

Acerca de la posibilidad y obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial y de inconstitucionalidad: asuntos *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH* y *Global Starnet Ltd.*¹

Susana García Couso

*Letrada del Tribunal Constitucional.
Profesora titular de Derecho constitucional.
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Resumen

Es conocido por todos, el aumento progresivo del planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos judiciales de los Estados miembros ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta situación ha propiciado que estos manifiesten sus dudas, ante el citado Tribunal, acerca de la relación o articulación de dos distintos mecanismos de control: la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad. El objetivo de este comentario es reflexionar sobre las respuestas que el TJUE está dando al respecto. En concreto, sobre la posibilidad u obligación de presentar la cuestión prejudicial cuando se encuentra ya planteada o, incluso, decidida una cuestión de inconstitucionalidad presentada por el mismo órgano judicial ante el Tribunal Constitucional del Estado correspondiente.

Palabras clave

Cuestión prejudicial, cuestión de inconstitucionalidad, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, doble prejudicialidad.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R), y de la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» (DER 2016-81752-REDT), ambos financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Sentencia objeto de comentario

SSTJUE, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück*, C-5/14, de 4 de junio de 2015, y *Global Starnet Ltd. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*, C-322/16, de 20 de diciembre de 2017.

1. Introducción

El presente comentario no analiza el contenido de las Sentencias en su totalidad, sino que reflexiona acerca de una de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE o Tribunal de Justicia) por los órganos judiciales alemán e italiano. En concreto, sobre la posibilidad u obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial cuando ya se encuentra planteada por el mismo órgano judicial, o incluso decidida, una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Estado correspondiente.

Es conocido por todos, el aumento progresivo del planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos judiciales de los Estados miembros acerca de la interpretación del Derecho de la Unión, incluso las planteadas por los propios Tribunales Constitucionales², sobre todo a raíz de la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Ello ha ocasionado que pronunciamientos habituales llevados a cabo por la jurisdicción constitucional, también se produzcan desde el TJUE. La repercusión en las relaciones entre jurisdicciones, como consecuencia del planteamiento de una cuestión prejudicial, es inevitable desde el momento en el que ambas jurisdicciones –constitucional y europea– pueden llegar emitir juicios sobre una misma norma. Esta situación ha propiciado que los órganos judiciales de los Estados miembros planteen al Tribunal de Justicia sus dudas acerca de la posibilidad o incluso la obligación de presentar cuestión prejudicial cuando, tratándose de competencias de la Unión, se adviertan, al mismo tiempo, problemas de constitucionalidad. Es decir, por encontrarse ante situaciones de “doble prejudicialidad”.

Con la Sentencia *Melki y Abdeli* de 22 de junio de 2010, la Gran Sala se pronunció sobre la conformidad, con el Derecho europeo de la Ley francesa que, en el año 2009, establecía el carácter preferente del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad –“*cuestión prioritaria de constitucionalidad*”– ante el Consejo Constitucional francés, respecto de la formulación de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. El TJUE, apoyándose en jurisprudencia anterior, fijará la línea de comportamiento a seguir por los Estados respecto de la relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad. No obstante, tras el dictado de dicha resolución, se han seguido planteando cuestiones prejudiciales acerca de la relación entre ambos procedimientos de control. Por ejemplo, se ha planteado cuestión prejudicial respecto del ordenamiento austriaco como consecuencia de la cual se dictó la STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto A, C-112/13. Con posterioridad, y a consecuencia de las formuladas por los órganos judiciales alemán e italiano, se han dictado las SSTJUE de 4 de junio de 2015, C-5/14, asunto *Kernkraftwerke*

² En España la primera, y a hasta el momento única, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional, lo fue mediante ATC 86/2011, de 9 de junio, como consecuencia del conocimiento de un recurso de amparo, el conocido asunto *Melloni*, que fue resuelto por STC 26/2014, de 13 de febrero, tras el dictado de la STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11.

Lippe-Ems GmbH y de 20 de diciembre de 2017, C-322/16, asunto *Global Starnet Ltd.*, que ahora son objeto de comentario. En estos dos últimos casos, el Tribunal resuelve sobre la posibilidad u obligación del planteamiento de una cuestión prejudicial y una cuestión de inconstitucionalidad sobre una misma norma y por un mismo órgano judicial. Dos asuntos que si bien se encuentran relacionados con los anteriormente citados, tratan facetas nuevas de un mismo problema.

2. Hechos y cuestiones prejudiciales

En el primero de los asuntos –STJUE de 11 de septiembre de 2014–, la sociedad alemana Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH, explotadora de una central nuclear en Lingen (Alemania), presentó una declaración relativa al impuesto sobre combustible nuclear, en la que calculó, de conformidad con las disposiciones de la norma vigente (KernbrStG), un importe de 154.117.745 euros devengado como consecuencia de dicho impuesto. Al mismo tiempo, interpuso, también, ante el tribunal competente (Finanzgericht Hamburg), y tras un procedimiento de oposición contra dicha declaración que fue desestimada, un recurso contra la autoridad fiscal (Hauptzollamt Osnabrück), en el que impugnaba la legalidad de dicho impuesto en atención al Derecho de la Unión. Dicho tribunal había planteado al Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), en un procedimiento paralelo que afectaba a otro explotador de una central nuclear, una cuestión de constitucionalidad en relación con la norma que creaba el citado impuesto (KernbrStG). Estando el procedimiento en curso, el órgano judicial (Finanzgericht Hamburg) decidió suspenderlo y plantear al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales; una de las cuales, la primera de ellas, fue precisamente la relativa a la doble prejudicialidad.

