

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

### **Instrucción 1/2016, de 7 de enero, sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas.**

Referencia: FIS-I-2016-00001

---

#### **ÍNDICE**

1. Introducción 2. Procedimiento 2.1 Situación anterior a la reforma operada en la LOPJ por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio 2.2 La tramitación del Anteproyecto de reforma de la LOPJ 2.3 El procedimiento introducido por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio 2.4 Legitimación del Fiscal 2.5 Intervención del Fiscal en los procesos en que sea parte 2.6 Legitimación del Fiscal para promover el planteamiento de una cuestión prejudicial 2.7 Algunas pautas sobre el procedimiento 3. Cuestiones de Derecho Transitorio 4. Cláusula de vigencia 5. Conclusiones.

#### **1. Introducción**

El Derecho de la Unión Europea, cada vez con más fuerza, penetra, afecta y condiciona la mayor parte del ordenamiento jurídico interno.

La primacía del Derecho comunitario ha sido afirmada por el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJUE) desde la sentencia Van Gend en Loos en 1962 y Costa en 1964 y asumida por el TC, que ha declarado que “el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento” (STC nº 145/2012, de 2 de julio).

El Consejo de Estado propuso en sus informes de 21 de octubre de 2004 y de 14 de Febrero de 2008 la introducción en la Ley Orgánica del Poder Judicial de “un artículo 5 bis que recogiera el principio de prioridad del derecho europeo a continuación del principio de interpretación conforme a la Constitución”, pues “de esta manera, quedarían consagrados correlativamente los dos criterios hermenéuticos preferentes en la interpretación del ordenamiento jurídico español, pues tanto la Constitución como el Derecho europeo prevalecen para dar sentido específico al complejo normativo aplicable”.

El TJUE sostiene que es el órgano jurisdiccional interno quien ha de dejar sin aplicación, en virtud de su propia autoridad e iniciativa, toda disposición contraria al Derecho comunitario, sin esperar a su derogación o declaración de inconstitucionalidad (STJUE de 9 de marzo de 1978, C-106/77).

No corresponde al TJUE pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho de la Unión ni interpretar disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales, pero sí es competente “para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que pueda permitirle apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto del que esté conociendo” (SSTJUE de 10 de noviembre de 2011, C-126/10 y de 12 de diciembre de 2013, C-523/12). Esta función la lleva a cabo a través de la resolución de las cuestiones prejudiciales.

La regulación básica de la cuestión prejudicial se contiene en los arts. 19.3 b) del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). Esta regulación ha sido desarrollada en otros textos normativos

comunitarios, y de modo especial por el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007 y vigente desde el 1 de diciembre de 2009 (en adelante, ETJUE); y por el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012 (en adelante, RPTJ), que regula la materia en su Título Tercero, bajo la rúbrica “de las cuestiones prejudiciales” (arts. 93 a 118).

Las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2012 (en adelante, RTJ) sistematizan la jurisprudencia comunitaria al respecto, con el fin de “orientar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento prejudicial y proporcionarles indicaciones prácticas sobre la forma y los efectos de tal procedimiento” (apartado 6 RTJ).

Las RTJ definen la cuestión prejudicial como “un mecanismo fundamental del Derecho de la Unión Europea, que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros los medios para que la interpretación y la aplicación de este Derecho sean uniformes en la Unión”.

Compete al TJUE dar la interpretación y controlar la validez de las normas que conforman el ordenamiento comunitario en aras a garantizar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados miembros de la UE (arts. 267 TFUE, 94 RPTJ y apartados 2, 11 y 15 RTJ). El art. 19.3 b) TUE dispone que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará de conformidad con los Tratados “con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones”.

Dispone el art. 267 TFUE que “cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.”

