



DG Educación y Cultura

Programa de acción en el ámbito
del aprendizaje permanente



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

RICARDO ALONSO GARCÍA

**Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva
(a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)**

WP IDEIR nº 4 (2011)

Cátedra Jean Monnet Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)
Universidad Complutense
Facultad de Derecho
Avda. Complutense s/n
Madrid 28040 - España

© Ricardo Alonso García 2011

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)

Ricardo Alonso García*

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, de la Unión Europea), dejó bien claro en 1978 (*asunto Simmenthal*¹) que el juez nacional estaba obligado a inaplicar normas por su propia autoridad en el supuesto de considerarlas incompatibles con el Derecho comunitario; ello, salvo que éste suscitara alguna duda interpretativa (o de validez), en cuyo caso el juez nacional carecería de competencia para resolver por su propia autoridad tal duda (como paso previo indispensable a los efectos de poder cotejar ulteriormente su compatibilidad con la norma interna) de llegarse a dar las condiciones para activar con carácter obligatorio la cuestión prejudicial europea, aclaradas por el propio Tribunal de Justicia en 1982 (en lo concerniente a la interpretación, *asunto CILFIT*²) y 1987 (en lo concerniente a la validez, *asunto Foto-Frost*³).

Así pues, es del todo evidente que la inaplicación de una ley nacional por contraria al Derecho de la Unión no pasa por el previo planteamiento, por definición (esto es, aun cuando no se den las referidas condiciones para hacerlo en términos obligatorios, *siempre determinadas por la naturaleza no de la norma interna, sino de la duda que en su caso suscite la norma europea*), de una cuestión prejudicial; es más, una imposición interna en ese sentido sería manifiestamente incompatible con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)⁴.

* Catedrático y Director del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional. Universidad Complutense de Madrid. Codirector de la Revista Española de Derecho Europeo (Thomson Reuters - Civitas).

¹ Sentencia de 9 de marzo de 1978 (106/77).

² Sentencia de 6 de octubre de 1982 (283/81).

³ Sentencia de 22 de octubre de 1987 (314/85).

⁴ Como explicitaría más de treinta años después el *asunto Küçükdeveci*, resuelto por Sentencia de 19 de enero de 2010 (C-555/07), “es preciso subrayar que la necesidad de garantizar la plena eficacia del principio de no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78, implica que el juez nacional, ante una disposición nacional comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión que estime incompatible con dicho principio y cuya interpretación conforme a éste resulte imponible, debe abstenerse de aplicar dicha disposición, sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni estar impedido para hacerlo”. A lo que añadiría el TJUE: “La facultad así reconocida al juez nacional por el artículo 267 TFUE, párrafo segundo, de solicitar una interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia antes de dejar sin aplicación la disposición nacional contraria al Derecho de la Unión no puede, sin embargo, transformarse en una obligación por el hecho de que el Derecho nacional no permita a dicho juez abstenerse de aplicar una disposición nacional

Trasladado al ámbito español, es del todo evidente que cualquier juez puede, en principio, inaplicar una ley por contraria al Derecho de la Unión, por su propia autoridad, si no se dan las condiciones para activar la cuestión prejudicial en términos obligatorios, y decide no hacer uso de dicha activación en términos facultativos.

* * *

Cuestión distinta de la anterior, y de respuesta no tan evidente, es la de qué mecanismos de reacción existen frente a la inaplicación de una ley interna por un juez nacional, habiendo desconocido la activación de la cuestión prejudicial cuando ésta se imponía en términos obligatorios (a la luz, conviene insistir en ello, del propio Derecho de la Unión).

De entre los varios posibles, vamos a ceñir nuestro comentario al que, desde la perspectiva del Derecho español, podría ofrecer el recurso de amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

* * *

La referida posibilidad fue analizada en la **STC (Sala Segunda)⁵ 58/2004, de 19 de abril⁶**, que, en lo que aquí interesa⁷, llegó a la conclusión, *en mi opinión*, de que la inaplicación de una ley nacional por contraria al Derecho comunitario sin mediar cuestión prejudicial de interpretación sobre éste, cuando, según el TC, *existían las condiciones para haberla planteado en términos obligatorios*, constituía una vulneración del derecho, según reza el fallo, “a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías”.

Tal es la lectura que en su momento hice de la STC 58/2004, aun a sabiendas de que su fundamentación no dejaba de ser un tanto ambigua; aun así, pese a tal ambigüedad, no otra lectura cabía al respecto, so riesgo de considerar, tras casi veinte años de pertenencia a la hoy Unión Europea, inconstitucional la doctrina del TJUE... Y a no

que estime contraria a la Constitución sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.”

⁵ Compuesta por Tomás S. Vives Antón (Presidente), Pablo Cachón Villar (Ponente), Vicente Conde Martín de Hijas, Guillermo Jiménez Sánchez, Elisa Pérez Vera y Eugeni Gay Montalvo.

⁶ Recurso de amparo 4979/1999, promovido por la Generalidad de Cataluña frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que estimó parcialmente la demanda de don Manuel Martínez Calderón sobre devolución de ingresos por la tasa fiscal del juego.

⁷ Dejo, pues, al margen del presente comentario, el análisis del derecho a la tutela judicial efectiva como posible vía para reaccionar frente infracciones por el juez ordinario de su obligación de activar la cuestión de inconstitucionalidad. Ambos aspectos de la STC 58/2004 fueron en su momento abordados (cada cual en mayor o menor medida) por: J.M. Baño León, *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 18, 2004; A. Sánchez Legido, *El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)*, Derecho Privado y Constitución, núm. 18, 2004; J.I. Ugartemendía Eceizabarrena, *El recurso a la prejudicial (234 TCE) como cuestión de amparo (a propósito de la STC 58/2004)*, Revista Española de Derecho Europeo, núm. 11, 2004; P.J. Martín Rodríguez, *La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho Comunitario (a propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego)*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 72, 2004. Por mi parte, también me ocupé de ello en *Spanish Constitutional Court. Judgment 58/2004, of 19 April 2004*, Common Market Law Review, núm. 2, 2005.

otra salida conducía una lectura del pronunciamiento del TC en el sentido de que la inaplicación de una ley nacional por contraria al Derecho comunitario sin mediar cuestión prejudicial implicaría, *sin más precisiones*, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Con otras palabras, sostener que el TC habría pretendido excluir de la jurisdicción del juez ordinario, *por definición*, decisiones inaplicativas de la ley por incompatibilidad con el Derecho de la Unión sin mediar pronunciamiento al efecto del TJUE (vía cuestión prejudicial), estableciendo un paralelismo con la ausencia de jurisdicción en relación con decisiones inaplicativas de la ley por incompatibilidad con la Constitución sin mediar pronunciamiento al efecto del Tribunal Constitucional (vía cuestión de inconstitucionalidad), conducía inexorablemente a situar al TC al margen de las exigencias de nuestra pertenencia a la Unión.

