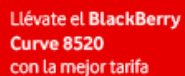


Vodafone

 Llévate el BlackBerry Curve 8520 con la mejor tarifa

2 Blackberry 8520 por 0 €

Abril de descuentos en ASOS

 discover fashion online

Ahora hasta -70% en prendas de temporada. ¡Solo en abril!

Carrefour

 Toda la tecnología al mejor precio
www.carrefour.es

Haz tu compra por internet en www.carrefour.es

[a](#) aviso legal
 [@](#) contacto
 [🖨](#) imprimir
 [👤](#) colaboradores

Share 1

Recomendar 16

Enviar

0

Artículos Doctrinales: Derecho Comunitario**Recurso por incumplimiento y responsabilidad de los Estados miembros por actos de sus órganos judiciales en violación de la obligación impuesta por el artículo 234.3 TCE**De: **María Luján López Dallara**Fecha: **Febrero 2010**Origen: **Noticias Jurídicas****INTRODUCCIÓN.-**

El objetivo principal de este trabajo es el de aportar algunas precisiones sobre las facultades de la Comisión en el ejercicio del procedimiento de incumplimiento, y como es sabido en su carácter de guardiana de los Tratados.

La tarea de supervisar la observancia del derecho comunitario ha sido confiada a la Comisión, como hemos dicho en su calidad de guardiana de los Tratados, por el artículo 211 TCE (antiguo artículo 155). Esta prerrogativa conlleva responsabilidades y obligaciones específicas de las cuales la Comisión no puede evadirse.¹

La existencia de esta función, pero particularmente el uso del procedimiento de incumplimiento bajo el artículo 226 TCE (ex artículo 169 TCE), resulta una competencia institucional de la Comisión y es de naturaleza exclusiva.²

Por supuesto, que los estados miembros también tienen un rol importante en el mismo sentido, ellos deben asegurar la aplicación del derecho comunitario de manera plena y efectiva, en todos los niveles de la administración. Una obligación del mismo tenor incumbe muy especialmente a los tribunales nacionales.³ La inobservancia de esta obligación puede derivar en una sanción por incumplimiento del derecho comunitario y, eventualmente en responsabilidad del Estado.

Hemos de poner en conexión el recurso de incumplimiento teniendo especialmente en cuenta este último supuesto, es decir, aquel en que la acción o inacción de un estado miembro es contraria al derecho comunitario, y, en la especie en el caso de que los tribunales de última instancia de un estado miembro incumplan la obligación señalada en el artículo 234.3 de elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En la misma dirección algunas de las virtualidades de este procedimiento cuyo examen resulta ineludible han de ser analizadas en conjunción con el incumplimiento de la obligación marcada por el artículo 234.3 TCE.

Como primera medida, indagaremos en la cuestión de si la facultad de la Comisión para abrir un procedimiento por incumplimiento en el supuesto que tratamos es discrecional o bien reglada.

En segundo lugar otra de las cuestiones que surge al presentarse la vía del recurso por incumplimiento del estado miembro ante la omisión de los tribunales de última instancia de elevar reenvío prejudicial ante el TJCE es la de si, la actuación de la Comisión a través del procedimiento de incumplimiento para fiscalizar la tarea de los órganos jurisdiccionales de última instancia contribuye a un mejor funcionamiento del sistema jurisdiccional de la unión sin interferir en el principio de independencia judicial. Como es sabido, la Comisión ha permanecido al margen ante la circunstancia de que los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno no eleven el reenvío prejudicial ante el TJCE, con base en que, el recurso de incumplimiento como mecanismo para evitar el no planteamiento de reenvío prejudicial por los órganos jurisdiccionales obligados a ello, no resulta una herramienta adecuada, toda vez que, puede derivar en interferencias a la independencia de los jueces estatales.

Ahora bien, esta circunstancia parece haber cambiado, desde el momento en que la Comisión abrió un procedimiento por incumplimiento, concretamente contra Suecia, donde los órganos jurisdiccionales de última instancia se negaban a cumplir el mandato dado por el artículo 234.3 TCE. A resultados de las indagaciones de la Comisión, en ese estado miembro el apartado tercero del artículo 234 TCE no era acabadamente cumplido.⁴

También tendremos ocasión de comprobar, cuán efectiva ha resultado la acción de la Comisión, con la sugerencia de que la ley procesal interna fuera modificada, dado que el estado se avino a esta solicitud, sin llegar a abrirse el procedimiento en etapa contenciosa.⁵

En tercer lugar estudiaremos también las consecuencias que este cambio en el parecer de la Comisión con respecto al control de la obligación que marca el artículo 234.3 podría tener de cara a la solicitud de una posible reparación ante este tipo de incumplimiento si promediase una sentencia del Tribunal de Justicia avalando el dictamen motivado de la Comisión, teniendo en cuenta las derivaciones que esto podría tener para los particulares, ya que una sentencia del Tribunal en el mismo sentido conformaría una base para solicitar indemnización por daños y perjuicios del Estado por violación de la norma comunitaria.⁶

Para esta misión no abundaremos por supuesto en nociones elementales sobre reenvío prejudicial⁷, o el recurso de incumplimiento⁸, por entender que la doctrina se ha ocupado exhaustivamente de éstas. Nos remitiremos a dichas fuentes en la medida necesaria para complementar los fines de este estudio.

Nos dedicaremos como en primer término al estudio de la facultad discrecional de la Comisión para abrir el procedimiento por incumplimiento, los antecedentes jurisprudenciales que señalan qué órganos jurisdiccionales están obligados a elevar reenvío prejudicial y seguidamente desbrozaremos el dictamen motivado emitido por la Comisión contra Suecia, teniendo particularmente en cuenta cómo se anuda la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a los criterios de la Comisión, especialmente la emanada de los casos CILFIT⁹ y Köbler¹⁰. Posteriormente estudiaremos la modificación legal realizada al interior del ordenamiento interno sueco y finalizaremos extrayendo las conclusiones que se derivan del trabajo de análisis realizado.

PROCEDIMIENTO POR INCUMPLIMIENTO Y DISCRECIONALIDAD DE LA COMISIÓN.-

Como primera medida hemos de apuntar que existen diferentes categorías de incumplimiento que pueden distinguirse ante las que el artículo 226 puede ser utilizado¹¹:

- En el caso de que un Estado miembro no ha comunicado a la Comisión las medidas necesarias de implementación del derecho comunitario (ya sea de comunicación o de transposición).
- Cuando la ley interna de un Estado miembro no se halla en conformidad con el derecho comunitario.
- En el supuesto en que la acción o inacción de las instituciones del Estado miembro es contraria al derecho comunitario, aún cuando la ley nacional no sea contraria a dicho ordenamiento.

En este último supuesto que mencionamos se encuentra incluido el caso de incumplimiento del estado miembro por violación de parte de los jueces nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, de elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Y la Comisión, dada su calidad de guardiana del derecho comunitario atribuida por el artículo 211 TCE¹² está en condiciones de vigilar que esta obligación se cumpla por parte de los órganos jurisdiccionales de última instancia de los estados miembros. En este caso la omisión de la obligación de reenvío comporta una violación del Tratado que impone este deber a los tribunales superiores a través del artículo 234.3 TCE.

Es de interés destacar que la afirmación de que la Comisión está facultada para iniciar el procedimiento por incumplimiento cuando se observa una violación del Tratado por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, nos lleva a la segunda cuestión que es la de si esto confiere algún derecho a los particulares ante la Comisión, dirigido a obligar a esta última a abrir el proceso¹³.

Sobre la facultad de la Comisión para ejercitar el recurso de incumplimiento caben algunas precisiones. De un lado la discrecionalidad puede resultar problemática si lleva a la Comisión a ser demasiado indulgente con el Estado miembro rebelde. Por otro lado la amplitud de su poder de decisión puede igualmente llevar a una utilización abusiva del procedimiento de incumplimiento.¹⁴

Para comenzar, dado el rol que la Comisión juega dentro de la Comunidad Europea y las variadas funciones que esta ejerce, se ha argumentado que pueden existir razones políticas las que lleven a ejercitar su discrecionalidad dirigida a no abrir los procedimientos, incluso donde es claro que ha habido una violación del Tratado por parte del Estado miembro.¹⁵ La doctrina académica ha señalado como ejemplos de situaciones en que la Comisión ha dirigido su poder discrecional decantándose por no abrir el procedimiento por incumplimiento, el caso en que los tribunales nacionales han infringido el derecho comunitario, con especial atención al particular supuesto en que se viola la obligación señalada en el artículo 234.3 TCE.¹⁶ Y ciertamente esta ha sido la opción elegida por la Comisión si bien, como señala en sus informes al Parlamento Europeo sobre el control de la aplicación del derecho comunitario, no descartó la posibilidad de abrir el procedimiento de infracción.¹⁷ El argumento principal es que el principio universal de independencia judicial, y la necesidad de cooperación entre tribunales nacionales y Tribunal de Justicia no aconsejan el recurso a la vía del incumplimiento para subsanar este tipo de violaciones del derecho comunitario.¹⁸ Como tendremos ocasión de explicar más adelante dicho argumento se ha visto matizado por la jurisprudencia del TJCE, especialmente a partir de la sentencia Köbler¹⁹, a la que tendremos ocasión de referirnos más tarde, por su importancia para los fines de esta investigación y su relación con el reciente dictamen motivado de la Comisión²⁰ en el que ésta evidencia un cambio de criterios en relación a la postura que ha mantenido hasta ahora.

Ciertamente, parece derivarse claramente de los términos del párrafo 2 del artículo 226 que, una vez que se emite el dictamen motivado indicando la vulneración del Tratado por un Estado, la Comisión tiene amplio margen de discreción sobre si llevar o no el asunto ante el Tribunal de Justicia²¹. Este poder discrecional del que dispone la Comisión para iniciar la fase precontenciosa de los recursos de incumplimiento y también para abrir la fase jurisdiccional de los mismos a través de una demanda ante el TJCE tiene implicaciones en relación a los particulares. Con arreglo al artículo 226 la Comisión no está obligada a iniciar un procedimiento, por el contrario, dispone de una amplia facultad de apreciación "que excluye el derecho de los particulares a exigir de esa Institución que defina su postura en un sentido determinado"²². Así mismo, en caso de que un Estado no se avenga al dictamen motivado en el plazo señalado, "la Comisión está siempre facultada pero no obligada a someter el asunto al Tribunal de Justicia para que éste declare el presunto incumplimiento".²³

No obstante, ha habido algún debate sobre si el mismo margen está presente respecto de la decisión de expedir un dictamen motivado en primer lugar. En otras palabras, si la Comisión considera que un Estado miembro ha incumplido una obligación derivada del Tratado: estaría obligada a emitir un dictamen motivado a tal efecto. Mientras que el párrafo 2 del artículo 226 TCE, establece que la Comisión "podrá" elevar el asunto al Tribunal, el párrafo 1 dice que la Comisión "emitirá" un dictamen motivado siempre que considere que un estado ha fallado en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado. Sin embargo parece haber consenso sobre el hecho de que esta expresión, en especial por lo que hace al término "estimar", deja a la comisión la facultad de emitir el dictamen motivado y la decisión de en qué momento emitirlo.²⁴

La segunda cuestión a la que haremos referencia es a la de que la Comisión pueda no ser lo suficientemente limitada en la forma en que ejercerá su discrecionalidad bajo los dictados del artículo 226 al dar curso al procedimiento por incumplimiento. Se ha argumentado ante el Tribunal de Justicia que, más allá de la redacción relativamente abierta del artículo 226, la discrecionalidad de la comisión no es ilimitada, y que en particular la decisión de la Comisión, tanto sobre si abrirá el procedimiento y los motivos por los que dicha acción debe ser elevada, así como su decisión concerniente al plazo y que cauces procesales utilizar están sujetos a ciertas limitaciones.²⁵

Al fin de cuentas, tan pronto como los motivos suficientes para la apertura del proceso están dados, el Tribunal ha declarado que dichos procedimientos son enteramente "objetivos". Esto aparentemente significa que el Tribunal examinará solamente si el incumplimiento alegado por la Comisión existe de hecho, y no entrará en el examen de los motivos argüidos por la comisión para ejercitar la acción de incumplimiento.^{26 27}

Contrariamente el Tribunal tiene dicho también que la ausencia de un motivo o interés específico de parte de la Comisión en iniciar un procedimiento por incumplimiento contra un Estado miembro no obstará a la admisibilidad de dicho procedimiento.²⁸

También se ha dicho que hay restricciones en el plazo en el cual el proceso debe ser iniciado, y límites a la extensión del tiempo que la comisión puede tomarse en abrir el proceso contra un Estado miembro sobre la base de un incumplimiento específico. Un temprano intento de concretar el primero de estos argumentos fue rechazado por el Tribunal, el cual declaró que la elección de la comisión de dicho plazo, no puede afectar a la admisibilidad del procedimiento. Con respecto a la extensión del tiempo que la Comisión se toma respecto de un incumplimiento en particular, el Tribunal decidió que el Tratado podría imponer ciertas limitaciones a la discrecionalidad de la Comisión en este respecto.²⁹ La Comisión puede actuar con poder discrecional en estos casos, siempre que no ejerza dicho poder dado por el artículo 226 en una forma contraria a las normas del Tratado. En casos en que la excesiva duración del procedimiento precontencioso del artículo 226, es capaz de hacer dificultoso para el Estado miembro involucrado contestar los argumentos de la Comisión, esto dañará el derecho de defensa.³⁰

La lectura que puede hacerse de este dato es que aunque no hay reglas específicas que requieran que la Comisión actúe dentro de un lapso de tiempo determinado bajo el mandato del artículo 226, una excesiva dilación en ese período antes de

llevar el caso ante el Tribunal puede perjudicar el derecho de defensa del Estado en una extensión tal que la acción podría considerarse inadmisibile.³¹

Las restricciones a la facultad discrecional de la Comisión también caben con respecto a el momento en el cual referir un asunto al Tribunal después de emitido el dictamen motivado. Claramente, el requerimiento de una respuesta a un dictamen motivado dentro de un periodo de tiempo excesivamente corto está dirigido a afectar la capacidad del Estado de ejercer sus derechos de defensa tanto como en el caso de la demora en comenzar el procedimiento. En este sentido, en una acción contra Irlanda, el Tribunal de Justicia criticó el comportamiento de la Comisión en virtud del breve lapso de tiempo (cinco días), que ofrecía para que el Estado se ajustase al dictamen motivado. No obstante la acción de la Comisión fue admisible, a pesar del corto plazo que tuvo ese Estado antes de que la Comisión se dirigiese al Tribunal.^{32 33}

Claro que, también queda abierto el recurso del artículo 232 TCE en caso de inacción de la Comisión. El procedimiento del artículo 232 es el reverso del artículo 226 TCE en el sentido de que este se inicia contra una de las instituciones comunitarias por no actuar cuando el Tratado así lo requiera, en lugar de compeler a los Estados miembros. Pero la práctica del Tribunal en respuesta a supuestos en que el artículo 232 ha sido utilizado por demandantes no privilegiados contra la Comisión, parecería revelar el deseo del Tribunal de no inmiscuirse en las facultades discrecionales de la Comisión que le da el artículo 226 TCE, en virtud de que el Tribunal ha denegado tales solicitudes.³⁴ Así parece desprenderse del caso *Star Fruit c. Comisión*, donde el Tribunal rechazó un intento de esa compañía de hacer uso del artículo 232 para requerir de la Comisión el inicio del procedimiento de incumplimiento contra Francia.^{35 36}

Asimismo, el Tribunal ha desestimado acciones de anulación dirigidas por un particular contra la decisión por parte de la Comisión de no dar comienzo a un procedimiento contra un Estado miembro, también sobre la base de que esta es una cuestión que se encuentra dentro de la esfera de discrecionalidad de la Comisión y que la acción requerida (la adopción de un dictamen motivado) no es susceptible en ningún caso de anulación por parte del Tribunal.³⁷

También ejerce algunos efectos limitativos sobre la discrecionalidad de la Comisión el papel del Defensor del Pueblo Europeo.³⁸

Nos hemos referido al tema de la discrecionalidad de la Comisión, porque creemos que se encuentra íntimamente ligado al objeto de este estudio, en razón de que esto permite comprender el alcance de la facultad de la Comisión en su calidad de guardiana de los tratados y concluir que no está obligada a iniciar el recurso por incumplimiento como regla general según se desprende de la letra el artículo 226 TCE en el caso que tratamos, si bien otro instrumento para impedir la violación de la obligación consignada en el artículo 234.3 TCE es sin duda el reenvío prejudicial utilizado por los tribunales nacionales a sugerencia de las partes en el litigio principal. Un segundo paso al que nos disponemos enseguida es el de examinar jurisprudencia del TJCE y los Abogados Generales, la posición de la Comisión y la opinión de la doctrina sobre si la Comisión debe o no hacer uso del recurso por incumplimiento en el supuesto en la especie, es decir, cuando los tribunales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno se oponen a utilizar el reenvío prejudicial.

FACULTAD DE LA COMISIÓN DE INICIAR RECURSO DE INCUMPLIMIENTO ANTE EL QUEBRANTAMIENTO DEL DEBER IMPUESTO POR EL ARTÍCULO 234.3 TCE.-

a. Posición de la Comisión.-

Sobre la postura de la Comisión en relación al tema que tratamos, podemos identificar una primera etapa, en la cual, dicha institución se abstuvo de abrir procedimientos por incumplimiento poniendo especial cuidado en relación con la independencia judicial y principio de cooperación leal que marca el artículo 10 TCE, si bien no se descartó por parte de la Comisión iniciar el procedimiento por incumplimiento, ésta optó por solucionar el problema por medios informales de negociación con los Estados miembros, especialmente por intercambio de notas. El objetivo que tuvo en miras fue el de lograr que los tribunales nacionales lleguen al convencimiento de que el artículo 234.3 TCE debe ser aplicado en virtud el principio de primacía del derecho comunitario, y se persuadan del valor de autoridad de las sentencias del Tribunal de Justicia. Así lo expresó en ocasión de ser interpelada por miembros del Parlamento Europeo.³⁹

En la práctica la Comisión nunca ha ejercido acción de incumplimiento en caso de incumplimiento del artículo 234.3 TCE, o bien ésta fue iniciada y más tarde abandonada ante la negativa de elevar reenvío prejudicial del Tribunal Constitucional alemán⁴⁰, en el año 1974⁴¹, o incluso cuando la violación del derecho comunitario fue manifiesta.⁴² Tampoco emitió ningún dictamen motivado o recomendación de conformidad con el artículo 155 TCE [hoy artículo 211 TCE], desde el momento que consideró que ese no resultaba un medio efectivo para inducir cambios en la conducta de un tribunal nacional.⁴³ La Comisión prefirió la vía de la negociación para la solución de este problema. Y esto resulta comprensible desde el momento en que no puede esperarse que el gobierno se aventure a compeler al juez, aunque en abstracto, si antes puede acudir al recurso de modificar o "dictar nuevas leyes",⁴⁴ acordes con el derecho comunitario.

Aunque posteriormente la Comisión declaró que artículo 169 TCE [actual 226 TCE] es también aplicable cuando un órgano jurisdiccional nacional viola el Derecho comunitario, y en particular la obligación de referir una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia conforme lo indica el artículo 177 TCE [hoy artículo 234 TCE].⁴⁵

En los Informes Anuales al Parlamento Europeo sobre la Aplicación del Derecho Comunitario también puede observarse la posición de la Comisión, que observa una mayor preocupación por la actuación de los tribunales señalando que si bien el artículo 169 TCE [actual artículo 226] resulta de aplicación, esto se evita porque no lo aconseja el principio universal de independencia judicial y el principio de cooperación leal de derecho comunitario consagrado en el artículo 5 TCE [actual artículo 10].⁴⁶

En 1999 la Comisión publicó una nota conteniendo un formulario estándar para remitir quejas cuando un estado miembro incumple el derecho comunitario en el ámbito del procedimiento de incumplimiento⁴⁷. En el año 2002 dicha nota fue actualizada y su contenido abarca las medidas administrativas en beneficio del reclamante a través de quien la Comisión se hace eco del incumplimiento. De acuerdo al artículo 2 de dicha nota "cualquiera puede cumplimentar una reclamación libre de costos contra un Estado miembro sobre cualquier medida (ley, reglamento, o acto administrativo) o práctica de un estado miembro que se considere incompatible con una norma o principio de derecho comunitario."⁴⁸ Lo que permite incluir al poder judicial dentro de los órganos del Estado que violen el Derecho comunitario.