Conforme a la jurisprudencia del TJUE, cuando el tribunal nacional entienda aplicable a un caso una norma interna que considera contraria al ordenamiento europeo, o una norma europea de la que no conste interpretación y que podría suscitar dudas de compatibilidad con otras normas internas, viene obligado a presentar la cuestión, siempre que sus dudas no pueda resolverlas por sí mismo, y siempre que contra su resolución no quepa recurso ordinario alguno (vid. STJUE de 9 de septiembre de 2015, C-160/14). El Tribunal nacional habrá de exponer sucintamente los hechos del caso, la norma que considera aplicable y de la que depende el fallo y las dudas o cuestiones controvertidas que somete a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quedando vinculado por su declaración.

En las cuestiones prejudiciales ante el TJUE, la expresión de la duda del Juzgador tiene un alcance más amplio que en la cuestión de inconstitucionalidad. El artículo 94 RPTJ exige que la petición de decisión prejudicial contenga “la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión”. Las RTJ señalan que debe incluirse un “breve resumen de los argumentos pertinentes de las partes en el litigio principal” (apartado 23) y que “el órgano jurisdiccional remitente puede, en su caso, indicar de modo sucinto su punto de vista sobre la respuesta que deben recibir las cuestiones planteadas con carácter prejudicial” (apartado 24).

Los Jueces nacionales deben ser los Jueces ordinarios del Derecho de la Unión en un sistema caracterizado por la descentralización y basado en el principio de cooperación, por lo que la técnica de las cuestiones prejudiciales constituye, un instrumento de colaboración judicial para

garantizar la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario en los países miembros (apartados 1, 2 y 5 RTJ).

En todo caso, “los órganos jurisdiccionales nacionales ostentan una amplísima facultad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que versan sobre la interpretación o la apreciación de la validez de las disposiciones de Derecho comunitario que precisan una decisión por su parte” (STJUE de 22 de junio de 2010, C-188/10 y C-189/10).

El objetivo del Tribunal de Justicia cuando se pronuncia sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión es proporcionar una respuesta útil para la solución del litigio principal, pero es el órgano jurisdiccional remitente quien tendrá que deducir las consecuencias concretas que corresponda y, en su caso, declarar inaplicable la norma nacional (apartado 8 RTJ).

El Tribunal Constitucional considera que no puede declarar la infracción de la obligación de plantear la cuestión prejudicial (SSTC nº 111/1992, de 14 de septiembre; 201/1996, de 9 de diciembre), salvo cuando la falta de planteamiento suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva y un proceso con todas las garantías (SSTC nº 58/2004, de 19 de abril; 194/2006, de 19 de junio y 78/2010, de 20 de octubre).

En la reciente STC nº 99/2015, de 25 de mayo expresamente se declara que “el órgano judicial es competente para valorar la eventual aplicación de la normativa de la Unión Europea al caso concreto, de manera que si a dicho órgano no le asaltan dudas sobre ese particular, en esta sede constitucional no cabe formular censura alguna por no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, salvo por deficiencias de motivación”.

Por el contrario, cabe entender que si conforme al art. 267 TFUE procede plantear obligatoriamente la cuestión prejudicial de interpretación, la vulneración de tal obligación, inaplicando la Ley por contraria al Derecho de la Unión, supondría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

El TC ha explicado, poniendo fin a las vacilaciones anteriores, las diferencias entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial: “la cuestión de inconstitucionalidad -art. 163 CE- y la cuestión prejudicial del Derecho comunitario (...) están sujetas a regímenes jurídicos, que, en lo que ahora importa, se ajustan a exigencias diferentes: a) El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resulta imprescindible en relación con las normas legales posteriores a la Constitución si no existe la posibilidad de lograr una interpretación de ellas que acomode su sentido y aplicación a la Norma Suprema: solo mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad puede llegarse a dejar sin aplicación una norma legal posterior a la Constitución y que contradice a ésta. b) Distinto es el régimen jurídico de la cuestión prejudicial propia del Derecho comunitario, pues la obligación de plantearla desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (...), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (...). Y es que para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria” (STC Pleno nº 1678/2010, de 20 de octubre).