En el segundo asunto –STJUE de 20 de diciembre de 2017–, la Administración italiana adjudicó a *Global Starnet Ltd.* la concesión para la implantación y la explotación operativa de la red de gestión telemática de juegos lícitos mediante máquinas recreativas y de las actividades conexas a ellas. Mediante una ley posterior –Ley n.º 220/2010– se establecieron los requisitos para poder beneficiarse de estas concesiones, que, *a posteriori*, las convertían en menos favorables para la citada empresa. Por dicho motivo, *Global Starnet* interpuso recurso ante el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio (*Tribunale amministrativo regionale per il Lazio*), que fue desestimado³. También interpuso recurso de apelación⁴ que fue estimado parcialmente⁵ por el Consejo Estado italiano, no sin antes

³ Según pone de manifiesto el Abogado General *Wahl*, en las Conclusiones presentadas el 8 de junio de 2017, asunto *Global Starnet Ltd.*, punto 10, el recurso fue estimado parcialmente en la medida en que se refería al Derecho nacional, pero concluyó que no se había infringido la Constitución italiana ni el Derecho de la Unión.

⁴ En dicho recurso se alegaba, en síntesis: (i) la vulneración del principio de protección de la confianza legítima por haber autorizado la introducción de nuevos requisitos que modificaban sustancialmente el contrato de concesión existente, (ii) la vulneración del principio de igualdad de trato por hallarse en una situación de desventaja respecto de los nuevos competidores que no se habían endeudado, (iii) la incompatibilidad de Ley con los principios del Derecho de la Unión que exigen la supresión de todo obstáculo al desarrollo de la libre circulación de bienes y de la libre prestación de servicios, y (iv) la inconstitucionalidad de las disposiciones controvertidas en la medida en que resultaban contrarias a la libertad de empresa (*vid.* Sentencia *Global Starnet Ltd.*, párrafo 8).

⁵ El Consejo de Estado “consideró, en particular, que la referida sociedad se había visto obligada a participar en el nuevo procedimiento de selección pese a que, en virtud de la legislación en vigor en

plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Ley nº 220/2010, que fue desestimada por la Corte Constitucional italiana⁶, devolviendo el asunto al órgano remitente. Fue entonces cuando el órgano jurisdiccional consideró necesario remitir una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia, preguntando con carácter principal sobre la obligación de su planteamiento tras haber sido desestimada la cuestión de inconstitucionalidad, y otra, subsidiaria, sobre el fondo.

Como se apuntaba, en ambas resoluciones se formula por los órganos proponentes, alemán e italiano, una cuestión prejudicial preguntando acerca de la posibilidad del planteamiento de una cuestión prejudicial cuando ya se encuentra interpuesta o decidida otra por el Tribunal Constitucional correspondiente, sobre la misma normativa. En el primer caso, el Tribunal Constitucional alemán todavía no se había pronunciado y, en el segundo, la Corte Constitucional italiana ya lo había hecho. Es de destacar que, en este último caso, la citada Corte se pronunció precisamente acerca de la conformidad de las disposiciones de Derecho nacional con las disposiciones de la Constitución italiana que, según el órgano jurisdiccional remitente, eran, en esencia, las mismas normas de referencia que los arts. 26, 49, 56 y 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y que el art. 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales (CDFUE). En el caso alemán, sin embargo, las cuestiones planteadas eran diferentes.

El órgano judicial alemán formulaba la siguiente cuestión:

“El artículo 267 TFUE, párrafo segundo, en relación con su párrafo primero, letra b), ¿faculta al órgano jurisdiccional de un Estado miembro a plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones que se susciten en el contexto de la legalidad de una ley nacional en relación con la interpretación del Derecho de la Unión también en el caso de que aquel órgano jurisdiccional no solo tenga, por una parte, dudas acerca de la conformidad de esta ley con el Derecho de la Unión sino que, por otra, estime igualmente que dicha ley nacional es contraria a la Constitución nacional, y, por ello, haya acudido ya, en

la fecha del contrato de concesión del que era beneficiaria, no era necesario ningún procedimiento de selección para los concesionarios existentes, imponiéndole un contrato menos favorable de manera ilegal, cuando había procedido a una inversión confiando en que la concesión inicial se mantendría de manera ininterrumpida al tiempo que se permitía el acceso a nuevos competidores” (Sentencia *Global Starnet Ltd.*, párrafo 10).

⁶ Mediante Sentencia n.º 56/2015, de 31 de marzo, la Corte Constitucional declaró, según se dice en el párrafo 10 de la Sentencia *Global Starnet Ltd.*, “que el principio de confianza legítima y la seguridad jurídica son valores protegidos por la Constitución italiana, pero no en términos absolutos e irrenunciables. En lo que concierne a las concesiones de servicios públicos, dicho Tribunal consideró que la posibilidad de una intervención pública mediante la que se modifiquen los requisitos iniciales es inherente a la relación contractual de concesión desde el momento de su establecimiento, lo que es aún más plausible en un ámbito tan delicado como el de los juegos públicos, que merece, a su juicio, una atención especial y permanente del legislador nacional. Por consiguiente, estimó que no se habían vulnerado ni los referidos valores ni la libertad de empresa. Añadió que las exigencias impuestas por las disposiciones controvertidas representan incluso, en el caso de autos, una medida mínima para restablecer el principio de igualdad de trato entre gestores, plenamente justificada por la situación que ocupa el concesionario existente, que goza de una ventaja en la medida en que no se vio obligado a participar en el nuevo procedimiento de selección. Por otro lado, según el referido Tribunal, las disposiciones controvertidas no son, pues, ni manifiestamente incoherentes respecto de los objetivos establecidos por el legislador nacional, ni desproporcionadas respecto del contenido y la naturaleza de la relación contractual de concesión, ni imponen cargas adicionales intolerables. Por último, la Corte constitucional (...) declaró que la supuesta pérdida de todo o parte del capital invertido constituye, a lo sumo, una consecuencia únicamente indirecta de las obligaciones de gestión impuestas por las disposiciones impugnadas y, en cuanto tal, está excluida del ámbito de protección del derecho a ser indemnizado”.

un procedimiento paralelo, ante el Tribunal Constitucional –único competente, en virtud del Derecho nacional, para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes–, que, sin embargo, no se ha pronunciado todavía?”.

La Sala Tercera resolvió, en la STJUE de 4 de junio de 2015, que:

“El artículo 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que albergue dudas acerca de la compatibilidad de una normativa nacional, tanto con el Derecho de la Unión como con la Constitución del Estado miembro de que se trate, no está privado de la facultad ni, en su caso, exento de la obligación de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones sobre la interpretación o la validez de ese Derecho por el hecho de que esté pendiente un procedimiento incidental de control de la constitucionalidad de esa misma normativa ante el órgano jurisdiccional nacional encargado de ejercer ese control”.

