

EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMUNITARIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y CONSTITUCIONAL: ¿FACULTAD O DEBER?

JUANA MORCILLO MORENO
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

I. INTRODUCCIÓN.—II. ENCUADRE TEMÁTICO: 1. *El reenvío prejudicial: facultad discrecional del juez nacional versus artículo 24 de la Constitución*. 2. *Excepciones a la obligación de remisión prejudicial: impertinencia, acto aclarado y acto claro*. 3. *¿Facultad o deber de remisión prejudicial? Disipación de la distinción*.—III. CONSECUENCIAS DEL NO PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL: 1. *Estado de la cuestión*. 2. *La STC 58/2004: apertura al amparo constitucional*. 3. *La STC 194/2006: seguimiento de la senda marcada*.—IV. LA STC 78/2010, ¿CAMBIO EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL?: 1. *Iter procedimental*. 2. *La Sentencia de instancia*. 3. *Argumentos de las partes*: A) El Gobierno de Canarias. B) El Club de Natación Metropole. C) El Ministerio Fiscal. 4. *Argumentación del Tribunal Constitucional*: A) Sobre la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas jurídico-públicas. B) Sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. C) Sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria, ¿qué rectificación?—V. LA STJUE DE 19 DE ENERO DE 2010.—VI. RECAPITULACIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La STC 78/2010 anuncia una rectificación en la doctrina constitucional relativa a la cuestión prejudicial comunitaria, denegando el amparo constitucional instado por el Gobierno canario en un caso prácticamente idéntico a otro resuelto favorablemente en la STC 194/2006. Pero ¿cómo se fundamenta el cambio de criterio? En este comentario se indaga el verdadero sentido de tal cambio de doctrina, que en realidad sólo afecta a un supuesto concreto: el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria por un juez estatal cuando la normativa comunitaria que entienda vulnerada no sea aplicable en un territorio de ese Estado. A tal efecto, se hace un detenido repaso por los pronunciamientos más relevantes en la materia, no sólo de nuestro Tribunal Constitucional, sino también del Tribunal de Justicia.

Palabras clave: cuestión prejudicial comunitaria; reenvío/remisión prejudicial; primacía; amparo constitucional; tutela judicial efectiva; Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA); Impuesto General Indirecto Canario (IGIC).

ABSTRACT

In its Judgment no. 78/2010 the Constitutional Court of Spain specifically announced a correction concerning its previous doctrine on the European preliminary ruling. In the instant case the Court rejected the request for *constitutional protection* filed by the Autonomous Government of the Canary Islands. However, in a virtually identical case in 2006, the Constitutional Court had ruled in favour of the plaintiff (Judgment no. 194/2006, of June 19). This study aims at discovering the real innovations behind the announcement of a new doctrine. For this purpose, the most significant judgments on the topic have been reviewed, not only the ones issued by the Constitutional Court but also those by the European Court of Justice. The author concludes that the aforementioned correction of the previous doctrine only takes place when it comes to a particular case:

the request by a national Court for a preliminary ruling if the provision allegedly breached were not applicable in a particular territory.

Key words: European preliminary ruling; primacy; constitutional protection; effective judicial protection; Value Added Tax (VAT); Canary Islands General Indirect Tax.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional introduce con sugerentes términos el primero de los fundamentos jurídicos de la STC 78/2010, de 20 de octubre, justificando la avocación del recurso de amparo por el Pleno para fijar su doctrina sobre la cuestión prejudicial del Derecho comunitario y rectificar la que deriva de la STC 194/2006, de 19 de junio. Deja así expectante al lector sobre cuál sea la ¿nueva? doctrina constitucional atinente a la vulneración o no del artículo 24 de la Constitución frente al no planteamiento por el juez nacional de la cuestión prejudicial comunitaria.

Ahora bien, como se analizará, la referida Sentencia no rectifica la doctrina general sobre la cuestión prejudicial comunitaria, sino sólo el aspecto relativo a la obligación o no de su planteamiento por el juez español; y no en cualquier caso, sino únicamente cuando el Derecho de la Unión supuestamente contravenido por la ley estatal no sea aplicable en un cierto territorio del Estado, en este caso en las Islas Canarias¹.

La STC 78/2010 deniega el amparo solicitado por el Gobierno de Canarias frente a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia canario por la supuesta vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE). El principal argumento en que el demandante funda el amparo reside en la inaplicación por el Tribunal de instancia de una ley interna por entenderla contraria al Derecho comunitario sin haber planteado antes la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Justamente esa fue la razón por la que la STC 58/2004, de 19 de abril, otorgó por primera vez en nuestro país el amparo a la Generalidad de Cataluña ante la inaplicación por el Tribunal Superior de Justicia catalán de una ley es-

¹ Al hilo de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que anuncian grandes cambios pero cuyos efectos, finalmente, quedan sustancialmente reducidos, BAÑO LEÓN calificó de «decisión histórica, no tanto por el razonamiento que exterioriza sino por el contenido del fallo» la STC 58/2004, de 19 de abril, primera en admitir el amparo constitucional frente al no planteamiento por el juez español de una cuestión prejudicial comunitaria [vid. José María BAÑO LEÓN (2004), «El Tribunal Constitucional, Juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, pág. 465]. Esta Sentencia, que analizaré posteriormente, ha sido también comentada por Juan Ignacio UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA (2004), «El recurso a la prejudicial (234 TCE) como cuestión de amparo (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril de 2004, que otorga el amparo frente a una vulneración del art. 24 CE originada por incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial comunitaria)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 11, págs. 441 y ss.

pañola que entendía incompatible con el Derecho de la Unión sin plantear previamente la cuestión prejudicial. Y ésa también fue la razón por la que la STC 194/2006, de 19 de junio, con idéntico objeto al de la STC 78/2010, otorgó el amparo al Gobierno canario contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias².

¿Qué ha cambiado entonces? ¿Cómo fundamenta el Tribunal Constitucional su cambio de criterio? ¿Existe algún nuevo elemento a tener en cuenta?

A tales interrogantes daremos respuesta en las siguientes líneas, no sin antes enmarcar debidamente la cuestión.

II. ENCUADRE TEMÁTICO

De sobra es conocido que la cuestión prejudicial comunitaria³ es el máximo exponente de la cooperación entre las jurisdicciones de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A través de ella, el juez nacional que esté conociendo de un proceso cuestiona ante el Tribunal de Justicia la validez de una norma comunitaria aplicable al mismo (cuestión prejudicial de validez) o su interpretación (cuestión prejudicial de interpretación). Se trata, por tanto, de una cuestión prejudicial devolutiva que provoca la suspensión del proceso principal nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la validez o interpretación de la norma comunitaria cuestionada⁴.

La doctrina coincide en destacar la doble finalidad de la cuestión prejudicial comunitaria al garantizar, de un lado, la aplicación e interpretación uniforme del Derecho de la Unión y organizar, de otro, la cooperación judicial entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales⁵.

² La relación entre esos tres pronunciamientos se advierte con claridad en el primer fundamento jurídico de la STC 78/2010 al señalar que «el objeto de este proceso es idéntico al de la STC 194/2006, de 19 de junio, que aplicaba la doctrina general establecida por este Tribunal en su Sentencia 58/2004, de 19 de abril».

³ La actual regulación de la cuestión prejudicial comunitaria se recoge en los artículos 19.3.b) del Tratado de la Unión Europea y 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

⁴ Sobre la naturaleza prejudicial devolutiva de la cuestión prejudicial comunitaria, véase mi trabajo (2005) «Prejudicialidad comunitaria y proceso administrativo: ¿un supuesto más de devolutividad prejudicial? Especificidades de la cuestión prejudicial comunitaria y consecuencias de su no planteamiento por el juez español (STC 58/2004, de 19 de abril)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 247/248, págs. 81 y ss.

⁵ *Vid.*, por todos, Manuel IGLESIAS CABERO (1992), «La cuestión prejudicial y la técnica de su planteamiento», *Derecho Social Comunitario, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXIV, págs. 308 y 309; Araceli MANGAS MARTÍN (1995), «Cuestión prejudicial (Derecho Comunitario)», en *Enciclopedia jurídica básica* (A. MONTOYA MELGAR, Dir.), vol. II, Civitas, Madrid, págs. 1854 y 1855; o Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER y Manuel LÓPEZ ESCUDERO (1997), «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales», *Poder Judicial*, núm. 47, págs. 84 y 85.

1. *El reenvío prejudicial: facultad discrecional del juez nacional versus artículo 24 de la Constitución*

La legitimación para promover la cuestión prejudicial comunitaria la ostenta el órgano jurisdiccional nacional, que puede o, en su caso, debe plantear la misma al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en función de que las decisiones de aquél sean o no susceptibles de ulterior recurso jurisdiccional en el ámbito interno⁶.

El Tribunal de Justicia ha admitido también la legitimación en el planteamiento de la cuestión de órganos no jurisdiccionales tales como los Tribunales económico-administrativos⁷. Éste fue el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de marzo de 2000⁸, que resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña. La cuestión surgió en el seno de un litigio entre varios empresarios y diversos servicios de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria con relación a la deducción del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA) soportado por las operaciones realizadas por los empresarios con anterioridad al inicio de sus actividades. Pues bien, antes de pronunciarse sobre la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia verificó si el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña era o no un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 TCE —actual 267 TFUE—. Para ello, el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta

«un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia»⁹.

Tras examinar uno por uno tales requisitos y apreciar la concurrencia de todos en los Tribunales económico-administrativos, concluyó que el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña debía ser considerado «órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado»¹⁰.

En cualquier caso, el órgano jurisdiccional tiene un poder discrecional o soberano para promover la cuestión, ya que las partes o el fiscal únicamente pueden solicitar a la jurisdicción nacional el planteamiento de la cuestión, sin que de ahí quepa extraer obligación alguna por parte del órgano ju-

⁶ Párrafos 2.º y 3.º del artículo 267 TFUE.

⁷ *Vid.*, al respecto, el interesante estudio de Luis Alberto MALVÁREZ PASCUAL (2000), «La admisibilidad y los efectos de las cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales Económico-Administrativos», *Estudios Financieros: Revista de Contabilidad y Tributación*, núms. 209-210, págs. 3 y ss. Dicho trabajo recibió el primer premio «Estudios Financieros 2000» en la modalidad «Tributación».

⁸ As. Acum. C-110/98 a C-147/98, caso *Gabalfrisa*.

⁹ Fundamento 33.º de la STJCE de 21 de marzo de 2000.

¹⁰ Fundamento 41.º.

risdiccional. Tal poder discrecional se extiende al momento y forma de plantear la cuestión, habiendo sugerido el Tribunal de Justicia su planteamiento cuando los hechos configuradores del asunto estén establecidos y los problemas de Derecho interno ya resueltos. Sólo así podrá disponerse de todos los elementos de hecho y de derecho relevantes para la interpretación del Derecho de la Unión.

En esta línea, el Tribunal Supremo español ha entendido que el planteamiento de la cuestión prejudicial es facultad del juez nacional,

«de modo que su omisión no constituye vicio de forma ni incongruencia denunciabiles por el motivo del apartado 3.º del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional»¹¹,

señalando igualmente que el planteamiento de una cuestión prejudicial innecesaria podría llegar a ser censurable desde la perspectiva del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas recogido en el artículo 24.2 de la Constitución.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha destacado en varias ocasiones que la aludida facultad discrecional de que dispone el juez nacional para plantear la cuestión no contraviene el artículo 24.1 de la Constitución, pues

«la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio»¹².

Sin embargo, a partir de la STC 58/2004 el Tribunal Constitucional ha admitido que la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial pueda, en determinados supuestos, llevar aparejada irremediamente la lesión de las garantías previstas en el artículo 24,

tanto «de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión» como «de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento»¹³.

¹¹ *Vid.*, entre otras, la STS (Sala de lo Cont.-Adm.) de 7 de febrero de 1997 (Rec. Cas. 4584/1993). En ella, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Cataluña contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán, estimatoria del recurso interpuesto al amparo de la Ley 62/1978, sobre petición de colegiación. Al no debatirse la homologación en España del título obtenido en la República Dominicana, sino sólo la constitucionalidad de la denegación de la colegiación desde la perspectiva del principio de igualdad, el Tribunal Supremo entendió que no se suscitaba cuestión alguna sobre la interpretación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ni sobre la validez de los actos emanados de la Comunidad. El artículo 95.1.3.º al que hace referencia la Sentencia es actualmente el 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), que recoge como motivo de casación el «[q]uebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte».