Y lo cierto es que el dicho paralelismo, y con él la ambigüedad a la que antes me refería, afloraba en el razonamiento del TC (FJ 11) al destacar lo importante que era

“recordar que, de la misma manera que el constituyente quiso sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución [...], por corresponder de forma exclusiva la depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, al Tribunal Constitucional [...], el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador de Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías, "tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es la expresión de la voluntad popular -como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución- y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España [...].”

Tal afirmación, descontextualizada, podía efectivamente conducir (y así lo corroboró, por desgracia, la STC 194/2006 que expondré a continuación) a una visión desenfocada, cuando no a una ilusión óptica, del mecanismo de la cuestión prejudicial (al vincular la necesidad de su activación a condicionamientos puramente nacionales, en este caso derivados del rango legal de la norma interna puesta en tela de juicio, a la luz del Derecho europeo, en el marco del litigio principal), alejándolo así de la verdadera realidad (que no es otra que la búsqueda de una interpretación y aplicación de ese Derecho europeo, a la luz del cual se pone en tela de juicio la norma interna cualquiera que sea su rango, uniforme en todo el territorio de la Unión)⁸.

Ello no obstante, hay que tener en cuenta que el TC (FJ 14) concluyó sosteniendo que:

“En consecuencia se ha producido [...] un exceso de jurisdicción. En efecto, si la Ley postconstitucional es contraria a la Constitución sólo mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 CE puede dejar de ser aplicada. Y si la ley postconstitucional es contradictoria con el Derecho comunitario sólo puede ser inaplicada, *dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso*, mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial del art. 234 TCE.”

⁸ Cfr. D. Sarmiento, *La cuestión prejudicial comunitaria y el Tribunal Supremo*, en S. Ripol Carulla (dir.) y J.I. Ugartemendía Eceizabarrena (coord.), *España ante los tribunales internacionales europeos: cuestiones de política judicial*, IVAP, 2008.

E insistirá poco más adelante (en el mismo FJ 14):

“es indudable que cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución española, o el de la cuestión prejudicial, si es contraria al Derecho comunitario (*eso sí, siempre y cuando, respecto de esta última y como ocurre en el presente caso, se den las circunstancias para tal planteamiento*), debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española basadas en una pretendida inconstitucionalidad de la misma o utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario”.

¿Y cuáles eran las circunstancias concurrentes en el caso que venían a descartar una lectura del pronunciamiento del TC en el sentido de exigir, sin más y por definición, el previo planteamiento de una cuestión prejudicial como exigencia ineludible para el juez ordinario a los efectos de proceder a una inaplicación de una norma –como en el caso– con rango legal?

Tales circunstancias aparecen profusa y nítidamente expuestas a lo largo del razonamiento del TC, y merecen ser reproducidas *in extenso*:

“Los diferentes órganos judiciales españoles habían declarado -ya con anterioridad a la fecha de la Sentencia ahora impugnada- la compatibilidad entre la tasa fiscal del juego y el art. 33 de la sexta Directiva. En efecto, y por lo que se refiere al Tribunal Supremo, es obligado citar la Sentencia de 28 de diciembre de 1998 (recurso de casación núm. 5477/93) que, en aplicación de la doctrina de la STJCE de 26 de junio de 1997, concluía que la tasa sobre el juego "no es incompatible con lo dispuesto en el citado artículo 33 de la Sexta Directiva porque, por su características ... no se dan en la Tasa o Impuesto sobre el Juego los requisitos indicados en la citada Sentencia del TJCEE para poder reputar que se está ante la presencia de un impuesto sobre el volumen de negocios, de una manera comparable o equivalente al IVA" (FJ 5). Tal doctrina sería luego reiterada primero en la STS de 17 de mayo de 2000 (recurso de casación núm. 840/94), y luego en las ya citadas SSTS de 25 de noviembre de 2000 y 29 de septiembre de 2001 (recursos de casación en interés de la ley núms. 817-2000 y 671-2000) que fijan la correspondiente doctrina legal, transcrita en el antecedente 2 e) y f), y sucintamente relacionada en el fundamento jurídico quinto de la presente Sentencia.

En el mismo sentido se habían manifestado también, con anterioridad a la fecha de la Sentencia impugnada, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 8 de marzo de 1999 (dos), del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 1993 y del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 13 de marzo de 1996 y 8 de abril de 1998. Y la misma doctrina expresaron igualmente, con anterioridad a que el Tribunal Supremo dictase su primera Sentencia en interés de ley (STS de 25 de noviembre de 2000), las Sentencias de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2000 y las del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 3 y 24 de enero de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 18 de marzo y 6 de septiembre de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos) de 14 de marzo y 22 de junio de 2000, del Tribunal Superior de

Justicia de la Comunidad Valenciana de 3 de julio de 2000 y del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 1 de marzo de 2000.

De la doctrina judicial expuesta se puede comprobar, entonces, que tanto antes de haberse planteado por la Audiencia Nacional las cuestiones prejudiciales que desembocaron en la STJCE de 26 de junio de 1997 como, con más motivo, después de haber recaído la citada Sentencia, los diferentes órganos judiciales españoles habían apreciado de una forma razonable la compatibilidad entre la tasa fiscal del juego y el art. 33 de la sexta Directiva. No lo ha entendido así, sin embargo, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para quien, por el contrario, se daban todos los presupuestos que determinaban la incompatibilidad de la tasa fiscal sobre el juego con el art. 33 de la sexta Directiva, atendidos los razonamientos de la Sentencia del TJUE de las Comunidades Europeas de 26 de junio de 1997” (FJ 12).

Todo lo cual lleva al TC a sostener que:

“Lo anterior supone que cuando la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de forma aislada y ajena al resto de la doctrina judicial recaída en la materia, aprecia la contradicción entre el Derecho interno y el comunitario está, de entrada, introduciendo una duda en la aplicación del Derecho comunitario donde hasta ese momento no existía. En consecuencia, el órgano judicial -aun cuando expresara su ausencia de toda duda respecto de la incompatibilidad entre la norma nacional y la norma comunitaria-, dado que precisamente venía a asumir una contradicción donde ningún otro órgano judicial la había apreciado, debía haber planteado, conforme a la doctrina del propio TJUE de las Comunidades Europeas, la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea para someter a la consideración del Tribunal de Luxemburgo las causas o motivos por los que, a su juicio, y fuera de los criterios interpretativos ya sentados previamente, podía ser incompatible un Derecho con el otro (SSTJCE de 24 de junio de 1969, asuntos Milch, Fett und Eierkontor, 29/68; y de 11 de junio de 1987, asunto Pretori di Salò, 14/86).

