

# FORO DE ACTUALIDAD

## ESPAÑA

### 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)

#### 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)

*El Tribunal Constitucional anula una sentencia del Tribunal Supremo que resolvió inaplicar una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión sin promover previamente una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE por entender aplicable la doctrina del “acto aclarado”. El TC considera que ese proceder vulnera el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías y, en sustento de su pronunciamiento, reconstruye la doctrina constitucional producida durante los últimos quince años al respecto.*

#### PALABRAS CLAVE

*Tribunal Constitucional, Tutela judicial efectiva, Proceso con todas las garantías, Tribunal Supremo, Tribunal de Justicia de la UE, Cuestión prejudicial, Principio de primacía del Derecho de la UE, Doctrina del acto aclarado.*

#### Enforcement of EU Law and breach of the fundamental right to due process (thoughts in light of the Spanish Constitutional Court ruling no 37/2019 of 26 March)

*The Spanish Constitutional Court voids a Spanish Supreme Court’s ruling that confirmed the non-application of a national regulation incompatible with EU Law avoiding bringing the matter before the Court of Justice of the EU on the acte éclairé doctrine’s basis. The SCC considers that the ruling breaches the fundamental right to a due process and, for explanatory purposes, rebuilds the constitutional doctrine on the matter issued during the last fifteen years.*

#### KEY WORDS

*Spanish Constitutional Court, Effective judicial review, Due process, Spanish Supreme Court, Court of Justice of the EU, Preliminary ruling, Primacy of EU law, Acte éclairé doctrine.*

Fecha de recepción: 17-12-2019

Fecha de aceptación: 18-12-2019

El Tribunal Constitucional (“TC”), en su Sentencia 37/2019, de 26 de marzo (la “STC 37/2019”), otorga el amparo demandado por la Administración General del Estado (la “AGE”) porque, en su opinión, el Tribunal Supremo (el “TS”) vulneró su derecho a un proceso público con todas las garantías al estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular frente a una norma reglamentaria que —en opinión del Alto Tribunal— desarrollaba un precepto legal incompatible con el Derecho de la Unión Europea (la “UE”).

La STC 37/2019 aborda, una vez más, el control constitucional de una decisión judicial que decide inaplicar una norma española por ser contraria al Derecho de la UE sin promover previamente una

cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE (el “TJUE”) cuando quien decide es un órgano jurisdiccional de última instancia. La Sentencia constituye un nuevo cambio en la difícil relación que nuestro TC mantiene con el Derecho de la Unión.

#### 1 · STC 37/2019, DE 26 DE MARZO

La STC 37/2019 resuelve el recurso de amparo presentado por la AGE frente a la Sentencia del TS núm. 2279/2016, de 24 de octubre (la “STS 2279/2016”). La STS 2279/2016 estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Eón España, S. L. U. (“Eón”) frente a los arts. 2 y 3 del

Real Decreto 968/2014, de 21 de octubre (el “RD 968/2014”), que desarrollaban la regulación contenida en el art. 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico (la “LSE”), relativo a la contribución de las empresas eléctricas al bono social eléctrico<sup>1</sup>.

Entre otras razones, Eón consideraba que esos preceptos del RD 968/2014 eran contrarios a derecho porque la LSE configuraba la obligación de contribución a la dotación del bono social eléctrico de forma indefinida, no preveía retorno ni medida compensatoria alguna para las entidades sujetas a la obligación de contribución y discriminaba a las empresas integradas verticalmente de forma injustificada. Por todas esas razones, Eón reputaba los preceptos impugnados contrarios al art. 3.2 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 (la “Directiva 2009/72/CE”)<sup>2</sup>.