## 2. Procedimiento

### 2.1 Situación anterior a la reforma operada en la LOPJ por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio

En nuestro Derecho interno existía, hasta hace poco, una total orfandad en cuanto a normas de procedimiento para ordenar la tramitación del planteamiento de cuestiones prejudiciales.

En este contexto de laguna procedimental, vino siendo práctica habitual de los Tribunales y Juzgados la acomodación del mismo, por razón de analogía, a los trámites previstos para la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución y 35 LOTC), que como es notorio incluyen el traslado al Ministerio Fiscal.

En la introducción a la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 1994, podía leerse la siguiente reflexión: “es evidente que el Ministerio Fiscal no es un órgano jurisdiccional y, por tanto, no tiene capacidad para interponer de manera directa la citada cuestión. El Ministerio Fiscal, como las demás partes, podrá interesar del Juez o Tribunal que éste plantee la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades. En tal supuesto, el principio de contradicción exige que antes de resolver sobre tal petición se oiga a las restantes partes del proceso, por aplicación analógica del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional... Problema distinto será cuando se trate de procedimientos en los que el Ministerio Fiscal no sea parte formalmente constituida (...). En tal caso el Juzgado o Tribunal deberá conferir traslado al Ministerio Fiscal para ser oído en cuanto a la procedencia y posible contenido de la cuestión prejudicial. En la medida en que el planteamiento de la cuestión prejudicial implica una cesión parcial de funciones jurisdiccionales en favor del Tribunal Comunitario, es lo más procedente que el juzgador oiga formalmente al Ministerio Fiscal antes de acordar la sumisión al Tribunal de Luxemburgo”.

Este planteamiento fue nuevamente reiterado en la introducción a la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 1995. En esta Memoria se instaba además al Ministerio Fiscal como defensor del principio de legalidad, a interesar del Juez el planteamiento de la cuestión prejudicial en aquellos supuestos en que fuera procedente a tenor del art. 177 del Tratado. Para la Memoria “ a fin de cuentas, si consideramos el grado de desarrollo y entronización del Derecho comunitario en el presente momento, el principio de legalidad no debe sufrir distinción alguna tanto cuando se aplique al Derecho nacional como cuando se aplique al Derecho Comunitario”.

## 2.2 La tramitación del Anteproyecto de reforma de la LOPJ

El art. 27.2 del Anteproyecto de reforma de la LOPJ disponía que “cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes.”

El informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma de la LOPJ, de 25 de junio de 2014 expresamente advirtió que en la regulación que se contenía sobre la tramitación de la cuestión prejudicial europea no se contemplaba “ninguna intervención del Ministerio Fiscal, salvo la que le corresponda en su condición de parte”. El Consejo Fiscal subrayaba la conveniencia de introducir la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal “como defensor también de la legalidad europea”, entendiéndolo que “su intervención necesaria se tramitaría conforme a lo dispuesto en el art 35 de la LOTC; si bien sería preciso prever un traslado siempre necesario dejando a criterio del Fiscal la emisión de informe que sería obligatorio solo cuando sea parte o exista afectación de intereses generales en la cuestión planteada”.

Para el informe del CGPJ de 27 de junio de 2014 “hasta el momento se ha recurrido a la práctica generada por la interposición de la cuestión de inconstitucionalidad, lo que derivaba en la intervención en el procedimiento del Ministerio Fiscal. En este punto, sería necesario que el prelegislador hiciera una reflexión sobre la necesidad de esta intervención, del sentido de la misma”.

Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica (121/000134) no se presentó ninguna enmienda al texto de este precepto ni en el Congreso (BOCG Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 6 de mayo de 2015, núm. 134-2, página 196) ni en el Senado (BOCG Senado núm. 542, 16 de junio de 2015, página 314).

