COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 4 DE OCTUBRE DE 2018, *COMISIÓN/FRANCIA*. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES Y EL INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE REENVÍO PREJUDICIAL

Por

OSCAR ENRIQUE TORRES RODRÍGUEZ
Becario del *Fond Spécial de Recherche* (FSR)
Institut d'Études Européennes
Université Saint-Louis de Bruselas

oetorresr@gmail.com

Revista General de Derecho Europeo 47 (2019)

RESUMEN: En la presente sentencia comentada el Tribunal de Justicia constata el incumplimiento por parte del Estado francés a la obligación de reenvío prejudicial que pesa sobre las jurisdicciones nacionales de última instancia. En este comentario se analizan las consecuencias inmediatas de dicha sentencia, el esclarecimiento de las condiciones para declarar un incumplimiento imputable a los órganos jurisdiccionales de última instancia, la infracción de la obligación de reenvío prejudicial, así como la interpretación del derecho de la Unión por los órganos jurisdiccionales de última instancia (*doctrina europea del acto claro*).

PALABRAS CLAVE: Incumplimiento de Estado; Obligación de reenvío prejudicial; Artículo 267.3 TFUE; Interpretación del Derecho de la Unión; Acto claro.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS HECHOS ORIGEN DEL INCUMPLIMIENTO. 1. El sistema fiscal francés para evitar la doble imposición. 2. La sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2011, *Accor.* 3. Las sentencias del Consejo de Estado francés de 10 de diciembre de 2012, *Accor* y *Rhodia*: el origen del incumplimiento. III. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. Sobre la infracción de los artículos 49 y 63 del TFUE. 2. Sobre la infracción del artículo 267, párrafo 3º del TFUE. IV. COMENTARIO. 1. Las consecuencias inmediatas de la sentencia *Comisión/Francia*. 2. El esclarecimiento de las condiciones para declarar un incumplimiento imputable a los órganos jurisdiccionales de última instancia. 2.1. Imputación del incumplimiento a órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno. 2.2. Adopción de al menos una decisión judicial. 2.3. Innecesariedad de comprobar elementos subjetivos. 2.4. Contradicción explícita entre la jurisprudencia del TJUE en la materia y la decisión del órgano jurisdiccional de última instancia. 3. El incumplimiento por parte de los órganos jurisdiccionales de última instancia a la obligación de reenvío prejudicial (artículo 267, párrafo 3º del TFUE). 4. La interpretación del derecho de la Unión europea por los órganos jurisdiccionales nacionales: ¿Repensar la doctrina europea del acto claro (sentencia *CILFIT*)? 4.1. Un margen interpretativo: la ausencia de jurisprudencia del TJUE. 4.2. La interpretación incorrecta o errónea del derecho de la Unión Europea. 4.3. Las dificultades recurrentes de interpretación. V. CONCLUSIÓN.

NOTE ON ECJ JUDGMENT *COMMISSION v. FRANCE* OF 4th OCTOBER 2018. THE INTERPRETATION OF EU LAW BY NATIONAL COURTS OF LAST INSTANCE AND THE FAILURE TO THE DUTY TO REFER

ABSTRACT: By the present decision, the ECJ declares that France has failed to fulfil the obligation of national courts of last instance to ask for a preliminary ruling. This commentary is intended to analyse the immediate consequences of this judgement, the clarification of the conditions to establish an infringement due to national courts of last instance, the infringement of the duty to refer, and the interpretation of EU law by national courts (*acte clair* doctrine).

KEY WORDS: Failure of a Member State to fulfil its obligations; Duty to refer; Article 267 (3) TFUE; Interpretation of EU law, *Acte clair*

Fecha de recepción: 18.10.2018.

Fecha de aceptación: 17.12.2018.

I. INTRODUCCIÓN

La decisión comentada[1] en el presente texto fue adoptada en el marco de un recurso por incumplimiento introducido el 10 de julio de 2017 por la Comisión contra Francia, debido a la inobservancia de sus obligaciones derivadas tanto de los artículos 49, 63 y, particularmente, 267, párrafo 3º del TFUE.

El presente comentario examina, en particular, las consecuencias prácticas de esta sentencia leídas a la luz del contexto conformado por dos desarrollos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), a saber: la interpretación del derecho de la Unión por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia y las excepciones para evadir la obligación de reenvío prejudicial (sentencia *CILFIT*[2]) y la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por los daños causados por dichos órganos (sentencia *Köbler*[3]).

Sin descuidar la importancia de la sentencia aquí comentada, se pondrá un especial énfasis en el primero de estos desarrollos toda vez que el incumplimiento por parte del Estado francés, imputado a su más alto órgano jurisdiccional en materia de contencioso administrativo (el *Conseil d'État*), tiene su causa tanto en una interpretación contraria al derecho de la Unión europea como en la infracción del artículo 267, párrafo 3o. del

[1] TJUE, sentencia de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (précompte mobilier)*, 416/17, EU:C:2018:811.

[2] TJUE, sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, 283/81, EU:C:1982:335

[3] TJUE, sentencia de 30 de septiembre de 2006, *Köbler*, 224/01, EU:C:2003:513. Véanse también, sentencia de 13 de junio de 2006, *Traghetti del mediterraneo*, 173/03, EU:C:2006:391; y sentencia de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, 160/14, EU:C:2015:565.

TFUE, el cual impone a los "órganos jurisdiccionales de última instancia" [4], la obligación de elevar cuestión prejudicial.

Además de entrar en algunos detalles sobre el recurso de incumplimiento, particularmente cuando este es imputado a una decisión judicial adoptada por un órgano jurisdiccional de última instancia, el objetivo es generar una reflexión más profunda sobre la interpretación del derecho de la Unión europea por parte -según la afamada expresión- de los "jueces de derecho común".[5]

En un primer lugar, serán descritos a profundidad los hechos que dieron origen al incumplimiento por parte del Estado francés, el cual fue imputado a su *Conseil d'État*; en segundo lugar, se analizará detalladamente el razonamiento utilizado por el TJUE en su decisión; y, finalmente, se desarrollará el comentario a dicha sentencia.

II. LOS HECHOS ORIGEN DEL INCUMPLIMIENTO

1. El sistema fiscal francés para evitar la doble imposición

En virtud del régimen francés, en vigor hasta el año 2004, para evitar la doble imposición, las sociedades matrices francesas estaban obligadas a operar una retención fiscal llamada "*précomte mobilier*" cuando se distribuían entre sus accionistas los dividendos provenientes tanto de las filiales establecidas en Francia como de aquellas establecidas en otros Estados miembros.

La ley fiscal francesa permitía a una sociedad matriz imputar a la retención ("*précompte mobilier*") el crédito fiscal ligado a la redistribución de los dividendos cuando estos provenían de sus filiales establecidas en Francia. En cuanto al tratamiento de los dividendos pagados por las filiales residentes en otro Estado miembro, la legislación fiscal francesa no era del todo clara.[6]

En este contexto, el grupo empresarial *Accor* pidió a la autoridad fiscal el reembolso de las retenciones efectuadas durante los años 1998 a 2000, por la redistribución entre sus accionistas de los dividendos provenientes de sus filiales establecidas en otros Estados miembros. Ante la negativa, la sociedad *Accor* interpone recurso administrativo

---

[4] De manera más precisa, este artículo atañe a los "órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisión no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno", sin embargo, a lo largo de este artículo se utilizarán los términos "órganos jurisdiccionales de última instancia" para referirse también a los primeros.

[5] Véase, LENAERTS, K., "The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union", *Common Market Law Review*, vol. 44, 2007, p. 1659.

[6] BERLIN, D., "Jurisprudence fiscale européenne", *Revue Trimestrielle de Droit européen,* vol. 48, 2012, p. 212.

contra la decisión del fisco reclamando que la ley fiscal no era compatible con el derecho de la Unión europea.[7]

El asunto llegó hasta el Consejo de Estado (la más alta jurisdicción administrativa en Francia), quien en virtud del artículo 267 TFUE, decidió elevar cuestión prejudicial ante el TJUE poniendo en duda la compatibilidad del sistema fiscal francés con el derecho de la Unión, en particular, con la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales previstas respectivamente en los actuales artículos 49 y 63 del TFUE.

2. La sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2011, *Accor*

Constatando una diferencia de trato entre los dividendos pagados por una filial establecida en un Estado miembro y aquellos pagados por una filial establecida en otro Estado miembro, en esta sentencia el TJUE resolvió que los artículos 49 y 63 del TFUE se oponen a un sistema fiscal que permite a las sociedades matrices de un Estado miembro imputar a la retención (a las que están obligadas a efectuar cuando se distribuyen entre sus accionistas los dividendos pagados por sus filiales) el crédito fiscal vinculado a la redistribución de dividendos provenientes de filiales establecidas en un Estado miembro (en el presente caso, Francia), pero no ofrece esta posibilidad cuando se trata de dividendos provenientes de una filial establecida en otro Estado miembro.[8]

3. Las sentencias del Consejo de Estado francés de 10 de diciembre de 2012, *Accor* y *Rhodia*: el origen del incumplimiento

Un año después de la notificación de la anterior sentencia del TJUE, el Consejo de Estado francés, mediante sólo dos decisiones *Accor* y *Rhodia*, dictadas el 10 de diciembre de 2012,[9] estableció la extensión del reembolso del impuesto percibido en violación al Derecho de la Unión, así como las condiciones probatorias que debían cumplirse para reclamar dicha restitución.

