

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8640 *Sala Primera. Sentencia 59/2019, de 6 de mayo de 2019. Recurso de amparo 1541-2018. Promovido por la Administración General del Estado en relación con la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estimatoria de recurso de casación formulado en proceso relativo a la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías: STC 37/2019 (sentencia dictada sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando no concurrían los requisitos necesarios para apreciar la existencia de un acto aclarado respecto del problema interpretativo suscitado). Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2019:59.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Alfredo Montoya Melgar, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1541-2018, promovido por el abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado, contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017, recaída en el recurso de casación núm. 3864-2015, y el auto de 2 de febrero de 2018, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la anterior. Han intervenido la entidad Cooperativa Eléctrica Benéfica San Francisco de Asís, cooperativa valenciana, representada por la procuradora de los tribunales doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez y defendida por la letrada doña Irene Bartol Mir, y el ministerio fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Juan José González Rivas, presidente.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 21 de marzo de 2018, el abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones referidas en el encabezamiento.

2. Los hechos relevantes para resolver este recurso de amparo son los siguientes:

a) La entidad Cooperativa Eléctrica Benéfica San Francisco de Asís, cooperativa valenciana, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden IET/350/2014, de 7 marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014, la cual tiene como base normativa el art 45.4 de la Ley 24/2013, de 29 diciembre, del sector eléctrico (LSE).

En la demanda del recurso contencioso-administrativo se solicitó: (i) que se declarase la ilegalidad y consiguiente inaplicación de la Orden IET/350/2014, de 7 marzo y del art 45.4 LSE 24/2013, por vulneración de lo dispuesto en el art 3 de la Directiva 2009/72 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, por considerar que el mecanismo de financiación del bono social que se establece por las normas cuya inaplicabilidad se solicita es discriminatorio y no garantiza a las empresas eléctricas de la Unión Europea el acceso en igualdad de condiciones a los consumidores nacionales; ii) se declarase la ilegalidad y consiguiente anulación de la Orden IET/350/2014, de 7 marzo y del art 45.4 LSE 24/2013, por vulneración de lo dispuesto en el art 9.3 y 14 CE, en la medida que el mecanismo de financiación del bono social que establecen esas normas resulta discriminatorio y por ello arbitrario; (iii) se declarase la ilegalidad y consiguiente anulación de la Orden IET/350/2014, de 7 marzo y del art 45.4 LSE 24/2013, por vulneración de los arts. 39 y 41 CE, al no configurarse el bono social como un coste a cargo de los presupuestos generales, siendo un ayuda social que debe recaer en los poderes públicos y (iv) que se condenase a la Administración General del Estado a adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la situación jurídica individualizada del recurrente vulnerada por la Orden IET/350/2014, de 7 marzo, restituyendo al mismo en lo indebidamente pagado a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con los intereses legales correspondientes desde la fecha de su efectivo pago.

b) Del citado recurso contencioso-administrativo, registrado con el núm. 184-2014, conoció la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, tras la tramitación del procedimiento, dictó sentencia el 21 de octubre 2015 desestimando el mismo.

c) Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, interpuso la entidad recurrente recurso de casación, del que, con el núm. 3864-2015, conoció la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que dictó sentencia el 12 de diciembre de 2017, estimando el recurso de casación y anulando la sentencia recurrida.

En esta sentencia, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto Cooperativa Eléctrica Benéfica San Francisco de Asís, cooperativa valenciana y declaró la nulidad de la Orden IET/350/2014, de 7 marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014. Estableció asimismo el derecho de la recurrente a ser indemnizada por las cantidades abonadas en concepto de bono social en aplicación de la citada Orden que fue dictada en desarrollo del art 45.4 LSE, debiendo serle reintegradas todas las cantidades abonadas en ese concepto y correspondientes a 2014, con los intereses legales desde la fecha del pago hasta su reintegro.

La sentencia se remite a las sentencias de la misma Sala de 24 de octubre de 2016 (recursos contencioso-administrativos núm. 960-2014 y 961-2014), 25 de octubre de 2016 (recurso núm. 16-2015) y 2 de noviembre de 2016 (recurso núm. 11-2015), en las que se declara inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, y se declara también inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo dispuesto en el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

Tomando como muestra las resoluciones recaídas en el recurso contencioso-administrativo núm. 961-2014 recuerda lo que señala el fundamento jurídico séptimo de la sentencia de 24 de octubre de 2016:

«La Ley 24/2013 no contiene una relación nominal de las empresas o grupos de empresas que deben asumir la financiación del bono social. Fue la Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar

relativas al bono social correspondientes a 2014 –Orden dictada en aplicación de lo previsto en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, pero antes de que se hubiese producido el desarrollo reglamentario de ésta mediante el Real Decreto 968/2014– la que vino a identificar a las entidades concernidas y a fijar los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondiente a 2014.»

La sentencia impugnada también se refiere al auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2017 (recurso núm. 961-2014), que señala lo siguiente:

«Queda así señalado en la propia sentencia que la Orden IET/350/2014 fue dictada en aplicación de lo previsto en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, y como sabemos, en el apartado 2 de la parte dispositiva de la sentencia se acuerda "2. Declarar inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE...". Por tanto, bien podría decirse que la Orden IET/350/2014 tiene el mismo vicio de origen que el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por cuanto ambos traen causa de un precepto legal que ha sido declarado inaplicable por resultar incompatible con la norma comunitaria europea.

Sucede, sin embargo, que la sentencia no declara la nulidad de la Orden IET/350/2014 –no era objeto de impugnación en el proceso ni se formulaba pretensión respecto de ella– y en los apartados 3 y 4 del fallo se declaran inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre.»