Sobre esa base, el TS estimó el recurso contencioso-administrativo, declaró inaplicable el art. 45.4 de la LSE y declaró asimismo inaplicables y nulos los arts. 2 y 3 del RD 968/2014. No obstante, el TS apreció la supuesta contradicción sin promover previamente una cuestión prejudicial sobre el art. 45.4 de la LSE a la luz del art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE —cuando, al tratarse de un órgano jurisdiccional de última instancia, estaba obligado a ello— al entender que resultaba aplicable al caso la doctrina del “acto aclarado” acuñada por el TJUE, que exige de tal obligación bajo ciertas circunstancias. En opinión del TS, la incompatibilidad de una norma nacional de similar tenor al del art. 45.4 de la LSE con el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE era evidente a la luz de las Sentencias del TJUE de 20 de abril de 2010 (C-265/08, EU:C:2010:205: la “Sentencia Federutility”) y de 7 de septiembre de 2016 (C-121/15, EU:C:2016:637: la “Sentencia ANODE”)<sup>3</sup>, y, por tanto, no resultaba necesario plantear cuestión prejudicial ante el TJUE<sup>4</sup>.

La AGE recurrió en amparo la STS 2279/2016 al entender que la doctrina del “acto aclarado” no resultaba de aplicación al caso, toda vez que ni las normas de Derecho de la UE eran las mismas ni el supuesto de hecho examinado por el TJUE en esos casos guardaba similitud con el suscitado ante el TS. El TC acuerda anular la citada sentencia del TS al considerar que no concurren los presupuestos exigidos por el TJUE para aplicar la doctrina del acto aclarado y, por tanto, el juzgador español vul-

neró el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías al no suscitar la cuestión prejudicial e inaplicar el art. 45.4 de la LSE (y anular los preceptos del RD 968/2014 que lo desarrollan) sin solución de continuidad.

Mediante Auto de 9 de julio de 2019 (RJ 2825, el “Auto de 9 de julio de 2019”), el TS, en ejecución de la STC 37/2019, ha planteado cuestión prejudicial ante el TJUE preguntándole por la compatibilidad entre los preceptos impugnados en la instancia y el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, de acuerdo con lo resuelto en las Sentencias Federutility y ANODE<sup>5</sup>.

## **2 · CONTEXTO PREVIO: CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA DECISIÓN JUDICIAL DE INAPLICAR UNA NORMA INTERNA CONTRARIA AL DERECHO DE LA UE SIN PROMOVER PREVIA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE**

La STC 37/2019 examina la eventual vulneración del derecho fundamental al proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 de la Constitución española (la “CE”) por la decisión del TS de no promover ante el TJUE una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho de la UE antes de inaplicar una norma nacional cuando —en opinión del TC— existen dudas objetivas acerca de la compatibilidad entre la norma nacional y la norma europea.

De acuerdo con el art. 267.3 del Tratado de Funcionamiento de la UE, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso ordinario tienen la obligación de promover una cuestión prejudicial cuando tengan dudas sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión<sup>6</sup>. El TJUE ha modulado esta obligación (i) cuando el órgano judicial nacional llega a la convicción de que la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea se pueda imponer con una evidencia tal que excluya toda duda razonable (doctrina del “acto claro”)<sup>7</sup>; y (ii) cuando las cuestiones de interpretación planteadas son sustancialmente similares a las resueltas en otra cuestión planteada al TJUE, sin que a este se le aporte ningún elemento nuevo que pueda alterar el sentido del fallo (doctrina del “acto aclarado”)<sup>8</sup>.

En un primer momento, la jurisprudencia del TC consideró que la decisión del juez ordinario de no plantear una cuestión prejudicial cuando no aprecia dudas sobre la aplicación del Derecho de la Unión al caso concreto carecía de trascendencia constitucional. De este modo, el TC rechazó que la falta de promoción de una cuestión de prejudiciali-

dad vulnerara el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la 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 del litigio” (Sentencias del TC núm. 111/1993, de 25 de marzo. FJ 2.º; 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2.º; y 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2.º), dado que “la selección de las normas aplicables y su interpretación corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 de la Constitución” (Sentencia del TC núm. 180/1993, de 31 de mayo).

No obstante, en su Sentencia núm. 58/2004, de 19 de abril (la “STC 58/2004”), el TC viró su posición y dotó de relevancia constitucional a la cuestión. En esta sentencia, el TC examinó si la negativa la había adoptado el juez ordinario “dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido y con todas las garantías” (FJ 11). Así, el TC desplazaba el debate al art. 24.2 de la CE y establecía un control riguroso de constitucionalidad de la decisión judicial examinada.