En relación a la extensión del reembolso, se planteó ante el máximo tribunal administrativo francés la cuestión de determinar si el pago del impuesto por parte de las sub-filiales establecidas en otro Estado miembro tenía que ser tomado en cuenta para la devolución de las cantidades percibidas.

---

[7] TJUE, sentencia de 15 de septiembre de 2011, *Accor*, 310/09, EU:C:2011:581, apartados 9 a 13.

[8] *Ibidem,* apartado 69.

[9] Consejo de Estado francés, sentencia de 10 de diciembre de 2012, nº 317074, *Rhodia*, FR:CESSR:2012:317074.20121210; y sentencia de 10 de diciembre de 2012, nº 317075, *Accor*, FR:CESSR:2012:317075.20121210.

Las sociedades *Accor* y *Rhodia* argumentaban que los principios del derecho de la Unión de equivalencia y efectividad imponen que el pago del impuesto por parte de las sub-filiales establecidas en otro Estado miembro tenía que ser tomado en cuenta y que en caso de duda debía plantearse nuevamente una cuestión prejudicial al TJUE.[10]

La decisión del Consejo de Estado francés se perfilaba a no tomar en cuenta el impuesto pagado por una sub-filial para el reembolso a la sociedad matriz del impuesto indebidamente percibido, sólo en el caso de que los dividendos redistribuidos provenientes de una filial establecida en otro Estado miembro no hayan sido sujetos a tributación.

Al respecto, los grupos empresariales *Accor* y *Rhodia*, señalaron al Consejo de Estado francés[11] la eventual contradicción que se generaría entre optar por dicha solución y la jurisprudencia del TJUE en la materia. En apoyo a su argumento ambas empresas invocaron la sentencia de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation (II)*,[12] de acuerdo con la cual, en la aplicación del régimen fiscal británico para evitar la doble imposición, debían tomarse en cuenta la redistribución de los dividendos provenientes de una filial establecida en el extranjero aunque estos no hayan sido sujetos a tributación a cargo de la sociedad matriz.[13]

En contraposición, la alta jurisdicción administrativa francesa señaló que dicha sentencia concernía al régimen fiscal aplicable en el Reino Unido cuyas especificidades, enumeradas en los apartados 5 a 19, y 75 a 79, hacen de él un régimen especial que no podría ser comparado al régimen francés del crédito fiscal y la retención ("*précompte mobilier*"), por lo que la regla derivada de la sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation (II)* no se aplicaba en el presente caso.[14]

Finalmente, sin plantear cuestión prejudicial al TJUE, y haciendo caso omiso de la jurisprudencia imperante en la materia, el Consejo de Estado francés concluyó que si los dividendos redistribuidos provenientes de una filial establecida en otro Estado miembro

---

[10] Consejo de Estado francés, sentencia de 10 de diciembre de 2012, *Rhodia*, *op. cit.,* apartado 26; y sentencia de 10 de diciembre de 2012, *Accor*, *op. cit.,* apartado 21.

[11] Consejo de Estado francés, sentencia de 10 de diciembre de 2012, *Rhodia*, *op. cit.,* apartados 28 y 29; y sentencia de 10 de diciembre de 2012, *Accor*, *op. cit.,* apartado 23 y 24.

[12] TJUE, sentencia de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation (II)*, 35/11, EU:C:2012:707.

[13] *Ibidem*, apartado 80; KINGSTON, S., "A light in the darkness: Recent developments in the ECJ's direct tax jurisprudence", *Common Market Law Review*, vol. 44, 2017, p. 1321. Véase también, GALLO, G., "Equivalence of a Dividend Exemption and an Underlying Tax Credit", en DZIURDZ, K. y MARCHGRABER, C., (eds.), *Non-Discrimination in European and Tax Treaty Law. Schriftenreihe IStR Band 94*, Linde,Viena, 2015, pp. 198 y ss; WATTEL, P., "Case note: ECJ Case C-35/11, Test Claimants in the FII Group (bis)", *Highlights & Insights on European taxation (H&I*), vol. 140, 2013, pp. 20-24.

[14] Consejo de Estado francés, sentencia de 10 de diciembre de 2012, *Rhodia*, *op. cit.,* apartado 28; y sentencia de 10 de diciembre de 2012, *Accor*, *op. cit.,* apartado 23.

no fueron sujetos a tributación a cargo de la sociedad matriz, el impuesto pagado por una sub-filial no debe tomarse en cuenta para determinar las cantidades percibidas que deben devolverse a dicha sociedad.[15]

Tras esta decisión, diversos grupos empresariales levantaron denuncias ante la Comisión por la infracción del derecho de la Unión por parte de Francia y su Consejo de Estado, por lo que ésta decidió activar el procedimiento administrativo previo, y al no recibir una respuesta positiva, posteriormente introdujo recurso de incumplimiento ante el TJUE.

Uno de los motivos esgrimidos por la Comisión tenía como objetivo constatar la infracción de los artículos 49 y 63 del TFUE por parte del Estado francés, debido a que el Consejo de Estado no tomó en cuenta el pago del tributo por parte de las sub-filiales establecidas en otro Estado miembro para restituir el impuesto percibido en violación del derecho de la Unión.

Otro de los motivos invocado por la Comisión -el cual hace de esta sentencia algo importante-, apuntaba a constatar el incumplimiento de Francia por el desconocimiento del Consejo de Estado francés de su obligación de reenvío prejudicial que, en virtud del artículo 267, párrafo 3º del TFUE,[16] pesa sobre los órganos jurisdiccionales de última instancia.

III. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Sobre la infracción de los artículos 49 y 63 del TFUE

Al respecto, el TJUE, en primer lugar, constata que cuando se trata de una cadena de participaciones puramente nacional (filial y sub-filial establecidas en Francia), el régimen fiscal francés permite neutralizar la tributación sobre los dividendos distribuidos en cada escalón de la cadena. “En efecto -nos dice el TJUE- cada distribución de dividendos por parte de una filial genera el derecho a un crédito fiscal que la sociedad matriz puede

---

[15] Consejo de Estado francés, sentencia de 10 de diciembre de 2012, *Rhodia*, *op. cit.,* apartado 29; y sentencia de 10 de diciembre de 2012, *Accor*, *op. cit.*, apartado 24.

[16] En total la Comisión esgrimió cuatro motivos. Los otros dos motivos no son de gran interés para este comentario y ambos fueron desestimados en su totalidad por el Tribunal de Justicia. Uno de ellos (el segundo) concernía la violación de los principios de efectividad y equivalencia debido a la supuesta dificultad de cumplir con las condiciones probatorias establecidas por el Consejo de Estado para el reembolso del tributo indebidamente percibido (TJUE, sentencia de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (précompte mobilier)*, *op. cit.,* apartados 48 a 51). Mediante su tercer motivo, la Comisión europea alegaba que el plafón impuesto por la alta jurisdicción administrativa francesa a la cantidad que puede ser reembolsada, el cual fijaba como límite a la devolución sólo el 33% de la cuantía de los dividendos distribuidos, no ponían fin a la discriminación constatada por el TJUE en su anteriormente citada sentencia de 15 de septiembre de 2011, *Accor*, 310/09, EU:C:2011:581 (TJUE, sentencia de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (précompte mobilier)*, *op. cit.* apartados 84 a 99).

imputar sobre las retenciones en la fuente que, en tanto que filial, debe practicar e ingresar con ocasión de la redistribución de tales dividendos a su propia sociedad matriz, retenciones en la fuente cuya cuantía es igual a la del crédito fiscal".[17] Sin embargo, cuando se trata de una cadena de participaciones en la que filial y sub-filial se encuentran establecidas en otro Estado miembro, la legislación no prevé la posibilidad de tener un crédito fiscal cuando la sub-filial distribuye dividendos a la filial.

Asimismo, el TJUE recuerda su jurisprudencia en la materia, derivada de la combinación entre el apartado 82 de su sentencia de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation (II)*, y el fallo de su sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation (I)*, según la cual: "un Estado miembro que permita a una sociedad residente que percibe dividendos de otra sociedad residente deducir del importe de la cuota que la primera sociedad ha de pagar en concepto de impuesto sobre sociedades la cuota de ese mismo impuesto pagada por la segunda sociedad, estará obligado a reconocer tal facultad a una sociedad residente que percibe dividendos de una sociedad no residente, en lo que atañe al impuesto correspondiente a los beneficios distribuidos, tanto si el impuesto ha sido pagado por una filial directa como si lo ha sido por una filial indirecta de la primera sociedad".[18]

Posteriormente el TJUE responde al argumento del Estado francés, quien pretendía justificar su incumplimiento (apartado 28) en la diferencia entre, por un lado, el mecanismo del Reino Unido, el "*Advance Corporation Tax*" (basado en el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades), y por otro lado, el mecanismo francés, el "*précompte mobilier*" (basado en el otorgamiento de un crédito fiscal). Al respecto, el Tribunal de Luxemburgo señala simplemente que dicha diferencia no afecta en nada la regla derivada de la jurisprudencia anteriormente citada.[19]

En estas condiciones, al no tener en cuenta el pago del impuesto por parte de las sub-filiales establecidas en otro Estado miembro para la devolución de las cantidades percibidas en violación del derecho de la Unión Europea, y manteniendo así la discriminación entre los dividendos provenientes de una sub-filial establecida en Francia y aquellos provenientes de una sub-filial establecida en otro Estado miembro, el Estado francés ha incumplido con las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 49 TFUE y 63 TFUE.[20]

---

[17] TJUE, sentencia de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (précompte mobilier)*, *op. cit.*, apartado 33.