De los pronunciamientos transcritos la sentencia del Tribunal Supremo examinada extrae la siguiente conclusión:

«Vemos así que el vicio de origen que aqueja a la Orden IET/350/2014 aparece ya señalado de forma anticipada en los autos dictados en ejecución de las sentencias que declaran inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013 e inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014. Y si tales autos no declararon la nulidad de la Orden IET/350/2014 fue, sencillamente, porque la Orden no había sido objeto de impugnación en el proceso ni se había formulado pretensión respecto de ella. Además, en los propios autos quedaba señalado que no debíamos interferir entonces en lo que era objeto de otros litigios, pues la Orden IET/350/2014 había sido objeto de impugnación en diferentes recursos seguidos ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y contra las sentencias recaídas en tales procesos se había interpuesto recursos de casación que se encontraban en aquel momento pendientes de resolución (recurso de casación 3127-2015, 3332-2015, 3374-2015, 3864-2015, 3875-2015, 3885-2015, 122-2016, 149-2016 y 714-2016).»

d) Contra esta sentencia interpuso la abogacía del Estado incidente de nulidad de actuaciones en el que se alegaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso con todas las garantías, en cuanto al no planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por no haberse planteado cuestión de inconstitucionalidad, e incongruencia omisiva. La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo desestimó dicho incidente de nulidad por auto de fecha 2 de febrero de 2018.

En relación con la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial, el órgano judicial rechaza que se hayan producido las vulneraciones objeto de denuncia, toda vez que en las sentencias antes citadas de 24 de octubre de 2016 (dos sentencias con esa fecha dictadas en los recursos 960-2014 y 961-014), 25 de octubre de 2016 (recurso 16-2015) y 2 de noviembre de 2016 (recurso 11-2015), se explicitan las causas por las que no resulta precisa su formulación. En concreto, refiere que «no reiteraremos aquí las razones que dimos entonces, que la Abogacía del Estado conoce, sin duda, pues la Administración fue parte en todos aquellos procesos. Lo que interesa destacar ahora es

que si el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se consideró innecesario entonces, con mayor razón resultará innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial para declarar la nulidad de una Orden que fue dictada en desarrollo del precepto legal que entonces se declaró inaplicable por ser contrario al ordenamiento comunitario europeo.»

Por razones análogas a las señaladas también se descarta la queja por no haberse planteado cuestión de inconstitucionalidad: «Una vez que por sentencia firme había sido declarado inaplicable el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, por contravenir el Derecho de la Unión Europea, la constatación de que la Orden IET/350/2014 había sido dictada precisamente en desarrollo de aquel precepto legal llevaba directamente a la conclusión de que dicha orden debía ser declarada nula, sin que para hacer tal pronunciamiento resultase necesario el previo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad».

Por último, se desecha la queja de haber incurrido en incongruencia omisiva, pues «si el motivo de nulidad se ciñe a la falta de examen en la sentencia de los argumentos esgrimidos por la abogacía del Estado en su escrito de oposición del recurso de casación, lo cierto es que la razón dada en la sentencia para declarar nula la Orden IET/350/2014 –esto es, la existencia de pronunciamientos judiciales firmes que declaran inaplicable el precepto legal a que dicha orden sirve de desarrollo– hacía innecesario el examen de aquellos argumentos de oposición, como innecesario se consideró también el examen de los motivos de casación formulados por la entidad recurrente».

3. En su demanda de amparo la Administración General del Estado denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por cuanto el órgano judicial no planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pese haber declarado inaplicable el art. 45.4 LSE por considerarlo incompatible con el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE.

Tras destacar los aspectos más relevantes del procedimiento judicial, la parte recurrente justifica la especial trascendencia constitucional del recurso por considerar que el Tribunal Constitucional carece de doctrina consolidada respecto del criterio de identidad o evidencia al que los órganos jurisdiccionales deben sujetarse para poder, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, exonerarse de plantear cuestión prejudicial, con base en la existencia del «acto claro» o «acto aclarado», por la similitud que el supuesto presenta con un caso ya resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y poder apreciar directamente que una disposición interna con rango de ley es contraria al Derecho europeo. Esa temática ostenta una clara relevancia pues, conforme a la STC 232/2015, dejar de aplicar una ley interna sin previamente plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, por entender que dicha ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, si existe una duda objetiva, clara y terminante sobre esa supuesta contradicción.

En la demanda de amparo se aduce que no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho de la Unión Europea, pero sí determinar si las resoluciones judiciales impugnadas son contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE. Y, desde esta perspectiva lo verdaderamente primordial consiste en delimitar cuál es el alcance de las facultades que esos órganos ostentan y la amplitud del margen de interpretación del que disponen para inaplicar directamente una norma interna con rango de ley, por considerarla contraria al Derecho europeo, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Según el demandante, lo novedoso del caso reside en que, por considerar aplicable al presente supuesto la doctrina del «acto aclarado», la decisión del órgano judicial ha supuesto el apartamiento de una norma con rango de ley de aplicación al caso, de manera que el citado órgano se ha convertido en un «legislador negativo», cuyas facultades de valoración resultan sumamente trascendentes desde la perspectiva del derecho garantizado por el art. 24 CE.

En cuanto al fondo, la demanda se refiere exclusivamente a las sentencias del Tribunal Supremo a las que se remite la impugnada. En primer lugar, sintetiza las razones dadas por el órgano judicial para considerar inaplicable el modelo de financiación del bono social que prevé el art. 45.4 LSE; a saber, que es incompatible con el régimen jurídico establecido en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, porque este precepto exige que las obligaciones de servicio público se definan claramente, sean transparentes, no discriminatorias y controlables y garanticen el acceso en igualdad de condiciones a los consumidores nacionales y, a su vez, porque el precepto inaplicado vulnera el principio de proporcionalidad, toda vez que la carga de la financiación se impone solamente a determinados agentes del sector eléctrico, de manera indefinida y sin ninguna compensación. La demanda sostiene que la argumentación que ofrece la sentencia impugnada para considerar innecesario el planteamiento de la referida cuestión prejudicial es meramente apodíctica y, por tanto, incurre en manifiesta falta de motivación que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva; y ello, porque el órgano judicial considera que el contenido de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016 (asunto *Anode*), reproducido literalmente en alguno de sus párrafos, es trasladable al caso ahora examinado, pero no dice por qué razón lo es ni expone cuáles son esos criterios que resultan aplicables al presente caso, por lo que no se acierta a ver cuál es la semejanza con los considerandos de la sentencia del Tribunal de Justicia traída como parámetro de comparación.