## 2.3 El procedimiento introducido por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio

Conforme al Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial* “resulta conveniente mencionar en la Ley la

vinculación de los Jueces y Tribunales españoles al Derecho de la Unión, en la interpretación que hace del mismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En paralelo, y como corolario del sistema, se determina la forma en la que en nuestro ordenamiento ha de plantearse procesalmente el principal cauce de diálogo entre el Juez español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la cuestión prejudicial. Con ello, se profundiza en la búsqueda de mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos”.

La redacción definitiva del apartado segundo del art. 4 bis LOPJ asumió sin ningún cambio la redacción que en el Anteproyecto se contenía en el apartado segundo del art. 27, reproducida *supra*, omitiendo toda referencia al Fiscal.

## 2.4 Legitimación del Fiscal

A la vista de los antecedentes expuestos, la conclusión a la que debe llegarse en cuanto al papel del Fiscal en estos incidentes es meridiana: el Legislador, conscientemente, ha optado por no establecer una intervención preceptiva del mismo en la tramitación de las cuestiones prejudiciales. Dicho de otro modo, el Fiscal sólo intervendrá, dictaminando en las cuestiones prejudiciales, cuando sea parte en el procedimiento en que se susciten.

No sólo ha de llegarse a esta conclusión mediante una interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes, sino que la misma queda confirmada mediante una exégesis sistemática. Si se compara el nuevo art. 4 bis LOPJ con el art. 35 LOTC, parece claro que el Legislador excluye la intervención del Fiscal cuando no sea parte. Recordemos el texto del inciso del apartado segundo del art. 35 LOTC: *antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días.*

Del contraste entre ambas normas puede concluirse con que cuando el Legislador quiere que el Fiscal dictamine en un incidente aunque no sea parte en el proceso principal lo especifica mediante su expresa mención.

A *fortiori*, es principio común de los Estados miembros del Consejo de Europa que “las responsabilidades y facultades del Ministerio Público fuera del sistema de justicia penal deben ser establecidas por ley en todos los casos y claramente definidas a fin de evitar cualquier ambigüedad” (Recomendación Rec (2012)11, de 19 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre *el papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal*). Como expresa el memorando de la Recomendación (apartado 19), “este principio es acorde con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Añade el texto que “es la ley, con sus características de accesibilidad, claridad, precisión y certeza, la que tiene que constituir la fuente de las tareas y competencias del Ministerio Fiscal”.

En la Circular 2/2013, de 11 de enero, *sobre intervención del Fiscal en el incidente de nulidad de actuaciones* se alcanzó como conclusión la de que “en los procesos sin intervención del Fiscal en los que se promueva el incidente y se dé traslado al Ministerio Público, el informe habrá de versar exclusivamente sobre lo relativo a la lesión de derechos fundamentales, evitando abordar cuestiones carentes de relevancia constitucional”. No puede llegarse a una solución similar a la adoptada en la Circular 2/2013 por dos motivos: en primer lugar, porque en la regulación de la cuestión prejudicial el Legislador omite - conscientemente, como se ha analizado *supra* - referirse al Fiscal. En segundo lugar, porque a diferencia de lo que ocurre con el incidente de nulidad de actuaciones, el incidente relativo a la cuestión prejudicial no tiene que tener relación con los derechos fundamentales.

Debe introducirse una matización en relación con los procedimientos para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios. El apartado quinto del art. 11 LEC, conforme a la redacción dada por Ley 3/2014, de 27 marzo dispone que *el Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios*. Con fundamento en tan amplia legitimación, habrá de entenderse que cuando se suscite la cuestión prejudicial en un procedimiento para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios, el Fiscal deberá emitir el correspondiente dictamen, aunque no se



hubiera constituido con anterioridad como parte, siempre que aprecie interés social. Debe en este mismo sentido citarse el art. 15 LEC, el art. 54 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Circular 2/2010, de 19 de noviembre, *acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios*.