¹² Fundamento jurídico 2.º de la STC 201/1996, de 9 de diciembre.

¹³ Fundamento jurídico 10.º de la STC 58/2004, de 19 de abril. En el caso concreto, como el órgano judicial, de forma aislada y ajena al resto de la doctrina judicial, había apreciado

Así pues, el juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho de la Unión no puede depender sólo de un juicio subjetivo del juzgador, sino que debe estar revestido de ciertas garantías.

2. *Excepciones a la obligación de remisión prejudicial: impertinencia, acto aclarado y acto claro*

Dado el carácter discrecional que el artículo 267 TFUE atribuye a la apreciación de la oportunidad del reenvío prejudicial, los órganos jurisdiccionales de última instancia podrían soslayar la obligación que les impone el párrafo 3.º del referido precepto de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por considerarla innecesaria. El tema no es baladí, pues como consecuencia de tal práctica podrían dictarse resoluciones contradictorias no sólo con las jurisdicciones de otros Estados miembros, sino también con la propia jurisdicción comunitaria.

Por ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, abriéndose camino entre los defensores de la teoría del acto claro¹⁴ y los de la teoría del reenvío automático¹⁵, optó «*por una solución de compromiso*»¹⁶ en la Sentencia *Cil-*

una contradicción entre el Derecho interno y el comunitario, desde ese mismo momento estaba introduciendo una duda en la aplicación del Derecho comunitario donde hasta entonces no existía. Por ello debió haber planteado la cuestión prejudicial, lo que no hizo.

¹⁴ La bibliografía sobre la doctrina del acto claro es copiosa y a ella remitimos un profundo estudio del tema. *Vid.*, por todos, Luigi FERRARI-BRAVO (1965), «Commento all'articolo 177», en *Comentario CEE* (obra colectiva), Milano, págs. 1323 y ss.; Maurice LAGRANGE (1974), «L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire», *Revue trimestrielle de droit européen*, págs. 287 y ss.; o Ernesto VALLEJO LOBETE (1995), «La actualización de la teoría del acto claro», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, D-23, págs. 81 y ss.

Los adeptos a esta doctrina destacan, como argumentos a favor, el ahorro de costes y dilaciones para las partes, la minoración de la sobrecarga en el Tribunal de Justicia y la objetividad de los criterios a tener en cuenta, tales como la claridad y la no dubitación. Sus detractores oponen no sólo el peligro que entraña la disparidad de ordenamientos que componen el comunitario —con distintas versiones oficiales y distintas instituciones—, sino también, de un lado, la subjetividad en la determinación de ciertos conceptos jurídicos —como «acto claro»— y, de otro, la inversión de la operación lógica interpretativa, pues la claridad es la consecuencia de la interpretación y no puede anteceder a ésta.

¹⁵ Esta teoría nació como reacción a la aplicación abusiva que los órganos jurisdiccionales franceses —sobre todo, el Consejo de Estado— estaban haciendo de la doctrina del acto claro. Postula la remisión prejudicial siempre y en todo caso al Tribunal de Justicia, debiéndose abstener el órgano jurisdiccional estatal de hacer cualquier apreciación sobre la eventual duda que le pueda suscitar una disposición comunitaria. A favor, arguyen sus partidarios la reafirmación de la exclusiva competencia del Tribunal de Justicia para interpretar el Derecho comunitario y el efectivo cumplimiento del mandato de uniformidad contenido en el artículo 267 TFUE.

Para un mayor estudio de la teoría del reenvío automático, *vid.*, entre otros, Nicola CATALANO (1983), «La pericolosa teoria dell'atto chiaro. Nota alla Corte di Giustizia CEE di 6.10.82, CILFIT», *Giustizia Civile*, I, págs. 1 y ss., o Francesco CAPOTORTI (1960), «Sur l'interprétation uniforme des Traités européens», *Rivista di Diritto Internazionale*, págs. 3 y ss. Este último fue, además, el abogado general en el caso *Cilfit* y en sus conclusiones se opuso abiertamente a la teoría del acto claro.

¹⁶ Así la denominó Ángel SÁNCHEZ LEGIDO (2000), «El sistema judicial comunitario», en *Instituciones de Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 311.

*fit*¹⁷, admitiendo tres excepciones al imperativo de remisión, aunque sometidas al cumplimiento estricto de ciertos requisitos. En concreto, el Tribunal de Justicia vino a indicar que

«el apartado 3 del artículo 177 debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno está obligado, cuando se plantea ante el mismo una cuestión de Derecho comunitario, a cumplir dicha obligación, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada *no es pertinente* o que la disposición comunitaria de que se trate *ha sido ya interpretada* por el Tribunal o que la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con tal *evidencia* que no da lugar a ninguna duda razonable; (...)».

La primera de las excepciones apuntaba a la pertinencia de la cuestión, esto es, a la conjunción entre la existencia de una duda real de Derecho comunitario y el carácter imprescindible, para el asunto de fondo, de su resolución previa. De ese modo, cuando la cuestión no sea pertinente, decaerá la obligación del reenvío prejudicial.

La segunda excepción hacía referencia a la doctrina del acto aclarado, es decir, al supuesto en que la confusa —a juicio del órgano jurisdiccional nacional— norma comunitaria de aplicación al caso hubiera sido ya interpretada o aclarada por el Tribunal de Justicia en dos o más ocasiones, bien en asuntos prejudiciales, bien en otro tipo de procedimientos¹⁸. En tal caso, tampoco tendrá obligación el juez nacional de plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Finalmente, la tercera exención del imperativo de remisión prejudicial se encontraba en relación directa con la teoría del acto claro. En efecto, cuando la aplicación correcta de las normas comunitarias se imponga con tal evidencia¹⁹ que no dé lugar a ninguna duda razonable, entonces tampoco tendrá el juez nacional que llevar a cabo el reenvío prejudicial. Al hilo de esta última excepción, nuestro Tribunal Constitucional ha venido introduciendo importantes matizaciones desde la STC 58/2004.

¹⁷ STJCE de 6 de octubre de 1982, As. C-283/81.

¹⁸ Aunque la doctrina del acto aclarado había sido ya apuntada en la STJCE de 27 de marzo de 1963, caso *Da Costa*, el Tribunal de Justicia no desaprovechó la ocasión, casi veinte años después, para actualizar su postura con el fin de ampliar el ámbito de aplicación de esta excepción.

¹⁹ La Sentencia *Cilfit* desplazó el concepto de «acto claro» en *pro* del de «acto evidente». Al respecto, si bien a simple vista no parece que haya una clara diferencia entre ambos conceptos, los matices son importantes. Cuando se alude a un «acto claro» se presupone una labor interpretativa previa que conduce a tal claridad, mientras que un «acto evidente» se impone por sí mismo, sin necesidad alguna de interpretación.

3. ¿Facultad o deber de remisión prejudicial? Disipación de la distinción

Antes de analizar las consecuencias jurídicas frente al no planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria, me parece importante llamar la atención sobre el carácter de la distinción entre facultad y deber en su planteamiento. El problema ha sido objeto de debate en el ámbito comunitario²⁰.

El punto de inflexión de la polémica se sitúa en la diferente consideración que los párrafos segundo y tercero del artículo 267 TFUE brindan al reenvío al Tribunal de Justicia de una cuestión prejudicial por el órgano jurisdiccional nacional dependiendo de que éste sea o no un órgano de última instancia. Así, mientras el párrafo segundo reconoce una «*prerrogativa judicial*»²¹ al juez nacional para decidir la procedencia del sometimiento de una concreta cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, el párrafo tercero se refiere al necesario planteamiento de la cuestión por aquellos órganos jurisdiccionales contra cuyas decisiones no quepa ulterior recurso judicial conforme al Derecho interno.

Pues bien, tal distingo ha sido objeto de una interesante controversia doctrinal encarnada por dos frentes: de un lado, aquellos autores que respaldan la mencionada dualidad establecida por el artículo 267 TFUE²² y, de otro, quienes apuestan por una unificación del sistema de remisión prejudicial²³.

El primer grupo de juristas sostiene que la diferenciación entre «derecho al reenvío» y «obligación de reenvío» opera en función de la posibilidad que existe de atacar todavía en el Derecho interno las decisiones provenientes de los órganos jurisdiccionales nacionales²⁴, con lo que la opción —como regla general— y la obligación —para los órganos de última instancia— de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo se encontraría doblemente justificada. De una parte, el órgano jurisdiccional nacional superior que conociera, en su caso, del recurso podría resolver la duda interpretativa

²⁰ Sobre esta problemática puede consultarse mi trabajo (2001) «La cuestión prejudicial comunitaria: la obligación de remisión prejudicial», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 201, págs. 9 y ss. y las referencias bibliográficas y jurisprudenciales en él citadas.

²¹ En palabras de José LUJÁN ALCARAZ (1999), «La interpretación y aplicación del Derecho Comunitario por el Juez Español: La cuestión prejudicial en el orden social (I)», *Aranzadi Social*, núm. 12, pág. 10.

²² Como Manuel CIENFUEGOS MATEO (1998), «La apreciación de la necesidad de plantear una cuestión prejudicial ex artículo 177 del Tratado CE en la jurisprudencia española», *Noticias de la Unión Europea*, núms. 163-164, págs. 9 y ss.; Silvia ORTIZ HERRERA (1997), «Aplicación del Derecho comunitario: La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, págs. 649 y ss.; o Marcos VILLAGÓMEZ CEBRIÁN (1994), *La cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, *passim*.

²³ Entre otros, Miguel PASTOR LÓPEZ (1985), «El incidente prejudicial del Derecho Comunitario Europeo», *Gaceta Jurídica de la CEE*, D-5, págs. 141 y ss.; Mar JIMENO BULNES (1996), *La cuestión prejudicial del art. 177 TCE*, Bosch, Barcelona; o yo misma (2001), «La cuestión prejudicial comunitaria: la obligación de remisión prejudicial», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 201, págs. 9 y ss.

²⁴ Mar JIMENO BULNES (1996: 221).

o de validez acerca del Derecho comunitario que se le planteó al órgano inferior. De otra, siempre quedaría expedita —si la duda continuara sin solución— la vía prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

El segundo de los frentes apuntados aboga por una propuesta atrevida pero, desde mi punto de vista, más garantista con los valores superiores que inspiran nuestro ordenamiento. Sin desmentir los principales argumentos teóricos argüidos por la primera vertiente, la segunda sostiene que la praxis ha difuminado la distinción entre «derecho al reenvío» y «obligación de reenvío», desvaneciéndose la línea divisoria entre «facultad» e «imperativo» en muchos supuestos y equiparándose la capacidad que tienen, en orden al planteamiento de cuestiones prejudiciales comunitarias, todos los órganos jurisdiccionales nacionales, sean o no de última instancia²⁵.

La cuestión estribaría en dilucidar en qué consiste esa «capacidad» que, según se ha indicado, compartirían todos los órganos jurisdiccionales nacionales en el planteamiento prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Pues bien, tal «capacidad» no ha de traducirse en términos de posibilidad, sino en términos de necesidad: lo realmente importante para remitir al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial no será la condición de última instancia del órgano jurisdiccional nacional, sino el carácter imprescindible de la cuestión o la existencia de una duda real²⁶ sobre el Derecho de la Unión, ello con independencia de la instancia en que nos encontremos.

De lo anterior se desprende que cuando cualquier órgano jurisdiccional —sea o no de última instancia— de un Estado miembro esté conociendo de un asunto en el que se plantee una cuestión —de interpretación o validez— acerca del Derecho de la Unión, dicho órgano estará, de hecho, «obligado» a su interposición ante el Tribunal de Justicia siempre que la contestación de éste fuera relevante para la solución del litigio nacional hasta el punto de que el fallo del mismo hubiera de quedar condicionado por aquella respuesta. Del mismo modo, cuando un órgano de última instancia conozca de un asunto respecto del cual se suscite una cuestión que no implique una dificultad real o se trate de una cuestión prescindible que el propio órgano pueda resolver, en ese caso el órgano de última instancia no habrá de plantear la cuestión.

Como derivación del hilo argumental anterior, esta segunda teoría abogaría por una unificación del sistema²⁷ que eliminara la dicotomía entre jurisdicciones nacionales de primer grado y jurisdicciones nacionales supremas, aplicando a ambas el mismo criterio, de modo que la interposición de una concreta cuestión prejudicial fuera obligatoria sólo cuando existiera una dificultad real en la interpretación del Derecho comunitario insalvable por el propio órgano nacional, fuera o no de última instancia.