En el segundo de los casos, sin embargo, el Consejo de Estado pregunta, “[c]on carácter principal”:

¿puede interpretarse el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, en el sentido de que el órgano jurisdiccional de última instancia no tiene una obligación incondicional de plantear una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho de la Unión cuando, en el marco del mismo procedimiento, la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) ya haya apreciado la constitucionalidad de la legislación nacional basándose, en esencia, en los mismos parámetros normativos cuya interpretación se solicita al Tribunal de Justicia, aunque sean formalmente distintos dado que están consagrados en normas de la Constitución y no de los Tratados europeos?”.

La STJUE de 20 de diciembre de 2017, dictada por la Sala Primera, resolvió que:

“El artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial está obligado, en principio, a plantear una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho de la Unión aun cuando, en el marco del mismo procedimiento nacional, el tribunal constitucional del Estado miembro de que se trate haya apreciado la constitucionalidad de las normas nacionales a la luz de normas de referencia de contenido análogo a las del Derecho de la Unión”.

3. Comentario

Como ya ha quedado apuntado en páginas anteriores, el Tribunal de Justicia dictó, en el año 2010, una importante Sentencia, la STJUE de 22 de junio de 2010, asunto *Melki y Abdeli*,

⁷ Vid. al respecto FERRERES COMELLA, V.: “El problema del doble vicio en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki”, en *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, núm. 28, 2011, págs. 57-61; SARMIENTO, D.: “Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la Sentencia Melki del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, Enero-marzo 2011, págs. 99-109; GAROT, M. J.: “El caso Melki, la cuestión prejudicial y los Tribunales Constitucionales. A propósito de la STJUE, C-188/10 y C-189/10, de 22 de junio de 2010”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 237, Sección de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, Abril 2012, Ed. Wolters Kluwer España,

C-188/10 y C189/10, sobre la relación entre cuestión prejudicial-cuestión de inconstitucionalidad. Dicha resolución fue dictada por la Gran Sala tras enjuiciar la Ley francesa que, en 2009, estableció el carácter preferente del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad –“cuestión prioritaria de constitucionalidad”– ante el Consejo Constitucional francés respecto de la formulación de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

De sus fundamentos, en los que se hace referencia a importantes Sentencias del Tribunal de Justicia, como las dictadas en los asuntos *Rheinmühlen* y *Simmenthal* en relación con las consecuencias del principio de primacía, se extrae la importante conclusión de que “[e]l art. 267 TFUE se opone a una normativa de un Estado miembro que establece un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales, en la medida en que el carácter prioritario tenga como efecto impedir, tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre dicha cuestión, que todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia”. Para el Tribunal, en cambio, el citado precepto no se opone a dicha legislación siempre que los demás órganos jurisdiccionales nacionales sigan estando facultados para, en cualquier momento del procedimiento, (i) plantear la cuestión prejudicial, incluso una vez dictada la Sentencia por el Tribunal Constitucional, (ii) adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión o (iii) inaplicar la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión. Únicamente, y como excepción, debe ser previo el planteamiento de la cuestión prejudicial respecto de la validez de las Directivas, dado que solo el TJUE tiene competencia para declarar la invalidez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia, a través de dicha interpretación, muestra la conformidad con el Derecho europeo de la “cuestión prioritaria de constitucionalidad”, pero siempre que se respeten las condiciones expuestas.

En parecidos términos se planteó una cuestión prejudicial respecto del ordenamiento jurídico austriaco, que establece que el Alto Tribunal de las jurisdicciones civil y penal y los tribunales ordinarios que han de resolver en segunda instancia, se encuentran obligados, en caso de duda sobre su constitucionalidad, a solicitar de su Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) la anulación de la ley ordinaria de que se trate por no ostentar la competencia para anular leyes ordinarias por inconstitucionalidad. Y lo fue con motivo de una resolución de 14 de marzo de 2012 que le apartaba de su reiterada jurisprudencia, según la cual los órganos judiciales debían inaplicar las disposiciones legales contrarias al Derecho de la Unión, en virtud del principio de primacía de este, para pasar a considerar que “*el control de la constitucionalidad de las leyes nacionales que lleva a cabo en el marco del procedimiento de control general de las leyes (...) debía extenderse a las disposiciones de la Carta*”. El citado Tribunal consideró que si en el marco del procedimiento de control de constitucionalidad, los derechos garantizados por el CEDH podían invocarse

págs. 149-154; CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO, J. L.: “La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, enero-abril 2015, págs. 173-194; y AA. VV., *La cuestión prejudicial europea*, dir. R. Alonso García y J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, European Inkling (EUi), núm. 4, 2014.

ante él como derechos de rango constitucional, el principio de equivalencia, tal y como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, también exigía que dicho control de las leyes comprendiera los derechos garantizados por la Carta⁸. Precisamente, y por afirmar que los tribunales carecen de competencia para dejar de aplicar una ley contraria a la Carta, estando obligados a solicitar al Tribunal Constitucional la anulación con carácter general de dicha ley, un órgano judicial austriaco remitió tres cuestiones prejudiciales ante el TJUE, solicitando, en la primera de ellas, que se dilucidara *"si el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual los tribunales ordinarios que resuelven en apelación o en última instancia están obligados, cuando consideren que una ley nacional es contraria al artículo 47 de la Carta, a solicitar al Tribunal Constitucional, en el marco del procedimiento que se sustancia ante ellos, la anulación con carácter general de la ley en lugar de limitarse a dejar de aplicarla en el caso concreto"*. El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 11 de septiembre de 2014, asunto A, C-112/13, vuelve a acoger la doctrina sentada en el asunto *Melki y Abdeli*, y resuelve en el mismo sentido⁹.