Debemos destacar, que abandonando el criterio anterior, según el cual el ejercicio de la acción de incumplimiento por parte de la Comisión cuando un órgano jurisdiccional nacional ha quebrantado el Derecho comunitario, ya existen acciones por incumplimiento ejercidas por la Comisión contra un Estado miembro, concretamente contra Italia, por violación del Derecho comunitario por parte de los órganos jurisdiccionales, en el supuesto de una interpretación errónea.⁴⁹ En el caso *Comisión c. Italia*, del 3 de junio de 2003, la Comisión actuó contra ese Estado miembro con arreglo al artículo 226 TCE, solicitando al Tribunal de justicia que declare que la República Italiana incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, "al mantener en su ordenamiento jurídico nacional el artículo 29, apartado 2, de la ley número 428, de 29 de diciembre de 1990",⁵⁰ dado que la aplicación que de ella hacían los órganos jurisdiccionales admitía, a los efectos de la devolución de impuestos, un régimen de prueba que tornaba

imposible o excesivamente difícil para el contribuyente el ejercicio del derecho a la devolución de dichos impuestos⁵¹. Esta situación en la práctica hacía que la recaudación se realizara en infracción del Derecho comunitario.⁵²

La Comisión rechazó el modo en que la ley mencionada era interpretada en la jurisprudencia nacional, por no ajustarse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El método de interpretación empleado por las autoridades judiciales, especialmente por la Corte suprema di cassazione, resultaba equivalente a exigir al contribuyente "la carga de la prueba negativa en contrario de que no ha repercutido el tributo ilegal sobre sus clientes, haciendo de este modo excesivamente difícil, incluso imposible la obtención de la devolución de dicho tributo", generando una presunción en contra del contribuyente.⁵³

En el momento presente la Comisión ha puesto en acción su poder discrecional para iniciar el procedimiento por incumplimiento, lo que ha llevado a tomar cartas en el asunto cuando un órgano jurisdiccional nacional de última instancia omite realizar cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, y ha entablado acción de incumplimiento contra un Estado miembro llegando a la conclusión de la etapa administrativa, como lo demuestra el dictamen motivado contra Suecia que analizaremos minuciosamente en los apartados venideros de este trabajo⁵⁴. Es de notar que la acción de la Comisión parece no obstante limitada a casos donde la violación del artículo 234.3 ha resultado sistemática y no meramente individual por falta de planteamiento de una cuestión prejudicial aislada. Este accionar de la Comisión permite también comprender la indudable complementariedad que existe entonces entre el artículo 234 TCE que debe ser utilizado en primer lugar porque es un medio del que cabe disponer sin acudir al último recurso del artículo 226 TCE, claro que su puesta en operatividad quedará a discreción de la Comisión.

b. Opinión de los Abogados Generales.-

En relación a la postura de los abogados generales esta ha sido proclive a sostener que el procedimiento por incumplimiento es un instrumento disponible en caso de violación del derecho comunitario por parte de un estado miembro por la acción de la judicatura en relación al artículo 234.3. Así se desprende del caso Meyer-Burckhardt⁵⁵, donde la Comisión se negó a iniciar el procedimiento por incumplimiento contra Alemania, cuando el Bundesverwaltungsgericht⁵⁶ se rehusó a plantear un reenvío prejudicial bajo el Artículo 177 TCE [actual artículo 234 TCE] al Tribunal de Justicia. El Señor Meyer-Burckhardt entabló una acción contra la Comisión por daños causados por ésta por el hecho de negarse a incoar la acción de incumplimiento contra ese Estado miembro. Pero la Comisión se opuso y sostuvo que el procedimiento empleado por el demandante resultaba inadmisibles. En primer lugar, la Comisión se amparó en el margen de discreción con el que cuenta, para decidir si abre o no un procedimiento conforme el artículo 169 TCE [actual artículo 226 TCE]. Seguidamente, sostuvo que el artículo 169 TCE [art. 226 TCE] no ha sido creado para asegurar directamente la protección de los derechos de los particulares. La obligación legal de la Comisión de desempeñar su rol de supervisión de los Tratados, únicamente se encontraría presente en el caso de una clara violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro. De acuerdo con la Comisión en el presente caso este requisito no concurría. La Comisión argumentó que ella es quien retiene el derecho a intervenir conforme el artículo 169 TCE [art. 226 TCE] para asegurar la cooperación de los tribunales nacionales y los tribunales bajo el artículo 177 TCE [artículo 234 TCE]. Pero esta intervención sólo puede darse en casos extremos, donde la actitud de los tribunales, contrariando consistentemente en su jurisprudencia las condiciones para elevar un reenvío prejudicial, da motivos para temer que el mecanismo del artículo 177 TCE [art. 234 TCE] devendrá obsoleto y de conformidad con lo sostenido por la Comisión, este no era el caso. La Comisión fue reticente a afectar la independencia de los órganos judiciales.⁵⁷

El Abogado General WARNER, se mostró contrario al criterio de la Comisión, y sostuvo que los argumentos brindados por esta resultaron en todo desafortunados. En opinión del Abogado General, si la Comisión quiso significar que, en su opinión, el proceso contra un Estado miembro bajo el artículo 169 TCE [artículo 226 TCE], no se extiende a los casos de violaciones de uno de sus tribunales de ajustarse al tercer párrafo del artículo 177 TCE [artículo 234 TCE], ésta se encuentra equivocada. Se ha dicho repetidamente en este Tribunal que el cumplimiento de las normas del Derecho comunitario puede requerirse de todos los órganos de un Estado miembro, ya sea ejecutivo, legislativo o judicial. El tercer párrafo del artículo 177 TCE [art. 234 TCE] impone una obligación que es vinculante para los Estados miembros como cualquier otra obligación asumida por ellos bajo el Tratado, y dicha observancia se impone también a los órganos jurisdiccionales. Un Estado miembro es, en estos casos, tan responsable por esta obligación bajo el procedimiento del artículo 169 TCE [artículo 226], como por el incumplimiento de cualquier otra obligación.

De otro lado, es obvio que los procedimientos contra un Estado miembro por violaciones del Derecho comunitario de uno de sus Tribunales de ajustarse al artículo 177 TCE [artículo 234 TCE] no deben ser tomados ligeramente por la Comisión. Si lo que la Comisión quiso decir, en la expresión de sus argumentos en el presente caso, fue que, al considerar si ejercer o no la acción de incumplimiento con la discrecionalidad que indudablemente le confiere el artículo 169 TCE [art. 226 TCE], se había formado la opinión de que, dicho procedimiento resultaría inoportuno, y en verdad injustificado, esto resulta intachable para el Abogado General.⁵⁸

En el caso Regina c. Bouchereau⁵⁹, el Abogado General WARNER reafirmó los argumentos mantenidos en el caso Meyer. Así expresó que "no hay duda de que la institución constitucionalmente independiente cuya acción o inacción descansa en la falta del Estado miembro concernido es el Parlamento, pero el principio relevante, es aplicable también a la Judicatura de dicho Estado.

Asimismo, para el Abogado General es obvio que un Estado miembro no puede ser considerado responsable por el incumplimiento de las obligaciones del tratado simplemente porque uno de sus tribunales ha arribado a una decisión errónea. El error judicial, de hecho o de derecho, no representa una violación del Tratado. En la esfera judicial, el artículo 169 TCE [art. 226 TCE], puede entrar a operar sólo en el caso de que un tribunal de un Estado miembro deliberadamente ignore o se aparte del Derecho comunitario.

El Abogado General TESAURO, en sus conclusiones en el caso Brasserie du Pêcheur⁶⁰ hizo referencia al principio de Derecho Internacional Público según el cual el Estado, como sujeto de Derecho Internacional, debe contemplarse como una entidad única a los efectos de determinar la responsabilidad internacional por violaciones de las normas de

Derecho Internacional, siendo irrelevante qué poder del Estado, el legislativo, ejecutivo o judicial, haya sido el origen último del ilícito internacional que causa la responsabilidad. Esto debe ocurrir con mayor razón en el ordenamiento jurídico comunitario, "en el que todas las instancias del Estado, incluso el poder legislativo, están obligadas, en el cumplimiento de sus funciones, a respetar las normas impuestas por el derecho comunitario que pueden regir directamente la situación de los particulares".⁶¹

En la sentencia Comisión con Italia⁶², el Abogado General GEELHOED se reafirmó en las conclusiones del Abogado General TESAURO en el caso Brasserie ya citado, y agregó que "el Estado miembro responde considerado como una unidad del cumplimiento de las obligaciones comunitarias y que es responsable de cualquier incumplimiento, al margen del órgano que lo haya cometido dentro de la organización interna del Estado, incluido el poder judicial. Corresponde al estado miembro como entidad autónoma velar por la realización en el ordenamiento jurídico nacional del resultado perseguido por las normas comunitarias correspondientes. Así se desprende asimismo del principio de lealtad comunitaria establecido en el artículo 10 TCE."⁶³

Con respecto a la independencia judicial, sostuvo que esta no constituye un obstáculo para la declaración de un incumplimiento del tratado como consecuencia de una jurisprudencia nacional contraria al Derecho comunitario. El concepto de independencia responde a la idea de que los órganos judiciales resuelvan litigios concretos sin influencia

de otros órganos del estado. Pero el poder judicial, funciona como un componente del aparato Estatal con los límites establecidos en la Constitución y las normas nacionales. Si las normas internas permiten una interpretación judicial incompatible con las obligaciones comunitarias, debe efectuarse una corrección modificando dicha normativa. Según el Abogado General tal corrección por parte del legislador nacional no perjudicaría a la independencia del poder judicial.⁶⁴ Se trata de una intervención que sólo se produciría en supuestos excepcionales, ya que los jueces son en principio los encargados de controlar y corregir los actos del legislador y de las administraciones nacionales en la aplicación del derecho comunitario.⁶⁵

Al referirse al sistema de control jurisdiccional, el Abogado General GEELHOED afirma que el Tratado CE, en virtud del artículo 234 atribuye una obligación particular a los órganos judiciales nacionales superiores. Estos tienen entonces una responsabilidad en materia de preservación de la uniformidad de interpretación del Derecho, incluido el derecho comunitario, dentro del ordenamiento jurídico nacional, dado que están obligados a someter al Tribunal de Justicia las cuestiones relativas a la interpretación de las disposiciones comunitarias o a la validez y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones comunitarias. La posibilidad de no someter dichas cuestiones al Tribunal en el supuesto de un "acto claro" están sometidas a condiciones restrictivas.⁶⁶ Pero para el Abogado General, no sólo los órganos jurisdiccionales supremos se encuentran alcanzados por la responsabilidad de velar por la aplicación uniforme del derecho comunitario: los órganos judiciales nacionales inferiores "son también responsables de la ejecución completa y de la aplicación correcta del Derecho comunitario, pese a que sus resoluciones pueden ser revocadas en el ordenamiento jurídico nacional. Mediante los principios fundamentales del efecto directo de las disposiciones del Tratado CE y del derecho derivado que también lo tiene, de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional incompatible, de la responsabilidad del Estado miembro - en determinadas condiciones- por la infracción de las obligaciones comunitarias y de la obligación de interpretar el Derecho nacional en relación con las disposiciones pertinentes de Derecho comunitario, los órganos judiciales nacionales velan por que los particulares puedan invocar los derechos que se les conceden a través del ordenamiento jurídico comunitario. De este modo constituyen a la vez una garantía y un contrapoder en un estado miembro en el supuesto de que otros órganos del Estado incumplan las obligaciones que les incumben en virtud del Tratado."⁶⁷

Por lo tanto "una jurisprudencia nacional incompatible con disposiciones o principios de Derecho comunitario puede dar lugar a que se inicie un procedimiento por incumplimiento al amparo del artículo 226 CE."⁶⁸ Si bien no bastará con cualquier error judicial para que el incumplimiento se configure. El Abogado General ofrece los criterios para precisar en qué circunstancias dicho recurso resultará adecuado.

Así señaló que como primera medida debe atenderse al rango de las resoluciones judiciales en cuestión, guiándonos por las indicaciones que ofrece el artículo 234 TCE. Pero pese a que este artículo exime a los tribunales nacionales inferiores de la obligación de elevar un reenvío prejudicial al tribunal de Justicia, el Abogado General entiende que en determinadas circunstancias los órganos judiciales nacionales inferiores serían responsables por la violación del Tratado y el Estado podría ser enjuiciado por incumplimiento: "los órganos jurisdiccionales inferiores disponen de la facultad de plantear una cuestión prejudicial. Esta estructura se basa en la idea de que cada decisión de los órganos jurisdiccionales nacionales inferiores en la que se aplique incorrectamente el Derecho comunitario puede ser todavía corregida dentro de la jerarquía jurisdiccional nacional. Sin embargo, en la medida en que esto no ocurra, una sola resolución errónea de un órgano jurisdiccional inferior no entrañará forzosamente dentro del Estado miembro un perjuicio al efecto útil de la disposición comunitaria correspondiente o consecuencias negativas para las relaciones de competencia en el mercado interior o para los intercambios interestatales. En cambio, tales consecuencias son manifiestamente probables en el supuesto de una jurisprudencia nacional en sentido contrario de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores, que será, efectivamente, considerada por los órganos jurisdiccionales inferiores con fuerza obligatoria en el ordenamiento jurídico nacional. Tales efectos pueden producirse incluso en el supuesto de división dentro del poder judicial nacional. Tampoco cabe excluir que si los jueces inferiores interpretan y aplican sistemáticamente determinados componentes del Derecho comunitario de manera errónea, los justiciables puedan verse disuadidos bien de incoar un procedimiento o bien de interponer un recurso. Pese al rango algo inferior de tal jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico nacional, cabe estimar que una situación de este tipo justifica la declaración de un incumplimiento del Tratado."⁶⁹

El segundo parámetro a tener en cuenta es el de saber si el incumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales constituye un fenómeno estructural. "¿Se trata de un supuesto ocasional o aislado, o cabe afirmar con razón que se trata de una tendencia dentro de la jurisprudencia nacional que se encuentra, a este respecto, en una situación ambigua con respecto a las obligaciones comunitarias? Asimismo, también será importante saber si se está en presencia de un hecho nuevo o de una jurisprudencia que existe desde hace tiempo. En el primer supuesto, cabe considerar dejar al ordenamiento jurídico nacional la ocasión de recuperarse antes de poder plantear un incumplimiento. Si se confirma dicho hecho en apelación o en casación, en cuyo caso la cuestión de si el problema jurídico de que se trata se ha sometido al Tribunal de Justicia mediante el procedimiento prejudicial o no podrá también desempeñar una función, cabe estimar que se trata de un fenómeno estructural."⁷⁰ El tercer criterio, subyacente al primero se trata de la repercusión de las resoluciones judiciales nacionales en la realización del objetivo de la disposición comunitaria: "Si de las resoluciones nacionales se desprende que los operadores económicos en el Estado miembro afectado deben ejercer sus actividades en condiciones distintas de los competidores o personas, en su caso jurídicas, que se encuentran en situaciones similares fuera de la Comunidad, éstas perjudican entonces evidentemente la unidad del Derecho comunitario, al disminuir el efecto útil y no respetar los derechos de los justiciables. Cuando se acredite que la jurisprudencia de que se trate produce tales efectos perjudiciales, procederá declarar un incumplimiento del Tratado."⁷¹

Reiterando la doctrina emanada del caso *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, en las conclusiones a la sentencia Köbler,^{72 73} el Abogado General LÉGER se pronunció "a favor de la responsabilidad del Estado como consecuencia de la actuación de un tribunal supremo."⁷⁴ "Admitir dicha responsabilidad, aparte de responder a la perfección a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...], constituye el corolario de la misión - primordial- que se confiere a los tribunales supremos en la tutela directa, inmediata y efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los particulares. La situación que prevalece en los Estados miembros, especialmente en lo que atañe a las exigencias de la tutela de los derechos fundamentales, aboga igualmente en este sentido."⁷⁵ Por otro lado el Abogado General equipara esta obligación de los órganos judiciales a una obligación de resultado. "Debe garantizar la tutela inmediata de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los particulares. Esta exigencia de tutela inmediata de los derechos reconocidos por el Derecho comunitario responde a un doble objetivo de efectividad: efectividad de la tutela y, por consiguiente, efectividad de la propia norma jurídica."⁷⁶

Con respecto a los requisitos para que concurra la responsabilidad del órgano jurisdiccional, el Abogado General LÉGER afirma que son los mismos que aquellos que se exigen para examinar la responsabilidad del Estado, pero apunta que es preciso verificar si los criterios para que se aprecie la existencia de una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario, imputable al legislador o a la Administración, serían total o parcialmente trasladables a las violaciones imputables a los tribunales supremos.⁷⁷ A diferencia de lo que sostuvo posteriormente el Tribunal de Justicia en el caso, que sostuvo que la responsabilidad del Estado debida a una resolución judicial solamente podría exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable,⁷⁸ el Abogado General LÉGER, afirmó que "el elemento decisivo radica en el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho de que se trate. Esta calificación puede depender bien del grado de claridad y precisión de la norma jurídica violada, bien de la existencia o de la situación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia."⁷⁹ Señala tres ejemplos en los que esto podría ocurrir. El primero es el caso en que un tribunal

supremo dicta una resolución contraria a disposiciones de Derecho comunitario pese a la evidencia de su sentido y alcance.⁸⁰ En segundo lugar, "el Estado puede incurrir en responsabilidad si, por ejemplo, un tribunal supremo dicta una resolución en la que, manifiestamente, se hace caso omiso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la situación en que se encuentre el día en que se dicte la resolución de que se trate."⁸¹ Por último considera que "el Estado puede incurrir en responsabilidad como consecuencia del incumplimiento manifiesto por un tribunal supremo de la obligación de remisión prejudicial que le incumbe, como, por ejemplo si no existe jurisprudencia del tribunal de Justicia sobre la cuestión jurídica de que se trata en el momento en que dicta su resolución."⁸²

c. Criterios aplicados por el Tribunal de Justicia.-

El Tribunal de Justicia tiene dicho que un Estado miembro es responsable incluso por acciones e inacciones por parte de los órganos del Estado constitucionalmente independientes,⁸³ sin abordar la cuestión de si un tribunal nacional puede ser sometido a un procedimiento por incumplimiento.⁸⁴

En la sentencia Francovich, el tribunal consagró el principio de responsabilidad del Estado, inherente al sistema del Tratado, de manera general. Expresó que este principio es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento.⁸⁵

Además en lo atinente a la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario, sostuvo que la obligación de reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del derecho comunitario no puede depender de las normas internas de reparto de competencias entre los poderes constitucionales.⁸⁶

En el caso Comisión c. Italia al que nos venimos refiriendo en los apartados anteriores, el Tribunal afirmó que "cabe declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al artículo 226 TCE cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente", de manera similar a como lo hizo tempranamente en el caso Comisión c. Bélgica.⁸⁷ También sostuvo que el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales debe apreciarse teniendo en cuenta la interpretación que de ellas hacen los órganos jurisdiccionales nacionales.⁸⁸ En el caso analizado, el artículo 29, apartado 2 de la ley 428/1990, resulta en sí mismo "neutro por lo que respecta al derecho comunitario, tanto en relación con la carga de la prueba de que el tributo se ha repercutido sobre otras personas, como con los medios de prueba admisibles al efecto. Su alcance debe determinarse teniendo en cuenta la interpretación que de ella hacen los órganos jurisdiccionales nacionales."⁸⁹ Con respecto a las decisiones judiciales aisladas o minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, no deben ser tomados en consideración aunque sí deben ser tenidas en cuenta cuando se trata de una "interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste".⁹⁰ Ahora bien, en el caso la legislación interna fue objeto de interpretaciones jurisprudenciales divergentes, algunas de las cuales derivaron en una interpretación de la norma compatible con el Derecho comunitario, mientras que otra dio lugar a una aplicación incompatible con éste. Por lo tanto el Tribunal concluyó que dicha legislación no resultaba lo suficientemente clara para garantizar una aplicación compatible con el Derecho comunitario, y que procedía declarar el incumplimiento del Estado italiano.⁹¹ Por lo tanto Concluyó que la República Italiana incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al no modificar la norma citada, que daba lugar a una interpretación por parte de los órganos judiciales, especialmente por la Corte suprema di cassazione y una aplicación por parte de la Administración que hacía excesivamente difícil para el contribuyente el ejercicio del derecho a la devolución de los tributos recaudados contraviniendo las normas comunitarias. Como bien señala CHALMERS, el apartado dispositivo de la sentencia traslada el incumplimiento al poder legislativo en lugar de resultar imputable a la magistratura, razón por la cual este autor sostiene que el Tribunal ha preferido no avocarse sobre la cuestión difiriéndola a un momento posterior que sin duda ha de llegar y no puede evitarse por más tiempo.⁹² No obstante este caso puede también ser puesto en conexión con la doctrina que emana de la jurisprudencia Köbler⁹³ del Tribunal de Justicia, donde se sugiere que existe responsabilidad del estado incluso cuando el daño sufrido por un particular es consecuencia de una sentencia emitida por un tribunal nacional supremo que evita elevar una cuestión prejudicial y decide en sentido contrario al Derecho comunitario.⁹⁴ Aparentemente habría que tener en cuenta dos cuestiones que se presentan en el análisis de esta cuestión. La primera es aquella de la independencia judicial. Y la segunda es la cuestión de cuándo la infracción por parte del poder judicial será relevante para poder ser enjuiciada bajo el artículo 226 TCE.⁹⁵ En opinión de ROSSI y DI FEDERICO,⁹⁶ Italia ha sido declarada responsable por no enmendar una legislación cuyo texto es ambiguo y que induce a los tribunales a engaño.⁹⁷ Tanto es así que inclusive la Corte suprema di cassazione aplicó esta norma en un modo en el cual entraba en conflicto con el Derecho comunitario. De hecho, el Tribunal ya había dejado expresado en anteriores ocasiones que el alcance de la normativa nacional debe ser evaluado teniendo en cuenta su interpretación e implementación por las instancias judiciales.⁹⁸ Pero en este caso el tribunal ha ido un paso más allá: la regla debe ser considerada aplicable a violaciones derivadas exclusivamente de decisiones judiciales nacionales.⁹⁹ Los criterios para establecer cuándo una infracción por parte de los tribunales nacionales es significativa, los ofreció en el mismo caso el abogado general GEELHOED¹⁰⁰, y ya los hemos referido en el apartado anterior, pero debemos tener en cuenta que amplían el alcance¹⁰¹ de los requisitos extendiendo la aplicación de la responsabilidad a los tribunales inferiores, que hasta ahora contaban con una facultad discrecional de elevar el reenvío prejudicial, y a los que aparentemente no podría exigírseles su elevación, sino tan sólo la interpretación del Derecho comunitario de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de justicia, y su aplicación uniforme de conformidad con el artículo 10 TCE.

d. Posiciones doctrinales.-

El reporte conocido como Reporte Due, sobre el Futuro del Sistema Jurisdiccional de las Comunidades Europeas también se ha ocupado, entre otras cuestiones relativas al funcionamiento del Tribunal de Justicia, la mayoría de los participantes del informe han sido jueces del Tribunal de Justicia, o han estado conectados de algún modo al Tribunal, de ahí su importancia.¹⁰² Allí se discutió la cuestión de cómo remediar la violación de un órgano jurisdiccional nacional de última instancia de su obligación de referir cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, en particular cuando la decisión judicial resultante se encontraba en conflicto con el Derecho comunitario.¹⁰³ Si bien el problema no está cubierto por ninguna disposición específica del Tratado, el Informe Due estableció que es perfectamente posible para la Comisión elevar un recurso por incumplimiento contra un Estado miembro cuyos tribunales han ignorado el Derecho comunitario.¹⁰⁴ Esto es posible en virtud de el role de la comisión como guardiana de los tratados y la facultad conferida por el artículo 226 del Tratado CE de actuar contra un estado miembro que se encuentra en violación del derecho comunitario y si es necesario llevar al Estado ante el Tribunal de Justicia.¹⁰⁵

Con base en la actual posición de la Comisión en su dictamen motivado contra Suecia,¹⁰⁶ Ulf BERNITZ, sostiene que el recurso por incumplimiento debe ser utilizado por la Comisión como último recurso: la aceptación de el Derecho comunitario en los nuevos estados miembros es una cuestión de tiempo, aprendizaje y madurez y la formación de una nueva generación de abogados y jueces.¹⁰⁷