El paso siguiente pasaría por la articulación de los criterios necesarios para garantizar que tal remisión prejudicial al Tribunal de Justicia cumpliera con

²⁵ Juana MORCILLO MORENO (2001: 11).

²⁶ *Vid.* Miguel PASTOR LÓPEZ (1985: 159).

²⁷ De ahí que PASTOR LÓPEZ apoyara una redacción uniforme de los dos últimos párrafos del artículo 177 TCE —actual 267 TFUE— (Miguel PASTOR LÓPEZ, 1985: 159).

las exigencias mínimas de necesidad, pertinencia e imprescindibilidad. Para ello sería necesario, amén de evitar las cuestiones vanas, apresuradas o mal preparadas, mejorar la aptitud de los jueces nacionales en la resolución del mayor número posible de dudas, asegurándoles una mejor formación en Derecho de la Unión y poniendo a su alcance los medios técnicos necesarios para tener acceso, sin problema alguno y de modo casi inmediato, a la legislación y jurisprudencia comunitarias sobre el tema.

Así pues, aunque en principio la diferenciación entre facultad y deber prevista en el artículo 267 TFUE obedece a razones prácticas, tratando así de evitar el elevado número de cuestiones prejudiciales y el consiguiente retraso en el Tribunal de Justicia, a mi juicio, partiendo de la extensión, de una parte, de la discrecionalidad en el reenvío prejudicial a los jueces «superiores» y, de otra, del imperativo de remisión prejudicial a los «inferiores» en determinados supuestos, podría afirmarse que la distinción referida es más aparente que real²⁸, siendo más adecuada una unificación del sistema para eliminar tal distingo y colocar el punto de inflexión en la duda razonable del juez nacional sobre la validez o el alcance de la norma comunitaria aplicable²⁹.

III. CONSECUENCIAS DEL NO PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

1. *Estado de la cuestión*

Apuntadas las tres excepciones que permitirían al juez nacional no efectuar el reenvío prejudicial (impertinencia, acto aclarado y acto claro), ¿qué ocurriría si un órgano jurisdiccional nacional de última instancia no planteara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia fuera de los supuestos admitidos? ¿Cuáles serían los mecanismos jurídicos para reaccionar frente a tal incumplimiento?

Desde una perspectiva interna, el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) ha venido considerando el arbitrario incumplimiento del imperativo de remisión prejudicial como una violación del derecho al juez legal³⁰ —«juez legal» que en este caso sería el Tribunal de Justicia— susceptible del recurso de amparo³¹. Sirva de ejemplo la Sentencia de 9 de enero de 2001³², en la que el Tribunal Constitucional alemán estimó

²⁸ En sentido análogo, SENÉS MOTILLA califica tal distinción de «artificial» [vid. Carmen SENÉS MOTILLA (1996), *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, McGraw-Hill, Madrid, pág. 154].

²⁹ Juana MORCILLO MORENO (2001: 25).

³⁰ Artículo 101.1 de la Ley Fundamental de Bonn.

³¹ Más de una década antes de la STC 58/2004, ya PASTOR BORGONÓN afirmaba que «*dado que nuestro sistema presenta en este punto muchos paralelismos con el alemán, cabe pensar que este planteamiento podría transponerse al Derecho español*» [Blanca PASTOR BORGONÓN (1993), «Incidencia del Derecho comunitario en el Ordenamiento procesal español», *Gaceta Jurídica de la CEE*, D-19, pág. 30].

³² Citan y comentan esta Sentencia Ricardo ALONSO GARCÍA (2003), *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 291, nota 441, y José María BAÑO LEÓN (2004: 477 y 478).

el amparo contra una Sentencia del Tribunal Federal Administrativo, desestimatoria de la petición de planteamiento de una cuestión prejudicial. Concretamente, este último Tribunal interpretó, por sí solo, que las Directivas 86/45/CEE y 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre reconocimiento mutuo de títulos médicos, no se oponían a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero, sobre medidas para evitar la discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo y a la formación profesional, ni al principio de no discriminación. Según las Directivas 86/45 y 93/16, para optar al título de médico práctico se exigía un período de seis meses a tiempo completo en una clínica. Una licenciada alemana en medicina, tras dos años de residencia en un hospital y haber tenido gemelos, decidió optar por el título de médico práctico. Para ello realizó prácticas durante un año a tiempo parcial con una ocupación media de más del sesenta por ciento respecto a las horas que se exigían para el tiempo completo. El Colegio de Médicos rechazó su solicitud de alta por no haber hecho las prácticas a tiempo completo los seis meses prescritos en las Directivas. Tras plantear recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el Tribunal Federal Administrativo desestimó su pretensión entendiendo que las Directivas 86/45 y 93/16 eran posteriores a la Directiva sobre no discriminación 76/207 y que, en virtud del principio de especialidad, ésa era la solución adecuada. Sin embargo, el *Bundesverfassungsgericht* estimó el recurso de amparo al considerar que el Tribunal Federal debió haber planteado la cuestión prejudicial.

Análogamente a la experiencia alemana, la dogmática jurídica española vino abogando mayoritariamente por la admisión en tales casos del amparo constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, tanto por infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley como por la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías³³. Con todo, algún autor se mostraba reacio a tal posibilidad alegando el carácter limitado de la jurisdicción del Tribunal Constitucional en general y del recurso de amparo en particular, al proteger éste únicamente los derechos fundamentales y no existir, en su opinión, derecho fundamental alguno afectado por la cuestión prejudicial comunitaria³⁴.

Por lo que a nuestro Tribunal Constitucional se refiere, si bien en un primer momento sostuvo que la decisión de plantear o no una cuestión preju-

³³ Vid. Ricardo ALONSO GARCÍA y José María BAÑO LEÓN (1990), «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, pág. 211; Ricardo ALONSO GARCÍA (2003: 283, nota 422); José María BAÑO LEÓN (2004: 468); Silvia BARONA VILAR (1997), «La cuestión prejudicial comunitaria», *La Ley*, vol. 18, núm. 4333, pág. 6; Mar JIMENO BULNES (1996: 328 y ss.); Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER (1993), *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, págs. 91 y ss.; o Juan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ (1994), «Recurso de Amparo, artículo 24 de la Constitución e integración del Derecho Europeo», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 118, págs. 94 y 95.

³⁴ Así, CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA entendía que la admisión del recurso de amparo en los casos indicados podía «suponer un paso más en la desnaturalización del ya “elástico” artículo 24 CE», proponiendo que fueran «otros los medios de reacción» [Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (1992), «Las cuestiones prejudiciales en el orden contencioso-administrativo», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XV, pág. 68].

dicial comunitaria correspondía en exclusiva al juez nacional, sin que ello vulnerase en modo alguno el artículo 24 de la Constitución³⁵, a partir de la STC 58/2004 ha matizado su doctrina admitiendo, en ciertos casos, que la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial comunitaria pueda vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías.

El último de los pronunciamientos significativos dictados en la materia ha sido la STC 78/2010, de 20 de octubre, en cuyo primer fundamento jurídico el Tribunal anuncia que

«el objeto de este proceso es idéntico al de la STC 194/2006, de 19 de junio, que aplicaba la doctrina general establecida por este Tribunal en su Sentencia 58/2004, de 19 de abril»,

añadiendo que es el Pleno el que conoce del recurso de amparo

«a fin de fijar nuestra doctrina sobre la cuestión prejudicial del Derecho comunitario, rectificando la que deriva de la STC 196/2006, de 19 de junio».

Por tanto, la propia STC 78/2010 conecta con las SSTC 58/2004 y 194/2006. De ahí que antes de centrar nuestro análisis en la primera, comentemos brevemente las principales aportaciones de las otras dos.

2. *La STC 58/2004: apertura al amparo constitucional*

La STC 58/2004, de 19 de abril, levantó por primera vez la veda del amparo constitucional frente al no planteamiento por el juez español de la cuestión prejudicial comunitaria³⁶.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo instado por la Generalidad de Cataluña contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán parcialmente estimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido por un titular de una empresa operadora de máquinas recreativas tipo B³⁷. La resolución impugnada inaplicaba —por propia, autónoma y exclusiva decisión— dos leyes posconstitucionales vigentes, a saber: el artículo 38.2.1 de la

³⁵ *Vid.* SSTC 111/1993, de 25 de marzo; 180/1993, de 31 de mayo, y 201/1996, de 9 de diciembre.

³⁶ El Tribunal Constitucional también admitió el amparo, por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, ante la inaplicación por el Tribunal de instancia de las dos leyes cuestionadas sin haber planteado tampoco la cuestión de inconstitucionalidad. Pero en este aspecto la STC 58/2004 no fue pionera.

³⁷ Según el artículo 5.1 del Real Decreto 2110/1998, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, «[s]on máquinas de tipo B aquellas que, a cambio del precio de la partida, conceden al usuario un tiempo de uso o de juego y, eventualmente de acuerdo con el programa de juego, un premio en metálico». El artículo 5.2 permite al Ministerio del Interior incorporar a la definición otras máquinas que incluyan algún elemento de juego, apuesta, envite o azar, siempre que no estén excluidas en el artículo 2.

Ley estatal 5/1990, de 29 de junio, y la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero³⁸. El Tribunal de instancia basó la inaplicación de las normas citadas, de un lado, en la supuesta inconstitucionalidad del artículo citado de la Ley estatal y, de otro, en la pretendida contradicción de la Ley estatal con el Derecho comunitario, lo que invalidaba la aplicación del recargo previsto por la Ley autonómica.

Así las cosas, tras entender que el órgano judicial de instancia había preterido el sistema de fuentes existente sobre el control de normas, tanto por negarse a aplicar los artículos 163 de la Constitución y 234 TCE —actual 267 TFUE— como por desconocer la eficacia de unas normas legales plenamente vigentes, el Tribunal Constitucional concedió el amparo por vulneración del derecho al proceso debido con indefensión. En palabras del máximo intérprete de nuestra Constitución, la decisión judicial cuestionada contravino

«tanto el derecho de la Administración demandante de amparo a un proceso en el que, con todas las garantías, pudiera llegar a declararse en su caso la inconstitucionalidad o la inaplicación de la Ley, como el derecho a no padecer indefensión»³⁹.

Y es que, con su interpretación *sui generis* de la ley⁴⁰, el Tribunal Superior de Justicia catalán se desvinculaba no sólo de la doctrina del Tribunal Supremo, sino —lo que es más grave— de la opinión que había manifestado al respecto el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, el Tribunal catalán había anulado una serie de autoliquidaciones en concepto de tasa fiscal sobre el juego y recargo autonómico por entender que la normativa reguladora de los mismos contravenía el artículo 33 de la Sexta Directiva en materia de armonización fiscal⁴¹ (en adelante, Sexta Directiva); sin embargo, el Tribunal Supremo había declarado previamente la compatibilidad de la referida Directiva con la tasa sobre el juego basándose en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de junio de 1997⁴², pronunciamiento que atribuía al juez nacional un margen de apreciación para comprobar si el tributo controvertido podía gravar la circulación de bienes y servicios de manera comparable al IVA. A partir de ahí, el Tribunal Supremo entendió que la tasa no era equivalente al IVA.

Pues bien, la STC 58/2004 acabó con la reticencia del Tribunal Constitucional a utilizar la infracción del artículo 177 TCE —actual 267 TFUE— como canon de constitucionalidad y puso fin a la rígida separación mantenida

³⁸ El artículo 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria, establecía una nueva cuantía de la tasa fiscal sobre el juego, y la Ley catalana 2/1987, de 5 de enero, creó un recargo autonómico sobre aquella tasa.

³⁹ Fundamento jurídico 14.º *in fine*.

⁴⁰ De «rebeldía judicial» calificó el caso José María BAÑO LEÓN (2004: 468).

⁴¹ Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme.

⁴² As. Acum. C-370/95, C-371/95 y C-372/95, casos *Careda*, *Femara* y *Facomare*.

hasta entonces entre el Derecho interno y el comunitario. Su principal aportación, más que el razonamiento, fue la estimación del amparo, admitiéndose por vez primera la vulneración del artículo 24 de la Constitución frente al indebido no planteamiento de la cuestión prejudicial. Se desvanecía, así, cualquier malinterpretada visión de la discrecionalidad del juez nacional a la hora del reenvío prejudicial. El juez nacional no tiene en su poder una suerte de «cheque en blanco» para decidir si plantear o no la cuestión al margen de cualquier otra valoración; al contrario, y a partir precisamente de la jurisprudencia comunitaria⁴³, ha de tomarse conciencia de cuál es el elemento determinante para entender indebida o no la falta de planteamiento de la cuestión, y que no es otro que el surgimiento de una duda razonable en la aplicación del Derecho de la Unión⁴⁴. Ese es el elemento clave.

