



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

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

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

La exposición de motivos añade que este derecho de libre circulación, aplicado a la difusión y a la distribución de servicios de televisión, es una manifestación específica en el ordenamiento jurídico comunitario de la libertad de expresión, tal y como se encuentra consagrada por el apartado 1 del artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por todos los Estados miembros. De acuerdo con lo anterior, proclama que el objetivo de la Directiva es la supresión de los obstáculos a la libre difusión dentro de la Comunidad, porque así lo impone el Tratado.

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

### III. La cuestión prejudicial

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

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

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

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

12. El indicado precepto previene que el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Tratado y de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad. En el párrafo segundo añade que, cuando se plantee una cuestión de esta índole «ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

recurso.

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

21. En el asunto *Dorsch Consult* el Tribunal de Justicia se olvidó de esa condición de ajeno a las partes de quien decide, para centrar el objetivo en el ejercicio de la función «de forma independiente» y «bajo la propia responsabilidad», lo que le permitió otorgar el carácter de órgano jurisdiccional a la Comisión federal alemana para el control de la adjudicación de los contratos públicos, pese a estar unida a la estructura organizativa de la Oficina federal de defensa de la competencia (*Bundeskartellamt*) y del Ministerio de Economía.

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

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

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

25. Esta argumentación es, en mi opinión, endeble. Un principio general de no injerencia en las actividades de los órganos administrativos del Estado, asociado a un deber de abstención, no puede bastar para garantizar la independencia de quien ha de decidir la contienda. Por el contrario, esa condición esencial de la cualidad jurisdiccional de un órgano debe estar asegurada por disposiciones en las que se fijen, con claridad y precisión, las causas de abstención, de recusación y de remoción de sus miembros.

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

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

28. Sin embargo, como una vez más puso de relieve el abogado general Sr. Saggio, no cabe deducir una garantía suficiente de imparcialidad de estas circunstancias. Los miembros del tribunal económico-administrativo son funcionarios de la administración, nombrados por el

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

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

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

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

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

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

*29. El órgano jurisdiccional no sólo ha de ser independiente y actuar como tal, sino que su decisión debe ser adoptada después de haber tenido lugar en su presencia un debate contradictorio, en el que los contendientes puedan hacer valer sus derechos e intereses jurídicamente protegidos. No obstante, la exigencia de un procedimiento contradictorio que aparecía en la sentencia Vaassen-Göbbels vio muy pronto relativizado su alcance.*

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

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

*32. Por consiguiente, el carácter contradictorio no es para el Tribunal de Justicia presupuesto de procedibilidad de la remisión prejudicial. Puede ser admisible una cuestión que se suscite en un*

*procedimiento no contradictorio o en una fase sin contradicción de un procedimiento que sí lo es. Como ya se había dicho en la sentencia Politi, las sentencias Birra Dreher y Simmenthal recalcaron que el derecho a formular una cuestión prejudicial pertenece a todo órgano jurisdiccional de los Estados miembros, cualquiera que sea la fase de tramitación del asunto principal.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

otras a la inserción de su autor en la organización judicial.

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

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

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

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

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

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

47. Para el Tribunal de Justicia no es, pues, suficiente que el órgano remitente esté integrado en el poder judicial de un Estado miembro, sino que es necesario que, además, resuelva un litigio, y hay litigio cuando existe conflicto jurídico frente a otro, incluso si ese otro es un órgano judicial cuya decisión quiere revisarse, por lo que, en la sentencia *Job Centre I*, declaró que hay ejercicio de la función jurisdiccional en la resolución del recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada en un expediente de jurisdicción voluntaria, como ocurría en el asunto *Haaga*.

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

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

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

*50. Después de la sentencia Nordsee, parecía que, si la intervención del tribunal arbitral fuese obligatoria y en última instancia, la respuesta estaría ya dada. Tal fue el caso Danfoss, en el que las cuestiones prejudiciales fueron remitidas por un tribunal arbitral danés, cuya intervención estaba prevista por la ley para resolver en última instancia los litigios sobre convenios colectivos suscitados entre las organizaciones de trabajadores por cuenta ajena y los empresarios y cuya competencia no dependía del acuerdo entre las partes, ya que cualquiera podía someterle un litigio, pese a la oposición de su adversario, siendo la decisión vinculante para todos.*

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

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

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

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

*54. Aún más, en la sentencia Barr y Montrose Holdings confirió la facultad de formular cuestiones prejudiciales a los tribunales de la isla de Man, pese a que no forman parte de la organización judicial británica. Posteriormente, la sentencia Pereira Roque, sin examinar la admisibilidad, se pronunció sobre una remisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional de la bailía de Jersey, cuyos tribunales tampoco forman parte del sistema judicial del Reino Unido.*