La demanda afirma que la sentencia recurrida en esta sede aplica la doctrina del «acto aclarado» para justificar la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial, pero estima que el criterio seguido es erróneo, pues no concurren las características o circunstancias que, conforme a la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, determinan que resulte innecesaria la formulación de la cuestión prejudicial, pues ni puede imponerse con tal evidencia la similitud entre asuntos, de manera que no quepa albergar duda razonable sobre la solución de la cuestión, ni tampoco la cuestión suscitada es materialmente idéntica a otra anterior que hubiera sido objeto de una decisión prejudicial. Para la parte recurrente el Tribunal Supremo sustenta la aplicación al caso de la doctrina del «acto aclarado» en las sentencias recaídas en los asuntos *Federutility* y *Anode* que constituyen supuestos análogos que, conforme a la «doctrina *Cilfit*», justifican la inaplicación del art. 45.4 de la LSE. Sin embargo, respecto de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril de 2010 – asunto *Federutility* –, indica que la discriminación a la que se refieren sus parágrafos 45 y 46 nada tiene que ver con el trato peyorativo apuntado por los recurrentes en el caso que nos ocupa; en aquel asunto se planteó la posible discriminación que podría surgir por indiferenciación (que el tribunal remitente debe verificar), al imponer la normativa cuestionada la misma obligación de servicio público (ofrecer el precio de referencia) con independencia de que los suministradores sean o no mayoristas, lo que podría perjudicar a los suministradores de gas al detalle que no son simultáneamente mayoristas y beneficiar a los suministradores que sí reúnen tal condición, ya que estos últimos podrían verse inclinados a abusar de la ventaja que les proporciona la integración vertical, desplazando los menores ingresos del precio de referencia a los suministradores no mayoristas en las negociaciones entre unos y otros.

A juicio de la administración esta cuestión no puede considerarse materialmente idéntica a la que se suscita en el presente caso, pues la supuesta discriminación que aprecia el tribunal a quo no trae causa de la indiferenciación sino de la diferencia de trato que, en perjuicio de determinadas empresas, establece la normativa inaplicada, al hacer recaer la financiación del bono social eléctrico sobre las matrices de determinados grupos empresariales que desarrollan simultáneamente las actividades de generación, distribución y comercialización. No hay, pues, identidad en el tipo de desigualdad ni tampoco en las situaciones y sujetos comparados. En apoyo de su tesis, la demandante cita una sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, concretamente la de fecha de 18 de noviembre de 2013, recaída en el recurso núm. 843-2013, en la que, a propósito del déficit de tarifa, se declaró la inhabilidad

sustancial de la sentencia *Federutility* para ser invocada como supuesto idéntico en relación con la asunción de la financiación de ciertos costes del sector eléctrico español.

La demanda respecto a la segunda de las sentencias traídas a colación por el Tribunal Supremo, esto es, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016 (asunto *Anode*) su doctrina no la considera aplicable al presente caso. Y ello porque, en aquel supuesto, los fines alegados para justificar la medida eran los de garantizar «la seguridad del suministro y la cohesión territorial», que son distintos de los que se pretenden alcanzar mediante el bono social español, ya que éstos se refieren a la protección de los consumidores vulnerables, aspecto este que es completamente ajeno a la determinación de los componentes del precio del gas en aquel caso.

Al margen de lo expuesto, para la demandante tampoco cabe entender que las consideraciones que se formulan en el párrafo 71 de la sentencia recaída en el asunto *Anode*, acerca de la proscripción de discriminación entre compañías de gas, de manera que «el sistema de designación de las empresas encargadas de las obligaciones de servicio público no puede excluir a priori a ninguna de las empresas que operan en el sector de la distribución de gas», sean extensibles al caso ahora enjuiciado. La obligación de financiar el bono social no se aplica a unos operadores determinados a priori, de forma nominativa y con exclusión de otros, sino que tal obligación se establece cada año, con eficacia temporal limitada y en función de circunstancias objetivamente determinadas, de manera que no hay una predeterminación apriorística del elenco de obligados.

También, la demanda invoca algunos de los argumentos que figuran en el voto particular formulado por el magistrado disidente a la sentencia de 14 de octubre de 2016, consistentes, en síntesis, en que concurren diferencias sustanciales entre el caso resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los presupuestos fácticos y jurídicos examinados en el recurso contencioso-administrativo tramitado por el Tribunal Supremo, por lo que no resulta aplicable la doctrina del «acto aclarado» a fin de eludir el planteamiento de la cuestión prejudicial en el presente caso y se aduce en la demanda que el dictamen de la comisión permanente del Consejo de Estado, de fecha 6 de noviembre de 2014, emitido respecto del inicial proyecto de Orden, por la que se desarrollaba la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar, relativas al bono social (que luego se convirtió, precisamente a resultas de las consideraciones sobre su rango realizadas en el citado dictamen, en el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre), se pronunció en términos contundentes sobre la conformidad de la norma reglamentaria reguladora del bono social con el ordenamiento europeo.

Por todo ello, para la Administración recurrente se ha vulnerado el art. 24 CE porque: i) al resolver el Tribunal Supremo ha desconocido el sistema de fuentes, no aplicando una norma con rango de ley indebidamente, pues previamente debió plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; ii) incurre en un déficit de motivación, ya que no explica suficientemente las razones por las que considera que concurre la circunstancia del «acto aclarado», como razón que le excusa de aplicar la norma española sin previamente plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y iii) el juez nacional ha resuelto el proceso inmiscuyéndose en un ámbito o competencia jurisdiccional ajeno, dando lugar a que la controversia sea decidida por un juez o tribunal distinto del querido por el legislador.

