



Erasmus+



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA

**El Tribunal Constitucional español, ¿juez nacional de última instancia del Derecho de la Unión Europea?:
Un *Amicus Curiae* ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo**

WP IDEIR n° 36 (2020)

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

© Isaac Ibáñez Martín 2020

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.

El Tribunal Constitucional español, ¿juez nacional de última instancia del Derecho de la Unión Europea?: Un Amicus Curiae ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo

Isaac Ibáñez García*

I. Introducción. II. *Amicus Curiae* ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. III. Exposición ante la Comisión Europea y respuesta de la misma. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

* Abogado.

I. INTRODUCCIÓN

En la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (STC 37/2019, de 26 de marzo), publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) nº 99, del 25 de abril de 2019, se decide:

“Otorgar el amparo solicitado por la Administración General del Estado y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerado el derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular la sentencia de 24 de octubre de 2016, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y el auto de 14 de diciembre de 2016, de la misma Sala y Sección, por el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la referida sentencia.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia, para que el indicado órgano judicial dicte nueva resolución que sea respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, en los términos expresados en el fundamento jurídico sexto de esta resolución”.

Como ha recordado Martín Rebollo (2016), hay “una larga y compleja polémica acerca de los poderes del juez nacional y los supuestos en los que debe o puede plantear la cuestión prejudicial; una polémica que ha tenido y tiene altibajos, interpretaciones no siempre coincidentes entre los tribunales nacionales —incluidos los Tribunales Constitucionales— y el Tribunal de Justicia de la Unión. Se trata de una polémica que, más allá de sus aspectos técnicos y procesales que pueden oscurecer el verdadero problema, suscita un debate de interés sobre la propia Unión y la posición de los jueces nacionales en la medida en que, en efecto, lo que se suscita en el fondo es la consideración inequívoca del juez nacional como juez del sistema judicial europeo, de la misma manera que el legislador o las Administraciones internas forman parte del sistema político y administrativo europeo en lo que concierne al ámbito de las materias en las que la Unión posee competencias. O, dicho de otra manera, hay que observar esta cuestión más allá de sus inevitables aspectos técnicos para destacar que lo que subyace en la polémica es, como digo, la consideración de un espacio judicial europeo al servicio del propio derecho europeo y de su interpretación homogénea y común. Una tarea hercúlea, desde luego, para la que se precisan al menos dos cosas: un conocimiento razonablemente preciso del derecho europeo y aun de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, además, unas reglas razonablemente claras acerca de **las dos cuestiones más importantes implicadas: cuándo el juez tiene o puede plantear la cuestión prejudicial y cuando puede simplemente inaplicar la norma interna dando prioridad al derecho europeo sin necesidad de plantear la cuestión para no colapsar el Tribunal y hacer inviable —por éxito— el objetivo unificador pretendido**”. No obstante, parece que no está de más recordar, como hace Margellos (2018), que “como todos sabemos, el Tratado de la Unión Europea confía la tutela judicial de los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión a las jurisdicciones nacionales y, al mismo tiempo, a una jurisdicción centralizada, llamada Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”

Para Alonso García (2014; 2018), “en cuanto al ordenamiento jurídico español, **y en espera de lo que en un futuro nos pudiera deparar una posible doctrina del Tribunal Constitucional al respecto**, creo indiscutible que en aquellos supuestos en los que el juez ordinario considere, fuera de toda duda razonable, que la ley aplicable al litigio es contraria al Derecho de la Unión, resultaría improcedente activar la cuestión de inconstitucionalidad; como también resultaría en

tal caso improcedente, no ya porque yo lo crea, sino porque así lo ha declarado, como veremos, el Tribunal de Justicia, imponerle la activación de la cuestión prejudicial como *conditio sine qua non* para inaplicar la ley... Así, encontramos pronunciamientos relativamente recientes del Tribunal de Justicia aclarando a los más Altos Tribunales nacionales, por ejemplo, que «la facultad 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 que estime contraria a la Constitución sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional». Y me refiero a «los más Altos Tribunales nacionales» porque tal aclaración, aun dirigida por el Tribunal de Justicia al Tribunal Regional Superior de Trabajo de Düsseldorf, que fue el órgano jurisdiccional remitente en el asunto *Kükükdeveci* de donde está tomado el fundamento jurídico recién transcrito, podría también considerarse dirigida a nuestro Tribunal Constitucional, habida cuenta de que exactamente esa transformación de la facultad en obligación de plantear la cuestión prejudicial, considerada incompatible con el Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia, era la que se desprendía por aquel entonces de la doctrina sentada por la Sala Segunda en su Sentencia 194/2006, de 19 de junio, posteriormente rectificada por el Pleno, de manera expresa, en su Sentencia 78/2010, de 20 de octubre (sin traer a colación, por cierto, el asunto *Kükükdeveci*)”.

Posteriormente, Alonso García (2020), refiriéndose a la STC *plenaria* 37/2019, y citando el asunto *Kükükdeveci*, advierte que hay que descartar “una lectura de tal doctrina, por contraria al derecho de la Unión, tendente a someter al juez a una **certeza absoluta** acerca de la incompatibilidad de la ley con el derecho de la Unión para proceder a su inaplicación, en el sentido de imponerle unas exigencias ex art. 267 TFUE más allá de las derivadas del propio precepto interpretado conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. Este autor señala que “**el TC parece dispuesto a seguir estrechando el cerco sobre el juez ordinario, por la vía del amparo, en el contexto de inaplicaciones de leyes por contrarias al derecho de la Unión**”. Dicho *estrechamiento del cerco* a nosotros nos parece contrario al Derecho de la UE y de la jurisprudencia del TJUE cuando se pone en comparación al parámetro menos elevado que el TC exige cuando el juez ordinario deja de plantear la cuestión prejudicial y aplica una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión.

Según Conde-Pumpido Tourón (2019), “la tarea pendiente del Tribunal Constitucional (es):

- 1º) En primer lugar, interiorizar él mismo plenamente el significado constitucional de la cuestión prejudicial europea;
- 2º) En segundo lugar, orientar a los órganos judiciales españoles sobre la importancia del deber de reenvío prejudicial;
- 3º) En tercer lugar, construir un canon de control ajustado a su relevancia y significado, y
- 4º) Aplicar este canon tanto en los supuestos en que los Tribunales internos se aparten conscientemente de una interpretación ya aclarada mediante sentencia del TJUE, como en los supuestos en los que se omita la formulación de una cuestión calificando de acto claro la aplicación de normas de Derecho de la Unión cuya interpretación no es manifiestamente evidente, o calificando de acto aclarado un supuesto sobre el que todavía no se ha pronunciado expresamente el TJUE”.

Para este autor, “el Tribunal Constitucional está obligado a garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos de aplicación del Derecho de la Unión, aplicando un **canon de control más exigente**, que no se limite a comprobar que las negativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales estén razonadas, sino también que respeten la primacía del Derecho de la Unión y se adopten conforme a los parámetros jurisprudenciales establecidos por el Tribunal de Justicia, es decir, aplicando expresamente los criterios de la doctrina *Cilfit*”.

Nos preguntamos si dicho **canon de control más exigente**, ¿debe aplicarse exclusivamente cuando se inaplique la ley nacional sin plantear previamente la cuestión prejudicial?, o ¿debe aplicarse también cuando se aplique la ley nacional cuestionada sin haberse planteado la cuestión prejudicial?

En la misma *línea dura* de pensamiento, la de incrementar el control por el Tribunal Constitucional nacional del ejercicio de la función jurisdiccional ordinaria en la aplicación del Derecho de la UE, se inscribe la documentada opinión de Arzo Santisteban (2020), que defiende “la ampliación del escrutinio que realiza el Tribunal Constitucional cuando controla las decisiones judiciales que eluden el preceptivo reenvío prejudicial”. Este autor entiende que “cuando otros tribunales europeos (ya sean constitucionales o internacionales) reconocen la relevancia jurídica iusfundamental de la infracción del deber de reenvío prejudicial, no lo hacen por el prurito de convertirse en guardianes de la correcta aplicación por los órganos judiciales nacionales del régimen jurídico de la cuestión prejudicial o del entero Derecho de la Unión, **sino para garantizar el derecho básico de los ciudadanos bajo su jurisdicción a que las normas del ordenamiento jurídico de procedencia de la Unión Europea sean interpretadas de forma definitiva por el único órgano competente para ello según el art. 267 TFUE**, regla de competencia que *ex Constitutione* forma parte también del ordenamiento jurídico interno y que, por tanto, vincula inexcusablemente al aplicador judicial del Derecho y a quien debe velar específicamente por la supremacía de la Constitución”.

Según Arroyo Jiménez (2016), “el problema del manejo de la cuestión prejudicial de interpretación por parte de los jueces y tribunales remite a la correcta interpretación y aplicación de una norma procesal y, por tanto,

- **ha de enjuiciarse con carácter general a través del derecho a obtener una resolución motivada** (art. 24.1 CE),
- **a no ser que la falta de promoción de una cuestión prejudicial de interpretación preceptiva vaya acompañada de la inaplicación de una ley interna**, en cuyo caso la resolución impugnada infringirá el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Nuestra doctrina constitucional debería mantenerse en su criterio y limitarse a realizar un control externo de la interpretación y aplicación judicial del art. 267 TFUE. **El Tribunal Constitucional no puede convertirse en el guardián de la correcta aplicación por los órganos judiciales españoles del régimen de la cuestión prejudicial definido por el Derecho de la Unión**. Su papel en tal sentido ha de limitarse a depurar aquellos casos en los que el órgano judicial, además de interpretar y aplicar incorrectamente la legislación europea, vulnera al hacerlo algún derecho fundamental sustantivo o alguna de las normas que él mismo ha adscrito al art. 24 CE.

El canon de control que se deriva del art. 24.1 CE es, pese a todo, más intenso que el que aplica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los mismos casos. En su criterio la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia sólo vulnera el art. 6 CEDH cuando es arbitraria, en el sentido de que la resolución simplemente carece de motivación en relación con ese problema en particular. Así, en el reciente asunto *Schipani c. Italia*, se declara la vulneración del art. 6 CEDH porque “*la motivación de la resolución controvertida no permite saber si la cuestión se consideró improcedente o relativa a una disposición clara o ya interpretada por el Tribunal de Justicia o si simplemente fue ignorada*”.

Para Teruel Lozano (2015), “únicamente revestirán relevancia constitucional, por su afectación al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, aquellos supuestos en los que el órgano judicial no hubiera planteado la cuestión prejudicial siendo evidente que existía una duda, cuando fuera patente que la solución no era clara ni estaba aclarada. Algo que, en definitiva, supone **un grave defecto de motivación reconducible a las ideas de arbitrariedad y de insuficiencia de fundamentación**¹... Es cierto que el Tribunal Constitucional no puede convertirse en un juez de última instancia —para eso, además, ahora cuenta con el requisito de la especial trascendencia constitucional en la admisión de los amparos—, y tampoco es su función la de velar por la recta aplicación del Derecho europeo; pero sí que es el garante último de la Constitución y de los derechos en ella reconocidos. Y, como acaba de señalarse, en los casos más graves la incorrecta aplicación del sistema de fuentes, incluyendo los instrumentos y fuentes nacionales y europeas, puede conllevar la violación de derechos constitucionales”.

Refiriéndose a la STC 37/2019, que aquí comentamos, Soldevilla Fragoso (2019) señala que la misma “ha supuesto un fuerte aldabonazo en defensa de la aplicación uniforme de la legislación europea en España. La problemática abordada por el Tribunal Constitucional es inédita y se refiere a la posibilidad de que el mismo pueda perfilar el canon constitucional del control de determinadas decisiones judiciales aplicativas del derecho europeo. En concreto se trata de aquellas que, no siendo susceptibles de ulterior recurso ordinario según el Derecho interno, dejan de aplicar una ley nacional por entender que es incompatible con el Derecho de la Unión Europea, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Todo ello, y esta es la principal novedad, mediante una deficiente aplicación de la doctrina del acto aclarado. En este contexto, el Tribunal Constitucional decide controlar el razonamiento del juzgador ordinario desde la óptica del artículo 24.2 de la Constitución en su manifestación del derecho al proceso debido”. Este autor desgana el voto particular del Magistrado Ollero Tassara que considera, acertadamente a nuestro juicio, que la **doctrina del doble canon**, instaurada por esta STC, es rechazable por dos razones: “La primera porque aplica de forma inconsistente la doctrina *Cilfit* ya que ésta tiene por finalidad garantizar la aplicación uniforme del derecho europeo, mientras que la sentencia del Tribunal Constitucional la invoca para garantizar la aplicación de la ley española.