Debe tenerse en cuenta, al efecto, que la existencia o inexistencia de una duda -a los efectos ahora considerados- no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna. Por ello el criterio expuesto por el Tribunal Supremo, unido al de los restantes órganos judiciales que se pronunciaban de forma concurrente en contra de la incompatibilidad, debía sembrar (sobre quien podía entender lo contrario) la duda suficiente en la materia como para generar la obligación de, antes de inaplicar el derecho interno por su supuesta contradicción, plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE. Cabe afirmar, en el mismo sentido, que la existencia de una previa Sentencia interpretativa del TJUE de las Comunidades Europeas no excusa del nuevo planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando un órgano judicial utiliza los criterios interpretativos fijados

en un sentido que conduce a una conclusión contraria a la expresada por los restantes órganos judiciales” (FJ 13).

* * *

La lectura que cabía extraer de la STC 58/2004, por tanto, no podía ser otra que la ya adelantada, a saber, que no fue el hecho en sí de inaplicar una ley por contraria al Derecho comunitario, sino el modo de inaplicarla, lo que desembocó en la estimación del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; concretamente, el inaplicarla negando al justiciable una interpretación del Tribunal de Luxemburgo sobre la norma europea determinante de la inaplicación (por incompatibilidad) de la ley nacional, cuando dicha interpretación, a la luz de las circunstancias del caso, debía haberse forzado vía prejudicial (pues no otra cosa impondría el actual artículo 267 TFUE cuando un juez nacional pretende apartarse de una interpretación de la norma europea sentada por muchos de sus pares y a todos los niveles, incluido el más alto representado por el Tribunal Supremo, a la luz, a mayor abundamiento, de un previo pronunciamiento interpretativo de Luxemburgo).

* * *

En la **STC (Sala Segunda)⁹ 194/2006, de 19 de junio¹⁰**, el TC abordó de nuevo el tema de la inaplicación por el juez ordinario, por su propia autoridad (esto es, sin plantear cuestión prejudicial europea), de una ley por incompatible con el Derecho comunitario¹¹, y la posible corrección de tal proceder, vía amparo, por vulneración de la tutela judicial efectiva¹².

La argumentación central del TC se concentra en el FJ 5, en el que declara que

“[...] (siempre 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), el planteamiento de la cuestión

⁹ Compuesta por Guillermo Jiménez Sánchez (Presidente y Ponente), Vicente Conde Martín de Hijas, Elisa Pérez Vera, Eugeni Gay Montalvo, Ramón Rodríguez Arribas y Pascual Sala Sánchez. Adviértase que cuatro de los seis Magistrados firmantes fueron partícipes de la STC 58/2004, incluido el ahora Ponente.

¹⁰ Recurso de amparo 6182-2004, promovido por el Gobierno de Canarias frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que estimó la demanda del Real Club Náutico de Gran Canaria sobre devolución de ingresos indebidos del impuesto general indirecto canario de 1993 a 1998.

¹¹ En el presente caso, a diferencia del que fue objeto de la STC 58/2004, no se planteó el problema, simultáneamente, de la inaplicación por inconstitucionalidad (FJ 5: “La necesidad del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resulta incondicionada en relación con las normas legales posteriores a la Constitución si no parece posible mantener una interpretación de ellas que acomode su sentido y aplicación a la Norma Suprema. No resulta pertinente extenderse más en ello, por cuanto *el órgano judicial no ha fundado la parcial inaplicación del precepto legal [...] en la vulneración del principio de igualdad*”).

¹² Cfr. V.M. Sánchez Blázquez, *STC 194/2006, de 19 de junio: vulneración del derecho al proceso debido e indefensión de la Comunidad Autónoma de Canarias por inaplicación en una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de un precepto de la Ley reguladora del IGIC de contenido idéntico a otro de la Ley del IVA declarado contrario a la Sexta Directiva por el TJUE de las Comunidades Europeas*, Comentarios de Jurisprudencia Constitucional, IEF, 2006; I. Calatayud Prats, *El principio de igualdad tributaria y las relaciones entre IVA, IGIC y Derecho Comunitario (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2006, de 19 de junio)*, Hacienda Canaria, núm. 17, 2006.

prejudicial para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad, al que están sometidas las actuaciones de la Administración (art. 103 CE) y de los Tribunales (art. 117.1 CE). Es más, en la medida en que la actuación de los Tribunales de Justicia no encuentra otro límite normativo que el constituido por las normas de rango legal, la sujeción y el respeto a este límite configuran la frontera de la competencia judicial en la cual el Juez encuentra su legitimidad democrática”.

Partiendo de tal premisa, el TC aborda el caso concreto en los siguientes términos:

“La cuestión de si, al dejar de aplicar [...] la Ley 20/1991, reguladora del impuesto general indirecto canario [...], se vulneró o no el sistema de fuentes relativo al control de normas ha de recibir en el caso sometido a nuestro enjuiciamiento una respuesta afirmativa. En efecto, resulta patente que una Sentencia del TJUE de las Comunidades Europeas que declara la incompatibilidad entre la normativa nacional y una Directiva comunitaria no puede justificar la inaplicación de una Ley en un territorio en el cual la Directiva no despliega sus efectos [la inaplicabilidad en el territorio ultraperiférico de Canarias de la Sexta Directiva sobre armonización fiscal se encuentra recogida en el art. 4 .1 del Reglamento (CEE) núm. 1911/1991, del Consejo, de 26 de junio de 1991, relativo a la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario en las Islas Canarias; tal exclusión se contiene también en el art. 3 de la Directiva, conforme al cual "no tendrán la consideración de 'interior del país', los territorios nacionales siguientes: ... Islas Canarias"]. Es más, esta afirmación, que sin duda puede realizarse incluso tratándose de la aplicación de la misma Ley en un territorio al que no alcanza la eficacia jurídica de la Directiva, resulta si cabe aún más incontrovertible cuando estamos en presencia de una Ley distinta a la declarada contraria al Derecho comunitario. Que su contenido material sea idéntico no supone sino el ejercicio de la libertad de configuración del legislador que, incluso cuando opera con un margen de actuación distinto, puede optar por introducir allí donde tiene tal margen (Canarias) la misma regulación que donde no lo tiene (territorio peninsular). Es cierto que, como consecuencia de la Sentencia del TJUE de las Comunidades Europeas de 7 de mayo de 1998, el legislador, mediante la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, acomodó la regulación del IVA al Derecho comunitario [...], y que además optó por modificar en idéntico sentido [...] el impuesto general indirecto canario, manteniendo así la homogeneidad normativa existente hasta la declaración de disconformidad con el Derecho comunitario que la citada Sentencia del TJUE de las Comunidades Europeas incorpora. Ahora bien, la constatación de que el legislador ha establecido una regulación homogénea [...] en ambos tributos (IVA e impuesto general indirecto canario) no autoriza al órgano judicial para dejar de aplicar un precepto legal vigente sin acudir a los instrumentos que el Ordenamiento jurídico arbitra para el control de su acomodación a la Constitución o al Derecho comunitario”.