Por lo demás, qué duda sea razonable y cuál no es algo que, en principio, sólo podrá determinar cada juez. De ahí la complicación de extraer una teoría general al respecto. No obstante, sería útil sistematizar, justamente a partir de los asuntos que se fueran planteando, los criterios cuya concurrencia pudiera determinar automáticamente el reenvío prejudicial. Se trataría, en suma, de objetivar el concepto de «duda razonable» haciéndolo depender no sólo de un juicio subjetivo del juzgador, sino de otros elementos que garantizaran una aplicación rigurosa del Derecho porque, como dice el Tribunal Constitucional,

«la existencia o inexistencia de una duda (...) no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación»⁴⁵.

En esta línea, hace ya algunos años, ALONSO GARCÍA y BAÑO LEÓN señalaron una serie de supuestos en que era preciso plantear la cuestión prejudicial para no vulnerar el artículo 24 de la Constitución, a saber: a) si el juez nacional inaplicaba una norma comunitaria vigente; b) si, teniendo dudas razonables al respecto, concluía en la validez de una norma comunitaria (siendo juez de última instancia); y c) si resolvía contra la opinión sostenida por el Tribunal comunitario⁴⁶.

Obviamente, en la consecución de una tal objetivación el Tribunal Constitucional está llamado a desempeñar un papel protagonista. Y eso es preci-

⁴³ Téngase en cuenta la doctrina de la referida Sentencia *Cilfit*.

⁴⁴ Líneas atrás señalé que la distinción entre facultad y deber de remisión prejudicial que recogen, respectivamente, los párrafos 2.º y 3.º del artículo 267 TFUE carece de sentido. En realidad, es equiparable la capacidad que tienen todos los órganos jurisdiccionales nacionales, sean o no de última instancia, para plantear la cuestión prejudicial, dependiendo dicha capacidad únicamente de que el juez nacional tenga una duda real e insalvable en la interpretación del Derecho de la Unión (*vid.* Juana MORCILLO MORENO, 2001: 11 y 12, y 2005: 94 y 95).

⁴⁵ Fundamento jurídico 13.º de la STC 58/2004.

⁴⁶ *Vid.* Ricardo ALONSO GARCÍA y José María BAÑO LEÓN (1990: 211).

samente lo que hizo en la STC 58/2004, entendiendo que el Tribunal Superior de Justicia catalán debió plantearse una «duda razonable» al inaplicar la ley vigente, pues con tal decisión se desvió del resto de la doctrina judicial recaída en la materia:

«cuando la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de forma aislada y ajena al resto de la doctrina judicial recaída en la materia, aprecia la contradicción entre el Derecho interno y el comunitario está, de entrada, introduciendo una duda en la aplicación del Derecho comunitario donde hasta ese momento no existía»⁴⁷.

Y es que, aun cuando el Tribunal de instancia no tuvo duda alguna respecto de la incompatibilidad entre la norma nacional y la comunitaria, desde el instante en que asumió una contradicción donde ningún otro órgano judicial la había apreciado, debió plantear la cuestión prejudicial comunitaria para someter al Tribunal de Justicia las causas o motivos por los que, a su juicio, y fuera de los criterios interpretativos sentados previamente, encontraba justificación la incompatibilidad de un Derecho con el otro.

En suma, aunque la decisión de plantear una cuestión prejudicial corresponda, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio, y aunque el no planteamiento de la misma no implique *per se* la lesión de las garantías previstas en el artículo 24 CE —ni de quien pretendía dicho planteamiento sin obtenerlo, ni de quien, sin haberlo solicitado, se viera perjudicado por su no planteamiento—, ello no impide que, en ciertos casos, la falta de remisión prejudicial pueda llevar aparejada la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Y uno de esos casos es precisamente aquel en el que un órgano judicial, de un modo aislado y dispar al resto de la doctrina judicial recaída en la materia, aprecie una contradicción entre el Derecho interno y el comunitario donde ningún otro órgano judicial la haya advertido.

3. *La STC 194/2006: seguimiento de la senda marcada*

Si la STC 58/2004 constituye el antecedente más importante de la STC 78/2010 desde un punto de vista general —al abrir la puerta del amparo constitucional frente a la indebida omisión del reenvío prejudicial—, la STC 194/2006 lo es desde una perspectiva concreta, pues éste fue el pronunciamiento cuya modificación se anunció en la STC 78/2010.

En un caso con idéntico objeto al de la Sentencia de 2010, la STC 194/2006, de 19 de junio, otorgó el amparo al Gobierno canario frente a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias⁴⁸ que había accedi-

⁴⁷ Fundamento jurídico 13.º.

⁴⁸ Dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, en fecha 25 de junio de 2004.

do a la devolución de ingresos indebidos solicitados por el Real Club Náutico de Gran Canaria, devolución previamente desestimada en vía administrativa. La fundamentación de la Sentencia de instancia pasaba por la traslación al Impuesto General Indirecto Canario (en adelante, IGIC) de la doctrina sentada respecto al IVA por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de mayo de 1998⁴⁹.

Pero vayamos por partes.

El artículo que en uno y otro caso dio origen al debate fue el 10.1.13) de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de Modificación de los Aspectos Fiscales del Régimen Económico y Fiscal de Canarias (en adelante, Ley IGIC⁵⁰). Dicho precepto exceptuaba del IGIC aquellos servicios prestados por entidades o establecimientos deportivos privados de carácter social siempre que las cuotas de entrada o periódicas exigidas por ellos fueran inferiores o iguales a un determinado importe⁵¹. Y tal regulación coincidía, salvo por el concreto importe exigido⁵², con lo dispuesto en el artículo 20.1.13) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, Ley IVA).

Así las cosas, la Comisión Europea interpuso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un recurso de incumplimiento contra España por supuesta violación del artículo 13.A.1.m) de la Sexta Directiva⁵³. La Comisión alegaba que el artículo 20.1.13) de la Ley IVA incumplía la Directiva por limitar la exención del IVA de la que disfrutaban las prestaciones directamente relacionadas con la práctica del deporte o de la educación física sólo a aquellas entidades privadas cuyas cuotas de entrada o periódicas no sobrepasaran una determinada cuantía. El Tribunal de Justicia confirmó la infracción señalando, entre otras razones, que la aplicación del importe de las cuotas de entrada o periódicas podía producir resultados contrarios a lo previsto por la Directiva, pues, tal y como señaló el abogado general en sus conclusiones,

«la aplicación de dicho criterio puede tener como consecuencia, por una parte, que a un organismo sin ánimo de lucro no se le reconozca el derecho a disfrutar de la exención prevista en dicha disposición y, por otra, que a un organismo con ánimo de lucro le sea reconocido dicho derecho»⁵⁴.

Por todo ello, el alto Tribunal comunitario condenó a España por incumplimiento en la citada Sentencia de 7 de mayo de 1998.

⁴⁹ As. C-124/96, caso *Comisión contra España*.

⁵⁰ La Ley 20/1991 creó el IGIC.

⁵¹ Importe fijado en 200.000 pesetas para las cuotas de entrada o admisión y 3.000 pesetas mensuales para las cuotas periódicas.

⁵² Las cantidades fijadas en el artículo 20.1.13) de la Ley 37/1992 eran 240.000 pesetas para las cuotas de entrada o admisión y 3.600 pesetas mensuales para las cuotas periódicas.

⁵³ Dicho artículo exime de IVA ciertas actividades de interés general. Entre ellas, se refiere a «determinadas prestaciones de servicios, directamente relacionadas con la práctica del deporte o de la educación física, facilitadas por organismos sin fin lucrativo a las personas que practican el deporte o la educación física» [art. 13.A.1.m) Sexta Directiva].

⁵⁴ Fundamento 17.º de la STJCE de 7 de mayo de 1998.

Como consecuencia de dicho pronunciamiento, y así lo dice su Exposición de Motivos⁵⁵, la Ley 50/1998 modificó, con efectos desde 1 de enero de 1999, la redacción del artículo 20.1.13) de la Ley IVA a fin de eliminar cualquier cuantía condicionante de la exención correspondiente a los servicios deportivos prestados por entidades sin fin lucrativo y de ampliar, así, el ámbito de aplicación de la referida exención. Pero, y éste es un dato importante, la Ley 50/1998 también reformó —en idénticos términos— el artículo 10.1.13) de la Ley IGIC⁵⁶.

Encaadrada normativamente la cuestión, el problema de fondo que se planteó en ambos casos se centraba básicamente en determinar si la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 1998 en relación al IVA podía o no extenderse al IGIC. Ahora bien, con carácter instrumental, la respuesta a dicho interrogante requería analizar si podía el juez español tomar dicha decisión —esto es, extrapolar los efectos de la Sentencia del Tribunal de Justicia al IGIC e inaplicar, en consecuencia, el artículo 10.1.13) de la Ley IGIC (en su redacción anterior al 1 de enero de 1999)— sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad y/o la prejudicial comunitaria.

A partir de ahí, en la STC 194/2006, el Tribunal Constitucional, en primer lugar, aclaró que no podía pronunciarse acerca de la existencia de una eventual contradicción entre la normativa interna y la comunitaria susceptible de justificar la inaplicación de aquélla en beneficio de ésta, pudiendo únicamente concretar si el juez español había adoptado la decisión inaplicativa dentro de su jurisdicción. En segundo, aludió sólo tangencialmente a la falta de planteamiento por el Tribunal canario de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que el mismo no había fundado la parcial inaplicación del artículo 10.1.13) de la Ley IGIC en la vulneración del principio de igualdad. Por último, y aquí radica el *quid* de la resolución, señaló que el artículo 10.1.13) de la Ley IGIC era una disposición legal vigente, no afectada por la declaración del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, razón por la cual el órgano judicial no podía inaplicarla sin plantear previamente bien la cuestión de inconstitucionalidad —si entendía contraria al principio de igualdad la diferencia de trato entre la aplicación del IGIC y del IVA—, bien la cuestión prejudicial comunitaria —si estimaba que la regulación establecida en la Ley IGIC era contraria al Derecho co-

⁵⁵ El párrafo quinto del apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, disponía que «[r]especto del Impuesto sobre el Valor Añadido se adapta la normativa del impuesto a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 (sic) de mayo de 1998, lo que determina la ampliación del ámbito de aplicación de la exención correspondiente a los servicios deportivos prestados por entidades sin fin de lucro».

⁵⁶ En ambos casos (Ley IVA y Ley IGIC) la redacción de la exención quedó del siguiente modo: «Los servicios prestados a personas físicas que practiquen el deporte o la educación física, cualquiera que sea la persona o entidad a cuyo cargo se realice la prestación, siempre que tales servicios estén directamente relacionados con dichas prácticas y sean prestados por las siguientes personas o entidades: a. Entidades de derecho público. b. Federaciones deportivas. c. Comité Olímpico Español. d. Comité Paralímpico Español. e. Entidades o establecimientos deportivos privados de carácter social. La exención no se extiende a los espectáculos deportivos».

munitario—⁵⁷. En este sentido, el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria para inaplicar una norma legal vigente por entenderla contraria al Derecho comunitario resultaba imprescindible en aras al respeto del sistema de fuentes relativo al control de normas, vulnerándose éste al prescindirse de dicho trámite⁵⁸.

En cuanto a la identidad en la redacción de los artículos 20.1.13) de la Ley IVA y 10.1.13) de la Ley IGIC y a su paralelo devenir, el Tribunal Constitucional resaltó que una Sentencia del Tribunal de Justicia no podía justificar la inaplicación de una ley en un territorio en el que la Directiva supuestamente vulnerada no desplegara sus efectos —caso de la Sexta Directiva, no aplicable en las Islas Canarias—, afirmación aún más incontestable si la ley declarada contraria al Derecho comunitario en la Sentencia del Tribunal de Justicia era distinta a la cuestionada en el caso —la Ley IVA frente a la Ley IGIC—. Por todo ello,

«la constatación de que el legislador ha establecido una regulación homogénea de la misma exención en ambos tributos (...) no autoriza al órgano judicial para dejar de aplicar un precepto legal vigente sin acudir a los instrumentos que el Ordenamiento jurídico arbitra para el control de su acomodación a la Constitución o al Derecho comunitario»⁵⁹.

