

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## La tormentosa relación del Tribunal Constitucional con el derecho de la Unión Europea (Comentario a la STCo 37/2019)

Por: *D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco*

Socio de Cuatrecasas. Antiguo Magistrado del Tribunal Supremo

**EDC 2020/500023**

### I. Introducción: un cuento de nunca acabar

En mi opinión, el Tribunal Constitucional español sigue sin encontrarse cómodo cuando controla ex art.24 Const -[EDL 1978/3879](#)- la aplicación por los tribunales ordinarios del Derecho de la Unión Europea y sus interactivas relaciones con el ordenamiento jurídico interno. En realidad, como ya he indicado en otra ocasión(1), el máximo intérprete de nuestro texto fundamental parece no encontrar su sitio en el entramado institucional de la Unión Europea.

El embarazo se acentúa cuando, por el cauce del recurso de amparo, se le ha pedido que controle la decisión judicial de sentenciar un litigio en el que está directamente concernido el Derecho comunitario sin dirigirse previamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El último hito de tal desencuentro es la STCo 37/2019, de 26 marzo -[EDJ 2019/542345](#)-, en la que el TCo otorga amparo a la Administración General del Estado por entender que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo vulneró su derecho a un proceso con todas las garantías (art.24.2 Const -[EDL 1978/3879](#)-) al dejar inaplicada una ley interna(2) por considerarla contraria al ordenamiento jurídico de la Unión(3), sin antes plantear cuestión prejudicial de interpretación al TJUE, con arreglo a lo dispuesto en el art.267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -[EDL 1957/52](#)- [«TFUE»](4). El TS había acudido a la doctrina del «acto aclarado»(5) y, en virtud de los principios de primacía y efecto directo, desplazado la norma interna para aplicar la comunitaria.

En sus primeros pronunciamientos sobre el particular, el TCo entendió que esa forma de resolver carecía de incidencia sobre el art.24 Const -[EDL 1978/3879](#)-. Negó dimensión constitucional al problema, razonando que el reenvío prejudicial se regula en una norma del ordenamiento de la Unión Europea, que no es canon de constitucionalidad, por lo que no le incumbía garantizar su respeto, añadiendo, so pretexto de su similitud con la cuestión de inconstitucionalidad, que, como ocurre con esta última, la decisión de acudir al mecanismo prejudicial corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional que resuelve el litigio, de modo que su actuación no puede, en principio, lesionar garantía constitucional alguna(6).

Sin embargo, el TCo dio un golpe de timón y cambió su rumbo mediante la STCo 58/2004, de 19 de abril -[EDJ 2004/23381](#)-, juzgando que se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías si un órgano judicial resuelve un litigio obviando una ley sin plantear cuestión prejudicial ante el TJUE(7). El contenido de esta sentencia dejaba perplejo al lector pues su texto no permitía discernir si, para el TCo, la quiebra constitucional se produjo porque el órgano judicial desplazó la ley interna sin plantear la cuestión prejudicial, estando obligado a ello, o porque se apartó del entendimiento que otros órganos judiciales españoles habían alcanzado de la jurisprudencia del TJUE aplicable al caso(8).

La duda fue despejada en la STCo 194/2006, de 19 de junio -[EDJ 2006/93853](#)-, que otorgó amparo al Gobierno canario porque la Sala de lo Contencioso-Administrativo (con sede en Las Palmas) del Tribunal Superior de Justicia de Canarias descartó, sin plantear cuestión prejudicial, un precepto de la ley autonómica reguladora del impuesto general indirecto canario, que reproducía una norma de la Ley española sobre el IVA, cuya oposición al Derecho comunitario había motivado que el TJUE resolviera (sentencia de 7 de mayo de 1998, Comisión/España, C-124/96, -[EDJ 1998/3255](#)-) que nuestro país había incumplido sus compromisos para con la Unión Europea.