[18] *Ibidem*, apartado 44.

[19] *Ibidem*, apartado 45

[20] *Ibidem*. apartado 46.

2. Sobre la infracción del artículo 267, párrafo 3º del TFUE

Antes de entrar al análisis de este motivo, cabe recordar que el artículo 267, párrafo 3º del TFUE prevé una obligación de reenvío prejudicial a cargo de los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia. De acuerdo con los términos de dicha disposición, cuando se plantee una cuestión prejudicial "en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal [de Justicia]".

Al respecto, la Comisión señala que el Consejo de Estado francés "debería haber" realizado un reenvío prejudicial por las dos razones siguientes: la primera, el Consejo de Estado es una jurisdicción nacional en el sentido del artículo 267, párrafo 3º, por lo que estaba obligado a elevar cuestión prejudicial; y la segunda, porque la compatibilidad entre, por un lado, las decisiones *Accor* y *Rhodia* de la alta jurisdicción administrativa francesa y, por otro lado, la jurisprudencia del TJUE, resultaba dudosa.[21]

El TJUE comienza su razonamiento evocando el principio clásico de unidad del Estado[22] y confirma su jurisprudencia en virtud de la cual, el incumplimiento por parte de un Estado miembro a sus obligaciones europeas puede ser constatado sin importar el órgano que se encuentre en el origen de dicho incumplimiento, incluso si se trata de un órgano constitucionalmente independiente,[23] como lo es, en el presente asunto, el Consejo de Estado francés.

En segundo término, el TJUE evoca los términos del artículo 267, párrafo 3º y menciona sólo uno de los objetivos de dicha obligación: evitar el surgimiento dentro de un Estado miembro de una línea jurisprudencial que no concuerde con el derecho de la Unión Europea.[24]

---

[21] *Ibidem*, apartados 100 a 102.

[22] *Ibidem*, apartado 106. Con arreglo a dicho principio, todos los órganos de un Estado miembro, incluidas las autoridades judiciales, tienen la obligación de cumplir con los tratados europeos.

[23] TJUE, sentencia de 9 de diciembre de 2003, *Comisión/Italia*, 129/00, EU:C:2003:656 apartado 29; sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/España*, 154/08, EU:C:2009:695, apartado 125.

[24] TJUE, sentencia de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (précompte mobilier)*, *op. cit.*, apartados 108 y 109. Cabe señalar que los objetivos de interpretación uniforme y de efectividad del derecho de la Unión europea no fueron evocados por el TJUE. En lo que respecta a la uniformidad de interpretación, el fin es evitar, por un lado, que interpretaciones "incorrectas" o "erróneas" se impongan a los órganos jurisdiccionales que son jerárquicamente inferiores a aquellos de última instancia; y por otro lado, que surjan líneas jurisprudenciales divergentes entre los diferentes órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. En lo que concierne a la efectividad, cabe recordar que si las cortes o tribunales de última instancia violan los derechos de un particular, que le son conferidos en virtud de una norma de derecho de la Unión, la decisión judicial no puede ser el objeto de un recurso ulterior en derecho interno.

Posteriormente, el Tribunal de Luxemburgo vuelve a confirmar las tres excepciones a la obligación de plantear una cuestión prejudicial[25] derivadas de su célebre sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*.[26] Las dos primeras permiten a los órganos jurisdiccionales de última instancia no remitir una cuestión prejudicial cuando: 1) esta no sea pertinente para resolver el caso en concreto; o 2) cuando la cuestión jurídica en causa ya haya sido resuelta con anterioridad por el TJUE y su jurisprudencia (*doctrina del acto aclarado*).[27]

Por su parte, la tercera excepción -cuyo entendimiento es importante para comprender el alcance de la sentencia aquí comentada- consagra en el sistema jurídico de la Unión Europea lo que -a falta de mejor expresión- se puede llamar la "*doctrina europea del acto claro*". De acuerdo con esta excepción, un órgano jurisdiccional de última instancia puede liberarse de su obligación de remitir cuestión prejudicial cuando: "la correcta aplicación del Derecho comunitario se imponga con tal evidencia que *no deja lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada*".[28] Asimismo, el TJUE agrega que antes de llegar a dicha conclusión, el juez nacional debe estar convencido de "que *la misma evidencia se impondrá* igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de otros Estados miembros, así como *al Tribunal de Justicia*".[29]

Una vez explicitados los términos de la obligación que deriva del artículo 267, párrafo 3º y sus excepciones jurisprudenciales, el TJUE, siguiendo la posición del Abogado General Melchior Wathelet,[30] afirmó que el Consejo de Estado francés, mediante sus dos decisiones de 10 de diciembre de 2012, *Accor* y *Rhodia*, "optó *por no seguir*"[31] el criterio que deriva de la sentencia de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation (II).*

---

[25] TJUE, sentencia de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (précompte mobilier)*, *op. cit.*, apartado 110. Mediante una lectura de las sentencias *Ferreira da Silva e Brito* y *X y van Dijk*, algunos autores creyeron que el TJUE había reformulado la doctrina europea del acto claro, tal y como fue enunciada en la sentencia *CILFIT*, sin embargo, la presente sentencia *Comisión/Francia* descarta completamente dicha interpretación y confirma nuevamente su doctrina *CILFIT*. Véase KORMEZOV, A., "The new format of the acte clair doctrine and its consequences", *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, pp. 1317-1342. Por otro lado, cabe señalar que: "estas sentencias realmente no son sentencias revolucionarias que cambien el estado de las cosas", GUIOT, F.-V., "La responsabilité des juridictions suprêmes dans le renvoi préjudiciel: With great(er) power, (at last) comes great responsability?", *Cahiers de droit européen*, vol. 52, 2016, p. 576.

[26] TJUE, sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, *op. cit*.

[27] *Ibidem,* apartados 13 a 15.

[28] *Ibidem*, apartado 16.

[29] *Idem.*

[30] TJUE, conclusiones del Abogado General Melchior WATHELET presentadas el 25 de julio de 2018, en el asunto *Comisión/Francia (précompte mobilier)*, 416/17, EU:C:2018:626, apartado 103.

[31] TJUE, sentencia de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (précompte mobilier)*, *op. cit.*, apartado 111 (énfasis añadido).

Como se vio anteriormente, el máximo tribunal administrativo francés justificó dicha elección arguyendo simplemente que "el régimen británico en cuestión era distinto del régimen francés de crédito fiscal",[32] sin embargo, esto no logró tener efectos persuasivos en el TJUE, quien consideró que el Consejo de Estado "no podía tener certeza de que su razonamiento se impondría *con la misma evidencia al Tribunal de Justicia*".[33]

Enseguida, el TJUE agrega que el hecho de no elevar cuestión prejudicial "*fue la causa de que*" el Consejo de Estado francés adoptara en sus sentencias "una solución basada en una interpretación de los artículos 49 y 63 del TFUE *que está en contradicción con la interpretación* que de esos artículos se propugna en la presente sentencia, lo que implica que, en el momento en que el *Conseil d'État* dictó sentencia, no podía excluirse *la existencia de una duda razonable* en cuanto a tal interpretación".[34]

Antes de concluir que la *interpretación* adoptada por el Consejo de Estado francés sobre las disposiciones jurídicas en cuestión "no se imponía con tal evidencia que no dejara lugar a duda razonable alguna", el TJUE afirma también que el máximo tribunal administrativo francés, en tanto que órgano jurisdiccional de última instancia, debió haber planteado cuestión prejudicial "con el fin de excluir el riesgo de una interpretación errónea del Derecho de la Unión". [35]

IV. COMENTARIO

En materia contenciosa de la Unión Europea, y a título principal, es la primera vez que el TJUE constata *explícitamente* el incumplimiento a la obligación de reenvío prejudicial que pesa sobre los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia.

Por otro lado, el TJUE también condenó al Estado francés por el incumplimiento de sus obligaciones resultado de las decisiones *Accor* y *Rhodia* adoptadas por su Consejo de Estado. Sin embargo, históricamente hablando, esta no es la primera vez que el TJUE dicta sentencia mediante la cual se condena de manera *directa* a un Estado miembro por el incumplimiento de sus obligaciones en virtud de una jurisprudencia emitida por un juez nacional de última instancia. Al respecto, cabe recordar, la famosa sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/España*,[36] mediante la cual el TJUE llegó a la conclusión de que la jurisprudencia asentada por el Tribunal Supremo español

---

[32] *Idem*.

[33] *Idem* (énfasis añadido).

[34] *Ibidem*, apartado 112.

[35] *Ibidem*, apartado 113.