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

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

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

## 2. La necesidad imperiosa de un cambio jurisprudencial

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

58. Los anteriores puntos no pretenden ser un estéril trabajo de erudición. Demuestran que la doctrina del Tribunal de Justicia sobre este particular no sólo es, como he apuntado líneas más arriba, excesivamente casuística, sino que carece de los elementos claros y precisos que demanda una noción calificada de comunitaria. La jurisprudencia, lejos de proporcionar en sus decisiones un marco seguro de referencia, ofrece un panorama confuso e incoherente, que provoca general incertidumbre. La frecuente disparidad entre las soluciones propugnadas por los abogados generales y los pronunciamientos del Tribunal ilustra la inseguridad jurídica que rodea al concepto de órgano jurisdiccional de un Estado miembro.

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

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

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

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

derecho a saber, de antemano, quiénes pueden ser considerados órganos jurisdiccionales a los efectos del artículo 234 CE.

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

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

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

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

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

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

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

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

jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de «recurso judicial» alguno (artículo 68 CE, apartado 1).

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

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

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

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

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

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

73. El Tribunal de Primera Instancia también ha sido llamado, pues, a colaborar en la tarea prejudicial. Pero, en mi opinión, pese a su acreditada solvencia, no lo va a hacer en las mejores condiciones. Ni la competencia prejudicial, calificada con reiteración de «constitucional», es fácil de

*conciliar con el desempeño bajo tutela, ni el Tribunal de Primera Instancia está estructuralmente concebido para llevar a cabo una tarea que requiere gran independencia funcional, voluntad uniformadora, capacidad de innovación y espíritu de colaboración. «No podrá volar con la libertad necesaria para desarrollar el papel de guía y encaminar el esfuerzo de todos hacia el entendimiento común del derecho de la Unión Europea».*

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

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

*75. Hubo un momento en el que la asunción por el Tribunal de Justicia de la competencia para responder a las preguntas formuladas por órganos cuya naturaleza no jurisdiccional era indudable pudo estar justificada, como ya he apuntado, por la necesidad de dar el impulso necesario para poner en marcha un espacio jurídico unitario en el seno de la Comunidad. Ahora bien, cuando se ha alcanzado la velocidad de crucero y la Comunidad de derecho es una realidad aceptada, la apertura del reenvío prejudicial a quienes no tienen por misión la de juzgar puede ser perturbadora.*

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

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

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

*79. Si estima que debió ser formulada de manera diferente, se encontrará con el pie forzado de la cuestión prejudicial planteada y de la respuesta recibida, sin que, por motivos de economía procesal, sea proclive a acudir de nuevo al proceso prejudicial para enderezar el camino que, en su opinión, nació torcido a causa de un defectuoso planteamiento. Es grave que el sistema de colaboración judicial del artículo 234 CE quede turbado porque en una relación directa entre el Tribunal de Justicia y el juez nacional se inmiscuya un órgano administrativo que, con su actuación bien intencionada pero carente de independencia y de la necesaria preparación*

*científico-jurídica, entorpezca todo el proceso. Ya se ha visto que la manera en que la cuestión prejudicial es formulada puede determinar la respuesta del Tribunal de Justicia, por lo que es importante mantener el carácter realmente jurisdiccional de quienes intervienen en el reenvío prejudicial. Si la cuestión es planteada por un órgano administrativo, el recurso jurisdiccional que después se interponga contra su decisión puede resultar condicionado por el planteamiento efectuado, por la forma en que se realizó o por el momento en que se suscitó, de manera que el verdadero órgano judicial se vea en buena medida privado de la facultad de utilizar el reenvío prejudicial, ya que, aun cuando en teoría podría suscitar una nueva pregunta, impondría a las partes un retraso suplementario en la tramitación del proceso principal, que sería insoportable para una administración de justicia ya bastante lenta.*

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

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

#### *A. El carácter comunitario de la noción*

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

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

*82. Órgano jurisdiccional no es sólo el que lo sea con arreglo al derecho nacional, sino también el que lo deba ser con el fin de que no haya ningún sector del derecho comunitario que pueda escapar al proceso armonizador. Ésta es la razón por la que el Tribunal de Justicia ha dado gran importancia a la circunstancia de que la decisión del órgano remitente sea revisable en el sistema jurídico interno. Si actúa como última instancia, relativiza los requisitos que impone para considerar jurisdiccional a un órgano y otorga tal condición a estructuras administrativas. Tales son, en mi opinión, los casos de las sentencias Danfoss y Broekmeulen. El efecto útil, para asegurar que la aplicación del derecho comunitario se hiciera siempre con los criterios del Tribunal de Justicia, determinó también la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales remitidas en los asuntos Barr y Montrose Holdings, y Pereira Roque.*