El análisis de estas dos sentencias revela que en el ánimo del TCo estaba considerar que la decisión de un juez ordinario de soslayar por su propia autoridad una norma legal contraria al Derecho de la Unión infringe el art.24 Const -[EDL 1978/3879](#)-, aun cuando no estuviera obligado a dirigirse a título prejudicial al TJUE, posición que, como analizaré más adelante, casa mal con la jurisprudencia comunitaria y con los poderes que atribuye a los jueces nacionales para garantizar la efectividad del ordenamiento jurídico de la Unión.

Parece que el propio TCo lo entendió así en la STCo 78/2010, de 20 de octubre -[EDJ 2010/240730](#)-, que resolvió un recurso de amparo de igual factura que el que había dado lugar a la STCo 194/2006 -[EDJ 2006/93853](#)-. Del contenido de esta sentencia se obtiene que la decisión de un juez ordinario de resolver un litigio, desplazando la norma legal interna para aplicar el Derecho de la Unión, sin plantear cuestión prejudicial ante el TJUE puede vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías cuando el reenvío prejudicial resulta obligado con arreglo a las normas del Derecho de la Unión, según han sido interpretadas por el TJUE, pero no si, en virtud de aquellas normas y esta interpretación, el órgano judicial no está constreñido a hacerlo.

La STCo 78/2010 -EDJ 2010/240730- se apartó claramente de su precedente (la STCo 194/2006 -EDJ 2006/93853-), con la que comparte idéntico supuesto de hecho, llegando a resultados claramente distintos y ofreciendo pautas que permiten calificarla de overruling respecto de la doctrina inaugurada con la STCo 58/2004 -EDJ 2004/23381-, que vino a aquilatar. A partir de la STCo 78/2010 -EDJ 2010/240730- cabía concluir que el problema de constitucionalidad estriba en el hecho de que un juez ordinario no aplique una ley interna haciendo algo que no puede hacer y que pertenece -salvo excepciones, las configuradas por la doctrina Cilfit- a otra instancia: interpretar por su propia autoridad las normas del ordenamiento de la Unión.

El nítido planteamiento de la STCo 78/2010 -EDJ 2010/240730- duró poco tiempo en las salas de deliberaciones de TCo. La STCo 27/2013, de 11 de febrero -EDJ 2013/28037-, retomó el criterio anterior. Abordó un supuesto en el que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, resolviendo en última instancia y estando, por ello, obligada a dirigirse a título prejudicial al TJUE, decidió no hacerlo porque, a su juicio, la exégesis de la norma del Derecho de la Unión que estaba llamada a aplicar resultaba clara. Se trataba, en síntesis, de saber si determinados requisitos señalados en la normativa comunitaria sobre la organización común de los mercados del lino y del cáñamo podían ser completados y adicionados por las regulaciones internas de los Estados miembros. El TS no albergaba duda de que sí podían y, por ello, resultaba aplicable para decidir el litigio una orden de la Junta de Extremadura aprobada al efecto, tesis que la sociedad recurrente no compartía y en cuyo planteamiento dicha orden debió ser preterida para zanjar la contienda, aplicándose directa y exclusivamente la regulación comunitaria. El TCo denegó el amparo porque la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial no condujo a la inaplicación de norma interna alguna (FJ 7º, in fine).

Este último razonamiento «desenmascara» al TCo y pone en evidencia que para él la vulneración de la garantía fundamental no se produce porque el juez resuelva un litigio en el que está implicado el Derecho de la Unión actuando manifiestamente al margen del mismo o sin seguir los cauces interpretativos o de aplicación de insoslayable cumplimiento, sino porque al actuar así deja inaplicada una norma interna. Esta conclusión anunciaba ya la doctrina que el TCo sentaría en la STCo 37/2019 -EDJ 2019/542345-, volviendo al criterio que la STCo 78/2010 -EDJ 2010/240730- había superado. Por lo demás, la STCo 27/2013 -EDJ 2013/28037- suscitaba la duda sobre cuál habría sido la respuesta del TCo si el tribunal ordinario hubiera descartado la norma interna por considerarla contraria al Derecho de la Unión dándose las condiciones Cilfit y no resultando menester, por ello, plantear la cuestión prejudicial.