[36] TJUE, sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/España*, *op. cit.*

era contraria al derecho de la Unión Europea.[37] A diferencia de la sentencia aquí comentada, cabe señalar que en aquel asunto, el TJUE no condenó al Estado español por haber cometido una infracción al artículo 267, párrafo 3º del TFUE.[38]

Una vez elucidada la gran diferencia existente entre ambas sentencias se puede proceder a generar los comentarios de mayor calado sobre las consecuencias inmediatas de la sentencia comentada (1), las condiciones del recurso de incumplimiento en caso de infracción del derecho de la Unión debido a las decisiones adoptadas por un órgano jurisdiccional de última instancia (2), la infracción al artículo 267, párrafo 3º del TFUE (3); y, finalmente, la interpretación del derecho de la Unión europea por los órganos jurisdiccionales nacionales y la doctrina europea del acto claro (4).

1. Las consecuencias inmediatas de la sentencia *Comisión/Francia*

Además de las consecuencias económicas que esta sentencia podría representar para las arcas del Estado francés -puesto que algunos millones de euros tendrán que ser rembolsados a los contribuyentes-, cabe recordar las consecuencias jurídicas que se vinculan con la sentencia de incumplimiento.

Desde el momento de la declaración de incumplimiento, existe la prohibición de pleno derecho para aplicar las disposiciones jurídicas incompatibles con el derecho de la Unión Europea,[39] por lo que a partir de ahora se deberá tomar en cuenta el impuesto pagado por una sub-filial para rembolsar a la sociedad matriz el impuesto percibido en violación al derecho de la Unión.

Por otro lado, la presente sentencia puede constituir la base de una acción en responsabilidad[40] por los daños ocasionados a un particular debido a una decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de última instancia. Empero, antes de continuar, es importante precisar que esta acción no se encuentra subordinada al reconocimiento previo de un incumplimiento por parte de un Estado miembro ya que no existe una correlación necesaria entre estas dos vías.[41]

Al respecto, cabe recordar los principios actuales que rigen la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por la violación al derecho de la Unión.

---

[37] LÓPEZ ESCUDERO, M., *op. cit.*, p. 238; En este sentido, véase también UYEN DO, T., "Droit Fiscal. Arrêt Commission européenne c. Royaume d'Espagne (arrêt du 12 novembre 2009, C-154/08", *Revue du droit de l'Union européenne*, nº 1, 2010, p. 148

[38] Tal parece que, en un inicio, la Comisión había esgrimido tal motivo, sin embargo, en el último momento lo retiró (véase, LÓPEZ ESCUDERO, M., *op. cit.*, p. 238).

[39] TJUE, sentencia de 13 de julio de 1972, *Comisión/Italia*, 48/71, apartados 7 y 8.

[40] TJUE, sentencia de 7 de febrero de 1973, *Comisión/Italia*, 39/72, apartado 11.

[41] DONY, M. y VANDERSANDEN, G., *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruselas, Bruylant, 1997, p. 20

Asimismo, este básico recordatorio es crucial para comprender el razonamiento expuesto en los siguientes apartados.

Mediante su sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame*,[42] el TJUE enunció de forma explícita, y en términos generales, las condiciones que los particulares deben cumplir para exigir al Estado miembro la reparación de los daños derivados de una violación del derecho de la Unión cuando esta sea atribuida al legislador nacional, a saber: 1) que la norma de derecho de la Unión violada confiera derechos a los particulares; [43] 2) que la violación esté suficientemente caracterizada; 3) y que exista una relación de causalidad directa entre la violación y el daño sufrido por los particulares.[44]

Este principio de responsabilidad extracontractual de los Estados Miembros por los perjuicios causados a los particulares "es inherente al sistema de Tratados".[45] Este descansa además sobre los principios de efectividad del derecho de la Unión[46] y el derecho a una protección judicial efectiva. Toda persona, cabe señalar, puede ejercer una acción ante los tribunales nacionales contra el Estado miembro para exigir la reparación de dicho daño.[47]

Más tarde, mediante su sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*,[48] el TJUE extendió este régimen de responsabilidad extracontractual a las infracciones del derecho de la Unión imputables a los órganos jurisdiccionales de última instancia por motivo de una decisión judicial contraria a este derecho.[49] La justificación de esta extensión se

---

[42] TJUE, sentencia de 5 de marzo de 1993, *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, asuntos acumulados 46/93 y 48/93, Rec p. I-1029.

[43] En otras palabras, la responsabilidad nace del desconocimiento de un derecho material que puede ser invocado por el particular y que le confiere derechos. Véase, JANS, J.H., "State Liability and Infringments Attribuable to National Courts: A Dutch perspective on the Köbler Case" en DE ZWAAN, J.W. *et al* (eds.), *The european Union: and on going process of integration. Liber amicorum Alfred E. Kellerman*, TMC Asser Press, La Haya, 2004, pp. 1717; CLASSEN, C., "Case C-224/01, Gerhard Köbler v. Republik Österreich", *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, p. 820.

[44] TJUE, sentencia de 5 de marzo de 1993, *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, *op. cit*, apartados 51 y 74.

[45] WATHELET, M., *Contentieux européen*, 2a. ed., Larcier, Bruselas, 2014, p. 131.

[46] MARTÍN RODRIGUEZ, P., "State Liability for judicial acts in European Community Law: The conceptual weakness of the functional approach", *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, 2005, p. 613: "el propósito de la responsabilidad del Estado parece ser salvaguardar la efectividad del derecho comunitario en caso de violaciones suficientemente caracterizadas de manera que contrarreste las infracciones manifiestas".

[47] WATHELET, M., *op. cit.,* p. 368.

[48] TJUE, sentencia de 30 de septiembre de 2006, *Köbler*, *op. cit.*

[49] CABRAL, P. y CHAVES, M., "Member State Liability for decisions of national courts adjudicating at last instance", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, 2006,

encuentra en la importancia que juegan los tribunales para la efectiva aplicación del derecho de la Unión y la protección de los derechos de los particulares.[50]

Asimismo, el TJUE realiza una precisión importante relativa únicamente a la apreciación y la aplicación de la segunda condición cuando la violación sea atribuible a una decisión judicial adoptada por los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia. En efecto, la existencia de una "violación suficientemente caracterizada" debe apreciarse tomando en cuenta "la especificidad de la función judicial y las exigencias legítimas de seguridad jurídica".[51] En estos casos, nos dice el TJUE, la responsabilidad de los Estados miembros "solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de *manera manifiesta el Derecho aplicable*."[52] Es decir, la segunda condición refiere aquí a una "violación manifiesta del derecho de la Unión Europea" por lo que esta no debe interpretarse como una cuarta condición que se agregue a las demás.[53]

El TJUE enuncia además algunos elementos que deben tomarse en cuenta para determinar el carácter "manifiesto" de una violación.[54] A saber, "el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, la posición adoptada, en su caso, por una institución comunitaria, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero [actual artículo 267, párrafo 3o. del TFUE]". [55]

En relación a este último punto, cabe señalar que el concepto jurisprudencial de responsabilidad extracontractual del Estado miembro por los daños ocasionados debido a una resolución adoptada por un órgano jurisdiccional de última instancia, no confiere al acto de inejecución de la obligación de reenvío prejudicial un rol autónomo.[56] En otras

---

p. 109; MARTINEZ LAGE, S., y BROKELMANN, H., "The Liability of the Spanish State for breach of EC Law", *European Law* Review, vol. 29, 2004, p. 530.

[50] TJUE, sentencia de 30 de septiembre de 2006, *Köbler*, *op. cit.,* apartados 33 y 34.

[51] *Ibidem,* apartado 53

[52] *Idem.*

[53] CLASSEN, C., *op. cit.*, p. 819.

[54] En su sentencia de 28 de julio de 2016, *Tomásová*, 168/15, apartado 24, EU:C:2016:602: el TJUE habla ya de "violación manifiesta".

[55] TJUE, sentencia de 30 de septiembre de 2006, *Köbler*, *op. cit.,* apartado 55.

[56] BLANQUET, M. *et al*., "Chronique de jurisprudence communtauraire (2005-2007)", *Cahiers de droit européen* 2008, nº 3-4, Bruylant-De Boeck, p. 571.

palabras, la demanda de reparación del daño no se puede fundamentar única y exclusivamente sobre violación del artículo 267, párrafo 3º del TFUE. [57]

El TJUE concluye afirmando explícitamente que: "*en todo caso*, una *violación* del Derecho comunitario *está suficientemente caracterizada* cuando *la resolución* de que se trate *se haya dictado* con *un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia* en la materia".[58]

En el caso de la aquí comentada sentencia *Comisión/Francia*, los derechos de los grupos empresariales *Accor* y *Rhodia*, así como los de otros contribuyentes, fueron lesionados y se percibió un impuesto en infracción del derecho de la Unión ocasionando así un daño de carácter económico a los particulares.