* * *

Al igual que sucedía en la STC 58/2004, ésta de 2006 presentaba elementos de ambigüedad que podrían llevar a pensar en un pronunciamiento en el sentido de exigir, *en todo caso*, el previo planteamiento de una cuestión prejudicial para poder inaplicar una ley por contraria al Derecho comunitario.

En efecto, si bien es cierto que el TC comienza por hacer referencia, como hizo en 2004, al planteamiento de la cuestión prejudicial “siempre que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario”, no lo es menos que, justo a continuación, declara enfáticamente que, “en la medida en que la actuación de los Tribunales de Justicia no encuentra otro límite normativo que el constituido por las normas de rango legal, la sujeción y el respeto a este límite configuran la frontera de la competencia judicial en la cual el Juez encuentra su legitimidad democrática”. A lo que debe añadirse el hecho de que concluya su razonamiento, sin matización alguna, sosteniendo que “la constatación de que el legislador ha establecido una regulación homogénea [...] en ambos tributos (IVA e impuesto general indirecto canario) no autoriza al órgano judicial para dejar de aplicar un precepto legal vigente sin acudir a los instrumentos que el Ordenamiento jurídico arbitra”.

Pero a diferencia de la STC 58/2004, ésta de 2006, en cambio, no trae a colación “los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario” que, concurrentes en el caso, vendrían a descartar una lectura del pronunciamiento en el sentido de exigir, sin más y por definición, el previo planteamiento de una cuestión prejudicial como exigencia ineludible para el juez ordinario a los efectos de proceder a una inaplicación de una norma con rango legal.

Y no sólo eso: de su argumentación se desprende implícitamente que el TC, pese a asumir que no se daban las condiciones para plantear la cuestión prejudicial, siquiera en términos facultativos, estimó que dicho planteamiento era ineludible como *condictio sine qua non* para inaplicar la ley.

Así, el TC considera no sólo “patente”, sino incluso “aún más incontrovertible”, que la Directiva europea utilizada por el TSJ de Canarias como parámetro de desplazamiento de la ley interna no era aplicable al caso ni *ratione loci* (pues la Directiva excluía expresamente de su ámbito de aplicación a las Islas Canarias) ni *ratione materiae* (pues la Directiva regulaba el IVA, y la ley inaplicada el IGIC).

Tal argumentación, en última instancia, conducía a un callejón sin salida fuera cual fuere la lectura última que se hiciera del pronunciamiento, esto es:

- bien en el sentido de deducir que el TC estaría exigiendo *en todo caso* el planteamiento de la cuestión prejudicial ante una potencial inaplicación de la ley, lo cual resultaría manifiestamente contrario a la *doctrina Simmenthal*;

- bien en el sentido de inferir que estaría exigiendo dicho planteamiento, volviendo sobre sus palabras, “siempre que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario”, lo cual resultaría manifiestamente incongruente, al imponer el planteamiento en términos obligatorios, cuando, a la luz de su razonamiento, tales presupuestos no existirían siquiera en términos facultativos, pues no hay que olvidar que dicho planteamiento reclama inexorablemente la presencia de una duda cuya resolución sea imprescindible para poder emitir un fallo, lo que, según estimación

del propio TC, no era el caso, al ser obvio que la Directiva no ofrecía duda interpretativa alguna que pudiera llevar a pensar que resultaba aplicable al mismo (incongruencia ésta que saltaría a la vista tiempo después, pues forzado el TSJ de Canarias por el TC a plantear la cuestión, el TJUE vino a corroborar lo que el mismo TC había ya considerado “patente” e “incontrovertible”, a saber, que no podía proceder a la interpretación de una Directiva que, de manera evidente, no resultaba aplicable al litigio principal, declarando por simple Auto la cuestión como “manifiestamente indamisible”¹³).

* * *

Prueba de que no otra salida ofrecía la lectura de la STC 194/2006 (la cual, no obstante, podría haber sido objeto de cuestionamiento ante el propio TJUE vía prejudicial¹⁴), sería su reflejo, por ejemplo, en la *STS (Sala Tercera), de 17 de julio de 2009*¹⁵.

Tras una argumentación en principio impecable acerca de la inexistencia de las condiciones necesarias para plantear una cuestión prejudicial acerca de la validez de una determinada Directiva, argumentación que habría bastado, por sí sola, para descartar un segundo bloque de motivos de la demanda solicitando la inaplicación de una norma legal conectada con la Directiva en cuestión, por contracción de ésta con el Derecho europeo originario si interpretada de manera “auténtica, sistemática y conforme con los principios fundacionales de la Comunidad Europea” (interpretación que acababa de ser realizada por el TS, a la luz de la doctrina del propio TJUE, reafirmando así la validez de la Directiva), el TS razonó en los siguientes términos:

“En este caso, el planteamiento de la cuestión ha de tener en cuenta, además de lo expuesto en el fundamento anterior sobre los presupuestos que hacen necesaria su remisión desde la perspectiva del Derecho comunitario, que nos encontramos con el enjuiciamiento de una norma con rango de ley que se contrasta con la Directiva 2003/87/CE.

El juicio sobre la adecuación de nuestras leyes al Derecho comunitario europeo resulta frecuente, y tiene más sentido, cuando se trata de normas internas que transponen a nuestro Derecho interno las normas comunitarias, como es el caso de la citada Directiva. Pues bien, corresponde a la jurisdicción ordinaria en general, y a este Tribunal en particular, en tanto que superior en todos los órdenes, velar por la correcta aplicación del Derecho comunitario.

¹³ *Asunto Club Náutico de Gran Canaria*, inadmitido por Auto de 16 de abril de 2008 (C-186/07). Adviértase que, como puede leerse en el FJ 17 de dicho Auto, “a tenor del artículo 92, apartado 1, de su Reglamento de Procedimiento, aplicable al procedimiento prejudicial en virtud del artículo 103, apartado 1, del mismo Reglamento, cuando el TJUE sea manifiestamente incompetente para conocer de una demanda o cuando ésta sea manifiestamente inadmisibile, el Tribunal, oído el Abogado General, podrá, sin continuar el procedimiento, decidir por medio de auto motivado”.