## 2.5 Intervención del Fiscal en los procesos en que sea parte

Cuando por ser parte en los procesos en que se suscite la cuestión prejudicial se dé traslado al Fiscal, habrá de partirse de que la importancia del trámite y la trascendencia de sus consecuencias, que incluye una interpretación vinculante para el Estado español de las normas aplicables al caso, justifica y exige incuestionablemente que esa intervención del Fiscal se produzca en términos no meramente formularios, sino con aportación de un criterio jurídicamente fundado y debidamente razonado, desde la perspectiva del interés público que deriva del art. 124 de la Constitución. Se trata, por tanto, de que el dictamen emitido pueda resultar efectivamente útil al Órgano Judicial a la hora de adoptar una decisión definitiva sobre el planteamiento de la cuestión y mejorar, en su caso, su forma y el contenido. La extraordinaria trascendencia de las cuestiones prejudiciales impone a la Fiscalía la máxima diligencia y rigor técnico jurídico en el despacho de estos incidentes, cuando por ser parte deba intervenir en los mismos.

La segunda y fundamental responsabilidad que el Ministerio Público ha de asumir en estos supuestos es, en la línea que con carácter general preside el propósito de esta Instrucción, asegurar la unidad de actuación. En este aspecto conviene reseñar que no es infrecuente que distintos Órganos Judiciales planteen -en ocasiones a instancia de las partes y en asuntos que afectan a un importante número de ciudadanos de diferentes territorios- cuestiones prejudiciales iguales o muy similares, lo que hace especialmente necesaria la comunicación y la coordinación para hacer posible la unidad de respuesta de la Fiscalía. Comunicación y coordinación que, por otra parte, pueden simplificar notablemente la tarea del Fiscal que deba hacer frente al despacho de un asunto de este tipo, en la medida en que existan precedentes que ya hayan dado lugar a la adopción de un criterio e incluso a la emisión de dictámenes cuyo conocimiento permitirá reducir el esfuerzo de estudio y elaboración del suyo, en materias por regla general revestidas de una considerable complejidad y dificultad técnico-jurídica.

A tal fin, resulta pertinente extender a este tipo de procedimientos, el sistema que estableció la Instrucción 2/2012, de 27 de junio *sobre criterios a seguir en la tramitación de las cuestiones de inconstitucionalidad*, con la diferencia de que las comunicaciones que en ella se regulan habrán de llevarse a cabo con los Fiscales de Sala Jefe del área correspondiente.

Por tanto, la Fiscalía ante la que se tramita el procedimiento habrá de ponerse en contacto con el Fiscal de Sala Jefe del área correspondiente (civil, penal, contencioso o social), atendiendo al orden jurisdiccional en el que se haya planteado la cuestión.

Todas las comunicaciones con el Fiscal de Sala Jefe deberán realizarse, por regla general, a través del Fiscal Jefe de la Fiscalía correspondiente.

Cuando la cuestión prejudicial esté vinculada a alguna de las especialidades propias de Fiscales de Sala Coordinadores o Delegados, el Fiscal de Sala Jefe del área correspondiente mantendrá las pertinentes comunicaciones con aquellos.

## 2.6 Legitimación del Fiscal para promover el planteamiento de una cuestión prejudicial

Nada impide al Ministerio Fiscal tomar la iniciativa para que se plantee una cuestión prejudicial, pero antes de tomarla habrá de recabarse la conformidad de la Fiscalía General del Estado remitiendo un sucinto informe, que incluya los antecedentes, razonamientos y consecuencias de la aplicación o no aplicación de la norma cuestionada, junto con los documentos que avalen sus conclusiones. El destinatario concreto del informe será el Fiscal de Sala Jefe del área correspondiente (civil, penal, contencioso o social).