Aunque algunos autores señalen que la declaración de incumplimiento sólo ayudaría a comprobar que existió una violación y que aún se requiere que esta sea "manifiesta" [59] tomando en cuenta los elementos enunciados anteriormente (claridad de la norma, etc.), en realidad se desprende de la sentencia *Köbler* que dicha violación obtiene este carácter cuando la decisión judicial desconoce de manera manifiesta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, lo cual sucedió en la sentencia *Comisión/Francia* y la decisión del Consejo de Estado francés de "no seguir" la jurisprudencia derivada de la sentencia de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation (II)*.[60]

---

[57] MALENOVSKY, J., "Le renvoi préjudiciel perçu par trois Cours 'souveraines'", *Journal de Droit Europeén*, 2013, p. 216: "La responsabilidad no se activa por el sólo hecho de la inejecución de la obligación de reenvío. En efecto, el TJUE no constata por ninguna parte, en su sentencia *Köbler*, que el artículo 234 CE [actual artículo 267 TFUE] tiene por objeto conferir derechos a los particulares".

[58] TJUE, sentencia de 30 de septiembre de 2006, *Köbler*, *op. cit.*, apartado 56 (énfasis añadido). Al respecto, Classen señala que los elementos para determinar lo que es una "violación manifiesta" no son muy claros (CLASSEN, C., *op. cit.*, p. 819). Por otro lado, el requisito "violación manifiesta" reduce potencialmente el número de casos en los que se admite la reparación del daño, BEUTLER B., "State Liability for breaches of community law by national courts: is the requirement of a manifest infringement of the applicable law and insurmountable obstacle?, *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, p. 774. Este autor señala que este requisito no debe ser entendido como un obstáculo insuperable para otorgar la reparación de los daños y perjuicios derivados de una violación del derecho de la Unión debido a una resolución judicial adoptada por un órgano jurisdiccional de última instancia. Es preciso adherirse a estas críticas, insertando, no obstante, un matiz: al menos es claro que se cumple con este requisito cuando la decisión judicial esté en contradicción manifiesta con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea. Al respecto, la expresión "En todo caso" pareciera referir a "lo mínimo con lo que debe cumplirse es con". En este sentido, la versión francesa de la sentencia habla de "*en tout état de cause*"; la versión inglesa de "*In any event*", la versión italiana de "*In ogni caso*"; la versión portuguesa de "*De qualquer modo*"; y la versión alemana es más aún reveladora de este mínimo y habla de violación "*jedenfalls dann hinreichend qualifiziert*" (una violación es al menos suficientemente caracterizada cuando…).

[59] TJUE, conclusiones del Abogado General Philippe LÈGER presentadas el 11 de octubre de 2005, en el asunto *Traghetti del Mediterraneo*, 173/03, EU:C:2005:602, apartado 55.

[60] Tal parece que la opinión del Abogado General Philippe LÈGER puede ser adoptada cuando no haya jurisprudencia en la materia.

2. El esclarecimiento de las condiciones para declarar un incumplimiento imputable a los órganos jurisdiccionales de última instancia

Asimismo, mediante su sentencia *Comisión/Francia*, el TJUE arroja una luz sobre las condiciones que deberían de cumplirse para que se declare el incumplimiento por parte de un Estado miembro imputable a un órgano jurisdiccional de última instancia.

2.1. Imputación del incumplimiento a órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno

La primera condición, que también se encuentra en la anteriormente citada sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/España*,[61] concierne el carácter del órgano jurisdiccional nacional que dicta la sentencia. A la luz de ambas decisiones tal parece que la infracción cometida debe ser imputable a aquellos órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno,[62] puesto que estas son altamente susceptibles de asentar jurisprudencia e imponerse a los demás órganos jurisdiccionales nacionales.

2.2. Adopción de al menos una decisión judicial

En segundo lugar, -contrariamente a una de las condiciones señaladas por ciertos autores [63] - se desprende claramente de la sentencia *Comisión/Francia* que el establecimiento de una jurisprudencia reiterada y "bien establecida" sobre un largo periodo, *no resulta ser* un requisito indispensable para ejercer la acción de incumplimiento puesto que en dicha sentencia bastaron únicamente dos decisiones del Consejo de Estado francés para constatar la infracción a las obligaciones derivadas del

---

[61] TJUE, sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/España*, *op. cit.*.

[62] En este sentido, véase LÓPEZ ESCUDERO, M., *op. cit*, p. 240.

[63] *Ibidem*, p. 240. López escudero fundaba su propuesta en el apartado 32 de la sentencia de 9 de diciembre de 2003, *Comisión/Italia*, 129/00, EU:C:2003:656, en la que, desde su punto de vista, las decisiones judiciales "numéricamente insignificantes" no deben tomarse en cuenta para declarar el incumplimiento. Sin embargo, dicha sentencia no es un referente que pueda fundamentar dicha propuesta porque, así como lo señala el mismo Escudero de forma reiterada, en esta decisión el objeto del incumplimiento fueron las leyes nacionales aplicadas por las autoridades italianas siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema Italiana, y no la jurisprudencia misma. (p. 227 y p. 240). Además en este sentido, Christiaan Timmermans -antiguo juez del Tribunal de Justicia- indica que: la sentencia *Comisión/Italia* "no marca un hito y no debe ser leída como una indicación general sobre las condiciones bajo las cuales un Estado miembro podría ser declarado responsable en un procedimiento por incumplimiento imputable a una decisión por sus órganos jurisdiccionales que sea contraria al Derecho comunitario". Véase, TIMMERMANS, C., "Use of infringement procedure in cases of judicial errors", en DE ZWAAN, J.W. *et al* (eds.), *The european Union: and on going process of integration. Liber amicorum Alfred E. Kellerman*, TMC Asser Press, La Haya, 2004, p. 161.

derecho de la Unión europea. Además, en este caso, sólo existía el riesgo de que estas decisiones pudieran haber sentado jurisprudencia.

2.3. Innecesariedad de comprobar elementos subjetivos

Asimismo, se ha sugerido que otra de las condiciones con las que debería de cumplirse consiste en que el órgano jurisdiccional nacional de última instancia haya infringido de manera "seria y manifiesta" el derecho de la Unión. Para determinar si se cumple con este requisito se ha propuesto adoptar -sin cambio alguno- los mismos elementos explícitamente enunciados por el TJUE en la sentencia de 30 de septiembre 2003, *Köbler*. Así, de acuerdo con esta sugerencia, Comisión y Tribunal de Justicia deberían tomar en cuenta diversos factores, en particular, el grado de claridad de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, etc.[64]

Esta propuesta, sin embargo, desconoce las características más elementales del recurso de incumplimiento y del régimen de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por los daños causados debidos a una resolución de un órgano jurisdiccional nacional, así como sus diferencias.

Por un lado, en cuanto a su naturaleza, la propuesta ignora completamente la naturaleza objetiva[65] del recurso de incumplimiento y la naturaleza subjetiva del régimen de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por el daño ocasionado a los particulares. Los tres elementos básicos para constatar el incumplimiento son suficientes, a saber: 1) debe existir una infracción al derecho de la Unión; 2) la violación debe ser imputable al Estado miembro; y 3) la violación debe ser el resultado de una acción u omisión por parte del Estado miembro.[66] Estos elementos *objetivos* delimitan el objeto del recurso de incumplimiento: el vínculo de contrariedad existente entre por un lado, el derecho de la Unión europea, y por otro lado, la situación normativa o fáctica imputable al Estado miembro. Estos llevan a constatar de manera objetiva la violación del derecho de la Unión por un Estado miembro.[67] La finalidad del incumplimiento, cabe

---

[64] TJUE, sentencia de 30 de septiembre de 2006, *Köbler*, *op. cit.,* apartado 55. LÓPEZ ESCUDERO, M., *op. cit.*, p. 241

[65]WATHELET, M., *op. cit.*, p. 128.

[66] TRISTAN, M., *La procédure en manquement d'Etat : guide à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, Bruselas, 2012, p. 177.

[67] *Ibidem,* p. 25. Además, "El procedimiento de incumplimiento descansa sobre una constatación objetiva de la infracción por un Estado miembro a sus obligaciones (TJUE, sentencia de 10 de mayo de 2012, *Comisión/Estonia*, EC:C:2012:282, 39/10, apartado 63).

señalar, consiste en asegurar el Estado de Derecho en la Unión europea[68] y el efectivo funcionamiento de las políticas públicas dentro de la Unión.[69]

A diferencia del régimen de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por el daño causado debido a una resolución judicial adoptada en última instancia, el cual depende en gran medida de la comprobación de elementos subjetivos, el recurso de incumplimiento, por el contrario, no requiere que se haya generado un daño o un perjuicio ni tampoco es necesario que la Comisión pruebe la existencia de una "falta" o de que haya existido la voluntad de incumplir con el derecho de la Unión.[70] Por lo que el tomar en cuenta elementos subjetivos (tales como el grado de claridad de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, etc.), para constatar el incumplimiento, no sólo está demás sino que también tendría efectos negativos como lo veremos enseguida. En resumen, basta únicamente con que se demuestre la contrariedad entre la decisión judicial adoptada en última instancia y el derecho de la Unión europea, así como lo ilustran, la anteriormente citada sentencia *Comisión/España* y la presente sentencia *Comisión/Francia*.