IV. LA STC 78/2010, ¿CAMBIO EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL?

Sin solución de continuidad, puesto que los argumentos jurídicos expuestos en la STC 194/2006 son reproducidos en la STC 78/2010, de 20 de octubre, nos referimos a este último pronunciamiento, no sin antes repasar la senda procedimental seguida por las partes hasta llegar al Tribunal Constitucional.

1. *Iter procedimental*

El Club de Natación Metropole interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia canario —con sede en Las Palmas de Gran Canaria— contra resolución de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias⁶⁰ desestimatoria de la solicitud de devolución de ingresos indebidos correspondientes a las cuotas del IGIC de ciertos ejer-

⁵⁷ Fundamento jurídico 4.º de la STC 194/2006.

⁵⁸ Justamente esta doctrina constitucional ha sido desautorizada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 19 de enero de 2010, a la que me referiré en el epígrafe V de este trabajo.

⁵⁹ Fundamento jurídico 5.º *in fine*.

⁶⁰ Resolución de fecha 11 de noviembre de 1999, dictada en la reclamación económico-administrativa 274/99/3.

cicios económicos anteriores al 1 de enero de 1999⁶¹. Dichas cuotas se habían devengado a raíz de los pagos efectuados por dicha entidad privada por la prestación de servicios a quienes practicaran deporte o educación física. La Consejería de Economía y Hacienda canaria había desestimado la reclamación económico-administrativa por considerar que las Islas Canarias quedaban fuera del sistema común del IVA y que, por tanto, no era aplicable al IGIC lo dispuesto por la Sexta Directiva respecto al IVA.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias estimó el recurso⁶², aplicando al caso la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 1998, básicamente por la semejanza tan obvia entre el IGIC y el IVA, siendo idénticos los preceptos de las leyes reguladoras de ambos impuestos. De ahí que inaplicara el artículo 10.1.13) de la Ley IGIC por contravenir el Derecho comunitario, anulando en consecuencia la resolución impugnada y reconociendo el derecho del Club de Natación Metropole a la devolución de las cantidades debatidas.

Por lo demás, aunque el Gobierno canario recurrió en casación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, éste dictó Auto de inadmisión por razón de la cuantía⁶³ y declaró la firmeza de la Sentencia.

Tras lo cual, el Gobierno de Canarias interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2. *La Sentencia de instancia*

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 28 de mayo de 2004, recurrida en amparo, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Club de Natación Metropole. Para fundar su resolución, el Tribunal canario se apoyó básicamente⁶⁴ en dos pronunciamientos judiciales: uno del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y otro del Tribunal Supremo.

⁶¹ Fecha en que, como se ha apuntado, entró en vigor la reforma operada en la Ley IGIC por la Ley 50/1998.

⁶² Sentencia de 28 de mayo de 2004, Rec. Cont.-Adm. 1566/1999.

⁶³ El Auto es de fecha 8 de junio de 2006, Rec. Cas. 7801/2004. Aplicando el artículo 86.2.b) LJCA, el Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación por ser la cuantía debatida inferior a 25 millones de pesetas (150.000 euros). En el razonamiento jurídico tercero señala que «aunque la cuantía del recurso quedó fijada en la instancia en cantidad superior a 25 millones de pesetas, sin embargo, el acto recurrido trae causa de la solicitud de devolución de ingresos indebidos derivada de una pluralidad de declaraciones-liquidaciones, por importe total de 37.535.921 pesetas (225.595,43 euros), por el concepto de Impuesto General Indirecto Canario, ejercicios 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 1998, ninguna de las cuales, individualmente considerada, supera el umbral cuantitativo de los 25 millones de pesetas».

⁶⁴ La Sentencia también examina —remitiéndose a otras del Tribunal Supremo— las consecuencias patrimoniales que para el Estado tendría la declaración de inconstitucionalidad de una ley, indicando que la única vía para conseguir la reparación de los daños y perjuicios antijurídicos causados por disposiciones o actos dictados en aplicación del precepto legal declarado inconstitucional sería el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador (fundamento jurídico 7.º).

El primero de ellos, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 1998, declaró —ya lo sabemos— el incumplimiento de España por vulnerar el artículo 20.1.13) de la Ley IVA el artículo 13.A.1.m) de la Sexta Directiva. Ello por cuanto el referido precepto de la Ley IVA circunscribía la exención del IVA de que disfrutaban las prestaciones directamente relacionadas con la práctica del deporte o de la educación física sólo a los organismos sin fin lucrativo cuyas cuotas de entrada o periódicas fueran iguales o inferiores a una determinada cuantía. Y tal limitación podía conducir a resultados indeseados por la Directiva.

A partir de ahí, y dada la correspondencia entre el IGIC y el IVA —evidenciada además en la identidad de los preceptos de las leyes reguladoras de ambos impuestos—, según el Tribunal canario, carecería de sentido

«introducir distingos interpretativos entre dos normas idénticas en función del ámbito territorial objeto de aplicación de cada una de ellas. La tesis de la demandada conduciría al absurdo de, por ejemplo, entender inaplicable en Canarias la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en torno a un precepto de la Ley de la Función Pública Aragonesa que fuera igual a otro de la Ley de la Función Pública Canaria»⁶⁵.

La Sentencia de instancia va aún más lejos al señalar que, siendo el artículo 10.1.13) de la Ley IGIC una mera reproducción del artículo 20.1.13) de la Ley IVA,

«la interpretación del primero de los preceptos está sujeta a la doctrina jurisprudencial (*sic*) recaída sobre el segundo de ellos»⁶⁶.

Disiento de este último argumento, pues la sola identidad en la redacción de dos preceptos no es un criterio válido para intercambiar, sin más, la interpretación jurisprudencial referida a uno de ellos. Cuestión distinta es que ése sea el resultado a que aboque la conjunción del criterio gramatical con otros hermenéuticos como el sistemático o el teleológico.

El segundo pronunciamiento judicial en que el Tribunal canario fundó su decisión fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2001⁶⁷. Di-

⁶⁵ Fundamento jurídico 5.º de la STSJ de Canarias de 28 de mayo de 2004, que reproduce en este punto el segundo fundamento jurídico de otra del mismo Tribunal de 14 de mayo de 2004 (Rec. Cont.-Adm. 103/2000). Este último pronunciamiento, en un caso similar al comentado y apenas dos semanas antes, había estimado el recurso contencioso-administrativo planteado por el Real Club de Golf de Las Palmas contra resolución de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias desestimatoria de la solicitud de devolución, por indebido, del ingreso realizado en concepto de IGIC correspondiente al tercer trimestre de 1998.

⁶⁶ Ver nota anterior.

⁶⁷ Dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2.ª), Rec. Cas. 3882/1996. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación planteado por el Real Club Náutico de Vigo

cha resolución decidió un conflicto similar al resuelto por la STC 78/2010. En concreto, el Real Club Náutico de Vigo solicitaba la casación de una Sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de los recursos deducidos por el Club para la devolución de ciertas cuotas correspondientes al IVA aportadas por sus miembros, por entender que las mismas quedaban exentas de dicho impuesto según lo dispuesto en el artículo 13.A.1.m) de la Sexta Directiva.

El Tribunal Supremo estimó el recurso amparándose en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 1998 al resaltar que la exigencia adicional que suponía la limitación cuantitativa de la Ley IVA española no estaba amparada por la Directiva. Otra cuestión debatida —aunque de menor interés para este comentario— fue la consideración de las actividades llevadas a cabo por el Real Club Náutico de Vigo. En este sentido, si bien la Sentencia de instancia había denegado la exención de la Ley IVA al entender que dichas actividades no tenían carácter cívico⁶⁸, el Tribunal Supremo confirmó dicho carácter —el cívico— señalando que ciertos servicios complementarios prestados por la entidad⁶⁹ no destruían su carácter deportivo y la ausencia de ánimo de lucro, notas éstas que sí eran verdaderamente importantes.

Finalmente, el Tribunal Supremo añadía una idea importante al destacar que la Sexta Directiva

«no hace otra cosa que aplicar lo que constituyen aspiraciones generales de la Unión Europea en todo su ámbito normativo: armonizar las legislaciones, configurar los mismos hechos imposables, las mismas exenciones y los mismos sujetos pasivos, incluso en regímenes especiales, siempre sobre la base de estas Disposiciones comunes»⁷⁰.

Así pues, tanto la resolución del Tribunal de Justicia como la del Tribunal Supremo fueron los pilares en los que el Tribunal Superior de Justicia canario cimentó la inaplicación del artículo 10.1.13) de la Ley IGIC por entenderlo contrario al Derecho comunitario, anulando en consecuencia la resolución im-

contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 1995 desestimatoria de los recursos acumulados deducidos por el citado Club contra resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, confirmatorias enalzadas de anteriores acuerdos del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Pontevedra. Estos acuerdos habían denegado la reclamación promovida frente a una resolución de la Delegación de Hacienda de Vigo denegatoria de la solicitud de exención del IVA de las actividades de prestación de servicios a socios y a terceros.

⁶⁸ La Sentencia negaba el carácter cívico del Real Club Náutico de Vigo por no buscar el beneficio de la colectividad en su conjunto, sino el de los individuos asociados, pues dicha entidad «busca proporcionar una serie de servicios, no sólo social, etc., pero exclusivamente para sus asociados, sin que (...) el alquiler eventual de sus instalaciones a Colegios para la práctica de deportes modifique el carácter de organismo dedicado al esparcimiento de unas personas que se caracterizan por ser socios del mismo» (fundamento jurídico 8.º).

⁶⁹ Se refiere al alquiler eventual de sus instalaciones a colegios para la práctica de deportes, ya señalado en la nota anterior.

⁷⁰ Fundamento jurídico 8.º. La cursiva es nuestra.

pugnada y reconociendo el derecho del Club de Natación Metropole a la devolución de las cantidades en litigio.

Ahora bien, tal decisión fue adoptada por el Tribunal de instancia sin plantear ni la cuestión de inconstitucionalidad ante nuestro Tribunal Constitucional⁷¹ ni la cuestión prejudicial comunitaria ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. ¿Actuó correctamente el Tribunal canario? A ello me referiré al examinar la argumentación del Tribunal Constitucional.

3. *Argumentos de las partes*

A) *El Gobierno de Canarias*

El Gobierno canario fundamentó el recurso de amparo en la vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, ambos recogidos en el artículo 24 de la Constitución.

La conculcación del primero de ellos, esto es, de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE⁷²), la funda el demandante en tres motivos, concretamente: infracción del sistema de fuentes vigente sobre el control de normas, exceso de jurisdicción e incongruencia omisiva.

La infracción del sistema de fuentes vigente sobre el control de normas tendría su origen en la inaplicación por el Tribunal de instancia de una norma con rango de ley —concretamente, el artículo 10.1.13) de la Ley IGIC— por entenderla contraria al Derecho comunitario sin plantear previamente la cuestión prejudicial comunitaria ante el Tribunal de Justicia. Y es que, según el demandante, no se podría aplicar al caso la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 1998 por cuanto, de una parte, no se refiere al IGIC sino al IVA y, de otra, las Islas Canarias están fuera del ámbito territorial de aplicación de la Sexta Directiva. Asimismo, el Gobierno canario considera también irrazonada la apelación a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2001, ya que este pronunciamiento se refería al IVA —no al IGIC— y en él se discutía la consideración del prestador de servicios como centro cívico.

El exceso de jurisdicción lo fundamenta el demandante en la extralimitación en sus funciones del Tribunal de instancia al inaplicar el artículo 10.1.13) de la Ley IGIC —estableciendo una exención no prevista por el mismo— y sustituir así la función del legislador, entrando a conocer de una norma con rango legal, no susceptible de recurso contencioso-administrativo.

⁷¹ Nótese que en la interposición del recurso contencioso-administrativo el Club de Natación Metropole había solicitado que el Tribunal Superior de Justicia canario planteara la cuestión de inconstitucionalidad por entender que el artículo 10.1.13) de la Ley IGIC podía ser contrario, entre otros, al artículo 31.1 de la Constitución, según el cual «[t]odos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

⁷² El artículo 24.1 CE señala que «[t]odas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

En cuanto a la incongruencia omisiva, entiende el Gobierno canario que la Sentencia de instancia no se pronunció ni sobre la firmeza de las autoliquidaciones cuya devolución se solicitó —y que fueron denegadas por la Administración— ni sobre la necesidad del previo reconocimiento del carácter social del establecimiento que pretendía acogerse a la exención.

