



UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID

**LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA EN LA
TEORÍA Y EN LA PRÁCTICA: SENTENCIAS *TORRESI, K Y A*, Y PROGRAMA *OMT***

Salvador Zaera Espinós*

* BBA y LLB, Colegio Universitario de Estudios Financieros, CUNEF. Consultant en Inter-American Development Bank (2015), Intern en Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) (2014). Agradezco la ayuda prestada en la elaboración de este trabajo por la profesora Blanca Lozano Cutanda. Texto presentado en el *EU law workshop* celebrado en la Facultad de Derecho en enero de 2016.

ABSTRACT. Se exponen en este análisis las características que definen hoy a la cuestión prejudicial de la Unión Europea, que ha sido calificada como la “pieza angular” del sistema de justicia europeo para, a continuación, comentar tres Sentencias dictadas por el TJUE en resolución de estas cuestiones prejudiciales, en las que se ponen especialmente de manifiesto tanto su incidencia en los ordenamientos jurídicos nacionales como relevancia para lograr una interpretación uniforme del derecho de la Unión.

KEY WORDS. Unión Europea. Derecho de la Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cuestión Prejudicial de la Unión Europea. Principio de Primacía.

Índice

1.	LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA: PRINCIPAL INSTRUMENTO DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO	1
1.1.	CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA	1
1.2.	ANTECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA	2
1.3.	CLASES DE CUESTIONES PREJUDICIALES	3
1.4.	SUJETOS LEGITIMADOS PARA PLANTEAR UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL	4
1.5.	EFFECTOS DE LAS SENTENCIAS PREJUDICIALES	6
2.	ANÁLISIS DE TRES CUESTIONES PREJUDICIALES	7
2.1.	LA SENTENCIA TORRESI (C-58/13) Y (C-59/13)	7
2.1.1.	Antecedentes y cuestión prejudicial planteada	7
2.1.2.	Conclusiones del Abogado General	9
2.1.3.	Sentencia del Tribunal de Justicia	11
2.1.4.	Incidencia de la Sentencia en la normativa nacional o europea afectada	12
2.2.	LA SENTENCIA K Y A (C-153/14)	15
2.2.1.	Antecedentes y cuestión prejudicial planteada	15
2.2.2.	Conclusiones del Abogado General	16
2.2.3.	Sentencia del Tribunal de Justicia	17
2.2.4.	Incidencia de la Sentencia en la normativa nacional o europea afectada	18
2.3.	LA SENTENCIA SOBRE EL PROGRAMA OMT (C-62/14)	20
2.3.1.	Antecedentes y cuestión prejudicial planteada	20
2.3.2.	Conclusiones del Abogado General	22
2.3.3.	Sentencia del Tribunal de Justicia	24
2.3.4.	Incidencia de la Sentencia en la normativa nacional o europea afectada	24
	CONCLUSIÓN	26
	BIBLIOGRAFÍA	28

1. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA: PRINCIPAL INSTRUMENTO DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO

La cuestión prejudicial es, probablemente, la pieza más relevante del sistema de control establecido por el Derecho de la Unión Europea¹. Robert Lecourt, político francés y cuarto presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, definió la cuestión prejudicial como la “piedra angular” de la integración europea, ya que es una norma «interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de los todos los Estados miembros²».

1.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA

Para un primer acercamiento, podríamos decir que la «piedra angular» de la integración europea son todas aquellas cuestiones que los tribunales de los Estados miembros de la Unión deben³, o pueden⁴, plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando en el proceso celebrado ante aquellos surgen dudas sobre la interpretación o validez de una norma o acto de Derecho de la Unión, siempre que su resolución sea imprescindible para solucionar un litigio nacional⁵.

Dicho de otra manera, un Tribunal nacional ante el que se está planteando un litigio que precisa de la aplicación de una norma de la Unión Europea, puede o debe dirigirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para solicitarle que interprete o compruebe la validez de la norma en cuestión⁶. A esta técnica también se la conoce como reenvío prejudicial.

Una de las peculiaridades del Derecho de la Unión Europea reside en que su aplicación judicial no se concentra solamente en una organización europea, el TJUE, sino que también, y sobre todo, atañe a los órganos judiciales de los Estados miembros. Al atribuirse la aplicación judicial ordinaria del Derecho europeo a los jueces de los diversos Estados

¹ MANGAS MARTIN, A; LIÑAN NOHUERAS, J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2014.

² ALONSO GARCÍA, R., “La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea” *European Inklings*. Número 4, 2014, Pág. 9. Accesible: <https://carlosesposito.files.wordpress.com/2014/05/cuestion-prejudicial-europea-dig.pdf>

³ El artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE establece que los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia, es decir, aquellos cuyas decisiones no puedan ser objeto de recurso, están obligadas a solicitar una prejudicial al Tribunal de Justicia a menos que el Tribunal ya se haya pronunciado o que la interpretación del Estado de Derecho de la UE en cuestión sea obvia.

⁴ Los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia no tienen la obligación de plantear una cuestión prejudicial aunque lo solicite una de las partes.

⁵ ARNALDO ALCUBILLA, E., *Enciclopedia Jurídica*, La Ley Grupo Wolkers Kluwer. Madrid, 2009. Pág. 3592

⁶ MANGAS MARTIN, A; LIÑAN NOHUERAS, J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit.

miembros, «los riesgos de dispersión en su aplicación, queda en razón de interpretaciones judiciales divergentes»⁷.

La cuestión prejudicial funciona como un mecanismo eficaz en el seno de un sistema de organización jurisdiccional fundamentado en el principio de cooperación y de naturaleza descentralizada. La descentralización de la aplicación de las normas de la Unión Europea acarrea un obvio peligro de interpretaciones dispares basadas en las particularidades de los diversos Derechos nacionales⁸.

La cuestión prejudicial es una herramienta clave para la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia. De esta forma se asegura una correcta interpretación y aplicación del Derecho de la UE⁹. El mismo TJUE ha manifestado que la cuestión prejudicial es una herramienta de “cooperación judicial”, por la cual el «órgano jurisdiccional nacional y Tribunal de Justicia, en el orden de sus propias competencias, son llamados a contribuir directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión»¹⁰.

1.2. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA

Tenemos que retroceder varias décadas para encontrar los orígenes de la cuestión prejudicial europea. Se incorporó al ordenamiento europeo en el primer tratado constitutivo (año 1951, París), concretamente en el artículo 41 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)¹¹. El artículo 41 circunscribe la cuestión prejudicial a la interpretación de los Tratados Constitutivos.

Seis años más tarde, en 1957, la cuestión prejudicial pasaría a ser reglada por el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea. Es remarcable la introducción en aquél momento de unos cambios que desvelan una apuesta por transformar la cuestión prejudicial en un elemento imprescindible del entonces Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: se disciernen los casos en los que la remisión prejudicial es obligatoria para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de aquellos otros en los que la remisión es facultativa; y se incrementa el ámbito de aplicación de la cuestión prejudicial, ya que pasará a incluir todo el Derecho privado¹².

⁷ RIPOL CARULLA, S., *España ante los tribunales internacionales de la Unión Europea. Cuestiones de política judicial*, Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Bilbao, 2014. (Pág. 47)

⁸ MANGAS MARTIN, A; LIÑAN NOHUERAS, J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit.

⁹ SARRIÓN ESTEVE, J, 2005., “El planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por parte del órgano jurisdiccional español”. Accesible: http://ruc.udc.es/bitstream/2183/9194/1/comunicacions_26_Sarrion_Esteve_679-690.pdf

¹⁰ Sentencia 1 de diciembre de 1965, *Schwarze*, 16/65, p. 1081.

¹¹ Art. 41 del Tratado de la CECA: “Sólo el Tribunal será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez de los acuerdos de la Comisión y del Consejo, en caso de que se cuestione tal validez en un litigio ante un Tribunal nacional”.

¹² MACÍAS CASTAÑO, J., *La Cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2014.

En el Tratado de Maastricht de 1992, la cuestión prejudicial pasará a estar regulada en el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea. Y finalmente, tras el Tratado de Lisboa la técnica del reenvío prejudicial se regula en el actual artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en el artículo 19.3.b) del Tratado de la Unión Europea. En el Tratado de Lisboa se añadió la previsión de la tramitación preferente de la cuestión prejudicial en los procesos en los que haya personas privadas de libertad. Esta regulación de la cuestión prejudicial se completa con los artículos 93 y siguientes del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia¹³.

Otro documento importante pues aunque no goza de carácter vinculante resulta esencial a efectos interpretativos, son las “Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales” recogidas en el Diario Oficial C 338 de 6.11.2012]. Estas recomendaciones tienen como objetivo ofrecer orientación a los Tribunales de los Estados miembros «sobre los casos en los que es conveniente iniciar un procedimiento prejudicial y proporcionarles información práctica acerca de la forma y de los efectos de dicho procedimiento¹⁴».

1.3. CLASES DE CUESTIONES PREJUDICIALES

En el artículo 267 del TFUE podemos distinguir dos clases de cuestiones prejudiciales: las cuestiones interpretativas y las cuestiones de apreciación de validez. Por lo tanto, se entiende que existen dos tipos de solicitudes en las cuestiones prejudiciales:

- La solicitud de interpretación de la norma europea: «el juez nacional solicita al TJUE que precise un punto de interpretación del Derecho europeo para poder utilizarlo de forma correcta¹⁵»;
- La cuestión sobre la validez de un instrumento europeo de Derecho derivado: «el juez nacional solicita al Tribunal que examine la validez de un acto del Derecho europeo¹⁶».

En las cuestiones interpretativas, el juez nacional *a quo* solicita la interpretación de una norma o acto de la UE. Esta solicitud realmente lo que posibilita es plantear las eventuales discordancias entre normas o actos de derecho europeo y normas o actos nacionales.

El objetivo de estas cuestiones prejudiciales es controlar la aplicación del derecho de la Unión por los diferentes Estados miembros. A través de estas cuestiones es como el TJCE ha ido construyendo los pilares fundamentales del derecho europeo: «autonomía, aplicabilidad y efecto directo, primacía; o lo más recientes, pero no menos importantes,

¹³ “Recomendaciones a los Órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales”. 2012, 4 de noviembre de 2015-última visita. Accesible en Internet.

¹⁴ “El procedimiento prejudicial”. 2012, 3 de noviembre de 2015-última visita. Disponible: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:114552>

¹⁵ “El procedimiento prejudicial”. 2012, 3 de noviembre de 2015-última visita. Disponible: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:114552>

¹⁶ “Recomendaciones a los Órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales”. 2012, 4 de noviembre de 2015-última visita. Accesible: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32012H1106\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32012H1106(01))

de responsabilidad del estado por incumplimiento de sus obligaciones comunitarias, o suspensión de los plazos procesales en esos casos»¹⁷.