¹⁴ Cfr. *asunto Landtová*, resuelto por Sentencia de 22 de junio de 2011 (C-399/09), en el que el TJUE, de manera explícita y frontal, declara contraria al Derecho de la Unión una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional checo (sobre pensiones de jubilación), cuestionada vía prejudicial por el Tribunal Supremo Administrativo de la propia República Checa.

¹⁵ Recurso nº 103/2005, interpuesto por Arcelor España, S.A., contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

Ahora bien, cuando se trata de declarar la invalidez de una norma con rango de ley, o su inaplicación al caso, nuestra posición como juez o tribunal nacional exige plantear previamente una cuestión prejudicial ante el TJCE, según viene declarando el Tribunal Constitucional, para no incurrir en una infracción del sistema de fuentes relativo al control de normas con rango de ley. En caso contrario, se lesiona la tutela judicial efectiva con indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías”.

Y, tras transcribir sin más precisiones el párrafo de la STC 58/2004 en el que se declaraba que

“el planteamiento de la cuestión prejudicial para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad, al que están sometidas las actuaciones de la Administración (art. 103 CE) y de los Tribunales (art. 117.1 CE). Es más, en la medida en que la actuación de los Tribunales de Justicia no encuentra otro límite normativo que el constituido por las normas de rango legal, la sujeción y el respeto a este límite configuran la frontera de la competencia judicial en la cual el Juez encuentra su legitimidad democrática”,

el TS concluye afirmando que

“el juicio negativo, por tanto, sobre la falta de acomodación de la ley española – RD Ley 5/2004- a la norma comunitaria –Directiva 2003/87- precisa, para que dejemos de aplicar una norma con rango de ley, el planteamiento de una cuestión prejudicial”.

Con otras palabras, incluso si a la luz del pronunciamiento del TJUE confirmando la validez de la Directiva, que fue uno de los factores que llevó al TS a descartar el planteamiento de una nueva cuestión al respecto, la interpretación de Luxemburgo hubiera avalado la inaplicación de la legislación interna por incompatible, el TS se habría considerado obligado a plantear la cuestión aun no dándose, por hipótesis y en ausencia de dudas acerca de la referida interpretación, las condiciones para ello...

* * *

En la **STC (Pleno)¹⁶ 78/2010, de 20 de octubre¹⁷**, el TC tuvo que resolver un amparo con idéntico objeto al de la STC 194/2006¹⁸, advirtiendo desde el primer momento que había decidido proceder a su avocación

¹⁶ Compuesto por María Emilia Casas Baamonde (Presidenta), Guillermo Jiménez Sánchez, Vicente Conde Martín de Hijas, Javier Delgado Barrio (Ponente), Elisa Pérez Vera, Eugeni Gay Montalvo, Ramón Rodríguez Arribas, Pascual Sala Sánchez, Manuel Aragón Reyes y Pablo Pérez Tremps.

¹⁷ Recurso de amparo 8427-2006, promovido por el Gobierno de Canarias respecto de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que estimó la demanda del Club Natación Metropole sobre devolución de ingresos indebidos del impuesto general indirecto canario de los años 1994 a 1998.

¹⁸ Cfr. L. Piña Garrido, *Comentario a la STC 78/2010, de 20 de octubre*, Crónica Tributaria. Boletín de Actualidad, IEF, núm. 9, 2010; C. Izquierdo Sans, *Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española*, Revista General de Derecho Europeo, Iustel, núm. 23, 2011. De próxima publicación, J. Morcillo Moreno, *El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿facultad o deber?*, Revista de Administración Pública, núm. 185, 2011; J.

“a fin de fijar nuestra doctrina sobre la cuestión prejudicial del Derecho comunitario, rectificando la que deriva de la STC 194/2006, de 19 de junio”.

Así pues, queda ante todo claro, en mi opinión, que el TC va a concentrar su rectificación, exclusivamente, en la doctrina específica que deriva de la STC 194/2006, la cual “aplica”, puntualiza el TC, “la doctrina general establecida por este Tribunal en su Sentencia 58/2004, de 19 de abril”. O lo que es igual, el TC no va a poner en ningún momento en tela de juicio la doctrina de la STC 58/2004, sino la interpretación y concreción de la misma por la STC 194/2006.

Sentado lo cual, el TC procedió de inmediato (FJ 2) a marcar diferencias entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial europea:

“La cuestión de inconstitucionalidad -art. 163 CE- y la cuestión prejudicial del Derecho comunitario -arts. 19. 3b) del Tratado de la Unión Europea (TUE) y 267 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) [antiguo art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)]- 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 (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90), 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 (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81). 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 concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria”.

A partir de ahí, el razonamiento del TC es escueto y contundente: en la medida en que resultaba del todo evidente, trayendo a colación la propia STC 194/2006 y el Auto del TJUE de 2008, que en el caso de autos el Derecho comunitario no era aplicable ni *ratione loci* ni *ratione materiae*,

Huelin Martínez de Velasco, *Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (una aproximación “post-Lisboa”)*, Revista Española de Derecho Europeo, núm. 39, 2011.

“no puede entenderse procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial, de suerte que su omisión no puede generar indefensión ni vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías -art. 24.1 y 2 CE-, manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 CE”.

* * *

Acabando ahí el pronunciamiento del TC por lo que al *overruling* de la STC 194/2006 se refiere, aquél continúa a los efectos de indagar si pudo haberse producido la vulneración de la tutela judicial efectiva en otra de sus manifestaciones, a saber, el *derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho*, resolviendo el TC desestimar las quejas al respecto al considerar que el recurrente (el Gobierno de Canarias) no era titular del mencionado derecho.

En efecto, tras recordar su doctrina según la cual las personas jurídicas públicas sólo pueden ser titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, *en toda su extensión*, cuando acuden al proceso desprovistas de sus prerrogativas de poder público, esto es, como cualquier particular, y tras constatar que ello no era el caso de autos (en el que “la Administración acudió al proceso contencioso-administrativo en defensa de un acto dictado en el ejercicio de las potestades que como poder público ostenta”), el TC estimó que, así como cabía reconocer al recurrente la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de *derecho a un proceso con todas las garantías* (cuya vulneración, según acabamos de ver, descartó al considerar improcedente el planteamiento de la cuestión prejudicial), no cabía, en cambio, reconocerle dicha titularidad en su manifestación de *derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho*, por lo que no procedía examinar si la resolución impugnada incurría en los defectos de motivación imputados.