En aplicación de la doctrina derivada de las Sentencias anteriormente mencionadas, y las en ellas citadas, en las que el TJUE, desde la interpretación del art. 267 TFUE¹⁰, da contes-tación a cada uno de los supuestos y cuestiones que se le van formulando¹¹, se resuelven los asuntos *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH* y *Global Starnet Ltd*. Su razón de decidir ha sido siempre la protección de la eficacia del Derecho de la Unión, recordando que dicho

⁸ Así se pone de manifiesto en los Antecedentes de la STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto A c. B y otros (C-112/13). Sobre la Sentencia austriaca de 14 de marzo de 2012, *vid.* ARZOZ SANTISTEBAN, X.: *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015, págs. 53-59.

⁹ El Tribunal de Justicia declara: *"El Derecho de la Unión, y en particular el art. 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal (...) en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la presentación de la referida solicitud al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre esa solicitud, que los tribunales ordinarios ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En cambio, el Derecho de la Unión y, en particular el art. 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal normativa nacional cuando los tribunales ordinarios sigan facultados para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control general de leyes, para adoptar toda medida necesaria a fin de garantizar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión"*.

¹⁰ Art. 267 TFUE: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

¹¹ *Vid.* asuntos *Rheinmülen*, *Simmenthal*, *Cartesio*, *Elchinov*, *Mercanarte*, *Filipiak*.

precepto atribuye competencia al Tribunal de Justicia para pronunciarse, con carácter prejudicial, tanto sobre la interpretación de los Tratados y de los actos adoptados por las instituciones, los órganos o los organismos de la Unión, como sobre la validez de estos.

Es la eficacia del Derecho de la Unión, también en los asuntos que se comentan, lo que preocupa al Tribunal, que entiende que se vería amenazada y, además, el efecto útil del art. 267 TFUE quedaría reducido *"si, como consecuencia de que está pendiente un procedimiento incidental de control de constitucionalidad, se impidiera al juez nacional plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales y dar inmediatamente al Derecho de la Unión una aplicación conforme a la resolución o a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia"*¹². Lo que *"así sucedería, en la hipótesis de producirse un conflicto entre una disposición del Derecho de la Unión y una ley nacional, si la solución de dicho conflicto quedase reservada a una autoridad distinta del juez encargado de la aplicación del Derecho de la Unión, investida de una facultad de apreciación propia, aun cuando el obstáculo así resultante para la plena eficacia de dicho Derecho no fuese más que temporal"*¹³.

El Tribunal de Justicia declara que, en ningún caso, tampoco por el hecho de que esté planteada por el mismo órgano judicial una cuestión de inconstitucionalidad, se debe ver privado de la facultad ni, en su caso, exento de la obligación de plantear cuestiones prejudiciales sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión. Por ello, respecto del art. 100, apdo. 1, primera frase, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania que establece *"para un tribunal que considere que una ley es inconstitucional, además de la obligación de recabar la decisión del Bundesverfassungsgericht acerca de la conformidad de esa ley con dicha Ley Fundamental, la obligación de suspender el proceso"*, recuerda que *"la existencia de una norma nacional de Derecho procesal no puede poner en entredicho la facultad que tienen los órganos jurisdiccionales nacionales de plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial cuando, como en el caso de autos, albergan dudas acerca de la interpretación del Derecho de la Unión"*¹⁴.

En el mismo sentido, estima, en contestación a la cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial italiano, que los órganos jurisdiccionales nacionales, cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial, están obligados, *"en principio, a plantear una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho de la Unión aun cuando, en el marco del mismo procedimiento nacional, el tribunal constitucional del Estado miembro de que se trate haya apreciado la constitucionalidad de las normas nacionales a la luz de normas de referencia de contenido análogo a las del Derecho de la Unión"*¹⁵. Afirma expresamente que la existencia de un pronunciamiento previo acerca de la conformidad de las disposiciones de Derecho nacional con las disposiciones de la Constitución italiana, *"no influye en modo alguno en la obligación, establecida en el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión"*¹⁶. Y declara

¹² STJUE asunto *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*, apdo. 36.

¹³ STJUE asunto *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*, apdo. 33.

¹⁴ STJUE asunto *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*, apdo. 37.

¹⁵ STJUE asunto *Global Starnet Ltd.*, apdo. 26.

¹⁶ STJUE asunto *Global Starnet Ltd.*, apdo. 25.

que "la eficacia del Derecho de la Unión se vería amenazada si la existencia de un recurso obligatorio ante el juez constitucional pudiese impedir que un juez nacional, al conocer de un litigio regulado por el Derecho de la Unión, ejerza la facultad, que le atribuye el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión, a fin de poder determinar si una norma nacional resulta o no compatible con dicho Derecho"¹⁷.

Como ya se advertía en otra ocasión¹⁸, con estas decisiones podría parecer, en principio, que lo que el TJUE pretende es favorecer el llamado "diálogo"¹⁹ o "cooperación" entre Tribunales al intentar conciliar ambos mecanismos de control. Sin embargo, si se observa con más detenimiento, lo que se asegura es la posibilidad de ejercer su derecho a la última palabra. El TJUE consigue que, en la práctica, aunque intervenga la jurisdicción constitucional, su competencia quede asegurada. En efecto, "incluso las Sentencias dictadas por aquellos Tribunales Constitucionales que incluyen la Carta como parámetro de control en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales (caso austriaco), no podrán ser consideradas 'firmes' mientras no se produzca el dictado de una Sentencia del Tribunal de Luxemburgo que las ratifique o las contradiga"²⁰. Es por ello que "[e]l hecho de que el Tribunal de Justicia considere contrario a la Carta que las regulaciones de los Estados miembros no permitan a sus órganos judiciales plantear una cuestión prejudicial en cualquier momento del conocimiento del asunto, debe ser tenido en cuenta a la hora de reflexionar sobre cuál es la posición y función de los Tribunales Constitucionales en el sistema judicial de la Unión Europea"²¹.

La amenaza de la pérdida de la eficacia del Derecho de la Unión se muestra, pues, como la preocupación principal del Tribunal. De ahí que se deje siempre abierta la posibilidad a que el mismo órgano judicial u otro distinto puedan plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Y ello porque, de no ser así, el último pronunciamiento correspondería a la jurisdicción constitucional y no a la europea.