La duda fue despejada por la STCo 232/2015, de 5 de noviembre -EDJ 2015/207061-. El TCo concluyó en esta sentencia que dejar inaplicada una ley interna, por entender que es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear cuestión prejudicial al TJUE es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías si existe una «duda objetiva, clara y terminante»(9) sobre esa supuesta contradicción. Por el contrario, dejar de suscitar el reenvío prejudicial y aplicar la ley interna supuestamente contraria al Derecho de la Unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria (FJ 5º). Así pues, si no ha intervenido el TJUE a título prejudicial, para el TCo el canon de control es distinto según que el resultado sea la aplicación o la inaplicación de la norma doméstica: cuando el desenlace es este último, la exigencia es más intensa y la intervención del TCo alcanza mayor profundidad.

En estos últimos pronunciamientos, que abandonan el camino, en mi opinión, correcto marcado por la STCo 78/2010 -EDJ 2010/240730- y que retoma el equivocado abierto por la STCo 58/2004 -EDJ 2004/23381-, estaba prefigurada la doctrina que habría de sentarse en la STCo 37/2019 -EDJ 2019/542345- y en sus epígonos(10).

## **II. La STCo 37/2019 -EDJ 2019/542345-: un mal criterio (consolidación de una doctrina problemática)**

La STS cont-adm, sec 3ª, 24-10-16 -EDJ 2016/184449-, dejó inaplicado el art.45.4 L 24/2013 -EDL 2013/247405- (relativo al régimen de financiación del bono social para subvenir a los consumidores vulnerables de energía eléctrica) por resultar incompatible con la Dir 2009/72/CE -EDL 2009/170902- (relativa al mercado interior de la electricidad).

Y lo hizo sin plantear cuestión prejudicial al TJUE porque consideró que, a la vista de la jurisprudencia del propio TJUE(11), resultaba incuestionable esa oposición(12). Aplicó, pues, la doctrina del «acto aclarado», invocando al efecto la jurisprudencia del TJUE que, en determinadas circunstancias, -EDJ 2016/149500- permite a los órganos jurisdiccionales de última instancia resolver un litigio en el que esté implicada la exégesis de una norma del Derecho de la Unión sin previamente dirigirse a título prejudicial al TJUE(13).

La STCo 37/2019 -EDJ 2019/542345- otorga amparo a la Administración General del Estado porque, al actuar así, el TS vulneró su derecho a un proceso con todas las garantías (art.24.1 Const -EDL 1978/3879-). Concluye de tal modo porque, aunque los dos preceptos comunitarios son de contenido coincidente, no se trata de las mismas Directivas (Dir 2009/72 CE -EDL 2009/170902- y Dir 2009/73/CE -EDL 2009/170903-), ni del mismo sector (mercado interior de la electricidad y mercado interior del gas natural); tampoco, en su opinión, eran iguales los problemas abordados en las sentencias Federutility -EDJ 2010/30723-(14) y Anode -EDJ 2016/149500-. Siendo así niega que, «mediante las referidas sentencias, el [TJUE] hubiera aclarado una cuestión idéntica a la suscitada en un caso análogo al enjuiciado» por el TS. Por lo tanto, y siempre en su opinión, no concurrían los presupuestos necesarios para apreciar que la doctrina emanada de las referidas sentencias del TJUE constituía un «acto aclarado» respecto del problema interpretativo suscitado (párrafos antepenúltimo y penúltimo del FJ 6º).

Lo anterior es el colofón de un criterio doctrinal que resume en el último párrafo del FJ 4º del siguiente modo:

a. Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías dejar de aplicar una norma interna (tenga ésta

rango de ley o no) sin plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, cuando exista una «duda objetiva, clara y terminante» sobre esa supuesta contradicción. Tal duda objetiva puede derivar (i) del hecho de existir un criterio generalizado de los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas, que el órgano judicial no desvirtúa mediante una motivación específica; (ii) porque pese a haberse dictado una o más resoluciones por el TJUE referentes a dicha norma nacional, ninguna se ha pronunciado directamente sobre las cuestiones que ahora se plantean; (iii) por la conjunción de ambas circunstancias.