Para P. CRAIG y G. DE BÚRCA una falla de la judicatura de un estado miembro en ajustarse al derecho comunitario

no ha formado parte de las bases del procedimiento del artículo 226 para ejercer una acción de incumplimiento contra un estado. ¿Significa esto que una decisión de un tribunal nacional no puede ser sujeta a este proceso por la Comisión? En verdad el Tribunal ha dicho que el estado miembro es responsable incluso por acciones e inacciones de parte de los órganos del estado constitucionalmente independientes en su sentencia *Bouchereau*¹⁰⁸. Allí también se dejó expresado que el artículo 169, sólo entra en operatividad en los casos en que un tribunal de un estado miembro ignore o incumpla de forma deliberada alguna disposición de derecho comunitario, pero no en los casos de un juicio erróneo debido a una falsa interpretación de los hechos o del derecho.¹⁰⁹ Y dado el rol central jugado por los tribunales nacionales en la implementación y ejecución del derecho comunitario en el orden interno, su falla para ajustarse a las obligaciones comunitarias puede tener serias consecuencias para el derecho comunitario. De acuerdo con *RAWLINGS*¹¹⁰, la evitación de la Comisión de esos potenciales quebrantamientos queda dentro de la esfera de su ejercicio discrecional, en particular en lo referente a ciertos ámbitos altamente sensibles, como podría ser el que tratamos. El tribunal nunca ha abordado la cuestión de si un tribunal nacional puede ser sometido a un procedimiento por incumplimiento.¹¹¹ No obstante el error judicial no queda comprendido en este supuesto por no constituir una violación del Tratado.¹¹² *CHALMERS* recuerda¹¹³, que en 1974 la Comisión inició un procedimiento contra Alemania en relación a la decisión del Tribunal Constitucional Alemán en el caso *Internationale Handelsgesellschaft* pero que el proceso fue abandonado. No obstante en el caso *Comisión c. Italia*,¹¹⁴ el Tribunal sostuvo que el procedimiento por incumplimiento puede ser abierto respecto de aquellas prácticas judiciales que estén en conflicto con el derecho comunitario, incluso cuando se trate de Tribunales superiores. En opinión del autor citado, el Tribunal no ha ido lo suficientemente a fondo en este caso y ha enmarcado la cuestión como un problema relativo a la legislación italiana en lugar de un caso de práctica judicial deficiente¹¹⁵. Esto se explica porque según se desprende de la sentencia mencionada, cuando la legislación nacional hubiera sido objeto de diferentes interpretaciones judiciales, algunas que llevasen a la aplicación de esa legislación en cumplimiento del derecho comunitario y otras a resultados opuestos, debe sostenerse que, dicha legislación no es lo suficientemente clara para asegurar su aplicación en concordancia con el Derecho comunitario¹¹⁶. De este modo a juzgar por *CHALMERS* el Tribunal de Justicia evitó directamente confrontar con los Tribunales nacionales.¹¹⁷

Con base en la misma jurisprudencia *LENAERTS*, *ARTS*, *MASELIS* entienden que las violaciones del Derecho comunitario por parte de los Tribunales nacionales son también imputables al Estado miembro en cuestión aunque el mero error judicial no resulta base suficiente. Si un tribunal supremo nacional ignorase deliberadamente el Derecho comunitario, esto podría seguramente derivar en responsabilidad del Estado miembro concernido.¹¹⁸

Para *DASHWOOD* y *WHITE* el comportamiento de los órganos jurisdiccionales nacionales puede derivar en un procedimiento por incumplimiento de las obligaciones del Tratado por parte de un Estado Miembro. No obstante, para estos autores es importante retener qué tipo de infracciones judiciales podrían considerarse incluidas. Meros errores en la aplicación del Derecho comunitario no resultarían suficientes, toda vez que este es un riesgo intrínseco en la adjudicación judicial: deberá tratarse de un comportamiento que equivalga a un rechazo por el tribunal nacional en cuestión de cumplir su rol en el orden legal de la Comunidad o a reconocer el lugar preeminente de el Tribunal de justicia en ese orden.¹¹⁹

Según *SCHERMERS*, la posición más correcta es que la Comisión opte por la no incoacción del recurso de incumplimiento. El Tribunal de Justicia ha enfatizado repetidamente que el Derecho comunitario debe construirse sobre la base de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales. Ambos cuerpos juegan su rol, en razón de que el ordenamiento legal comunitario depende tanto de los órganos jurisdiccionales nacionales como del propio Tribunal de Justicia. En opinión de este autor una acción contra los tribunales nacionales puede derivar en un conflicto entre estos dos sistemas judiciales, el nacional y el comunitario. Aunque también podría lograr compeler a un estado a asegurar que sus tribunales actúen de forma diferente de cara al futuro. Esto podría derivar en presiones por parte del gobierno sobre sus tribunales nacionales cuando entiendan en cuestiones relativas al Derecho comunitario, presiones que resultan indeseables desde el momento en que numerosos casos de Derecho comunitario son llevados ante los tribunales nacionales contra los gobiernos. Es por esto que el autor sostiene que la Comisión debe intentar primero solucionar este problema por medios informales, y solamente si no existiera otro remedio entablar una acción como la consagrada por el artículo 169 TCE [actual artículo 234 TCE].¹²⁰

En diferente línea *EVANS* se inclina por la idea de la obligatoriedad por parte de la Comisión de iniciar el proceso por incumplimiento, dejando a salvo el supuesto en que un tribunal nacional ha infringido el derecho comunitario. El autor construye sus argumentos en torno al artículo 211 TCE (antiguo artículo 155 TCE), y sostiene que de la redacción de este precepto se desprende el deber general de la Comisión de asegurar la aplicación del derecho comunitario y en especial la obligación de acudir al recurso por incumplimiento ante el quebrantamiento de las obligaciones del Tratado por parte de los Estados miembros.¹²¹ El incumplimiento puede derivarse por la acción u omisión de cualquier institución del estado, incluyendo al poder judicial.¹²²

El autor observa que de acuerdo al párrafo 2 del artículo 226 (ex art 169) TCE, la Comisión disfruta de poder discrecional para elevar el asunto al Tribunal de Justicia. Pero mantiene que existe una obligación que viene dada por el artículo 211 TCE en conjunción con el artículo 226 TCE primer párrafo, de lo cual se deriva que de las dos fases del procedimiento una resulta obligatoria y la segunda discrecional. No obstante lo cual elabora una crítica a la formulación del primer párrafo del artículo 226 TCE, al observar que la mentada obligatoriedad de iniciar el procedimiento quedaría opacada toda vez que la Comisión "emitirá" su dictamen, cuando "estime" que un estado miembro se encuentra en violación a las normas del Tratado. De ahí sostiene el autor, se deriva un poder subjetivo e indefinido de apreciación a favor de la Comisión, a lo que se suma el problema de que el artículo 226 primer párrafo no indica un plazo para que la Comisión se expida a través del dictamen motivado¹²³. Es por esto que no queda menos que reconocer que la obligación que podría entenderse que se deriva del mandato del artículo 211 TCE, pierde su significación, ya que la letra del artículo 226 TCE deja poco espacio para la idea de actividad reglada y permite la discrecionalidad de la Comisión tanto en el caso de la apertura del procedimiento como en el supuesto de la elevación de la acción de incumplimiento al Tribunal de justicia. En todo caso sí cabría concluir que el artículo 211 TCE, obliga a la Comisión a asegurar la correcta aplicación del Derecho comunitario, mientras que el artículo 226 TCE provee de los medios por los cuales la Comisión *puede*, dar cumplimiento a esa obligación¹²⁴. Y también puede pensarse que el poder discrecional de la Comisión tal como se regula en el artículo 226 TCE, puede afectar la obligación reconocida en el artículo 211 TCE¹²⁵, recibiendo a su vez una influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la cual ejercerá a través de sus decisiones.^{126 127}

Con respecto al incumplimiento del Estado miembro causado por la infracción del Derecho comunitario por parte de los órganos jurisdiccionales, el mismo autor defiende que los tribunales nacionales deberían persuadirse de cumplir esta obligación sin el recurso al artículo 226 TCE. De este modo el uso de dicho artículo no resultaría necesario para asegurar la aplicación del Derecho comunitario en esta área. Más allá de esto, los Estados miembros respetan el principio de separación de poderes. En verdad, la independencia judicial resulta un elemento vital en las constituciones liberal-democráticas. Por esta razón la acción prevista bajo el artículo 226 TCE podría percibirse como un obstáculo para esa independencia, a lo cual se añadirían dos problemas. En primer lugar, toda esperanza de asegurar la cooperación entre los tribunales nacionales se perdería. En segundo lugar, la Comisión podría encontrar una oposición feroz de parte de abogados y políticos de los Estados miembros involucrados. Consecuentemente, incluso si el Tribunal de Justicia se encontrase a favor de la Comisión, la sentencia puramente declarativa que se dicta en consonancia con el segundo párrafo del artículo 226 TCE no sería respetada.¹²⁸

Para AUDRETSCH, existe obligación de la Comisión de emitir un dictamen motivado, si entiende que el Estado miembro ha incumplido sus obligaciones de derecho comunitario, aunque resulta curioso que la obligación de la Comisión se haga depender de su propia visión, por lo que puede tomar la ley en sus propias manos. En el Tratado de Roma esta tesis es refrendada por el hecho de que el recurso al Tribunal de Justicia, también en el caso de presumirse el incumplimiento es dejado a discreción de la Comisión.¹²⁹ Ahora bien, la obligación de emitir un dictamen motivado debe tomarse en un sentido relativo. La Comisión tiene poder discrecional considerable, con todas las ventajas y desventajas que eso implica. Al mismo tiempo puede asumirse que la Comisión actúa de buena fe, aunque esto no la exime de errores.¹³⁰

En lo que respecta al quebrantamiento de las obligaciones prescritas por el tratado por la judicatura, AUDRETSCH sostiene que no puede mantenerse que el Estado sea exculpado en estos casos. Para el autor citado, la afirmación de que el principio de separación de poderes no permite considerar al gobierno absuelto de la responsabilidad que le incumbe al estado y sus agentes para cumplir con el tratado es especialmente relevante también cuando un tribunal está en infracción. En principio el Estado puede también ser considerado responsable por las consecuencias de la violación de las obligaciones impuestas por el tratado cuando dichas infracciones son imputables a la judicatura.¹³¹

El mismo autor señaló que la Comisión declaró que en su visión el procedimiento previsto bajo el artículo 169 TCE [actual 226 TCE] es también aplicable cuando un órgano jurisdiccional nacional viola el derecho comunitario, y en particular la obligación de referir una cuestión al Tribunal de Justicia conforme lo indica el artículo 177 TCE [hoy artículo 234 TCE].¹³²

De acuerdo a la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, cualquier aplicación del procedimiento de incumplimiento en caso de violación del artículo 177 TCE [actual artículo 234 TCE], por un tribunal nacional podría incluso ser automáticamente frustrada por la independencia del poder judicial en relación al ejecutivo.¹³³ Este punto de vista podría aparecer demasiado absoluto. Debe tenerse presente de que se trata de un asunto delicado. En verdad, es obvio que la Comisión no puede indicar su parecer a un tribunal nacional. Ni tampoco puede requerir al gobierno que compela a tal tribunal a comportarse en una determinada manera. Esto podría afectar la independencia del tribunal, todo lo cual traería más inconvenientes que soluciones.¹³⁴

Para el citado autor, el procedimiento de incumplimiento no debe ser automáticamente excluido. La reticencia en verdad puede esperarse, desde que incluso un dictamen motivado debe ser visto como un asunto de gravedad, especialmente cuando la infracción fue cometida por un tribunal.¹³⁵

Recuerda el autor que en la práctica la Comisión nunca ha ejercido acción de incumplimiento en estos casos, incluso cuando la violación del derecho comunitario fue manifiesta.¹³⁶ Tampoco emitió ningún dictamen motivado o recomendación de conformidad con el artículo 155 TCE [hoy artículo 211 TCE], desde el momento que consideró que ese no resultaba un medio efectivo para inducir cambios en la conducta de un tribunal nacional.¹³⁷ La Comisión prefirió la vía de la negociación para la solución de este problema. Esto es entendible porque, como antes se explicó el tema resulta delicado y en concreto, el gobierno no puede compeler al juez, aunque en abstracto sí puede dictar nuevas leyes.¹³⁸ aunque esto podría llevar a una innecesaria reiteración del artículo 177 TCE [actual artículo 234 TCE] en el ordenamiento interno. Queda todavía la duda para el autor de si el hecho de hacer dejación de la obligación señalada por este artículo podría constituir una causa para recomendar la remoción de un juez.¹³⁹

e. En opinión de AUDRETSCH, la vía del recurso por infracción debe ejercitarse incluso cuando se trate de una violación incidental y no solamente de violaciones sistemáticas a la obligación de referir cuestiones prejudiciales, ya que el enjuiciamiento de una violación menor puede crear un precedente y esta sería una buena razón para ejercer el control por parte de la Comisión.¹⁴⁰ La referencia a la separación de poderes no puede tampoco constituir una base para exculpar al Estado miembro de responsabilidad (como podría serlo una fuerza mayor). En verdad, la realización de los objetivos de la Comunidad y el principio de solidaridad exige que el Derecho comunitario pueda ser aplicado y ejecutado simultáneamente, de manera integral, con idénticos efectos en todo el orden legal de las Comunidades, sin que los Estados miembros puedan interponer ningún tipo de obstáculos.¹⁴¹

f. Para MERTENS de WILMARS y VEROUGHSTRAETE, puede existir violación del derecho comunitario únicamente cuando un tribunal nacional sistemáticamente se niega a elevar reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia.¹⁴²

En opinión de BEBR, el artículo 177 TCE [art. 234 TCE] puede ser violado por un tribunal nacional en dos maneras: que un tribunal de última instancia incumpla su obligación de realizar una cuestión prejudicial, o que un tribunal nacional rehúse aplicar la doctrina emanada de una sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia. Existen diferentes formas de remediar este incumplimiento tanto a nivel comunitario como nacional.¹⁴³

A nivel comunitario, la Comisión puede, bajo artículo 169 del Tratado de la Comunidad Europea [actual artículo 226 TCE], iniciar una acción contra el Estado miembro cuya judicatura infringió el artículo 177 TCE [actual artículo 234 TCE]. La violación de la obligación derivada de este artículo que vincula a los tribunales nacionales, es como cualquier otra obligación de Derecho comunitario pasible de sanción por el artículo 169 TCE [artículo 226 TCE]. No existe ninguna base legal ni tampoco razón alguna para exceptuar esta obligación del procedimiento de incumplimiento, incluso aunque este pueda generar cierto tipo de problemas.¹⁴⁴ En primer lugar, según el criterio de este autor, la Comisión no tendrá que iniciar un procedimiento de tal gravedad, como el de incumplimiento, ante una mera infracción esporádica del artículo 177 TCE [actual art. 234 TCE], o su aplicación incorrecta por los tribunales nacionales. Claro que, la situación sería diferente si este precepto fuera sistemáticamente infringido o boicoteado, particularmente por los tribunales de última instancia. Bajo esas circunstancias, la Comisión podría incoar una acción por incumplimiento. Si el artículo 177 TCE [actual art. 234 TCE] fuera violado por la actuación administrativa o legislativa de un Estado miembro, la Comisión podría estar justificada, dada la vital importancia y la función de este artículo del tratado para la existencia y desarrollo del orden legal comunitario, a entablar resueltamente el procedimiento por infracción. En segundo lugar, el Tribunal impide a cualquier jurisdicción controlar y asegurar una apropiada y correcta aplicación del derecho comunitario, incluyendo el artículo 177 TCE [art. 234 TCE], por los tribunales nacionales. Este no tiene el poder de anular una decisión de un tribunal nacional que actúa en violación de su obligación de respeto al artículo 177 TCE [art. 234 TCE]. Actuando en un procedimiento por incumplimiento iniciado por la Comisión, el Tribunal puede meramente determinar un incumplimiento del Estado miembro cometido por la judicatura. En tercer lugar esa decisión del Tribunal puede tener algún efecto limitado, no solo porque de su naturaleza se deriva que el Estado miembro está en poder de ejecutarla, sino también por razón de la independencia del poder judicial. Surgen entonces las dudas de la naturaleza de las medidas que el Estado miembro podría tomar para ejecutar y asegurar el respeto de la obligación derivada del artículo 177 TCE [art. 234 TCE] por parte del poder judicial. Dictar legislación interna que reitere la obligación indicada en este precepto, podría ser, un erróneo y peligroso camino con desastrosas consecuencias. Por esto propone que una decisión interna dictada por ejemplo por el Ministerio de Justicia podría ser el único camino para una solución. Por otro lado, la sentencia del Tribunal bajo el procedimiento del artículo 169 TCE [actual artículo 226 TCE], a criterio de BEBR, no afectaría las decisiones de los tribunales nacionales que mientras tanto han ganado fuerza, incluso aunque hubiesen infringido el artículo 177 TCE [actual art. 234 TCE].¹⁴⁵

Compartiendo el criterio expresado por EVANS, DIEZ HOCHLEITNER, entiende que el poder de la Comisión para iniciar el procedimiento por infracción se encuentra presidido por el principio de legalidad, que se impone a partir del artículo 211 TCE y que obliga a la Comisión a velar por la aplicación del Derecho comunitario, tarea para la que

cuenta con el artículo 226 que consagra el procedimiento por incumplimiento como un instrumento para dicha finalidad.¹⁴⁶

El autor introduce una matización en sus consideraciones ya a su criterio "afirmar que el poder de la Comisión no es discrecional en el marco del artículo 169.1 no obsta para reconocer que 'dispone a este respecto de una amplia facultad de apreciación', pues obviamente es a ella a quien corresponde estimar si, a su juicio, se ha producido o no un incumplimiento. Pero tal discrecionalidad no va sin embargo referida a la facultad que supuestamente tendría para decidir si estima oportuno o no iniciar el procedimiento precontencioso ante un incumplimiento, sino a la propia apreciación de si éste se ha producido o no".¹⁴⁷ Todo lo cual en definitiva conduciría a pensar que en definitiva la Comisión goza de plena discrecionalidad, teniendo en cuenta especialmente que contra la inacción de la Comisión no procede un recurso por omisión.¹⁴⁸

Con respecto a los casos de resoluciones de órganos judiciales nacionales contrarias al derecho comunitario, el autor opina que no cabe entender que se trata propiamente de infracciones de los Tratados imputables al Estado miembro. El principio de subsidiariedad y el carácter descentralizado del sistema jurisdiccional comunitario avalan esta singular postura. Sostiene que los tribunales nacionales forman parte del sistema jurisdiccional comunitario de carácter descentralizado, donde sus relaciones con el Tribunal de Justicia están presididas por el principio de colaboración y aseguradas por el artículo 234, lo cual impediría utilizar el artículo 226 por parte de la Comisión en estos supuestos, sumado a que el error judicial no constituye una infracción del Tratado.¹⁴⁹

Pero no descarta que resulte procedente la acción por incumplimiento en caso de violaciones flagrantes y reiteradas del derecho comunitario por los órganos judiciales de un estado miembro, como lo es la del rechazo sistemático por los tribunales de última instancia de plantear la cuestión prejudicial.¹⁵⁰

ANTECEDENTES PREVIOS AL DICTAMEN MOTIVADO 2003/2161: DOCTRINA EMANADA DEL CASO LYCKESKOG Y SU ACATAMIENTO EN EL REINO UNIDO.

Antecedentes del Dictamen Motivado nº 2003/2161 de la Comisión: Caso Lyckeskog 99/00.

El caso mencionado fue especialmente tenido en cuenta por la Comisión al examinar el estado del derecho procesal sueco y la práctica de los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia.

Las cuestiones prejudiciales se suscitaron en el marco de un procedimiento promovido contra el Sr. Lyckeskog "por contrabando en grado de tentativa, al haber intentado aquél introducir en Suecia 500 kg de arroz desde territorio noruego sin declarar esta importación."¹⁵¹

De acuerdo al derecho sueco, los tribunales de apelación dictan resoluciones que pueden ser objeto de recurso ante el Högsta domstolen (Tribunal Supremo sueco). Si el recurso es presentado por el fiscal general en los asuntos en que se ejerce la acción pública, éste siempre es examinado. En otros supuestos, el examen del fondo del recurso está a cargo del Högsta Domstolen, y supeditado a una previa declaración de admisibilidad por parte éste tribunal.¹⁵²

Conforme al artículo 10 del capítulo 54 del Código de enjuiciamiento¹⁵³, el Högsta domstolen sólo puede declarar la admisibilidad si:

"1. es importante para la aplicación uniforme del Derecho que el recurso sea examinado por el Högsta domstolen," o¹⁵⁴

"2. existen motivos particulares para el examen del recurso, tales como la existencia de motivos de revisión o de un vicio de forma, o bien cuando la resolución del asunto ante el Hovrätten se basa manifiestamente en una omisión o un error grave»".¹⁵⁵

El interesado interpuso un recurso de apelación contra la sentencia condenatoria ante el Hovrätten för Västra Sverige, y éste suscitó la cuestión prejudicial de sí, "aun cuando consideraba que podía pronunciarse sobre el fondo del asunto por no plantear las disposiciones comunitarias aplicables dificultades de interpretación, debía ser considerado un órgano jurisdiccional de última instancia y, por consiguiente, si estaba obligado a plantear al Tribunal de Justicia, conforme al artículo 234 CE, párrafo tercero, una cuestión prejudicial sobre la interpretación de las disposiciones pertinentes del Reglamento nº 918/83, habida cuenta de que no parecían reunirse los requisitos establecidos en la sentencia de 6 de octubre de 1982, Cifit".¹⁵⁶

Así el órgano jurisdiccional sueco consultó al TJCE elaborando las siguientes preguntas:

Si "un órgano jurisdiccional nacional que en la práctica constituye la última instancia en un proceso, debido a que se exige una autorización especial del recurso a fin de que el asunto pueda ser examinado por el Tribunal Supremo, ¿es un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, párrafo tercero?"¹⁵⁷

Así mismo, si un "órgano jurisdiccional que se encuentre en la situación a que hace referencia el artículo 234 CE, párrafo tercero, ¿puede no presentar una petición de decisión prejudicial cuando considera que resulta claro cómo deben resolverse las cuestiones de Derecho comunitario planteadas en el proceso, aun cuando dichas cuestiones no estén comprendidas en la doctrina del acte clair o del acte éclairé?"¹⁵⁸

Nótese la contradicción que evidencia la segunda pregunta, ya que en caso de no encontrarse las cuestiones comprendidas dentro de los márgenes de la doctrina del acto claro o bien, del acto aclarado no podrá el órgano jurisdiccional estatal dejar de elevar consulta prejudicial ante el TJCE.