El segundo de los derechos cuya vulneración alega el demandante para justificar el amparo es el derecho al juez legal y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE⁷³). Para ello, nuevamente se refiere a la alteración del sistema de fuentes vigente ante la inaplicación por el Tribunal Superior de Justicia canario de una norma con rango de ley en vigor. Ahora bien, esta vez refuerza el argumento alegando la indebida omisión por el Tribunal de instancia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y/o de la cuestión prejudicial comunitaria, situación que habría colocado al demandante en una situación de indefensión por haberse prescindido de los trámites de audiencia previstos, sea en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁷⁴ (art. 35), sea en el Reglamento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁷⁵ (art. 103).

Pues bien, para reforzar la supuesta infracción de este segundo derecho, el Gobierno canario se remite a la fundamentación jurídica de la STC 194/2006, de 19 de junio, ya analizada, estimatoria de un recurso de amparo en un caso sustancialmente idéntico al que comentamos⁷⁶. En su fundamento jurídico cuarto, el Tribunal Constitucional había admitido que el artículo 10.1.13) de la Ley IGIC

«era una disposición legal vigente y no afectada por la declaración del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de modo que el órgano judicial no podía dejar de aplicarla sin plantear, o bien cuestión de inconstitucionalidad, si entendía contraria al principio de igualdad la diferencia de trato que respecto de la aplicación del impuesto general indirecto canario y el IVA había ocasionado la anulación de los límites a la exención en el ámbito del último de los indicados tributos, o bien cuestión prejudicial, si estimaba que la regulación establecida en el impuesto general indirecto canario sobre el extremo que a los efectos del caso interesan era contraria al Derecho comunitario (...)».

⁷³ El artículo 24.2 CE señala el derecho de todos «al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (...)».

⁷⁴ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

⁷⁵ Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1991.

⁷⁶ Recordemos que el Gobierno de Canarias había recurrido en amparo la STSJ de Canarias de 25 de junio de 2004 por acceder a la devolución de ingresos indebidos solicitados por el Real Club Náutico de Gran Canaria, devolución desestimada en vía administrativa. La Sentencia de instancia extrapoló al IGIC la doctrina sentada respecto al IVA por la STJCE de 7 de mayo de 1998.

La referencia a la STC 194/2006 es importante porque, como venimos anunciando como *leit-motif* en este comentario, el Pleno del Tribunal Constitucional rectificó la doctrina sentada en la misma en la STC 78/2010.

B) *El Club de Natación Metropole*

En respuesta a las alegaciones del Gobierno canario, el Club Náutico Metropole objetó las siguientes razones.

En relación a la posible infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, el Club Náutico entiende que la demandante manipula las consideraciones de la Sentencia de instancia pues aunque ésta, en efecto, afirma que la Sexta Directiva no es aplicable al territorio fiscal de Canarias por estar fuera del sistema común del IVA, argumenta debidamente la extensión de la doctrina del Tribunal de Justicia al caso concreto. En este sentido, y a partir de lo sostenido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de junio de 2001, el Tribunal canario afirma que la Sexta Directiva aplica

«lo que constituyen aspiraciones generales de la Unión Europea en todo su ámbito normativo, las mismas exenciones y los mismos sujetos pasivos, incluso en regímenes especiales, cuando se trate de los mismos impuestos»⁷⁷.

En cuanto a la eventual vulneración del derecho al juez legal y a un proceso con todas las garantías, el Club Náutico Metropole recuerda que el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado en sentido favorable a los intereses del demandante de amparo, situación que provocó el planteamiento de una cuestión prejudicial comunitaria ante el Tribunal de Justicia⁷⁸. Por ello, negar nuevamente la traslación de la doctrina del Tribunal de Justicia al caso conllevaría un fatal retraso porque los pasos a seguir serían los mismos y la cuestión sería sometida al Tribunal comunitario. De ahí que el Club Náutico argumente que el Tribunal Constitucional podría, al resolver el caso, «atemperar su doctrina» a lo que presumiblemente estimará el Tribunal europeo⁷⁹.

⁷⁷ Fundamento jurídico 4.º de la STSJ de Canarias de 28 de mayo de 2004, que reproduce el fundamento jurídico 8.º de la STS de 23 de junio de 2001.

⁷⁸ Se refiere a la STC 194/2006, de 19 de junio. Al anular el Tribunal Constitucional la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia canario de 25 de junio de 2004, las actuaciones volvieron a éste, momento en el que, esta vez sí, planteó la cuestión prejudicial mediante Auto de 26 de noviembre de 2006. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con fecha 16 de abril de 2008, dictó Auto inadmitiendo la petición de decisión prejudicial planteada por quedar los hechos del litigio principal fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, pues el régimen del IGIC, vigente en las Islas Canarias, no se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación de la Sexta Directiva ni *ratione loci* ni *ratione materiae*. Las alegaciones presentadas por el Club Náutico Metropole en fecha 11 de abril de 2008 frente a la demanda de amparo no pudieron tener en cuenta el Auto del Tribunal de Justicia, de fecha posterior.

⁷⁹ No obstante, como se ha indicado en la nota anterior, el Tribunal de Justicia declaró inadmisibles las peticiones de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Por lo demás, las alegaciones del Club de Natación acababan incidiendo en la idéntica redacción, tanto en su origen como tras la modificación de la Ley 50/1998, de las regulaciones de ambos tributos.

C) *El Ministerio Fiscal*

El Ministerio Fiscal sostuvo la estimación del recurso de amparo por cuanto el caso era idéntico al resuelto en la STC 196/2004, debiendo, en consecuencia, ser decidido en los mismos términos.

Para ello, basó la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y al proceso debido, con generación de auténtica indefensión, en la infracción del sistema de fuentes relativo al control de normas. Entiende así que el Tribunal de instancia ha inaplicado una norma con rango legal posterior a la Constitución sin acudir previamente a los instrumentos arbitrados por el ordenamiento jurídico para el control de su acomodación a la Constitución —cuestión de inconstitucionalidad— o al Derecho comunitario —cuestión prejudicial comunitaria—.

4. *Argumentación del Tribunal Constitucional*

La STC 78/2010 se ocupa en esencia de dos importantes asuntos referidos, de un lado, a la titularidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las personas jurídico-públicas —en tanto la parte demandante de amparo es el Gobierno canario— y, de otro, al no planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria.

Con todo, pese a la petición del Club de Natación Metropole, el Tribunal Superior de Justicia canario no planteó tampoco la cuestión de inconstitucionalidad. De ahí que el Gobierno canario objetara en el recurso de amparo la omisión por parte del Tribunal de instancia del planteamiento no sólo de la cuestión prejudicial comunitaria, sino también de la de inconstitucionalidad.

A los tres temas planteados destinamos las siguientes líneas.

A) *Sobre la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas jurídico-públicas*

El Tribunal Constitucional considera que el artículo 24.1 de nuestra Constitución no ampara por igual a los sujetos públicos que a los privados. Por ello, ha limitado la titularidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las personas jurídico-públicas en función de que éstas acudan al Tribunal en defensa de actos dictados en ejercicio de sus potestades exorbitantes o de que lo hagan desprovistas de tales prerrogativas.

En el primer caso, las personas jurídico-públicas no serán titulares del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en todas sus manifestaciones,

sino únicamente de algunos derechos consagrados en el artículo 24 de la Constitución, como el derecho de acceso al proceso —que incluye los derechos de acceso a la jurisdicción y al recurso— y el derecho fundamental a no padecer indefensión procesal —que incluye algunos derechos fundamentales derivados de las garantías procesales previstas en el artículo 24.2—. En el segundo caso, esto es, cuando las personas jurídico-públicas comparezcan ante el Tribunal Constitucional pidiendo justicia como cualquier particular, entonces sí gozarán del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en toda su extensión⁸⁰.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el Gobierno canario acudió a la jurisdicción contencioso-administrativa en defensa de un acto dictado en ejercicio de su potestad tributaria, el Tribunal Constitucional desestimó la supuesta vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. Para ello, diferenció entre el derecho a un proceso con todas las garantías, del que sí era titular el Gobierno canario pero que no consideró vulnerado⁸¹, y el derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho, del que directamente excluyó a la Administración canaria.

B) *Sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad*

Como en la cuestión prejudicial comunitaria, el juez nacional ha de realizar en la cuestión de inconstitucionalidad⁸² un juicio de relevancia para determinar el grado de incidencia de la norma con rango de ley respecto de la que haya surgido la concreta duda —de constitucionalidad en este caso— en el proceso en curso⁸³.

Dicha facultad, para decidir sobre la necesidad o no del planteamiento de la cuestión, es una facultad discrecional⁸⁴. Pero tiene un rasgo singular: el juez

⁸⁰ *Vid.* fundamentos jurídicos 4.º, 5.º y 8.º de la STC 175/2001, de 26 de julio. Esta Sentencia, dictada por el Pleno, contiene un interesante repaso de la doctrina constitucional relativa a la titularidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las personas jurídico-públicas. En el supuesto concreto, el Tribunal Constitucional estimó el amparo instado por la Generalidad de Cataluña contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán que había inadmitido el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Generalidad frente a una resolución del alcalde de Caldes d'Estrac.

⁸¹ La STC 78/2010 no consideró vulnerado ese derecho porque el Gobierno de Canarias fundó su alegación en la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria por el Tribunal canario. Sin embargo, el Tribunal Constitucional concluyó que el planteamiento de la cuestión prejudicial no resultaba procedente y que, por tanto, su omisión no podía lesionar derecho fundamental alguno (fundamento jurídico 7.º).

⁸² La cuestión de inconstitucionalidad aparece regulada con carácter general en el artículo 163 de la Constitución y desarrollada en los artículos 35 y ss. de la LOTC.

⁸³ El juicio de relevancia ha de responder a los mismos fines en ambas cuestiones [*vid.* Isaac IBÁÑEZ GARCÍA (1992), «El juicio de relevancia previo al planteamiento de una cuestión prejudicial», *Noticias de la C.E.*, núm. 85, pág. 32].

⁸⁴ En este sentido, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional han destacado que la cuestión de inconstitucionalidad «es prerrogativa exclusiva e irrevocable del órgano judicial». Así lo subrayó, entre otras, la STC 23/1988, de 22 de febrero, que, no obstante, estimó el amparo por haber inaplicado el Tribunal Central de Trabajo una ley sin haber planteado antes la cuestión de inconstitucionalidad.

nacional puede hacer un juicio positivo de constitucionalidad, esto es, concluir que la norma legal posconstitucional es conforme a la Constitución; pero no puede, siendo la norma cuestionada posconstitucional, hacer un juicio negativo de la misma, esto es, considerarla inconstitucional e inaplicarla sin más trámite. Ahora bien, si la ley fuera preconstitucional, sí podría enjuiciarla —e inaplicarla de entenderla inconstitucional— o, de así decirlo, plantear la cuestión de inconstitucionalidad⁸⁵.

Con todo, a pesar de la referida discrecionalidad, el Tribunal Constitucional ha estimado en varias ocasiones el amparo por entender que la falta de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad vulneraba el artículo 24.1 de la Constitución, entre ellas en la ya citada STC 58/2004⁸⁶. Y, desde luego, lo que no ha tolerado el Tribunal es que, so pretexto del carácter exclusivo e irreversible de la facultad de plantear la cuestión, el juez no razone suficientemente su decisión.

Aclarado lo anterior, la STC 78/2010 únicamente se refiere a la cuestión de inconstitucionalidad para diferenciarla de la cuestión prejudicial comunitaria cuando de la inaplicación de una norma con rango de ley posterior a la Constitución se trate. Distingue, así, la obligación que tiene el juez nacional de plantear la primera de la discrecionalidad de la que goza en el planteamiento de la segunda, pues para inaplicar una ley supuestamente contraria al Derecho de la Unión sólo habrá de tener en cuenta los presupuestos fijados al respecto por la normativa comunitaria, eso sí, a partir de los dictados del Tribunal de Justicia⁸⁷.

La parquedad de la STC 78/2010 podría colmarse conociendo los términos en que se pronunció en torno a la cuestión de inconstitucionalidad la STC 194/2006, pues aquel pronunciamiento reproduce los argumentos de éste. Sin embargo, la STC 194/2006 también pasó de soslayo por la falta de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad al no haber fundado el Tribunal Superior de Justicia canario la inaplicación del artículo 10.1.13) de

⁸⁵ Esta especie de «cuestión de inconstitucionalidad voluntaria» se justificaría por la imposibilidad de que un ordenamiento jurídico pueda, todo él, ser ajustado de un modo inducido y repentino a una norma de rango constitucional. Por más que tras la Constitución se haya procedido a una profunda renovación legal, unas veces disciplinando materias hasta entonces huérfanas de regulación, otras veces modificando el régimen anteriormente existente por infringir los nuevos principios y reglas constitucionales, las normas legales preconstitucionales no contaron con parámetro de constitucionalidad alguno, pudiendo existir normas que, sin haber sido derogadas expresamente, sean incompatibles con nuestra Carta Magna.