La segunda, porque el canon estricto de control constitucionalidad que propugna aboca al Tribunal Constitucional a interpretar cuestiones de mera legalidad invadiendo la competencia de los jueces ordinarios, que son los únicos competentes para decidir si debe plantearse una cuestión prejudicial. La competencia del Tribunal Constitucional debe limitarse a verificar que la referida decisión judicial no es irrazonable, manifiestamente infundada o fruto de un error patente.

¹ En estos parámetros parece moverse la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo). Vid. Alonso García (2018).

La doctrina del doble canon conduce al Tribunal Constitucional a analizar la jurisprudencia y la legalidad ordinarias (nacional y europea) a fin de valorar si la formulación de la cuestión prejudicial es procedente o improcedente. En definitiva, acaba actuando como última instancia, en cuyo caso le correspondería a él —con arreglo al Derecho europeo— y no al Tribunal Supremo, formular la cuestión prejudicial”.

Para Soldevilla (2019), “la cuestión verdaderamente relevante y preocupante no es tanto si la corrección de la actuación irregular de los tribunales nacionales debe venir de la mano de los Tribunales Constitucionales o no, sino de que aquellos cumplan con la obligación de garantizar la aplicación uniforme del derecho europeo. **Los Estados cuyos tribunales no apliquen el derecho de la Unión y no adopten medidas internas para corregir esta anomalía, se enfrentan a la reacción de la Comisión europea por la vía del recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia y ante eventuales reclamaciones de responsabilidad patrimonial ante sus propios órganos jurisdiccionales**”.

Mediante Auto de 9 de julio de 2019² la Sección 3ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo interpone cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los siguientes términos:

“A/ Plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, formulando las siguientes preguntas:

1/ Si, de acuerdo con la doctrina establecida por ese Tribunal de Justicia -entre otras, en sus sentencias de 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08, *Federulity*) y sentencia de 7 de septiembre de 2016 (Asunto C121/15, *Anode*)- resulta compatible con las exigencias establecidas en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE una regulación nacional -como la establecida en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, desarrollado luego en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre - en la que la financiación del bono social se hace recaer sobre determinados agentes del sistema eléctrico - las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica -, siendo así que algunos de esos sujetos obligados tienen muy escaso peso específico en el conjunto del sector, quedando en cambio eximidos de dicha carga otras entidades o grupos empresariales que pueden estar en mejores condiciones para asumir aquel coste, sea por su volumen de negocios, por su importancia relativa en alguno de los sectores de actividad o porque desarrollan simultáneamente y de forma integrada dos de aquellas actividades.

2/ Si resulta o no compatible con la exigencia de proporcionalidad establecida en el citado artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE una regulación nacional de la que resulta que la obligación de financiación del bono social no se establece

² Este Auto cuenta con un voto particular discrepante del Magistrado Bandrés Sánchez-Cruzat, que defiende la STC 37/2019 y termina diciendo que “En último término, debo manifestar que la valoración de la necesidad y pertinencia de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con carácter previo a emitir el fallo que resuelva el litigio, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que debe asumir esa responsabilidad para tratar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie sobre una cuestión relativa a la aplicación e interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión Europea, con el valor y la autoridad de cosa interpretada, a los efectos de garantizar la unidad y aplicabilidad del Derecho europeo. Pero ello, no excluye que el Tribunal Constitucional, en su función de garante de los derechos fundamentales, preserve la regularidad del proceso seguido en la instancia interna siguiendo las pautas establecidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la doctrina del acto claro y del acto aclarado”.

con carácter excepcional, ni con un alcance temporal limitado, sino de forma indefinida y sin retorno ni medida compensatoria alguna”.

En el Fundamento de Derecho Cuarto puede leerse que:

“Podría plantearse la posibilidad de que este Tribunal Supremo dictase nueva sentencia en la que se expusieran de manera más pormenorizada las razones que nos llevaron a considerar que, sin necesidad de plantear cuestión prejudicial, la norma española debe ser inaplicada en virtud del principio de primacía del derecho comunitario por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE. Sin embargo, no nos parece procedente hacer tal cosa pues las razones que nos llevaron a inaplicar la norma legal interna las expusimos ya de forma suficiente a juicio de esta Sala en la sentencia de 2012 y en la ahora anulada por el Tribunal Constitucional, sin que contemplemos ahora la posibilidad de añadidos argumentales sustanciales. Por lo demás, los términos en que el Tribunal Constitucional ha formulado su pronunciamiento permiten preguntarse si la nueva sentencia que dictásemos daría satisfacción a sus objeciones. De esta manera, en la hipótesis de que optásemos por dictar ahora una nueva sentencia y la Administración demandada plantease contra ella un nuevo recurso de amparo, bien podría suceder que el Tribunal Constitucional dictase un pronunciamiento similar, con serio quebranto del derecho de los litigantes a una tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas”.

En sus alegaciones previas al planteamiento de la cuestión prejudicial, la representación de Endesa, S.A. pidió en su escrito que el Tribunal Supremo:

“1. Dicte sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el TJUE, mediante la inaplicación del artículo 45.4 de la LSE al amparo de la doctrina del *"acto claro"*³.

2. Subsidiariamente y de conformidad con lo expuesto en la Alegación Tercera, plantee ante el TJUE cuestión prejudicial relativa a la interpretación que debe darse al artículo 267 del TFUE, a la jurisprudencia del propio TJUE en relación con los requisitos para la aplicación de la doctrina del *"acto aclarado"* y a los principios de primacía e interpretación uniforme del Derecho de la Unión, de efectividad y de equivalencia, todo ello en relación con la doctrina establecida por la STC 37/2019⁴.

³ En el Fundamento de Derecho Cuarto se motiva la razón por la que no se atiende esta pretensión.

⁴ El Auto no motiva la razón por la que no atiende esta pretensión.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del TS, Sentencia núm. 1.782/2018, de fecha 17/12/2018, declara, sobre la necesaria motivación:

“NOVENO. **Doctrina jurisprudencial que se fija** y su aplicación al presente litigio.

.../...

Cuando en un litigio se plantea una duda sobre la eventual contradicción de una norma nacional con el derecho de la Unión Europea, el tribunal, aun cuando no sea la última instancia, está obligado a motivar las razones por las que no aprecia contradicción entre la norma nacional y la comunitaria invocada y por la que no considera necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial al entender aplicable la doctrina del acto claro o del acto aclarado. Y a tal efecto no basta con invocar la doctrina del acto claro sin expresar las

3. Subsidiariamente y de conformidad con lo expuesto en la Alegación Cuarta, planteo ante el TJUE cuestión prejudicial sobre el fondo del asunto”.

Dado el alcance de la cuestión prejudicial planteada y la inhibición de la Sala Tercera a plantear cuestión prejudicial relativa a la interpretación que debe darse al artículo 267 del TFUE, a la jurisprudencia del propio TJUE en relación con los requisitos para la aplicación de la doctrina del "*acto aclarado*" y a los principios de primacía e interpretación uniforme del Derecho de la Unión, de efectividad y de equivalencia, ¿es conforme, por tanto, el Tribunal Supremo –y especialmente su Sala Tercera- con el fallo de la STC 37/2019 y con la fundamentación jurídica que lleva al mismo?

Por último, parece que el Tribunal Constitucional pudiera confundir la competencia y jurisdicción del juez nacional ordinario para inaplicar la ley interna contraria al Derecho de la UE, con su monopolio para la depuración del ordenamiento interno en caso de leyes postconstitucionales que pudieran resultar contrarias a la Constitución. Así, según el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 77/2013, de 21 de octubre. BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2013):

“8. En consecuencia, conforme con la doctrina constitucional expuesta sobre el control de constitucionalidad de las leyes postconstitucionales debemos concluir que la Sentencia impugnada, ‘por más que pueda resultar aparente o formalmente motivada’ (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 7) no es una resolución fundada en Derecho, porque el órgano judicial incurrió en **exceso de jurisdicción ex art. 163 CE** y concordantes sobre el control de leyes, que además resultó lesiva de las garantías del proceso debido y que provocó indefensión de la recurrente en amparo. El órgano judicial inaplicó una ley postconstitucional vigente sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad y lo fundamentó en la aplicación de la cláusula de prevalencia del Derecho estatal *ex art. 149.3 CE*, con un entendimiento de la misma que no resulta conforme con la doctrina constitucional, tal y como ha quedado expuesta.

En el caso de autos ‘habiendo preterido el órgano judicial el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar el art. 163 CE como por desconocer la eficacia de una norma legal plenamente vigente, ha violado una de las garantías que integran el contenido del proceso debido. Y además ha colocado, por ello, a la recurrente en amparo en situación de efectiva indefensión pues ni tuvo oportunidad u ocasión de prever, dado el sometimiento judicial al imperio de la ley, tal preterición del sistema de fuentes, ni pudo hacer uso del

razones por las que considera que la interpretación de la norma comunitaria es clara, no da lugar a una duda razonable, y no es contraria a la norma nacional cuestionada.

.../...

Por todo ello, **debe estimarse el recurso de casación por lo que respecta a la ausencia de motivación de las razones que le llevaron al tribunal de instancia a rechazar la contradicción de las normas legales invocadas y aplicables al caso con el derecho de la Unión, así como de las razones por las que consideró que no era necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE en aplicación de la doctrina del "acto claro"**.

Y entrando a conocer de esta cuestión, no se aprecia contradicción de la disposición transitoria 5ª de la Ley 11/2013 con el derecho de la Unión Europea ni la existencia dudas razonables sobre la interpretación que debían recibir las normas comunitarias, que exigiesen el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación.

Se confirma la sentencia de instancia en los demás extremos”.

trámite de alegaciones del art. 35 LOTC' (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 10).

Como es sabido, este Tribunal tiene declarado que los 'órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), **dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución** (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). **La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción** para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es 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.' (SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8; 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3; 173/2002, de 9 de octubre, FJ 9 y 66/2011, de 16 de mayo, FJ 6).”

En consecuencia, de conformidad con la doctrina constitucional sobre el control de constitucionalidad de las leyes que detallamos en esa STC 187/2012, de 29 de octubre, debemos declarar que las resoluciones judiciales impugnadas en este recurso de amparo han vulnerado los derechos fundamentales consagrados en los arts. 24.1 y 24.2 CE, pues quedan referidas a la misma norma autonómica y han provocado el mismo efecto inaplicativo de la disposición transitoria invocada”.

Parece evidente que el Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE no han querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley nacional ante un eventual juicio de incompatibilidad con el Derecho europeo y que la interpretación prevalente del mismo corresponde al TJUE y no al Tribunal Constitucional, pudiendo este actuar, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, únicamente en el caso de que la resolución del órgano jurisdiccional nacional adolezca de un grave defecto de motivación, o sea arbitraria o manifiestamente irrazonable, no correspondiendo al Tribunal Constitucional evaluar el acierto de la resolución en la aplicación del Derecho de la Unión Europea o, lo que es lo mismo, el acierto en la inaplicación del derecho interno, y ello, siempre, a los solos efectos de proteger el derecho fundamental (análisis *prima facie*); **pues incurriría en un exceso de jurisdicción.**

II. AMICUS CURIAE ANTE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En su Nota de Prensa del 26 de octubre de 2016⁵, el Tribunal Supremo recalcó:

“La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha declarado inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. También

⁵ “El Tribunal Supremo declara inaplicable el régimen de financiación del bono social”. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-declara-inaplicable-el-regimen-de-financiacion-del-bono-social>

declara inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo dispuesto en el artículo 45.4 de la citada ley.