Podemos conocer la postura de la Comisión que intervino en este caso presentando observaciones, sosteniendo que "un órgano jurisdiccional que se pronuncie en última instancia sobre una declaración de admisibilidad y considere que no se ha tratado correctamente una cuestión de Derecho comunitario está obligado bien a plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia conforme al artículo 234 TCE, párrafo tercero, bien a invocar uno de los límites a la obligación de remisión establecidos en la sentencia CILFIT y otros, antes citada, o, por último, a remitir el asunto a un órgano jurisdiccional inferior. Así, la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial se conserva en cualquier caso, con lo que se evita el riesgo de menoscabar la interpretación uniforme del Derecho comunitario."¹⁵⁹

El TJCE sostuvo que "las resoluciones de un órgano jurisdiccional nacional de apelación que puedan ser impugnadas por las partes ante un tribunal supremo no proceden de un «órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno», en el sentido del artículo 234.3 TCE. La circunstancia de que el examen del fondo de estas impugnaciones quede supeditado a una previa declaración de admisibilidad por el Tribunal Supremo no tiene por efecto privar a las partes de recurso".¹⁶⁰

Señala el TJCE que esto mismo sucede con el sistema sueco. "Las partes conservan en cualquier caso el derecho de interponer un recurso ante el Högsta domstolen contra la sentencia de un hovrätt, de tal modo que éste no puede calificarse de órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso. Debe señalarse que, con arreglo al artículo 10 del capítulo 54 del Código de enjuiciamiento (rättegångsbalken), el Högsta domstolen puede declarar la admisibilidad si es importante para la aplicación uniforme del Derecho que el recurso sea examinado por dicho órgano jurisdiccional."¹⁶¹

Pero en lo que toca al Tribunal Supremo, "si se plantea una cuestión de **interpretación o de validez** de una norma de Derecho comunitario, el Tribunal Supremo se verá, conforme al artículo 234 CE, párrafo tercero, en la obligación de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, bien en la fase de examen de la admisibilidad, bien en una fase posterior."¹⁶²

Sin perjuicio de todo lo anterior el tribunal penal sueco no debía ser considerado órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234.3 TCE en lo concerniente al caso en estudio.¹⁶³ Sí es merecedor de esta calificación el Tribunal Supremo.

Reino Unido.-

A raíz del propio caso Lyckeskog nos encontramos también con el antecedente de Reino Unido¹⁶⁴, por el cual se modifica la legislación procesal interna para lograr una adecuación de éstas con la obligación de reenvío marcada por el artículo 234.3 TCE¹⁶⁵. La jurisdicción encargada de remitir los casos a la House of Lords que es el Appeal Committee, esta remisión se efectúa bajo la petición específica denominada Petition for Leave to Appeal. A partir del Reporte número 38 del 3 de Abril de 2003¹⁶⁶ el Appeal Committee se encuentra obligado a brindar los fundamentos de rechazo de el Leave to Appeal, al haberse efectuado las enmiendas al proceso y en relación a este órgano que reporta a la House of Lords, cuando un caso de Derecho comunitario es relevante, ahora deben ofrecerse los motivos de porqué se deniega el derecho de que el caso sea revisado por la House of Lords denegando también el reenvío prejudicial al TJCE. Esta denegación debe reflejar las circunstancias apuntadas en la doctrina CILFIT.

DICTAMEN MOTIVADO DE LA COMISIÓN 2003/2161 EN EL MARCO DE UN PROCEDIMIENTO POR INCUMPLIMIENTO.

Contenido del dictamen motivado.

El dictamen motivado 2003/2161, de la Comisión, fue emitido bajo el primer párrafo del artículo 226 TCE, concerniente al incumplimiento de las obligaciones de Suecia con relación al artículo 234.3 TCE.¹⁶⁷ Este es un importante antecedente para la comprobación de que, es posible que en adelante, interesar de la Comisión un procedimiento por incumplimiento de un Estado miembro, por violación de sus órganos judiciales de la obligación que se desprende del tercer párrafo del artículo 234 TCE, en relación al no planteamiento del reenvío prejudicial cuando las decisiones emanen de aquellos tribunales estatales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno. Como hemos tenido ocasión de observar, esto no había sucedido en etapas anteriores con fundamento en el principio de independencia judicial.

En apoyo a los pasos seguidos por la Comisión, y en el entendimiento de que debe darse acabado cumplimiento de la obligación señalada por el artículo 234 tercer párrafo por parte de los tribunales supremos nacionales, indicaremos que dicha obligación no solo comprende aquellos que están en la cumbre del sistema judicial sino también que resuelven en última instancia en el marco de un proceso.¹⁶⁸ Una expuestos los motivos por los cuales debe darse acabado cumplimiento al tercer párrafo del artículo 234, como ha quedado de manifiesto en los apartados anteriores, no observamos motivo alguno para llegar a la conclusión de que la independencia de los altos tribunales se vería obstaculizada por el hecho de que en un procedimiento por incumplimiento se señale la medida de la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales supremos nacionales. La fiscalización que permite realizar la vía del artículo 226, se presenta como uno de los pocos medios de control del adecuado funcionamiento del sistema jurisdiccional y el engranaje del artículo 234 como piedra angular de dicho sistema que asegura la uniformidad del ordenamiento comunitario, cuando falla el instrumento del reenvío prejudicial ejercitado a través de las jurisdicciones nacionales.

La Comisión, envió a Suecia una carta de notificación formal con fecha 1 abril de 2004, por la cual llamó la atención sobre la práctica de los tribunales supremos en aplicación de las reglas de procedimiento sobre cuestiones prejudiciales conforme art. 234.3 TCE. En concreto, al exigir en dichas normas de procedimiento una declaración de admisibilidad de las solicitudes de apelación (declaración que funcionaba como obstáculo para efectuar un reenvío prejudicial cuando la cuestión presentarse contenido de Derecho comunitario), los órganos jurisdiccionales de última instancia, al no ejercitar la cuestión prejudicial se encontraban en violación de la obligación marcada por el mencionado artículo, y con ello el Estado sueco podría ser responsable de infringir el derecho comunitario.¹⁶⁹

Para efectuar este señalamiento la Comisión tomó como base el antecedente de que el TJCE había emitido una decisión en el caso 99/00 Lyckeskog v K¹⁷⁰, concerniente al significado de la expresión ubicada en el 3º párrafo del artículo 234 TCE, "**juez o tribunal de un estado miembro contra el cual sus decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno**" y teniendo en cuenta muy especialmente del contenido del requerimiento de obtener un recurso de apelación ante un tribunal de grado superior.¹⁷¹

Recordemos que, en el caso mencionado, el Tribunal de Apelación penal¹⁷², interesó la interpretación de ciertas cuestiones incluyendo la de si ese mismo órgano jurisdiccional, en tanto que tribunal de apelación, "el cual en la práctica es la última instancia en un caso, porque una declaración de admisibilidad es requerida en orden a la revisión por el tribunal supremo del país", quedaba sujeto a la obligación en el 3 párrafo del artículo 234 TCE. El requerimiento del tribunal de apelación indica que bajo la ley sueca "un pedido de apelación debe ser concedido, de un lado, con referencia a una cuestión de derecho tan compleja que un exhiba interés en dilucidar la cuestión en forma de precedente, y de otro lado, si una decisión en un único asunto por el tribunal de apelación es manifiestamente atribuible a un serio error".¹⁷³ La Comisión hace suyas las palabras del Tribunal de Justicia en el caso Lyckeskog.

El TJCE resolvió que si una cuestión sobre la interpretación o validez de una norma de Derecho comunitario acaece, el Tribunal Superior estará en la obligación, bajo el artículo 234.3 TCE, de referir la cuestión al Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas. Tanto en la etapa de examen de admisibilidad como en una etapa procesal posterior.¹⁷⁴

En vista de lo dicho, y de la descripción dada por el Tribunal de Apelación de las reglas aplicables al procedimiento de apelación, surge la duda para la Comisión, de si la legislación sueca sobre procedimiento y sobre aplicación de la ley por los tribunales suecos de última instancia, se conforma a la obligación de los órganos jurisdiccionales bajo el tercer párrafo del artículo 234 TCE. Dadas estas cuestiones el 21 de enero de 2003, la Comisión envió una nota informal en relación a este punto a la oficina de representación permanente de Suecia, con posterioridad a la que recibió una respuesta de la oficina del Ministerio de Justicia el 18 de marzo de 2003.¹⁷⁵

Esta respuesta expresaba que los temas tratados se aplican a ambos, los tribunales civiles generales y los tribunales administrativos. De tal modo, las decisiones formales de un tribunal de apelación o un tribunal administrativo de apelación pueden normalmente ser recurridas ante el Tribunal Supremo o el Supremo Tribunal Administrativo. Al referirse a la justificación acerca del sistema de admisibilidad de los recursos de apelación, se sostuvo que, el rol de los tribunales supremos en la formación de precedentes jurisprudenciales, se fundamenta en que constituye un requisito general, que sea hecha una primera declaración de admisibilidad antes de que el caso entre en examen por parte del Tribunal Supremo.¹⁷⁶

Esto sucede en Suecia como en muchos otros países que cuentan con un sistema de certiorari¹⁷⁷ y garantiza que dicho tribunal no atienda cuestiones que no presentan relevancia o que no tienen importancia para sentar jurisprudencia.

Al informar a la Comisión sobre derecho procesal sueco, se puntualizaron los requisitos para realizar una previa declaración de admisibilidad son generalmente idénticos para el Tribunal Supremo y para el Tribunal Supremo Administrativo. La principal razón para emitir la previa declaración de admisibilidad es garantizar apelación con bases de precedente (on grounds of precedent). Los requisitos impuestos en la ley procesal para que el Högsta Domstolen pueda declarar dicha

admisibilidad hacen más restringido el acceso de los justiciables a las máximas instancias judiciales, por lo que este recurso es garantizado solo en casos excepcionales, con carácter restrictivo.¹⁷⁸

Pasemos a referirnos ahora a la ley procesal sueca en relación a las normas que regían el reenvío prejudicial: al momento de la emisión del dictamen motivado por parte de la Comisión, la legislación sueca no contenía reglas especificando el momento en que una cuestión prejudicial debía remitirse al TJCE, debiendo convenirse que el art. 234 era la única norma en la materia.¹⁷⁹

Dada la ínfima cantidad de cuestiones prejudiciales elevadas tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Supremo Administrativo,¹⁸⁰ las conclusiones de la Comisión al respecto no resultaron alentadoras para el Gobierno Sueco. Aquella no se mostró convencida de que la práctica sueca estuviera de acuerdo con el artículo 234 TCE, en especial en lo que concierne a la obligación de cooperación y prevención de desarrollo de prácticas del estado miembro que pudieran resultar contrarias a derecho comunitario.¹⁸¹

La Comisión consideró aplicable el caso *Lyckeskog* a la previa declaración de admisibilidad dirigida a todos los tribunales superiores o tribunales de instancia final, queriendo significar con ello que los tribunales de apelación o los tribunales administrativos de apelación, los cuales, por razón de la naturaleza del caso, están llamados a hacer una previa declaración de admisibilidad cuando actúan como tribunal de última instancia, están también cubiertos por la obligación instaurada por el TJCE.¹⁸² En esa línea de razonamiento, la Comisión enfatizó que, el derecho sueco incluso permite al órgano jurisdiccional efectuar una decisión de reenvío prejudicial antes de emitir una resolución final de previa declaración de admisibilidad. Ahora bien, observó la Comisión que esto no es lo que sucede en la práctica judicial. Conforme a lo dicho más arriba, está claro que una cuestión prejudicial nunca es elevada previamente a tal decisión sobre la admisibilidad del recurso de apelación, incluso aunque el derecho comunitario sea relevante en el caso tratado. Esto resulta a todas luces, contrario al artículo 234.3 párrafo TCE, el cual obliga a un tribunal nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, a efectuar una decisión de reenvío prejudicial. Además, la Comisión pudo observar que una decisión de rechazar la posibilidad de admitir la apelación, en la práctica procesal no expresa razones,¹⁸³ todo lo cual hace imposible para el particular verificar si la obligación del artículo 234 tercer párrafo ha sido debidamente cumplimentada. Por medio de comprobaciones a través de un ejemplo práctico, la Comisión arribó también a la conclusión de que en un caso ante el Tribunal de Apelación, ese órgano judicial aplicó el artículo 82 TCE como base para indemnizar daños, decisión que fue llevada en apelación al Tribunal Supremo, el cual rechazó dicho recurso sin elevar una cuestión prejudicial en la etapa de examen de admisibilidad mismo. Más generalmente no fue posible para la Comisión obtener informaciones acerca de efectivas remisiones prejudiciales decididas durante el examen de la cuestión de admisibilidad.¹⁸⁴ Esto último naturalmente producto de su inexistencia.

Además, en relación a la aplicación del derecho procesal, el Tribunal de Apelación penal, ha indicado que una incorrecta interpretación del derecho comunitario no es base para una declaración de admisibilidad del recurso.¹⁸⁵ Concepción que demuestra un alejamiento de la normativa comunitaria vigente y su recta interpretación.

Las autoridades suecas, en su respuesta a las investigaciones de la Comisión, han informado que no hay reglas de derecho interno que prescriban cuando una cuestión prejudicial comunitaria tendría que ser elevada, negando que esta *deba* ser efectuada. Se ha expresado que el juez que entiende en el asunto de la apelación *puede decidir* que una remisión de cuestión prejudicial comunitaria puede ser efectuada, refiriéndose a la facultad y no a la existencia de una verdadera obligación.¹⁸⁶ Nuevamente nos encontramos ante un error en la aplicación del derecho comunitario, que debe evitarse, lo cual evidencia que la Comisión se ha orientado en la dirección correcta al iniciar un procedimiento por incumplimiento a la luz del artículo 226 TCE. Todo órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno resulta alcanzado por la obligación del artículo 234.3 TCE, razón por la cual no resulta posible que se anteponga la doctrina jurisprudencial que recibe las excepciones pretorianamente creadas para evadirse de este cumplimiento que debe primar. Nos referimos a la doctrina CILFIT¹⁸⁷, únicamente los criterios emanados de esta jurisprudencia resultarán de aplicación y serán la justificación por la que el órgano jurisdiccional puede exceptuarse del cumplimiento de la obligación consagrada en el artículo 234.3 TCE, la Comisión en esta opinión no incluye la jurisprudencia *Da Costa Shaake*¹⁸⁸, aunque debemos también entenderla comprendida dentro de los supuestos.

Desde la perspectiva de la Comisión, la práctica judicial sueca puede indudablemente derivar en la creación de un "cuerpo de jurisprudencia nacional que no está de acuerdo con las reglas del derecho comunitario", que en nada beneficiaría a la uniformidad en la interpretación y aplicación de dicho sistema. También se indicó que el hecho de una decisión negativa de conocer la autorización para apelar, y su falta de motivación obstaculiza la recta interpretación y aplicación del derecho comunitario cuando una norma de éste ordenamiento es invocada, todo lo cual hace que el sistema de decisión en vía de apelación no sea transparente. La Comisión visto todo lo anterior, se encontró en la dificultad de cumplir su obligación como guardiana del TCE de verificar si el artículo 234 es completamente observado por el gobierno sueco, por no haber dado con ejemplos concretos del correcto cumplimiento de esas obligaciones en la práctica de los órganos judiciales.¹⁸⁹

La Comisión comunicó que una remisión de cuestión prejudicial *deberá* ser efectuada por el tribunal en cuestión, con la adecuada fundamentación de una previa declaración de admisibilidad cuando un conflicto de derecho comunitario se presenta en el caso. La única excepción a esta regla aceptada por el TJCE, se da cuando la doctrina del acto claro o el principio CILFIT se presentan.¹⁹⁰

Puede ser de utilidad el ejemplo de Reino Unido concerniente a la elevación de un recurso de apelación. Incluso aunque las reglas procesales de Reino Unido difieren en este punto de las suecas, hay ciertas similitudes en el sentido de que las razones para rechazar el recurso de apelación no necesitaban ser expresadas. En el Reino Unido una solicitud e recurso de apelación es de conocimiento del Comité de Apelación, (Appeal Committee), el cual informa a la House of Lords. Esta última formalmente concede el recurso de apelación pero la decisión del Appeal Committee, de rechazar el recurso no requerían expresar las razones en que está basado. Estas normas procesales ahora han sido modificadas a raíz del caso *Lyckeskog*, y la interpretación del tercer párrafo del artículo 234 TCE. Cuando el Appeal Committee notifica a la House of Lords de que el recurso de apelación debe ser rechazado en un caso en que la cuestión de derecho comunitario es relevante, ahora deben expresarse las razones de que se considera que esa concesión del recurso de apelación no debe ser otorgada, esas razones deben reflejar las circunstancias indicadas en la sentencia del TJCE en CILFIT.¹⁹¹ Una actividad semejante a la desarrollada por el legislador inglés no se observa en el caso de Suecia para subsanar el problema que se presenta cuando un Tribunal Supremo debe examinar la admisibilidad de un recurso y se presentan cuestiones controvertidas de derecho comunitario en el caso.

El gobierno Sueco,¹⁹² mantuvo que la posición de la Comisión no era acertada, sostuvo que la ley Sueca permite remisiones al TJCE bajo el artículo 234.3.¹⁹³ Así, mantuvo que la ley sueca habilita a los tribunales supremos requerir del TJCE una cuestión prejudicial, para cumplir con el artículo 234.3 TCE.¹⁹⁴

Como argumento de defensa, opuso que el hecho de que los tribunales suecos, según la opinión de la Comisión, en apariencia nunca han referido al TJCE una solicitud para emitir una sentencia prejudicial del derecho comunitario antes que una decisión final sea dictada sobre una previa declaración de admisibilidad, no puede jamás ser interpretado como si el sistema sueco estuviera quebrantando el artículo 234.3 TCE. Cuando Suecia obtuvo la membresía de la Unión Europea, se concluyó que no había necesidad de efectuar ninguna reforma en las leyes suecas, las leyes civiles, administrativas y de procedimiento.¹⁹⁵

En opinión del gobierno sueco, la introducción en las leyes de derecho interno sobre "cuándo una solicitud de cuestión prejudicial será hecha, requiere seria consideración desde que la obligación descansa en el Tratado y más precisamente en la jurisprudencia del TJCE. Una norma interna en este tema debe entonces tomar como punto de partida que la obligación está regida por el derecho comunitario y es aplicable en todos los estados miembros en la misma manera".¹⁹⁶ En todo caso el gobierno sueco comenzaría una revisión de su legislación, y la Comisión sería informada sobre el trabajo continuo y las decisiones que se tomarían en adelante.¹⁹⁷

Sin embargo, a juicio de la Comisión, de todo lo investigado se deducía una clara demostración de que la aplicación de las reglas procesales suecas sobre previa admisibilidad del recurso de apelación, violan la obligación que incumbe a los tribunales nacionales acorde al artículo 234.3 TCE desde que en casos puntuales analizados por la Comisión, el Tribunal de Apelación decidió que el artículo 82 era el marco legal para condena por daños, y el caso fue llevado en apelación al Tribunal Supremo. Este asunto nunca fue sometido a interpretación por el Tribunal de Justicia antes de que la declaración de admisibilidad fuera rechazada. La decisión de inadmisibilidad no fue motivada tampoco.¹⁹⁸

Esta circunstancia, sumada a la falta de contestación del gobierno sueco, constituye una violación del artículo 234.3 TCE, y puede crear una jurisprudencia que no esté de acuerdo con el derecho comunitario y, en esas circunstancias devino imposible para la Comisión como guardiana del Tratado, controlar si el artículo 234 es cumplido acabadamente.¹⁹⁹

En el entendimiento de la Comisión, **todas las autoridades estatales, incluyendo la judicial están obligadas a cumplir con sus tareas con las reglas del derecho comunitario que rigen directamente las situaciones individuales. Por lo tanto, la independencia de un tribunal de última instancia no está en cuestión.**²⁰⁰ Por primera vez esto es afirmado por la Comisión en concordancia con el Tribunal que lo ha expresado desde su sentencia Bouchereau, a lo que la Comisión ha agregado que el principio de independencia judicial no se encuentra afectado por la incoacción de una acción de incumplimiento.

Incluso aunque se argumente que el derecho procesal sueco, de acuerdo con su tenor permite a los tribunales suecos requerir del Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial, la Comisión, manteniendo su punto de vista, sostuvo que el Tribunal Supremo estará en la obligación conforme al artículo 234.3, de remitir una cuestión al TJCE tanto en la etapa de examen de admisibilidad como en una etapa posterior. Teniendo en cuenta que en este caso esa condición no se cumplía, la Comisión sugirió que "puede ser de utilidad, en orden a asegurar que los Tribunales Supremos cumplan con la obligación del artículo 234.3, complementar las reglas procesales existentes."²⁰¹ La Comisión concluyó entonces, que la aplicación de las actuales reglas procesales suecas sobre una previa declaración de admisibilidad, dan lugar a una situación en la que la obligación 234.3 no es acabadamente cumplida. En caso en que una duda de derecho comunitario surja, y las remisiones prejudiciales no sean elevadas, antes o después de la decisión sobre la admisibilidad de un recurso de apelación. La falta de motivación de una decisión de inadmisibilidad de dicho recurso, es un estos casos imposible de revisar objetivamente, así como resulta imposible saber si el tribunal nacional de última instancia han dado cumplimiento al artículo 234.3. La Comisión consideró que esta práctica es contraria al derecho comunitario, invitando al gobierno de Suecia a tomar medidas para cumplir con esta opinión razonada.²⁰² Si el Estado miembro no cumpliera con lo prescrito en el Dictamen Motivado dentro del plazo establecido por la Comisión, ésta última podrá iniciar acción judicial contra el Estado miembro llevando el asunto ante el Tribunal de Justicia invocando el artículo 226 párrafo 2, con el argumento de que hay una quiebra de las obligaciones del Tratado. Si el Tribunal de Justicia encuentra que dicho Estado miembro ha fallado en cumplir dichas obligaciones, podrá ser requerido para tomar todas las medidas necesarias para ajustarse a la sentencia del Tribunal de Justicia conforme al artículo 228 (1) del Tratado CE.²⁰³

Relación con la doctrina CILFIT sobre el acto claro.

El Dictamen Motivado contra Suecia y su justificación debe ser observado a la luz de los principios sentados en la sentencia CILFIT del Tribunal de Justicia, como lo expresó la Comisión y lo hemos comentado en el apartado anterior.²⁰⁴ Se sigue de la letra del artículo 234.3 TCE, que un tribunal de última instancia deberá llevar un caso concerniente a la interpretación del Tratado ante el Tribunal de Justicia para que se expida en una decisión prejudicial de interpretación, si la opinión del Tribunal fuera necesaria.²⁰⁵ El Tribunal de Justicia ha expresado tempranamente en su sentencia Da Costa, que no hay obligación de elevar un reenvío prejudicial cuando la cuestión es materialmente similar a otra ya decidida por el Tribunal.²⁰⁶ Años más tarde el Tribunal tomó una posición más elaborada sobre el alcance de la obligación de referir cuestiones prejudiciales. Se trata de caso CILFIT.

Son requisitos para que un órgano jurisdiccional en cualquier estado miembro, pueda someterse al mecanismo prejudicial, establecido por el artículo 234, "1) que se suscite ante el juez interno una cuestión relativa a la interpretación o a la apreciación de validez de una norma comunitaria; 2) que dicha cuestión surja en un asunto pendiente ante el órgano judicial, 3) que para poder emitir su fallo, el juez nacional necesite que el Tribunal de Justicia se pronuncie al respecto con carácter previo".²⁰⁷

Una vez verificados estos extremos, por el párrafo segundo del artículo 234 TCE, cualquier órgano jurisdiccional se encuentra en la facultad de plantear la cuestión prejudicial de interpretación.