Las cuestiones de apreciación de validez promueven la comprobación y verificación por el TJUE de la validez de una norma o acto europeo. En estas cuestiones también es un juez de un Estado miembro el que plantea una cuestión ante el TJUE, pero su objeto es distinto. El derecho de cada Estado miembro no injiere en el procedimiento, y los términos de la relación en la que se plantea la cuestión se circunscriben al ordenamiento europeo: «el juez nacional cuestiona, y pregunta, sobre la compatibilidad con los tratados constitutivos de un acto jurídico integrado en el derecho derivado»¹⁸. Las cuestiones de validez también satisfacen la exigencia de aplicación unificada u homogénea del ordenamiento europeo.

1.4. SUJETOS LEGITIMADOS PARA PLANTEAR UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros son quienes están legitimados para plantear cuestiones prejudiciales. «Al tratarse de un sistema de cooperación entre el juez nacional y el TJUE, las partes en un litigio no gozan de la oportunidad de reclamar al juez nacional la remisión prejudicial»¹⁹. Es necesario añadir un matiz a las palabras de KREPEL, en cuanto las partes si tienen la posibilidad de pedir que se plantee una cuestión prejudicial, pero la decisión de plantearla la toma siempre el juez nacional.

Las partes no tienen la potestad de interponer el recurso prejudicial, pero esto no descarta la oportunidad de hacerle ver al juez en el litigio la necesidad de una solicitud de interpretación. Las partes en el proceso pueden incitar al juez del litigio a que se dirija al TJUE y también pueden solicitarlo directamente en el pleito nacional²⁰.

El juez puede rechazar la solicitud de las partes en el proceso. Los motivos que fundamenten la negativa del juez a ejercer su facultad de acudir prejudicialmente al TJUE pueden ser diversos, tales como «que la propuesta hecha por las partes no afecte directa ni necesariamente a la solución del litigio o que mediante esa propuesta en realidad lo que se persigue por las mismas es ralentizar el procedimiento, porque se suspendería el litigio en caso de aquel reenvío, y, consiguientemente, retrasar el fallo del juez nacional»²¹.

¹⁷ ARNALDO ALCUBILLA, E., *Enciclopedia Jurídica*, La Ley Grupo Wolkers Kluwer. Madrid, 2009. Pág. 3592

¹⁸ MACÍAS CASTAÑO, J., *La Cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional*, cit.

¹⁹ KREPEL, H. 2004, *El planteamiento de la cuestión prejudicial*. 4 de noviembre de 2015-última visita. Disponible:
<http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2004/ponencias/discriminaciontrabajo/EI%20planteamiento%20de%20la%20cuestion%20prejudicial.pdf> Pág. 16

²⁰ ALCALDE FERNÁNDEZ, J; CASADO RAIGÓN, R., *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2014.

²¹ ALCALDE FERNÁNDEZ, J; CASADO RAIGÓN, R., *Curso de Derecho de la Unión Europea*, cit. Pág. 306

En cuanto al órgano judicial que deben, o pueden, plantear la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia, a través de varias sentencias ha señalado que el concepto de «órgano jurisdiccional nacional» es un término autónomo de derecho de la Unión Europea y puede entenderse aplicable a órganos que asiduamente no son tratados como jurisdiccionales por el Derecho interno de los Estados miembros²². El concepto “órgano jurisdiccional” debe ser comprendido en relación al derecho europeo, y no alude a la denominación, sino al posicionamiento y función de una institución dentro del sistema de protección jurídica de los Estados miembros²³.

La Sentencia de 30 de junio de 1966 (asunto *Vaassen- Göbbels*)²⁴ esclarece qué órganos jurisdiccionales están capacitados para plantear una cuestión prejudicial. Reproduciendo los considerandos de esta Sentencia, cualquier órgano jurisdiccional que concentre los siguientes atributos será competente para plantear una cuestión prejudicial²⁵:

- Creación por ley. “Considerando que el *Scheidsgerecht* está debidamente *constituido conforme a la legislación neerlandesa*”.
- Carácter permanente. “Considerando que el *Scheidsgerecht*, *organismo permanente* encargado de conocer de los litigios definidos de modo general por el artículo...”
- Competencia obligatoria. “...finalmente, las personas contempladas por el RBFM están *afiliados obligatoriamente al Beambtenfonds* y ello en virtud de un Reglamento adoptado por el *Mijnindustrieraad* (Consejo de la Industria Minera), institución de Derecho público...”
- Procedimiento contradictorio. “...que las personas referidas *están obligadas a dirigirse al Scheidsgerecht* como instancia judicial en cuanto a los litigios que surjan entre ellas y su asegurador”.
- Aplicación de normas de derecho. “Que el *Scheidsgerecht* debe *aplicar normas de Derecho*...”.

Posteriormente, el TJUE añadiría a estas características la de la independencia del órgano en la Sentencia de 11 de junio de 1987, asunto *Pretoire di Salò* (Sentencia).²⁶

Desde entonces, el TJUE ha admitido varias cuestiones planteadas por órganos que formalmente no son jurisdiccionales, como lo tribunales arbitrales de carácter permanente o como ocurre con colegios profesionales en el ejercicio de funciones disciplinarias²⁷. Centrándonos en nuestro país, los Tribunales españoles han admitido cuestiones

²² Sentencia *CILFIT*, de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81..

²³ KREPPPEL, H. 2004, *El planteamiento de la cuestión prejudicial*. 4 de noviembre de 2015-última visita. Disponible: <http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2004/ponencias/discriminaciontrabajo/EI%20planteamiento%20de%20la%20cuestion%20prejudicial.pdf>

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia del 30 de junio de 1966

²⁵ KREPPPEL, H. 2004, *El planteamiento de la cuestión prejudicial*. 4 de noviembre de 2015-última visita. Disponible: <http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2004/ponencias/discriminaciontrabajo/EI%20planteamiento%20de%20la%20cuestion%20prejudicial.pdf>

²⁶ Asunto *Pretoire di Salò*, Sentencia 11 de junio de 1987

²⁷ ARNALDO ALCUBILLA, E., *Enciclopedia Jurídica*, La Ley Grupo Wolkers Kluwer. Madrid, 2009.

planteadas por órganos administrativos como el Tribunal de Defensa de la Competencia²⁸ o el Tribunal Central Económico Administrativo²⁹. Más recientemente, la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015 (asunto C-203/01), ha reconocido el carácter jurisdiccional del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, atendiendo a los criterios referentes al origen legal del órgano, a su permanencia, al carácter contradictorio del procedimiento y a la aplicación por parte del órgano de las normas jurídicas.

El Tribunal de Justicia no ha admitido en cambio la posibilidad de que puedan hacer uso del artículo 267 del TFUE los árbitros u órganos cuya composición dependa de las partes en controversia, así como los órganos de carácter puramente administrativo que no reúnan las características citadas³⁰.

1.5. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PREJUDICIALES

En cuanto a los efectos de la sentencia prejudicial, tendremos que distinguir, en función a su distinta naturaleza, entre las cuestiones de interpretación y las de apreciación de validez³¹.

Las sentencias interpretativas vinculan con fuerza de cosa juzgada al juez que planteó la cuestión y a todos los órganos judiciales nacionales llamados a conocer del mismo litigio³². Además obligan, con carácter general, a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Por lo tanto podríamos afirmar que gozan de alcance general.

El alcance general no imposibilita que un juez de un Estado miembro solicite al TJUE una nueva cuestión prejudicial sobre la norma en cuestión alegando nuevas razones que, si son estimadas, pueden eventualmente producir una alteración de la jurisprudencia del TJUE³³.

Respecto a las cuestiones prejudiciales de apreciación de validez, la sentencia puede fallar que el acto jurídico del derecho de la Unión Europea en cuestión es válido o, por lo contrario, que es inválido³⁴. El TJUE ha considerado que tienen un alcance general tanto si el TJUE declara inválido el acto como si no lo hace³⁵.

Si el acto jurídico es declarado válido, el juez nacional se limitará a aplicarlo y, en el caso de que sea declarado inválido, la sentencia no solo exige al juez que planteó la

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de julio de 1992, caso *AEBP*, (as. 67/1991)

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 1 de abril de 1993, caso *La Junquera*, (as. 260-261/1991)

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 1982, asunto *Nordsee*, (as. 102/81)

³¹ RIPOL CARULLA, S., *España ante los tribunales internacionales de la Unión Europea. Cuestiones de política judicial*, Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Bilbao, 2014.

³² *Vid.*, MANGAS MARTIN, A; LIÑAN NOHUERAS, J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, *cit.*,

³³ MANGAS MARTIN, A; LIÑAN NOHUERAS, J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, *cit.*

³⁴ ALCALDE FERNÁNDEZ, J; CASADO RAIGÓN, R., *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2014.

³⁵ MANGAS MARTIN, A; LIÑAN NOHUERAS, J., *ob.ult.cit.*,

cuestión que no lo aplique en el litigio principal sino que, además, posee efecto *erga omnes*, por lo que todos los Tribunales de los Estados miembros deben considerar inválido ese acto jurídico. Sin embargo el acto declarado inválido, a diferencia de lo que sucede con el recurso de anulación³⁶, subsiste y solo puede ser alterado o derogado por la Institución que lo adoptó, limitándose al TJUE a especificar los efectos de la sentencia de invalidez³⁷³⁸.

Las sentencias de apreciación de validez tienen efectos *ex tunc*, es decir desde el momento de la entrada en vigor del acto jurídico cuestionado, si bien por motivos de seguridad jurídica el TJUE se reserva la posibilidad de circunscribir en el tiempo los efectos retroactivos de la sentencia en cada caso concreto³⁹.

2. ANÁLISIS DE TRES CUESTIONES PREJUDICIALES

2.1. LA SENTENCIA TORRESI (C-58/13) Y (C-59/13)

Esta Sentencia del TJUE recae en los Asuntos acumulados C58/13 y C59/13, conocida como Sentencia *Torresi* por el apellido de los principales implicados en el procedimiento. Esta Sentencia fue dictada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia el 17 de julio de 2014 y a grandes rasgos puede clasificarse como un caso que hace referencia a la libre circulación de personas físicas.

2.1.1. Antecedentes y cuestión prejudicial planteada

Los hechos que conforman el caso son los siguientes. Dos hermanos de nacionalidad italiana, los señores Angelo Alberto y Pier Francesco Torresi, realizaron sus estudios universitarios de Derecho en Italia. Tras obtener el título en este país se trasladaron a España para homologar su título italiano a la licenciatura española de Derecho. De esta forma cumplían con el único requisito que hasta abril de 2014 exigían los Colegios de Abogados en España, tener el título de licenciado en Derecho, y por tanto los dos hermanos se colegiaron conforme a Derecho en el Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife el 1 de diciembre de 2011.