4. Mediante diligencia de ordenación de 27 de marzo 2018 del secretario de justicia de la Sección Primera de este Tribunal se acordó conceder a la parte recurrente un plazo de diez días para que presentara copia de la sentencia de 21 de octubre de 2015 de la Audiencia Nacional, lo que se llevó a cabo mediante escrito que se registró el 5 de abril siguiente.

5. Mediante providencia de 15 de octubre de 2018, la Sección Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo presentada,

«apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2, a)]». En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), se acordó dirigir atenta comunicación a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 3864-2015. Asimismo se acordó dirigir atenta comunicación a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, para que en el mismo plazo remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-administrativo núm. 184-2014 y procediese a emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer, si lo desean, en el presente proceso constitucional.

6. Recibidas las actuaciones requeridas de los órganos judiciales, por diligencia de ordenación del secretario de justicia de la Sección Primera de este Tribunal de fecha 13 de noviembre de 2018, se acordó tener por personada y parte en el procedimiento a la procuradora doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, en nombre y representación de Cooperativa Eléctrica Benéfica San Francisco de Asís, cooperativa valenciana, ordenándose entender con ella las sucesivas diligencias, y, con arreglo al art. 52 LOTC, conceder a las partes personadas y al ministerio fiscal el plazo común de veinte días para que, con vista de las actuaciones, formularan alegaciones.

7. La procuradora de los tribunales doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, en nombre y representación de Cooperativa Eléctrica Benéfica San Francisco de Asís, cooperativa valenciana, presentó sus alegaciones ante este Tribunal el 13 de diciembre de 2018, interesando la inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación del recurso de amparo.

a) Tras delimitar el objeto del recurso y expresar su posición respecto del mismo, alega, en primer lugar, que procede su inadmisión por insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional, requisito indispensable para la admisión de acuerdo con el art. 50 LOTC. A su juicio, la demanda se limita a reiterar la supuesta existencia de la lesión de derechos fundamentales aducida, lo que resulta insuficiente según reiterada doctrina del Tribunal, citando al efecto las SSTC 128/2014, de 21 de julio, y 77/2015, de 27 de abril.

b) En segundo lugar, considera esta parte codemandada que procede la inadmisión del recurso de amparo porque el mismo carece de especial trascendencia constitucional. A su juicio resulta improcedente justificar la especial trascendencia constitucional en la supuesta inexistencia de doctrina consolidada al respecto de los supuestos de exoneración en el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre esta cuestión, refiriéndose a las SSTC 78/2010, de 20 de octubre; 145/2012, de 2 de julio, y 232/2015, de 5 de noviembre. Finalmente, dentro de este mismo apartado, admitiendo el carácter indeterminado del contenido de la expresión «especial trascendencia constitucional», argumenta que no concurre ninguno de los supuestos contemplados en la STC 155/2009, de 25 de junio.

c) En tercer y último lugar, aduce que procede la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del recurso por inexistencia de las vulneraciones de los derechos fundamentales denunciadas. A su juicio, la sentencia impugnada no incurre en falta de motivación en lo que respecta a la posibilidad de inaplicar la normativa interna sin necesidad de plantear cuestión prejudicial, señalando que la simple discrepancia entre las partes no es justificación suficiente para apreciar la falta de motivación de la sentencia. Tampoco se ha producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso con todas las garantías (apartados 1 y 2 del art. 24 CE),

alegando al respecto el precedente de inadmisión del recurso de amparo interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 (recurso contencioso-administrativo núm. 419-2010), sobre un supuesto de hecho que califica de «prácticamente idéntico». Se refiere después a la doctrina del «acto aclarado» y la innecesaridad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por existir dos sentencias de dicho Tribunal en supuestos materialmente idénticos al resuelto por el Tribunal Supremo y argumenta que las sentencias de contraste del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la base de las cuales el Tribunal Supremo acuerda inaplicar una ley nacional por contravenir una Directiva europea, fueron dictadas en supuestos sustancialmente idénticos al enjuiciado por el Tribunal Supremo. La vulneración pretendida por el abogado del Estado no es tal desde el momento en que el Tribunal Supremo otorgó plazo a las partes en sede del recurso contencioso-administrativo núm. 960-2014 para que manifestasen lo pertinente al respecto de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 7 de septiembre de 2016 (asunto C-121/15), caso Anode. Finalmente, expone detalladamente la metodología empleada para la financiación del bono social y defiende la identidad material de la misma y la que dio lugar al el conflicto resuelto mediante la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2016 en torno a la posibilidad de imponer obligaciones de servicio público y la protección de los colectivos vulnerables.

8. En fecha 19 de diciembre de 2018 el ministerio fiscal presentó su escrito de alegaciones en el que termina solicitando que se estime el recurso de amparo.

Tras relatar los antecedentes fácticos y resumir las alegaciones formuladas por la parte recurrente, argumenta el fiscal ante el Tribunal Constitucional lo que se sintetiza a continuación:

a) En primer lugar la Administración General del Estado ostenta legitimación, pues en el recurso de amparo se alega la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso debido, desde la perspectiva de las garantías procesales inherentes a los mismos que le son reconocidas a la administración como parte en los procesos judiciales; esto es «actuando al mismo tiempo un interés general que es el de la integridad del ordenamiento jurídico y de las normas legales que lo componen, dictadas por el Parlamento y que representan la voluntad popular ejercida a través del poder legislativo que la representa» (STC 58/2004, FJ 5).