Por tanto, los Fiscales pueden instar el planteamiento de la cuestión prejudicial pero en el bien entendido que sólo podrán hacerlo en aquellos procesos civiles, penales, contencioso-administrativos o laborales en que por aplicación de las normas procesales respectivas o del

Estatuto del Ministerio Fiscal esté interviniendo. Si el Fiscal ni ha sido ni ha debido ser parte en el proceso subyacente, carecerá de legitimación para promover el incidente.

## 2.7 Algunas pautas sobre el procedimiento

Debe partirse de que todos los órganos jurisdiccionales están facultados para promover una cuestión prejudicial (vid. apartado 9 RTJ). El Tribunal Constitucional también puede plantear cuestiones prejudiciales, aunque no esté integrado en el Poder Judicial (vid. ATC nº 86/2011, de 9 de junio).

Únicamente los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso estarán obligados a plantearla, cuando concurren sus presupuestos. A tales efectos debe entenderse que son recurribles las resoluciones susceptibles de apelación o de casación. *A contrario*, son a estos efectos no recurribles las resoluciones únicamente susceptibles de amparo o revisión.

El art. 4 bis LOPJ contiene unos requisitos mínimos de tramitación de la cuestión prejudicial: 1) que se dé audiencia a las partes para que puedan alegar lo que estimen al respecto y 2) en todo caso, que ésta se decida mediante auto, lo que exige motivación.

Como expresara el Informe del CGPJ al Anteproyecto de 27 de junio de 2014, en cuanto al momento procesal adecuado para presentar la cuestión: “parece que, a la vista de la naturaleza y finalidad de estas cuestiones, como otras que existen en el plano nacional, deba ser cuando el proceso ha quedado concluso y antes de dictar sentencia o resolución definitiva”.

Tal pauta es coherente con la previsión del apartado 19 RTJ que considera que es preferible “que la decisión de plantear una cuestión prejudicial se adopte en una fase del procedimiento nacional en la que el órgano jurisdiccional remitente esté en condiciones de definir el marco jurídico y fáctico del asunto, para que el Tribunal de Justicia disponga de todos los elementos necesarios para comprobar, en su caso, que el Derecho de la Unión es aplicable al litigio principal. También puede resultar deseable para la recta administración de la justicia que la cuestión prejudicial se plantee después de un debate contradictorio”.

Debe no obstante introducirse una matización flexibilizadora, aplicando *mutatis mutandis* las consideraciones efectuadas en la Instrucción 2/2012, de 27 de junio, *sobre criterios a seguir en la tramitación de las cuestiones de inconstitucionalidad*: cabrá admitir la decisión de plantear la cuestión prejudicial antes cuando, aunque no pudiese considerarse concluso el proceso, de dicha circunstancia no se derive un planteamiento prematuro de la cuestión. Esta posibilidad excepcional se constriñe, como regla general, a las leyes procesales, y sólo es admisible en el caso de leyes de naturaleza sustantiva cuando la ulterior tramitación del proceso hasta sentencia no puede aportar ningún elemento adicional de juicio sobre la aplicabilidad de la norma legal cuestionada ni sobre su efecto determinante del fallo, ni sobre su legitimidad, o cuando la propia norma tenga una incidencia anticipada e irreversible en el propio proceso en curso.

En cuanto a la posibilidad de que la presentación de la cuestión acarree la suspensión del procedimiento, el Informe del CGPJ considera que “debe entenderse que la presentación de una cuestión debe ir seguida de la suspensión del proceso *a quo*, a la espera de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Parece conveniente asumir esta pauta.

El art. 4 bis LOPJ no especifica la forma en la que debe darse audiencia a las partes. Partiendo de que el efecto del planteamiento de la cuestión deriva en un resultado de singular trascendencia como es la suspensión del proceso nacional hasta que el TJUE se pronuncie, causaría absoluta indefensión a las partes no oír las sobre este extremo. En atención a la trascendencia del dictamen a emitir, que por su propia naturaleza exige reflexión y estudio previo, los Sres. Fiscales interesarán el traslado para alegaciones por escrito, oponiéndose a informar en sede de audiencia o vista pública.