.../...

“La Sala Tercera destaca que para resolver esta cuestión ha sido determinante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recogida en sentencia de 7 de septiembre de 2016 (Asunto C121/15, *Anode*) donde se interpreta el artículo 3.2 de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

Afirma que, debido a las coincidencias de lo dispuesto en el artículo 3.2 de ambas directivas, las consideraciones de esa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la intervención estatal en los precios del gas son trasladables al sector eléctrico en lo que se refiere a la necesaria observancia del principio de proporcionalidad como las relativas a la exigencia de que las obligaciones de servicio público sean claramente definidas, transparentes, no discriminatorias y controlables”.

El 5 de julio de 2019 se dirigió escrito a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en los siguientes términos:

Que, inicialmente, respecto a las resoluciones de ese Tribunal Supremo:

- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 24 de octubre de 2016 (Recurso nº 961/2014):
- Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 de diciembre de 2016 (Recurso nº 961/2014),

la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (STC 37/2019, de 26 de marzo), publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) nº 99, del 25 de abril de 2019, según la Nota Informativa del Tribunal Constitucional, nº 47/2019, del 3 de abril de 2019:

“... En la sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional no se efectúa ningún pronunciamiento sobre si el sistema de financiación del bono social entonces vigente era o no compatible con lo dispuesto en la Directiva citada, al ser esta una cuestión ajena a su cometido. Por el contrario, sí se dilucida sobre el aspecto esencial de la controversia, que consiste en resolver si el hecho de que el Tribunal Supremo dejara de aplicar una norma nacional, sin previamente plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, vulnera los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y al proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE). Ese aspecto se considera revestido de especial trascendencia constitucional en la medida, *“en que permite que este Tribunal pueda perfilar el **canon constitucional del control de las decisiones judiciales** que, no siendo susceptibles de ulterior recurso ordinario según el Derecho interno, dejan de aplicar una ley nacional por entender que es incompatible con el Derecho de la Unión Europea, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el TJUE. En el presente caso, el órgano judicial ha fundamentado su decisión en el contenido de una o varias sentencias del referido Tribunal de Justicia que, aun cuando este las considera constitutivas de un **“acto aclarado”**, sin embargo, **no se refieren específicamente a la ley inaplicada”**.*

El Pleno del Tribunal Constitucional resuelve que, en el presente caso, no resulta aplicable la doctrina del “acto aclarado” que el órgano judicial invocó para considerarse eximido de plantear cuestión prejudicial, principalmente porque *“aunque el precepto interpretado por el TJUE tuviera el mismo contenido tanto en la Directiva del sector eléctrico como en la relativa al sector del gas, no se trataba de las mismas Directivas ni del mismo sector ni los problemas abordados, respectivamente, por las sentencias Federutility y Anode y por la sentencia impugnada en este recurso son exactamente iguales. Por ello, no puede concluirse que, mediante las referidas sentencias, el TJUE hubiera aclarado una cuestión idéntica y suscitada en un caso análogo al enjuiciado por el Tribunal Supremo, que son los requisitos fijados por el TJUE para apreciar la concurrencia del “acto aclarado” y enervar la obligación que tienen los tribunales nacionales de plantear cuestión prejudicial”*.

En consecuencia, al quedar descartada la aplicación al caso de la doctrina sobre el “acto aclarado”, se estima que el órgano judicial no estaba exento de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE y, al no haberla formulado, vulneró el derecho a un proceso público con todas las garantías que reconoce el art. 24.2 CE.

La sentencia cuenta con un **voto particular** formulado por el Magistrado Andrés Ollero. En primer lugar, entiende que la Administración General del Estado no está legitimada para solicitar amparo, protección reservada a los derechos fundamentales; ya que los poderes públicos no son propiamente titulares de tales derechos. En segundo lugar, considera que el Tribunal Constitucional no debe analizar analogías y diferencias entre los asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el que tenía entre manos el Tribunal Supremo (sobre el bono social eléctrico) **porque se trata de un problema de legalidad ordinaria**. Si lo hace, explica el Magistrado, **contradice doctrina constitucional previa e incurre en incoherencia y en riesgo de invasión de la reserva de jurisdicción**. Por eso, la sentencia debió aplicar a este caso un **mero canon de razonabilidad** propio del enjuiciamiento constitucional de las resoluciones judiciales, pues sólo si las razones dadas para no formular la cuestión prejudicial fuesen arbitrarias o irrazonables podría imputarse al Tribunal Supremo la vulneración de un derecho fundamental. De lo contrario el Tribunal Constitucional se convertiría en última instancia procesal y debería formular él la cuestión prejudicial en vez de hacerla plantear al Tribunal Supremo”.

Que, posteriormente han sido dictadas otras sentencias del Tribunal Constitucional en el mismo sentido. Así:

- En el BOE nº 116, del 15 de mayo de 2019, la STC 46/2019, de 8 de abril.
- En el BOE nº 138, del 10 de junio de 2019, las STC 53/2019, 54/2019, 57/2019, 58/2019 y 59/2019, del 6 de mayo.
- Y en el Boletín Oficial del Estado del martes 25 de junio de 2019, núm. 151, aparecen publicadas otras siete sentencias del Tribunal Constitucional sobre el particular.

Que el que suscribe considera que las sentencias de ese Tribunal Supremo cuestionadas son perfectamente respetuosas con el Derecho de la Unión Europea y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que la doctrina del Tribunal Constitucional, a juicio del que suscribe errónea, trasciende las fronteras nacionales.

Que, al respecto, se permite trasladar a esa Sala Tercera el artículo, publicado el 2 de julio de 2019, en almacenederecho.org por Don Daniel Sarmiento (2019) (exletrado del TJUE y experto en el Derecho de la Unión Europea), bajo el título “*Los Tribunales Constitucionales como garantes de la obligación de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia*”.

Puede leerse, entre otras consideraciones del autor:

“El caso no es ficticio. Es el resultado de la sentencia 37/2019 del Tribunal Constitucional español, en la que se estimó un recurso de amparo basado en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva argumentando que el Tribunal Supremo debió haber planteado una cuestión prejudicial en un caso en el que el Tribunal Supremo concluyó que una ley era contraria a la Directiva. El Tribunal Constitucional lo dice con toda claridad: el Tribunal Supremo actuó indebidamente al no plantear cuestión prejudicial e inaplicar una norma con rango de ley (incluso llega a extender la doctrina a normas reglamentarias, aunque no es del todo claro que ese fuera el objetivo del Tribunal). Para el Tribunal Constitucional resulta indiferente que el Tribunal de Justicia hubiera dictado dos sentencias muy aclaratorias para resolver la cuestión y que el Tribunal Supremo tuvo en cuenta. Lo cierto es que el Tribunal Supremo inaplicó una ley y debió haber planteado cuestión prejudicial. La sentencia analiza si el acto estaba aclarado o no, pero **lo cierto es que lo analiza con tal grado de detalle que difícilmente puede considerarse que el canon de control es el que introdujo el Tribunal de Justicia en la famosa sentencia *Da Costa*. La STC 37/2019 va más lejos que el propio Tribunal de Justicia y deja escaso, por no decir nulo, margen de actuación a los tribunales de última instancia españoles que decidan inaplicar leyes.** A partir de ahora, deberán plantear cuestión prejudicial, y no porque lo diga el Derecho de la Unión, sino porque lo exige la Constitución.

Estamos ante una jurisprudencia tan dudosa como interesante que habrá que seguir de cerca, y que pone a prueba los límites de la cooperación constitucional en el marco del art. 267 TFUE. Pero es también un buen ejemplo que confirma que los Tribunales Constitucionales pueden contribuir activamente al diálogo judicial europeo. Ahora bien, si participación del alto intérprete de la Constitución en el diálogo europeo no está cuidadosamente definida, puede terminar creando serios obstáculos, e incluso dificultar y comprometer la fundamental tarea de control de legalidad que realizan los tribunales ordinarios. En ese caso, sería mejor que el guardián de la Constitución reserve sus medios a resolver problemas constitucionales, que bastantes hay en España, y no a crearlos artificialmente y (para colmo) proyectarlos sobre el plano europeo”.

Como oportunamente se pregunta este autor:

“¿un Tribunal Constitucional puede reforzar el cumplimiento del deber de plantear una cuestión prejudicial de los tribunales nacionales de última instancia? ¿Puede introducir el Tribunal Constitucional una obligación adicional a la que impone el art. 267 TFUE sobre la base de la Constitución nacional? ¿es correcto condicionar este complemento constitucional **en función del resultado al que llegue el tribunal nacional al enjuiciar la compatibilidad de la norma nacional con el Derecho de la Unión?** ¿Es adecuado imponer al tribunal nacional un deber reforzado de plantear la cuestión prejudicial sólo si llega a la conclusión de que la norma legal infringe el Derecho de la Unión sin que tenga tal deber – sin que exista un deber de hacerlo *ex constitutione* – si decide que la ley en cuestión es perfectamente conforme con el Derecho europeo? ¿No hay aquí una sutil – o quizá no tan sutil – **invitación a los tribunales de última instancia para que no declaren contrarias al Derecho de la Unión las normas nacionales con rango de ley?** Una cuestión prejudicial tarda tiempo en resolverse y puede que, en muchos casos, no sea necesaria y el tribunal nacional desee poner fin al proceso lo

más pronto posible. Si opta por considerar que la norma legal es contraria al Derecho de la Unión, tendrá que plantear la cuestión prejudicial. Si opta por el camino contrario – la ley no contraría el Derecho de la Unión – podrá poner fin al asunto inmediatamente...”

(A continuación se refirieron los argumentos que constan en la exposición presentada ante la Comisión Europea el 28 de marzo de 2019 y que referimos más adelante).

Que el que suscribe entiende que la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional trasciende las fronteras nacionales y que suscita importantes dudas, como las señaladas, que deberían resolverse por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, más allá de la cuestión de fondo tratada por ese Tribunal Supremo en las sentencias cuestionadas por el Tribunal Constitucional.

Por lo expuesto, el que suscribe,

RESPETUOSAMENTE, SUPLICA A LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO:

Que sería de interés que por la Sala Tercera del Tribunal Supremo se interpusiera una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el fin de que se clarificaran las dudas señaladas; con independencia de la que pueda interponer (en cuanto al fondo) derivada de las exigencias de la referida jurisprudencia constitucional.

Mediante Providencia de 12 de julio de 2019 de la Sección 1ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se acordó el archivo del referido escrito, “*no estando dirigido a procedimiento concreto ni siendo parte en Recurso alguno de esta Sala*”.

III. EXPOSICIÓN ANTE LA COMISIÓN EUROPEA Y RESPUESTA DE LA MISMA

El 28 de marzo de 2019⁶ se realizó la siguiente exposición a la Comisión Europea, sobre la STC 37/2019, de 26 de marzo:

La jurisprudencia (previa) del Tribunal Constitucional

En la STC 99/2015, de 25 de mayo, el Tribunal Constitucional dijo:

“3. Entrando ya en el fondo, y a la vista de los términos en que ha sido planteado el presente recurso de amparo, en primer lugar procede resolver si la decisión adoptada por el Tribunal de apelación contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su faceta relativa a la **obtención de una resolución motivada y fundada en Derecho** (art. 24.1 CE). De acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, este derecho significa: i) que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y ii) que la motivación ha de estar fundada en Derecho o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad; ahora bien, como también hemos reiterado, **el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un pretendido derecho al acierto**

⁶ Ampliada en fechas posteriores.

judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que afecte al contenido de otros derechos constitucionales distintos al de tutela judicial efectiva, de ahí que la simple discrepancia de las partes con una resolución judicial, aun fundada en otra interpretación posible de la legalidad aplicada, incluso por plausible que ésta resulte, no convierte el correspondiente razonamiento judicial en **arbitrario o manifiestamente irrazonable** ni, menos aún, obliga a este Tribunal a elegir entre las interpretaciones posibles cuál es la que debe prevalecer (por todas, STC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 5).