b) El ministerio fiscal explica el mecanismo del bono social que opera como una medida de protección de los consumidores de energía que son vulnerables, por cumplir determinadas condiciones sociales, de consumo y poder adquisitivo. Ese bono responde a las previsiones de la Directiva 2009/72/CE, en cuya virtud «los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, garantizarán una protección adecuada de los clientes vulnerables». Seguidamente, trae a colación los antecedentes legislativos del bono social, comenzando por el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptaron determinadas medidas en el sector energético y se aprobó el bono social, que, en su preámbulo reflejaba el objeto al que respondía esa medida, y que en el art. 2.5 y la disposición transitoria segunda establecían el régimen de financiación del bono social. Esas disposiciones, recuerda el ministerio público, fueron enjuiciadas en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012, que consideró que ese régimen de financiación no cumplía las exigencias de transparencia, no discriminación, control y proporcionalidad exigidas por las normas de la Unión Europea; en concreto, por la Directiva 2003/54/CE. Por ello, el Tribunal Supremo resolvió la inaplicación de las disposiciones pertinentes del Real Decreto-Ley citado, así como los de la Orden ITC 1723/2009, de desarrollo de aquel, sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por considerar que el sentido de la Directiva ya había sido aclarado en la sentencia de dicho tribunal europeo de 20 de abril de 2010, dictada en el asunto *Federutility*. Ello condujo a la Sala Tercera a declarar la inaplicabilidad del régimen de financiación del bono social establecido en las normas españolas citadas.

La regulación posterior del bono social se prevé en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, más tarde modificada por el Real Decreto-ley 7/2016. Afirma el ministerio fiscal que esta disposición se corresponde con las previsiones del Real Decreto-ley 6/2009, pues establece que «será asumido por las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica».

c) Más adelante, advierte de que la sentencia del Tribunal Supremo considera que los criterios reflejados en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013 no justifican debidamente el sistema de financiación del bono social que, en síntesis, corre a cargo de las sociedades que realizan simultáneamente las actividades de generación, distribución y comercialización en el sector eléctrico. Tampoco, según la referida sentencia, aparece debidamente justificado el carácter no discriminatorio y proporcional de ese nuevo régimen de financiación, atendido el criterio que sostuvo la abogacía del Estado en la contestación a la demanda, que se centraba en la especial posición que tienen, dentro del sector eléctrico, las empresas que constituyen un grupo integrado verticalmente y realizan, simultáneamente, las actividades ya indicadas, lo que les faculta para atemperar la incidencia de las obligaciones de servicio público puestas a su cargo.

Según doctrina constitucional, la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea es una cuestión infraconstitucional que corresponde a la jurisdicción ordinaria, a quien también compete decidir sobre el planteamiento de las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Ahora bien, lo expuesto no significa que las decisiones judiciales sobre ese particular estén exentas de cualquier control de constitucionalidad pues, por el contrario, están sujetas al canon de control que es propio de cualquier resolución judicial. No obstante, el ministerio fiscal advierte del especial control de constitucionalidad que procede efectuar respecto de aquellas resoluciones judiciales que no aplican una norma legal interna, por su apreciada contrariedad con el Derecho de la Unión, sin plantear cuestión prejudicial, ni tampoco cuestión de inconstitucionalidad. Afirma que en estos casos —y no en los que el órgano judicial aplica la norma interna sin plantear cuestión prejudicial, por estimarla conforme con el Derecho de la Unión Europea (STC 27/2013)— se pueden lesionar los derechos a la tutela judicial efectiva y al proceso debido. En apoyo de lo expuesto trae a colación la STC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 5, para poner de relieve que la inaplicación de una ley interna por entenderla incompatible con el Derecho de la Unión Europea, sin previamente formular cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resulta contraria al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), siempre que exista «una duda objetiva, clara y terminante sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004, FFJJ 9 a 14)».

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que, en orden a enjuiciar desde la perspectiva del art. 24. 1 CE, el carácter fundado de una resolución judicial que inaplica una norma legal vigente por su oposición al Derecho europeo, sin suscitar cuestión prejudicial, habrá que estar a lo establecido por la propia doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de los presupuestos para la formulación de la cuestión prejudicial, correspondiendo a los órganos judiciales apreciar la concurrencia de tales presupuestos (STC 78/2010, de 20 de octubre, FJ 2). En la misma línea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de fecha de 8 de abril de 2014, caso *Dhabi* contra Italia, también pone de manifiesto, en relación con el derecho al proceso debido reconocido en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que los órganos judiciales nacionales deben justificar, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los supuestos por los que deciden no plantear cuestión prejudicial y en los casos en que no se plantea la cuestión prejudicial y se inaplica directamente la norma legal nacional, se incide en la integridad del ordenamiento jurídico, al eludir también el control de la cuestión de inconstitucionalidad, sobre la base

de la primacía del Derecho de la Unión. Así, en la STC 78/2010, el Tribunal Constitucional entró a enjuiciar, en el caso que examinaba, el carácter fundado de la resolución que había inaplicado la norma legal vigente, sin plantear cuestión prejudicial por estimar que ya existía una decisión prejudicial del Tribunal de Justicia sobre la cuestión objeto del proceso, y apreció que esta decisión del órgano judicial no estaba correctamente fundada en Derecho.

d) Tras sintetizar la doctrina *Cilfit* sobre los supuestos de dispensa del planteamiento de la cuestión prejudicial, el ministerio fiscal compendia la argumentación judicial dada a favor de omitir la cuestión prejudicial. Sobre ese particular, pone de relieve que, en el fundamento jurídico 8 de las sentencias a las que se remite la recurrida, se afirma que, en la sentencia de 7 de febrero de 2012, el Tribunal Supremo resolvió que no era necesario plantear esa cuestión respecto de la correcta aplicación del art. 3.2 de la Directiva 2003/54/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, puesto que ya existía una decisión prejudicial al respecto, concretamente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril 2010 recaída en el asunto *Federutility*, que la referida resolución consideró como «acto aclarado». En relación con el presente supuesto, el órgano judicial también considera que existen decisiones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en casos análogos; en concreto, la ya citada sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de abril de 2010, dictada en el asunto *Federutility*, y la de 7 de septiembre de 2016, recaída en el asunto *Anode*. En relación con esta última sentencia, señala que el órgano judicial apreció que las consideraciones que en dicha resolución se formulan respecto de la normativa francesa sobre precios regulados en el suministro del gas, en relación con los requisitos que establece la Directiva 2009/73/CE para las obligaciones de servicio público impuestas a las empresas de gas natural, son trasladables a la regulación de la financiación del bono social que establece el art. 45.4 LSE; y, en base a ello, consideró que dicho precepto es contrario a lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, pues no cumple las condiciones de transparencia, no discriminación, control y proporcionalidad exigidas por esa Directiva.