La STC 58/2004 concluyó que, cuando un juez nacional pretendía inaplicar una ley por entenderla incompatible con el Derecho de la Unión, estaba, “de entrada, introduciendo una duda en la aplicación del Derecho comunitario donde hasta ese momento no existía” (FJ 13), y, por ende, la cuestión prejudicial resultaba indisponible aun cuando existieran resoluciones del TJUE sobre la cuestión<sup>10</sup>. De este modo, el TC parecía articular una suerte de “vulneración automática” del derecho fundamental al proceso público con todas las garantías cuando el juzgador nacional omitía promover una cuestión prejudicial ante el TJUE y, sin embargo, inaplicaba una norma interna.

La cuestión fue abordada de nuevo por el TC en su Sentencia núm. 194/2006, de 19 de junio (la “STC 194/2006”)<sup>11</sup>. En ella, el TC expresó de forma clara lo que la STC 58/2004 permitía vislumbrar: “el planteamiento de la cuestión prejudicial para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad [...]” (FJ 5). De esta forma, el TC establecía una suerte de presunción de conformidad al Derecho de la UE de las normas nacionales, que solo podría desvirtuarse mediante una decisión expresa del TJUE declarando la incompatibilidad.

Ello no obstante, el TC modificó enseguida ese planteamiento. En su Sentencia núm. 78/2010, de

20 de octubre (la “STC 78/2010”)<sup>12</sup>, el Pleno del TC rectificó expresamente<sup>13</sup> el criterio anterior y recondujo su tarea a examinar si la función jurisdiccional se había ejercido con arreglo a Derecho (esto es, de acuerdo con las normas del Derecho de la Unión que rigen la obligación de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE y la jurisprudencia de este que la interpreta). De esta forma, el TC entendió que la negativa de un órgano judicial a promover una cuestión prejudicial debe analizarse como el resto de las eventuales vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, comprobando si en el procedimiento se han seguido las normas (ora nacionales, ora europeas) que lo regulan y si el órgano judicial ha motivado y razonado suficientemente su decisión. Esta sentencia reubicaba el debate, nuevamente, en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 de la CE y lo reconducía a un examen de legalidad ordinaria equivalente al que se realiza cuando se denuncian otras infracciones procesales (es decir, a la exigencia de una resolución lo suficientemente motivada y razonada).

El criterio del Pleno, sin embargo, no ha terminado de cuajar. En los últimos años, el TC ha abordado la cuestión desde una posición nuevamente ambigua, que oscila entre reconducir el examen a criterios de legalidad ordinaria a la luz del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (cuando la norma nacional no se ve desplazada por la europea)<sup>14</sup> y procurar un control más reforzado desde la óptica del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías (cuando el conflicto se salda con la inaplicación de la norma nacional)<sup>15</sup>.

El último<sup>16</sup> episodio en la evolución del TC lo constituye la STC 37/2019, que, como hiciera la STC 194/2006, expresa de forma terminante la existencia de dos criterios distintos en función del resultado alcanzado con la ausencia de cuestión prejudicial.

### 3 · LA ¿NUEVA? DOCTRINA SOBRE LA FALTA DE PROMOCIÓN DE UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL PREVIA A LA INAPLICACIÓN DE UNA NORMA NACIONAL CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN

En el contexto expuesto, la STC 37/2019 anula la STS 2279/2016 al entender que la inaplicación de la norma española por contravenir el Derecho de la Unión requería, de forma obligatoria, el planteamiento previo de una cuestión de prejudicialidad ante el TJUE, toda vez que, en su opinión, existían dudas entre la compatibilidad de ambas normas

que no habían sido resueltas por el TJUE en las Sentencias Federutility y ANODE. Ello, a juicio del TC, vulnera el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías de la AGE y, por ello, resulta inadmisibles en derecho.