De manera específica, **con relación a la decisión del órgano judicial sobre el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea**, la jurisprudencia constitucional ha señalado que tal decisión corresponde, de forma exclusiva e irrevisable, al órgano judicial que resuelve el litigio, no existiendo vulneración alguna **de los derechos** garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio **y decide por ello no plantear la consulta** (STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 10). Por ello, en la STC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 6, descartamos que, en el caso allí enjuiciado, la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial por el órgano judicial pudiera lesionar el art. 24.1 CE, dado que la Sentencia recurrida se justificaba en una interpretación de la legalidad ordinaria y de la jurisprudencia aplicables en relación con la ejecución interna del Derecho de la Unión Europea, **que estaba razonada y que no resultaba manifiestamente irrazonable o arbitraria**, tratándose de una resolución judicial que no podía calificarse a primera vista como no fundada en Derecho, con independencia de su acierto o desacierto últimos, sin que correspondiera a este Tribunal entrar a examinar si otras interpretaciones también posibles debían prevalecer sobre aquella.

En resumen, y según dijimos en la STC 212/2014, “desde la perspectiva del art. 24.1 CE, el **canon de control** establecido respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no difiere del que este Tribunal ha fijado, con carácter general, para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto” (FJ 3). Consiguientemente, en relación con la temática sobre la que versa el presente recurso, **en esta instancia constitucional lo único que nos corresponde ponderar es si las resoluciones judiciales impugnadas están fundadas en Derecho y son fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria.**

4. En este juicio cabe empezar por señalar que, en su fundamentación, la Sentencia recurrida en amparo expuso los razonamientos jurídicos que le llevan a declarar que la decisión de la Administración de valorar entre los méritos la antigüedad adquirida únicamente como funcionaria de carrera —y no como interina— no contraviene la Directiva 1999/70 ni la doctrina reflejada en la STJUE de fecha 8 de septiembre de 2011. Asimismo, **implícitamente** consideró innecesario plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este criterio fue corroborado en el Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, en el que de forma explícita se afirma que el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde al órgano jurisdiccional, que no ha advertido dudas interpretativas.

En concreto, los motivos que el Tribunal de apelación aduce en su Sentencia para declarar esa adecuación a la referida Directiva y a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea citada son, en esencia, los siguientes: a) el supuesto de hecho analizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea difiere del actual, pues aquél versaba sobre un proceso de promoción interna en el que la antigüedad como funcionario de carrera no se valoraba como mérito, sino como requisito de acceso para suplir la falta de titulación; b) la existencia de razones objetivas que justifican un tratamiento diferenciado de la antigüedad, tales como el distinto nivel de exigencia en cuanto a la publicidad y méritos valorables en los procesos selectivos para el acceso como funcionarios de carrera y para la provisión de puestos definitivos, frente al exigido para nombramientos provisionales o funcionarios interinos; y c) no puede ser invalidada, como legítima política de personal, aquella que pretende incentivar a los funcionarios de carrera, valorando de manera significativa la experiencia desarrollada en esa condición y en puestos obtenidos y desempeñados con carácter definitivo.

Esta argumentación expuesta por el órgano judicial coincide en gran medida con la ofrecida en la Sentencia que fue objeto del recurso de amparo resuelto en la ya mencionada STC 212/2014, por lo que, igual que allí (FJ 4), también en el presente procedimiento cabe extraer las siguientes conclusiones en cuanto al carácter motivado y fundado de la resolución recurrida. De un lado, cabe afirmar que la Sentencia dictada por el Tribunal de apelación exterioriza adecuadamente cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión adoptada, de manera que las partes han podido conocer la posición del órgano de enjuiciamiento sobre la cuestión que ahora nos ocupa. De otro lado, abstracción hecha del juicio que merezcan las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de apelación sobre la incidencia, en el presente caso, de la doctrina recogida en la STJUE de 8 de septiembre del 2011, lo cierto es que los argumentos expuestos sobre tal cuestión **no incurren en arbitrariedad ni adolecen de falta de razonabilidad**, pues, al fin y al cabo, la referida argumentación explícita de manera suficiente las consideraciones de índole jurídica que sustentan la decisión finalmente adoptada por el órgano judicial, para quien la desestimación de lo pretendido por la demandante no contraviene lo estatuido por la Directiva 1999/70 ni la doctrina enunciada en la reiterada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. **Debemos insistir en que a este Tribunal no le corresponde pronunciarse sobre el eventual acierto de la decisión finalmente adoptada, ni tampoco alumbrar otras interpretaciones que pudieran resultar más plausibles. Los órganos judiciales son los únicos competentes, ex art. 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria.**

De manera específica, tampoco cabe admitir la queja de la demandante relativa a la insuficiencia de motivación del Auto de 14 de enero de 2014, por el que se resuelve el incidente de nulidad de actuaciones, dado que en él, de forma sucinta, pero suficiente, se explican las razones de la decisión judicial de desestimar el citado incidente.

En consecuencia, hemos de concluir que la fundamentación ofrecida por el Tribunal de apelación no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el art. 24.1 CE.

5. En conexión con la anterior conclusión, y atendiendo de nuevo a lo dicho en la reiterada STC 212/2014 (FJ 5), **también hemos de rechazar que exista vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías** (art. 24.2 CE). De acuerdo con la doctrina constitucional antes expuesta, el órgano judicial es competente para valorar la eventual aplicación de la normativa de la Unión Europea al caso concreto, de manera que si a dicho órgano no le asaltan dudas sobre ese particular, **en esta sede constitucional no cabe formular censura alguna por no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, salvo por deficiencias de motivación**. Pues bien, en el presente caso, ya se ha dicho que el Tribunal de apelación argumentó motivadamente que el hecho de no valorar en el procedimiento de promoción interna la antigüedad que la demandante consolidó como funcionaria interina no contraviene la doctrina enunciada en la STJUE de 8 de septiembre de 2011, sin que conste que dicho órgano hubiera tenido dudas sobre la necesidad de plantear cuestión prejudicial sobre ese aspecto; muy al contrario, en el Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones se afirma de manera explícita que el órgano jurisdiccional no ha advertido dudas interpretativas al respecto. Por ello, no es dable apreciar la vulneración de ninguna garantía esencial del proceso debido.

Otro tanto cumple decir respecto del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), cuya vulneración denuncia la demandante. Los argumentos hasta ahora expuestos sirven ya para desechar esa queja. Además, a mayor abundamiento y como también indicamos en la STC 212/2014 (FJ 5), no resulta ocioso traer a colación nuestra doctrina sobre el contenido y alcance del derecho fundamental enunciado, que según hemos afirmado “exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional” (por todas, STC 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 5). En atención a la doctrina expuesta, **es patente que el hecho de no haber planteado cuestión prejudicial queda extramuros de la garantía cuya lesión invoca la demandante**.

Descartadas, pues, las diferentes lesiones de los derechos fundamentales denunciadas en esta sede constitucional, procede desestimar el amparo solicitado”.

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

Refiriéndose a la situación anterior a la reforma operada en la LOPJ por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la Instrucción señala que **“en nuestro Derecho interno existía, hasta hace poco, una total orfandad en cuanto a normas de procedimiento para ordenar la tramitación del planteamiento de cuestiones prejudiciales**. En este contexto de laguna procedimental, vino siendo práctica habitual de los Tribunales y Juzgados la acomodación del mismo, por razón de analogía, a los trámites previstos para la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución y 35 LOTC), que como es notorio incluyen el traslado al Ministerio Fiscal”.

Puede leerse en la Instrucción que

⁷ https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Instruccion_1-2016%20.pdf?id-File=83772168-8cb1-4cdf-ac33-a0c94432ee25

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

Por el contrario, cabe entender que si conforme al art. 267 TFUE procede plantear obligatoriamente la cuestión prejudicial de interpretación, la vulneración de tal obligación, inaplicando la Ley por contraria al Derecho de la Unión, supondría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El TC ha explicado, **poniendo fin a las vacilaciones anteriores**, las diferencias entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial: “la cuestión de inconstitucionalidad -art. 163 CE- y la cuestión prejudicial del Derecho comunitario (...) están sujetas a regímenes jurídicos, que, en lo que ahora importa, se ajustan a exigencias diferentes: a) El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resulta imprescindible en relación con las normas legales posteriores a la Constitución si no existe la posibilidad de lograr una interpretación de ellas que acomode su sentido y aplicación a la Norma Suprema: solo mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad puede llegarse a dejar sin aplicación una norma legal posterior a la Constitución y que contradice a ésta. b) **Distinto es el régimen jurídico de la cuestión prejudicial propia del Derecho comunitario, pues la obligación de plantearla desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (...), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (...). Y es que para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria” (STC Pleno nº 1678/2010, de 20 de octubre).”**

Queda claro en la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2017 (rec.1531/2016)⁸:

“Y decimos que nuestra conclusión es aplicable con mayor razón desde esta perspectiva porque, llegado el caso y cumplidas las condiciones para ello, este Tribunal Supremo, con base en los principios de primacía y aplicación directa del Derecho de la Unión, **podría directamente inaplicar** los preceptos correspondientes del Real Decreto-Ley 8/2014, (tal como ha hecho, entre otras, en la sentencia de 7 de febrero de 2012, recurso contencioso-administrativo nº 419/2010 , sobre financiación del bono social); por cuya razón de ninguna forma podría predicarse una falta de jurisdicción de esta Sala, la cual, por lo explicado, se enfrentaría,

⁸ Comentada por Chaves García (2017).

directamente y sin intervención de otros Tribunales, con el dilema de otorgar o denegar la tutela judicial que se nos solicita”.

Como ha señalado Molina Navarrete (2017), “por lo tanto, el juez nacional español (continental), cuando estime que una Ley vulnera un derecho o un principio comunitario no sólo *no está vinculado al precedente*, sino que *está obligado a revocarlo* por sí —interpretación conforme/inaplicación de la Ley opuesta al Derecho de la Unión (doctrina del «acto claro» y del «acto aclarado»)— o con la mediación del TJUE —cuestión prejudicial—.

El Derecho de la UE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Se deduce claramente del Derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que lo interpreta:

A) Que, en primer lugar, rige el principio de primacía y su consecuencia: la inaplicación de la norma nacional (cualquiera que sea su rango) contraria al Derecho comunitario:

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 4 de diciembre de 2018 (Asunto C-378/17. *Minister for Justice and Equality*)⁹, ha reiterado que

“35... según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la primacía del Derecho de la Unión exige que **los órganos jurisdiccionales nacionales** encargados de aplicar, en el ámbito de sus respectivas competencias, las disposiciones del Derecho de la Unión tengan la obligación de garantizar la plena eficacia de tales disposiciones, **si es necesario dejando sin aplicar, en el ejercicio de su propia competencia**, cualquier disposición nacional contraria, sin instar su eliminación previa por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional y sin esperar a que se lleve a cabo tal eliminación (véase, en este sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, apartados 17, 21 y 24, y de 6 de marzo de 2018, *SEGRO* y *Horváth*, C-52/16 y C-113/16, EU:C:2018:157, apartado 46 y jurisprudencia citada).

36. Por consiguiente, es incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualesquiera prácticas, legislativas, administrativas **o judiciales**, que

⁹ Para Lozano Cutanda (2019 a) “la importancia de esta Sentencia reside en que compendia, con especial claridad y contundencia, su doctrina sobre el principio de primacía y la extensión de su efecto de poder inaplicar las leyes nacionales contrarias al Derecho de la Unión a los órganos administrativos, reconocida ya en pronunciamientos anteriores y, en nuestro Derecho, avalada por el Tribunal Constitucional (vid., la Sentencia 145/2012, que afirma que esta facultad de aplicación «se ha extendido también a las Administraciones públicas, incluidos los organismos reguladores»”.