En determinadas circunstancias, de acuerdo al Tercer párrafo del artículo 234, dicha facultad deviene en obligación, "cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno". Esto significa que, los órganos judiciales inferiores de los estados miembros tienen la facultad de utilizar las cuestiones prejudiciales de interpretación. Por el contrario, los órganos jurisdiccionales supremos, o aquellos que están llamados a decidir en última instancia están obligados plantearla. En este supuesto podrían encontrarse los tribunales constitucionales, si bien no ostentan la consideración de tribunales supremos, ya que la idea de plantear la cuestión prejudicial se encuentra íntimamente ligada a la necesaria operación de precisar el significado de órgano jurisdiccional que decide en última instancia.²⁰⁸

El tercer párrafo del artículo 234, va referido a las cuestiones prejudiciales de apreciación de validez, y ha sido completado jurisprudencialmente por el TJCE. La jurisprudencia que completa el precepto señala que, "la declaración de invalidez de un acto comunitario compete en exclusiva al TJCE por motivos de seguridad jurídica"²⁰⁹. De lo anterior puede colegirse que, todo órgano jurisdiccional, se encuentra en la obligación de plantear una cuestión prejudicial de apreciación de validez ante el TJCE, en el caso de que considere oportunas las alegaciones vertidas en el litigio principal acerca de la validez o invalidez de la norma comunitaria aplicable. Todo esto con independencia de que dicho órgano judicial decida o no en última instancia. De los anteriores criterios, también resulta extraíble el de la incompetencia del juez nacional para declarar la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias a su discreción, dado que éste únicamente se encuentra habilitado para desestimar los motivos de invalidez alegados.²¹⁰

El margen de apreciación con el que cuenta juez nacional para comprobar si en los litigios de los que conocen se suscitan o no serias dudas sobre la interpretación o validez de una norma comunitaria, no debe ser utilizado por las jurisdicciones nacionales como excusa para evitar acudir ante el TJCE. Las limitaciones a que los jueces nacionales deben ajustarse, fueron adecuadamente precisadas en la sentencia CILFIT²¹¹, en la cual el Tribunal de Justicia aclaró que "la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse, con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada", y "antes de llegar a tal conclusión, el órgano jurisdiccional nacional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros estados miembros, y al tribunal de justicia de forma que solo si se cumplen estos requisitos el órgano jurisdiccional nacional podrá abstenerse de someter la cuestión al tribunal y resolverla bajo su propia responsabilidad." Con esta jurisprudencia, el TJCE ha matizado el alcance de la obligación plantear cuestiones prejudiciales, que no se da en los supuestos en que exista una jurisprudencial

consolidada o cuando los términos claros del precepto se impongan, con tal evidencia, que hagan inútil por superflua la consulta prejudicial (teoría del acto claro).

En consonancia con las consideraciones antes vertidas, respecto a la obligación que pesa sobre los tribunales señalados por el artículo 234.3 de remitir cuestiones prejudiciales de interpretación y de apreciación de validez, y respecto a las primeras, todo parece indicar que se encontrarían en condiciones de aplicar la doctrina sentada en la sentencia CILFIT y posteriores, en condiciones altamente restrictivas²¹², dado su carácter de Tribunales de última instancia, cuyas decisiones tienen carácter firme. En cuanto a la remisión prejudicial de apreciación de validez, debemos decir que, la prohibición que alcanza a los jueces ordinarios de examinar la legalidad de las normas o actos de las Instituciones comunitarias, se hace extensiva también a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso, antes bien a los tribunales de última instancia. Quedan comprendidos en esta hipótesis también los Tribunales Constitucionales.

De resultas, y por su viabilidad de aplicación en condiciones altamente restrictivas, la doctrina CILFIT no puede ampliarse excesivamente, como ha quedado sentado en la jurisprudencia del TJCE y a través de las conclusiones de los abogados generales.²¹³

En el Informe Due también se ha propuesto una redacción más flexible para el artículo 234 que permitiría una interpretación menos restrictiva de esta doctrina.²¹⁴ Así se sugirió que los tribunales nacionales de última instancia deben estar obligados a referir un caso al Tribunal de Justicia cuando la cuestión resulte de suficiente importancia al Derecho comunitario y que haya una duda razonable sobre la respuesta a la cuestión.²¹⁵ Naturalmente si se diese esta redacción al artículo 234, éste podría ser interpretado en varias maneras diferentes, por su vaguedad, y daría a los tribunales nacionales mayor margen de maniobra para decidir por sí mismos sin necesidad de referir cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, por lo que esta nueva concepción del recurso prejudicial quedaría desvirtuada, y probablemente por esta razón se ha decidido no realizar modificaciones en su redacción en las posteriores Conferencias Intergubernamentales.²¹⁶

El Tribunal ha reafirmado la doctrina CILFIT en casos posteriores, inclusive en el caso Köbler²¹⁷ que hemos de tratar seguidamente, sobre la obligación de los tribunales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso, bajo esta jurisprudencia parece haber menos resquicio para que los tribunales supremos se aparten de los principios sentados en la sentencia CILFIT que el Tribunal parece querer reafirmar.²¹⁸

Como vemos esto también ha quedado claro en la exposición de la Comisión en su opinión razonada, donde manifestó que las únicas vías posibles para el juez de última instancia de evadirse de la decisión de reenvío serán en todo caso los supuestos admitidos por la doctrina CILFIT²¹⁹, sin mencionar la doctrina Da Costa Shaake²²⁰, que creemos también de aplicación. En todo caso el principio emanado del caso CILFIT es claro, y el juez nacional podrá hacer uso de los criterios allí establecidos absteniéndose de referir una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, y resolver él mismo el conflicto pero "bajo su propia responsabilidad", lo que no exime eventualmente al Estado miembro en cuestión de responder por las violaciones del artículo 234.3 por parte de los órganos judiciales, y habilita perfectamente a la Comisión a interponer una acción por incumplimiento bajo el artículo 226 TCE, en caso de que estas violaciones fueran de carácter sistemático y reiterado, según se desprende del Dictamen motivado que hemos tenido ocasión de analizar.

Relación del Dictamen Motivado de la Comisión con la doctrina Köbler, sobre responsabilidad por daños causados por los Tribunales supremos.

La Comisión subrayó en su Dictamen Motivado dirigido al gobierno sueco que un estado miembro es responsable por la observancia del derecho comunitario independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro que ha causado dicha violación²²¹. De ello se sigue que los tribunales supremos no pueden considerarse exentos de esta obligación. La Comisión llega a esta conclusión trayendo a colación principalmente el caso Köbler²²², al que se refiere. El principio general de responsabilidad del estado por daños causados en violación de sus obligaciones de derecho comunitario fue establecido por el Tribunal en 1991 en su sentencia Francovich²²³. En este caso el daño fue causado por la no implementación de una directiva. El Tribunal no pudo basar su decisión en ninguna norma específica del Tratado²²⁴, es así que se refirió a los principios generales del Tratado y su propia misión de asegurar la observancia del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. El Tribunal declaró entonces, que el principio de responsabilidad del estado por daños, resulta inherente al sistema del Tratado y es necesario en orden a garantizar la plena eficacia de sus disposiciones. También se refirió al principio de lealtad comunitaria establecido en el artículo 10 TCE señalando que "la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro."²²⁵

Posteriormente en 1996, el Tribunal clarificó en otras sentencias, especialmente en Brasserie du Pêcheur,²²⁶ las condiciones para que se haga efectiva la responsabilidad, a saber:

"los particulares lesionados tienen derecho a una indemnización cuando la norma de Derecho comunitario violada tenga por objeto conferirles derechos, la violación esté suficientemente caracterizada y exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el perjuicio sufrido por los particulares. Con esta reserva, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado por una violación del Derecho comunitario que le es imputable, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, teniendo en cuenta que los requisitos fijados por la legislación nacional aplicable no podrán ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y que no podrán articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la reparación."²²⁷

La sentencia Köbler²²⁸, versó sobre la cuestión de si un particular, el profesor austriaco Gerhard Köbler, empleado por una universidad del estado, podría reclamar daños del Estado austriaco porque el Tribunal supremo administrativo, decidió erróneamente que los años que él había estado trabajando en Alemania no podrían ser incluidos al calcular los años de servicio prestados como profesor.²²⁹

Esta decisión, que fue dictada por un tribunal de última instancia, sin referir un reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia e ignorando su jurisprudencia, estaba en clara contradicción con los principios de Derecho comunitario de no discriminación, libertad de circulación y libertad de trabajo en otros estados miembros.²³⁰

Sobre la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por las violaciones del derecho comunitario que le sean imputables, el Tribunal reiteró que este principio es inherente al sistema del Tratado.²³¹

También añadió que este principio resulta válidamente aplicable en cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea el órgano del Estado a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento.²³² La judicatura, y en especial los órganos jurisdiccionales de última instancia, no pueden ser excluidos de la aplicación de este principio, en razón de su rol esencial en la protección de los derechos de los individuales derivados de las normas comunitarias.²³³

Con respecto a la obligación de un juez que resuelve en última instancia, el Tribunal de Justicia reiteró que constituye "el último órgano ante el cual los particulares pueden alegar los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico comunitario. Dado que una violación de estos derechos por una resolución que ha adquirido firmeza de un órgano jurisdiccional de ese tipo normalmente ya no puede ser rectificadas, no se puede privar a los particulares de la posibilidad de exigir la

responsabilidad del Estado con el fin de obtener por dicha vía una protección jurídica de sus derechos.”²³⁴ “Además, precisamente con el fin de evitar que se vulneren los derechos conferidos a los particulares por el Derecho comunitario, el artículo 234 CE, párrafo tercero, establece que los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, están obligados a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.”²³⁵ “Por lo tanto, de las exigencias inherentes a la protección de los derechos de los particulares que invocan el Derecho comunitario se desprende que éstos deben tener la posibilidad de obtener reparación, ante un órgano jurisdiccional nacional, del perjuicio causado por la violación de dichos derechos debida a una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia”²³⁶

Sobre los requisitos de la responsabilidad del Estado en caso de violación del Derecho comunitario por sus órganos judiciales, el Tribunal precisó que son exigibles los requisitos generales de que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al estado y el daño sufrido por quienes hayan sido lesionados,²³⁷ teniendo en cuenta la especificidad de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de seguridad jurídica.²³⁸ Pero la responsabilidad del Estado debida a una resolución judicial solamente podrá exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable.²³⁹ Sobre los elementos que caractericen a la situación señaló que entre estos se encuentran: “el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, la posición adoptada, en su caso por una institución comunitaria, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 TCE, párrafo tercero.”²⁴⁰ “En todo caso, una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.”²⁴¹

En vista de lo dicho, la conexión entre los principios establecidos en la doctrina CILFIT y el caso Köbler se pone de manifiesto, un tribunal nacional supremo de cualquier Estado miembro podrá evitar el riesgo de tomar una decisión contraria al Derecho comunitario elevando la cuestión prejudicial, de lo contrario se cumplirán los requisitos de la doctrina sentada en el caso Köbler y el Estado miembro incurrirá en responsabilidad por daños. De este modo el asunto Köbler tiene el efecto de fortalecer los principios consolidados en el caso CILFIT.²⁴²

REPERCUSIONES DEL DICTAMEN MOTIVADO DE LA COMISIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNO SUECO ²⁴³ : MODIFICACIÓN LEGISLATIVA.

Como hemos podido comprobar, en su Dictamen Motivado contra Suecia, la Comisión sostuvo enérgicamente que el comportamiento de la magistratura iba en contra del artículo 234 TCE. La Comisión alegó que los tribunales no utilizan el reenvío prejudicial de derecho comunitario ante el TJCE, y manifestó su preocupación por el número llamativamente bajo de reenvíos.²⁴⁴

El gobierno sueco negó tal infracción, pero esto no fue óbice para que por fortuna, introdujese medidas de derecho interno concernientes al artículo 234 TCE, dirigidas a los órganos jurisdiccionales supremos y a cuál debe ser la recta aplicación del artículo mencionado.

De acuerdo con la Comisión, la jurisprudencia emanada de los tribunales suecos tendría riesgo intrínseco de ser contraria al derecho comunitario. A raíz de este caso el gobierno ha dictado la Ley nº 2006:502²⁴⁵

El 1º de julio de 2006 una nueva ley entro en vigor introduciendo la obligación de los Tribunales suecos²⁴⁶ cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, de elevar la cuestión prejudicial de interpretación o validez. Si estos desestimasen el requerimiento bajo el artículo 234, la decisión deberá fundamentarse de acuerdo a un orden razonado, es decir, la denegación de reenvío deberá ser motivada.²⁴⁷

El precepto no se aplicará a los apartados 58 y 59 del Código de Procedimiento, secciones 37 b 37 c del Código Administrativo de Procedimiento, Ley 1971:291, y sección 42 de la Ley de asuntos no contenciosos.²⁴⁸

En relación a ciertos acuerdos internacionales, un tribunal puede requerir del TJCE una cuestión prejudicial sobre una norma incluida en dicho acuerdo en que suecia es parte, concluido en el marco de la cooperación con la UE, en la extensión en que Suecia se ha comprometido a imponer tal obligación a los tribunales, o garantizar a un tribunal la jurisdicción para hacerlo. Si otra ley contuviese disposiciones relativas al derecho o la obligación de requerir cuestiones prejudiciales del el TJCE esa norma tendrá prevalencia.²⁴⁹

Muy importantes han resultado en la elaboración de esta legislación los trabajos preparatorios, antes de distribuir un dossier el Ministro de Justicia envió una consulta al Lagradet²⁵⁰ para que se expidiese sobre el punto.²⁵¹

En una desafortunada opinión, el Lagradet enfatizó que “no existe necesidad real de una medida que obligue a los jueces a emitir un pronunciamiento razonado cada vez que un requerimiento de cuestión prejudicial fuera inadmitido por un tribunal nacional bajo las excepciones CILFIT. Esto llevaría a decisiones estereotipadas y no se debería siempre a la necesidad de esencial de brindar información.”²⁵² Si fuera hecho debían introducirse cambios en la redacción de las normas enfatizó el Lagradet.²⁵³

De tal modo, que el Ministerio de Justicia modificó la redacción primigenia, y presentó el proyecto al Parlamento para votación. El Comité de Justicia recomendó al Parlamento aprobar el Bill, y éste se aprobó. Hasta ese momento la decisión de inadmisión de reenvío podía ser rechazada en un acto separado (separate act) por el juez o en la decisión final. Existiendo pocas decisiones de reenvío a nivel del Högsta Domstolen (Tribunal Supremo) y el Regeringsträtten (Tribunal Supremo Administrativo). Donde las decisiones de inadmisión de reenvío no eran razonadas ni publicadas. Adicionalmente resultaba usual que se deniegue la apelación contra esas resoluciones. Esto significa un manifiesto error de procedimiento.²⁵⁴

El caso más resonante es un caso llevado ante el Högsta Domstolen que denegó el reenvío prejudicial, una de las partes, en el caso Luftfartsverket, sostuvo que el Högsta Domstolen cometió un manifiesto error de procedimiento al no requerir del TJCE, la cuestión prejudicial de interpretación del artículo 82 TCE. Demandó una reapertura del caso en apelación (leave of appeal) y que el Tribunal Supremo elevase el reenvío al TJCE.²⁵⁵

El Högsta Domstolen desestimó la petición, apoyándose en la doctrina CILFIT sin mayores fundamentos. Sólo enfatizó que la carga de llevar al juez al convencimiento de que la cuestión era relevante era tocante a las partes y que como no quedó fehacientemente acreditada dicha argumentación, la cuestión devenía infundada.

La ley promulgada tiene el objetivo de proteger las expectativas de las partes durante el procedimiento. El punto de partida es, el legítimo interés de las partes a ser informadas acerca de la posición del Tribunal, en relación al requerimiento de una cuestión prejudicial. Recordemos que en el caso sueco el derecho fundamental a la información está consagrado constitucionalmente, podemos deducir que funciona como derecho fundamental, que puesto en conexión con la falta de motivación del reenvío quedaría vulnerado, sin ánimos de hacer una comparación exacta lo mismo acontece con el derecho a la tutela judicial efectiva, o el juez legal, en ordenamientos como el español o el alemán respectivamente.²⁵⁶

Atendiendo al comportamiento de las partes, si lo que demandan son cuestiones prejudiciales²⁵⁷, es lógico que esté en las expectativas de los litigantes recibir una respuesta fundada del órgano jurisdiccional nacional sobre su petición.²⁵⁸ Las decisiones de reenvío ex officio por el juez, en la inteligencia de la nueva legislación sueca, no deberían fundarse, lo que lleva al resultado de que los particulares la interesarán de cualquier juez, y en cualquier caso.

Para fundamentarlo sería suficiente que el juez explique en cual de las excepciones CILFIT se está basando, conformándose a la legislación a las previsiones prescritas en la interpretación suscrita por la Comisión. También podrá razonarse en torno a si el juez no consideró el asunto concerniente al derecho comunitario. En el último de los casos deberá controlarse si no se amplía por este cauce de las excepciones el poder del juez de negarse al reenvío, deformándose con ello la doctrina CILFIT. Claro que como hemos dicho más arriba, las condiciones impuestas en esta sentencia resultan rigurosas y el órgano jurisdiccional supremo podrá apartarse de ellas con carácter verdaderamente restrictivo y bajo su propia responsabilidad.

Conforme a la nueva legislación sueca, la obligación no se extiende a los tribunales inferiores.

CONCLUSIONES.-

Pasamos a extraer las principales conclusiones que derivan de todo lo anteriormente analizado.

Con respecto a la cuestión de si el artículo 226 TCE prescribe una competencia reglada o discrecional para que la Comisión abra la etapa administrativa del recurso de incumplimiento y posteriormente iniciar la etapa contenciosa, encontramos que esta es una facultad discrecional que se enmarca dentro del deber genérico impuesto por el artículo 211 TCE de velar por la aplicación de las disposiciones del Tratado y las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de dicho Tratado. Esto se desprende de la letra del artículo 226 así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y por esa razón no podemos postular que la Comisión se encuentra en la obligación de elevar un recurso por incumplimiento, ya en vía administrativa, o bien en vía contenciosa.

Dada esta configuración del instrumento del recurso por incumplimiento, también podemos afirmar que la apertura de este procedimiento no es un derecho del particular, así como tampoco se derivan derechos directamente de su incoación, aunque eventualmente de una sentencia por incumplimiento emanada del Tribunal de Justicia al finalizar la etapa contenciosa puede resultar relevante para los particulares que busquen una reparación por daños por parte del Estado miembro infractor. Es por esto que el recurso por incumplimiento es un instrumento interrelacionado con el reenvío prejudicial, y puede llegar a ser utilizado por la Comisión en caso de que la cuestión prejudicial no sea puesta en operatividad adecuadamente, por lo que indirectamente permite la tutela de los derechos de los particulares.

Hemos podido comprobar que, para el Tribunal de Justicia, tan pronto como los motivos suficientes para la apertura del procedimiento están dados, dichos procedimientos son enteramente objetivos. De otro lado, y con respecto a la postura de la Comisión en el caso específico de incumplimiento del Estado miembro por violación de sus órganos judiciales del artículo 234.3, ésta hizo uso de su facultad discrecional para no imputar al Estado miembro las responsabilidades que pudiesen caberle por esta infracción, pero podemos afirmar que a partir de la acción iniciada contra Suecia, que culminó con el Dictamen Motivado que hemos tenido ocasión de analizar, este supuesto de incumplimiento también ha de ser incluido entre las causas de violación del Derecho comunitario, produciéndose su objetivación para dejar de ser una materia en la que la Comisión se abstiene de actuar, aunque cuente con esa discrecionalidad.

En este sentido la Comisión reasume el rol de guardiana de los Tratados y en la especie promedia una centralización del control junto al que puede ejercerse a través del art. 234 TCE²⁵⁹, de carácter descentralizado.

La Comisión está plenamente autorizada para interponer recursos de incumplimiento por quebrantamiento de las normas de derecho comunitario por parte de los órganos judiciales estatales, y, en particular, aquellos cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno como bien señala el artículo 234.3, que se encuentran obligados a elevar el reenvío prejudicial para asegurar la interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario en los estados miembros,²⁶⁰ con las excepciones señaladas en la jurisprudencia CILFIT. Dichas excepciones deben ser admitidas con carácter verdaderamente restrictivo, y como señala la Comisión, después de una adecuada motivación por parte del órgano sindicado para el reenvío. De lo contrario una aplicación extensiva de la doctrina CILFIT podría ser contraproducente a la interpretación uniforme del derecho comunitario generando un debilitamiento progresivo del sistema y quebrantando su adecuado equilibrio.²⁶¹

La independencia judicial no queda comprometida por la actuación de fiscalización de la Comisión de los jueces nacionales, y en tal caso estos actúan bajo su responsabilidad, a la que ahora, la Comisión a anudado la jurisprudencia Köbler²⁶² en su Dictamen Motivado contra Suecia, que en el marco del procedimiento por incumplimiento utilizada por la Comisión viene a confirmar lo que ya ha expresado el Tribunal de Justicia: que existe responsabilidad de los órganos jurisdiccionales ante el no planteamiento de reenvío prejudicial cuando sus decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno como reza el artículo 234.3 TCE. Los órganos jurisdiccionales deberán ajustarse a la doctrina CILFIT. Podrán apartarse de estos criterios bajo su responsabilidad y asumiendo el riesgo de que dicho apartamiento puede dar lugar a una acción de incumplimiento del Estado miembro bajo el artículo 226 TCE o a una acción de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares en violación del derecho comunitario.

A contrario de lo previsto por algunos sectores de la doctrina más autorizada, modificar el orden interno adecuando las normas procesales a los dictados del artículo 234 TCE, como ha sido el caso de Suecia resulta una opción no deseable para subsanar el incumplimiento, pero esto no resuelve la cuestión de la reparación de las consecuencias pasadas de las decisiones judiciales que han sido dictadas ignorando la obligación de reenvío. A la inversa, la adopción de una medida legislativa capaz de lograr que la judicatura se ajuste al Derecho comunitario, no tendrá efecto retroactivo (como lo tienen las sentencias prejudiciales).

La posibilidad de solicitar de parte de la Comisión la apertura de un procedimiento por incumplimiento tiene efectos diferentes en comparación con el reenvío prejudicial.²⁶³

En el procedimiento por incumplimiento la Comisión decide bajo su propia discrecionalidad si iniciarlo o no, esta protección es indirecta y no hay garantía de ella para los particulares.