La STC 37/2019 expone la doctrina sentada por el TC desde el año 2004 sobre la cuestión, con dos importantes matices: por un lado, otorga a la STC 194/2006 una relevancia que perdió después de que fuera rectificada por el Pleno del TC; por otro, evita recordar el contenido de la STC 78/2010, que, precisamente, modificó aquella. Seguidamente, la STC 37/2019 colige de esa doctrina dos criterios para el control constitucional de la cuestión:

- (i) La inaplicación de una norma nacional por ser contraria al Derecho de la UE sin plantear cuestión prejudicial ante el TJUE cuando exista una “duda objetiva, clara y terminante”<sup>17</sup> vulnera el derecho fundamental al proceso público con todas las garantías. La misma vulneración se produce cuando la inaplicación de la norma española se funda en la aplicación de la doctrina del acto aclarado y, sin embargo, esa doctrina no puede aplicarse porque la cuestión no es materialmente idéntica a la resuelta por el TJUE.
- (ii) La aplicación de una norma nacional por considerarla conforme al Derecho de la UE sin promover previamente una cuestión prejudicial ante el TJUE puede vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva si ello no deriva de una exégesis racional de legalidad ordinaria. Y lo mismo ocurre cuando se contravenga una interpretación auténtica del TJUE sobre una cuestión análoga.

De este modo, la STC 37/2019 establece un doble criterio de control constitucional de la negativa de un órgano jurisdiccional a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE según conduzca a la aplicación de la norma española (en cuyo caso se examinará una eventual vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con base en criterios de legalidad ordinaria) o a su inaplicación (donde existe un control reforzado, pues la apreciación de una mínima duda sobre la compatibilidad vulnera, a juicio del TC, el derecho fundamental al proceso público con todas las garantías). Sobre esa base, la STC 37/2019 concluye que la STS 2279/2016 vulnera el derecho fundamental al proceso público con todas las garantías al haber inaplicado el art. 45.4 de la LSE sin haber promovido la necesaria cuestión prejudicial<sup>18</sup>.

Discrepa de la sentencia el Excmo. Sr. D. Andrés Ollero Tassara, quien, en su voto particular, recuerda que la doctrina del doble canon fue expresamente revocada por la STC 78/2010. El magistrado refiere que, desde la citada sentencia de 2010, existe “*un único canon de razonabilidad*”, sin que las referencias esporádicas a un “doble canon” presentes en algunas resoluciones posteriores incidan en la médula de la doctrina constitucional. Por último, el magistrado señala que, desde una perspectiva constitucional, el pronunciamiento del TC invade la reserva de jurisdicción que establece el art. 117.3 de la CE, puesto que ese Tribunal se convierte en juzgador del fondo del asunto cuando ello no le corresponde.

#### 4 · CONCLUSIÓN

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 (“Should Constitutional Courts be guardians of the duty to make a preliminary reference?”, *Despite our Differences*, 26 de junio de 2019), 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 Dere-

cho 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<sup>19</sup>. 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.

## 5 · BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, Ricardo: “Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)”, *Cuadernos de Derecho Público*, 38, 2012, págs. 11-30.

IZQUIERDO SANS, Cristina: “Amparo constitucional y cuestión prejudicial, ¿un nuevo giro del tribunal constitucional? Comentario a la STC 212/2014, de 18 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 55, 2015.

MANGAS MARTÍN, Araceli, y LIÑÁN NOGUE-RAS, Diego: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Tecnos, 2010, págs. 387 y ss.; y págs. 457 y ss.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel: *El Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Marcial Pons, 2018, págs. 325 y ss.; y págs. 415 y ss.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel: “Should Constitutional Courts be guardians of the duty to make a preliminary reference?”, *Despite our Differences*, 26 de junio de 2019.

## 6 · NOTAS

- 1) “El bono social será considerado obligación de servicio público según lo dispuesto en 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 y será asumido por 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”.
- 2) “En el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como al a protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales (...)”.
- 3) La Sentencia ANODE declaró la incompatibilidad entre intervención estatal en los precios del gas llevada a cabo por el legislador francés con el art. 3.2 de la Directiva 2009/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE, de idéntico tenor literal a su homónimo de la Directiva 2009/72/CE. La Sentencia Federutility, por su parte, declaró la incompatibilidad de la fijación de precios de referencia para el suministro