b. Resulta igualmente contrario al derecho a un proceso con todas las garantías, por alteración del sistema de fuentes, inaplicar una norma interna sin plantear cuestión prejudicial ante el TJUE cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del «acto aclarado», en los casos en que tal doctrina no puede ser invocada; es decir, cuando no sea posible afirmar que «la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo» (sentencia Cilfit y otros, ya citada).

c. En sentido contrario a lo anterior, dejar de plantear una cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria.

d. Dejar de aplicar una interpretación auténtica efectuada por el TJUE puede suponer una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso, susceptible de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Entre la doctrina así sentada (en el FJ 4º) y la conclusión alcanzada (en la parte final del FJ 6º), el TCo se embarca (en los FFJJ 5º y 6º) en un análisis de la legalidad a tomar en consideración (el art.3.2 Dir 2009/72/CE -EDL 2009/170902- y el art.45.4 L 23/2013 -EDL 2013/246292-) y del contenido de las sentencias del TJUE. Y este empeño del TCo es el que evidencia lo equivocado de su propuesta. Se arroga el papel del TJUE para precisar el alcance de sus pronunciamientos y ocupa la posición del TS, interpretando preceptos de la legalidad ordinaria y decidiendo si la «temática» (expresión del propio TCo) de las sentencias del TJUE que se invocan como constitutivas de un «acto aclarado» es diferente a la que atañe al caso decidido en el litigio(15).

Y lo hace en dos apodícticos párrafos limitados a constatar que las sentencias Federutility -EDJ 2010/30723- y Anode -EDJ 2016/149500- interpretan el art.3.2 Dir 2009/73 -EDL 2009/170903- (en realidad, la primera atañe a su precedente, el art.3.2 Dir 2003/55 -EDL 2003/30631-), mientras que en el caso resuelto por el TS se trata del art.3.2 Dir 2009/73 -EDL 2009/170903-, y a afirmar que constituyen dos normas situadas en textos normativos diferentes, lo que, por su obviedad, podía haberse ahorrado. Silencia, sin embargo, que el contenido de ambos preceptos es idéntico (sin otra diferencia que la de referirse uno a las «empresas eléctricas» y el otro a las «compañías de gas natural»), que responden a la misma finalidad, consistente en regular las obligaciones de servicio público en dos mercados diferentes (el de la electricidad y el del gas natural), pero íntimamente emparentados; todo ello, con el designio de establecer para ambos sectores normas comunes de transporte, distribución, suministro en el mercado interior, mediante disposiciones armonizadoras aprobadas con idéntico impulso y a través del mismo paquete normativo, siendo publicadas simultáneamente en el DOUE y fijándose iguales plazos de transposición y las mismas fechas de entrada en vigor.

En ningún momento, el TCo dice que el TS no haya motivado suficientemente, y de forma razonada y razonable, su decisión de soslayar la ley interna en uso de las facultades que le atribuye la jurisprudencia del TJUE (doctrina Cilfit). Simplemente discrepa de su decisión, concluyendo que en el caso no cabe hablar de «acto aclarado». Para alcanzar tal desenlace suplanta al máximo órgano jurisdiccional ordinario en nuestro sistema constitucional, se coloca en su posición y con menor bagaje argumental establece su conclusión.

Y creo que este situarse donde no debe (con desconocimientos del art.117.3 -EDL 1978/3879-) es consecuencia de su equivocada doctrina, consistente en afirmar que: (i) se infringe el art.24.2 Const -EDL 1978/3879- cuando un juez ordinario deja inaplicada una norma interna (cualquiera que sea su rango) sin plantear cuestión prejudicial al TJUE porque entiende que concurre la excepción del «acto aclarado», (ii) sin que pueda afirmarse tal cuando la cuestión litigiosa no sea materialmente idéntica a la resuelta por el TJUE en pronunciamientos anteriores, (iii) correspondiendo al TCo el papel de determinar si así ocurre, cualesquiera que sean las razones y los argumentos utilizados y exteriorizados por el juez ordinario.

