumentos de compensación que protejan el medio ambiente y la ordenanza se aplica con independencia tanto del lugar y del momento de la instalación, como de las dimensiones de la antena.

141. En suma, no es posible constatar que la imposición sea apropiada para asegurar la preservación del medio ambiente.

168 — Sentencias de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania (205/84, Rec. p. 3755), apartado 27; de 26 de febrero de 1991, Comisión/Italia (C-180/89, Rec. p. I-709), apartados 17 y 18, y de 20 de mayo de 1992, Ramrath (C-106/91, Rec. p. I-3351), apartados 29 a 31.

142. La Comisión sostiene que el confesado objetivo de la ordenanza fiscal podría ser alcanzado de manera eficaz, imponiendo a los propietarios de antenas parabólicas medidas alternativas menos onerosas, como la obligación de utilizar un color o un tamaño determinado, la colocación de las antenas detrás de los edificios o en partes poco visibles. Estas medidas son, precisamente, las que establece el reglamento comunal de urbanismo sobre las antenas exteriores de recepción, [169] que determina, por ejemplo, que las antenas no pueden ser instaladas en un edificio clasificado ni atentar contra las características arquitectónicas del inmueble y que han de tener un diámetro máximo de 1,20 metros.

143. Por el contrario, la aplicación generalizada del impuesto a toda antena parabólica, sin prestar atención a las circunstancias de instalación, desconoce el principio de proporcionalidad.

144. En atención a todo lo expuesto, la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Watermael-Boitsfort constituye un obstáculo contrario al artículo 49 CE, que no puede ser justificado por razones imperiosas de interés general.

169 — Véase la nota 2.

145. Por último, la Comisión considera que sería oportuno examinar la normativa tributaria en cuestión a la luz del artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que proclama la libertad de información.

146. En el punto 9 de mis conclusiones correspondientes al asunto Connolly/Comisión, [170] he señalado que la libertad de expresión es un pilar fundamental de toda sociedad democrática. Como consta en una de las más bellas páginas de la jurisprudencia de Estrasburgo, «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de [una sociedad democrática], así como una de las condiciones primordiales para su progreso y para la realización de cada individuo. Con sujeción al apartado 2 del artículo 10, se aplica no sólo a "informaciones" o "ideas" acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino a todas aquéllas que ofenden, desconciertan o molestan al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son, en efecto, las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la amplitud de espíritu sin las cuales no puede haber una "sociedad democrática"». [171]

147. Sin embargo, dado que el principio de libre prestación de servicios en la Comunidad se opone con claridad a la ordenanza fiscal belga, y que la propia Directiva declara en su octavo considerando que este derecho, aplicado a la difusión y a la distribución de servicios de televisión, es

170 — Sentencia de 6 de marzo de 2001 (C-274/99 P, Rec. p. I-1611)

171 — Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1976, Handyside c. Reino Unido (serie A nº 24), apartado 49.

una manifestación específica en el derecho comunitario de la libertad de expresión, tal y como se encuentra consagrada en el Convenio de Roma, considero que no es necesario realizar el examen que propone la Comisión.

148. En consecuencia, sugiero al Tribunal de Justicia que declare que el artículo 49 CE se opone a la ordenanza municipal sobre las antenas parabólicas aprobada por el Ayuntamiento de Watermael-Boitsfort.

VI. Conclusión

149. A la luz de las consideraciones que preceden, sugiero al Tribunal de Justicia que:

1) Eleve al pleno el presente asunto a fin de que precise el concepto de órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 234 CE.

2) Se declare incompetente para responder a la cuestión prejudicial planteada por el Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-capitale, por no ser un órgano jurisdiccional en el sentido del mencionado artículo 234 CE.

3) Subsidiariamente, si decidiera admitir la cuestión, declare que el artículo 49 CE se opone a una reglamentación, como la contenida en la ordenanza fiscal aprobada por el Ayuntamiento de Watermael-Boitsfort, en sesión de 24 de junio de 1997, que establece un impuesto sobre las antenas parabólicas utilizadas para la recepción de emisiones audiovisuales por satélite.