Tras unos meses de la obtención del título de abogado profesional en España regresaron nuevamente a Italia y solicitaron su inscripción en el Colegio de Abogados de Macerata (el nombre original del órgano en italiano es *Ordine degli avvocati di Macerata*) el 17 de marzo de 2012, pero en la parte especial destinada a los abogados que se inscriben con título extranjero, *abogados establecidos*. Su solicitud fue realizada basándose en la

³⁶ Es el instrumento procesal directo ante el Tribunal de Justicia para controlar la legalidad de la actividad de las instituciones de la Unión Europea. Su regulación se recoge en los artículos 261 a 264 y 277 del TFUE.

³⁷ MACÍAS CASTAÑO, J., *La Cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional*, cit.

³⁸ MANGAS MARTIN, A; LIÑAN NOHUERAS, J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit.

³⁹ *Vid.*, MANGAS MARTIN, A; LIÑAN NOHUERAS, J., *ob.ult.cit.*; ALCALDE FERNÁNDEZ, J; CASADO RAIGÓN, R., *Curso de Derecho de la Unión Europea*, cit.

leyes italianas creadas siguiendo lo establecido por la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁴⁰, que posteriormente analizaremos con profundidad, pero no obtuvo ninguna contestación por parte del Colegio de Abogados en los 30 días que fija la ley italiana al respecto⁴¹.

Por esta razón, los hermanos Torresi decidieron interponer un recurso ante el Consejo Nacional de la Abogacía italiano (su nombre original en italiano es *Consiglio Nazionale Forense*, CNF en adelante) para que fuera este órgano quien decidiera sobre el fondo de la cuestión⁴². Y fue este mismo organismo quien, ante la duda sobre cómo resolver la cuestión controvertida, decidió plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el marco de estos hechos, la petición de decisión prejudicial planteada por el CNF el 4 de febrero de 2013 nos permite identificar dos cuestiones prejudiciales diferentes. La primera es de interpretación. Se pregunta si la Directiva citada anteriormente se opone a la práctica de denegar la inscripción en el registro de abogados establecidos de un Estado Miembro (EM) cuando entienda que en fraude de Derecho un nacional de ese mismo EM quiera inscribirse, vulnerando además el respeto de las identidades nacionales que consagra el artículo 4 del TUE. En concreto se solicita la interpretación del artículo 3 de la Directiva:

Artículo 3. Inscripción ante la autoridad competente

1. Los abogados que deseen ejercer en un Estado miembro distinto de aquel en el que hayan obtenido su título profesional deberán inscribirse ante la autoridad competente de dicho Estado miembro.

2. La autoridad competente del Estado miembro de acogida efectuará la inscripción del abogado previa presentación de una certificación de inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de origen.

Podrá exigir que la citada certificación haya sido expedida por la autoridad competente del Estado miembro de origen dentro de los tres meses anteriores a la fecha de su presentación. Informará a la autoridad competente del Estado miembro de origen acerca de dicha inscripción.

La segunda cuestión prejudicial es de apreciación de validez, y en ella el CNF plantea si el artículo 3.2 de la misma Directiva (que regula el procedimiento de inscripción de los abogados) debe ser considerado nulo por ir en contra del artículo 4.2 del TUE, por estimar que se está vulnerando normativa nacional dado que en Italia la propia Constitución prevé la realización de un examen para poder ejercer la profesión de abogado.

Artículo 4. TUE

2. La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las

⁴⁰ Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título (DO L 77 de 14.3.1998, p. 36)

⁴¹ Artículo 6, apartado 6, del Decreto Legislativo 96/2001. Este Decreto Legislativo es fruto de la transposición de Directiva 98/5/CE

funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro.

2.1.2. Conclusiones del Abogado General

El Abogado General Nils Wahl fue quien presentó sus conclusiones sobre el caso el 10 de abril de 2014. Desde un primer momento su informe evidencia que posee una opinión clara sobre las cuestiones prejudiciales planteadas⁴³, a cuyo análisis dedica poco más de página y media de su documento. Sin embargo, si entra a valorar en profundidad si el CNF es competente para presentar una cuestión prejudicial ante el TJUE, parte a la que dedica más de cuatro páginas.

El Abogado General entiende que el CNF si debe ser considerado como un órgano jurisdiccional en el sentido descrito en el apartado 1.4 de este trabajo, afirmando que cumple con todos los requisitos que se enumeraron como necesarios para poder plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE. Pero principalmente se centra en rebatir los dos requisitos que los hermanos Torresi defienden que el CNF no cumple, como son la independencia y la imparcialidad así como el que sus decisiones solo pueden ser consideradas administrativas.

El argumento alegado por las partes demandantes en el procedimiento principal para negar la independencia y parcialidad del CNF es que se trata de un órgano formado por abogados que pueden estar interesados en prohibir la participación de nuevos abogados con el fin de eliminar una potencial competencia. En este sentido, si bien es cierto que son abogados los que conforman el CNF y están decidiendo sobre si una persona puede o no inscribirse en el registro, el Abogado General considera que gracias a las garantías procedimentales que dispone la normativa italiana estas dudas desaparecen. Estos mecanismos serían la recusación, abstención del propio miembro del CNF, la inamovilidad en el cargo y la prohibición de vínculo entre el CNF y el colegio de abogados local. Además, otro elemento que ayuda a determinar que el CNF sí debe ser considerado órgano jurisdiccional es que en una sentencia previa, Sentencia *Gebhard*⁴⁴, el TJUE ya resolvió una cuestión prejudicial planteada por este organismo y no cuestionó en ningún momento su legitimidad para hacerlo.

Sobre si las decisiones del CNF solo pueden ser consideradas administrativas, el argumento de los hermanos Torresi es que no hay una decisión administrativa previa del colegio de abogados local y que por tanto cuando se recurre al CNF la decisión es puramente administrativa pues está decidiendo por vez primera. Sin embargo, como bien entiende el Abogado General, el silencio en este caso es considerado negativo y se trata por tanto de una resolución administrativa implícita que luego es apelada ante el CNF que se pronunciará sobre el fondo de la solicitud de inscripción. Además, señala que el hecho de que las decisiones del CNF, a diferencia del colegio de abogados local que si son de carácter administrativo, no se rigen por el silencio negativo da fuerza a su opi-

⁴³ Se desprende de frases como “A mi parecer la respuesta a esas cuestiones es muy clara.” y “Examinaré a continuación el fondo de las dos cuestiones planteadas por el CNF. No obstante, me parece hartamente evidente la respuesta a esas dos cuestiones.”

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, *Gebhard*, de 30 de noviembre de 1995 (C-55/94)

nión de que se trata de un órgano con carácter jurisdiccional. Por último, sobre la competencia, acaba afirmando que se trata de un órgano creado por ley, la competencia es obligatoria, aplica normas de derecho y es un procedimiento contradictorio. De esta manera cumpliría con todos los requisitos, que se expusieron en el apartado 1.4 de este trabajo, necesarios para poder plantear la cuestión prejudicial

Sobre la primera cuestión prejudicial de interpretación del artículo 3 de la Directiva 98/5, el Abogado General emite su opinión acerca de si en esta Directiva se permite a un Estado Miembro (EM en adelante) denegar, por motivos de fraude de derecho, la inscripción de un nacional de ese EM en la parte del registro del colegio de abogados destinada para los abogados con título extranjero, si al poco tiempo de haber obtenido su título en el extranjero regresan al país del que son nacionales.

En primer lugar, comienza dejando claro que en línea con la jurisprudencia del TJUE no se permite el aprovechamiento del derecho de la Unión de forma fraudulenta o abusiva. Pero para poder determinar que se trata de una actuación abusiva se requiere que se den tanto las circunstancias objetivas (en las que queda en evidencia que el cumplimiento de las normas no ha llevado al objetivo que buscan las mismas) como el elemento subjetivo que implica la voluntad de querer obtener esos resultados diferentes del que busca la norma creando de manera artificial las condiciones que requiere la misma. Pero esta función de determinación de fraude de derecho no es evidentemente tarea del TJUE, como bien recuerda el Abogado General, sino que corresponde a los tribunales de los Estados miembros, siempre y cuando las decisiones de estos no vayan en contra de lo establecido por la UE. Esto es de suma importancia pues el denegar la inscripción en el registro por considerar la actuación de los hermanos Torresi como abusiva es ir completamente en contra del sentido de la Directiva 98/5, por lo que si se estaría dañando los objetivos que busca la regulación europea.

El mismo título de la Directiva indica que su objetivo es “facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título”. Para ello la Directiva en su artículo tercero deja claro que el único requisito es la certificación que muestre que se está colegiado en el EM de origen. Además el TJUE se ha pronunciado en este sentido⁴⁵, por lo que no se pueden exigir requisitos más allá de la certificación.

El Abogado General considera irrelevante el hecho de que quien solicite la inscripción sea un nacional del EM, pues en la Directiva no hay discriminación alguna al respecto. Tampoco considera que sea fraude de derecho irse a otro EM para beneficiarse de una legislación que le sea más ventajosa. Por último, no puede entenderse que haya fraude de Derecho por haber solicitado la inscripción al poco tiempo de haberse colegiado en el otro EM, pues el artículo 3 solo exige un requisito para la inscripción, presentar la certificación de que está colegiado en el EM, sin establecer ninguna condición temporal.

Eso sí, el Abogado General no deja de advertir que si verdaderamente se sospecha de conductas fraudulentas encaminadas a obtener la inscripción, esta podría denegarse. En estos casos entiende como lícito un examen de la conducta sospechosa, apoyándose siempre, tal y como establece la misma Directiva, en la ayuda del EM del que se presenta la supuesta certificación de inscripción.

Sobre la segunda cuestión de apreciación de validez (que plantea si el artículo 3 debe ser considerado nulo por ir en contra del artículo del TUE que establece el respeto de la

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia *Wilson*, de 19 de septiembre de 2006 (C-506/04)

UE a la identidad nacional y estructuras fundamentales y políticas de los EM) el Abogado General no considera que sea inválida.

El CNF alegaba que el examen que se requiere para tener la condición de *avvocato* en Italia se exige por la misma Constitución italiana y que por tanto permitir la inscripción a nacionales italianos con el título de un país extranjero iría en contra de la identidad constitucional nacional. El Abogado General no considera que se produzca tal vulneración, además el registro que solicitan los hermanos Torresi es para la sección de abogados establecidos y no para los *avvocato* que hayan superado el examen en Italia, con lo que solo les permitiría ejercer las actividades que la misma Directiva establece en su artículo 5 apartado primero.

2.1.3. Sentencia del Tribunal de Justicia

La Sentencia fue dictada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia el 17 de julio de 2014. Comienza resaltando de la normativa comunitaria la parte de la Directiva que define su objetivo: facilitar el ejercicio de los abogados en un EM con el título obtenido en otro EM.

Seguidamente la Sentencia entra en el análisis sobre la legitimidad del CNF para poder plantear cuestiones prejudiciales. En este punto, la Sentencia sigue la argumentación de las conclusiones del Abogado General, entendiendo que sí se cumplen los requisitos para ser considerado órgano jurisdiccional según el artículo 267 del TFUE, y considerando también que las garantías de independencia e imparcialidad que rigen al CNF son suficientes.