Sin embargo, el ministerio fiscal comparte el criterio de la administración recurrente acerca de que el Tribunal Supremo no ha justificado realmente que concurra un supuesto de «acto aclarado», pues se ha limitado a expresar una declaración de voluntad, que es la de estimar que las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esas sentencias son plenamente trasladables a la cuestión controvertida sobre la nueva regulación del régimen de financiación del bono social, pero no ofrece ninguna explicación sobre cuáles son los criterios que le permiten considerar que pueden ser aplicables, para resolver la cuestión controvertida, unas decisiones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncian sobre la interpretación de las directivas relativas al mercado del gas –y no sobre las del mercado de la electricidad– y además se refieren a otro tipo de obligaciones de servicio público distintas del bono social. La sentencia del caso *Anode* versa sobre un supuesto en el que la norma legal controvertida impone a determinadas empresas suministradoras de gas un precio regulado a clientes finales, a fin de garantizar el suministro y la cohesión territorial y por el contrario, en el caso que aquí nos ocupa el supuesto versa sobre una norma que regula el régimen de financiación por parte del sector eléctrico, de una medida destinada a favorecer al consumidor vulnerable.

El ministerio fiscal entiende que no se ha apreciado correctamente la doctrina del «acto aclarado», pues el objeto de la decisión prejudicial que fue resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso *Anode*) no puede ser considerado idéntico o análogo al actual; se trata de Directivas distintas, cuya aplicación se proyecta sobre los mercados interiores de dos productos energéticos diferentes (gas y energía); y la norma legal controvertida impone un precio regulado a determinadas suministradoras de gas, a fin de garantizar el suministro y la cohesión social (asunto *Anode*), mientras que en el proceso de origen del presente recurso de amparo, la cuestión discutida se refiere al régimen de financiación del bono social.

El ministerio fiscal reitera que el tribunal a quo no ha apreciado correctamente la doctrina del «acto aclarado», ya que la sentencia en que se basa el tribunal para considerar que puede abstenerse de plantear cuestión prejudicial no puede catalogarse como materialmente idéntica, ni que haya recaído en un asunto análogo, que permita conocer «de manera evidente y sin ninguna duda objetiva razonable cuál es la correcta aplicación de la norma europea en el caso controvertido». Por tanto, la existencia de dudas razonables sobre la interpretación de la norma comunitaria, en relación con la regulación legal discutida, determina que no proceda considerar que concurra un supuesto de «acto aclarado». A lo que cabe añadir que los supuestos de dispensa del planteamiento de la cuestión prejudicial deben ser objeto de interpretación estricta, tal y como pone de relieve la sentencia. También incide a favor de esas dudas la existencia de un voto particular en las sentencias dictadas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en las que se basa la sentencia impugnada en esta sede y el dictamen del Consejo de Estado relativo al proyecto de orden por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar respecto del bono social, que satisface los requisitos impuestos por la normativa europea.

El ministerio fiscal estima que se han vulnerado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso debido (arts. 24. 1 y 2 CE), pues se ha incurrido en un exceso de jurisdicción al pronunciarse la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la incompatibilidad de la norma legal con el Derecho europeo al margen del proceso debido, vulnerando el sistema de fuentes, al inaplicar directamente la norma legal vigente y eludir indebidamente el mecanismo de control, interesando una sentencia estimatoria del amparo solicitado, que anule las resoluciones impugnadas, con retroacción de actuaciones, al objeto de que por la Sala Tercera del Tribunal Supremo se dicte nueva resolución que sea respetuosa con los derechos fundamentales infringidos.

9. Por providencia de 30 de abril de 2019, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 6 de mayo del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del proceso y planteamientos de las partes.

El presente recurso de amparo tiene por objeto la sentencia dictada el día 12 de diciembre de 2017 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 3864-2015, así como el auto de 2 de febrero de 2018, del mismo órgano judicial, por el que se desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a aquella. Para la administración demandante, que actúa representada por el abogado del Estado, se han vulnerado los apartados 1 y 2 del artículo 24 CE; es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías, pues el órgano judicial ha inaplicado el artículo 45.4 LSE entonces en vigor, que establece el régimen de financiación del bono social eléctrico, al considerar que es incompatible con el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE; y ha adoptado esa decisión sin previamente plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ofreciendo una motivación manifiestamente insuficiente para justificar ese proceder.

La Cooperativa Eléctrica Benéfica San Francisco de Asís, cooperativa valenciana, entidad recurrente en el proceso contencioso-administrativo de origen, ha interesado la inadmisión del presente recurso de amparo por insuficiente justificación en la demanda de especial trascendencia constitucional del mismo e interesa la desestimación del recurso al considerarlo, por lo que se refiere al fondo del asunto, que la resolución del Tribunal Supremo está suficientemente motivada y resulta conforme a la doctrina del «acto aclarado», que permite desplazar la aplicación de la norma legal interna sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial.

El ministerio fiscal, con sustento en los argumentos que detalladamente se han relatado en los antecedentes, interesa la estimación del recurso de amparo, al considerar que se han vulnerado los derechos fundamentales de la demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso debido (art. 24. 1 y 2 CE).