- tro de gas al consumidor doméstico realizada por el legislador italiano con el art. 3.2 de la Directiva 2003/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 93/30/CE, de contenido similar al art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE.
- 4) La STS 2279/2016 cuenta con el voto particular del Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, que apreciaba una duda objetiva y razonable sobre la incompatibilidad de ambas normas y entendía que no concurrían los supuestos para aplicar la doctrina del acto aclarado.
  - 5) El Auto de 9 de julio de 2019 también cuenta con el voto particular del Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, que cuestiona lo limitado de la pregunta elevada al TJUE y comparte el pronunciamiento del TC.
  - 6) Esta obligación es consecuencia del principio de primacía del Derecho de la Unión, con arreglo al cual los órganos judiciales nacionales deben garantizar la plena efectividad del ordenamiento europeo, llegando incluso a inaplicar las normas nacionales que pudieran contravenirlo: cfr. Sentencia de 9 de marzo de 1978 (C-106/77, EU:C:1978:49), n. 24.
  - 7) Sentencia de 6 de octubre de 1982 (C-283/51, EU:C:1982:335), n. 16.
  - 8) Sentencia de 28 de marzo de 1963 (C-28/62, 29/62 y 30/62, EU:C:1963:6). Esta sentencia, que exige que la aplicación de la doctrina del “acto aclarado” se base en supuestos “*materialmente idénticos*”, fue matizada por la de 6 de octubre de 1982, a partir de la cual el concurso de la doctrina solo requiere que el TJUE haya “*resuelto la cuestión de derecho de que se trata [...] incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas*” (n. 14).
  - 9) El TC examinó la inaplicación de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero, de recargo sobre la tasa fiscal estatal que grava las máquinas tragaperras, que operó el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (el “TSJC”) en su Sentencia de 5 de octubre de 1999 por entender que resultaba contraria a la Directiva 1977/388/CEE, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios y sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido. En concreto, el TSJC, con base en la Sentencia del TJUE de 26 de junio de 1997 (C-370/95, C-371/95 y C-372/95; EU:C:1997:327), entendía que la tasa fiscal del juego regulada por la Ley del Parlamento de Cataluña era contraria a la citada Directiva. Así, el TSJC modificaba el criterio que, con base en la misma Sentencia del TJUE, otros órganos judiciales habían realizado. El TSJC, sin embargo, no promovió una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE, sino que, aplicando la doctrina del acto aclarado, concluyó que de la referida sentencia debía colegirse la incompatibilidad entre ambas normas y la consecuente inaplicación de la norma catalana.
  - 10) En este caso, el Tribunal *a quo* se apoyaba en la doctrina del acto aclarado, si bien la “aclaración” la interpretaba en sentido contrario al acogido por otros órganos jurisdiccionales españoles. Con este planteamiento, el TC señala que la doctrina del acto aclarado no se limita a la existencia de otros pronunciamientos del TJUE, sino a la inexistencia de duda alguna sobre la incompatibilidad entre ambas normas.
  - 11) En esta ocasión, el recurso de amparo se interpuso frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (el “TSJCAN”) de 25 de junio de 2004 (rec. 1568/1999) que estimaba un recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la denegación de una devolución tributaria del Impuesto General Indirecto Canario (el “IGIC”) por entender que la cuantía indebidamente retenida por la Administración se fundaba en una norma legal contraria a Derecho de la Unión. El TSJCAN, sin embargo, no promovió cuestión prejudicial al entender que esa cuestión había sido aclarada por el TJUE en su Sentencia de 7 de mayo de 1998 (EU:C:1998:204) en la que analizó un precepto idéntico de la Ley reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido estatal a la luz de la misma normativa europea que ahora se reputaba infringida, concluyendo con la contradicción entre ambas normas. El TC sentenció que, ante la inaplicación de una ley española, la doctrina del acto aclarado no exime al órgano jurisdiccional de promover la correspondiente cuestión prejudicial.
  - 12) Se plantea una cuestión de hecho análoga a la anterior. En este caso, no obstante, el TC sentenció que, dado que el IGIC está excluido de la aplicación de la normativa tributaria euro-

pea, resulta innecesario el planteamiento de una cuestión prejudicial y, por tanto, no hay vulneración del derecho al proceso público con todas las garantías.