La providencia de traslado debe precisar, como ocurre con las cuestiones de inconstitucionalidad, el objeto y el alcance de la duda, de modo que el Fiscal y las demás partes no tengan que determinar cuál es el objeto exacto del traslado que se le confiere. Si la providencia de traslado no identifica correctamente las normas de Derecho europeo en relación

con las que se suscita la cuestión prejudicial interpretativa o de validez, su aplicabilidad para resolver la cuestión objeto del litigio y, en su caso, las normas nacionales que podrían estar en contradicción, deberá interponerse el recurso en cada caso procedente pues tales deficiencias impiden valorar correctamente la procedencia del planteamiento de la cuestión. Si la exposición del órgano jurisdiccional no es suficiente, los Sres. Fiscales habrán de recurrir la providencia de traslado. En caso de que, ni siquiera a través del recurso quede claro el alcance de la cuestión, los Sres. Fiscales informarán en el sentido de que no procede su planteamiento ante el TJUE.

En todo caso, debe tenerse presente que “la apreciación de la pertinencia y la necesidad de la cuestión prejudicial es responsabilidad única del órgano jurisdiccional que acuerda la remisión prejudicial” y que la remisión prejudicial “debe producir sus efectos siempre que no haya sido anulada o modificada por el órgano jurisdiccional que la hubiera dictado, ya que únicamente este órgano jurisdiccional puede decidir acerca de tal anulación o de tal modificación” (STJUE de 16 de diciembre de 2008, nº C-210/2006).

La decisión de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional, independientemente de que las partes del litigio principal lo hayan o no solicitado (RTJ apartado 10).

Si el órgano jurisdiccional nacional considera que la cuestión carece de relevancia para la decisión de la contienda jurisdiccional, no habrá de plantearla (STJUE de 18 de julio de 2013, C-136/12).

Las peticiones de tramitación por los procedimientos acelerado (art. 105 RPTJ) o de urgencia (art. 107 RPTJ) pueden realizarse por el órgano jurisdiccional nacional, mediante petición motivada. El art. 23 bis ETJUE dispone cuándo proceden estas peticiones, estableciendo las RTJ que el primero surge cuando la naturaleza del asunto exige su resolución en breve plazo y el segundo cuando se trata de las materias objeto del título V de la tercera parte del TFUE, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia. El segundo sería procedente en el supuesto previsto en el último párrafo del artículo 267 TFUE (asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad), pero también puede proceder en otros como cuando el litigio se refiera a la patria potestad o a la custodia de los hijos y la competencia del Juez que deba conocer del asunto en virtud del Derecho de la Unión dependa de la respuesta a la cuestión prejudicial (RTJ, apartado 40).

El art. 94 RPTJ indica el contenido mínimo que ha de tener una petición de decisión prejudicial a fin de que el Tribunal pueda ser de ayuda al Juez *a quo*: ha de hacer una exposición concisa del objeto del litigio y los hechos pertinentes, referirse a las normas y la jurisprudencia nacional que puedan ser aplicables al caso y, finalmente, explicar las razones que le llevan a preguntarse sobre la interpretación de determinadas disposiciones del Derecho de la UE para fallar el proceso principal y la relación que guardan con la normativa y jurisprudencia internas.

Consiguientemente, el órgano jurisdiccional deberá en su resolución indicar las razones de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal. Por tanto, debe ser “necesaria” para la resolución del proceso, no recaer sobre actos o preceptos ya interpretados o sobre los que no se albergue duda alguna (doctrina del acto claro), no resultar manifiestamente inaplicable al caso planteado y no tratarse de una cuestión impropia (es decir, suscitada en un proceso simulado o fraudulento al objeto de provocar un pronunciamiento del TJUE).

En todo caso, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión judicial que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia (STJUE de 15 de enero de 2013, nº C-416/2010).