2. Similitud del objeto del presente recurso con el resuelto en la STC 37/2019, de 26 de marzo.

Tanto el objeto del presente proceso constitucional como los planteamientos procesales y sustantivos introducidos por las partes en el debate de este recurso se asemejan a los que ya han sido abordados en nuestra reciente STC 37/2019, de 26 de marzo (recurso de amparo núm. 593-2017). Así:

a) La resolución judicial ahora impugnada (sentencia de 12 de diciembre de 2017 recaída en el recurso de casación núm. 3864-2015) procede del mismo órgano judicial (Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo) y declara, en este caso, la nulidad de la Orden IET/350/2014, de 7 marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014, también a instancia de una compañía eléctrica, con fundamento en la inaplicación, por contradicción con lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento y del Consejo, del art. 45.4 LSE, norma legal en que aquella orden tenía su sustento antes de su desarrollo reglamentario por Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre.

b) La argumentación de la sentencia ahora impugnada se limita a efectuar una remisión a las sentencias de la misma Sala de 24 de octubre de 2016 (recursos contencioso administrativo núm. 960-2014 y 961-2014), 25 de octubre de 2016 (recurso núm. 16-2015) y 2 de noviembre de 2016 (recurso núm. 11-2015), en las que se declara inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, y se declara también inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo dispuesto en el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y a lo declarado en los autos recaídos en los incidentes promovidos para su ejecución. Reproduce el auto 18 de septiembre de 2017 dictado en ese mismo recurso. La sentencia de 24 de octubre de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 960-2014, fue objeto de análisis en la STC 37/2019, de 26 de marzo, sobre la incompatibilidad del régimen jurídico de financiación del bono social con lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, en relación con las obligaciones de servicio público y sobre la improcedencia del planteamiento de la cuestión prejudicial con base en la doctrina del «acto aclarado».

c) La demanda de amparo presentada por la Administración General del Estado en el presente recurso se corresponde íntegramente con la que ya formuló aquella en el recurso de amparo núm. 593-2017, que concluyó con la citada STC 37/2019 y las alegaciones formuladas por las partes en el presente recurso de amparo también resultan coincidentes, de modo parcial en lo que se refiere a los óbices procesales e íntegramente respecto del tema de fondo, con las que fueron realizadas en recurso de amparo núm. 593-2017.

La homogeneidad del presente recurso de amparo con el resuelto en la reciente STC 37/2019 permite abordar las diversas cuestiones procesales y sustantivas suscitadas por las partes con remisión expresa y puntual a lo ya dicho en la citada resolución.

3. Cuestiones procesales.

En relación con las alegaciones de índole procesal, la entidad codemandada considera que procede la inadmisión del recurso de amparo por insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional, requisito procesal insubsanable de la

demanda de amparo ex art. 49.1 LOTC y, subsidiariamente, por falta de la especial trascendencia constitucional que exige el art. 50.1 b) LOTC. Agrega que también procede su inadmisión por inexistencia de vulneración de un derecho fundamental tutelable en amparo, lo que constituye el tema de fondo del recurso, al que se dedicarán los fundamentos jurídicos que siguen al presente.

a) Con respecto al cumplimiento de la carga de realizar en la demanda la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso, en la STC 37/2019 FJ 3, b), hemos recordado que este Tribunal ha distinguido entre la justificación de la especial trascendencia constitucional, como requisito procesal que debe cumplir toda demanda (art. 49.1 LOTC), y la existencia misma de la especial trascendencia constitucional, cuya apreciación corresponde al Tribunal. Respecto del requisito procesal, reiteradamente hemos señalado que es preciso que «en la demanda se disocie adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental –que sigue siendo, obviamente, un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo– y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional» (STC 77/2016, de 25 de abril, FJ 2). Dicho requisito no se satisface con una «simple o abstracta mención» de la especial trascendencia constitucional [entre otras muchas, SSTC 178/2012, de 15 de octubre, FJ 2 b); 2/2013, de 14 de enero, FJ 3, y 32/2017, de 27 de febrero, FJ 2]. Sin embargo, lo exigido al recurrente no es el acierto sino un esfuerzo argumental tendente a disociar los argumentos dirigidos a evidenciar la existencia de la lesión del derecho fundamental de los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional (SSTC 1/2015, de 19 de enero, FJ 2, 23/2015, de 16 de febrero, FJ 2, y 32/2017, de 27 de febrero).

De acuerdo con esta doctrina, este óbice ha de ser desestimado. Como se ha explicado en los antecedentes, la demanda contiene un apartado relativo a la especial trascendencia constitucional del recurso. En dicho apartado se sostiene que el Tribunal Constitucional carece de doctrina consolidada respecto del criterio de identidad o evidencia al que los órganos jurisdiccionales deben sujetarse para poder, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, exonerarse de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con base en la existencia del «acto claro» o «acto aclarado», por la similitud que el supuesto presenta con un caso ya resuelto por el Tribunal de Justicia y poder apreciar directamente que una disposición interna con rango de ley es contraria al Derecho europeo, añadiendo que el «caso contiene elementos de novedad que permitirá "aclarar" la doctrina constitucional en un punto importante [supuestos a) y b) FJ 2, STC 155/2009]».

A la vista de lo anterior cabe concluir, con la STC 37/2019, FJ 3, b) que «la Administración ha cumplimentado adecuadamente el gravamen de justificar la especial trascendencia constitucional, ofreciendo al respecto una argumentación disociada de aquella que ofrece para explicar las lesiones que denuncia. Además, esa justificación se anuda a una temática que no es ajena al cometido de este Tribunal.

b) Sobre la alegación de falta de especial trascendencia constitucional del recurso, el órgano judicial ha fundamentado su decisión en el contenido de una o varias sentencias del referido Tribunal de Justicia que, aun cuando este las considera constitutivas de un «acto aclarado», sin embargo no se refieren específicamente a la ley inaplicada. A lo dicho añadimos que «es a este Tribunal a quien corresponde apreciar si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, que "encuentra su momento procesal idóneo en el trámite de admisión contemplado en el art. 50.1 LOTC (STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 2)" (STC 21/2015, de 16 de febrero, FJ 2)» por lo que también resulta rechazable tal apreciación.