Nótese que, por el contrario, si, ante el mismo escenario, la decisión de este último es aplicar la norma interna, obviando la del ordenamiento jurídico de la Unión, las exigencias desde el art.24.1 Const -EDL 1978/3879- son menos intensas, bastando con que aquél realice al efecto una exégesis racional.

En definitiva, si, en el contraste entre el Derecho interno y el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, el resultado es la inaplicación de aquél para dar prevalencia a éste, el TCo exige un mayor esfuerzo argumentativo y de motivación hasta el punto de que, desde la perspectiva del art.24 Const -EDL 1978/3879-, se arroga la facultad de revisar in toto la decisión judicial, hasta sus entrañas, porque si no se infringirá el derecho a un proceso con todas las garantías (apartado 2). Si, por el contrario, la operación concluye con la inaplicación del Derecho de la Unión, basta con que el juez presente una exégesis razonable, reduciéndose el papel del TCo al control meramente externo y formal de si está presente una interpretación calificable de tal, pues la garantía fundamental en juego es la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho (apartado 1).

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 -[EDL 1978/3879](#)-, 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 aquélla.

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.

La resolución de los conflictos entre una disposición doméstica y un precepto comunitario forma parte de la tarea propia de los órganos judiciales. La elección de cuál sea la norma aplicable en caso de colisión es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional. Nadie niega que un juez ordinario pueda y deba elegir cuando hay conflicto entre una norma superior y otra que le está infraordenada, entre una anterior y otra posterior, entre una general y una especial, o entre la norma estatal o la autonómica; tan sólo se le demanda que, desde las exigencias inherentes al art.24.1 Const -[EDL 1978/3879](#)-, lo haga mediante un razonamiento jurídico suficiente, razonado y razonable, que no sea resultado de un error patente o de una exégesis arbitraria.

Por ello, resulta difícil de comprender por qué, cuando una de las normas en conflicto forma parte del Derecho de la Unión, integrada, por tanto, en el sistema de fuentes que el juez ha de manejar, interpretar y aplicar (vid. los art.93 y 96 Const -[EDL 1978/3879](#)-), debe el TCo intensificar los controles, haciendo más penetrante su intervención. La incompreensión se mantiene incluso si se trata de decidir el litigio sin acudir al TJUE para que aclare la interpretación de la norma comunitaria porque, a juicio del juez, esa aclaración ya se ha producido, situación en la que la propia jurisprudencia del TJUE le exime de la obligación ex art.267 TFUE -[EDL 1957/52](#)-. En esta situación, insisto, el escenario no cambia y pertenece a la función jurisdiccional determinar, a través de una motivación suficiente, razonable y razonada, que así es. Por lo tanto, el control del TCo tampoco debería cambiar.

Este doble estándar de control puede producir el efecto perverso de incitar a los órganos jurisdiccionales que resuelvan en última instancia a pronunciarse, en caso de duda, a favor de la conformidad de la ley interna con el Derecho de la Unión, creando una suerte de presunción de «conformidad comunitaria» de las leyes(16), algo que está muy lejos de los planteamientos del TJUE y de su jurisprudencia. Se trata de un principio inexistente en el ámbito del Derecho comunitario y cuya construcción por el TCo traslada, creo que erróneamente, al ámbito de la cuestión prejudicial del Derecho de la Unión principios decantados por el máximo intérprete de la Constitución al hilo del control de constitucionalidad de las leyes y, en particular, el de presunción de constitucionalidad.

De otro lado, hay razones más que fundadas para sospechar que la solución alcanzada por el TCo puede ser contraria al ordenamiento jurídico de la Unión Europea y a los principios que lo articulan con los Derechos nacionales.

De entrada, parece desconocer el alcance de la doctrina sentada en la sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (C-106/77) -[EDJ 1978/7394](#)-, con arreglo a la que el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar su plena eficacia dejando, si procede, inaplicadas por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin verse obligado a solicitar o a esperar su derogación por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional.