En la misma línea, es decir, asegurar el conocimiento por el TJUE, va dirigida, sin duda alguna, la equiparación de cualquier Juez o Tribunal que se considere como tal a los efectos del art. 267 TFUE, sin distinciones en función de su posición en la escala judicial nacional. Se trata, en definitiva, de preservar el efecto útil del citado precepto. Tanto es

¹⁷ STJUE asunto *Global Starnet Ltd.*, apdo. 21.

¹⁸ ROCA TRÍAS, E., y GARCÍA COUSO, S.: "¿Es real el diálogo entre Tribunales? Cuestión prejudicial y cuestión de inconstitucionalidad por vulneración de derechos fundamentales", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, Primer semestre 2017, pág. 536.

¹⁹ Sobre el diálogo entre Tribunales *vid.* AA. VV.: *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2013; VERGOTTINI, G. de: *Más allá del diálogo entre Tribunales (Comparación y relación entre jurisdicciones)*, Cuadernos Civitas, 2010; GARCÍA ROCA, J.: "El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo", en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 219-241; y BUSTOS GISBERT, R.: "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto (2012), págs. 13-63.

²⁰ ROCA TRÍAS, E., y GARCÍA COUSO, S.: "¿Es real el diálogo entre Tribunales?", *op. cit.*, pág. 536.

²¹ *Ibidem.*

así, que en la STJUE de 5 de abril de 2016, asunto *Puligienica Facility Esco*, C-689/13²², el Tribunal de Justicia niega la posibilidad de cualquier obstaculización de la facultad u obligación de los órganos judiciales de plantear una cuestión prejudicial, incluso respecto de secciones o salas de un órgano jurisdiccional de última instancia, por ser contrario al art. 267 TFUE. Dicho pronunciamiento se produjo al resolver sobre el art. 99.3 del Código de Procedimiento Contencioso-Administrativo italiano que obliga a remitir al Pleno una cuestión relativa a la interpretación o validez del Derecho de la Unión, cuando la Sala no comparte su orientación. Es de destacar como el Tribunal de Justicia, en el Dictamen 2/13, declaraba, en su apdo. 136, que el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el art. 267 TFUE, se erigía en la piedra angular del sistema jurisdiccional concebido por los Tratados de la Unión al garantizar, mediante un diálogo, de Juez a Juez, la unidad de interpretación del Derecho de la Unión.

No es necesario advertir, además, de los problemas que puede ocasionar el hecho de que tras una Sentencia en la que se declara la constitucionalidad de una ley nacional en ejecución de una competencia de la Unión, se dicte otra posterior por el TJUE en sentido contrario a la previamente rechazada²³. Pero esa no es la cuestión de fondo sino la consecuencia derivada de lo verdaderamente medular. Y es que en competencias de la Unión, *“aunque formalmente pueden coexistir dos decisiones con efectos diferentes –inaplicación e inconstitucionalidad–, puede afirmarse que, en la práctica, los Tribunales Constitucionales quedarán sometidos a la jurisprudencia del TJUE al igual que el resto de los órganos jurisdiccionales”*²⁴. Seguir considerando que, en competencias de la Unión, cabe mantener dos juicios diferentes –europeidad y constitucionalidad– sobre una misma norma y un mismo motivo de impugnación, parece complicado, pues, a la postre, cualquier órgano judicial se ve obligado a no aplicar una norma declarada contraria a Derecho de la Unión, incluso tras ser decidida su constitucionalidad.

Este es el caso del asunto italiano que ahora nos concierne, en el que la Corte Constitucional ya había rechazado previamente la cuestión de inconstitucionalidad planteada en prácticamente idénticos términos que la cuestión prejudicial. En él no se tuvieron en cuenta las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente acerca del riesgo de abuso por las partes de la cuestión prejudicial²⁵. Ni que la interpretación de la normativa nacional de un

²² Vid. REQUEJO PAGÉS, J. L.: “La competencia para preguntar. De nuevo sobre el concepto de *órgano jurisdiccional* en el sentido del art. 267 TFUE. El caso de la discrepancia entre el pleno y las salas de un órgano judicial”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 6, Junio 2016; y CIENFUEGOS MATEO, M.: “Eficacia vinculante de la interpretación del tribunal de justicia e inaplicabilidad de las normas y prácticas nacionales limitativas del procedimiento de cuestiones prejudiciales: A propósito de la sentencia *Puligienica Facility Esco*, de 5 de abril de 2016”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41, 2017, págs. 98-127.

²³ Se preguntan ROCA TRÍAS, E., y GARCÍA COUSO, S.: “¿Es real el diálogo entre Tribunales?”, *op. cit.*, pág. 537: “¿Qué le resta por hacer al TC cuando los órganos judiciales no plantean cuestión de inconstitucional respecto de una ley nacional ya interpretada por el Tribunal de Justicia en sentido contrario a la jurisprudencia constitucional? ¿Y si se plantea una cuestión de inconstitucionalidad y la interpretación en materia de derechos y libertades fundamentales ya ha sido realizada por el Tribunal de Justicia? También cabe preguntarse de qué hubiera servido al Tribunal Constitucional haber declarado constitucional, conforme a su parámetro de constitucionalidad, una ley que es finalmente modificada por el Estado en aplicación de una Sentencia del TJUE que la ha estimado contraria a los Derechos de la Carta”.

²⁴ ROCA TRÍAS, E., y GARCÍA COUSO, S.: “¿Es real el diálogo entre Tribunales?...”, *op. cit.*, pág. 544.

²⁵ En sus Conclusiones, presentadas el 8 de junio de 2017, asunto *Global Starnet Ltd.*, el Abogado General Wahl considera que “si bien las partes pueden proponer a un órgano jurisdiccional nacional

Estado miembro por el Tribunal Constitucional nacional puede contribuir a despejar las dudas acerca de la interpretación adecuada del Derecho de la Unión²⁶.