El Tribunal de Justicia parte de la distinción entre la facultad de dejar sin aplicar en un caso concreto una norma de Derecho nacional contraria al Derecho de la Unión y la facultad de anular la norma en cuestión y de privarla de toda validez. Pues bien, la Sentencia afirma que, si bien corresponde a los Estados miembros designar los tribunales y/o instituciones competentes para esta segunda función, la primacía del Derecho de la Unión exige que el deber de excluir la aplicación del Derecho nacional contrario a Derecho comunitario no solo incumba a los jueces y tribunales, sino «también a todos los órganos del Estado —incluidas las autoridades administrativas— encargadas de aplicar, en el marco de sus respectivas competencias, el Derecho de la Unión».

tengan por efecto disminuir la eficacia del Derecho de la Unión **por el hecho de negar al juez competente para aplicar este Derecho la facultad de hacer, en el momento mismo de dicha aplicación, cuanto sea necesario para descartar las disposiciones legales nacionales que, en su caso, constituyan un obstáculo a la plena eficacia de las normas del Derecho de la Unión directamente aplicables** (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, apartado 22; de 19 de junio de 1990, *Factortame y otros*, C-213/89, EU:C:1990:257, apartado 20, y de 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, EU:C:2010:503, apartado 56).

37. Pues bien, así sucedería, en particular, en la hipótesis de un conflicto entre una disposición de Derecho de la Unión y una ley nacional, si la solución de tal conflicto quedase reservada a una autoridad **distinta del juez encargado de la aplicación del Derecho de la Unión**, investida de una **facultad de apreciación propia** (sentencia de 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, EU:C:2010:503, apartado 57 y jurisprudencia citada)".

En su Sentencia de 19 de enero de 2010 (Asunto C-555/07. *Seda Küçükdeveci*), el Tribunal de Justicia razonó que:

“55. Resulta de estas consideraciones que el juez nacional que conoce de un litigio entre particulares **no está obligado, sino que tiene la facultad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia** sobre la interpretación del principio de no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78, **antes de abstenerse de aplicar una disposición de la normativa nacional que considere contraria a dicho principio. El carácter facultativo de esta remisión** es independiente de los procedimientos que el Derecho interno imponga al juez nacional para dejar sin aplicación una disposición nacional que éste estime contraria a la Constitución.

56. A la vista de lo anterior, procede responder a la segunda cuestión que incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio entre particulares garantizar la observancia del principio de no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a este principio, **con independencia del ejercicio de la facultad de que dicho órgano jurisdiccional dispone**, en los casos previstos en el artículo 267 TFUE, párrafo segundo, de formular una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del citado principio”.

Puede ocurrir que el tribunal nacional, que tiene facultad de apreciación propia, como en este caso el Tribunal Supremo, razone (motive) en su resolución (como ocurre con la sentencia y auto referidas) la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho de la Unión Europea, sin que le quepan dudas al respecto, y por ello tome la decisión de inaplicar, sin plantear previamente la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE; pudiendo errar en su razonamiento (error de derecho o error en la selección de la norma aplicable). Pero entiendo que si dicha argumentación está motivada y no resulta ni arbitraria ni manifiestamente irrazonable, ningún derecho fundamental ha sido vulnerado. Se habrá producido una resolución judicial no conforme a derecho, como puede ocurrir con cualquier otra resolución judicial (incluso del Tribunal Supremo), pues sabido es que los jueces no son infalibles. El mismo Tribunal

Constitucional tiene sentado que **el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales** y que la simple discrepancia de las partes con una resolución judicial, aun fundada en otra interpretación posible de la legalidad aplicada, incluso por plausible que ésta resulte, no convierte el correspondiente razonamiento judicial en **arbitrario o manifiestamente irrazonable** ni, menos aún, obliga a este Tribunal a elegir entre las interpretaciones posibles cuál es la que debe prevalecer (STC 99/2015).

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no puede inferirse que el tribunal nacional que sea el máximo intérprete de los derechos fundamentales (Tribunal Constitucional), ante una resolución judicial del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria (Tribunal Supremo) que contenga una interpretación motivada, y no arbitraria o manifiestamente irrazonable, que sirva de base a la inaplicación de la ley nacional supuestamente contraria al derecho de la Unión Europea, pueda cuestionar esta interpretación y declarar vulnerado un derecho fundamental relativo a la tutela judicial; pues el Tribunal Constitucional, como tiene él mismo declarado, no es intérprete de la normativa europea. Así, entre otras, la STC 78/2010, de 20 de octubre:

“...para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, **cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria**”.

Y en la STC 194/2006, de 19 de junio:

“Y en relación con ello hay, ante todo, que recordar que, en cuanto al papel que corresponde a este Tribunal al fiscalizar si el Juez ordinario se ajustó o no al sistema legalmente previsto para el control de las leyes, hemos ya afirmado en el fundamento jurídico 11 de la citada STC 58/2004 que **no nos corresponde resolver si existía o no la pretendida contradicción entre la normativa interna y el Derecho comunitario que justificase la inaplicación de aquélla en beneficio de ésta**, sino, única y exclusivamente, si el Juez español ha adoptado su decisión inaplicativa **dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido y con todas las garantías** [art. 24.2 CE; en sentido idéntico, pero con relación al principio de igualdad, STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)”.

Principio de efectividad. Con este (nuevo) canon de control se hace muy difícil o prácticamente imposible ejercitar la facultad que tiene el juez nacional de inaplicar la norma interna contraria al Derecho comunitario.

B) Que, en segundo lugar, si al juez nacional le surgen dudas acerca del significado y alcance del Derecho de la Unión Europea, en unos casos puede y en otros se le impone el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, salvo que sean de aplicación las doctrinas del “acto claro” o del “acto aclarado”:

En efecto, el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, impone la obligación de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia a todo “*órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso de Derecho interno*”¹⁰.

¹⁰ Otra cuestión es la obligación que tiene cualquier órgano jurisdiccional nacional, cuando se le solicita o sugiere por una de las partes del proceso el planteamiento de la cuestión prejudicial, de motivar adecuadamente su decisión de no plantearla. Puede verse: Ibáñez García (2011).

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha elaborado dos excepciones a la obligación de plantear la cuestión prejudicial¹¹:

La “doctrina del *“acto claro”*, que implica que la obligación de interponer la cuestión prejudicial dejará de existir cuando dicho órgano “haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición (de la Unión) de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho (de la UE) se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna”¹².

Como señalan Iglesias Sánchez y Oró Martínez (2019), “la responsabilidad de decidir si existe o no acto claro reside únicamente en los órganos cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso”.

La doctrina del *“acto aclarado”*, supone la exención de la obligación de plantear la cuestión prejudicial allí donde las disposiciones en cuestión hayan sido interpretadas ya por la jurisprudencia¹³.

Que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuestionada se opone a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece deducirse claramente de ésta última. Así, como señala el Abogado General Wathelet en sus Conclusiones de 25 de junio de 2018, recaídas en el Asunto C-416/17 (*Comisión/Francia*):

“97. Es cierto que corresponde **exclusivamente** al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la correcta aplicación del Derecho de la Unión es tan evidente que no deja lugar a ninguna duda razonable y, en consecuencia, decidir no plantear al Tribunal de Justicia una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión que se ha suscitado ante él. En otras palabras, «corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno apreciar, bajo su responsabilidad y de manera independiente, si se hallan en presencia de un acto claro»”.

Puede leerse en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2015 (*Ferreira da Silva e Brito y otros* C-160/14):

“40. Es cierto que corresponde **exclusivamente** al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la correcta aplicación del Derecho de la Unión es tan evidente que no deja lugar a ninguna duda razonable y, en consecuencia, decidir no plantear al Tribunal de Justicia una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión que se ha suscitado ante él (véase la sentencia *Intermodal Transports*, C-495/03, EU:C:2005:552, apartado 37 y jurisprudencia citada).

41. A este respecto, la existencia de resoluciones contradictorias dictadas por otros órganos jurisdiccionales nacionales no puede constituir por sí sola un elemento determinante que pueda imponer la obligación establecida en el artículo 267 TFUE, párrafo tercero.

42. En efecto, el órgano jurisdiccional que se pronuncia en última instancia puede estimar, pese a una determinada interpretación de una disposición del Derecho

¹¹ Puede verse: Iglesias Sánchez y Oró Moratal (2019).

¹² Sentencia de 6 de octubre de 1982, *Cilfit y otros*. Asunto 283/81.

¹³ Sentencia de 27 de marzo de 1963, *Da Costa y Schaake*, Asuntos 28-30/62.

de la Unión efectuada por órganos jurisdiccionales inferiores, que la interpretación que se propone dar a dicha disposición, distinta de la realizada por esos órganos jurisdiccionales, se impone sin ninguna duda razonable”.

Y en la Sentencia de 9 de septiembre de 2015 (*X y van Dijk*, C-72/14 y C-197/14):

“59. En consecuencia, **corresponde únicamente** a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno **apreciar, bajo su responsabilidad y de manera independiente, si se hallan en presencia de un acto claro.**

60. De esta manera, si bien es cierto que, en un supuesto como el del asunto principal, un órgano jurisdiccional supremo de un Estado miembro debe tener en cuenta el hecho de que un órgano jurisdiccional inferior ha planteado una cuestión prejudicial, pendiente de resolver aún ante el Tribunal de Justicia, también es cierto que tal circunstancia no impide, por sí sola, al órgano jurisdiccional supremo estimar, una vez efectuado el examen de las condiciones formuladas en la sentencia *Cilfit y otros* (283/81, EU:C:1982:335), que se halla en presencia de un acto claro.

61. Finalmente, dado que la circunstancia de que un órgano jurisdiccional inferior haya planteado al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial del mismo objeto que la suscitada en el litigio que debe dirimir el órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia no implica, por sí sola, que no se cumplen los requisitos de la sentencia *Cilfit y otros* (283/81, EU:C:1982:335), **de manera que este último órgano jurisdiccional podría decidir no someter cuestión alguna al Tribunal de Justicia y resolver bajo su responsabilidad, procede considerar que tal circunstancia tampoco obliga a dicho órgano jurisdiccional supremo a esperar la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial planteada por el órgano inferior.**

62. Esta afirmación queda, además, confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual el artículo 267 TFUE no se opone a que las resoluciones de un órgano jurisdiccional cuyas decisiones pueden ser objeto de un recurso judicial de Derecho interno, y que ha planteado una cuestión al Tribunal de Justicia para que se pronuncie con carácter prejudicial, estén sujetas a los recursos normales establecidos en el Derecho nacional, que permiten a un órgano jurisdiccional superior **resolver por sí mismo** la controversia objeto de la cuestión prejudicial y asumir con ello la responsabilidad de garantizar el respeto del Derecho de la Unión (véase, al respecto, el auto *Nationale Loterij*, C-525/06, EU:C:2009:179, apartados 6 a 8”).

En mi opinión, ha de tenerse muy en cuenta, a estos efectos, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la inaplicación se ejercita por el Juez nacional en el ejercicio de su propia competencia, como juez del Derecho comunitario. Y que lo que pretenden tanto el artículo 267 del TFUE y la doctrina del “*acto claro*” es evitar que deje de plantearse la cuestión prejudicial sin motivo alguno; no que deje de plantearse porque el Juez nacional ha decidido inaplicar la norma interna al entender (de forma motivada) que se opone al Derecho de la Unión Europea. Por ello, dichas doctrinas (*acto claro* y *aclarado*) son excepciones a la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

La Sentencia del Tribunal Constitucional podría ser contraria al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pues el que suscribe entiende que **el juez independiente e imparcial, establecido por la ley para inaplicar la disposición nacional contraria al Derecho de la UE**, a que se refiere dicho artículo, **es el juez nacional de la jurisdicción ordinaria**; y, asimismo, se producen dilaciones indebidas (ausencia de plazo razonable) si, en un caso como el expresado, las resoluciones de la jurisdicción ordinaria, en su máxima instancia (STS de 24-10-16 y ATS de 14-12-16) son cuestionadas posteriormente por una Sentencia del Tribunal Constitucional nacional de fecha 26-03-2019. A dicho período hay que sumarle el que pueda transcurrir hasta una resolución definitiva, dado que el Tribunal Constitucional ha decidido retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia.