* * *

Así las cosas, comenzaré por presentar cuál es mi opinión sobre el estado de la doctrina del TC acerca de la conexión del artículo 24 CE con las *inaplicaciones de normas de rango legal* por el juez ordinario por contradicción con el Derecho de la Unión Europea (que era el trasfondo de las tres sentencias expuestas), para continuar después con unas reflexiones acerca del posible alcance del mismo precepto en conexión con las *inaplicaciones*, por igual motivo, *de normas internas de rango reglamentario*, que extenderé, finalmente a los supuestos de *aplicación del Derecho interno, de rango tanto legal como reglamentario*, sobre la base de normas europeas. Y puesto que la mayor parte de los supuestos contemplados¹⁹ presentan como vínculo común el análisis de en qué medida las vulneraciones del artículo 267 TFUE por los tribunales españoles pueden llegar a ser corregidas, desde una perspectiva puramente interna, en virtud del artículo 24 CE, finalizaré el presente comentario con mi opinión acerca del rol de éste ante infracciones de aquél en el contexto de *aplicaciones directas o inaplicaciones del propio Derecho de la Unión* (al margen, pues, de posibles interacciones con normas internas).

¹⁹ No todos, pues recordemos que precisamente la STC 78/2010 respondía a un supuesto de inaplicación de la ley, por contradicción con el Derecho de la Unión, en el que el planteamiento de la cuestión prejudicial era *improcedente*.

* * *

En relación, en primer lugar, con el tema de las *inaplicaciones de normas de rango legal* por el juez ordinario por contradicción con el Derecho de la Unión Europea, me atrevo a calificar como irrefutable la posición actual del TC sobre ambas caras de la misma moneda, que puede sintetizarse de la siguiente manera:

Por un lado, y según la STC 58/2004, cuando resulta *procedente* el planteamiento de la cuestión prejudicial en términos obligatorios, según exigencias del artículo 267 TFUE tal y como ha sido interpretado por el TJUE, y el juez ordinario, por su propia autoridad, inaplica una normas de rango legal por contraria al Derecho de la Unión, ello acarrea una vulneración de la tutela judicial efectiva en su manifestación de *derecho a un proceso con todas las garantías*, sin necesidad de entrar en consideraciones acerca de si dicha vulneración abarca también su manifestación del *derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho* (o lo que es igual a efectos prácticos²⁰, tal actuación, *per se*, implicaría también una vulneración del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho²¹).

Por otro lado, y según la STC 78/2010, cuando resulta *improcedente* el planteamiento de la cuestión prejudicial en términos obligatorios, según exigencias del artículo 267 TFUE tal y como ha sido interpretado por el TJUE, y el juez ordinario, por su propia autoridad, inaplica una normas de rango legal por contraria al Derecho de la Unión, ello no acarrea una vulneración alguna de la tutela judicial efectiva en su manifestación de *derecho a un proceso con todas las garantías*. Pero puede acarrear, en función de la argumentación judicial, una vulneración de dicha tutela en su manifestación del *derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho* (terreno este último más abonado para posibles conjeturas, en cuanto a la determinación del mayor o menor rigor que emplearía el TC en su control²²; en mi opinión, y a diferencia de lo que sucedería en relación con la inaplicación de normas reglamentarias, me inclino por un control en términos muy rigurosos, habida cuenta de la importancia que el TC otorga a la ley en nuestro sistema de fuentes, incluso cuando vinculado éste con el propio de la Unión).

* * *

Distinto es el discurso, creo, en relación con las *inaplicaciones de normas de rango reglamentario* por contradicción con el Derecho de la Unión.

²⁰ Pues la única diferencia entre identificar o no, en este supuesto, la vulneración del artículo 267 TFUE con una vulneración del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho, radicaría en que, como hemos visto, este último no cubriría a las Administraciones públicas actuando en defensa de sus prerrogativas. Pero una demanda de éstas en tal supuesto, invocando exclusivamente la vulneración del referido derecho, no parece que sería obstáculo para su reconducción, haciendo uso del artículo 84 LOTC, a una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

²¹ Recordemos las palabras del TC: “es indudable que cuando se trata de *inaplicar una ley*, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución española, o el de la *cuestión prejudicial*, si es contraria al Derecho comunitario (eso sí, siempre y cuando, respecto de esta última y como ocurre en el presente caso, se den las circunstancias para tal planteamiento), debe convertirse en *una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas* de la ley española basadas en una pretendida inconstitucionalidad de la misma o utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario”.

²² Basado en todo caso en los parámetros de, según expresiones del propio TC, “arbitrariedad”, “manifiesta irrazonabilidad” o “error patente” de la resolución cuestionada por la vía del amparo.

Obvio es que no se vulnera la tutela judicial efectiva en su manifestación de *derecho a un proceso con todas las garantías* cuando resulta *improcedente* el planteamiento de la cuestión prejudicial en términos obligatorios.

Pero creo que, y aquí estaría la primera variante, tampoco admitiría el TC una tal vulneración en ausencia de planteamiento siendo éste *procedente*.

En efecto, no hay que olvidar que la STC 78/210, pese a marcar correctamente, en lo que en el caso de autos importaba, las diferencias de régimen entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial, no pone en momento alguno en tela de juicio la aproximación que entre ambos incidentes realiza la STC 58/2004, a los efectos de vincular la vulneración de su activación con la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 CE.

Detengámonos brevemente sobre la naturaleza de ambos incidentes para exponer después la referida aproximación operada por el TC.

Lo primero a destacar es el diferente radio de acción de la cuestión de inconstitucionalidad si comparado con el de la cuestión prejudicial: mientras que aquél abarca normas internas, y más concretamente normas de rango legal, éste concierne a normas europeas, cualquiera que sea su rango. Aclarado lo cual, podría establecerse cierto paralelismo entre aquélla y ésta en su vertiente de *validez*: ningún juez ordinario puede inaplicar, por su propia autoridad, leyes por contrarias a la Constitución, de la misma manera que ningún juez nacional puede inaplicar, por sus propia autoridad, normas de la Unión por contrarias al propio Derecho de la Unión (*doctrina Foto-Frost*); o lo que es igual, el juicio de negativo de constitucionalidad de las leyes queda reservado al TC, de la misma manera que el juicio negativo de validez de las normas de la Unión queda reservado al TJUE.

Las singularidades afloran de nuevo, y con mayor intensidad, en relación con la cuestión prejudicial de *interpretación*, sin parangón en el ordenamiento jurídico español.

Pese a que, con carácter general, puede afirmarse que dicho incidente procesal no tiene por objeto el control de normas, lo cierto es que tal afirmación debe matizarse de inmediato, en el sentido de que constituye, en muchas ocasiones, una vía de control *indirecto* de normas no europeas, sino *nacionales*.