Por otro lado, en cuanto a la carga probatoria de la Comisión, cabe recordar que esta tiene que probar el incumplimiento aportando al TJUE los elementos necesarios para ello. [71] En ausencia de poderes de investigación particulares en materia de incumplimiento de Estado, donde se depende de las respuestas y la colaboración de los Estados miembros para instruir el expediente, así como ante la posición exigente del TJUE en materia de pruebas del incumplimiento,[72] la propuesta anteriormente formulada llevaría a la Comisión a una posición desventajosa en la que esta tendría que probar el incumplimiento aportando elementos que, al recaer en el ámbito subjetivo (errores, intención de los jueces nacionales, etc.), serían en extremo difíciles de comprobar. Tal parece que la puesta en marcha de dicha propuesta beneficiaría en los hechos a los Estados miembros, puesto que en estas difíciles condiciones de prueba muy pocos o

---

[68] EVANS, A., "The enforcement procedure of article 169 EEC: Commission Discretion", *European Law Review,* vol. 4, 1979, p. 442; GIL IBAÑEZ, A. *The administrative supervision and Enforcement of EC Law, Powers, Procedures and limits*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 26-35.

[69] FALKNER, G. y TREIB, O., "Three Worlds of Compliance or Four? The EU-15 Compared to New Member States", *Journal of Common Market Studied*, vol. 46, 2008, pp. 296 y 297. Estos consideran que el incumplimiento es una "herramienta de las políticas públicas dentro de la Unión europea.

[70] WATHELET, M., *op. cit.*, p. 129.

[71] TJUE, sentencia de 29 de abril de 2010, *Comisión/Alemania*, 160/08, EU:C:2010:230, apartado 116; TJUE, sentencia de 5 de octubre de 2010, *Comisión/Francia*, 512/08, EU:C:2010:579, apartado 56.

[72] WATHELET, M., *op. cit.*, p. 138.

ningún incumplimiento imputable a los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia podría ser pronunciado por el TJUE.[73]

2.4. Contradicción explícita entre la jurisprudencia del TJUE en la materia y la decisión del órgano jurisdiccional de última instancia

En razón del carácter objetivo del recurso de incumplimiento, debe entonces existir un vínculo de contrariedad entre, por un lado, una jurisprudencia reiterada y "bien establecida" por parte del TJUE que resuelva la cuestión que se plantee ante órganos jurisdiccionales de última instancia; y por otro lado, la decisión adoptada por estos últimos.

En el mismo tenor que el punto anterior sobre la carga probatoria, en ausencia de jurisprudencia del TJUE que esclarezca una cuestión jurídica planteada ante un órgano jurisdiccional de última instancia, para la Comisión sería difícilmente complicado comprobar que una decisión adoptada por este último es contraria al derecho de la Unión europea toda vez que, en efecto, no existiría un parámetro sólido mediante el cual pueda apreciarse dicha contradicción. Esto, sin embargo, no es imposible. Aunque para no socavar la cooperación entre las Cortes y Tribunales de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia (caracterizada por el mecanismo de cuestión prejudicial y la "doctrina europea del acto claro") probablemente la Comisión no se atreva a intentar un recurso en estas condiciones. Este punto será retomado más tarde cuando se aborde la cuestión sobre la interpretación del Derecho de la Unión por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales.

3. El incumplimiento por parte de los órganos jurisdiccionales de última instancia a la obligación de reenvío prejudicial (artículo 267, párrafo 3º del TFUE)

En este punto resulta indispensable recordar las dos causas del incumplimiento constatado en la sentencia *Comisión/Francia*: la infracción a la libertad de establecimiento y el régimen de libre circulación de capitales (artículos 49 y 63 del TFUE), y la infracción a la obligación de reenvío prejudicial (artículo 267, párrafo 3º del TFUE).

Este recordatorio es de utilidad para remarcar que *jurídicamente* hablando, la infracción al artículo 267, párrafo 3º del TFUE, no es un elemento necesario para declarar un incumplimiento imputable a las decisiones de los órganos jurisdiccionales de

[73] Esto actualmente sucede en la práctica con los recursos de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros interpuestos ante los jueces nacionales por las violaciones atribuibles a un órgano jurisdiccional de última instancia. VARGA, Z., "National remedies in the case of violation of EU law by member state Courts", *Common Market Law Review*, vol. 54, 2017, pp. 51-80.

última instancia que estén en contradicción con la jurisprudencia del TJUE, por lo que es posible constatar el incumplimiento comprobando únicamente dicha contradicción. Este fue el caso de la citada sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/España*,[74] en la que se declaró el incumplimiento por parte del Estado español sin constatar la infracción del artículo 267, párrafo 3º del TFUE. [75]

Por otro lado, se podría esgrimir que en la sentencia *Comisión/Francia*, el TJUE afirmó explícitamente que el no elevar cuestión prejudicial "fue la causa de que" el Consejo de Estado francés adoptara en sus sentencias "una solución basada en una interpretación de los artículos 49 y 63 del TFUE que está en contradicción" con su jurisprudencia.[76] Sin embargo, esta proposición recae en el orden de lo fáctico y, en realidad, no tiene ninguna implicación en el terreno de lo jurídico, en el sentido de que imponga o esclarezca una condición requerida para constatar el incumplimiento del artículo 267. Asimismo, desde un punto de vista lógico, resulta altamente dudoso que la ausencia de cuestión prejudicial lleve necesariamente a adoptar una interpretación contraria a la jurisprudencia del TJUE. Este punto será abordado con detalle más adelante cuando se hable de las interpretaciones incorrectas del derecho de la Unión.

Finalmente, esto conduce a afirmar que la infracción del artículo 267, párrafo 3º del TFUE imputable a los órganos jurisdiccionales de última instancia no es autosuficiente para constatar el incumplimiento de un Estado miembro. Al igual que en el régimen de responsabilidad extracontractual por los daños ocasionados debido a una resolución adoptada por un órgano jurisdiccional de última instancia (véase, *supra*), un motivo de incumplimiento basado en la infracción del artículo 267, párrafo 3º del TFUE, no posee un rol autónomo. Es decir, un recurso de incumplimiento no se puede fundamentar única y exclusivamente sobre dicha infracción. Para ser más precisos: la constatación de la infracción al artículo 267, párrafo 3º, debe estar acompañada de la constatación de una contradicción objetiva entre la decisión de justicia adoptada por el órgano jurisdiccional de última instancia y la jurisprudencia del TJUE. En este sentido, sería impensable una constatación de la violación de reenvío prejudicial en el caso en el que un Tribunal o Corte de última instancia haya realizado una interpretación del derecho de la Unión europea compatible con la jurisprudencia del TJUE.

---

[74] TJUE, sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/España*, *op. cit.*

[75] Al respecto, Manuel López Escudero aporta un dato curioso, a saber, que en la fase pre-contenciosa, la Comisión también alegaba a España el incumplimiento del artículo 267, párrafo 3º, sin embargo, la Comisión decidió no mantener este motivo durante la fase contenciosa ante el TJUE. LÓPEZ ESCUDERO, M., *op. cit.*, p. 238.

[76] TJUE, sentencia de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (précompte mobilier)*, *op. cit.*, apartado 112.

4. La interpretación del derecho de la Unión europea por los órganos jurisdiccionales nacionales: ¿Repensar la doctrina europea del acto claro (sentencia *CILFIT*)?

Mediante su célebre sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, el TJUE puso los límites a la obligación de reenvío prejudicial que pesa sobre los órganos jurisdiccionales de última instancia.[77]

Anteriormente se hizo alusión a las condiciones de aplicación de la tercera excepción, la doctrina europea del acto claro, según la cual, un órgano jurisdiccional de última instancia puede escapar a su obligación de reenvío si: 1) "la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que *no deja lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada*".[78] Asimismo, el juez nacional debe estar convencido de "que *la misma evidencia se impondrá* igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de otros Estados miembros, así como *al Tribunal de Justicia*".[79]

Para llegar a esta conclusión, el órgano jurisdiccional de última instancia debe tomar en consideración las características interpretativas del derecho de la Unión enunciadas por el TJUE.

La primera consiste en el carácter multilingüe de la redacción de los textos jurídicos de la Unión y la igualdad de autenticidad entre las 24 lenguas oficiales. Esto lleva al TJUE a afirmar que la interpretación del derecho de la Unión "supone una comparación de las versiones lingüísticas".[80]

El segundo elemento a considerar es la existencia de toda una serie de conceptos jurídicos autónomos en la terminología jurídica del derecho de la Unión. Al respecto, el TJUE señala que "los conceptos jurídicos no tienen necesariamente el mismo contenido en el Derecho comunitario y en los diferentes Derechos nacionales". Estos conceptos, cabe señalar, requieren de una definición uniforme para que su contenido sea el mismo dentro de toda la Unión europea.[81]

---

[77] LENAERTS, K. *et al., Procedural Law of the European Union*, 2a.ed., Sweet and Maxwell, Londres, 2006, pp. 72-77.

[78] TJUE, sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, *op. cit.,* apartado 16 (énfasis añadido).

[79] *Idem* (énfasis añadido).

[80] *Ibidem*, apartados 18 a 20. Para un análisis sobre la interpretación multilingüe del derecho de la Unión europea desde una perspectiva de los órganos jurisdiccionales nacionales alemanes, ingleses y daneses véase, DERLÉN, M. *Multilingual interpretation of European Union Law*, Kluwer Law International, Alpena an den Rijn, 2009.