Sobre la apreciación consolidada del Tribunal de Justicia relativa a que “corresponde **única-mente** a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno **apreciar, bajo su responsabilidad y de manera independiente**, si se hallan en presencia de un acto claro” (o aclarado); parece que el “*juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley*” (para la aplicación del Derecho de la Unión Europea o la inaplicación del Derecho nacional contrario al europeo sin necesidad de interponer la cuestión prejudicial), a que se refiere el referido artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales son los órganos jurisdiccionales nacionales de la jurisdicción ordinaria, pues según el artículo 4 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial:

“1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes”.

En sus “*Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales*” (Diario Oficial de la Unión Europea del 20 de julio de 2018), el Tribunal de Justicia tiene explicado que:

“5. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden plantear al Tribunal de Justicia cuestiones relativas a la interpretación o a la validez del Derecho de la Unión si estiman necesaria una decisión al respecto del Tribunal de Justicia para poder emitir su fallo (véase el artículo 267 TFUE, párrafo segundo). Una petición de decisión prejudicial puede revelarse especialmente útil cuando se suscite ante el órgano jurisdiccional nacional una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, o bien cuando la jurisprudencia existente no parezca ofrecer la claridad imprescindible en un contexto jurídico o fáctico inédito.

6. Cuando la cuestión surja en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano está obligado, sin embargo, a someter una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia (véase el artículo 267 TFUE, párrafo tercero), a menos que exista ya una jurisprudencia bien asentada en la materia o no quepa ninguna duda razonable sobre el modo correcto de interpretar la norma jurídica.

7. Además, según reiterada jurisprudencia, aunque los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la facultad de desestimar los motivos de invalidez de un acto

de una institución, órgano u organismo de la Unión invocados ante ellos, **la posibilidad de declarar inválido ese acto, en cambio, es competencia exclusiva del Tribunal de Justicia**. Por lo tanto, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro dude de la validez de un acto de este tipo, está obligado a dirigirse al Tribunal de Justicia indicando las razones por las que considera que dicho acto no es válido”.

En la cuestión prejudicial “de validez” el Tribunal de Justicia de la UE es el juez independiente e imparcial, establecido por la ley, para declarar inválido un acto de origen comunitario; mientras que el juez predeterminado por la ley para inaplicar –por su propia autoridad- la norma interna contraria a la comunitaria es el juez nacional de la jurisdicción ordinaria.

Como ha señalado Arnaldo Orts (2019), “aunque parece obvio decirlo, el incumplimiento de la obligación de plantear cuestión prejudicial conforme a lo establecido en el párrafo tercero del artículo 267 TFUE **no puede ser considerado en abstracto**, sino que se declara en la medida en que la interpretación ofrecida por el órgano nacional que obvia la remisión al Tribunal resulta contraria al Derecho de la Unión. En este sentido, la existencia de dudas en relación con la interpretación del Derecho de la Unión y la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial serían requisitos necesarios, pero no suficientes, para la declaración del incumplimiento del Estado miembro en este contexto”. **Parece evidente que el Tribunal Constitucional no es competente para revisar si la interpretación ofrecida por el Tribunal Supremo resulta contraria al Derecho de la UE, pues sería competencia del Tribunal de Justicia UE.**

Como se dice en el voto particular a la STC, del Magistrado Ollero Tassara, el Tribunal Constitucional no debe analizar analogías y diferencias entre los asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el que tenía entre manos el Tribunal Supremo (sobre el bono social eléctrico) porque se trata de un problema de legalidad ordinaria. Si lo hace, explica el Magistrado, contradice doctrina constitucional previa e incurre en incoherencia y en riesgo de invasión de la **reserva de jurisdicción**. Por eso, **la sentencia debió aplicar a este caso un mero canon de razonabilidad** propio del enjuiciamiento constitucional de las resoluciones judiciales, pues sólo si las razones dadas para no formular la cuestión prejudicial fuesen arbitrarias o irrazonables podría imputarse al Tribunal Supremo la vulneración de un derecho fundamental. De lo contrario el Tribunal Constitucional se convertiría en última instancia procesal y debería formular él la cuestión prejudicial en vez de hacerla plantear al Tribunal Supremo.

La STC, como expone el voto particular, **establece un doble canon de enjuiciamiento**: “Esto significaría, respecto al caso que nos ocupa, que se recurre al canon de razonabilidad cuando se aplica la ley nacional y en cambio correspondería aplicar un canon más estricto si el órgano judicial la inaplica sin plantear la cuestión prejudicial, por entenderla desplazada por el Derecho europeo. En tal caso, el Tribunal Constitucional no se limitaría, con arreglo a lo expuesto, a controlar la razonabilidad de la resolución sino que habría que verificar con detalle su cumplimiento de la jurisprudencia del TJUE, en particular, de la recaída en la sentencia del asunto *Cilfit*. Podrá así determinar si está justificado el no planteamiento de la cuestión prejudicial, bien porque el TJUE hubiera resuelto ya casos considerados similares (“*acto aclarado*”), bien porque la aplicación de la norma europea no plantea dudas razonables (“*acto claro*”).”

Como ha señalado Lozano Cutanda (2019b), comentando la STC 37/2019, “El Tribunal Constitucional se arroga así la competencia para analizar si la cuestión prejudicial debe o no ser planteada por el órgano judicial, limitando de esta forma su discrecionalidad para apreciarlo **incluso en casos como éste, en el que la decisión estaba bien motivada y no era en absoluto irrazonable**. Nótese, en particular, que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de

la Unión Europea la doctrina del acto claro no parece imponer, como afirma el Tribunal Constitucional, que la sentencia que se invoque haya resuelto un caso sobre la misma norma europea y en un supuesto totalmente análogo. **Más bien lo contrario:** la Sentencia CILFIT permite que se invoque la doctrina del acto aclarado cuando exista una jurisprudencia del mencionado Tribunal de Justicia que haya resuelto la cuestión de derecho de que se trate «cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, **incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas**» (apdo. 14).

Interesa señalar, por último, que la sentencia tiene un voto particular del magistrado Andrés Ollero, que se pronuncia a favor de un canon menos estricto de enjuiciamiento o, si se quiere, más deferente con la decisión de los tribunales ordinarios de no plantear cuestión prejudicial; en virtud de tal canon, sólo si el órgano judicial decidiera no promover la cuestión con argumentos manifiestamente irrazonables podría entenderse vulnerado el artículo 24 de la Constitución”.

Parece de interés, para todos los europeos, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie sobre tal proceder, de un órgano, como el Tribunal Constitucional, que carece de competencias para verificar cuestiones de legalidad ordinaria, pues como el mismo ha dicho: **“no nos corresponde resolver si existía o no la pretendida contradicción entre la normativa interna y el Derecho comunitario que justificase la inaplicación de aquella...”**

En opinión del que suscribe, una resolución como la del Tribunal Constitucional del 26 de marzo de 2019¹⁴ debería ser objeto de un recurso por incumplimiento y, por ello, del previo procedimiento de infracción. La declaración del incumplimiento del Derecho de la UE a consecuencia de la actuación de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros está admitida pacíficamente por el Tribunal de Justicia. Así, entre otros: *Asuntos 77/69 Comisión v. Bélgica*; *C-219/00 Comisión v. Italia*; *C-154/08 Comisión v. España*; *C-416/17 Comisión v. Francia*; y debe tenerse en cuenta, como se ha dicho, que la referida resolución del TC constituye jurisprudencia que obliga a todos los órganos jurisdiccionales españoles, incluido al Tribunal Supremo.

En similares términos a los desarrollados en este estudio se manifiesta el antiguo Magistrado del Tribunal Supremo (Sala 3ª) Huelin Martínez de Velasco (2020), para quien “llama poderosamente la atención que ante un mismo fenómeno jurídico (resolución de un litigio sin plantear cuestión prejudicial al TJUE por quien estaba obligado a ello) y desde la perspectiva que proporciona el art.24 Const. se considere vulnerado diferente derecho fundamental **según sea el resultado de la operación de selección de la norma aplicable**, con un distinto nivel de control o de intensidad en la tutela. Si se desplaza la norma interna, la protección es mayor que si se inaplica el precepto del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, que, por cierto, en caso de conflicto goza de primacía sobre aquella.

Parece que el TCo, máximo intérprete de nuestra Constitución y último garante de su efectividad, se encuentra más implicado en la defensa de la norma interna que en la de la comunitaria, cuando su compromiso debiera ser el mismo en ambos casos.

El TS podría haber aprovechado el auto de reenvío para preguntarle al TJUE sobre la conformidad con el Derecho de la Unión de una jurisprudencia constitucional que otorga mayor in-

¹⁴ Por providencia de fecha 16 de octubre de 2018, **el Pleno**, a propuesta de su Presidente, acordó recabar para sí el conocimiento de este recurso de amparo, conforme a lo establecido en el art. 10.1 n) LOTC.

tensidad al control de la motivación de una resolución judicial cuando inaplica una norma interna (abstracción hecha de su rango) que cuando lo hace con otra del ordenamiento jurídico de la Unión.

Cabe razonablemente dudar del acomodo de tal criterio con el principio de equivalencia y, por qué no, con el de efectividad.

Con su pasividad, probablemente el TS ha respetado una regla básica en las relaciones entre altos tribunales: la cortesía jurisdiccional. Pero posiblemente lo haya hecho a costa de asumir sin más una doctrina del TCo que, a mi juicio, debilita principios nucleares del Derecho de la Unión Europea”.

Pues, como bien resume y concluye Lora (2020), “la STC 37/2019 recupera la doctrina sentada por la STC 194/2006, que había sido expresamente rectificada por el mismo Pleno casi diez años atrás. De acuerdo con esta doctrina, el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías solo es vulnerado cuando una norma española es inaplicada por un juez ordinario de última instancia por resultar incompatible con el Derecho de la Unión sin contar con el respaldo de una resolución previa del TJUE que así lo establezca. **Cuando el supuesto es el contrario —la norma inaplicada es la europea—, el rigor se relaja** y el control de constitucionalidad que procede realizar se reconduce al control de legalidad ordinaria propio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en cuanto derecho a obtener una resolución suficientemente motivada y razonada.

Pueden destacarse tres consecuencias de esta doctrina. La primera, apuntada por Sarmiento, se refiere a la preocupación subyacente del TC por ver socavado su monopolio de control sobre la legalidad ordinaria al permitirse a los jueces ordinarios inaplicar normas de rango legal cuando tengan la convicción de que contravienen el ordenamiento europeo. De acuerdo con la CE, solo el TC puede decidir si una norma con rango de ley es o no admisible en el ordenamiento jurídico. **Para el TC, permitir a los jueces ordinarios que inapliquen normas nacionales sin mediar mandato expreso del TJUE al efecto supone ceder parte de ese monopolio. El TC, empero, obvia que la facultad de inaplicar las normas nacionales cuando resultan contrarias al Derecho de la UE es atribuida a los jueces ordinarios directamente por este ordenamiento, cuya primacía sobre el nacional resulta incuestionable.**

La segunda consecuencia es referida por el magistrado Andrés Ollero en su voto particular. Una cosa es que el TC revoque una resolución por vulnerar un derecho fundamental y otra bien distinta que sustituya al juez ordinario en el ejercicio de la función jurisdiccional que la CE le atribuye de forma exclusiva y excluyente y entre a valorar el fondo del asunto. El TC no es Poder Judicial y no puede actuar como tal. Cuando el TC sustituye al TS anulando una sentencia porque entiende que la decisión debió ser otra está ejerciendo una labor que excede sus competencias. En este caso, **el TC, si alberga dudas sobre la constitucionalidad de la decisión judicial impugnada, deberá solicitar del TJUE un pronunciamiento promoviendo de oficio una cuestión prejudicial y, con base en el resultado obtenido, decidir si el TS obró o no de acuerdo a Derecho.**

La tercera consecuencia resulta de la rigurosa interpretación que la sentencia hace de la doctrina del “*acto aclarado*”, **toda vez que exige una “identidad material” entre el supuesto de autos y la sentencia del TJUE de contraste** cuando el propio Tribunal europeo relajó ese criterio en su Sentencia de 6 de octubre de 1982 ya citada al permitir la aplicación de esta doctrina **aun cuando las cuestiones debatidas en ambos casos no fueran idénticas. Ello supone que el TC, al alterar el criterio del TJUE, se erige en intérprete del Derecho de la Unión cuando esa facultad en modo alguno le corresponde.**

En definitiva, **la STC 37/2019 no cierra el debate**, sino que simplemente se limita a apuntalar la posición del TC frente a la merma de sus facultades derivada de la aplicación del Derecho de la Unión por los jueces y tribunales ordinarios”.