En efecto, aunque el artículo 267 TFUE parece circunscribir la cuestión prejudicial a la existencia de una duda que surja con relación a la interpretación del Derecho europeo, abstracción hecha, pues, del Derecho nacional, desde los mismos orígenes de la Unión pudo constatar que dicho mecanismo era con frecuencia activado en un contexto de conflicto entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, de manera que la pretensión del juez remitente a través de la cuestión prejudicial era, en definitiva, obtener de Luxemburgo una respuesta a los efectos de poder resolver el mencionado conflicto.

Ello condujo, en la práctica, a que buena parte de las cuestiones prejudiciales se asemejen, desde la perspectiva del control judicial europeo sobre el Derecho nacional, a las acciones por incumplimiento, siendo usuales sentencias dictadas en el marco del 267

TFUE en las que el TJUE, sin referirse abiertamente a la concreta normativa nacional²³, realiza indirectamente, sin embargo, un juicio de compatibilidad entre la misma y las disposiciones europeas cuya interpretación se le solicita²⁴.

Y es precisamente esta extrapolación, bendecida por el TJUE²⁵, del radio de acción de la cuestión prejudicial de interpretación, más allá de su ámbito natural (el estrictamente europeo), al perímetro nacional, el que va a servir al TC para llevar a cabo su antes mencionada aproximación o paralelismo entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad en el contexto del sistema español de fuentes, y de control de dicho sistema desde el prisma de la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24 CE.

El trasfondo del discurso del TC vendría a ser el siguiente:

- 1) La *ley* ocupa un lugar preeminente en nuestro sistema de fuentes al ser “la expresión de la voluntad popular” y “principio básico del sistema democrático parlamentario hoy vigente en España”.
- 2) Tal preeminencia ha resultado matizada, que no eliminada, como consecuencia de la interacción de nuestro sistema de fuentes con el de la Unión.
- 3) En lo que al control judicial se refiere, la matización se ha traducido en las facultades de inaplicación por el juez ordinario de la ley contraria al Derecho de la Unión.

²³ O incluso haciéndolo, trasladando al fallo, “con nombre y apellidos”, la legislación nacional incompatible con el Derecho de la Unión. Es el caso, por ejemplo, del *asunto Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, resuelto por Sentencia de 1 de abril de 2008 (C-212/06), en cuyo punto 2) del fallo puede leerse: “Los artículos 39 CE y 43 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de una entidad federada de un Estado miembro, como la que regula el seguro de asistencia instituido por la Comunidad Flamenca de Bélgica mediante el citado Decreto de 30 de marzo de 1999, en su versión resultante del Decreto del Parlamento flamenco de 30 de abril de 2004, que limita la afiliación a un régimen de seguridad social y el beneficio de las prestaciones previstas en él a quienes o bien residen en el territorio en el que tiene competencia dicha entidad, o bien ejercen en dicho territorio una actividad profesional pero residen en otro Estado miembro, en la medida en que dicha limitación afecte a nacionales de otros Estados miembros o a nacionales de dicho Estado que hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad Europea”.

²⁴ De hecho y desde una perspectiva procedimental, el TJUE no ha dudado en algunos casos en acumular acciones por incumplimiento con cuestiones prejudiciales a los efectos de las Conclusiones del Abogado General o del juicio oral, como en los *asuntos Rewe (278/82)* y *Comisión v. Alemania (325/82)*, resueltos por sendas Sentencias de 14 de febrero de 1984, o en los *asuntos Factortame (C-221/89)* y *Comisión v. Reino Unido (C-246/89)*, resueltos, respectivamente, por Sentencias de 25 de julio y 4 de octubre de 1991.

²⁵ Ya en el *asunto Van Gend & Loos (1963)*, el TJUE abonaría el terreno para una máxima explotación de las posibilidades que abría el entonces artículo 177 (actual 267 TFUE) con relación a los incumplimientos de los Estados miembros, al afirmar que “la vigilancia de los individuos afectados en orden a proteger sus derechos equivale a una efectiva supervisión que se suma a la confiada por los artículos 169 y 170 [actuales 258 y 259 TFUE] a la diligencia de la Comisión y de los Estados miembros”.

Y al año siguiente, en el *asunto Flaminio Costa (1964)*, preguntado directa y frontalmente por el juez remitente acerca de la compatibilidad entre determinada legislación italiana y el Tratado CEE, el TJUE admitiría la cuestión prejudicial, consagrando una aproximación a la cuestión prejudicial que aparecerá reiteradamente en su jurisprudencia posterior, a saber, que aunque dicho precepto no le permite decidir sobre la interpretación, alcance o validez del Derecho nacional en su relación con el europeo, pronunciamiento éste circunscrito al marco de la acción por incumplimiento, el TJUE sí tiene competencia para deducir de las cuestiones prejudiciales planteadas aquellos elementos que entran en el ámbito de interpretación del Derecho europeo con el propósito de permitir al juez nacional resolver el problema jurídico al que se enfrenta, o para permitirle apreciar los efectos de la normativa nacional, o, en fin, para apreciar sin más la conformidad de la legislación nacional con la europea.

4) Pero lo anterior no hace desaparecer la naturaleza de la ley en cuanto elemento clave del sistema democrático, lo que exige mantener, al máximo posible, el sometimiento del juez ordinario a los mecanismos de control establecidos, tanto más si el resultado de dicho control conduce a la inaplicación de aquélla.

5) Tal “máximo posible” ha de reflejarse en el uso con el máximo rigor de la vía indirecta de control de la ley que proporciona la cuestión prejudicial de interpretación.

6) De la misma manera que el artículo 24 CE es pieza idónea para velar por los mecanismos de control judicial sobre la ley en términos constitucionales, también debe serlo para velar por el respeto de los mecanismos de control judicial sobre la ley en términos europeos.

7) Si los mecanismos de control judicial sobre la ley en términos europeos pasa, en el caso concreto, por el planteamiento obligatorio de la cuestión prejudicial de interpretación (siempre según las condiciones que deriven del propio Derecho europeo), la vulneración de tal obligación, con resultado de inaplicación de la ley por contraria al Derecho de la Unión, conlleva la vulneración de la tutela judicial efectiva (de la misma manera que la vulneración del mecanismo de control sobre la ley en términos puramente internos, con resultado de inaplicación de la ley por inconstitucional, implica también vulneración de la tutela judicial efectiva).

Ahora bien, este discurso, predicable frente a la *ley* (dada su posición, se reitera, en nuestro sistema de fuentes), no podría extenderse frente al *reglamento*.

Ello explicaría la primera variante a la que antes me refería, según la cual no creo que el TC esté dispuesto a admitir como vulneración de la tutela judicial efectiva, en su manifestación de *derecho a un proceso con todas las garantías*, la inaplicación de una norma de rango reglamentario, por contradicción con el Derecho de la Unión, mediando ausencia de planteamiento de la cuestión prejudicial siendo ésta *procedente*. Sí creo, en cambio, que estaría dispuesto a admitir la posibilidad de una vulneración de dicha tutela, en su manifestación de *derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho*; en cuyo caso afloraría una segunda variante (*consecuencia, de nuevo, de la distinta naturaleza, legal o reglamentaria, de la norma en juego*), referida al grado o nivel de control sobre la motivación.