Recientemente, el TJUE ha resuelto que el principio de primacía del Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que niega competencia a un órgano nacional, creado por ley a fin de garantizar la aplicación del Derecho de la Unión (esa posición de garante la ocupan todos los órganos jurisdiccionales nacionales), competencia para decidir dejar inaplicada una norma de Derecho nacional contraria al Derecho de la Unión [sentencia de 4 de diciembre de 2018, Minister for Justice and Equality y Commissioner of the Garda Síochána (C-378/17) -[EDJ 2018/128280](#)-]. En esta sentencia, por cierto, anterior a la STCo 37/2019 -[EDJ 2019/542345](#)-, recuerda la jurisprudencia Simmenthal como exigencia inherente a la primacía del Derecho de la Unión, subrayando que esa jurisprudencia se desconocería si la solución del conflicto entre la ley interna y la norma comunitaria quedase reserva a una autoridad distinta del juez encargado de la aplicación del Derecho de la Unión, autoridad distinta a la que se invistiera de una facultad de apreciación propia(17).

De otro lado, aunque, en principio, nada se opone a la existencia de un procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de la ley contraria al Derecho comunitario [sentencia de 22 de octubre de 1998, IN.CO.GE y otro (C-10/97 a C-22/97) -[EDJ 1998/18838](#)-], ha de tenerse en cuenta que limita su efectividad condicionar la decisión del juez ordinario, adoptada dentro del ámbito de sus competencias y aplicando los principios decantados en la jurisprudencia del TJUE (entre ellos, los de la doctrina Cilfit), a una previa intervención del Tribunal Constitucional, de manera tal que la decisión de éste opere como presupuesto de procedibilidad de la cuestión prejudicial [sentencias de 27 de junio de 1991, Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), y 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli (C-188/10 y C-190/10) -[EDJ 2010/101644](#)-]. De este modo, el órgano constitucional se sitúa en la posición del juez ordinario, suplantándole.

No puede ser de otra forma si se tiene en cuenta que la determinación de la «comunitariedad» de la norma nacional pertenece a las entrañas de la función jurisdiccional. Bien, previa intervención prejudicial del TJUE, si resulta menester, bien directamente si se dan las circunstancias en las que el TJUE, interpretando el art.267 -[EDL 1957/52](#)-, revela al juez nacional que resuelve en última instancia de la obligación de plantearle la duda interpretativa porque sencillamente no existe. Y en estas tesituras, el control del TCo debe quedar reducido a constatar si, en el ejercicio del su potestad

jurisdiccional, el juez ordinario ha adoptado una decisión fundada en Derecho, razonable y razonada, a través del procedimiento legalmente previsto, con intervención de las partes y sin atisbo alguno de indefensión.

Parece necesario situar el debate en sus precisos términos, a fin de eludir derroteros doctrinales que pueden colisionar con los principios del Derecho de la Unión Europea.

Por lo tanto, en la medida en la que el juez ordinario considere que, a la vista de la doctrina Cilfit, no está obligado a dirigirse al TJUE a título prejudicial porque se encuentra ante un «acto claro» o un «acto aclarado» y resuelve el litigio (cualquiera que sea el sentido, aplicando la norma interna por reputarla conforme con la comunitaria o desplazándola por entenderla contraria a ella) sin intervención previa del TJUE, desde la perspectiva del art.24 Const -EDL 1978/3879- el control que debe llevar a cabo el TCo no es distinto del que, con arreglo a su constante jurisprudencia, realiza cuando los tribunales ordinarios interpretan y aplican la ley: constatar -insisto- si se ha producido una respuesta judicial, razonada y razonable, que no sea producto de un error patente o de una interpretación manifiestamente irrazonable o arbitraria.

Y si al realizar ese control, el TCo se ve obligado a interpretar normas del Derecho de la Unión Europea, en cuanto órgano que resuelve en última instancia y en su condición de juez comunitario, queda obligado ex art.267 TFUE -EDL 1957/52- a dirigirse al TJUE, salvo que se den las condiciones Cilfit. Su posición frente a la norma comunitaria no es distinta que la de cualquier otro órgano jurisdiccional: cuando para desenvolver su poder jurisdiccional necesita interpretar y aplicar normas del Derecho de la Unión o precisar el alcance que de su exégesis haya realizado el TJUE, debe preguntarle, con la excepción de que ese entendimiento sea claro o pueda tenerse por aclarado.