Advertido todo lo anterior, es curioso observar cómo los motivos por los que se planteaba la cuestión prejudicial por el órgano judicial alemán, iban por derroteros diferentes a la razón de decidir de la Sentencia²⁷. Su preocupación era bien otra. Para el órgano judicial remitente, la cuestión prejudicial sería hipotética de declararse inconstitucional la norma recurrida, pues la declaración tributaria controvertida en el litigio principal quedaría anulada automáticamente, lo que conllevaría la extinción del procedimiento principal y dejaría a las cuestiones prejudiciales sin objeto²⁸.

Para el Tribunal, sin embargo, dicha circunstancia no tiene relevancia porque aunque pudiera ser ventajoso que los problemas de estricto Derecho nacional se encuentren resueltos en el momento de la remisión al Tribunal de Justicia, como así se ha puesto de manifiesto en anteriores Sentencias²⁹, lo importante es que la facultad o la obligación de planteamiento por el órgano judicial de la cuestión prejudicial, perviva, porque, de lo contrario, como ya ha quedado expuesto, la eficacia del Derecho de la Unión se vería amenazada. El carácter hipotético derivado del resultado incierto del procedimiento paralelo de control de constitucionalidad –tanto en lo relativo al sentido de la resolución de la jurisdicción constitucional, como a sus efectos temporales–, no convierte la cuestión prejudicial en hipotética por el hecho de estar pendiente³⁰. A lo dicho hay que añadir que tampoco la diferente naturaleza del objeto y de los efectos jurídicos del procedimiento prejudicial y de control de constitucionalidad, planteado como argumento en la cuestión prejudicial, fueron tenidos en cuenta por el Tribunal de Justicia³¹.

que plantee una o varias cuestiones al Tribunal de Justicia y el contenido de las mismas, incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional decidir si se efectúa la remisión prejudicial y las cuestiones que se plantean al Tribunal de Justicia" (punto 22).

²⁶ Para el Abogado General Wahl, de 8 de junio de 2017, "[p]ese a su estrecha interconexión en diversos niveles, los sistemas jurídicos de los Estados miembros y de la Unión siguen siendo fundamentalmente distintos" (punto 19).

²⁷ Vid. Conclusiones del Abogado General Szpunar, asunto *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*, presentadas el 3 de febrero de 2015, punto 22.

²⁸ Sobre dicha cuestión se pronuncia el Abogado General Szpunar que afirma: "[e]s cierto que podría objetarse que, en una situación como la del litigio principal, las cuestiones prejudiciales revisten un carácter hipotético pues su pertinencia depende de cómo se resuelva el procedimiento nacional de control de constitucionalidad. En el caso de que se anulen retroactivamente las disposiciones nacionales, dejará de plantearse la cuestión relativa a la interpretación del Derecho de la Unión. No obstante, no es ése el enfoque que defiende el Tribunal de Justicia en cuanto a la articulación entre el procedimiento prejudicial y los procedimientos nacionales de control de constitucionalidad" (punto 17).

²⁹ Vid. STJUE asunto *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*, apartado 31.

³⁰ Así lo apreció el Abogado General Szpunar, que afirma: "Ciertamente, numerosos sucesos pueden conllevar la extinción del procedimiento principal antes de que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la petición de decisión prejudicial, empezando, muy prosaicamente, por el desistimiento. Entre estos sucesos –posibles aunque inciertos– figura la anulación por el juez Constitucional de las disposiciones nacionales que sirven de base al objeto del litigio. En tal caso, incumbe al tribunal remitente extraer las consecuencias de tal suceso y, en particular, concluir que debe mantener su petición de decisión prejudicial, modificarla o retirarla. Sin embargo, en modo alguno puede bastar que tal suceso sea posible, aun cuando su probabilidad sea superior debido a que se haya iniciado un procedimiento de control de constitucionalidad, para declarar el carácter hipotético de las cuestiones prejudiciales planteadas" (punto 22).

³¹ En sus conclusiones, el Abogado General Szpunar, argumenta acerca de las diferencias entre procedimientos y afirma: "La declaración de inconstitucionalidad de una disposición de Derecho nacional

4. Breves apuntes, y alguna reflexión, sobre la posición adoptada por el Tribunal Constitucional español ante situaciones de doble prejudicialidad

El sistema español, al igual que ocurre en los Estados que plantearon las cuestiones prejudiciales, cuenta con un sistema de justicia constitucional concentrado y con un control de constitucionalidad indirecto que se inicia a través del planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. No nos es ajeno, por tanto, lo que el Tribunal de Justicia resuelva acerca de la articulación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad. Además no existe norma alguna que regule los supuestos en los que, en un mismo procedimiento, concurre tanto un posible conflicto con el Derecho europeo como un vicio de constitucionalidad, es decir, un supuesto de doble prejudicialidad. Tampoco el Tribunal Constitucional se había pronunciado explícitamente sobre ello, hasta que se dictan los Autos de inadmisión de las cuestiones de inconstitucionalidad a los que me referiré a continuación; si bien es cierto que la situación de doble planteamiento por un mismo órgano judicial de la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad, se había producido ya con anterioridad.

En efecto, el Tribunal Supremo planteó simultáneamente una cuestión prejudicial y una cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el art. 5.1, párrafo segundo, de la Ley 25/1994, de 12 de julio, en este último caso, por su posible contradicción con los arts. 14 y 31.3, en relación con el art. 38, todos ellos de la Constitución española. Por STJUE de 5 de marzo de 2009, asunto *UTECA*, C-222/07, se desestimó la cuestión prejudicial y, posteriormente, por STC 35/2016, de 3 de marzo, se rechazó igualmente la cuestión de inconstitucionalidad, declarando el Pleno que *"la desestimación de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no impide el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional en relación con el mismo precepto legal, pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes (por todas, STC 28/1991, de 14 de febrero, FFJJ 4 a 6), ni condiciona el pronunciamiento de este Tribunal en esa cuestión de inconstitucionalidad"*³². Es decir, en aquel momento se admitió

por el juez Constitucional conlleva, en principio, la eliminación de esa disposición del ordenamiento jurídico. Esta eliminación puede producir, según el sistema nacional, efectos ex nunc o ex tunc, o también desde un momento determinado por el propio juez constitucional. En el caso de que el juez constitucional conozca en el marco de un litigio concreto ante un órgano jurisdiccional nacional, podrá resultar que la disposición controvertida, aunque anulada, se aplique a la parte que suscitó el control de constitucionalidad. La situación es completamente distinta en el caso del procedimiento prejudicial. Según la formulación del Tribunal de Justicia, el juez nacional debe resolver sobre el conflicto entre una disposición de Derecho nacional y otra del Tratado directamente aplicable (apreciado por el órgano jurisdiccional remitente a raíz de la resolución del Tribunal de Justicia en respuesta a la petición de decisión prejudicial) mediante la aplicación del Derecho de la Unión, dejando inaplicada cualquier disposición contraria de la legislación nacional, y no mediante la declaración de nulidad de la disposición nacional contraria, ya que corresponde a cada Estado miembro determinar las competencias de sus tribunales en este sentido" (punto 24).