En efecto, opino que cuando el resultado de la resolución cuyo amparo se pretende consista en la inaplicación de una norma de rango reglamentario, por contradicción con el Derecho de la Unión, el nivel o grado de su control por el TC diferiría del ejercitado en el contexto de la inaplicación de una norma con rango legal, también por contradicción con el Derecho de la Unión: mientras que en este último supuesto, el control del juez constitucional sobre la motivación del juez ordinario, como señalé, parece destinado a ser ejercitado con rigor mediando ausencia de planteamiento de la cuestión prejudicial siendo ésta *improcedente* o, conviene añadir ahora, *facultativa*²⁶, en el supuesto de inaplicaciones de normas reglamentarias no creo que el TC vaya a mantener, al menos por el momento, el mismo nivel o grado de rigor en el ejercicio de su control, ni siquiera en el supuesto de que tales inaplicaciones hayan tenido lugar

²⁶ Pues siendo *procedente*, ya vimos que bien no sería necesario entrar en la motivación al bastar su consideración como vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, bien la falta de planteamiento se identificaría, *per se*, con una vulneración del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho.

mediando vulneración del artículo 267 TFUE, esto es, mediando ausencia de planteamiento de la cuestión prejudicial siendo ésta *procedente*²⁷; o lo que es igual, creo que el TC tenderá a rebajarlo, en el sentido de otorgar una mayor deferencia al juez ordinario al examinar su motivación²⁸ (habida cuenta de sus plenas facultades internas de control sobre el reglamento²⁹ que, vuelvo a insistir, no tendrían reflejo en el terreno del control sobre la ley³⁰).

* * *

Mi previsión en relación con las inaplicaciones de normas reglamentarias por el juez ordinario, por contradicción con el Derecho de la Unión Europea (esto es, la limitación del control del TC, sobre la base del artículo 24 CE, a la motivación del juez ordinario, presidido dicho control por la deferencia en los términos recién expuestos), vale también en relación con los supuestos de *aplicación del Derecho interno, de rango tanto legal como reglamentario*, sobre la base de normas europeas, así como de *aplicaciones directas del propio Derecho de la Unión*, al margen de posibles interacciones de éste con normas internas³¹.

No debería suceder lo mismo, en cambio y para finalizar, en relación con los supuestos de *inaplicaciones del Derecho de la Unión sobre la base del propio Derecho de la Unión o*, con mayor razón si cabe, *sobre la base del Derecho interno*³².

²⁷ Lo que supone pronosticar que menor aún será dicho nivel o grado de rigor en el supuesto de inaplicaciones reglamentarias supuestamente arbitrarias, irrazonables o fruto de un error patente, en un contexto de improcedencia o de mera facultad en la activación de la cuestión prejudicial.

²⁸ Esto es, exigiendo en todo caso la presencia de arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o error patente para admitir la vulneración de la tutela judicial efectiva en su manifestación de *derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho*, creo que el TC tenderá, en la práctica, a ser más meticuloso en el ejercicio de su control, o lo que es igual, menos permisivo, con los pronunciamientos que desemboquen en la inaplicación de una ley, que con los que desemboquen en la inaplicación de un reglamento.

Por ejemplificar mi pronóstico: en un caso similar al de autos de la STC 194/2006, abstracción hecha de la materia tributaria y la reserva de ley, no estoy seguro de que el TC, tratándose de una norma reglamentaria, estimara el amparo por vulneración del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho. En cambio, tengo la firme convicción de que lo estimaría tratándose de una norma de rango legal (que es lo que debería haber hecho la STC 194/2006 a la luz del razonamiento de la STC 78/2010, de no mediar, como medió en el caso, ausencia de titularidad del derecho en cuestión).

²⁹ “Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa” (artículo 6 LOPJ).

³⁰ Presidido por el principio de sujeción de los jueces al imperio de la ley (artículo 117 CE).

³¹ Por ejemplo, aplicaciones directas de Reglamentos europeos (o de Directivas en ausencia de transposición interna).

³² Habida cuenta de que en este caso la inaplicación de la norma europea, cuando menos la de naturaleza derivada, no sólo pondría en tela juicio la primacía misma del Derecho de la Unión proclamada hace casi medio siglo por Luxemburgo, sino incluso la doctrina del TC sentada en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre (emitida con ocasión de la ratificación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa), según la cual “producida la integración debe destacarse que *la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado* cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos”. Al margen del análisis dejo el singular problema de las normas europeas dictadas en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común, entre otras razones porque dicho marco no prevé, en principio, el mecanismo de la cuestión prejudicial, cuya vinculación con el artículo 24 CE ha constituido

Y es que, en efecto, el trasfondo del discurso sobre la ley, en el contexto que venimos analizando, parece que debería extenderse a las normas europeas, en la medida en que prevalecen sobre aquélla (más allá del posible debate en torno a la mayor o menor legitimidad democrática del Derecho de la Unión). Lo que desembocaría en la necesidad de asumir que cualquier inaplicación por el juez español de una norma europea, sin mediar cuestión prejudicial de validez como impone la *doctrina Foto-Frost*³³, implicaría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE, en su manifestación de *derecho a un proceso con todas las garantías* (e incluso, de mediar la identificación a la que me referí en su momento, del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de *derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho*).

el objetivo del presente comentario dedicado con el mayor de los afectos, con motivo de su jubilación, a mi querido Maestro y amigo Tomás-Ramón Fernández.

³³ En virtud de la cual, en presencia de una duda objetiva acerca de la validez del Derecho europeo, el órgano jurisdiccional nacional cuya decisión no es susceptible de ulterior recurso de Derecho interno está en todo caso obligado a plantear la cuestión al TJUE en los mismos términos que debe hacerlo si la duda es interpretativa, mientras que los órganos cuyas decisiones son recurribles, pueden resolver aquélla por su propia autoridad, siempre que sea en términos positivos, no negativos, de validez. Y en ausencia de duda objetiva, ambos tipos de órganos sólo podrán, por su propia autoridad, fallar en términos positivos, pues los juicios negativos son monopolio del TJUE, llamado a pronunciarse a través de la correspondiente cuestión prejudicial; monopolio que se mantiene, aclararía el *asunto Gaston Schul* resuelto por Sentencia de 6 de diciembre de 2005 (C-459/2003), aun cuando Luxemburgo “ya haya declarado inválidas disposiciones equivalentes de [otra norma europea] comparable”.