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

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

*84. Conforme a este último principio, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se encomienda exclusivamente a los jueces integrantes del poder judicial. Es un campo vedado a cualesquiera otros servidores públicos. Su fundamento es el mismo que el de*

*la propia legitimación del oficio judicial: la independencia y la sumisión al derecho. En principio, pues, los remitentes de cuestiones prejudiciales sólo deben ser órganos judiciales, aquéllos que tienen atribuida, con la expresada exclusividad, la potestad de juzgar.*

*85. El recorrido que he efectuado a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, muestra que los órganos integrados en las estructuras judiciales nacionales constituyen siempre órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 234 CE, lo que, sin embargo, no significa que toda cuestión remitida por un órgano de esta naturaleza deba ser automáticamente admitida y resuelta en cuanto al fondo. El promotor de la cuestión, además, ha de actuar en calidad de órgano jurisdiccional, debe tener pendiente un litigio, un conflicto intersubjetivo, que esté llamado a resolver, interpretando y aplicando normas jurídicas. En suma, debe encontrarse en el ejercicio de su potestad de juzgar. En estas circunstancias, todo órgano del poder judicial de un Estado miembro que actúa con independencia para resolver, conforme a criterios jurídicos, un litigio en el seno de un procedimiento contradictorio constituye siempre un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, y así debe decirlo el Tribunal de Justicia, que no puede negar la condición de tal a quien, de acuerdo con su derecho nacional, la ostenta.*

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

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

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

*87. Sólo excepcionalmente el Tribunal de Justicia debería admitir las cuestiones prejudiciales planteadas por quien no forma parte de la organización judicial nacional, cuando el remitente sea un órgano que, no obstante situarse fuera de la estructura judicial, tenga la última palabra en el ordenamiento jurídico interno, por ser su decisión inatacable. En estos supuestos, la finalidad y la razón de ser del reenvío prejudicial hacen imprescindible que el Tribunal de Justicia admita y dé respuesta a las preguntas que se le formulen. Pese a la consolidación actual del procedimiento prejudicial, sigue siendo necesario que el Tribunal vele para que situaciones regidas por el derecho comunitario no queden fuera de su jurisdicción y, por tanto, sin una interpretación uniforme de las normas que las disciplinan.*

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

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

sobresalen la relativa a la independencia del órgano dirimente y el carácter contradictorio del procedimiento.

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

Las sentencias *Johnston* y *Heylens* han definido los perfiles de este derecho, que, de acuerdo con lo expuesto, exige la disponibilidad de un cauce por el que discutir en vía jurisdiccional cualquier decisión de una autoridad nacional que impida el ejercicio de un derecho atribuido por el ordenamiento comunitario. Así pues, cualquier ciudadano de un Estado miembro tiene el derecho de acudir al juez para que tutele los derechos que le reconoce el ordenamiento comunitario. En consecuencia, la existencia de decisiones administrativas no revisables por un tribunal de justicia debe de ser en el sistema jurídico de los Estados miembros una anécdota.

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

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

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

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

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

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

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

95. *En suma, como regla general, las cuestiones prejudiciales únicamente pueden proceder de los órganos judiciales en procesos en los que deban resolver un litigio mediante el ejercicio de la potestad de juzgar. Por excepción, las que remitan otros organismos sólo son admisibles cuando no ofrezcan ninguna posibilidad de recurso judicial ulterior y siempre que ofrezcan garantías de independencia y de proceso contradictorio.*

#### *D. Las ventajas de la propuesta*

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

97. *Además, es posible pronosticar que, si se aplican los criterios propuestos, se reducirá el número de cuestiones prejudiciales.*

*Ya he señalado, en el punto 41 de las conclusiones que presenté en el caso Kofisa, que un incremento importante del número de asuntos a los que tuviera que dar respuesta el Tribunal de Justicia podría atentar, en forma indirecta, contra la uniforme interpretación del derecho comunitario que el proceso prejudicial pretende salvaguardar. La aceptación de cuestiones planteadas por órganos que no forman parte de la organización judicial nacional es susceptible de aumentar la carga de trabajo del Tribunal y alargar el tiempo de resolución. Esta prolongación de*

los plazos a causa de la promoción de innecesarias cuestiones prejudiciales podría disuadir a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de suscitar las imprescindibles para la aplicación uniforme del derecho comunitario, con lo que la cooperación judicial pretendida por el artículo 234 CE quedaría afectada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

105. La diputación permanente es el órgano ejecutivo de la provincia y reúne funciones administrativas, normativas y jurisdiccionales. Cuando actúa en esta última condición, lo hace a través de un procedimiento contradictorio. Si la cuantía del litigio es, al menos, de diez mil francos belgas, la decisión es recurrible ante la Cour d'appel. La resolución de la Cour d'appel o, si no cabe recurso, la de la diputación permanente es impugnabile en casación.