³² A continuación, declara que *"tratándose de limitaciones a la libertad de empresa, la pertenencia de España a un espacio de libre circulación de personas, servicios y capitales, como es la Unión Europea, y la conformidad de la medida cuestionada con esas libertades y principios apreciada por el Tribunal de Luxemburgo, hace que esta jurisdicción constitucional deba tener muy presentes las conclusiones alcanzadas por este último en ese proceso anterior sobre la misma medida ahora sometida a nuestro control, al haber sido esa medida contrastada en ese proceso anterior con normas que en última instancia persiguen preservar el mismo interés jurídicamente protegido en el art. 38 CE"* (FJ 6).

la presentación simultánea de la cuestión prejudicial y de inconstitucionalidad, o por lo menos no hizo cuestión de ello, y únicamente se advertía de que la resolución no se vería condicionada por la del TJUE, si bien coincidió con la decisión adoptada por el citado Tribunal.

En autos posteriores, el Pleno sí se ha pronunciado explícitamente sobre los efectos del planteamiento en un mismo procedimiento de una cuestión de inconstitucionalidad y una cuestión prejudicial, y, a diferencia del caso anterior, se decide por la inadmisión de la primera por incumplimiento del requisito procesal de la aplicabilidad³³ (art. 37.1 LOTC³⁴), al encontrarse la norma impugnada pendiente de la cuestión prejudicial (ATC 168/2016³⁵, BOE núm. 276, de 15 de noviembre de 2016; y, en aplicación de su doctrina, AATC 183/2016 y 185/2016). Incluso inadmite una cuestión de inconstitucionalidad por las dudas manifestadas por el órgano remitente sobre la eventual contradicción de la ley impugnada con el Derecho de la Unión (ATC 202/2016³⁶; y, en aplicación de su doctrina, AATC 203, 204 y 205/2016).

El Tribunal Constitucional se decanta explícitamente por la prioridad del planteamiento de la cuestión prejudicial respecto de la cuestión de inconstitucionalidad y afirma lo siguiente: *“estando pendiente de resolución una cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial sobre una norma legal, por entender que puede ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea, no cabe que ese órgano plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre esa misma norma hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelva. La eventual incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión sería causa de su inaplicabilidad en el proceso y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad: que la norma con rango de ley cuestionada sea ‘aplicable al caso’ (arts. 163 CE y 35.1 LOTC)”*³⁷.

Explica que *“al disponer los arts. 163 CE y 35.1 LOTC que la cuestión de inconstitucionalidad debe referirse siempre a una norma legal ‘aplicable al caso’, ha de entenderse que la prioridad en el planteamiento debe corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE; la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea*

³³ El art. 35.1 LOTC establece: *“Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”*.

³⁴ El art. 37.1 LOTC dispone: *“Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciará por los trámites del apartado 2 de este artículo. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada”*.

³⁵ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 38 de Barcelona promovió cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 17 y 540 de la Ley de enjuiciamiento civil, en relación con el art. 1.535 del Código Civil, por vulneración de los arts. 14 y 51.1 y 3 CE.

³⁶ La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo promovió cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 1, 4.1, 6.1 y 8 de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética –que regulan el impuesto sobre el valor de la producción de la energía–, por su posible vulneración del principio de capacidad económico recogido en el art. 31.1 CE.

³⁷ ATC 168/2016, de 4 de octubre, FJ 4. En este sentido ya se pronunciaron FERRERES COMELLA, V.: *“El problema del doble vicio”*, op. cit., págs. 60-61; y CRUZ VILLALÓN, P., y REQUEJO, J. L.: *“La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad”*, op. cit., págs. 173-194. Sobre este tema vid. también OLLERO TASSARA, A.: *“Ajuste entre Tribunales: algunos indicios”*, Dreptul, núm. 3, 2017, págs. 158-167.

sería causa de su inaplicabilidad y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta solo sería admisible si se ha descartado la posibilidad de que la ley cuestionada sea incompatible con el Derecho de la Unión y, en consecuencia, inaplicable"³⁸. Considera, por tanto, que *"desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, el órgano judicial que duda de la constitucionalidad de una ley no podrá plantear cuestión sobre la misma ante el Tribunal Constitucional si al propio tiempo considera que esa ley es claramente incompatible con el Derecho de la Unión Europea, pues viene entonces obligado por este Derecho a inaplicarla. Si lo que sucede es que alberga dudas sobre la compatibilidad de esa ley con el Derecho de la Unión, lo que habrá de hacer es plantear primero la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de suerte que solo cuando este haya descartado la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho comunitario cabrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad"*³⁹.

El Tribunal Constitucional reconoce la difícil tesitura en la que el Juez ordinario se encuentra cuando considera que una norma con rango de ley a aplicar puede ser contraria a la Constitución y, al propio tiempo, alberga dudas sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea. Pero, a pesar de ello, considera que una hipotética declaración de incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión sería causa de su inaplicabilidad en el mismo proceso desde el que se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad. Como recuerda el Auto, el ordenamiento español (art. 163 CE y los apdos. 1 y 2 del art. 35 LOTC) exige que la norma con rango de ley, sobre la que recaigan dudas de constitucionalidad por parte del órgano judicial, debe resultar *"aplicable al caso"* y que de su validez *"dependa el fallo"*. Y manifiesta que *"el Tribunal de Justicia de la Unión Europea solo admite la precedencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre la cuestión prejudicial del art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en tanto no se perjudique su competencia para interpretar el Derecho de la Unión Europea: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli; de 11 de septiembre de 2014, asunto A. c. B y otros; y de 4 de junio de 2015, asunto Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück"*⁴⁰.