La Sentencia se pronuncia además sobre un aspecto que los hermanos Torresi y el mismo Consejo de la Unión Europea alegaban en contra de la admisibilidad de las cuestiones que se plantean por el CNF ante el TJUE. Las razones en contra de la admisibilidad se basaban en la doctrina del acto claro. Sin embargo, el TJUE entiende que la existencia de jurisprudencia sobre esa misma cuestión no impide que pueda volver a pronunciarse al respecto.

Ya en relación con la primera cuestión prejudicial que planteaba el CNF, la Sentencia vuelve a incidir en la finalidad de la Directiva de armonizar a nivel europeo los requisitos para poder ejercer como abogado con un título de otro EM. El requisito único es el de la certificación de la inscripción en el registro del otro EM y este requisito ya ha sido además ratificado por otras sentencias.

El Tribunal aprecia con claridad que los hermanos Torresi cumplían con el único requisito que se les podía exigir para la inscripción, y siguiendo también en este punto las conclusiones del Abogado General, defiende que nadie puede valerse de actuaciones fraudulentas para lograr la inscripción, pero que en este caso las actuaciones de los hermanos Torresi no pueden considerarse como tales. No se cumple ni el elemento objetivo ni el subjetivo necesario para que se considere actuación fraudulenta, es más, su actuación se enmarca dentro de los objetivos de la Directiva y la decisión de donde obtener la cualificación profesional y donde ejercer forma parte de las libertades que defienden los tratados.

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial de apreciación de validez de la norma, en concreto del artículo 3 de la Directiva 98/5, nuevamente la Sentencia sigue la argumentación y posición del Abogado General, al entender que la norma no es contraria a la identidad nacional italiana. La Sentencia incide en la idea de que el abogado establecido

en el EM ejercerá siempre con el nombre del título del EM originario donde lo obtuvo, con lo que no se estaría esquivando la normativa italiana para obtener el título en ese país.

2.1.4. Incidencia de la Sentencia en la normativa nacional o europea afectada

Este caso nace en el marco de una realidad que se estaba dando entre dos países distintos de la Unión Europea: Italia y España. En España, en aquel momento, para ejercer como abogado bastaba con presentar la licenciatura de derecho en el colegio de abogados que se deseara y pagar las cuotas pertinentes. En Italia, sin embargo, para poder obtener el título de *avvocato* y poder ejercer tras finalizar los estudios universitarios en Derecho se debían realizar dos años de prácticas de abogacía y un examen. Este sistema que se daba en Italia era muy similar en el resto de países de la UE.

En estas circunstancias, era frecuente que licenciados en derecho italianos viniesen a España, convalidasen su título universitario y posteriormente se colegiasen en España. Es evidente que las razones de unos u otros para querer obtener la titulación de abogado en España y no en Italia podían ser variadas, pero la razón principal respondía al hecho de querer evitar tener que presentarse al examen del Estado italiano. Esta es precisamente la práctica a la que el CNF quiere poner fin cuando en su primera cuestión prejudicial incluye la pretensión de poder denegar el registro por considerar que en estos casos se obra en fraude de ley. Además, entiende este órgano que si la legislación europea ampara este tipo de conductas debe ser considerada nula por ir en contra de la identidad nacional italiana, como se ve en la segunda cuestión prejudicial.

No es difícil entender la reticencia del CNF a este tipo de prácticas. Principalmente por las altas cifras de abogados que ejercen en Italia evitando haber pasado por el sistema de este país. El Ilustre Colegio de Abogados de Madrid tiene incluso una sección hispano italiana⁴⁶ que creó el 13 de noviembre de 2013 precisamente por el importante colectivo de abogados de procedencia italiana.

Sin embargo, lo que puede parecer una práctica injusta si se analiza desde la perspectiva de un único país, Italia en este caso, adquiere una claridad absoluta cuando se estudia en el marco de la Unión Europea y su sistema de libertades. La Directiva 98/5 que Italia transpuso en el Decreto Legislativo 96/2001 tiene una finalidad muy concreta que el mismo título explicita.

La sentencia deja claro que un ciudadano de la UE tiene el pleno derecho a elegir el EM en el que quiere obtener sus cualificaciones profesionales. Y es fundamental que esto deba poder hacerlo sin el miedo a que su titulación no sea reconocida en otro EM, pues en el mercado único que cada vez se ha ido haciendo más perfecto en la UE se consagra dentro de las libertades fundamentales la de poder elegir en que EM desea uno ejercer su profesión.

Antes de valorar como incide la Sentencia en la normativa europea o nacional, resulta interesante ver que hubiera sucedido si la cuestión prejudicial hubiese sido favorable a la posición que el CNF defendía. Esto es, reconocer la facultad de los colegios de abo-

⁴⁶ Página web del Ilustre Colegio de Abogado de Madrid. Disponible en : http://web.icam.es/page/3/Servicios_a_Colegiados

gados de Italia de denegar la inscripción de aquellos italianos que hayan obtenido su título profesional en otro EM y luego quieran registrarse en Italia como abogados establecidos. El impacto de esta conclusión hubiera sido nefasto para el progreso de la integración europea. En primer lugar por el flagrante caso de discriminación en contra de sus propios nacionales, sería un retroceso en el sistema de igualdades creado en la Unión Europea. En segundo lugar, por el grave impacto que supondría establecer que el seguimiento de las normas comunitarias puede considerarse un fraude de derecho.

Atendiendo a la dirección que tomó la Sentencia, los efectos son bien sencillos, el CNF debe reconocer que las “normas del juego” cambiaron⁴⁷ y que los nacionales pueden beneficiarse si entienden que la normativa de otro EM les va a ser más favorable. Cumplir la normativa comunitaria no debe considerarse un fraude de derecho. El procedimiento para ser *avvocato* en Italia implica dos años de prácticas más un complejo examen final, pero reconocer a los abogados con títulos profesionales de otros EM no va en contra de ese proceso que entienden que da forma a su identidad nacional. Esto es porque sólo podrán hacer uso del término *avvocato* aquellos que sigan el procedimiento de Italia⁴⁸, el resto seguirán teniendo que utilizar el nombre de la titulación del EM de origen y solo podrán registrarse en la sección de abogados establecidos.

En este sentido, considero importante puntualizar que ni en las conclusiones del Abogado General ni en la Sentencia se ha prestado atención a aspectos de la Directiva 98/5/CE que en cierto sentido debilitan sus tesis. Una de las finalidades de la Directiva es también facilitar la adopción del título profesional del EM en el que se esté ejerciendo como abogado establecido⁴⁹. Así aparece en el artículo 10 de la Directiva que bajo la rúbrica “Equiparación al abogado del EM de acogida” establece que tras un periodo de tres años de ejercicio se presume que han adquirido la aptitud para “integrarse completamente en la profesión de abogado del Estado de acogida”⁵⁰ y podrán por tanto emplear la denominación utilizada en ese EM. Esto, que se configura como una obligación para el EM de acogida, hace que defender como hizo el Abogado General que se respetaría la identidad nacional porque los abogados siempre deberán utilizar el título del país de origen pierda valor. Un hecho que apoya esta idea es que las mismas partes demandantes en el procedimiento principal, los hermanos Torresi, pueden ser encontrados fácilmente en la página web corporativa del despacho en el que ejercen en Italia con el título de *avvocato*⁵¹, cuando según la argumentación descrita anteriormente deberían limitarse a la utilización de *abogado*.

Todo el Asunto *Torresi* y la Sentencia son una muestra del fenómeno que estaba teniendo lugar, a principios del 2014 y según datos del CNF, de los 3452 abogados de nacionalidad italiana registrados en la parte de abogados establecidos, el 80% había conseguido su título en España⁵². Además, según el portavoz del Consejo General de la Abogacía Española, Lucas Blaque, la Sentencia muestra también que un sistema de

⁴⁷ El Gobierno italiano presentó sus observaciones en el procedimiento y no concuerdan con el CNF, entienden que la identidad nacional italiana no queda dañada por los efectos de la Directiva.

⁴⁸ Artículo 5 de la Directiva 98/5/CE

⁴⁹ Considerando 14 de la Directiva 98/5/CE

⁵⁰ Considerando 14 de la Directiva 98/5/CE

⁵¹ Página web de su despacho: <http://www.torresieassociati.it/avvocati-macerata/>

⁵² Página web del diario italiano *Il sole 24 ore*. Disponible en: http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2014-07-18/1-italiano-puo-diventare-avvocato-spagna--104718.shtml?refresh_ce=1

acceso diferente era necesario en nuestro país⁵³. Mientras que en el año 2012 en Italia, de todos los que se presentaron al examen de habilitación aprobó poco más del 16% de los candidatos que se presentaron⁵⁴, en España el único requisito para poder colegiarse era tener el título de licenciado en Derecho. Sin embargo, con la entrada en vigor de la nueva ley para acceder a la abogacía⁵⁵, el nuevo sistema español para ser abogado requiere la realización de un máster y la superación de un examen⁵⁶ por lo que es muy probable que el número de italianos que vengan a España a obtener la titulación de abogado disminuya, a pesar de la posición favorable de la Sentencia.

También puede entenderse que la Sentencia ha tenido efectos en España, ha demostrado que los cambios en el sistema para acceder a la profesión de abogado no respondían a meros caprichos legislativos. Era necesario armonizar la legislación con el resto de países de la UE pues la situación anterior no otorgaba ningún prestigio a la profesión de abogado, esta Sentencia ha supuesto sin duda un elemento de presión para la modificación del sistema.

Para la normativa europea, esta Sentencia supone una confirmación del objetivo descrito en la Directiva 98/5, ahondando en las libertades defendidas por los Tratados, en el sentido de que un mercado interior debe ser un espacio sin fronteras interiores y se deben suprimir los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios entre todos los EM⁵⁷. Además otorga una confianza mayor para los ciudadanos europeos que se dedican o quieren dedicar al ejercicio de la abogacía pues anima a buscar la obtención de la titulación profesional en cualquier EM, eliminando el temor de que esta pueda ser limitada o no reconocida en otros EM o sea denunciada como una actuación en fraude de derecho.

Como broche a este análisis, quiero destacar la posición de los señores Torresi frente al planteamiento por parte del CNF de la cuestión prejudicial. Desde el principio trataron de evitar que el TJUE se pronunciase sobre el fondo de la controversia, defendieron que no era una cuestión admisible y que el CNF no era un tipo de órgano jurisdiccional por lo que no podía plantear cuestiones prejudiciales. Sin embargo, las posibilidades de que el procedimiento principal acabase dándoles la razón pasaban necesariamente porque se plantease la cuestión prejudicial.