[81] Para un análisis detallado sobre la existencia de conceptos autónomos en el orden jurídico de la Unión europea, véase SACHA, P. y VAN ROERMUND, B. (eds.), *The coherence of EU law. The search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Y, en tercer lugar, de acuerdo con el TJUE, "cada disposición de Derecho comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho [elemento sistemático], de sus finalidades [elemento teleológico] y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata [elemento 'evolutivo']".[82]

Tras su sentencia CILFIT, el TJUE jamás se preocupó por detallar la manera en que los órganos jurisdiccionales nacionales deberían satisfacer las condiciones de aplicación de la doctrina europea del acto claro, lo cual generó una multitud de interpretaciones y aplicaciones diferentes de dicha doctrina.[83]

Una de estas interpretaciones, proveniente de la doctrina, partiendo de una concepción estricta de la doctrina europea del acto claro, sostiene que esta resulta ser inefectiva puesto que en la práctica ningún juez podría llegar a satisfacer sus condiciones de aplicación, y que por lo tanto, los órganos jurisdiccionales de última instancia se encuentran constreñidos en todos los casos a realizar un reenvío prejudicial.[84]

Sin embargo, esta lectura (no oficial) tiene un gran problema: esta es ciega ante la utilización de la doctrina del acto claro por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia.[85] En este sentido, de manera más acertada, otra parte de

[82] TJUE, sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, *op. cit.,* apartado 20. Para un análisis detallado sobre los métodos de interpretación del Derecho de la Unión, véase: BESSON, S., LEVRAT, N., y CLERC, E. (eds.), *L'interprétation en droit européen,* Bruylant, L.G.D.J., Schulthess, Zurich, 201 ; PINGEL, I., « Le multilinguisme dans l'Union européenne. Défis et défense », en PINGEL, I. (ed.), *Le multilinguisme dans l'Union européenne*, Pedone, Paris, 2015, pp. 7-30 ; RIDEAU, J., « L'Union européenne face aux défis linguistiques» en SUEUR, J.-J., *Interpréter et traduire. Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005. Faculté de droit de Toulon*, Bruylant, Brussels, 2005, pp. 63-137.

[83] Sobre las distintas formas de leer la sentencia CILFIT, véase, LENAERTS, K., "La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel", *Cahiers de droit européen*, vol. 19, 1983, p. 497.

[84] TJUE, conclusiones del Abogado General DÁMASO RUIZ-JARABO presentadas el 30 de junio de 2005, en el asunto *Gaston Schul Douane Expéditeur*, 461/03, EU:C:2005:415, apartado 84: "De cualquier manera, la tesis del acto claro, por las estrictas condiciones a las que se somete, se mueve en unos parámetros de abstracción que la confina en el mundo del simbolismo teórico"; TJUE, conclusiones del Abogado General Antonio TIZZANO presentadas el 21 de febrero de 2002, en el asunto *Lyckeskog*, 99/00, EU:C:2002:108, apartado 65; WATTEL, P., "Kobler, Cilfit and Welthgrove: we can't go on meeting like this", *Common Market Law Review*, vol. 41, p. 178; RASMUSSEN, H., *The European Court of Justice*, Gadjura, Copenhague, 1998, p. 152; RASMUSSEN, H., "The European court's Acte Clair Strategy in CILFIT. Or Acte Clair, of Course ! But what does it Mean ?", *European Law Review*, 1984, pp. 243; BOULOUIS J. y DARMON M., *Contentieux communautaire*, Dalloz, París, 1997, p. 27.

[85] Véase, entre otros, FENGER, N y BROBERG, M., "Finding light in the darkness : on the actual application of the acte clair doctrine", *Year of European Law*, vol. 30, 2011, pp. 180-212; BOBEK, M., "Learning to talk: preliminary rulings, the courts of the new members states and the court of justice", *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, pp. 1611-1643.

la doctrina jurídica explica este fenómeno afirmando que las condiciones de aplicación de dicha doctrina han sido interpretadas y satisfechas de manera flexible y funcional.[86]

Esta práctica, no obstante, representa un riesgo para garantizar dos de los valores tan preciados en el sistema jurídico de la Unión europea: la uniformidad de interpretación y la efectividad del derecho de la Unión.[87]

Por otro lado, la doctrina europea del acto claro se encuentra en el origen de los dos históricos incumplimientos pronunciados por el TJUE debido a una infracción del derecho comunitario por parte de un órgano jurisdiccional de última instancia: la presente sentencia *Comisión/Francia* y la anteriormente citada sentencia *Comisión/España*.

Asimismo, esta doctrina también se encuentra en el origen de los diferentes casos en los que se ha abierto la puerta para exigir la reparación del daño causado a los particulares debido a las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales de última instancia que se encontraban en contradicción con el derecho de la Unión europea (véase, por ejemplo, sentencia de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva*[88]).

Si se toma en cuenta la práctica de los órganos jurisdiccionales de última instancia, así como la posibilidad real y concreta de que el TJUE constate el incumplimiento a la obligación de reenvío prejudicial y se pronuncie sobre las interpretaciones del derecho de la Unión realizadas por dichos órganos, lo que ahora parece encontrarse en juego es el margen de interpretación del derecho de la Unión y de apreciación para no elevar una cuestión prejudicial al TJUE (derivado de la ambigüedad y oscuridad de los términos de la doctrina europea del acto claro[89]), así como la cooperación entre las Cortes y Tribunales de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia.

Ante esta problemática, no sería entonces pertinente cuestionarse ¿no habrá que repensar la doctrina europea del "acto claro"? En esta última parte del comentario se defiende una respuesta afirmativa a esta cuestión indicando los elementos que deberían

---

[86] BONICHOT, J-C., « Convergences et Divergences entre le Conseil d'État et la CJCE »*, Revue Française de Droit administratif*, vol. 4, 1989, p. 594 ; COUZINET, J.-F., «Le Conseil d'État, la Cour de Cassation et le renvoi préjudiciel : des progrès mais peuvent mieux faire», en *Melanges en hommage à Guy Isaac. 50 ans de droit communautaire*, PUSS, Tomo II, Toulouse, 2004, pp. 803 y ss ; SIMON, D., «La contribution de la Cour de Cassation à la Construction jurdique européenne : Europe de droit, Europe des juges», en *La Cour de Cassation et la constructon juiriduqe européenne*, *Rapport annuel de la Cour de Cassation 200*, La documentation française, Paris, 2007, p. 82.

[87] TJUE, sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, *op. cit.*, apartado 7.

[88] TJUE, sentencia de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, *op. cit*.

[89] En este sentido, Albors-Llorens declara que después de las sentencias *Tragehtti del Mediterraneo* y *Köbler*, resulta especialmente "vago qué efectos tendrá la jurisprudencia CILFIT", puesto que establece límites al artículo 267, párrafo tercero del TFUE (ALBORS-JORENS, A., "The principle of State Liability in EC law and the supreme courts of the member States", *The Cambridge Law Journal*, vol. 66, 2007, pp. 272 y 273).

tomarse para ofrecer una nueva lectura de dicha doctrina que sea, cuando menos, satisfactoria.

4.1. Un margen interpretativo: la ausencia de jurisprudencia del TJUE

El primer elemento que debe tomarse en cuenta es el margen interpretativo con el que cuentan los órganos jurisdiccionales de última instancia cuando no existe una jurisprudencia del TJUE que resuelva la cuestión de interpretación planteada ante ellas.

Esto resulta de una articulación entre la segunda excepción (doctrina del acto aclarado) y la tercera excepción, enunciadas por le TJUE en su sentencia CILFIT. De acuerdo con esta lectura, antes de decidir no reenviar cuestión prejudicial y resolver la cuestión interpretativa por sí mismo, el juez nacional debería cerciorarse de que no existe una jurisprudencia del TJUE que pueda resolver -incluso mediante analogía- dicha cuestión. Por un lado, esta articulación es respetuosa de los efectos de las sentencias interpretativas adoptadas por el TJUE en el marco de un procedimiento prejudicial, y por otro lado, se deja siempre abierta la posibilidad de que el órgano jurisdiccional prefiera realizar un reenvío prejudicial que resolver el mismo la cuestión interpretativa.

Este margen interpretativo, no obstante, viene delimitado por al menos dos elementos que se abordarán a continuación: el criterio de las interpretaciones incorrectas, el cual se encuentra en perfecta armonía con la presente idea del margen interpretativo, y el criterio de las dificultades recurrentes de interpretación.

4.2. La interpretación incorrecta o errónea del derecho de la Unión Europea

Para asegurar la coherencia de todo el sistema, la lectura o revisión de la doctrina europea del acto claro también tendrá que articularse tomando en consideración la jurisprudencia y la práctica actual relativa a los regímenes actuales de responsabilidad extracontractual del Estado miembro y de incumplimiento en caso de infracciones debidas a una decisión judicial de última instancia.[90]

De ello se desprende un elemento que podría servir para orientar la práctica y que se impone como un límite inherente a la interpretación del derecho de la Unión europea por parte de los órganos jurisdiccionales de última instancia. Se trata del criterio de interpretaciones *incorrectas* o *erróneas* del derecho de la Unión europea. Por ellas se entiende todas aquellas interpretaciones que son a manifiestamente contrarias a la jurisprudencia del TJUE.