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

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

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

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

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

111. Después de la reforma de 1999, se suscita la duda de si el Collège juridictionnel sigue siendo competente para conocer los recursos dirigidos contra los tributos propios de la región de Bruselas-Capital. El artículo 9 de la Ley de 1996 prescribía que, en las provincias, el sujeto pasivo podía interponer recurso ante la diputación permanente, que actuaba como autoridad

administrativa, mientras que en la mencionada región el competente era el Collège juridictionnel. El precepto fue anulado en su totalidad, y sin matización alguna, por la Cour d'arbitrage. La Ley de 15 de marzo de 1999 restablece la disposición con una redacción en la que no hace referencia alguna al Collège. No obstante, no consta que el artículo 83 quinquies de la Ley de 1989, que regula las instituciones de Bruselas-Capital, haya sido derogado, por lo que, una primera aproximación debería permitirme deducir que las reclamaciones en materia de tributos propios de la región han de dirigirse a ese órgano específico.

Sin embargo, si profundizo en el análisis, constato que el citado artículo 83 quinquies le atribuía el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que en las provincias correspondían a la diputación permanente. Como quiera que esta última ya no tiene intervención alguna en materia de tributos locales, tampoco el Collège juridictionnel. Pero hay una razón de mayor calado que cimienta esta deducción: se trata de la ratio decidendi de la sentencia nº 30/98 de la Cour d'arbitrage, en la que se declaró la nulidad del repetido artículo 9 en la redacción de 1996, porque establecía un procedimiento jurisdiccional en Bruselas-Capital y otro administrativo en las provincias. Así las cosas, el mantenimiento de la competencia del Collège después de la Ley de 1999 supondría reproducir el trato desigual repudiado en la sentencia de 1998.

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

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

114. El Collège juridictionnel, por el contrario, está constituido por personas que, aun sujetas a las mismas incompatibilidades que los diputados permanentes, no proceden de las estructuras gubernamentales, aunque son designados por el Gobierno de la región de Bruselas-Capital, y, lo que es más importante, su mandato se encuentra desvinculado del de la autoridad que los nombra. Además, sólo desempeña funciones jurisdiccionales. Esta caracterización ha permitido a un sector doctrinal afirmar que es totalmente independiente de la autoridad local.

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

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

117. Es cierto que la doctrina belga no discute la caracterización del Collège como órgano que ejerce funciones jurisdiccionales. También lo es que, en la sentencia nº 30/98, la Cour d'arbitrage dijo que ante el Collège se sigue un «recurso jurisdiccional». Pero esta última afirmación no contradice la tesis de que no es un órgano judicial. La Cour d'arbitrage se pronunció en el seno de

*un procedimiento de control de la constitucionalidad de la Ley de 1986 desde el principio de igualdad y pretendía destacar la diferencia con el término de contraste, constituido por las diputaciones permanentes. En la base de la decisión estaba presente la distinta caracterización de una institución y de la otra, de la que he dejado constancia en los puntos anteriores.*

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

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

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

#### *V. Examen de la cuestión prejudicial*

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

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

*122. El artículo 49 CE establece la prohibición de restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este principio no sólo pide la supresión de toda discriminación por razón de la nacionalidad del suministrador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino también la de cualquier medida restrictiva que, aun aplicada con independencia de la nacionalidad, sea susceptible de impedir, obstaculizar o desincentivar las actividades de ese suministrador.*

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

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

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

#### 1. El carácter discriminatorio de la ordenanza fiscal

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

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

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

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

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

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

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

### *A. La afectación a la libre prestación de servicios*

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

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

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

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

### *B. La ausencia de justificación*

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

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

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

*3) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

147. Sin embargo, dado que el principio de libre prestación de servicios en la Comunidad se opone con claridad a la ordenanza fiscal belga, y que la propia Directiva declara en su octavo considerando que este derecho, aplicado a la difusión y a la distribución de servicios de televisión, es una manifestación específica en el derecho comunitario de la libertad de expresión, tal y como se encuentra consagrada en el Convenio de Roma, considero que no es necesario realizar el examen que propone la Comisión.

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

## VI. Conclusión

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

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

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

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