Es decir, primero su solicitud en el registro había sido denegada por silencio negativo y luego el CNF planteó la cuestión porque tiene serias dudas sobre la validez de la normativa europea. En ese contexto, el único que con posibilidades razonables les podría haber dado la razón es el TJUE pues, como se ha dicho ya, alejado de la visión nacional de la norma, desde la perspectiva de la UE se podía prever que el fallo iría en su favor. La actitud defensiva de los señores Torresi podría escudarse en motivos de economía procesal (no querer prolongar el proceso) o en el miedo de que la normativa europea que les beneficiaba se pudiese haber considerado inválida, pero en este caso haber prolon-

⁵³ Página web del diario Cinco Días. Disponible en: http://cincodias.com/cincodias/2014/07/17/economia/1405613677_331825.html

⁵⁴ Página web del diario italiano Il sole 24 ore. Disponible en: http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2014-07-18/l-italiano-puo-diventare-avvocato-spagna--104718.shtml?refresh_ce=1

⁵⁵ Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales

⁵⁶ El primer examen se realizó en abril de 2014

⁵⁷ Artículo 3 del Tratado de la Unión Europea

gado el procedimiento les ha beneficiado con creces. La Sentencia refuerza la necesidad de confiar más en la normativa europea, cuando uno se beneficia de ella debe tener la tranquilidad de que está actuando diligentemente.

2.2. LA SENTENCIA K Y A (C-153/14)

El segundo caso que se analiza, Sentencia *K y A*, guarda relación con los procedimientos de reagrupación familiar en el marco de la Unión Europea. La Sentencia tiene lugar porque en los Países Bajos se exige a los nacionales de terceros países la realización de unos exámenes de idiomas y conocimientos. Su aprobado es requisito necesario para permitir la reagrupación con sus parejas casadas, también nacionales de terceros países pero residentes legales en los Países Bajos, y se plantea si esto es conforme con la normativa comunitaria.

2.2.1. Antecedentes y cuestión prejudicial planteada

El caso se inicia por el *Raad Van State*, el Consejo de Estado de los Países Bajos⁵⁸, al recibir dos casos diferentes cuya resolución le genera una serie de dudas. Tanto a *K*, de Azerbaiyán, como a *A*, de Nigeria, se les ha denegado el permiso de reagrupación con sus cónyuges, nacionales de terceros países que residen legalmente en los Países Bajos. Ambas mujeres alegaron motivos que les eximirían de realizar los exámenes que exige la legislación holandesa, *K* alegó impedimentos físicos y *A* impedimentos psíquicos. Pero sus solicitudes fueron denegadas por el Ministro de Asuntos Exteriores al no considerar que sus impedimentos fueran lo suficientemente graves.

A partir de aquí, en ambos casos se siguen los cauces procesales de la legislación neerlandesa que llevan el asunto hasta el *Raad Van State*. Es en este contexto en el que este decide plantear la cuestión prejudicial, al tener dudas este órgano jurisdiccional sobre la compatibilidad de los exámenes con las medidas de integración contempladas en el Derecho de la Unión Europea.

La Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar es la que se pide interpretar, más concretamente su artículo 7, apartado 2 del capítulo 4 titulado Condiciones para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, que establece lo siguiente:

Artículo 7

2. Los Estados miembros podrán requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional.

Con respecto al refugiado y a los miembros de su familia mencionados en el artículo 12, las medidas de integración mencionadas en el primer párrafo sólo podrán aplicarse una vez se haya concedido la reagrupación familiar a las personas de que se trate.

El artículo 17 de la Directiva también tendrá importancia en la resolución del caso:

Artículo 17

⁵⁸ A diferencia del Consejo de Estado español que es solo de carácter consultivo, este órgano sigue el modelo francés por lo que está dotado de competencia jurisdiccional en asuntos contencioso-administrativos como los del presente caso.

Al denegar una solicitud, al retirar el permiso de residencia o denegar su renovación, así como al dictar una decisión de devolver al reagrupante o un miembro de su familia, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares de la persona y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen.

La legislación neerlandesa en conflicto es la que obliga al cónyuge solicitante de la reagrupación a superar un examen de integración en el que debe demostrar un nivel mínimo (a1) de conocimiento de la lengua neerlandesa y una prueba de conocimiento sobre la sociedad y cultura de este país. Además se establece que las tasas que deben pagar para poder presentarse al examen son de 350 euros. La misma normativa contempla la posibilidad de eximir de la realización del examen cuando el solicitante padezca un impedimento físico o psíquico grave, y además concede la posibilidad de invocar una cláusula de rigor excesivo para aquellos casos en los que por circunstancias extremas se demuestre la imposibilidad o dificultad para superar el examen.

La cuestión prejudicial que se plantea pide aclarar si el examen de integración realizado a los que solicitan la reagrupación en los Países Bajos es compatible con la normativa europea y si se trata de una medida de integración lícita.

2.2.2. Conclusiones del Abogado General

En primer lugar, la Abogado General Juliane Kokott defiende que el examen de integración que regula la legislación neerlandesa no puede entenderse como contrario al concepto de “medidas de integración” que contempla la Directiva de reagrupación familiar. El Derecho de la UE no presenta ninguna disposición que establezca de manera explícita lo que debe entenderse por medidas de integración, pero ella si considera que se trata de un concepto suficientemente amplio como para abarcar un examen de integración.

En segundo lugar reflexiona acerca de si la medida de integración neerlandesa se ajusta al principio de proporcionalidad en tanto las excepciones a la superación de aquella pudieran ser demasiado estrictas. Primero valora como positiva la prueba de conocimientos pues verdaderamente contribuye a la mejor integración de la persona que va a trasladarse a los Países Bajos, destaca como entre otras cosas le ayudará a encontrar empleo y evitar problemas de convivencia. Considera además que la dificultad de la prueba no es elevada, el nivel a1⁵⁹ del marco de referencia común puede alcanzarse en principio sin demasiado esfuerzo.

Sin embargo, sí entiende que la normativa neerlandesa podría llegar a ser contraria a la Directiva de reagrupación en un punto específico, el de la atención a las circunstancias personales de cada solicitante de la reagrupación⁶⁰. Por lo pronto queda claro que quedan exentos de realizar el examen los nacionales de terceros estados con quien se haya acordado un trato favorable, aquellos que padezcan un impedimento físico o psíquico grave y los que se escuden en la cláusula de rigor excesivo.

La Abogado General entiende que si esta última cláusula, que requiere que el solicitante esté incapacitado permanentemente y haya demostrado haberse esforzado de manera

⁵⁹ El nivel a1 es el primero en una escala de seis niveles con dificultad creciente.

⁶⁰ Esto es exigido por la Directiva cuando en su artículo 17 establece la importancia de resolver conforme a las circunstancias del solicitante.

razonable en la superación del examen, no tiene suficientemente en cuenta las circunstancias personales a la hora de eximir de la realización del examen no podrá ser una normativa adecuada. En este sentido, entiende también que la cláusula de rigor excesivo debería contemplar el estado de salud, la formación, el conocimiento de la lengua y la posibilidad que tiene el solicitante de soportar los costes, no solo económicos, del aprendizaje del idioma. También puntualiza que cuando una persona se presente y no apruebe el examen, la denegación de la reagrupación no puede ser automática si existen esas circunstancias personales que urgen a que la reagrupación se lleve a cabo. La Abogado General concluye este punto asignando la tarea de valorar si la cláusula de rigor excesivo da entrada a este tipo de supuestos al Raad van State. Si este organismo estima que dicha cláusula abarca todos esos supuestos no habría ningún problema de compatibilidad con la normativa europea.

Sobre la segunda cuestión prejudicial, la Abogado General entiende que el pago de los 350 euros por las tasas del examen y los 110 euros por el material del curso puede ser contrario a las disposiciones de la Directiva si su pago supone un obstáculo para la reagrupación de aquellos interesados en solicitarla. Primero valora las mismas tasas como un elemento no contrario a la legislación europea aplicable al caso, además tienen la cuantía asociada al coste real con lo que no serían desproporcionadas. Sin embargo, advierte del peligro de que las tasas se erijan como barrera a la reagrupación, obstaculizando los fines que la propia Directiva persigue. Apuntando a las diferencias entre las rentas per cápita en las distintas regiones del mundo, esta cuantía puede ser considerada muy elevada, y señala como en los casos principales de K y A si es un riesgo que puede impedir la reagrupación.

2.2.3. Sentencia del Tribunal de Justicia

La Sentencia fue dictada por la Sala Segunda del Tribunal de Justicia el 9 de julio de 2015. En ella se realiza un análisis conjunto de las cuestiones prejudiciales planteadas por la estrecha relación que guardan entre sí.

El Tribunal comienza reconociendo la facultad de los EM de supeditar la reagrupación a que se cumplan las medidas de integración como requisito previo a la autorización⁶¹. Pero sí especifica que las medidas que los EM exijan deben necesariamente ser útiles para los reunificados, esto es, deben ser capaces de facilitarles la reagrupación. Y en el caso que nos atañe la Sentencia sí entiende que las pruebas que exigen los Países Bajos de idioma y de cultura neerlandesa son tendentes a mejorar la integración de los nuevos inmigrantes. Siguiendo las conclusiones de la Abogado General, considera que el nivel de las pruebas es muy elemental y por sí mismo no supone un obstáculo al objetivo buscado por la Directiva de reagrupación.

Seguidamente, emplea un argumento que también plasmó la Abogado General en sus conclusiones: las medidas de integración nunca podrán constituir un filtro para decidir quién puede o quien no puede ejercer su derecho a la reagrupación. En este sentido, cabe mencionar la importancia del artículo 17 de la Directiva de reagrupación, las circunstancias personales de quien solicita la reagrupación deben tenerse en cuenta a la hora de eximir a una persona de realizar el examen. En la legislación neerlandesa, como

⁶¹ La Directiva 2003/86 lo reconoce implícitamente pues configura como excepción el caso de refugiados y familiares de estos, a los cuales se les puede someter a las medidas de integración tras la autorización de la reagrupación.

ya se ha mencionado, únicamente se concede la autorización para la reagrupación sin haber superado las pruebas en dos casos: cuando se demuestre que se padece de un impedimento físico o psíquico grave o a través de la cláusula de rigor excesivo donde la apreciación de las circunstancias personales del solicitante conduzcan a que se considere que esté incapacitado permanentemente para lograr la superación del examen.

Es en este último punto donde se produce la mayor divergencia con las conclusiones de la Abogado General. En ellas se abría la puerta al Raad van State para que fuera este órgano quien decidiera si las circunstancias personales se tenían en cuenta en la cláusula de rigor excesivo en la medida en que la Directiva de reagrupación lo establece. Sin embargo, el Tribunal de Justicia entiende directamente que esa cláusula es demasiado rígida y no posibilita tener en cuenta las circunstancias personales. Concretamente, considera que no permite eximir de la obligación de superar el examen en aquellos casos en que el propio examen es el causante principal de dificultar excesivamente o hacer incluso imposible la reagrupación familiar.