⁸⁶ *Vid.* también las SSTC 35/2002, de 11 de febrero, estimatoria del amparo por falta de motivación del rechazo del juez al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y 173/2002, de 9 de octubre. Esta última Sentencia estimó el amparo solicitado por la Generalidad de Cataluña por entender que el Tribunal Superior de Justicia catalán se había exlmitado en sus funciones al inaplicar indebidamente una ley válidamente aprobada —que imponía un recargo autonómico del 20% sobre la tasa fiscal del juego— sin haber planteado previamente la cuestión de inconstitucionalidad, existiendo dudas razonables sobre su compatibilidad con la Constitución [comenta este pronunciamiento Carmen BANACLOCHE PALAO (2004), «STC 173/2002, de 9 de octubre», *Crónica Tributaria*, núm. 10, págs. 182 y ss.].

⁸⁷ A este respecto, hago una nueva llamada de atención a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 2010, que comentaré en el epígrafe V.

la Ley IGIC en la vulneración del principio de igualdad, sino en el paralelismo existente entre dicho precepto y el artículo 20.1.13) de la Ley IVA, extendiendo a aquél la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia respecto de éste. De ahí que el Tribunal Constitucional únicamente se limitara a resaltar el carácter incondicionado de la cuestión de inconstitucionalidad en caso de normas legales posteriores a la Constitución de no poder mantener una interpretación conforme a la misma⁸⁸.

En mi opinión, el Tribunal Superior de Justicia canario debería haber planteado la cuestión antes de inaplicar el artículo 10.1.13) de la Ley IGIC⁸⁹. Y es que si el Tribunal de instancia consideró incongruente que dos normas idénticas fueran objeto de una interpretación diferente, extrapolando a una la interpretación que respecto de la otra había hecho el Tribunal de Justicia —ello sin plantear la cuestión prejudicial comunitaria—, con mayor motivo debería haber dudado de la constitucionalidad del artículo 10.1.13) de la Ley IGIC ante el diferente trato procurado por dicho precepto a los españoles residentes en Canarias respecto del que gozaban los residentes en la Península merced a la interpretación que del artículo 20.1.13) de la Ley IVA había sostenido el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 7 de mayo de 1998. En efecto, la única diferencia entre las normas en cuestión era el distinto ámbito territorial de aplicación de las mismas: la Península en un caso —Ley IVA— y las Islas Canarias en el otro —Ley IGIC—. Por ello, a partir del pronunciamiento comunitario, el Tribunal canario debería haber examinado las regulaciones del IVA y del IGIC y, de no hallar razón alguna justificativa del trato desigual —en particular, en el extremo referido a las exenciones—, haber planteado al Tribunal Constitucional la cuestión, concretamente, por dudar de la conformidad del artículo 10.1.13) de la Ley IGIC con el artículo 31.1 de la Constitución. Según este último precepto,

«[t]odos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

En este sentido, la menor presión fiscal de la imposición indirecta que ha de soportar el territorio insular haría impensable que en un aspecto fundamental para el desarrollo social, como es la práctica del deporte, no se encontraran exentas de imposición indirecta las Islas Canarias y sí el resto del territorio nacional. En el fondo de este argumento subyacen los principios inspiradores del régimen económico y fiscal de Canarias, cuyas circunstancias particulares pretenden lograr un adecuado desarrollo económico y social de

⁸⁸ Fundamento jurídico 5.º de la STC 194/2006.

⁸⁹ El Club de Natación Metropole había instado en el recurso contencioso-administrativo el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. En idéntica línea, en su escrito de alegaciones a la demanda de amparo, también el Ministerio Fiscal objetó la falta de planteamiento de la cuestión por el Tribunal Superior de Justicia canario. El fiscal citaba, para fundar su argumentación, la STC 173/2002, de 9 de octubre.

las Islas, teniendo en cuenta su ubicación ultraperiférica. De ahí la instauración, entre otros, de un sistema basado en una presión fiscal indirecta, diferenciada y menor al resto del Estado español y de la Unión Europea, pero, sin embargo, armonizado con los presupuestos establecidos en el marco europeo para dicha imposición⁹⁰.

Por las razones anteriores, era obligatorio, en mi opinión, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad como paso previo a la inaplicación de una ley vigente posconstitucional. Y ello al margen de que se hubiera o no interpuesto la cuestión prejudicial comunitaria.

C) *Sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria, ¿qué rectificación?*

Llegados a este punto, es hora de retomar los interrogantes planteados a lo largo de este comentario con el fin de darles una respuesta adecuada y cerrar así las líneas argumentativas abiertas. Así pues, ¿cuál es el elemento determinante en base al cual el Tribunal Constitucional cambia de criterio denegando el amparo en un caso —STC 78/2010— prácticamente idéntico a otro resuelto, apenas cuatro años antes, en sentido estimatorio —STC 194/2006—? ¿Actuó correctamente el Tribunal Superior de Justicia canario al inaplicar parcialmente la Ley IGIC —su art. 10.1.13— sin plantear antes ni la cuestión de inconstitucionalidad ni la cuestión prejudicial comunitaria? Como a la cuestión de inconstitucionalidad ya me he referido en el epígrafe anterior, me ocupo ahora de la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria analizando, por tanto, el objeto principal de la Sentencia y desgranando, con ello, el cambio al que la misma alude.

Como avanzamos en la introducción, el propio Tribunal Constitucional precisa en la STC 78/2010 que es el Pleno el que conoce del recurso de amparo para modificar la doctrina constitucional sobre la cuestión prejudicial comunitaria. Pero hay que reconducir dicha rectificación a sus justos términos. De una parte, el Tribunal únicamente se pronuncia sobre un concreto aspecto de la cuestión prejudicial comunitaria cual es el de su planteamiento, esto es, la capacidad que tiene el juez nacional para plantear o no una cuestión prejudicial comunitaria si entiende que una norma nacional es contraria al Derecho comunitario. De otra, y ésta es la limitación que condiciona verdaderamente el pronunciamiento del Tribunal, la rectificación sólo incumbe al supuesto en que la normativa comunitaria supuestamente vulnerada no sea aplicable en un territorio. Y es que el caso aborda la inaplicación por el Tribunal Superior de Justicia canario de una ley nacional que entiende contraria al Derecho comunitario —sin plantear la cuestión prejudicial comunitaria—, pero con el importante dato de que el Derecho comunitario que se presume vulnerado, la Sexta Directiva, no es de aplicación en las Islas Canarias.

⁹⁰ Este fue precisamente uno de los argumentos invocados por el Club de Natación Metropole en el recurso contencioso-administrativo que interpuso ante el Tribunal Superior de Justicia canario.

Pues bien, esta circunstancia —determinante del sentido de la rectificación constitucional y, con ella, del fallo— tiene reflejo en una importante resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada tras la STC 194/2006 —es más, como consecuencia de ella— y justo cuando se estaba gestando el presente recurso de amparo, razón que explica que las partes no pudieran tenerla en cuenta en sus alegaciones. Nos referimos al Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictado por la Sala Octava, de 16 de abril de 2008⁹¹.

Recordemos que, en su STC 196/2004, el Tribunal Constitucional había anulado la Sentencia de instancia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, volviendo a éste las actuaciones. Fue en ese momento cuando el Tribunal canario decidió plantear, esta vez sí, la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia mediante Auto de 26 de noviembre de 2006. La petición fue inadmitida, casi un año y medio después, por entender el Tribunal de Justicia que los hechos del litigio principal quedaban fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, pues

«el régimen del IGIC, vigente en las Islas Canarias, no se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación de la Sexta Directiva ni *ratione loci* ni *ratione materiae*. En efecto, por una parte, el territorio de las Islas Canarias se encuentra fuera del ámbito de aplicación del sistema común del IVA con arreglo al artículo 4, apartado 1, del Reglamento núm. 1911/91 y, por otra parte, (...) el IGIC es un impuesto de naturaleza distinta a la del IVA»⁹².

Por todo ello, y acogiendo este último argumento con expresa referencia al Auto del Tribunal de Justicia, la STC 78/2010 concluyó que, no siendo aplicable al caso el Derecho comunitario ni *ratione loci* ni *ratione materiae*, no era procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria y, por tanto, su omisión no podía generar ni indefensión ni vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías (arts. 24.1 y 2 CE), únicas manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva de las que, por excepción, son titulares las personas jurídico-públicas cuando actúen en ejercicio de sus potestades exorbitantes⁹³.

V. LA STJUE DE 19 DE ENERO DE 2010

En conexión directa con el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria por el juez nacional, como paso previo a la inaplicación de una ley

⁹¹ Asunto C-186/07, cuyo objeto era la petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 TCE, por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el procedimiento entre el Club Náutico de Gran Canaria y la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁹² Fundamento jurídico 18.º del Auto.

⁹³ Fundamento jurídico 5.º *in fine* de la STC 78/2010.

española disconforme al Derecho comunitario, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de enero de 2010⁹⁴ ha aportado nuevos elementos de juicio al respecto.

Hasta ahora, nuestro Tribunal Constitucional venía exigiendo el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria de interpretación ante el Tribunal de Justicia para que un juez nacional pudiera inaplicar una ley española contraria al Derecho de la Unión⁹⁵. No podía, por tanto, inaplicarla *per se*. Sin embargo, la referida Sentencia del Tribunal de Justicia, dictada por la Gran Sala resolviendo una cuestión prejudicial planteada por un juez alemán, ha dado un giro a la jurisprudencia constitucional.

El litigio objeto del procedimiento principal enfrentaba a dos particulares: la señora Seda Küçükdeveci, de un lado, y la empresa Swedex, de otro. Seda Küçükdeveci, nacida el 12 de febrero de 1978, ocupaba un puesto de trabajo en Swedex desde el 4 de junio de 1996. La empresa despidió a la trabajadora mediante carta de 19 de diciembre de 2006, con efecto, habida cuenta del preaviso legal, al 31 de enero de 2007. El empresario calculó el plazo de preaviso como si la trabajadora tuviese una antigüedad de tres años cuando, en realidad, prestaba sus servicios desde hacía diez años.

La señora Küçükdeveci impugnó su despido judicialmente en primera instancia⁹⁶ alegando que el plazo de preaviso debería haber sido de cuatro meses, contados a partir del 31 de diciembre de 2006, es decir, hasta el 30 de abril de 2007, por ser éste el plazo que correspondería a una antigüedad de diez años según dispone el artículo 622.2.1.º.4 del Código Civil alemán⁹⁷ (en adelante, BGB⁹⁸). Ahora bien, el artículo 622.2.2.º del BGB dispone que no se tendrán en cuenta, para calcular la duración del empleo, los períodos de trabajo completados antes de cumplir los 25 años de edad. Según Küçükdeveci, este segundo párrafo constituiría una medida discriminatoria por razón de la edad, contraria al Derecho de la Unión, debiéndose por ello excluir su aplicación.

El órgano jurisdiccional alemán concedor de la apelación⁹⁹ consideró que el artículo 622 del BGB implicaba una diferencia de trato directamente relacionada con la edad, de cuya inconstitucionalidad no estaba convencido, pero cuya conformidad con el Derecho de la Unión sí era discutible. Por ello se preguntó, de una parte, si era contraria a la prohibición de discriminación por razón de la edad —consagrada en el Derecho de la Unión, tanto en el Derecho originario como en la Directiva 2000/78¹⁰⁰— una normativa nacional según la cual los plazos de preaviso a respetar por el empresario se fueran in-

⁹⁴ As. C-555/07, caso *Küçükdeveci*.

⁹⁵ Por no ir más lejos, *vid.* SSTC 194/2006, de 19 de junio, y 58/2004, de 19 de abril.

⁹⁶ Concretamente, ante el *Arbeitsgericht Mönchengladbach*.

⁹⁷ A tenor de dicho precepto, «[e]n caso de despido por el empresario los plazos de preaviso serán los siguientes: (...) 4 meses con efecto al final del mes cuando haya durado 10 años».

⁹⁸ Por su nombre, *Bürgerliches Gesetzbuch*.

⁹⁹ Es decir, el *Landesarbeitsgericht Düsseldorf*.