En caso de llegar a la etapa contenciosa en el procedimiento por incumplimiento, una sentencia emitida bajo el artículo 226 es aplicable erga omnes y tendrá un efecto más amplio que una sentencia prejudicial, si bien debemos tener en cuenta que la sentencia en el procedimiento por incumplimiento es declarativa.

Si una violación del derecho comunitario se confirma, el Estado miembro tomará las medidas apropiadas en orden a cumplir con el artículo 228 1.

En definitiva, el procedimiento por incumplimiento también se erige como un instrumento útil para corregir la violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales de última instancia no se avienen a lo prescrito en el artículo 234.3 TCE, en relación a su obligación de elevar reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia. Si bien este es un remedio eficaz, queda al arbitrio de la Comisión la apertura del proceso, y aparentemente ésta acudiría a este instrumento siempre que el incumplimiento de la obligación señalada en el artículo 234.3 TCE sea de gravedad, y no se limite al mero error judicial, es decir que se trate de una violación reiterada y sistemática, extremos que pudo constatar en el caso de Suecia. Todo hace suponer que la Comisión no se ocupará de un caso aislado en que el juez de última instancia haga dejación de su obligación de referir el reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia para señalar el incumplimiento del Estado miembro, pero queda planteado el interrogante de si la Comisión utilizaría el criterio del "error manifiesto" enunciado en la sentencia Köbler para ampliar su competencia de controlar otro tipo de incumplimientos de la obligación de ejercitar el

reenvío, a casos donde la magnitud de la infracción no fuera del mismo tenor que en el caso de Suecia, pero revistiera también cierta entidad.

María Luján López Dallara.
Abogada.

NOTAS

- 1 TIMMERMANS, Christiaan, "Judicial Protection against the Member States: Articles 169 and 177 Revisited." **Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers. Volume II.** : Ed, Deirdre Curtin & Ton Heukels, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1994. Pág. 391 ss.
- 2 Ibid.
- 3 Ibid.
- 4 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899.
- 5 BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, p 37 ss, accesible en <http://www.bernitz.se/>, al 3/6/08.
- 6 MANGAS MARTÍN, Araceli, and LIÑÁN NOGUERAS, Diego, **Instituciones y derecho de la Unión Europea**: 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2004. Pág. 458. CRAIG, Paul P. and DE BÚRCA, Gráinne, **EU law: text, cases, and materials**: Oxford University Press, N. York, 2003. Pág 398 ss.
- 7 ALEXANDER, W. "The Temporal Effects of Preliminary Rulings." Yearbook of European Law, 1988, pp 11 ss, ALONSO GARCÍA, M. C. "La facultad del Juez ordinario de inaplicar la Ley interna posterior contraria al Derecho comunitario. ." Revista de Administración Pública. Número 138. Septiembre - Diciembre, 1995, pág. 203 ss, ALONSO GARCIA, R. **El Juez español y el Derecho comunitario**: Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 217 y ss, CARRASCO DURÁN, Manuel, "La obligación de los órganos judiciales de presentar la cuestión prejudicial antes de decidir no aplicar una ley por su contradicción con las normas de derecho comunitario." Revista Vasca de Administración Pública, 72, Mayo Agosto 2005, pp 379 ss, CARRERA HERNANDEZ, Jesús, " La indefensión de los particulares en España ante el incumplimiento del Derecho Comunitario (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 180/1993, de 31 mayo, en el asunto FOGASA)." Revista Instituciones Europeas, 1994-1, pp. 171 ss. , CIENFUEGOS MATEO, M. **Las Sentencias Prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros**: Bosch, Barcelona, 1998, CLAES, Monica, **The National Courts' Mandate in the European Constitution**: Hart Publishing, Oxford, 2006, 767 p, CRAIG, Paul P. and DE BÚRCA, Gráinne, **EU law: text, cases, and materials**: Oxford University Press, N. York, 2003, CHEVALLIER, Roger-Michel, and MAIDANI, Dominique, **Guide pratique Article 177 CEE**: Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg; 1982, JIMENO BULNES, Mar, **La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE**: Bosch, Barcelona, 1996, KORTE, J. "Primus inter pares: the European Court and national courts : The follow-up by national courts of preliminary rulings ex art. 177 of the Treaty of Rome : a report on the situation in the Netherlands." EUI working paper. LAW; 90/6, MANGAS MARTÍN, Araceli, and LIÑÁN NOGUERAS, Diego, **Instituciones y derecho de la Unión Europea**: 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, MAYER, F. C. " The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System." en European Integration: The New German Scholarship, Weiler, J., Bogdandy, A., Coord. Max Plank Institute & Jean Monnet Program (Jean Monnet Working Paper 9/03), 2003, O'KEEFFE, D. "Is the Spirit of Article 177 Under Attack? Preliminary References and Admissibility": Scritti in Onore di G.F. Mancini, Volume II. Diritto de la Unione Europea, Giuffrè, Milán, 1998, PERNICE, Ingolf, KOKOTT, Juliane, et al. "The future of the European judicial system in a comparative perspective : 6th International ECLN-Colloquium/IACL round table. Berlin, 2-4 November 2005." European constitutional law network-series ; 6, Nomos, Baden-Baden, 2006, PESCATORE, Pierre, "Las cuestiones prejudiciales: artículo 177 del Tratado CE" **Rodríguez Iglesias, G. C, El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial.** (Edición 1a. ed. Civitas, Madrid: 1993.), PESCATORE, P. "La interpretación del Derecho Comunitario por el juez nacional." Revista de Instituciones Europeas, número 23. Enero - Abril. 1996, pág. 28 ss, RASMUSSEN, Hjalte, **On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking.**: Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1986, SCHERMERS, Henry G., and WAELBROECK, Denis F., **Judicial protection in the European Communities**: Europa Instituut, Universidad de Leiden, Kluwer Países Bajos, 1987.
- 8 ARNULL, Anthony et al, Wyatt and Dashwood's European Union Law, Sweet & Maxwell, London, 2006, 5th ed; ARNULL, Anthony, The European Union and its Court of Justice, Oxford University Press, Oxford, 2006; CHALMERS; Damian y TOMKINS, Adam, European Union Public Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; CHALMERS; Damian, HADJIEEMANUIL, Christos; MONTI, Giorgio, TOMKINS, Adam, European Union law: Text and materials, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; CRAIG; Paul, and DE BURCA, Grainne, EU Law: Text, Cases, and Materials, Oxford University Press, Oxford, 2008; HARTLEY, Trevor, Constitutional Problems of the European Union, Hart, Oxford, 1999; SCHERMERS, Hery; and WAELBROECK, Denis, Judicial Protection in the European Union, Kluwer Law International, The Hague, 2001; TOMKINS, Adam, 'The Enforcement of EC Law' in Law and Administration in Europe, P. Craig and R Rawlings eds, Oxford, Oxford Press, 2003 at 273. BÖRZEL, Tanja, "Non-compliance in the European Union: pathology or statistical artefact?" 8 Journal of European Public Policy (2001) pp 803 ss, DASHWOOD, Alan, and WHITE, Robin "Enforcement Actions Under Articles 169 and 170 EEC." 14 European Law Review (1989) pp. 388-412, EVANS, A., "The Enforcement Procedure of Art 169 EEC: Commission Discretion." 4 European Law Review (1979) pp. 442-456, GIL IBÁÑEZ, Alberto, "Exceptions to Article 226: Alternative Administrative Procedures and the Pursuit of Member States." 6 European Law Journal (2000) pp. 148-175, HARDEN, Ian, "What future for the Centralized Enforcement of Community Law." 55 Current Legal Problems (2002) pp. 495-616, HARLOW, Carol, and RAWLINGS,, Richard, "Accountability and Law Enforcement: The Centralized EU Infringement Procedure." 31 European Law Review (2006) pp. 447-475, KILBEY, Ian, "Financial Penalties under Article 228(2) EC: Excessive Complexity? ." 44 Common Market Law Review (2007) pp. 743-759, MASTROIANNI, Roberto, "The Enforcement Procedure under Article 169 of the EC Treaty and the Powers of the European Commission: Quis Custodiet Custodes?" 1 European Public Law (1995) pp. 535-539, PETER, M, "Compliance with EU Directives: insights from international relations and comparative politics." 5 Journal of European Public Policy (1998) pp. 17-37, RAWLINGS, Richard, "Engaged Elites. Citizen Action and Institutional Attitudes in Commission Enforcement. ." 6 European Law Journal (2000) pp. 4-28, TALLBERG, Jonas, "Paths to Compliance: Enforcement, Management, and the European Union, ." 56 International Organization (2002) pp 619-643, THEODOSSIOU, Maria, "An Analysis of the Recent Response of the Community to Non-compliance with Court of Justice Judgements: Art 228." 27 European Law Review (2002) pp 25-46, TIMMERMANS, Christiaan, "Judicial Protection against the Member States: Articles 169 and 177 Revisited." **Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers. Volume II.** : Ed, Deirdre Curtin & Ton Heukels, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1994, WENNERÅS, P., "A New Dawn for Commission Enforcement under Articles 226 and 228 EC: General and Persistent (GAP) Infringements, Lump Sums, and Penalty Payments." 43 Common Market Law Review (2006) pp. 31-62.
- 9 STJCE: CILFIT c Ministerio della Sanita C- 283/81 (1982) R. 3415.
- 10 STJCE, C-224/01, Köbler (2003), R I-10239
- 11 TIMMERMANS, Christiaan, "Judicial Protection against the Member States: Articles 169 and 177 Revisited." **Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers. Volume II.** : Ed, Deirdre Curtin & Ton Heukels, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1994.

12 EVANS, A., "The Enforcement Procedure of Art 169 EEC: Commission Discretion." 4 European Law Review (1979) pp. 442-456.
 DASHWOOD, Alan, and WHITE, Robin "Enforcement Actions Under Articles 169 and 170 EEC." 14 European Law Review (1989) pp. 388-412.
 MASTROIANNI, Roberto, "The Enforcement Procedure under Article 169 of the EC Treaty and the Powers of the European Commission: Quis Custodiet Custodes?" 1 European Public Law (1995) pp. 535-539.

13 No obstante, las prescripciones ordenadas a través de un dictamen motivado por la Comisión en etapa precontenciosa no generan derechos para los particulares, virtualidades que sí podrán derivarse de una eventual sentencia del Tribunal de Justicia y que tendrán incidencia en eventuales reclamaciones por daños que los individuos afectados puedan iniciar posteriormente.

14 CRAIG, Paul P. and DE BÚRCA, Gráinne, **EU law: text, cases, and materials**: Oxford University Press, N. York, 2003., pág. 407.
 MASTROIANNI, Roberto, "The Enforcement Procedure under Article 169 of the EC Treaty and the Powers of the European Commission: Quis Custodiet Custodes?" 1 European Public Law (1995) pp. 535-539.

15 CRAIG, Paul P. and DE BÚRCA, Gráinne, **EU law: text, cases, and materials**: Oxford University Press, N. York, 2003., pág. 407.

16 EVANS, A., "The Enforcement Procedure of Art 169 EEC: Commission Discretion." 4 European Law Review (1979) pp. 442-456.
 DASHWOOD, Alan, and WHITE, Robin "Enforcement Actions Under Articles 169 and 170 EEC." 14 European Law Review (1989) pp. 388-412.

17 Así lo apuntó en los sucesivos Informes anuales al Parlamento Europeo sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario: 1986 C-220, 27; 1987 C-338, 33; 1988 C-310, 45; 1989 C-330, 53-54.

18 Informes anuales 1986 C-220, 27; 1987 C-338, 33; 1988 C-310, 45; 1989 C-330, 53-54

19 STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239

20 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899.

21 CRAIG, Paul P. and DE BÚRCA, Gráinne, **EU law: text, cases, and materials**: Oxford University Press, N. York, 2003., pág 407.
 RASMUSSEN, Hjalte, **On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking.**: Martinus Nihoff Publishers, Países Bajos, 1986. Pág. 237.

22 MANGAS MARTÍN, Araceli, and LIÑÁN NOGUERAS, Diego, **Instituciones y derecho de la Unión Europea**: 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.

23 STJCE Start Fruit c Comisión C-247/87.

24 CRAIG, Paul P. and DE BÚRCA, Gráinne, **EU law: text, cases, and materials**: Oxford University Press, N. York, 2003., pág 407.

25 Ibid., pág 407.

26 Ibid., pág 407.

27 C-7/68 Comisión c. Italia (1968) R 423, C-200/88 Comisión c. Grecia (1990). R. I-4299, parag 9, C-416/85, Comisión c. Reino Unido (1988) R 3127, parag. 8, 9.

28 CRAIG, Paul P. and DE BÚRCA, Gráinne, **EU law: text, cases, and materials**: Oxford University Press, N. York, 2003., pág 408.

29 Ibid., pág 408.

30 C- 96/89 Comisión c. Holanda (1991) R. 2461.

31 CRAIG, Paul P. and DE BÚRCA, Gráinne, **EU law: text, cases, and materials**: Oxford University Press, N. York, 2003., pág. 409.

32 Ibid., pág. 409.

33 C- 74/82 Comisión c. Irlanda (1984) R. 317 parag. 12.

34 CRAIG, Paul P. and DE BÚRCA, Gráinne, **EU law: text, cases, and materials**: Oxford University Press, N. York, 2003., pág 410.

35 C-247/87 Star Fruit c Comisión (1989) R 291, parag 9.

36 CHALMERS, Damian, HADJIEMMANUIL, Christos, et al. **European Union Law**: Cambridge University Press, Reino Unido, 2006. Pág. 354.

37 C-87/89 Sonito v. Comisión (1990) R I -1981. Ibid. Pág. 354.

38 CRAIG, Paul P. and DE BÚRCA, Gráinne, **EU law: text, cases, and materials**: Oxford University Press, N. York, 2003., pág 412.
 CHALMERS, Damian, HADJIEMMANUIL, Christos, et al. **European Union Law**: Cambridge University Press, Reino Unido, 2006.. Página 355. La discrecionalidad de la Comisión merece un llamado de atención, dado que el hecho de rehusar en determinados casos a incoar la acción de incumplimiento puede disminuir la efectividad del Derecho comunitario. El Defensor del pueblo europeo ha recibido quejas sobre el manejo del artículo 226 por parte de la Comisión en este sentido. Si bien en sus conclusiones no estimó que existiese mala administración por parte de la Comisión, sostuvo que el acceso a la información por parte de los demandantes debía estar mejor atendido, comunicando a los ciudadanos la decisión, ansiándola públicamente a través de un comunicado de prensa y sobre todo evitando demoras. Defensor del Pueblo Europeo, Reporte Anual 1996, página 59, 65 y 73. También observó que la Comisión debe ofrecer una explicación motivando la decisión de no iniciar el procedimiento de incumplimiento. Reporte Anual 1997, página 270-4. No obstante el Ombudsman Europeo entiende con la Comisión que la decisión de no iniciar un procedimiento de incumplimiento contra un estado por la inacción de los tribunales nacionales en el ámbito del Tercer Pilar no implica un caso de mala administración por parte de aquella. Reporte Anual 2007, página 64.

39 AUDRETSCH, H. A. H. **Supervision in European Community Law**: Europa Institute, North Holland, Países Bajos, 1986. Página 100.

40 CHALMERS, Damian, HADJIEMMANUIL, Christos, et al. **European Union Law**: Cambridge University Press, Reino Unido, 2006. Página 359-360.

41 En ese momento la Comisión inició un procedimiento por incumplimiento contra Alemania por la actuación del Tribunal Constitucional Alemán en el caso Internationale Handelsgesellschaft, donde se negó a plantear el reenvío prejudicial ante el TJCE.

42 Caso Semoules del Consejo de Estado Francés 1.3.1968, R. D 1968, 286, Common Market Law Report 1970, p. 395. Cuando DERINGER (pregunta 28/68 DO 1968, C 71/1), como miembro del Parlamento Europeo preguntó a la Comisión en conexión con esa violación si esta estaba habilitada para asegurar el cumplimiento del artículo 177 TCE [hoy 234 TCE], por

un tribunal nacional, la comisión misma le señaló la vía del procedimiento del artículo 169 TCE [hoy artículo 226 TCE]. SCHERMERS, Henry G., and WAELBROECK, Denis F., **Judicial protection in the European Communities**: Europa Instituut, Universidad de Leiden, Kluwer Países Bajos, 1987. Página 276. Al mismo tiempo se comprometió a investigar los pasos que resultarían deseables en este caso, pero más tarde se conoció que el procedimiento por incumplimiento no se había instituido (pregunta (WESTERTERP), 349/69, DO 1970, C 20/3). AUDRETSCH, H. A. H. **Supervision in European Community Law**: Europa Institute, North Holland, Países Bajos, 1986. Pág 101.

43 AUDRETSCH, H. A. H. **Supervision in European Community Law**: Europa Institute, North Holland, Países Bajos, 1986.

44 Ibid. Pág 102. SCHERMERS, Henry G., and WAELBROECK, Denis F., **Judicial protection in the European Communities**: Europa Instituut, Universidad de Leiden, Kluwer Países Bajos, 1987. Página 276.

45 Parlamento Europeo pregunta 100/67 (WESTERTERP), DO 1967 nº 270/2; pregunta 23/75 (COUSTÉ), DO 1975, C 161/11. SCHERMERS, Henry G., and WAELBROECK, Denis F., **Judicial protection in the European Communities**: Europa Instituut, Universidad de Leiden, Kluwer Países Bajos, 1987.

46 Informes anuales al Parlamento Europeo sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario: 1986 C-220, 27; 1987 C-338, 33; 1988 C-310, 45; 1989 C-330, 53-54.

Informes anuales 1986 C-220, 27; 1987 C-338, 33; 1988 C-310, 45; 1989 C-330, 53-54

47 DO 1999 C 119/5. ROSSI, Lucía, and DI FEDERICO, Giacomo, "*Case C-129/00 Commission v Repubblica Italiana*." 42 Common Market Law Review 2005, 829-849.

48 DO 2002 C 244/5, ROSSI y DI FEDERICO, op cit nota anterior.

49 STJCE: Caso C-129/00 Comisión c. República Italiana, del 9 de Diciembre de 2003. ROSSI, Lucía, and DI FEDERICO, Giacomo, "*Case C-129/00 Commission v Repubblica Italiana*." 42 Common Market Law Review 2005, 829-849.

50 Conclusiones del Abogado General GELHOED: Caso C-129/00 Comisión c. República Italiana, del 9 de Diciembre de 2003, STJCE: Caso C-129/00 Comisión c. República Italiana, del 9 de Diciembre de 2003. ROSSI, Lucía, and DI FEDERICO, Giacomo, "*Case C-129/00 Commission v Repubblica Italiana*." 42 Common Market Law Review 2005, 829-849.

51 La interpretación judicial y la práctica administrativa resultaban contrarias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que declaró que "un Estado miembro no puede supeditar la devolución de impuestos nacionales recaudados en infracción del Derecho comunitario a la prueba de que tales impuestos no han sido repercutidos sobre terceros si dicha prueba debe aportarse con arreglo a modalidades que, en la práctica, hacen imposible o excesivamente difícil el ejercicio de tal derecho", Sentencias San Giorgio C-199/82 [1982] R. 3595, 9 de noviembre de 1983 y Comisión c. Italia C-104/86 R.1799.

52 Conclusiones del Abogado General GELHOED: Caso C-129/00 Comisión c. República Italiana, del 9 de Diciembre de 2003.

53 Ibid.

54 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899.

55 Caso 9/75 Meyer-Burckhardt v Comision [1975] R. 1171. AUDRETSCH, H. A. H. **Supervision in European Community Law**: Europa Institute, North Holland, Países Bajos, 1986. Página 103-104. En el mismo sentido Sentencias 77/69 Comisión c. Bélgica de 5 de mayo de 1970.

56 Tribunal Supremo de lo Administrativo Federal.

57 Caso 9/75 Meyer-Burckhardt v Comision [1975] R. 1187. AUDRETSCH, H. A. H. **Supervision in European Community Law**: Europa Institute, North Holland, Países Bajos, 1986. Página 103-104.

58 Caso 9/75 Meyer-Burckhardt v Comision [1975] R. 1171. AUDRETSCH, H. A. H. **Supervision in European Community Law**: Europa Institute, North Holland, Países Bajos, 1986. Página 103-104.

59 Caso 30/77, Regina c Bouchereau [1977] R. I 1999. CRAIG, Paul P. and DE BÚRCA, Gráinne, **EU law: text, cases, and materials**: Oxford University Press, N. York, 2003. Página 424

60 Conclusiones del Abogado General TESAURO C-46/93 y 48/93 [1996] R. I 1029 cdo 35 y 38.

61 Ídem.

62 STJCE: Caso C-129/00 Comisión c. República Italiana, del 9 de Diciembre de 2003.

63 Conclusiones del Abogado General GELHOED: Caso C-129/00 Comisión c. República Italiana, del 9 de Diciembre de 2003. Parágrafo 55.

64 Ibid. Parágrafo 56.

65 Ibid. Parágrafo 57.

66 Ibid. Parágrafo 58.

67 Ibid. Parágrafo 59.

68 Ibid. Parágrafo 61.

69 Ibid. Parágrafo 63.

70 Ibid. Parágrafo 64.

71 Ibid. Parágrafo 65.

72 STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239

73 Pese a no encontrarnos en este caso en el marco de un procedimiento por incumplimiento las consideraciones del Abogado General en esta sentencia resultan sumamente importantes, porque aportan criterios de determinación de los requisitos de la responsabilidad del Estado algo diferentes de los decididos por el Tribunal de Justicia en el caso, como tendremos oportunidad de estudiar al analizar la relación de la sentencia Köbler con el Dictamen Motivado de la Comisión.

74 Ibid. Conclusiones del Abogado General LÉGER, parágrafos 52 y 58, apoyándose en la sentencia Simmenthal.

75 Ídem.

76 Íbidem.

77 Conclusiones del Abogado General LÉGER parágrafo 138.

78 STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239 considerando 53.

79 Conclusiones del Abogado General LÉGER parágrafo 139.

80 Conclusiones del Abogado General LÉGER parágrafo 140.

81 Conclusiones del Abogado General LÉGER parágrafo 141.

82 Conclusiones del Abogado General LÉGER parágrafo 144. Pese a que la obligación de remisión prejudicial se inscribe en la lógica del "derecho al juez", no se ocultan las dificultades que pueden entrañar a los efectos de la concurrencia de los requisitos de responsabilidad cuando un órgano judicial supremo se haya negado a elevar el reenvío, para aportar la prueba de la existencia de la relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación de remisión y el perjuicio alegado (parágrafos 147 a 153).

83 Caso 30/77, Regina c Bouchereau [1977] R. I 1999.

84 CRAIG, Paul P. and DE BÚRCA, Gráinne, **EU law: text, cases, and materials**: Oxford University Press, N. York, 2003. Página 424.