Una de estas circunstancias sería la relacionada al coste, no sólo económico, que supone someterse a las medidas de integración. Como también señaló la Abogado General, todos estos costes de las tasas, de materiales y de desplazamientos suponen en los dos casos principales de K y A supuestos en los que se dificulta excesivamente o incluso se imposibilita la reagrupación familiar.

En líneas generales, la conclusión de la Sentencia es que si bien las pruebas de idiomas y conocimientos como medidas de integración no son contrarias a la Directiva de reagrupación, cuando los requisitos para la realización de estas supongan un obstáculo que dificulte excesivamente o imposibilite la reagrupación se considerará que se separa de la normativa europea. Para ello deberá estarse al caso concreto y tenerse en cuenta las circunstancias personales de quien solicita la reagrupación.

2.2.4. Incidencia de la Sentencia en la normativa nacional o europea afectada

La argumentación empleada en este procedimiento muestra como lo principal es siempre preservar el objetivo de la Directiva, esto es, proteger la unidad familiar y facilitar la integración de los nacionales de terceros países⁶². En el presente caso se está ponderando precisamente esa protección de la unidad familiar con la búsqueda de una sociedad integrada.

La inmigración es un fenómeno de gran transcendencia en la UE, que desde sus inicios ha recibido inmigrantes de todo el mundo y por tanto de distintas culturas, religiones, con costumbres diferentes... Esto es lo que ha provocado que no siempre la integración con la cultura del país que recibe a los inmigrantes haya sido positiva, por lo que en el marco de la UE se ha tratado de mejorar este problema de falta adaptación.

Los Países Bajos no son una excepción en Europa y en el marco de la política de reagrupación familiar han querido asegurar que los nuevos inmigrantes nacionales de terceros estados que entren en su país por esta vía posean un nivel mínimo de conocimientos que les permitan una mejor integración en la sociedad. Como se ha visto, en el presente caso no se discute que el examen de conocimientos de la legislación neerlandesa

⁶² Considerando 1 y 3 de la Directiva de reagrupación

sea una medida de integración lícita en tanto va encaminada a facilitar la integración y no consiste en un mero obstáculo para la reagrupación. Ni siquiera se plantea como un problema el hecho de que la prueba deba realizarse antes de la autorización y desde el país en el que se solicita la reagrupación.

De la Sentencia se deduce que la gran preocupación del Tribunal de Justicia es que los EM se excedan al fijar las condiciones para la superación de las medidas de integración y sirvan para impedir el gran objetivo de la Directiva, la reagrupación. Esta Sentencia supone para los Países Bajos, y el resto de Estados miembros en general, que en el procedimiento de solicitud de reagrupación los órganos de decisión no podrán tomar su decisión basándose únicamente en la superación del examen de integración. Deberán actuar prestando atención a las circunstancias personales del solicitante, velando porque la imposibilidad física, psíquica, económica o de otra índole no sea la barrera a la reagrupación. Para ello entiendo que la mejor opción para evitar dudas e incompatibilidades con la normativa europea sería una modificación de la legislación que estableciese claramente que las circunstancias personales serán tenidas en cuenta para que ningún solicitante se vea impedido de ejercer su derecho a la reagrupación por la imposibilidad de superar unas medidas que inicialmente fueron concebidas para su beneficio personal, aunque luego fueran a redundar en toda la sociedad.

Existe una Sentencia del Tribunal de Justicia que se desarrolla en un contexto muy similar al de la Sentencia estudiada en este apartado. Es el asunto C-579/13 cuya Sentencia fue dictada el 4 de junio de 2015, un mes antes que la del asunto C-153/14, que versa también sobre el examen de integración que se realiza en los Países Bajos pero en este caso en el contexto de los residentes de larga duración.

La Directiva 2003/109/CE⁶³ obliga a los Estados miembros a conceder el estatuto de residente de larga duración a quien haya residido legal e ininterrumpidamente durante cinco años en su territorio. Los Países Bajos cumplieron con la Directiva pero añadieron en su transposición que una vez concedido ese estatuto el residente deberá realizar un examen de integración sociocultural y de idiomas, la no realización o suspenso lo sancionan con una multa. El Tribunal de Justicia estimó que este examen era conforme con el Derecho de la UE y, de la misma manera que en el caso de la reagrupación, defendió que se trataba de una medida adecuada para el fin último: la integración.

No debe extrañar entonces la posición del TJUE en el caso de la reagrupación si un mes antes del fallo del Tribunal entendía que prácticamente el mismo examen podía realizarse a personas que llevan cinco años viviendo en los Países Bajos. Si el fallo del caso de la reagrupación hubiese determinado que los Países Bajos no podían regular como medida de integración la realización de ese examen, se hubiera producido una gran incongruencia en el seno del Tribunal de Justicia: los residentes de larga duración, que llevan mínimo cinco años en el país y aun así tienen que realizar el examen, permitirían a sus familiares ejercer el derecho a la reagrupación sin tener que realizar ninguna prueba. Si el Tribunal en este caso hubiera atendido a las recomendaciones del Abogado General⁶⁴ y hubiera determinado que la realización de un examen de integración a residentes de larga duración no es una medida de integración válida, la Sentencia en el caso de la reagrupación no se hubiera visto tan determinada.

⁶³ Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración

⁶⁴ En el asunto C-579/13 el Abogado General, Maciej Szpunar, presentó sus conclusiones el 28 de enero de 2015.

Si bien el caso principal estudiado tiene efectos importantes prácticos para la política de inmigración en Europa, hay que resaltar que la medida de integración controvertida tiene limitaciones para los refugiados y sus familiares pues la Directiva no permite someterles a medidas de integración hasta que no se haya concedido la reagrupación⁶⁵. Cabe hacer esta puntualización pues en el año 2015 en torno a un millón de personas han llegado a Europa procedentes de África y Oriente Medio buscando ser refugiados en la UE⁶⁶. Los refugiados adquieren este estatus por estar perseguidos o en riesgo de persecución⁶⁷, con lo cual aunque la Directiva no hubiera establecido nada específico, el correcto cumplimiento de la normativa europea por los EM hubiera permitido eximirles de realizar las medidas de integración antes de la autorización, al considerar sus circunstancias personales.

2.3. LA SENTENCIA SOBRE EL PROGRAMA OMT (C-62/14)

Este tercer y último caso es quizás también el más complejo. Quien inicia el procedimiento prejudicial es el propio Tribunal Constitucional federal alemán, siendo la primera vez que este organismo plantea una cuestión prejudicial. Resulta interesante señalar en este punto que también en España el Tribunal Constitucional ha sido muy reticente a plantear cuestiones prejudiciales, y que únicamente ha planteado hasta ahora una cuestión prejudicial (mediante el Auto 86/2011, relativa a la orden de detención europea)⁶⁸.

2.3.1. Antecedentes y cuestión prejudicial planteada

Para entender el caso debemos remontarnos al 6 de septiembre de 2012, cuando en medio de un clima de tensión en la economía de la zona euro, reflejado en las altas primas de riesgo de la deuda de estos países, el Banco Central Europeo (BCE) anuncia su programa *Outright Monetary Transactions* (OMT).

Con el programa OMT, Operaciones Monetarias de Compraventa en español, el BCE anunciaba un acuerdo para la compra de títulos de deuda pública emitida por los estados de la eurozona en los mercados secundarios. La compra de la deuda de los estados estaría sometida a una serie de condiciones que de forma resumida son las siguientes:

- los estados deben de estar sujetos a un programa de asistencia financiera del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera o del Mecanismo Europeo de Estabilidad, incluyendo la posibilidad de que ambos organismos puedan realizar compras en el mercado primario,
- las operaciones se centrarán en títulos de corto y medio plazo sin establecer límites cuantitativos previos,

⁶⁵ Artículo 7 párrafo segundo de la Directiva 2003/86

⁶⁶ Organización Internacional para las Migraciones. Disponible en: <https://www.iom.int/es/news/las-llegadas-de-migrantes-y-refugiados-la-ue-por-terrestre-y-maritima-casi-suman-un-millon-de>

⁶⁷ CASTILLO BADAL, Ramón. *Enciclopedia Jurídica*, La Ley Grupo Wolkers Kluwer. Madrid, 2009.

⁶⁸ MAESO SECO, Luis. *El Tribunal Constitucional Español y el mecanismo prejudicial al hilo del Auto 86/2011, De 9 De Junio*. Justicia Administrativa, n.º 55, primer trimestre 2012. Disponible en: <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/135697/el-tribunal-constitucional-espanol-y-el-mecanismo-prejudicial-al-hilo-del-auto-86-2011-de-9-de-juni>

- el BCE recibirá el mismo trato que los acreedores privados
- y adquiere además el compromiso de esterilizar toda la liquidez generada⁶⁹.

El anuncio de este programa se realizó a través de un comunicado de prensa en el que se informaba de sus características básicas, pero los instrumentos con los que se llevaría a cabo nunca fueron anunciados. Cuando se produjo el anuncio por el BCE, varios grupos de particulares entre los que se encuentran políticos, profesores de Derecho y de Economía, una periodista y una ONG alemana presentaron ante el Tribunal constitucional alemán diversos recursos de inconstitucionalidad para la protección de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por el gobierno alemán. Todos entendían que este último había incurrido en una omisión a su deber por no haber presentado un recurso de anulación ante el TJUE. También un partido político, el Die Linke, interpuso por este mismo motivo ante el Tribunal Constitucional un conflicto entre órganos constitucionales. Los motivos principales son, en primer lugar, que entienden que el programa OMT es una política económica y no monetaria, por lo que el BCE se estaría extralimitando en sus funciones, yendo en contra de las leyes europeas que prohíben la financiación de los estados. Además estaría atentando contra la identidad alemana. Frente a esto, el Tribunal Constitucional alemán decidió plantear varias cuestiones prejudiciales.

La primera cuestión, de validez, pregunta por la compatibilidad del programa OMT con la legislación europea, al entender que se trataría de una medida de política económica y no monetaria, que por tanto no podría ser aplicada por el BCE. Los artículos cuestionados son el 119 y el 127 del TFUE.

La segunda cuestión quiere esclarecer si el programa OMT es compatible con las medidas de prohibición de financiación que consagra el TFUE en su artículo 123.

Artículo 123

1. Queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros, denominados en lo sucesivo bancos centrales nacionales, en favor de instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el Banco Central Europeo o los bancos centrales nacionales.

2.3.2. Conclusiones del Abogado General

El Abogado General español Pedro Cruz Villalón fue quien presentó para este caso las conclusiones el 14 de enero de 2015.

En un primer apartado el Abogado General reflexiona acerca de la misma presentación de este recurso y acaba concluyendo que el TJUE declare que es apto para emitir una

⁶⁹ Esterilizar la liquidez en este caso quiere decir que las mismas cantidades invertidas en la compra de deuda serán retiradas del mercado para mantener siempre la misma oferta monetaria, evitando así principalmente la creación de inflación. .

respuesta sobre el fondo. También dedica un apartado a rebatir las objeciones a que la cuestión debe ser inadmisibile.