¹⁰⁰ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

crementando progresivamente en función de la duración del servicio, sin tomar en consideración los tiempos de servicio realizados por el trabajador antes de cumplir los 25 años de edad. De otra parte, y subrayando que la disposición nacional controvertida no era susceptible de una interpretación conforme a la citada Directiva, también se preguntó si, para poderse abstener de aplicar dicha disposición en un litigio entre particulares, debía plantear previamente la cuestión prejudicial comunitaria a fin de garantizar la protección de la confianza legítima de los justiciables; en otros términos, ¿podría inaplicar el órgano jurisdiccional nacional *per se* una legislación contraria al Derecho de la Unión en un litigio entre particulares, o sólo podría inaplicarla después de que el Tribunal de Justicia se hubiera pronunciado sobre la normativa en cuestión o sobre otra esencialmente similar? Éstas fueron, en suma, las dos cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia¹⁰¹.

Pues bien, tras responder a la primera cuestión que la normativa nacional discutida era contraria al principio de no discriminación por razón de la edad, tal y como se concreta en la Directiva 2000/78, procedió a despejar la segunda duda. La conclusión al respecto fue que el juez nacional, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión y como garantista de la plena eficacia de las disposiciones de dicho Derecho —entre ellas, del principio de no discriminación por razón de la edad—, deberá abstenerse de aplicar una disposición nacional que estime incompatible a dicho Derecho,

«sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni estar impedido para hacerlo»¹⁰².

De ese modo, el juez nacional habrá de abstenerse de aplicar la disposición contraria al Derecho de la Unión sin estar obligado a plantear antes la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, aunque, eso sí, pueda hacerlo.

Por otro lado, hay que destacar también una idea importante. De la Sentencia de 19 de enero de 2010 se desprende una clara desvinculación entre la cuestión de inconstitucionalidad y la prejudicial comunitaria. El desmarque de ambas cuestiones tiene su origen en el hecho de que el juez alemán remitente motivara el planteamiento de la segunda cuestión prejudicial en que, con arreglo al Derecho alemán, el juez nacional no podía inaplicar una disposición vigente de la legislación alemana sin que dicha disposición hubiera sido previamente declarada inconstitucional por el *Bundesverfassungsgericht*. De ahí que la Sentencia aclarase que el carácter facultativo de la remisión prejudicial al Tribunal de Justicia será

«independiente de los procedimientos que el Derecho interno imponga al juez nacional para dejar sin aplicación una disposición nacional que estime contraria a la Constitución»¹⁰³.

¹⁰¹ *Vid.* fundamento 17.º de la STJUE de 19 de enero de 2010.

¹⁰² Fundamento 53.º.

¹⁰³ Fundamento 55.º.

Así pues, y trasladando la anterior doctrina a nuestro ordenamiento, el juez español podrá —por el principio de primacía— inaplicar *per se* una ley nacional contraria al Derecho de la Unión sin tener que plantear antes la cuestión prejudicial comunitaria, aunque pueda hacerlo, si así lo decidiese. En ese caso, la facultad de reenvío prejudicial reconocida al juez no podrá transformarse en una obligación por el simple hecho de que el Derecho español impida al juez nacional inaplicar una ley sin haber sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Ello, claro está, siempre que no nos encontremos ante un asunto de inconstitucionalidad de la ley contraria al Derecho de la Unión —cuyo conocimiento se atribuiría al Tribunal Constitucional—, sino ante un supuesto de mera selección del Derecho aplicable, esto es, de determinar la norma que ha de prevalecer y ser aplicada —cuya resolución correspondería a los jueces y tribunales ordinarios—¹⁰⁴.

Por último, y conectando la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 2010 con la STC 78/2010, es preciso aclarar que ésta no denegó el amparo —frente a la inaplicación de una ley sin plantear antes la cuestión prejudicial comunitaria— porque el Tribunal de instancia estuviera convencido de la incompatibilidad del artículo 10.1.13) de la Ley IGIC con la Sexta Directiva —no teniendo, aun pudiendo, que plantear la cuestión—, sino porque la Sexta Directiva no era aplicable ni *ratione loci* ni *ratione materiae* a las Islas Canarias.

VI. RECAPITULACIÓN

Tras analizar la STC 78/2010 y los diferentes pronunciamientos condicionantes de la misma, subyacen tras este comentario dos cuestiones relevantes: una sustantiva y otra formal.

¹⁰⁴ La Sentencia *Simmenthal* (STJCE de 9 de marzo de 1978, As. 106/77) consideró que, por el principio de primacía, el juez nacional debía inaplicar toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria al Derecho comunitario, sin estar obligado a solicitar o a esperar su derogación previa por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional. Esta doctrina salió al paso de otra nacional que obligaba al juez ordinario a plantear la cuestión de inconstitucionalidad si consideraba que la ley nacional era contraria al Derecho comunitario. La identificación de infracción del Derecho comunitario con infracción de la Constitución permitía, en principio, tal conclusión.

Aunque la doctrina *Simmenthal* suscitó algunas reservas iniciales en el Tribunal Supremo español, la STC 28/1991, de 14 de febrero (completada por las SSTC 64/1991, de 22 de marzo, y 180/1993, de 31 de mayo), aclaró el tema argumentando que la contradicción de la ley con el Derecho comunitario no pasaba de ser «un puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, ajeno a la constitucionalidad de la ley». Por tanto, «la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria». De ese modo, el Tribunal Constitucional vino a considerar que la labor de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales es una cuestión excluida de los procesos constitucionales que ante el mismo se sustancien. Sobre este tema, «La facultad del Juez ordinario de inaplicar la Ley interna posterior contraria al Derecho comunitario», núm. 138 de esta REVISTA, págs.203 y ss.

La primera de ellas se refiere al asunto de fondo resuelto por la Sentencia de instancia, concretamente la existencia de una eventual contradicción entre la normativa interna y la comunitaria, susceptible de justificar la inaplicación de aquélla en pro de ésta; ello a raíz de la jurisprudencia comunitaria existente en la materia, capitaneada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de mayo de 1998. Al respecto, y como no podía ser de otra manera, el Tribunal Constitucional no se pronunció por no ser su función la de resolver problemas de legalidad ordinaria.

Por su parte, la cuestión formal hace referencia a si la decisión del juez español, inaplicando la ley nacional vigente por entenderla contraria al Derecho de la Unión, fue adoptada dentro de su jurisdicción, sobre todo por no haber planteado antes ni la cuestión de inconstitucionalidad ni la cuestión prejudicial comunitaria. Pues bien, a esta cuestión sí dio respuesta el Tribunal Constitucional, a nuestro juicio, de la única manera posible habida cuenta de las circunstancias particulares del caso, reducidas a tres. La primera, tratarse de la supuesta vulneración de una Directiva no aplicable en las Islas Canarias. La segunda, referirse a la inaplicación de una ley interna no afectada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 1998. Y la tercera, existencia del Auto del Tribunal de Justicia de 16 de abril de 2008, que inadmitió la petición de decisión prejudicial del Tribunal canario por quedar los hechos del litigio principal fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario —de la Sexta Directiva— *ratione loci* y *ratione materiae*; así pues, no siendo aplicable el Derecho de la Unión en esta materia a las Islas Canarias, no cabía interponer cuestión prejudicial alguna.

En suma, *mucho ruido y pocas nueces*. La rectificación anunciada por el Tribunal Constitucional en la STC 78/2010 lo es únicamente con relación al concreto supuesto resuelto, esto es, al planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria por un juez nacional cuando la normativa europea que entienda vulnerada, en este caso la Sexta Directiva, no sea aplicable en un territorio de la Unión, en este caso las Islas Canarias.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, Consuelo (1995): «La facultad del Juez ordinario de inaplicar la Ley interna posterior contraria al Derecho comunitario», núm. 138 de esta REVISTA, págs. 203 y ss.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo (2003): *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, y BAÑO LEÓN, José María (1990): «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, págs. 193 y ss.
- BANACLOCHE PALAO, Carmen (2004): «STC 173/2002, de 9 de octubre», *Crónica Tributaria*, núm. 10, págs. 182 y ss.
- BAÑO LEÓN, José María (2004): «El Tribunal Constitucional, Juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, págs. 465 y ss.

- BARONA VILAR, Silvia (1997): «La cuestión prejudicial comunitaria», *La Ley*, vol. 18, núm. 4333, págs. 2 y ss.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Manuel (1992): «Las cuestiones prejudiciales en el orden contencioso-administrativo», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XV, págs. 55 y ss.
- CAPOTORTI, Francesco (1960): «Sur l'interprétation uniforme des Traités européens», *Rivista di Diritto Internazionale*, págs. 3 y ss.
- CATALANO, Nicola (1983): «La pericolosa teoria dell'atto chiaro. Nota alla Corte di Giustizia Cee di 6.10.82, CILFIT», *Giustizia Civile*, I, págs. 1 y ss.
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel (1998): «La apreciación de la necesidad de plantear una cuestión prejudicial ex artículo 177 del Tratado CE en la jurisprudencia española», *Noticias de la Unión Europea*, núms. 163-164, págs. 9 y ss.
- FERRARI-BRAVO, Luigi (1965): «Commento all'articolo 177», en *Comentario CEE* (obra colectiva), Milano, págs. 1323 y ss.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac (1992): «El juicio de relevancia previo al planteamiento de una cuestión prejudicial», *Noticias de la CEE*, núm. 85, págs. 31 y ss.
- IGLESIAS CABERO, Manuel (1992): «La cuestión prejudicial y la técnica de su planteamiento», *Derecho Social Comunitario, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXIV, págs. 303 y ss.
- JIMENO BULNES, Mar (1996): *La cuestión prejudicial del art. 177 TCE*, Bosch, Barcelona.
- LAGRANGE, Maurice (1974): «L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire», *Revue trimestrielle de droit européen*, págs. 287 y ss.
- LUJÁN ALCARAZ, José (1999): «La interpretación y aplicación del Derecho Comunitario por el Juez Español: La cuestión prejudicial en el orden social (I)», *Aranzadi Social*, núm. 12, págs. 9 y ss.
- MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto (2000): «La admisibilidad y los efectos de las cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales Económico-Administrativos», *Estudios Financieros: Revista de Contabilidad y Tributación*, núms. 209-210, págs. 3 y ss.
- MANGAS MARTÍN, Araceli (1995): «Cuestión prejudicial (Derecho Comunitario)», en *Enciclopedia jurídica básica* (A. MONTOYA MELGAR, Dir.), vol. II, Civitas, Madrid, págs. 1854 y ss.
- ORTIZ HERRERA, Silvia (1997): «Aplicación del Derecho comunitario: La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, págs. 649 y ss.
- MORCILLO MORENO, Juana: (2001): «La cuestión prejudicial comunitaria: la obligación de remisión prejudicial», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 201, págs. 9 y ss.
- (2005): «Prejudicialidad comunitaria y proceso administrativo: ¿un supuesto más de devolutividad prejudicial? Especificidades de la cuestión prejudicial comunitaria y consecuencias de su no planteamiento por el juez español (STC 58/2004, de 19 de abril)», *Noticias de la Unión Europea*, núms. 247-248, págs. 81 y ss.
- PASTOR BORGONÓN, Blanca (1993): «Incidencia del Derecho comunitario en el Ordenamiento procesal español», *Gaceta Jurídica de la CEE*, D-19, págs. 13 y ss.
- PASTOR LÓPEZ, Miguel (1985): «El incidente prejudicial del Derecho Comunitario Europeo», *Gaceta Jurídica de la CEE*, D-5, págs. 141 y ss.
- RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso (1993): *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid.
- RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso, y LÓPEZ ESCUDERO, Manuel (1997): «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales», *Poder Judicial*, núm. 47, págs. 83 y ss.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel (2000): «El sistema judicial comunitario», en *Instituciones de Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SENÉS MOTILLA, Carmen (1996): *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, McGraw-Hill, Madrid.
- TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel (1994): «Recurso de Amparo, artículo 24 de la Constitución e integración del Derecho Europeo», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 118, págs. 87 y ss.

- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio (2004): «El recurso a la prejudicial (234 TCE) como cuestión de amparo (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril de 2004, que otorga el amparo frente a una vulneración del art. 24 CE originada por incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial comunitaria)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 11, págs. 441 y ss.
- VALLEJO LOBETE, Ernesto (1995): «La actualización de la teoría del acto claro», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, D-23, págs. 81 y ss.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marcos (1994): *La cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario europeo*, Tecnos, Madrid.