La posición de la Comisión Europea

Mediante escrito de 23 de agosto de 2019, la Comisión Europea¹⁵ se manifestó en los siguientes términos:

“Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional nacional que deba aplicar disposiciones del Derecho de la Unión está obligado a garantizar el pleno efecto de dichas disposiciones, si procede denegando de oficio la aplicación de disposiciones contrarias de la legislación nacional¹⁶.

Con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro, si considera que una decisión sobre una cuestión relativa a la interpretación de los Tratados o a la validez e interpretación de actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión es necesaria para poder emitir su fallo, puede solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie, con carácter prejudicial, sobre dicha cuestión. Por otra parte, ese mismo artículo prevé que, cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia ha desarrollado una jurisprudencia según la cual puede haber excepciones a la mencionada obligación de someterle un asunto para obtener una decisión prejudicial. Así sucede cuando la interpretación del Derecho de la Unión es tan evidente que no suscita ninguna duda razonable (“*acto claro*”) (Véase la sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, 283/81). Esta obligación también desaparece en caso de que la cuestión planteada ante el órgano jurisdiccional nacional sea materialmente idéntica a una cuestión que ya haya sido objeto de una decisión prejudicial del Tribunal de Justicia (“*acto aclarado*”) (véase la sentencia de 27 de marzo de 1963, *Da Costa*, asuntos acumulados 28-30/62). En este último caso, aunque el órgano jurisdiccional no está obligado a plantear la cuestión, si puede hacerlo.

Opina usted que el Tribunal Constitucional vulneró el principio de primacía del Derecho de la Unión al considerar que, al no plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia en los asuntos de que se trata, el Tribunal Supremo vulneró el derecho a un juicio justo. En su opinión, las decisiones del Tribunal Constitucional van en contra de la doctrina del “*acto aclarado*”, según lo establecido por el Tribunal de Justicia, ya que, según la interpretación del Tribunal Supremo, la disposición del Derecho de la Unión de que se trata ya había sido interpretada

¹⁵ Dirección General de Justicia y Consumidores. Dirección C: Derechos Fundamentales y Estado de Derecho. Unidad C1: Política de Justicia y Estado de Derecho.

¹⁶ Véase, por ejemplo, la sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77.

por el Tribunal de Justicia. **En su opinión, el Tribunal Constitucional se excedió en su competencia al valorar la interpretación del Tribunal Supremo y, de este modo, no aplicó correctamente el Derecho de la UE.**

Hemos prestado gran atención a los argumentos que usted presenta y hemos analizado las decisiones a las que se refiere¹⁷.

Tras un profundo examen, hemos determinado que, de acuerdo con nuestra información, los asuntos de que se trata siguen pendientes ante el Tribunal Supremo, tras ser devueltos por el Tribunal Constitucional, de modo que las cuestiones prejudiciales podrían presentarse ante el Tribunal de Justicia.

De conformidad con los Tratados en que se basa la Unión Europea¹⁸, la Comisión carece de competencias generales para intervenir en asuntos judiciales **particulares**¹⁹ (**sic**). Por consiguiente, la Comisión no está en condiciones de examinar la manera en que las autoridades judiciales de un Estado miembro tratan tales asuntos **particulares**. De hecho y como la Comisión ha expresado pública, clara y coherentemente²⁰, la administración cotidiana de los sistemas judiciales de los Estados miembros es competencia de estos últimos²¹.

Puesto que los asuntos de que se trata siguen pendientes ante el Tribunal Supremo... la Comisión continuará estando muy atenta a la forma en que los asuntos en cuestión serán tratados por el sistema judicial español y, en su caso, por el Tribunal de Justicia.

Por último, permítame señalarle que, con arreglo a lo dispuesto en los Tratados²², la Comisión tiene poder discrecional en cuanto a la incoación de procedimientos de infracción, pero no está obligada jurídicamente a hacerlo, tal como confirma la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia²³.

¹⁷ El análisis parece que no ha sido tan riguroso, ya que se señaló a la *guardiana de los Tratados* que la Comisión no interferiría en ningún asunto judicial “pendiente”. La Sentencia denunciada es la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (STC 37/2019, de 26 de marzo), publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) nº 99, del 25 de abril de 2019, así como las que posteriormente se han ido publicado en el mismo sentido. Son sentencias firmes inatacables. Es decir, a los efectos del procedimiento de infracción del Derecho de la UE las sentencias denunciadas tienen los mismos efectos que leyes nacionales publicadas y que han entrado en vigor. La denuncia trata de que se dilucide si la jurisprudencia constitucional española respeta el principio de primacía y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales.

¹⁸ Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁹ También se expresó a la Comisión que la declaración del incumplimiento del Derecho de la UE a consecuencia de la actuación de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros está admitida pacíficamente por el Tribunal de Justicia. Así, entre otros: Asuntos 77/69 *Comisión v. Bélgica*; C-219/00 *Comisión v. Italia*; C-154/08 *Comisión v. España*; C-416/17 *Comisión v. Francia*.

²⁰ Comunicación de la Comisión “*Derecho de la UE: Mejores resultados gracias a una mejor aplicación*”, anexo 3 (DO C 18 de 19.1.2017).

²¹ Véase, por ejemplo, la respuesta de la Sra. Jourová en nombre de la Comisión, de 29 de agosto de 2017, a la pregunta parlamentaria E-005339-17.

²² Artículo 259 del TFUE.

²³ Véanse, por ejemplo, la sentencia de 14 de febrero de 1989, *Star Fruit / Commission*, 247/87, apartado 11, y la resolución de 11 de enero de 2019, *CBA Spielapparate-und Restaurantbetriebs GmbH*, C-415/18 P, apartado 21.

El 6 de febrero de 2020 la Comisión Europea añadió lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 17 del Tratado de la Unión Europea, es la Comisión la que «[s]upervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». Según la sentencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo tiene la obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁴. El Tribunal Supremo se atuvo a la sentencia del Tribunal Constitucional y remitió el asunto al Tribunal de Justicia el 16 de septiembre de 2019. De esta forma, ha quedado garantizado que el Tribunal de Justicia ejercerá su control al respecto en virtud de la competencia que le otorga el artículo 267 del TFUE. En dicha cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia tendrá la oportunidad de valorar la cuestión que usted ha puesto en conocimiento de la Comisión sobre la aplicación del Derecho de la Unión efectuada por los órganos jurisdiccionales españoles²⁵.

En palabras del propio Tribunal de Justicia: «si bien es cierto que el procedimiento establecido por el artículo 267 TFUE es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, por medio del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que precisan para la solución del litigio que deban dirimir, no lo es menos que, de no existir recurso judicial alguno de Derecho interno contra la decisión de un órgano jurisdiccional, éste tiene, en principio, la obligación, cuando se plantee ante él una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión, de someter la cuestión al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafo tercero»²⁶. Por consiguiente, **corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar la necesidad²⁷ de elevar una decisión prejudicial para así poder dictar sentencia, y también la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia²⁸. El Tribunal de Justicia también ha declarado que la obligación de elevar cuestión prejudicial debe valorarse en función de las circunstancias que rodeen al litigio principal²⁹ y, en particular, de las características propias del Derecho de la Unión, de las dificultades concretas que**

²⁴ Como se indica en el apartado 3 del fallo del Constitucional, este ha retrotraído las actuaciones para que el Tribunal Supremo pueda fallar de nuevo respetando el derecho a todas las garantías procesales, en el sentido en que las interpreta el Tribunal Constitucional, incluido el cumplimiento de la obligación de plantear una cuestión prejudicial: «3.º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia, para que el indicado órgano judicial dicte nueva resolución que sea respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, en los términos expresados en el fundamento jurídico sexto de esta resolución».

²⁵ Interpretación del artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

²⁶ Sentencia de 9 de septiembre de 2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros/Estado português*, C-160/14, apartado 37.

²⁷ **Esto es lo que hizo el Tribunal Supremo español antes de inaplicar la norma nacional.**

²⁸ Sentencia de 14 de noviembre de 2018, *Renerg*, C-238/17, apartado 20; sentencia de 12 de noviembre de 2015, *Hewlett-Packard Belgium*, C-572/13, apartado 24 y jurisprudencia citada.

²⁹ **Esto también lo hizo el Tribunal Supremo español.**

presente su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Unión Europea³⁰.

Por último y por lo que se refiere al asunto que nos concierne, la valoración de la necesidad de elevar una cuestión prejudicial fue realizada por los órganos jurisdiccionales españoles y, de hecho, se acabó presentando dicha cuestión prejudicial. Como se ha indicado anteriormente, corresponde al Tribunal de Justicia, como autoridad competente para dar una interpretación auténtica del Derecho de la Unión, pronunciarse sobre la interpretación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72/CE en este procedimiento pendiente de resolución”.

La pregunta que suscita la carta de la Comisión y a la que no se ha dado respuesta alguna es si la Comisión Europea considera conforme con el Derecho de la Unión Europea la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el “doble rasero”. Dicha respuesta es la mínima exigible cuando se denuncia un presunto incumplimiento del Derecho de la UE: la Comisión debe decir si –según su criterio- el acto jurídico denunciado (una ley, una jurisprudencia, una práctica administrativa) es conforme o no con el Derecho de la UE.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.- No comprendemos la decisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de no plantear, pese a haberle sido solicitado por las partes, ante el TJUE, una cuestión prejudicial relativa a la interpretación que debe darse al artículo 267 del TFUE, a la jurisprudencia del propio TJUE en relación con los requisitos para la aplicación de la doctrina del “acto aclarado” y a los principios de primacía e interpretación uniforme del Derecho de la Unión, de efectividad y de equivalencia, todo ello en relación con la doctrina establecida por la STC 37/2019.

Por su parte, la Comisión Europea se ha inhibido en su obligación, como *guardiana de los Tratados*, de pronunciarse sobre la jurisprudencia del “doble rasero”.

SEGUNDA- Respecto a lo dicho en el voto particular al Auto STS, 3ª, de 9 de julio de 2019 (que defiende la STC 37/2019 y termina diciendo que “En último término, debo manifestar que la valoración de la necesidad y pertinencia de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con carácter previo a emitir el fallo que resuelva el litigio, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que debe asumir esa responsabilidad para tratar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie sobre una cuestión relativa a la aplicación e interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión Europea, con el valor y la autoridad de cosa interpretada, a los efectos de garantizar la unidad y aplicabilidad del Derecho europeo. *Pero ello, no excluye que el Tribunal Constitucional, en su función de garante de los derechos fundamentales, preserve la regularidad del proceso seguido en la instancia interna siguiendo las pautas establecidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la doctrina del acto claro y del acto aclarado*”; nos preguntamos si dicho canon de control más exigente, establecido por la STC 37/2019, debe aplicarse también cuando se aplique la ley nacional cuestionada sin haberse planteado la cuestión prejudicial, **pues de lo contrario parecería que la STC, más que la defensa de un derecho fundamental, supone la defensa o protección, ad cautelam, del ordenamiento jurídico interno**, a resultas de lo que pueda decir, finalmente, el TJUE, pues, como señaló Alonso García (2011), “El trasfondo

³⁰ Sentencia de 9 de septiembre de 2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros/Estado português*, C-160/14, apartado 39 y jurisprudencia citada.

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.** 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...”

No hay que perder de vista, en este sentido, la cuestión convenientemente planteada por Roca Trías (2018)³¹, que compartimos plenamente, acerca de que **“debe sostenerse sin lugar a dudas que el derecho europeo no es un Derecho internacional para España ni para ninguno de los países miembros de la Unión Europea, sino que es Derecho propio”**. Por tanto, estamos ante una pura selección de la norma aplicable, que corresponde, en principio, a la jurisdicción nacional ordinaria.