### 3. Cuestiones de Derecho Transitorio

Las previsiones de la presente Instrucción en relación con la legitimación del Fiscal para intervenir en la tramitación de las cuestiones prejudiciales habrán de entenderse aplicables a todos los procedimientos, hayan sido incoados con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (1 de octubre de 2015, conforme a



su disposición final décima), teniendo en cuenta tanto el principio general *tempus regit actum* (art. 2 LEC y los criterios inspiradores de las disposiciones transitorias de la LEC) como el hecho de que el nuevo art. 4 bis LOPJ no supone una modificación legislativa sino la regulación de una materia que no estaba contemplada en la normativa procesal con anterioridad, en tanto la intervención del Fiscal como dictaminador no venía establecida en norma alguna y sólo se hizo por aplicación analógica de un supuesto que se entendió similar (la cuestión de inconstitucionalidad), pero que no es en modo alguno idéntico.

El nuevo precepto, precisamente porque viene a colmar un vacío normativo, no es susceptible de vulnerar ningún derecho subjetivo, situación jurídica o expectativa legítima de las partes que pudieran entenderse reconocidos por la legislación anterior, sino que simplemente supone la superación de una práctica ahora desautorizada, que por tanto no puede subsistir *contra legem*.

#### 4. Cláusula de vigencia

La presente Consulta no afecta la vigencia de anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado.

#### 5. Conclusiones

1º El Fiscal sólo intervendrá, dictaminando en las cuestiones prejudiciales, cuando sea parte en el procedimiento en que se susciten.

2º Cuando se suscite la cuestión prejudicial en un procedimiento para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios, el Fiscal deberá emitir el correspondiente dictamen, aunque no se hubiera constituido con anterioridad como parte, siempre que aprecie interés social.

3º La extraordinaria trascendencia de las cuestiones prejudiciales impone a la Fiscalía la máxima diligencia y rigor técnico jurídico en el despacho de estos incidentes, cuando por ser parte deba intervenir en los mismos.

4º La Fiscalía ante la que se tramita el procedimiento habrá de ponerse en contacto con el Fiscal de Sala Jefe del área correspondiente (civil, penal, contencioso o social) para solicitar instrucciones sobre el contenido del informe a emitir, atendiendo al orden jurisdiccional en el que se plantee.

5º Nada impide al Ministerio Fiscal tomar la iniciativa para que se plantee una cuestión prejudicial, pero previamente habrá de recabarse la conformidad de la Fiscalía General del Estado.

6º Debe entenderse que la presentación de una cuestión debe ir seguida de la suspensión del proceso *a quo*, a la espera de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

7º El art. 4 bis LOPJ no especifica la forma en la que debe darse audiencia a las partes. En atención a la trascendencia del dictamen a emitir, que por su propia naturaleza exige reflexión y estudio previo, los Sres. Fiscales interesarán el traslado para alegaciones por escrito, oponiéndose a informar en sede de audiencia o vista pública.

8º Si la providencia de traslado no identifica correctamente las normas de Derecho europeo en relación con las que se suscita la cuestión prejudicial interpretativa o de validez, su aplicabilidad para resolver la cuestión objeto del litigio y, en su caso, las normas nacionales que podrían estar en contradicción, procederá interponer el correspondiente recurso, pues tales deficiencias impiden valorar correctamente la procedencia del planteamiento de la cuestión.

En caso de que, ni siquiera a través del recurso quede claro el alcance de la cuestión, los Sres. Fiscales informarán en el sentido de que no procede su planteamiento ante el TJUE.

9º Las previsiones de la presente Instrucción en relación con la legitimación del Fiscal para intervenir en la tramitación de las cuestiones prejudiciales habrán de entenderse aplicables a todos los procedimientos, hayan sido incoados con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir las obligaciones que impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público en la tramitación de las cuestiones prejudiciales, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

Madrid, 7 de enero de 2016.- La Fiscal General del Estado, Consuelo Madrigal Martínez-Pereda.