Por lo tanto, si, en el caso de la STCo 37/2019 -EDJ 2019/542345-, el TCo, a diferencia del TS, consideraba que las dos sentencias del TJUE tomadas en consideración por aquel segundo no trataban una cuestión «materialmente idéntica» a la que había de zanjar en el litigio, debió dirigirse a los jueces de Luxemburgo para que precisaran el alcance de dichos dos pronunciamientos. La «materialidad» de la cuestión se refiere a la interpretación de normas del Derecho de la Unión en litigios que tratan sobre su aplicación, y en tal escenario el TCo no tiene mayor legitimidad que el TS. Su posición es la misma. Ambos quedan obligados, con igual intensidad, a plantear al TJUE la correspondiente cuestión prejudicial. Es más, en esa perspectiva el TCo ocupa un papel subordinado: el poder de resolver el litigio, seleccionando la disposición aplicable y, en su caso, solicitar la interpretación del componente comunitario del marco litigioso o tenerlo por claro o aclarado le corresponde al TS, debiendo el TCo limitarse a constatar si el discurso lógico-jurídico seguido por aquél para resolver de uno u otro modo cumple con las exigencias que, según la propia jurisprudencia constitucional, le impone el art.24.1 Const -EDL 1978/3879-.

### III. Epílogo

Ciertamente, el desenlace final en el caso que se encuentra en la base de la STCo 37/2019 -EDJ 2019/542345- no producirá, de inmediato, efectos disfuncionales para la correcta aplicación de las normas comunitarias implicadas y, por ello, para la efectividad del Derecho de la Unión Europea.

Será así porque el TS, como no podía ser de otra forma, ha asumido el mandato que incorpora el último párrafo de FJ 6º de la sentencia constitucional y, mediante auto de 9 de julio de 2019, ha planteado al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales: «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) -EDJ 2010/30723- y sentencia de 7 de septiembre de 2016 (Asunto C-121/15, Anode) -EDJ 2016/149500- resulta compatible con las exigencias establecidas en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE -EDL 2009/170902- una regulación nacional -como la establecida en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre -EDL 2013/247405-, desarrollado luego en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre -EDL 2014/196046- -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 -EDL 2009/170902- una regulación nacional de la que resulta que la obligación de financiación del bono social no se establece con carácter excepcional, ni con un alcance temporal limitado, sino de forma indefinida y sin retorno ni medida compensatoria alguna».

Por lo tanto, más tarde o más temprano, habrá una respuesta del TJUE, pero será a costa de distorsiones institucionales que podrían haberse evitado y, como parece deducirse del contenido de las tan repetidas sentencias Federulity -EDJ 2010/30723- y Anode -EDJ 2016/149500-, en línea con el planteamiento del TS, demorando el otorgamiento de efectividad en el ámbito doméstico al art.3.2 Dir 2009/72/CE -EDL 2009/170902-.

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 intensidad 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. Pero ello daría para otro artículo.

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.