85 Asuntos acumulados 6/90 y 9/90 Francovich y Bonifacini [1991] R I 5357.

86 C-46/93 [1996] R. I 1029 parágrafo 33.

87 STJCE: Caso C-129/00 Comisión c. República Italiana, del 9 de Diciembre de 2003. Parágrafo 29. Asimismo Sentencia del TJCE C- 77/69. ROSSI, Lucía, and DI FEDERICO, Giacomo, "*Case C-129/00 Commission v Repubblica Italiana.*" 42 Common Market Law Review 2005, 829-849.

88 STJCE: Caso C-129/00 Comisión c. República Italiana, del 9 de Diciembre de 2003. Parágrafo 30. ROSSI, Lucía, and DI FEDERICO, Giacomo, "*Case C-129/00 Commission v Repubblica Italiana.*" 42 Common Market Law Review 2005, 829-849. Sentencia TJCE C-382/92 R. I 2435

89 STJCE: Caso C-129/00 Comisión c. República Italiana, del 9 de Diciembre de 2003. Parágrafo 31. ROSSI, Lucía, and DI FEDERICO, Giacomo, "*Case C-129/00 Commission v Repubblica Italiana.*" 42 Common Market Law Review 2005, 829-849.

90 STJCE: Caso C-129/00 Comisión c. República Italiana, del 9 de Diciembre de 2003. Parágrafo 32. ROSSI, Lucía, and DI FEDERICO, Giacomo, "*Case C-129/00 Commission v Repubblica Italiana.*" 42 Common Market Law Review 2005, 829-849. Recordemos que la Comisión actuó contra ese Estado miembro con arreglo al artículo 226 TCE, solicitando al Tribunal de justicia que declare que la República Italiana incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, "al mantener en su ordenamiento jurídico nacional el artículo 29, apartado 2, de la ley número 428, de 29 de diciembre de 1990", dado que la aplicación que de ella hacían los órganos jurisdiccionales admitía, a los efectos de la devolución de impuestos, un régimen de prueba que tornaba imposible o excesivamente difícil para el contribuyente el ejercicio del derecho a la devolución de dichos impuestos. Esta situación en la práctica hacía que la recaudación se realizara en infracción del Derecho comunitario. En su dictamen motivado del 17 de septiembre de 1996, y en la interposición del recurso del 4 de abril de 2000, la Comisión deja claro que la acción de incumplimiento se dirige al Estado miembro por infracción en la interpretación del Derecho comunitario por parte de los órganos judiciales. El Tribunal de justicia acota el alcance de la responsabilidad al poder legislativo y ordena la modificación de la ley interna que genera interpretaciones divergentes, unas en sentido armónico con el Derecho comunitario, otras en sentido incompatible con éste.

La Comisión rechazó el modo en que la ley mencionada era interpretada en la jurisprudencia nacional, por no ajustarse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El método de interpretación empleado por las autoridades judiciales, especialmente por la Corte suprema di cassazione, resultaba equivalente a exigir al contribuyente "la carga de la prueba negativa en contrario de que no ha repercutido el tributo ilegal sobre sus clientes, haciendo de este modo excesivamente difícil, incluso imposible la obtención de la devolución de dicho tributo", generando una presunción en contra del contribuyente e invirtiendo la carga de la prueba a favor de la administración. Conclusiones del Abogado General GELHOED: Caso C-129/00 Comisión c. República Italiana, del 9 de Diciembre de 2003.

91 STJCE: Caso C-129/00 Comisión c. República Italiana, del 9 de Diciembre de 2003. Parágrafo 33. ROSSI, Lucía, and DI FEDERICO, Giacomo, "*Case C-129/00 Commission v Repubblica Italiana.*" 42 Common Market Law Review 2005, 829-849.

92 CHALMERS, Damian, HADJIEMMANUIL, Christos, et al. **European Union Law**: Cambridge University Press, Reino Unido, 2006. Página 359-360.

93 STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239

94 ROSSI, Lucía, and DI FEDERICO, Giacomo, "*Case C-129/00 Commission v Repubblica Italiana.*" 42 Common Market Law Review 2005, 829-849.

95 Ibid.

96 Ibid.

97 STJCE: Caso C-129/00 Comisión c. República Italiana, del 9 de Diciembre de 2003. De hecho, cuanto más vaga sea la redacción de la norma, mayor resultará el poder discrecional de el tribunal. ROSSI, Lucía, and DI FEDERICO, Giacomo, "*Case C-129/00 Commission v Repubblica Italiana.*" 42 Common Market Law Review 2005, 829-849.

98 Casos C-382/92 Comisión c. Reino Unido [1994] R I 2435, asuntos acumulados C-132, 138 y 139/91, Grigorios Katsikas y Angelos Konstantinidis y Otros [1992] R I 6577.

99 ROSSI, Lucía, and DI FEDERICO, Giacomo, "*Case C-129/00 Commission v Repubblica Italiana.*" 42 Common Market Law Review 2005, 829-849.

100 Conclusiones del Abogado General GELHOED: Caso C-129/00 Comisión c. República Italiana, del 9 de Diciembre de 2003.

101 ROSSI, Lucía, and DI FEDERICO, Giacomo, "*Case C-129/00 Commission v Repubblica Italiana.*" 42 Common Market Law Review 2005, 829-849. Estos autores entienden que los criterios ofrecidos por el Abogado General GEELHOED podrían ser aplicados para ensanchar el alcance de la responsabilidad del Estado. De hecho, señalan, a contrario de lo apuntado por el Abogado General LÉGER en el caso Köbler, al que ya nos hemos referido, el Sr. GEELHOED no excluye que la responsabilidad del estado pueda ser invocada bajo el artículo 226 TCE, incluso cuando la tendencia judicial, que debe ser significativa, está limitada a los tribunales inferiores. No obstante recordemos como hemos apuntado en el apartado anterior que el Abogado General LÉGER sostiene que la obligación del juez nacional y en su función de juez del derecho comunitario, de garantizar la tutela judicial inmediata y efectiva de los particulares, es equiparable a una obligación de resultado, lo que también agrava, si no objetiviza, y de algún modo amplía el alcance de esta responsabilidad. También debe recordarse que el principio de tutela judicial efectiva es inherente a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y está expresado en el artículo 6 de el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y ahora se ha hecho explícito en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

102 : Report by the Working Party on the Future of the European Communities' Court System, Enero 2000, http://europa.eu.int/comm/dgs/legal_service/docs/du_e_en.pdf, página 15-16, BERNITZ, Ulf, "*The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden.*" Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér,

p 37 ss, accesible en <http://www.bernitz.se/>, al 3/6/08.

103 : Report by the Working Party on the Future of the European Communities' Court System, Enero 2000, http://europa.eu.int/comm/dgs/legal_service/docs/du_e_en.pdf, página 15-16. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, p 37 ss, accesible en <http://www.bernitz.se/>, al 3/6/08.

104: Report by the Working Party on the Future of the European Communities' Court System, Enero 2000, http://europa.eu.int/comm/dgs/legal_service/docs/du_e_en.pdf, página 15-16. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, p 37 ss, accesible en <http://www.bernitz.se/>, al 3/6/08.

105 : Report by the Working Party on the Future of the European Communities' Court System, Enero 2000, http://europa.eu.int/comm/dgs/legal_service/docs/du_e_en.pdf, página 15-16, BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, p 37 ss, accesible en <http://www.bernitz.se/>, al 3/6/08.

106 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899.

107 BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, p 37 ss, accesible en <http://www.bernitz.se/>, al 3/6/08.

108 SCHERMERS, Henry G., and WAELBROECK, Denis F., **Judicial protection in the European Communities**: Europa Instituut, Universidad de Leiden, Kluwer Países Bajos, 1987. Página 276-277.

109 STJCE 30/77, Regina c. Bouchereau, [1977] R. 2021

110 Rawlings, R. "Engaged Elites: Citizen Action and institucional Attitudes in Commission Enforcement", (2000) 6 ELJ 4.

111 CRAIG, Paul P. and DE BÚRCA, Gráinne, **EU law: text, cases, and materials**: Oxford University Press, N. York, 2003., pág 424.

112 C-30/77 R c. Bouchereau [1977] R 1999.

113 CHALMERS, Damian, HADJIEMMANUIL, Christos, et al. **European Union Law**: Cambridge University Press, Reino Unido, 2006. Página 359- 360.

114 Caso C-129/00, Comisión c. Italia [2003] R. I 14637. Considerandos 29 a 33.

115 CHALMERS, Damian, HADJIEMMANUIL, Christos, et al. **European Union Law**: Cambridge University Press, Reino Unido, 2006. Página 359-360.

116 LENAERTS, Koen, , ARTS, Dirk,, et al. **Procedural Law of the European Union, Second Edition**: Thomson, Londres, 2006., página 149.

117 CHALMERS, Damian, HADJIEMMANUIL, Christos, et al. **European Union Law**: Cambridge University Press, Reino Unido, 2006. Página 359-360.

118 LENAERTS, Koen, , ARTS, Dirk,, et al. **Procedural Law of the European Union, Second Edition**: Thomson, Londres, 2006.

119 DASHWOOD, Alan, and WHITE, Robin "Enforcement Actions Under Articles 169 and 170 EEC." 14 European Law Review (1989) pp. 388-412.

120 SCHERMERS, Henry G., and WAELBROECK, Denis F., **Judicial protection in the European Communities**: Europa Instituut, Universidad de Leiden, Kluwer Países Bajos, 1987. Página 277.

121 EVANS, A., "The Enforcement Procedure of Art 169 EEC: Commission Discretion." 4 European Law Review (1979) pp. 442-456.

122 Ibid.

123 Ibid.

124 Casos 2 y 3/62 Comisión c. Luxemburgo y Bélgica (1962) R. 425.

125 C-7/68 Comisión c. Italia (1968) R 423, 426.

126 Caso 7/71 Comisión c. Francia (1971) R. 1003.

127EVANS, A., "The Enforcement Procedure of Art 169 EEC: Commission Discretion." 4 European Law Review (1979) pp. 442-456.

128 Ibid.

129 AUDRETSCH, H. A. H. **Supervision in European Community Law**: Europa Institute, North Holland, Países Bajos, 1986. Pág. 35.

130 Ibid. Pág. 36.

131 Ibid. Pág. 100.

132 Parlamento Europeo pregunta 100/67 (WESTERTERP), DO 1967 nº 270/2; pregunta 23/75 (COUSTÉ), DO 1975, C 161/11. SCHERMERS, Henry G., and WAELBROECK, Denis F., **Judicial protection in the European Communities**: Europa Instituut, Universidad de Leiden, Kluwer Países Bajos, 1987.

133 Reporte de la Comisión de Asuntos Jurídicos (MERCHIERS), Parlamento Europeo doc. 1969/1970 n. 94, 25. "Allí también se expresa que en última instancia la voluntad de cooperar y, en un esfuerzo común construir una Comunidad, debe presidir cualquier conflicto que pueda acaecer a través del contacto entre el derecho nacional y el derecho comunitario, entre un órgano interno y una institución Comunitaria."

134 MERTENS de WILMARS, J, and VEROUGSTRAETE, I. M, "Proceedings against Member States for Failure to Fulfil Teir Obligations." (1970) 7 Common Market Law Review, 385.

135 AUDRETSCH, H. A. H. **Supervision in European Community Law**: Europa Institute, North Holland, Países Bajos, 1986. Pág. 101.

136 Caso Semoules del Consejo de Estado Francés 1.3.1968, R. D 1968, 286, Common Market Law Report 1970, p. 395. Cuando DERINGER (pregunta 28/68 DO 1968, C 71/1), como miembro del Parlamento Europeo preguntó a la Comisión en conexión con esa violación si esta estaba habilitada para asegurar el cumplimiento del artículo 177 TCE [hoy 234 TCE], por un tribunal nacional, la comisión misma le señaló la vía del procedimiento del artículo 169 TCE [hoy artículo 226 TCE]. SCHERMERS, Henry G., and WAELBROECK, Denis F., **Judicial protection in the European Communities**: Europa

Instituut, Universidad de Leiden, Kluwer Países Bajos, 1987. Página 276. Al mismo tiempo se comprometió a investigar los pasos que resultarían deseables en este caso, pero más tarde se conoció que el procedimiento por incumplimiento no se había instituido (pregunta (WESTERTERP), 349/69, DO 1970, C 20/3). AUDRETSCH, H. A. H. **Supervision in European Community Law**: Europa Institute, North Holland, Países Bajos, 1986. Pág 101.

137 AUDRETSCH, H. A. H. **Supervision in European Community Law**: Europa Institute, North Holland, Países Bajos, 1986.

138 Ibid. Pág 102. SCHERMERS, Henry G., and WAELBROECK, Denis F., **Judicial protection in the European Communities**: Europa Instituut, Universidad de Leiden, Kluwer Países Bajos, 1987. Página 276.

139 AUDRETSCH, H. A. H. **Supervision in European Community Law**: Europa Institute, North Holland, Países Bajos, 1986. Pág 102

140 Ibid. Pág 103.

141 Ibid. Pág. 105.

142 MERTENS de WILMARS, J, and VEROUGSTRAETE, I. M, "*Proceedings against Member States for Failure to Fulfil Their Obligations.*" (1970) 7 Common Market Law Review, 385.

143 BEBR, Gerhard, **Development of Judicial Control of The European Communities.-**: Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1981. Pág. 409-411.

144 Ibid.

145 Ibid.

146 DIEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier, "*La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros.*" Revista de instituciones europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, págs. 837-900. Para este autor la competencia de velar por el cumplimiento del derecho comunitario viene presidida por el principio de subsidiariedad, y tiende a la descentralización, señalando que el recurso por incumplimiento debe ser utilizado como ultima ratio en caso de que no existan otras vías disponibles para subsanar la infracción del Estado miembro. Entiende este autor que la propia Comisión dispone de otros cauces para asegurar la aplicación del derecho comunitario o eliminar posibles incumplimientos de los Estados. En este sentido, el principio de legalidad, "no impone el recurso por la comisión al artículo 226 TCE si ésta dispusiera, en razón de la materia, o de otras circunstancias, de otros medios más idóneos o específicos para atacar el incumplimiento estatal".

147 Ibid.

148 Ibid.

149 Ibid.

150 Ibid.

151 STJCE: Procedimiento penal entablado contra Kenny Roland Lyckeskog; Petición de decisión prejudicial: Hovrätten för Västra Sverige - Suecia. C-99/00 [2002] R I 4839, 4 junio de 2002. SCHMAUCH, M. "*Sweden introduces national measures to protect the expectations of individuals regarding the application of Article 234 EC.*" 10/2006, Octubre, European Law Reporter. BERNITZ, Ulf, "*The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden.*" Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

152 STJCE: Procedimiento penal entablado contra Kenny Roland Lyckeskog; Petición de decisión prejudicial: Hovrätten för Västra Sverige - Suecia. C-99/00 [2002] R I 4839, 4 junio de 2002. Apartado 5.

153 Según esta normativa únicamente se accede a la revisión del caso cuando la cuestión jurídica sea tan compleja que pueda presentar interés como precedente jurisprudencial a efectos de la interpretación uniforme del Derecho, o cuando el hovrätt (tribunal penal de apelación) haya resuelto de modo totalmente erróneo la cuestión de Derecho. Por el contrario, en la resolución de remisión se afirma que un error que no sea grave en la interpretación y en la aplicación del Derecho comunitario no constituye de por sí un motivo de admisibilidad del recurso. TJCE: 4 junio de 2002; Conclusiones del Abogado General Tizzano, en el Caso C-99/00, procedimiento penal entablado contra Kenny Roland Lyckeskog; Petición de decisión prejudicial: Hovrätten för Västra Sverige - Suecia.

154 STJCE: Procedimiento penal entablado contra Kenny Roland Lyckeskog; Petición de decisión prejudicial: Hovrätten för Västra Sverige - Suecia. C-99/00 [2002] R I 4839, 4 junio de 2002. Apartado 6.1

155 Ibid. Apartado 6.2

156 Ibid. Apdo 8. El tribunal penal sueco recordó al elevar el reenvío, que el propio Tribunal de Justicia, admitió en la Sentencia CILFIT (STJCE: CILFIT c Ministerio della Sanita C- 283/81 (1982) R. 3415.), una limitación de la obligación de plantear una cuestión de Derecho comunitario cuando el órgano jurisdiccional nacional compruebe que «la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna». No obstante, en este caso concreto el tribunal penal estimaba que las cuestiones de Derecho comunitario suscitadas en el procedimiento principal, sin ser del mismo tipo que las evocadas en la citada sentencia evidenciaban una solución que en su parecer resultaba igualmente clara. En consecuencia, elaboró la pregunta de si, en caso de que se confirmase su naturaleza de órgano jurisdiccional de última instancia, estaría también obligado a presentar una petición de decisión prejudicial, aunque considere que puede resolver el litigio sin consultar al Tribunal de Justicia. TJCE: 4 junio de 2002; Conclusiones del Abogado General Tizzano, en el Caso C-99/00, procedimiento penal entablado contra Kenny Roland Lyckeskog; Petición de decisión prejudicial: Hovrätten för Västra Sverige - Suecia. El razonamiento del órgano jurisdiccional sueco no es del todo coherente al expresar que la cuestión está clara sin ser del mismo tipo que las planteadas en casos anteriores, contradicción que fue acertadamente puesta de manifiesto por el Abogado General TIZZANO. No obstante como bien lo describe BERNITZ, existe el problema de considerar a este tribunal penal de apelación un tribunal de última instancia conforme el artículo 234.3 TCE, desde el momento en que, la apelación al Tribunal Supremo, que es el que efectivamente estaría obligado a remitir una cuestión prejudicial en condiciones normales, sólo examinará el recurso si encuentra que en sustancia es admisible de acuerdo al artículo 10 del Capítulo 54 del Código de Enjuiciamiento. BERNITZ, Ulf, "*The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden.*" Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss. Desde este punto de vista, la responsabilidad que descansaría en el órgano jurisdiccional superior, de elevar un reenvío prejudicial al TJCE, se ve de algún modo trasladada de facto a los Tribunales de apelación, ya que de otro modo, la aplicación uniforme del derecho comunitario por un lado y la expectativa del particular de que los tribunales nacionales dicten sentencia conforme la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se ve opacada.

157 STJCE: Procedimiento penal entablado contra Kenny Roland Lyckeskog; Petición de decisión prejudicial: Hovrätten för Västra Sverige - Suecia. C-99/00 [2002] R I 4839, 4 junio de 2002. apdo 9.1

158 Ibid. apdo 9.2

159 Ibid., apdo 13

160 Ibid., apdo 16. BERNITZ, Ulf, *"The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden."* Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

161 STJCE: Procedimiento penal entablado contra Kenny Roland Lyckeskog; Petición de decisión prejudicial: Hovrätten för Västra Sverige - Suecia. C-99/00 [2002] R I 4839, 4 junio de 2002., apdo 17 Paralelamente la Comisión dio a entender en sus observaciones que en cualquier caso, siempre según la Comisión, el aspecto más importante desde el punto de vista del Derecho comunitario no es tanto saber qué órgano jurisdiccional está obligado a presentar la petición de decisión prejudicial, sino si existe en el curso del procedimiento, como quiere el Tribunal de Justicia, un órgano jurisdiccional que pueda garantizar una interpretación uniforme del Derecho comunitario.

162 Ibid., apdo 18, las negritas son añadidas.

163 Ibid., apdo 19, a contrario la apreciación del abogado general Tizzano en el apdo. 40 de sus conclusiones.

164 En consonancia con su acción posterior en las observaciones al caso Lyckeskog alegó el gobierno de Reino Unido "que la mera exigencia de una declaración de admisibilidad de un recurso ante el Tribunal Supremo no basta por sí sola para transformar al tribunal de apelación en un órgano de última instancia a efectos del artículo 234 CE, párrafo tercero. Aunque el objetivo concreto de dicha disposición es evitar que se forme en un Estado miembro una jurisprudencia nacional no conforme con el Derecho comunitario, este objetivo puede alcanzarse plenamente imponiendo al órgano jurisdiccional competente para pronunciarse sobre la declaración de admisibilidad, la obligación de presentar una petición de decisión prejudicial. Ello se aplica, añade el Reino Unido ampliando el marco del análisis a otros sistemas jurídicos, incluido precisamente el británico, tanto si para decidir sobre la admisibilidad del recurso es competente el propio órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución que se quiere impugnar (Leave to Appeal) como si, por el contrario, lo es el órgano jurisdiccional supremo (Permission to Appeal) o si lo son primero uno y después el otro. En todos estos casos, en los que resulta necesaria una decisión sobre una cuestión de Derecho comunitario, el órgano jurisdiccional que decide en última instancia sobre la admisibilidad tendrá que conceder la autorización o remitir la cuestión de Derecho comunitario al Tribunal de Justicia. Así pues, según el Gobierno del Reino Unido, la primera cuestión debe recibir una respuesta negativa, es decir que, no cabe considerar al tribunal penal de apelación un órgano judicial de última instancia, siempre y cuando el ordenamiento de que se trate permita al juez de última instancia tener en cuenta la obligación establecida en el artículo 234 CE, párrafo tercero, y dicho juez la cumpla efectivamente a la hora de analizar la autorización."

165 BERNITZ, Ulf, *"The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden."* Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss. ANDERSON, David *"The Law of Lords and the European Courts."* **Building the UK's New Supreme Court. National and comparative Perspectives.** Andrew Le Sueur, ed. : Oxford University Press, Nueva York, 2007. Página 202.

166 38th Report House of Lords, Petitions for Leave to Appeal: Reasons for the Refusal of Leave, 3 April 2003. La legislación fue precedida por negociaciones con la Comisión. BERNITZ, Ulf, *"Sweden." The Birth of an European Constitutional Order, J. Schwarze (ed.),* : Baden-Baden, Nomos, 2001, pp. 287 ss.

167 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899. BERNITZ, Ulf, *"The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden."* Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

168 Incluiremos también por entenderlos alcanzados por la obligación a los Tribunales Constitucionales de los Estados, señalando que los Tribunales Constitucionales Austriaco y Belga, que hacen uso del instrumento prejudicial toda vez que se presentan ante los mismos cuestiones de derecho comunitario, dejando apuntado que también estarían incluidos dentro del catálogo los Tribunales Constitucionales Alemán, Español e Italiano, acotando los márgenes del presente trabajo a los Tribunales Supremos principalmente por ser éste el específico objeto de fiscalización por la Comisión y por considerar que el tema de la jurisdicción constitucional y el reenvío prejudicial merece ser abordado en una investigación distinta de la que nos ocupa.

169 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899. BERNITZ, Ulf, *"The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden."* Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

170 STJCE: Procedimiento penal entablado contra Kenny Roland Lyckeskog; Petición de decisión prejudicial: Hovrätten för Västra Sverige - Suecia. C-99/00 [2002] R I 4839, 4 junio de 2002. BERNITZ, Ulf, *"The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden."* Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

171 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899., párrafo: 27.