- 13) *“Ya con este punto de partida, ha de señalarse que el Tribunal ha avocado este recurso de amparo para que sea conocido por el pleno [...], a fin de fijar nuestra doctrina sobre la cuestión prejudicial del Derecho comunitario, rectificando la que deriva de la STC 194/2006, de 19 de junio, en los términos que seguidamente se indican”* (FJ 1).
- 14) La Sentencia núm. 212/2014, de 18 de diciembre, señalaba que, cuando el TC controle la decisión de un juez ordinario, debe atender exclusivamente a *“si la resolución judicial está fundada en Derecho y es fruto de una exégesis racional de legalidad ordinaria”*, y aclaraba además que este canon de constitucionalidad *“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 4). La Sentencia del TC núm. 99/2015, de 25 de mayo sumaba a lo anterior que *“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 legalidad ordinaria”*.
- 15) Así, en su Sentencia núm. 27/2013, de 11 de febrero, a pesar de expresar que el control constitucional de la cuestión *“se justifica en una interpretación de la legalidad ordinaria y de la jurisprudencia aplicables en relación con la ejecución interna del Derecho de la Unión Europea”* (FJ 6), finalmente rechazó conceder el amparo porque la falta de promoción de la cuestión prejudicial se había saldado en favor de la norma nacional, recuperando la presunción superada por la STC 78/2010. De forma más evidente, la Sentencia del TC núm. 232/2015, 5 de noviembre, diferencia la preterición de una cuestión de inconstitucionalidad según el juez ordinario aplique o inaplique una norma nacional para establecer que, en el primer caso, se vulnera el derecho al proceso público con todas las garantías si existe una *“duda objetiva, clara y terminante”*, mientras que en el segundo *no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si la decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria*.
- 16) En puridad, penúltimo episodio, pues con posterioridad al 26 de marzo el TC ha dictado otras

once sentencias que resuelven recursos de amparo análogos al conocido en la STC 37/2019 (así, sentencias núm. 46/2019, de 8 de abril; 53, 54 y 58/2019, de 6 mayo; 65, 67, 69 y 70/2019, de 20 de mayo; 77/2019, de 3 de junio; y 81 y 84/2019, de 17 de junio, estas dos últimas, como la aquí comentada, del Pleno del Tribunal).

- 17) Esta duda puede derivar (i) de que exista un criterio generalizado en los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas; (ii) de que no exista jurisprudencia del TJUE sobre las concretas cuestiones suscitadas en el litigio; o (iii) de ambas cosas.
- 18) El TC entiende que lo resuelto en las Sentencias Federutility y ANODE no es materialmente idéntico al supuesto suscitado ante el TS, por cuanto (i) las Directivas interpretadas son distintas a la ahora invocada; (ii) los preceptos examinados se refieren a la intervención estatal de los precios del gas, y no a las obligaciones de contribución al bono social; y (iii), en cualquier caso, el conflicto se suscitaba con leyes extranjeras, no con la LSE española.
- 19) A ello parece referirse muy sutilmente la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Auto de 9 de julio de 2019 cuando concluye su FJ Tercero diciendo lo siguiente: *“entiende el Tribunal Constitucional que en el procedimiento a quo no concurrían los presupuestos necesarios para apreciar que la doctrina emanada en las referidas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea constituía un “acto aclarado” respecto del problema interpretativo suscitado y, por tanto, el órgano judicial no estaba dispensado de plantear cuestión prejudicial ante el mencionado Tribunal de Justicia”*. El magistrado José Manuel Bandrés, en su voto particular al Auto de 9 de julio, contesta a la Sala: *“considero que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se ajusta plenamente a la función jurisdiccional que le atribuye el artículo 161 de la Constitución española [...]. A mi juicio, la decisión del Tribunal Constitucional es, asimismo, respetuosa con el ámbito jurisdiccional que la Constitución reserva al Tribunal Supremo de intérprete supremo del ordenamiento jurídico, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales [...]*”.

CARLOS LORA (\*)

(\*) Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje. doctorando en Derecho por la Universidad de Valladolid