#### **Notas:**

- 1.- Huelin Martínez de Velasco, J., «Una sentencia constitucional ejemplar de Javier Delgado Barrio (Comentario a la STCo 78/2010 -[EDJ 2010/240730](#)-)», en Revista de Administración Pública, núm. 197, mayo-agosto (2015), págs. 223 a 235.
- 2.- El art.45.4 L 24/2013, de 26 diciembre, del Sector Eléctrico -[EDL 2013/247405](#)- (BOE de 28 de diciembre).
- 3.- Al art.3.2 Dir 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas para el mercado interior de la electricidad -[EDL 2009/170902](#)- (DOUE de 14 de agosto de 2009, L 211, p. 55).
- 4.- Texto consolidado publicado en el DOUE de 7 de junio de 2016, C 202, p. 13.
- 5.- Manifestación de la conocida como doctrina Cilfit, que tiene su origen en las sentencia del TJCE 6-10-82, CILFIT y otros (C-283/81) -[EDJ 1982/11559](#)-.
- 6.- STCo 111/1993, de 25 de marzo (FJ 2º) -[EDJ 1993/2984](#)-, 180/1993, de 31 de mayo (FJ 2º) -[EDJ 1993/5188](#)-, 201/1996, de 19 de diciembre (FJ 2º) -[EDJ 1996/7977](#)- y 203/1996, de 9 de diciembre (FJ 2º) -[EDJ 1996/7978](#)-.
- 7.- El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había inaplicado una ley autonómica reguladora de la tasa fiscal sobre el juego sin plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, por considerarla contraria al art.33 de la sexta directiva del IVA.
- 8.- Otros órganos jurisdiccionales habían entendido que la referida norma autonómica no se oponía a la sexta directiva del IVA.
- 9.- La frase entrecomillada es de la STCo 58/2004 -[EDJ 2004/23381](#)-.
- 10.- STCo 46/2019, de 8 de abril -[EDJ 2019/564114](#)-, 53/2019, de 6 de mayo -[EDJ 2019/591714](#)-, 54/2019, de 6 de mayo -[EDJ 2019/593345](#)-, 57/2019, de 6 de mayo -[EDJ 2019/593343](#)-, 58/2019, de 6 de mayo -[EDJ 2019/593346](#)-, 59/2019, de 6 de mayo -[EDJ 2019/593342](#)-, 65/2019, de 20 de mayo -[EDJ 2019/613498](#)-, 66/2019, de 20 de mayo -[EDJ 2019/613497](#)-, 67/2019, de 20 de mayo -[EDJ 2019/613496](#)-, 68/2019, de 20 de mayo -[EDJ 2019/613413](#)-, 69/2019, de 20 de mayo -[EDJ 2019/613696](#)-, 70/2019, de 20 de mayo -[EDJ 2019/613412](#)-, 71/2019, de 20 de mayo -[EDJ 2019/613695](#)-, 77/2019, de 3 de junio -[EDJ 2019/627748](#)-, 81/2019, de 17 de junio -[EDJ 2019/638243](#)- y 84/2019, de 17 de junio -[EDJ 2019/638195](#)-.
- 11.- Sentencias de 20 de abril de 2010, Federutility y otros (C-265/08) -[EDJ 2010/30723](#)-, y 7 de septiembre de 2016, Anode (C-121/15) -[EDJ 2016/149500](#)-.
- 12.- La sentencia Anode había llevado a cabo una interpretación del art.3.2 Dir 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 -[EDL 2009/170903](#)-, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (DOUE de 14 de agosto de 2009, L 211, p. 94), precepto aquel con idéntico contenido que el art.3.2 Dir 2009/72/CE -[EDL 2009/170903](#)-, aplicable en el recurso contenciosoadministrativo decidido por el TS.
- 13.- Sentencias Cilfit y otros, ya citada, 19 de noviembre de 1991, Francovich y Bonifaci (C-6/90 y C-9/90) -[EDJ 1991/12584](#)- y 10 de enero de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).
- 14.- La sentencia Federutility -[EDJ 2010/30723](#)- interpretaba el art.3.2 Dir 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003 -[EDL 2003/30631](#)-, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (DOUE de 15 de julio de 2003, L 176, p. 57), precedente de la Dir 2009/73/CE -[EDL 2009/170903](#)-.
- 15.- La STCo 37/2019 -[EDJ 2019/542345](#)- cuenta con un voto particular en el que el magistrado discrepante (Ollero Tassara) denuncia que la decisión mayoritaria utiliza la doctrina Cilfit a efectos distintos para los que fue creada (favorecer la aplicación de la ley nacional en detrimento del Derecho de la Unión Europea), obligando al TCo a descender a cuestiones de mera legalidad, con la consiguiente invasión de la reserva de jurisdicción del art.117 Const -[EDL 1978/3879](#)-.
- 16.- Vid. Sarmiento Ramírez-Escudero, D., Los Tribunales Constitucionales como garantes de la obligación de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, en «Almacén de Derecho», julio de 2019 ([www.almacenederecho.or](http://www.almacenederecho.or)).
- 17.- Apartado 38, con cita de la sentencia de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten (C-409/06) -[EDJ 2010/168777](#)-.