172 Tribunal de Apelación para Suecia occidental.

173 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899., párrafo 28.

174 Ibid., párrafo 29. BERNITZ, Ulf, *"The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden."* Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

175 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899., párrafo 30.

176 Ibid., párrafo 31.

177 BERNITZ, Ulf, *"The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden."* Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

178 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899. Parágrafo 32.

179 Ibid. Parágrafo 33.

180 Ibid. Parágrafo 34.

181 Ibid. Parágrafo 35.

182 Ibid. Parágrafo 36. En cuanto a este punto respecta, la Comisión mantuvo la postura manifestada desde el caso Lyckeskog, en sus observaciones (Considerando 13, STJCE: Procedimiento penal entablado contra Kenny Roland Lyckeskog; Petición de decisión prejudicial: Hovrätten för Västra Sverige - Suecia. C-99/00 [2002] R I 4839, 4 junio de 2002.), y en la misma posición se ubicó el Reino Unido (considerando 12, STJCE 99/00), y el gobierno de Dinamarca (considerando 11, STJCE 99/00), mientras que el gobierno sueco junto con el finlandés, ofrecieron una visión opuesta en línea con la postura evidenciada en las respuestas a la Comisión en el marco del caso referido (considerando 12, STJCE 99/00). BERNITZ, Ulf, *"The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden."* Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

183 Es por esta razón, como veremos más adelante que en conexión con la falta de motivación de la decisión de inadmisibilidad del recurso de apelación, se encuentra la violación del derecho a la información consagrado en el Instrumento de Gobierno Sueco, uno de los derechos constitucionales fundamentales para ese ordenamiento.

184 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899. Parágrafo 37. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

185 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899. Parágrafo 38.

186 Ibid. Parágrafo 39.

187 STJCE: C- 283/81, CILFIT.

188 TJCE, S. d.: 27 marzo 1963, C-28/62, Da Costa Shaake.

189 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899. Parágrafo 40. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

190 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899. Parágrafo 41, BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss. Como podemos observar la Comisión no ha querido extender estas excepciones más allá de lo enunciado en la jurisprudencia Cilfit, pudiendo haber enunciado además la doctrina que se desprende de la jurisprudencia Da Costa Shaake relativa a la materia.

191 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899. Parágrafo 42. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

192 1 de junio 2004 SG (2004)A/6088 respuesta de Suecia a lo establecido por la Comisión.

193 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899. Parágrafo 44.

194 Ibid. Parágrafo 46

195 Ibid. Parágrafo 47.

196 Ibid. Parágrafo 48.

197 Ibid. Parágrafo 49.

198 Ibid. Parágrafo 50. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

199 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899. Parágrafo 51. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

200 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899. Parágrafo 51. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

201 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

202 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899. Parágrafo 52.

203 BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

204 Ibid.

205 Ibid.

206 Caso 28 – 30/62 DA Costa en Schaake v Nederlandse Belastingadministratie [1963] R 31.

207 RUIZ-JARABO COLOMER, D. **El juez nacional como juez comunitario**, Madrid, 1993, pág. 75, nota 479.

208 Así conforme a la teoría orgánica, la obligación del apartado 3 del artículo 234, incumbe sólo a los tribunales que, se sitúan en la cumbre de la organización judicial, mientras que, según la teoría del litigio concreto, debe tomarse en cuenta, no ya la posición jerárquica del órgano judicial, sino la circunstancia de si se pronuncia en última instancia en el marco del proceso. Pese a hallar razones de peso para defender la primer postura, se señala que la segunda corriente es más favorable a garantizar la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario, por imponer la obligación de plantear la cuestión prejudicial a todo órgano jurisdiccional que resuelve definitivamente. RUIZ-JARABO COLOMER, D. **El juez nacional como juez comunitario**, Madrid, 1993, pág. 90. Sobre la obligación de plantear la cuestión prejudicial por el Tribunal Constitucional encontramos referencias en JIMENO BULNES, MAR; **La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE**, Bosch, Barcelona 1996, pág. 281

209 Sentencia Foto-Frost 314/85

210 Para RUIZ JARABO, D. "El juez nacional como juez comunitario", op cit, en todo caso, la tutela judicial efectiva de las partes en el litigio principal, queda garantizada al permitir que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan decretar la suspensión provisional de la ejecución del acto nacional basado en el reglamento comunitario cuya validez se cuestiona.

211 Sentencia CILFIT 283/81

212 BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

213 TJCE: 4 junio de 2002; Conclusiones del Abogado General Tizzano, en el Caso C-99/00, procedimiento penal entablado contra Kenny Roland Lyckeskog; Petición de decisión prejudicial: Hovrätten för Västra Sverige - Suecia. Apdo 62.

214 : Report by the Working Party on the Future of the European Communities' Court System, Enero 2000, http://europa.eu.int/comm/dgs/legal_service/docs/due_en.pdf, página 15-16.

215 Ibid.

216 BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

217 STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239

218 BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

219 STJCE: CILFIT c Ministerio della Sanita C- 283/81 (1982) R. 3415.

220 TJCE, S. d.: 27 marzo 1963, C-28/62, Da Costa Shaake.

221 Dictamen Motivado (2003/2161). Reasoned Opinion, Commission Of The European Communities, C (2004) 3899. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

222 STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239, WATTEL, P J, "Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't Go Meeting Like This." Volumen 41, 2004 Common Market Law Review. CLASSEN, Claus, "Comentario a la Sentencia C-224/01, Gerhard Köbler c. Austria, del 30 de Setiembre de 2003." 41 Common Market Law Review, 2004, páginas 813-824. CABRAL, P. and CHAVES, M. C. "Member State Liability for Decisions of National Courts Adjudicating at Last Instance." Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 13, número 1, 2006, páginas 109-126, GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto, "La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracciones del Derecho comunitario imputables a sus órganos jurisdiccionales. A propósito de la Sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01)." Revista General de Derecho Europeo, número 3, 2004, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., "Responsabilidad de los tribunales nacionales y Derecho comunitario." Revista del Poder Judicial, número 71, 2003, páginas 233-250. BREUER, M., "State Liability for Judicial Wrongs and Community Law: the Case of Gerhard Köbler v. Austria." European Law Review, vol. 29, número 2, 2004, páginas 243-254, COBREROS MENDAZONA, E., "La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario." Revista Española de Derecho Europeo, número 10, 2004, páginas 289-317, HARMER, K, "2002 and 2003 in Luxembourg: Recent Developments." European Public Law, vol. 10, núm 4, 2004, páginas 586-588.

223 Asuntos acumulados C-6 C-9/90, Francovich y Bonifaci c. Italia [1991] R. I. 5357.

224 BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

225 Asuntos acumulados C-6 C-9/90, Francovich y Bonifaci c. Italia [1991] R. I. 5357. Parágrafo 33. CLASSEN, Claus, "Comentario a la Sentencia C-224/01, Gerhard Köbler c. Austria, del 30 de Setiembre de 2003." 41 Common Market Law Review, 2004, páginas 813-824. WATTEL, P J, "Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't Go Meeting Like This." Volumen 41, 2004 Common Market Law Review. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

226 Caso C-46/93, Brasserie du pêcheur [1996] R I-1029

227 Caso C-46/93, Brasserie du pêcheur [1996] R I- 1029. Apartado dispositivo de la sentencia.

228 STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239

229 Ibid. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss. WATTEL, P J, "Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't Go Meeting Like This." Volumen 41, 2004 Common Market Law Review. CLASSEN, Claus, "Comentario a la Sentencia C-224/01, Gerhard Köbler c. Austria, del 30 de Setiembre de 2003." 41 Common Market Law Review, 2004, páginas 813-824.

230 STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239 BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

231 STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239 apdo 30. Además sentencias: Francovich y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 35; Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 31; British Telecommunications, C-392/93, Rec. p. I-1631, apartado 38; Hedley Lomas, C-5/94, Rec. p. I-2553, apartado 24; de 8 de octubre de 1996, Norbrook Laboratories, C-127/95, Rec. p. I-1531, apartado 106. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

232 STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239 Apdo 31. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

233 STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239. Apartados 32-33. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss, STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239 Con respecto a los argumentos en contra de este principio, como el de la independencia judicial y la autoridad, el Tribunal sostuvo que no pueden considerarse válidos y no quedan comprometidos por estas consideraciones (apartados 42-43 de la sentencia). Con respecto a las objeciones de los Gobiernos que presentaron observaciones en el caso, relativas a la dificultad para designar un órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios relativos a la reparación de los daños resultantes de las resoluciones de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia, el Tribunal de Justicia reiteró que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario (apartado 46 de la sentencia). Asimismo estimó que tampoco queda afectado por el criterio establecido en este caso el principio de cosa juzgada. Esta apreciación fue severamente criticada, entre otros por: CLASSEN, Claus, "Comentario a la Sentencia C-224/01, Gerhard Köbler c. Austria, del 30 de Setiembre de 2003." 41 Common Market Law Review, 2004, páginas 813-824. WATTEL, P J, "Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't Go Meeting Like This." Volumen 41, 2004 Common Market Law Review.

234 STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239 apartado 34.

235 Ibid. Apartado 35.

236 Ibid. Apartado 36. En su crítica a esta sentencia señala WATTEL que si se admite la posibilidad de reclamar responsabilidad del Estado por actos de los órganos judiciales que estén en violación del Derecho comunitario, también es de recibo aceptar la virtual responsabilidad de la Comunidad por daños causados por errores del Tribunal de Justicia en sus fallos. WATTEL, P J, "Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't Go Meeting Like This." Volumen 41, 2004 Common Market Law Review.

237 STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239 apartados 51 – 52.

238 Ibid. Apartado 53.

239 Ibid. Apartado 53. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss. Si bien el Tribunal limitó la responsabilidad de los tribunales nacionales a casos en los cuales la infracción del Derecho comunitario fuese manifiesta, en el caso que tratamos, y a diferencia de lo sugerido por el Abogado General LÉGER en sus conclusiones, el Tribunal no encontró que la violación fuera manifiesta.

El criterio del manifiesto error empleado para determinar si la violación está suficientemente caracterizada también es seriamente criticado por WATTEL, WATTEL, P J, "Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't Go Meeting Like This." Volumen 41, 2004 Common Market Law Review.

No obstante el principio fue reafirmado en la sentencia Traghetti del mediterráneo SpA c. República Italiana, donde el Tribunale di Genova elevó una cuestión prejudicial cuyo contenido requería resolver si es incompatible con el derecho comunitario, a la luz de los principios enunciados en Köbler, una normativa nacional que excluye la responsabilidad en relación con la actividad de interpretación de normas jurídicas y con la apreciación de hechos y pruebas realizadas en el ámbito de la actividad jurisdiccional y que limita la responsabilidad del Estado únicamente a los casos de dolo y culpa grave. El Tribunal mantuvo que la responsabilidad derivada de la interpretación de normas no puede excluirse por resultar contraria al Derecho comunitario. En el marco de la interpretación de normas jurídicas se puede producir una violación manifiesta del Derecho comunitario como ocurre cuando el juez interno da a una norma comunitaria sustantiva o procedimental un alcance manifiestamente erróneo o cuando interpreta una norma nacional de manera que desemboca en la práctica en una violación del Derecho comunitario (apartado 35 de la sentencia). Además, la interpretación de normas jurídicas forma parte de la esencia misma de la función jurisdiccional, por lo que excluir la responsabilidad en tales supuestos equivaldría a vaciar de contenido el propio principio de responsabilidad del Estado establecido en la Sentencia Köbler (apartados 34 y 36 de la sentencia). Con respecto a la apreciación de hechos y pruebas, y en virtud de que los órganos de última instancia carecen por lo normal de competencia para expedirse sobre los hechos, el tribunal afirmó que admitir la exclusión total de responsabilidad respecto de la apreciación de hechos y pruebas equivaldría a vaciar de contenido el principio de responsabilidad (apartado 39). Sobre la limitación de responsabilidad a los casos en que el juez actúa con dolo o culpa grave, el Tribunal recalcó que el derecho del particular a ser indemnizado surge del Derecho comunitario, y aparece cuando una violación manifiesta de una norma de Derecho comunitario que tiene por objeto conferir derechos a los particulares causa directamente daños al interesado, y con relación al supuesto de la responsabilidad del Estado por los daños causados por la actividad de los órganos jurisdiccionales supremos remitió a los requisitos establecidos en la sentencia Köbler que ya hemos mencionado, en sus apartados 53 a 56, apartado 43 de la sentencia). STJCE: C-173/03 Traghetti del Mediterraneo SpA c. República Italiana del 13 de junio de 2006. El Abogado General LÉGER, por su parte, sostuvo que pueden ejemplificarse tres supuestos claros de infracción resultante de la actividad interpretativa de normas jurídicas: cuando la infracción "resulta de la interpretación del derecho nacional en un sentido no conforme con el Derecho comunitario aplicable, contrariamente a la obligación de interpretación conforme"; cuando el órgano judicial "aplique una normativa nacional que considera conforme al ordenamiento jurídico comunitario, cuando hubiera debido excluirla, con arreglo al principio de primacía" y cuando la infracción "resulte de una interpretación errónea de una norma jurídica comunitaria aplicable, ya sea de una norma de fondo o procesal (puntos 56, 62 y 63 de las Conclusiones). Con respecto a la calificación jurídica de los hechos y el control de la aplicación correcta de las normas relativas a la prueba, ésta forma parte de la competencia de los órganos supremos. "Es posible que en el marco de ese control del error de Derecho los órganos jurisdiccionales supremos cometan ellos mismos un error de Derecho que pueda hacer nacer la responsabilidad del Estado, en el supuesto de que, de conformidad con los criterios formulados en la sentencia Köbler, [...] se derive una infracción manifiesta del Derecho comunitario aplicable" (punto 92 de las Conclusiones). Conclusiones del Abogado General Philippe LÉGER: C-173/03 Traghetti del Mediterraneo SpA c. República Italiana del 11 de octubre de 2005. MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo "TJCE - Sentencia de 13.06.2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03 - Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario imputable a los Órganos Judiciales de última instancia." Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año: 2006, Año nº: 10, Número: 25, páginas 1017 - 1033. RUFFERT, Mathias, "Case C-173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA in Liquidation v. Italian Republic, Judgment of the Court (Great Chamber) of 13 June 2006." Common Market Law Review 44: 2007, páginas 479-486, . JANER TORRENS, Joan David, "Actuación de los órganos jurisdiccionales y responsabilidad patrimonial del Estado. Comentario a la sentencia C-173/03 (Traghetti del Mediterraneo)." Revista General de Derecho Europeo, número 11, octubre 2006, 13 de junio de 2006. (RI §405718) El Tribunal no se expide en este asunto sobre la importancia en relación a la responsabilidad del Estado, del incumplimiento de la obligación de elevar una cuestión prejudicial a cargo de los órganos de última instancia. Mientras que el Abogado General LÉGER, se pronunció a favor de considerarlo un factor determinante. En su opinión el nacimiento de la responsabilidad del Estado debe excluirse cuando la infracción del Derecho comunitario se conjuga con el incumplimiento de la obligación prejudicial (punto 75 de las conclusiones). Para el Abogado General, si la norma es clara, su infracción debe revestir el carácter de inexcusable; ahora bien, si existía duda, el juez no podía entender de forma excusable que no se encontraba en la obligación de plantear la cuestión prejudicial y en consecuencia su infracción también debe considerarse inexcusable (puntos 72-73). Conclusiones del Abogado General Philippe LÉGER: C-173/03 Traghetti del Mediterraneo SpA c. República Italiana del 11 de octubre de 2005, MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo "TJCE - Sentencia de 13.06.2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03 - Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario imputable a los Órganos Judiciales de última instancia." Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año: 2006, Año nº: 10, Número: 25, páginas 1017 - 1033. RUFFERT, Mathias, "Case C-173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA in Liquidation v. Italian Republic, Judgment of the Court (Great Chamber) of 13 June 2006." Common Market Law Review 44: 2007, páginas 479-486. JANER TORRENS, Joan David, "Actuación de los órganos jurisdiccionales y responsabilidad patrimonial del Estado. Comentario a la sentencia C-173/03 (Traghetti del Mediterraneo)." Revista General de Derecho Europeo, número 11, octubre 2006, 13 de junio de 2006. (RI §405718)

240 STJCE: C-224/01, Köbler (2003), R I-10239 , apartado 55.

241 Ibid. Apartado 56.

242 BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss. CLASSEN, Claus, "Comentario a la Sentencia C-224/01, Gerhard Köbler c. Austria, del 30 de Setiembre de 2003." 41 Common Market Law Review, 2004, páginas 813-824, WATTEL, P J, "Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't Go Meeting Like This." Volumen 41, 2004 Common Market Law Review.

243 Suecia sigue la tradición dualista, conforme a la cual, los conflictos entre derecho internacional y derecho interno no pueden alegarse entre los tribunales nacionales, ya que estos no están habilitados para aplicar directamente derecho internacional. En 1990, el Parlamento decidió que Suecia deviniese miembro de la Comunidad Europea. En diciembre de 1993, añadió un nuevo párrafo a la Constitución, según el cual las competencias soberanas podrían ser cedidas a la Comunidad, siempre y cuando el Derecho comunitario diera una protección a los derechos humanos equivalente a la garantizada por la Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. BERNITZ, Ulf, "Sweden." *The Birth of an European Constitutional Order*, J. Schwarze (ed.): Baden-Baden, Nomos, 2001, pp. 287 ss. Especialmente página 421. El Derecho comunitario tiene precedencia sobre el derecho nacional y también prevalece sobre las leyes fundamentales suecas. Éstas últimas y las libertades protegidas en el capítulo 2 de la Constitución, no pueden ser invocadas si entran en conflicto con el Derecho comunitario. Ídem, página 423.

244 BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

SCHMAUCH, M. "Sweden introduces national measures to protect the expectations of individuals regarding the application of Article 234 EC."

10/2006, Octubre, European Law Reporter.

245 SCHMAUCH, M. "Sweden introduces national measures to protect the expectations of individuals regarding the application of Article 234 EC." 10/2006, Octubre, European Law Reporter.

246 La obligación de los Tribunales supremos (tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Supremo Administrativo) de elevar reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia de acuerdo con el artículo 234 TCE, se encuentra fuera de discusión. La doctrina sueca argumenta sin embargo, que de acuerdo a la Constitución de ese Estado miembro, los artículos 11.2 y 11.7 podrían suscitar un obstáculo para el adecuado funcionamiento de la cuestión prejudicial. Según estos artículos las autoridades judiciales y administrativas deben ser independientes en el ejercicio de sus funciones, y por esta razón se argumenta que dichas disposiciones constitucionales deberían ser reformadas en orden a hacer posible que los tribunales suecos eleven sus consultas prejudiciales al Tribunal de Justicia sin afectar su independencia. Esta sugerencia no ha sido seguida. BERNITZ, Ulf, "Sweden." **The Birth of an European Constitutional Order, J. Schwarze (ed.):** Baden-Baden, Nomos, 2001, pp. 287 ss. Especialmente página 453. Por otro lado los temores de que la cláusula de independencia judicial quede afectada parecen infundados a la luz de la jurisprudencia del Tribunal y del Dictamen Motivado de la Comisión que hemos tenido ocasión de analizar, y que brindan fundamentos para desterrar toda posibilidad de conflicto entre la independencia de los órganos judiciales y el correcto funcionamiento del sistema jurisdiccional comunitario.

247 SCHMAUCH, M. "Sweden introduces national measures to protect the expectations of individuals regarding the application of Article 234 EC." 10/2006, Octubre, European Law Reporter. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

248 SCHMAUCH, M. "Sweden introduces national measures to protect the expectations of individuals regarding the application of Article 234 EC." 10/2006, Octubre, European Law Reporter.

249 Ibid.

250 Órgano con jurisdicción constitucional pero cuyos dictámenes no son vinculantes. Juega un rol meramente asesor y su opinión puede ser interesada por el Gobierno o bien por una comisión parlamentaria. BERNITZ, Ulf, "Sweden." **The Birth of an European Constitutional Order, J. Schwarze (ed.):** Baden-Baden, Nomos, 2001, pp. 287 ss. Especialmente páginas 449-450. La solicitud de un dictamen debe efectuarse antes de que el Parlamento tome una decisión legislativa de importancia para los ciudadanos o el interés público. Si el Gobierno omite la consulta, debe explicar al Parlamento las razones de por qué lo ha hecho. Con todo existe cierta incertidumbre sobre cuándo debe requerirse la intervención de este órgano consultivo. Con el fin de dar solución a esta incertidumbre se ha dado a los tribunales el derecho de revisión judicial.

251 Lagradsremiss 9 Feb. 2006, 2006-2-28, cit en SCHMAUCH, M. "Sweden introduces national measures to protect the expectations of individuals regarding the application of Article 234 EC." 10/2006, Octubre, European Law Reporter.

252 El derecho a la información en Suecia tiene rango de derecho fundamental por encontrarse consagrado en las leyes fundamentales.

253 SCHMAUCH, M. "Sweden introduces national measures to protect the expectations of individuals regarding the application of Article 234 EC." 10/2006, Octubre, European Law Reporter. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

254 SCHMAUCH, M. "Sweden introduces national measures to protect the expectations of individuals regarding the application of Article 234 EC." 10/2006, Octubre, European Law Reporter.

255 Ibid. BERNITZ, Ulf, "The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden." Swedish Studies in European Law, Vol 1, 2006, eds N Wahl & P Cramér, páginas 37 y ss.

256 ALONSO GARCÍA, R. and J. M. BAÑO LEÓN "El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea." Revista Española de Derecho Constitucional, 1990, 29, páginas 193 ss, BAÑO LEÓN, J. M. "El Tribunal Constitucional. Juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)." Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 18, año 8, Mayo/Agosto 2004.

257 Aunque el artículo 234 TCE no consagra un derecho a lograr la remisión prejudicial perteneciente a las partes como tal.

258 SCHMAUCH, M. "Sweden introduces national measures to protect the expectations of individuals regarding the application of Article 234 EC." 10/2006, Octubre, European Law Reporter.

259 RASMUSSEN, Hjalte, **On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking.**: Martinus Nihoff Publishers, Países Bajos, 1986.

260 STJCE: 4 junio de 2002, procedimiento penal entablado contra Kenny Roland Lyckeskog; Petición de decisión prejudicial: Hovrätten för Västra Sverige - Suecia. C-99/00, ECR 2002,I 4839, <http://www.curia.eu>; <http://eur-lex.europa.eu>. Apdos 62-77.

261 Ibid. Apdo, 51, apdo 56-57.

262 STJCE: 30/09/2003, C-224/01, Köbler (Rec.2003,p.I-10239)

263 ROSSI, Lucía, and DI FEDERICO, Giacomo, "Case C-129/00 Commission v Repubblica Italiana." 42 Common Market Law Review 2005, 829-849.