Tampoco hay que perder de vista, en el mismo sentido, la apreciación de Requejo Pagés (2018): “con el ejercicio de la jurisdicción se hace posible la reducción a la unidad de los ordenamientos nacionales mediante la integración en su estructura de las normas del Derecho de la Unión. Integración que no supone la mera agregación caótica de normas y de principios, sino su incorporación en un todo ordenado y sistemático que permita articular en términos jurídicos (y no en clave de eficacia) las relaciones entre las normas europeas y las nacionales... El juez español es, desde luego, juez nacional, pero también, y con igual título, es juez europeo. Dos naturalezas que, queramos o no, no admiten comunión de principio, porque de lo que se trata, en último término, con el proceso de integración europea es de la disputa de poderes. Lo que está en juego es la titularidad de soberanía, disputada por 28 sujetos formalmente soberanos y un vigésimo noveno (la UE) que, sin serlo en cuanto a su forma, se comporta de manera apenas disimulada como un verdadero poder soberano, aspirando en realidad, siquiera tendencialmente, a convertirse en el único soberano efectivo. En esa lucha de poder está encerrado dialécticamente el juez nacional, justamente por su condición de juez europeo”.

TERCERA.- A nuestro juicio, sería necesario que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con ocasión de la STC 37/2019, aclarara las siguientes cuestiones que han sido suscitadas por la doctrina: ¿un Tribunal Constitucional puede reforzar el cumplimiento del deber de plantear una cuestión prejudicial de los tribunales nacionales de última instancia? ¿Puede introducir el Tribunal Constitucional una obligación adicional a la que impone el art. 267 TFUE sobre la base de la Constitución nacional? ¿es correcto condicionar este complemento constitucional **en función del resultado al que llegue el tribunal nacional al enjuiciar la compatibilidad de la norma nacional con el Derecho de la Unión?** ¿Es adecuado imponer al tribunal nacional un deber reforzado de plantear la cuestión prejudicial sólo si llega a la conclusión de que la norma legal infringe el Derecho de la Unión sin que tenga tal deber – sin que exista un deber de hacerlo *ex constitutione* – si decide que la ley en cuestión es perfectamente conforme con el Derecho europeo? ¿No hay aquí una sutil – o quizá no tan sutil – **invitación a los tribunales de última instancia para que no declaren contrarias al Derecho de la Unión las normas nacionales con rango de ley?**

³¹ A la sazón, Magistrada del Tribunal Constitucional.

CUARTA.- Debería también aclararse si con la jurisprudencia establecida en la STC 37/2019, y en un asunto como el por ella resuelto, el Tribunal Constitucional queda obligado, en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a ser él quien plantee la cuestión prejudicial, en vez de hacerla plantear al Tribunal Supremo.

Ha de tenerse en cuenta que el artículo 267 TFUE (*“Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal”*), establece un concepto comunitario³² de *“órgano jurisdiccional nacional”*, según reiterada jurisprudencia del TJUE; por lo que si el Tribunal Constitucional tiene dudas sobre la correcta aplicación del Derecho de la UE por el Tribunal Supremo, asume la obligación que le impone el artículo 267, máxime cuando tiene constantemente declarado que **“no nos corresponde resolver si existía o no la pretendida contradicción entre la normativa interna y el Derecho comunitario que justificase la inaplicación de aquélla...”** Y ha dicho, asimismo (STC 35/2016), que su jurisdicción y la del TJUE tienen ámbitos diferentes.

QUINTA.- La necesidad de un pronunciamiento al respecto por parte del TJUE sobre la intensidad y alcance del control por parte de los tribunales constitucionales viene exigida para evitar la disparidad de criterios hoy existentes (pudiera haber tantos como Estados miembros de la UE), si de lo que se trata, además, es de garantizar el derecho básico de los ciudadanos bajo su jurisdicción a que las normas del ordenamiento jurídico de procedencia de la Unión Europea sean interpretadas de forma definitiva **por el único órgano competente para ello según el art. 267 TFUE**. Es de suponer que este derecho básico sería predicable de todos los ciudadanos europeos y que debería tener el mismo alcance en toda la UE, dado que conecta directamente con el art. 267 TFUE.

SEXTA.- En nuestra opinión, de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2018 (Asunto C-416/17. *Comisión/Francia*)³³ se desprende claramente que es

³² Como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus “Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2018/C 257/01)” (Diario Oficial de la Unión Europea, C 257, 20 de julio de 2018): “4. El Tribunal de Justicia ha interpretado la condición de órgano jurisdiccional como un **concepto autónomo del Derecho de la Unión**, teniendo en cuenta a este respecto un conjunto de factores, como son el origen legal del órgano que le plantea la petición, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas por parte de dicho órgano y su independencia”.

³³ El mismo Tribunal de Justicia, en su Comunicado de Prensa nº 144/18, de 4 de octubre de 2018, dice: “El Tribunal de Justicia declara, por primera vez, que **un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno debería haberle planteado una cuestión prejudicial, con el fin de excluir el riesgo de una interpretación errónea del Derecho de la Unión**. En efecto, habida cuenta de que el Conseil d’État se abstuvo de plantear una cuestión prejudicial, incluso a pesar de que la correcta aplicación del Derecho de la Unión en sus sentencias no se imponía con tal evidencia que no dejara lugar a duda razonable alguna, cabe considerar que el incumplimiento ha quedado acreditado.

Esta Sentencia declara que “la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, al haberse abstenido el Conseil d’État (Consejo de Estado, Francia) de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, a fin de que se determinara si resultaba procedente decidir no tener en cuenta, a efectos del cálculo de la devolución de las retenciones en la fuente de los rendimientos del capital mobiliario que una sociedad matriz ha practicado e ingresado en concepto de la distribución de dividendos abonados por una sociedad no residente por mediación de una filial asimismo no residente, la tributación a la que esta segunda sociedad estuvo sometida por los beneficios subyacentes a tales dividendos, incluso a pesar de que la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión que dicho órgano jurisdiccional nacional hizo en las sentencias de

a este órgano jurisdiccional al que le compete declarar si un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ha incumplido con su obligación de plantear la cuestión prejudicial; por lo que, salvo que la resolución del órgano jurisdiccional nacional adolezca de un grave defecto de motivación, o sea arbitraria o manifiestamente irrazonable, no le correspondería al Tribunal Constitucional evaluar el acierto de la resolución en la aplicación del Derecho de la Unión Europea o, lo que es lo mismo, el acierto en la inaplicación del derecho interno, y ello, siempre, a los solos efectos de proteger el derecho fundamental (análisis *prima facie*).

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alonso García (2020). “*El control de convencionalidad: cinco interrogantes*”. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 119.

Alonso García (2014). “*La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea*”. En la obra colectiva “*La cuestión prejudicial europea*”, Dir. Alonso García y Ugartemendia Eceizabarrena. European Inklings (EUi), nº 4.

Alonso García (2018). “*El diálogo constitucional del juez español, vía prejudicial, con Luxemburgo y Estrasburgo*”, en la obra colectiva “*Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*”. Dir. Ruda González y Jerez Delgado. Editorial Jurídica Sepín.

Alonso García (2011). “*Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)*” Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR nº 4.

Alonso García y Almuñá Cid (2020). “*El Tribunal Supremo ante la constitucionalidad y la europeidad de las leyes (a propósito del Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica)*”. Revista de Administración Pública, nº 212.

Arnaldo Orts (2019). “*La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-416/17 Comisión contra Francia o la inédita declaración de incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de un Estado miembro como consecuencia de la inobservancia de la obligación de plantear una cuestión prejudicial*”. Revista "Actualidad Jurídica Uría Menéndez". Nº 50.

Arroyo Jiménez (2016). “*Derecho europeo y tutela judicial efectiva (III): el derecho a un proceso con todas las garantías*”. <https://almacenederecho.org/derecho-europeo-y-tutela-judicial-efectiva-iii-el-derecho-a-un-proceso-con-todas-las-garantias/>

Arzo Santisteban (2020). “*La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Chaves García (2017). “*Actitudes del juez contencioso ante la ley sospechosa*”. <https://delajusticia.com/2017/06/26/actitudes-del-juez-contencioso-ante-la-ley-sospechosa/>

Conde-Pumpido Tourón (2019). “*La primacía del Derecho de la Unión ante el juez ordinario y el juez constitucional*”. En la obra colectiva “*El juez nacional en su condición de juez europeo*”, Dir. Alonso García y Ugartemendia Eceizabarrena. European Inklings (EUi), nº 17.

Huelin Martínez de Velasco (2020): “*La tormentosa relación del Tribunal Constitucional con el derecho de la Unión Europea (Comentario a la STCo 37/2019)*”. Revista de jurisprudencia, nº1. Lefebvre – El Derecho.

10 de diciembre de 2012, *Rhodia y Accor*, no se imponía con tal evidencia que no dejara lugar a duda razonable alguna”.

Iglesias Sánchez y Oró Martínez (2019). “*La cuestión prejudicial (I). Elementos esenciales de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*”; en VVAA: “*Derecho procesal europeo*”. Dir. Signes de Mesa, JI. Iustel.

Ibáñez García (2020). “*La facultad discrecional de la Comisión Europea en los procedimientos de infracción por no transposición en tiempo y forma del Derecho europeo: aspectos críticos*”. (Prólogo de Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado. Abogada del Estado. Secretaria General de la Fundación Hay Derecho). Editorial Jurídica Sepín.

Ibáñez García (2019a). “*Constitucional contra Supremo*”. Cinco Días, 7 de mayo de 2019.

Ibáñez García (2019b). “*El nuevo canon de control establecido por el Tribunal Constitucional respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales europeas*”. Diario La Ley, nº 9408.

Ibáñez García (2011). “*Tres notas de actualidad sobre la cuestión prejudicial comunitaria*”. Diario La Ley, nº 7591.

Lora (2020). “*Aplicación del Derecho de la UE y vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (reflexiones a la luz de la STC 37/2019, de 26 de marzo)*”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez nº 53.

Lozano Cutanda (2019a). “*El principio de primacía del Derecho de la Unión y los órganos administrativos*”. <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-principio-de-primacia-del-derecho-de-la-union-y-los-organos-administrativos/>

Lozano Cutanda (2019b). “*El Tribunal Constitucional limita la discrecionalidad de los tribunales para inaplicar leyes sin elevar cuestión prejudicial*”. <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/05/El-Tribunal-Constitucional-limita-la-discrecionalidad-de-los-tribunales.pdf>

Margellos (2018). “*La dimensión europea de la resolución de conflictos: los litigios en materia de propiedad intelectual como ejemplo*”, en la obra colectiva “*Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*”. Dir. Ruda González y Jerez Delgado. Editorial Jurídica Sepín.

Martín Rebollo (2016). “*Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del Derecho europeo y su control*”. Revista de Administración Pública, nº 200.

Molina Navarrete (2017). “*La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de «última palabra»? Experiencias de tutela del contratante débil*”. Diario La Ley, Nº 9008, Sección Doctrina.

Requejo Pagés (2018). “*La dimensión europea de la jurisdicción española*”, en la obra colectiva “*Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*”. Dir. Ruda González y Jerez Delgado. Editorial Jurídica Sepín.

Roca Trías (2018). “*La influencia de la jurisprudencia europea en el Tribunal Constitucional*”, en la obra colectiva “*Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*”. Dir. Ruda González y Jerez Delgado. Editorial Jurídica Sepín.

Sarmiento (2019). “*Los Tribunales Constitucionales como garantes de la obligación de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia*”. <https://almacendederecho.org/los-tribunales-constitucionales-como-garantes-de-la-obligacion-de-plantear-cuestion-prejudicial-al-tribunal-de-justicia/>

Soldevilla Fragoso (2019). “*El Tribunal Constitucional como garante de la aplicación del derecho europeo*”. Actualidad Administrativa nº 7-8.

Teruel Lozano (2015). “*El control constitucional del deber del juez nacional de plantear cuestión prejudicial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿una cuestión de tutela judicial efectiva?*”. Revista Europea de Derechos Fundamentales, segundo semestre.