Sobre la primera cuestión prejudicial, todos los recurrentes entienden que el programa OMT va más allá del objetivo del BCE de alcanzar la estabilidad de precios, por ser una medida que directamente afecta a la financiación de los estados y debe ser considerada por tanto como política económica. Sin embargo el Abogado General entiende lo contrario. Mientras que la política económica de la unión queda en cierto modo definida en el TFUE⁷⁰, los Tratados no definen en ningún momento lo que entienden por política monetaria⁷¹.

Parte de que la política monetaria corresponde en exclusiva al BCE, cuyo fin es lograr la estabilidad de precios. El Abogado General entiende en este contexto que el programa OMT es un tipo de *medida no convencional de política monetaria* pues no forma parte de la práctica ordinaria del BCE, pero si va encaminada a alcanzar los fines de esta institución por lo que debe considerarse un programa legítimo y acorde con su poder de actuación. Sin embargo, deja claro que solo se podrá considerar política monetaria cuando en la aplicación del programa OMT se abstenga de intervenir directamente en los programas de asistencia financiera que se apliquen al Estado en cuestión.

Por otro lado, el caso principal se inicia por un comunicado de prensa del BCE que anuncia el programa OMT, pero no se tiene mayor información para el análisis. Es en este contexto en el que el Abogado General advierte de la necesidad de que en caso de aplicarse se motive la justificación de la aplicación de esta medida⁷², y más si se tiene en cuenta que se trata de una medida no convencional.

En esta línea, por las circunstancias excepcionales de inestabilidad que justifican esta medida, se debe cumplir en la aplicación del programa por el BCE el principio de proporcionalidad. Según el Abogado General, el programa OMT pasa el test de adecuación, pues entiende que la compra de títulos de deuda pública es una forma adecuada para reducir las primas por el interés de la deuda de los países afectados. También entiende que respeta el test de necesidad pues los distintos mecanismos que incorpora el programa (como que se aplicará con deuda de países que están sometidos a un programa de asistencia financiera, que el BCE será un acreedor no privilegiado y que no se vayan a establecer límites cuantitativos previos) hacen que la medida no sea tan excesiva si se compara con el resto de instrumentos que el BCE dispone. Por último, también entiende que el test de proporcionalidad en sentido estricto queda superado pues en términos del riesgo que asume el BCE existen los mecanismos suficientes como para que el riesgo no desemboque en la insolvencia del propio BCE.

Por tanto, la opinión del Abogado General sobre la primera cuestión prejudicial es que siempre y cuando el BCE no intervenga de manera directa en los programas de asistencia financiera (que permiten la aplicación de programa OMT) y cumpla con el deber de motivar suficientemente el programa así como todas las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad, el programa OMT es compatible con el derecho de la Unión Europea, en concreto con los artículos 119 y 127 del TFUE.

⁷⁰ Artículo 119 TFUE, apartado 1

⁷¹ En el campo de la economía la política monetaria forma parte de la política económica general, aquí se trata desde la perspectiva de las instituciones y tratados europeos.

⁷² Artículo 269 TFUE, apartado 2

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, la posición del Abogado General es que el programa OMT no se ve perjudicado por la prohibición de financiación de la UE. El primer argumento del Abogado General en este campo es el de señalar que la adquisición directa a los Estados es una forma de financiarlos que contempla el artículo 123 del TFUE en su apartado primero, como ya se ha visto. Pero este artículo especifica que la compra es en el mercado primario, y no en el secundario, que es lo que establece el programa OMT. Si entiende que se debe exigir que cuando el BCE intervenga en el mercado secundario se haga con las garantías necesarias para no incurrir en la prohibición de financiación monetaria.

El Abogado General opina que la compra de deuda siempre es inherente a la asunción de un riesgo. El hecho de que sea acreedor sin privilegios y en caso de reestructuración o impago acabase perjudicado su crédito no puede dar lugar a la interpretación de que se trata de una medida de financiación monetaria.

Existen otras preocupaciones planteadas por el Tribunal Constitucional alemán que el Abogado General contesta en este mismo apartado. Frente al argumento de que el BCE mantendría en su cartera la deuda comprada hasta su fecha de vencimiento produciendo un descenso de la oferta de deuda en el mercado secundario, sencillamente contesta que esa acción no aparece en el comunicado de prensa del BCE y que además este ha declarado no tener intención de hacerlo. La siguiente preocupación si la encuentra de mayor relevancia.

En el comunicado inicial del BCE no se especifica cuando este mismo llevaría a cabo la compra de la deuda. Esto supone para el Tribunal Constitucional alemán un grave riesgo pues el BCE podría comprar la deuda en el mercado secundario inmediatamente después de haber sido emitida en el mercado primario, lo que supondría un intento de evadir la prohibición de financiamiento del artículo 123 del TFUE. La solución para el Abogado General pasa porque el BCE no lleve a cabo el programa hasta haber transcurrido un tiempo desde la emisión en el que se haya podido formar un precio de mercado.

Por último, parece evidente que si se va a producir una emisión de deuda y los inversores conocen que se va a llevar a cabo un plan como el programa OMT, donde la deuda va a ser comprada por el BCE en el mercado secundario, se crearía un estímulo a la compra de deuda en el mercado primario. Este sería fomentado porque los inversores concebirían al BCE como un prestamista de última instancia, con el consiguiente riesgo moral que promovería actuaciones poco diligentes. Sin embargo, nuevamente el Abogado General tiene que argumentar que tal plan de comunicación de actuaciones previo a la emisión de la deuda nunca fue mencionado en el comunicado de prensa y tampoco se deduce que el BCE tenga la intención de llevarlo a cabo.

Si el BCE se asegura de que estas últimas actuaciones que los recurrentes temen que se produzcan a la hora de aplicar el programa OMT no se lleven a cabo, en opinión del Abogado General será una actuación conforme con el Derecho de la UE.

2.3.3. Sentencia del Tribunal de Justicia

La Sentencia de este asunto fue dictada por la Gran Sala del TJUE el 16 de junio de 2015. Siguiendo las conclusiones del Abogado General, declara que el programa OMT no es contrario al Derecho de la Unión Europea aunque con una importante diferencia, en cuanto no hace ninguna puntualización sobre como debiera aplicarse el programa.

Para contestar a la primera cuestión prejudicial, el TJUE comienza razonando que si bien el TFUE no define explícitamente que debe ser entendido por política monetaria sí define que el objetivo principal de esta política es mantener la estabilidad de precios y que la potestad exclusiva corresponde al BCE. Entiende, al igual que el Abogado General, que principalmente define una política monetaria los objetivos perseguidos por esta. Es por ello que razona que en el presente caso la medida debe ser considerada de política monetaria, aunque ocasione efectos en la estabilidad de la zona euro que sí parecen más propios de una medida económica. No hace sin embargo alusión alguna a que el programa OMT sea una medida no convencional, como si razonó el Abogado General.

También en la Sentencia se lleva a cabo el test de proporcionalidad que el Abogado General hizo. De la misma manera entiende que el programa OMT cumple el principio de proporcionalidad, aunque nuevamente sin someterlo a ninguna puntualización.

La contestación a la segunda cuestión prejudicial coincide también con la del Abogado General, en cuanto la Sentencia no entiende que el programa OMT pueda tener la consideración de medida de financiación. Al igual que el Abogado General, al que cita explícitamente, establece que la compra de deuda soberana en los mercados secundarios deberá hacerse con las garantías suficientes para evitar que se trate de una actuación que entre en la prohibición de financiación monetaria. Si no se dan esas garantías el efecto será el mismo que el de la compra de deuda en su emisión y generará por tanto el ya mencionado riesgo moral. Pero nuevamente, entiende que las diferentes características que definirían la compra por el BCE, tendentes a flexibilizar la adopción de decisiones a la hora de aplicar el programa OMT, no supondrán un incentivo para que los EM renuncien a tener un presupuesto equilibrado por confiar en las facilidades de financiación que les otorgaría el programa. Su conclusión es por tanto que el programa OMT no es contrario a la prohibición de ofrecer financiación monetaria a los Estados miembros.

2.3.4. Incidencia de la Sentencia en la normativa nacional o europea afectada

El fallo de la Sentencia ha tenido una gran transcendencia para las economías de la zona euro pues permite al BCE comprar la deuda soberana a corto plazo de aquellos países que se encuentran en un programa de asistencia financiera.

Desde que se anunció el programa OMT en septiembre de 2012 han transcurrido más de tres años y las especificaciones del programa nunca fueron publicadas, todo el procedimiento ha sido con la información que se contaba desde aquel comunicado de prensa del BCE⁷³. Cabría pensar que no se trataba de un plan tan urgente para la UE si durante todos estos años no se ha tratado de llevar a cabo y se ha esperado pacientemente a la Sentencia. En las mismas palabras que usó el Gobierno finlandés en sus observaciones al caso, el asunto principal se basaba en una “actividad hipotética del BCE”.

En este sentido, cabe mencionar que el mero anuncio del programa tuvo unos efectos muy positivos en la economía. De hecho sirvió para reducir las primas de riesgo que se estaban pagando sobre los bonos de varios países de la UE. Así lo demuestra un estu-

⁷³ El comunicado de prensa emitido por el BCE está disponible en su página web: http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html

dio⁷⁴⁷⁵ que afirma que en los dos años siguientes al anuncio del programa OMT se produjo un descenso de 200 puntos en la prima de riesgo de los bonos soberanos de España e Italia. Se eliminó por tanto el sobreprecio que respondía a una situación de inseguridad y pánico provocada en gran parte por los movimientos especulativos en el mercado que mostraban un riesgo real de colapso de la zona euro. El mismo BCE afirmó que el anuncio bastó para lograr los objetivos que buscaban⁷⁶.

El hecho de que nunca se especificaran los detalles del programa ni se llevase a cabo su aplicación práctica podría dar a entender que la intención del BCE fue únicamente la de tranquilizar a los mercados con el controvertido comunicado de prensa. El anuncio se produjo en el momento de mayor inestabilidad para el euro, pero también al poco tiempo de las famosas declaraciones de Mario Draghi, presidente del BCE, en las que aseguraba que se haría todo lo necesario por salvar esta moneda⁷⁷. Estos mensajes lanzados a los inversores provocaron que el objetivo del programa OMT fuera alcanzado sin necesidad de asumir los costes que hubiera supuesto la compra de deuda soberana en los mercados secundarios.

Se podría entender por tanto que el programa OMT fue el elemento necesario para que las palabras de Mario Draghi fueran percibidas como reales y respaldadas por una auténtica política monetaria, cuando quizás nunca se pensó en aplicarlas de verdad. Sin embargo, existe un hecho de enorme trascendencia que descarta estas suposiciones y es que en enero de 2015, tras la publicación de las Conclusiones del Abogado General, Mario Draghi anunció por vez primera la intención de llevar a cabo un programa de flexibilización cuantitativa, conocido en inglés como *Quantitative Easing* (QE), para la compra masiva de deuda pública.