Pues bien, a mi juicio, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no se deduce que el órgano judicial no pueda plantear cuestión de inconstitucionalidad cuando ya se encuentre planteada una cuestión prejudicial o se tenga duda sobre la conformidad con el Derecho de la Unión; tampoco que no se puedan formular ambas a la vez. Ni que el planteamiento de la cuestión prejudicial deba ser prioritario. De lo que advierte el citado Tribunal es que el hecho de que esté interpuesta la cuestión de inconstitucionalidad no puede impedir el planteamiento de la cuestión prejudicial. Parece obvio que su pretensión es dejar la puerta abierta a un posible pronunciamiento por su parte, previo o posterior, para no perder la oportunidad de emitir un pronunciamiento que únicamente podrá realizar de plantearse una cuestión prejudicial. La perspectiva adoptada por el citado Tribunal es, por tanto, clara.

³⁸ ATC 168/2016, FJ 4.

³⁹ ATC 168/2016, FJ 4.

⁴⁰ ATC 168/2016, FJ 4.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional adopta la postura contraria al asumir la interpretación más estricta de la jurisprudencia expuesta, admitiendo, expresamente, la posibilidad de no llegar a conocer de la cuestión de inconstitucionalidad como consecuencia del conocimiento previo de la cuestión prejudicial. Y lo hace utilizando un argumento similar al del órgano judicial alemán sobre la pérdida de objeto por la posible falta de aplicabilidad de la norma, no empleado por el TJUE como *ratio decidendi* para argumentar su decisión.

Puede parecer, en principio, que uno de los efectos de dar prioridad a la cuestión prejudicial sobre la cuestión de inconstitucionalidad sea evitar la situación incómoda en la que se encontraría el Tribunal Constitucional ante la posible existencia de decisiones contradictorias cuando, como en el caso italiano, la denuncia que recae sobre la norma cuestionada es fundamentalmente la misma. Como ya se ha dicho, son evidentes las dificultades que podría suscitar para la jurisdicción constitucional, la circunstancia de que, tras haberse dictado una Sentencia en la que se declara la constitucionalidad de una ley nacional, dictada en ejecución de una materia de la Unión, se dictara otra posterior por el TJUE en sentido contrario. Pero ello solo se consigue si el mismo órgano judicial planteara ambas cuestiones, prejudicial y de inconstitucionalidad. Sin embargo, persiste cuando los citados procedimientos se plantean por órganos jurisdiccionales diferentes o, simplemente, cuando el órgano judicial no manifestara sus dudas respecto de la contradicción con el Derecho de la Unión⁴¹; también de interponerse un recurso de inconstitucionalidad.

Creo, en definitiva, que los problemas derivados de la doble prejudicialidad deben ser abordados desde el principio de competencia. Es decir dando respuesta a la pregunta de a quién corresponde ser el intérprete último del Derecho de la Unión. Y ello aunque en las Constituciones de los Estados miembros se encuentren disposiciones o principios con contenidos equiparables a los dispuestos en las normas europeas, como así ocurre con los derechos y libertades fundamentales. Solo desde esta perspectiva se puede dar coherencia a un sistema en el que la eficacia del Derecho de la Unión es un principio fundamental necesario para su correcto funcionamiento. Por esta razón, el TJUE no entra en hacer consideraciones sobre los pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales acerca de la constitucionalidad de las normas dictadas en aplicación del Derecho de la Unión, pero sí asegura su derecho a la última palabra. Con él conseguirá que los órganos judiciales de los Estados miembros se vean vinculados por sus decisiones con independencia de lo apreciado por la jurisdicción constitucional.

5. A modo de conclusión

Se hace preciso una reflexión sobre los distintos supuestos que el TJUE va resolviendo acerca de las relaciones entre control de constitucionalidad-control de europeidad, pues las posiciones que, dentro de los parámetros ofrecidos por el TJUE, se pueden adoptar,

⁴¹ Por ejemplo, por Auto de 18 de enero de 2018, la Sección Segunda de Sala Tercera del TS volvió a plantear cuestión de inconstitucionalidad frente a la Ley 15/2012 por vulneración del art. 31.1 CE, tras ser inadmitida la primera por ATC 202/2016 por falta de juicio de aplicabilidad. Tras la cita de la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto *Elecdey Carlen* y otros, en los hechos del Auto de remisión, afirma que "ha llegado a la convicción de que la Ley 15/2012 no presenta problemas de ajuste con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea", por lo que quedaban removidos los obstáculos del citado ATC 2012/2016 (FJ Primero).

tendrán, sin duda, repercusión en la actuación de la jurisdicción constitucional. En el caso español, el Tribunal Constitucional ha decidido inadmitir las cuestiones de inconstitucionalidad, por falta de juicio de aplicabilidad, en el caso de que se encuentre planteada una cuestión prejudicial por el mismo órgano judicial respecto de la misma norma. Quizá se trate de la interpretación más estricta que se pueda realizar de la jurisprudencia del TJUE, en favor de la prioridad de conocimiento de la cuestión prejudicial respecto de la cuestión de inconstitucionalidad. Pues, en definitiva, lo que exige es, como se ha precisado en las Sentencias comentadas, que los órganos jurisdiccionales sigan facultados para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento e, incluso, una vez finalizado el incidental de control de constitucionalidad. Y es que, como ya se ha dicho, lo que verdaderamente preocupa al TJUE es la protección del principio de la eficacia del Derecho de la Unión y el efecto útil de la cuestión prejudicial, “piedra angular” del sistema jurisdiccional de la Unión que garantiza la unidad de la interpretación de su Derecho. Solo desde el ejercicio de su derecho a la última palabra es posible su salvaguardia.