[90] Aunque algunos autores también señalan que estos dos regímenes también necesitan ciertas clarificaciones, parece más importante comenzar por la raíz: la sentencia CILFIT. Véase, CLASSEN, C., *op. cit.*, p. 819; BEUTLER B., *op. cit.*, pp. 773-804.

Al respecto, la sentencia *Comisión/España*[91] (en materia de incumplimiento) y la sentencia *Ferreira da Silva*[92] (en materia de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros) constituyen ejemplos de interpretaciones incorrectas o erróneas del derecho de la Unión europea en el sentido anteriormente referido.

Así, en el asunto *Comisión/España*,[93] el origen del incumplimiento por parte del Estado español se encontraba en una serie de decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo español. En ellas este máximo tribunal consideró que, en su calidad de titulares de una oficina liquidadora de distrito hipotecario (registradores-liquidadores), los Registradores de la Propiedad no estaban sujetos al IVA[94] ya que, entre otras cosas, estos "eran meros funcionarios y formaban parte de la Administración pública".[95]

Sin embargo, este razonamiento no era compatible con la sentencia de 25 de julio de 1991, *Ayuntamiento de Sevilla*,[96] que concernía las actividades de los Recaudadores de Zona y el pago del IVA. Al respecto, el Tribunal Supremo Español decidió hacer una distinción entre los servicios prestados por los registradores-liquidadores de los prestados por los Recaudadores de Zona,[97] para alejarse de la jurisprudencia del TJUE en la materia.

En la sentencia de incumplimiento, el TJUE, concluyó que las actividades realizadas por los registradores-liquidadores constituyen una prestación de servicios realizada a título oneroso en el sentido de la Sexta Directiva sobre el IVA. Dicha conclusión, reafirma el TJUE, estaba confirmada en la solución adoptada en la anteriormente citada sentencia *Ayuntamiento de Sevilla*.[98]

El segundo ejemplo se encuentra en el asunto *Ferreira da Silva e Brito*.[99] Este asunto concierne una demanda de reparación del daño sufrido por los antiguos trabajadores de la empresa Air Atlantis SA contra al Estado portugués.

---

[91] TJUE, sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/España*, *op. cit.*

[92] TJUE, sentencia de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, *op. cit*.

[93] TJUE, sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/España*, *op. cit.*

[94] *Ibidem*, apartados 29 y 30. El Tribunal Supremo español, en su sentencia de 12 de julio de 2003, adoptó la interpretación realizada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León en su sentencia de 8 de noviembre de 2001, mediante la cual afirmó que los registradores-liquidadores no están sujetos al IVA ya que estos últimos actúan como funcionarios de la Administración pública. Para un análisis más detallado e interesante de esta sentencia, véase LÓPEZ ESCUDERO, M., *op. cit.*, pp. 227-242.

[95] TJUE, sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/España*, *op. cit.*, apartado 32.

[96] TJUE, sentencia de 25 de julio de 1991, *Ayuntamiento de Sevilla*, 202/90, Rec. p. I-4247.

[97] TJUE, sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/España*, *op. cit.*, apartado 33.

[98] *Ibidem,* apartados 98 y 97.

[99] TJUE, sentencia de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, *op. cit.*

En el origen de esta demanda se encuentra una decisión del Tribunal Supremo de Portugal quien, sin plantear cuestión prejudicial, llegó a la conclusión de que entre Air Atlantis SA y TAP SA, no existió una "transmisión de un centro de actividad" en el sentido de la directiva, por lo que esta última no estaba obligada a reintegrar a los trabajadores de la primera empresa como así lo prevé la directiva 2001/23/CE. El Tribunal Supremo de Portugal basó su solución en una interpretación que él mismo consideró que se imponía en este caso sin ninguna duda razonable.[100] Asimismo se apoyaba sobre una vieja jurisprudencia del TJUE que había sido modificada desde hace tiempo.[101]

El tribunal nacional que conocía de la demanda de reparación de los daños (el Tribunal de Lisboa) decidió elevar una serie de cuestiones prejudiciales. Una de ellas concernía la interpretación de la noción de "transmisión de un centro de actividad".

Al respecto, confirmando su renovada jurisprudencia en materia de transferencia de empresas, la cual se encontraba en contradicción manifiesta con la solución adoptada por el Tribunal Supremo de Portugal ,[102] el TJUE consideró que el concepto de "transferencia de un centro de actividad" cubre una situación como aquella del litigio principal ante el juez nacional de reenvío.[103]

Finalmente, sobre la relación entre interpretación incorrecta y cuestión prejudicial, algunos autores señalan que si un órgano jurisdiccional de última instancia se equivoca y realiza una interpretación errónea del derecho de la Unión europea fue porque este decide no operar un reenvío prejudicial al TJUE.[104] Esto, sin embargo, es erróneo, el argumento se encuentra mal construido ya que no existe un vínculo causal entre ambos elementos: el no elevar cuestión prejudicial no necesariamente conduce a la realización de una interpretación errónea del derecho de la Unión.

4.3. Las dificultades recurrentes de interpretación

Otro elemento que podría orientar la práctica de los órganos jurisdiccionales de última instancia se encuentra en la anteriormente citada sentencia *Ferreira Da Silva e Brito*. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de Lisboa pregunta al TJUE si el hecho de que los órganos jurisdiccionales inferiores hayan adoptado resoluciones diferentes y contradictorias sobre la interpretación del concepto de "transmisión de un

---

[100] *Ibidem,* apartado 17

[101] *Idem.*

[102] *Ibidem,* apartados 24 a 29. Véase, VAN MEERBEECK, J., "Arrêt Ferreira: le renvoi préjudiciel des jurisdictions suprêmes en cas d'acte clair", *Journal de Droit Européen*, vol. 10, 2009, p. 399.

[103] TJUE, sentencia de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, *op. cit.,* apartado 35

[104] MALENOVSKY, J.*, op. cit.*, p. 217.

centro de actividad", debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales de última instancia están obligados ante este hecho a elevar cuestión prejudicial.[105]

En su respuesta el TJUE señala como principio que dichos órganos deben operar un reenvío prejudicial cuando existan resoluciones contradictorias de tribunales inferiores sobre la interpretación de un concepto de derecho de la Unión y -sobre todo- cuando este presente dificultades recurrentes de interpretación entre los distintos Estados miembros.

Ante estos elementos que "demuestran no sólo la existencia de dificultades de interpretación, sino también la existencia de riesgos de divergencias de jurisprudencia en el ámbito de la Unión", tal parece que es conveniente entonces realizar un reenvío prejudicial.[106]

V. CONCLUSIÓN

La importancia de la presente sentencia radica en los aportes que el TJUE realiza para dilucidar diversas cuestiones vinculadas con el recurso de incumplimiento, la infracción a la obligación de reenvío prejudicial y la interpretación del derecho de la Unión Europea por parte de los órganos jurisdiccionales de última instancia. Estos aportes no sólo son de la atención de los órganos jurisdiccionales de última instancia sino también a otros actores jurídicos.

Así, en primer lugar, el TJUE aporta las condiciones para declarar un incumplimiento imputable a los órganos jurisdiccionales de última instancia las cuales pueden ser resumidas de la siguiente manera: 1) el incumplimiento imputable a los órganos jurisdiccionales nacionales concierne únicamente a aquellos cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno; 2) es necesario que este órgano haya adoptado al menos una decisión judicial; 3) no es necesario comprobar elementos subjetivos; 4) se requiere la existencia de una contradicción explícita entre la jurisprudencia del TJUE en la materia y la decisión del órgano jurisdiccional de última instancia.

En cuanto al incumplimiento por parte de los órganos jurisdiccionales de última instancia a su obligación de reenvío prejudicial, es importante recordar que la infracción del artículo 267, párrafo 3º del TFUE imputable a los órganos jurisdiccionales de última instancia no es autosuficiente para constatar el incumplimiento de un Estado miembro. Es decir, un recurso de incumplimiento no se puede fundamentar única y exclusivamente sobre dicha infracción

---

[105] TJUE, sentencia de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, *op. cit.*, apartado 36.

[106] *Ibidem,* apartado 43; VAN MEERBEECK, J., *op. cit.*, p. 400.

Asimismo, la presente sentencia aquí comentada y la práctica de los órganos jurisdiccionales de última instancia (interpretación del derecho de la Unión Europea, y uso de la doctrina europea del acto claro), conduce a reflexionar sobre la urgencia de repensar o reformular la doctrina europea del acto claro tomando en cuenta el margen interpretativo de los órganos jurisdiccionales nacionales en ausencia de jurisprudencia del TJUE, la *interpretación incorrecta o errónea del derecho de la Unión Europea*, y las dificultades recurrentes de interpretación (considerado estos dos últimos elementos como límites interpretativos a dicho margen).

Finalmente, a la luz de esta sentencia tal parece que los órganos jurisdiccionales de última instancia deberán particularmente cerciorarse de no llegar a interpretaciones que sean contrarias a la jurisprudencia del TJUE. En caso de contradicción entre dicha jurisprudencia y la interpretación propuesta por el órgano jurisdiccional nacional, está más que claro que esta última *no se impondrá* con toda evidencia que deje lugar a duda razonable, y será mejor elevar cuestión prejudicial al TJUE.