Es por ello que para la Unión Europea esta Sentencia implica legitimar las nuevas actuaciones del BCE, otorgándole un mayor protagonismo al considerar la compra de deuda una política monetaria que entra dentro de sus potestades. Se constituye pues como un nuevo actor en la escena política, lo que podría entenderse como un retroceso en el avance del proceso de democratización de las instituciones de la Unión Europea⁷⁸, que durante el periodo de crisis económica reciente no ha pasado por su mejor momento⁷⁹.

⁷⁴ ALTAVILLA, C., GIANNONE, D. y LENZA, M. 2014, enero. The financial and Macroeconomic Effects of the OMT Announcements. Working paper nº352. Center For Studies in Economics and Finance

⁷⁵ Este mismo estudio cuenta con el respaldo del BCE, que meses más tarde (agosto de 2014) lo publicó de manera prácticamente íntegra en su serie de publicaciones: ALTAVILLA, C., GIANNONE, D. y LENZA, M. 2014, agosto. The financial and Macroeconomic Effects of OMT Announcements. Working Paper Series nº1707. European Central Bank

⁷⁶ Tan solo un año después del comunicado de prensa, en septiembre de 2013, un consejero ejecutivo del BCE ya valoraba de manera positiva la efectividad del programa OMT. Disponible en: <http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2013/html/sp130902.en.html>

⁷⁷ Discurso de Mario Draghi el 26 de julio de 2012 en la *Global Investment Conference* en Londres. Disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>

⁷⁸ STEINBERG, F. *El BCE mueve ficha*. Real Instituto El Cano. Disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/economia+internacional/comentario_steinberg_bce_omt

⁷⁹ La imagen de institución poco democrática viene influida principalmente por lo ocurrido en la crisis de Grecia con la conocida como Troika. Conformada por el BCE, la Comisión Europea y el Fondo Moneta-

Con respecto al programa QE se deben destacar algunas diferencias con el programa OMT. El segundo de ellos tiene la característica ya mencionada de la esterilización de la deuda, el QE sin embargo si implica la creación de nueva moneda en la zona euro. Precisamente el objetivo del QE es aumentar la inflación de la zona euro con la creación de esa nueva moneda, no comparte pues el objetivo del programa OMT que buscar reducir los sobreprecios pagados por los Estados en su deuda soberana. Los rasgos en común son por tanto la compra de deuda en el mercado secundario, potestad que en la Sentencia del TJUE si se reconoce al BCE. Teniendo en cuenta que, a diferencia del programa OMT, el QE se empezó a aplicar al poco tiempo de ser anunciado se puede entender que el BCE entendió que el obstáculo a este tipo de medidas había sido derribado con la posición del TJUE. No obstante, vistas las diferencias entre un programa y otro, no debiera extrañar que nuevamente se cuestionará su legalidad.

Por último, quiero destacar una apreciación que hizo en sus conclusiones el Abogado General Pedro Cruz Villalón. Resalta como el hecho de que sea el Tribunal Constitucional alemán quien por vez primera haya planteado la cuestión prejudicial es una muestra de la “densificación” del Derecho de la Unión. Esto mostraría que la importancia creciente de la normativa procedente de Europa lleva a que la jurisdicción constitucional de los Estados miembros actúe como los órganos jurisdiccionales que se explicaban en el primer capítulo de este trabajo. Un paso importante, pues tradicionalmente estos organismos constitucionales se han erigido como la máxima voz, en la parte más alta de la jerarquía, por lo que recurrir al TJUE demuestra un cambio notable.

CONCLUSIÓN

El desarrollo de la cuestión prejudicial es consustancial al desarrollo del Derecho de la Unión Europea. Debemos retroceder hasta el año 1961 para encontrar la primera cuestión prejudicial, pese a que se empezó a regular en el primer Tratado Constitutivo. Desde entonces ha habido 8710 cuestiones prejudiciales, sólo en el año 2014 hubo 428. Después de las sentencias (10213) y los recursos directos (8901) es el instrumento más utilizado por el Tribunal⁸⁰. Estos datos son un fiel indicador de la relevancia de la cuestión prejudicial europea.

El desconocimiento de las legislaciones y actos que se originan en el seno de las instituciones europeas es alarmante por la gran transcendencia que tienen en todos los Estados miembros. En las instituciones europeas se baraja una cifra al respecto, no de manera oficial, y es que en torno al 80% de la legislación que se aplica en cada EM procede directa o indirectamente de la UE⁸¹.

De la misma manera, esta realidad se ve reflejada en la relevancia que las cuestiones prejudiciales adquieren en procedimientos de muy diversa índole en todos los Estados miembros. La cuestión prejudicial responde esencialmente a la búsqueda de uniformi-

rio Internacional se percibe que son órganos cuyas importantísimas decisiones no revisten ningún carácter democrático.

⁸⁰ Informe Anual del TJUE del año 2014. Accesible: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-04/es_ecj_annual_report_2014_pr1.pdf Pág. 118-119

⁸¹ Este dato sobre el porcentaje de legislación es prácticamente imposible de calcular y se trata únicamente de una estimación. La cifra fue repetida varias veces en la visita que el autor de este trabajo realizó en el 2013 a diversos organismos de la UE en Bruselas.

dad en el funcionamiento del ordenamiento jurídico de la Unión: es la pieza clave del puzle del derecho europeo, el catalizador que hace posible la homogeneidad.

Esto mismo ha quedado demostrado con las sentencias estudiadas en este trabajo. En el Asunto *Torresi* un problema que se estaba dando en un EM y para cuya resolución se apelaba a la protección de la identidad nacional, queda supeditado al completo a lo que establece la normativa europea. De la misma manera, en el Asunto *K y A* el fallo dicta como ha de resolverse desde el derecho europeo una controversia que atañe tan íntimamente a los Estados miembros como es el otorgamiento de residencia a los extranjeros por reagrupación familiar. Ambos muestran la búsqueda de los objetivos y valores que caracterizan a la UE, el ahondamiento en un mercado único y la solidaridad y voluntad de protección para con otros pueblos.

Por otro lado, con la cuestión de validez planteada en el seno del Asunto sobre el programa OMT por un acto del Banco Central Europeo, se pide al TJUE a través de la resolución de una cuestión prejudicial que determine la validez de un comportamiento decisivo para el devenir y estabilidad de la UE. La cuestión es planteada por el Tribunal Constitucional alemán, quien al hacerlo por vez primera y vencer esa reticencia previa (que también tuvo el Tribunal Constitucional español) muestra el comienzo de un cambio en el que el TJUE tendrá cada vez mayor transcendencia.

Los jueces nacionales son los encargados de ejercer como jueces ordinarios en la aplicación del Derecho de la Unión Europea, en un sistema fundamentado en el principio de cooperación y caracterizado por la descentralización. Con estas circunstancias es fundamental la correcta utilización del instrumento de la cuestión prejudicial, para evitar los posibles riesgos de dispersión que puedan surgir de la aplicación del Derecho.

Como cierre a este recorrido por la cuestión prejudicial, no puede sino compartirse nuevamente la conclusión de Robert Lecourt con la que se daba inicio a este trabajo, en el sentido de que la piedra angular de la Comunidad no es, sin más, una misma norma común, «sino una norma interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio, por los Tribunales de todos los Estados miembros⁸²».

⁸² ALONSO GARCÍA, R., “La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea”. Cit.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE FERNÁNDEZ, J; CASADO RAIGÓN, R., *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2014.

ALONSO GARCÍA, R., “La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea” *European Inklings*. Número 4, 2014, PÁG 9. ble: <https://carlosoposito.files.wordpress.com/2014/05/cuestion-prejudicial-europea-dig.pdf>

ALTAVILLA, C., GIANNONE, D. y LENZA, M. *The financial and Macroeconomic Effects of the OMT Announcements*. Working paper n°352. Center For Studies in Economics and Finance. 2014

ARNALDO ALCUBILLA, E., *Enciclopedia Jurídica*, La Ley Grupo Wolkers Kluwer. Madrid, 2009. Pág. 3592

CASTILLO BADAL, Ramón. *Enciclopedia Jurídica*, La Ley Grupo Wolkers Kluwer. Madrid, 2009.

KREPPPEL, H. 2004, *El planteamiento de la cuestión prejudicial*. 4 de noviembre de 2015-última visita.

ble: <http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2004/ponencias/discriminaciontrabajo/El%20planteamiento%20de%20la%20cuestion%20prejudicial.pdf> Pág. 16

MACÍAS CASTAÑO, J., *La Cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2014.

MAESO SECO, Luis. *El Tribunal Constitucional Español y el mecanismo prejudicial al hilo del Auto 86/2011, De 9 De Junio*. Justicia Administrativa, n.º 55, primer trimestre 2012. Disponible en: <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/135697/el-tribunal-constitucional-espanol-y-el-mecanismo-prejudicial-al-hilo-del-auto-86-2011-de-9-de-juni>

MANGAS MARTIN, A; LIÑAN NOHUERAS, J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2014.

RIPOL CARULLA, S., *España ante los tribunales internacionales de la Unión Europea. Cuestiones de política judicial*, Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Bilbao, 2014. (Pág. 47)

SARRIÓN ESTEVE, J, 2005., “El planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por parte del órgano jurisdiccional español”. ble: http://ruc.udc.es/bitstream/2183/9194/1/comunicacions_26_Sarrion_Esteve_679-690.pdf

STEINBERG, F. *El BCE mueve ficha*. Artículo publicado por el Real Instituto El Cano. Disponible

en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/economia+internacional/comentario_steinberg_bce_omt

Otras fuentes de información empleadas

“El procedimiento prejudicial”. 2012, 3 de noviembre de 2015-última visita. Disponible: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:114552>

“Recomendaciones a los Órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales”. 2012, 4 de noviembre de 2015-última visita. Accesible: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32012H1106\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32012H1106(01))

Informe Anual del TJUE del año 2014. Accesible: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-04/es_ej_annual_report_2014_pr1.pdf

Página web del Ilustre Colegio de Abogado de Madrid. Disponible en: http://web.icam.es/page/3/Servicios_a_Colegiados

Página web del diario italiano Il sole 24 ore. Disponible en: http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2014-07-18/1-italiano-puo-diventare-avvocato-spagna--104718.shtml?refresh_ce=1

Página web del diario Cinco Días. Disponible en: http://cincodias.com/cincodias/2014/07/17/economia/1405613677_331825.html

Organización Internacional para las Migraciones. Disponible en: <https://www.iom.int/es/news/las-llegadas-de-migrantes-y-refugiados-la-ue-por-terrestre-y-maritima-casi-suman-un-millon-de>

<http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2013/html/sp130902.en.html>

<https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>

http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html