4. Fondo del asunto: Doctrina aplicable.

Hemos de dar por reproducida la exposición doctrinal contenida en nuestra reciente STC 37/2019, de 26 de marzo, FJ 4, en relación con el planteamiento de la cuestión prejudicial, concluyendo nuestra doctrina de manera sintética, del siguiente modo:

«a) Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dejar de aplicar una norma interna (tenga ésta o no rango de ley) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una “duda objetiva, clara y terminante” sobre esa supuesta contradicción [SSTC 58/2004, FFJJ 9 a 14; 232/2015, FJ 5.a)]. Tal duda objetiva puede derivar (i) del hecho de existir un criterio generalizado de los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas, que el órgano judicial no desvirtúa mediante una motivación específica en la resolución impugnada en amparo; (ii) porque pese a haberse dictado una o más resoluciones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referentes a dicha norma nacional, ninguna se ha pronunciado directamente sobre las cuestiones que ahora se suscitan; (iii) o bien por la conjunción de ambas circunstancias (STC 58/2004, FFJJ 13-14); b) Resulta igualmente contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por alteración del sistema de fuentes: inaplicar una norma interna sin plantear cuestión prejudicial ante el TJUE cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del “acto aclarado”, en los casos en que tal doctrina no puede ser invocada; es decir, cuando no sea posible afirmar que «la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo» (STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, *Cilfit*, apartado 13) como, por ejemplo, se examinó en la ya citada STC 194/2006; c) En sentido contrario a lo anterior, «dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE» [STC 232/2015, FJ 5.b), con cita de las anteriores SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3]; d) Asimismo, cumpliéndose con los requisitos de la doctrina del «acto aclarado», también hemos dicho que «corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva» [STC 232/2015, FJ 5 c), con cita de las anterior STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6], En igual sentido, SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, FJ 5.b); 162/2016, de 3 de octubre, FJ 2; y 75/2017, de 19 de junio, FJ 2».

También hemos de remitirnos al análisis efectuado en el fundamento jurídico 5 de nuestra STC 37/2019, en relación con la normativa interna (art. 45.4 LSE) y de la Unión Europea (art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE) que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha tenido en cuenta para dirimir el litigio, así como la doctrina sobre «el acto aclarado» elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto 283/1981, *Cilfit*). Este análisis permite constatar que «en la argumentación dada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo se reflejan las razones por las que se estima que el régimen jurídico de financiación del bono social es incompatible con lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, en relación con las obligaciones de servicio público. Ahora bien, como el órgano judicial afirma que, para dirimir las eventuales contradicciones entre la normativa interna y el Derecho de la Unión Europea debe acudir, con carácter general, al mecanismo de la cuestión prejudicial, regulado en el art. 267 Tratado de funcionamiento de la Unión Europea; pero en el

presente caso se consideró dispensado de plantearla con base en la doctrina del «acto aclarado», la referida fundamentación jurídica también debería haber incluido una explicación sobre los concretos motivos por los que se considera que concurre el referido «acto aclarado». Por ello, al no haberse argumentado en el sentido expuesto, cabe afirmar que el órgano judicial no ha justificado, desde la perspectiva propia del «acto aclarado» que se configura en la sentencia *Cilfit*, por qué se debe considerar que el presente caso es análogo a los asuntos *Federutility* y *Anode*; cuáles son las circunstancias que permiten entender que la cuestión que ahora se suscita es sustancialmente idéntica a la que se planteó en los asuntos antes indicados; o cuál es la concreta doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en relación con la presente controversia, sustenta el «acto aclarado» que el tribunal *a quo* invoca».

5. Conclusión y resolución del recurso de amparo.

Los razonamientos expuestos en los fundamentos jurídicos anteriores conducen a la conclusión que debe ser estimada la queja relativa a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en consideración a lo ya apreciado en nuestra STC 37/2019 en relación con la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Con remisión al fundamento jurídico 6 de nuestra STC 37/2019, de 26 de marzo, hemos de reconocer también en este caso la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que ha sido denunciada por la parte recurrente, toda vez que el órgano judicial ha inaplicado la normativa nacional por considerarla incompatible con el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, sin previamente haber recabado un pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ello ha dado lugar a una preterición del sistema de fuentes y a la vulneración del derecho fundamental del art. 24.2 CE.

Una vez apreciada la vulneración anteriormente indicada, la insuficiente motivación acerca de las razones por las que se aprecia la concurrencia del «acto aclarado», dato este en el que la demandante funda la vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión, carece ya de virtualidad, como queja de lesión autónoma, al haberse reconocido, por las razones expuestas, que el tribunal *a quo* no estaba exonerado de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El otorgamiento del amparo debe comportar, conforme a lo dispuesto en el art. 55.1 LOTC, el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado, la declaración de nulidad de la sentencia y del auto objeto de impugnación, con retroacción de actuaciones al momento anterior al de dictarse la primera de las resoluciones citadas, a fin de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dicte otra resolución respetuosa con el derecho fundamental conculcado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

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

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

2.º Restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017, recaída en el recurso de casación núm. 3864-2015, y el auto de 2

de febrero de 2018, de la misma Sala y Sección, por el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la referida sentencia.

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

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a seis de mayo de dos mil diecinueve.—Juan José González Rivas.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Alfredo Montoya Melgar.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el magistrado don Andrés Ollero Tassara en relación con la sentencia de la Sala Primera de 6 de mayo de 2019 dictada en el recurso de amparo núm. 1541-2018

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de mis compañeros, formulo el presente voto particular a la sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 1541-2018.

Las razones de mi discrepancia son las mismas que se contienen en el voto particular que formulé a la STC 37/2019, de 26 de marzo. Para evitar reiteraciones innecesarias, me remito a lo razonado en aquella ocasión.

Y en ese sentido emito mi voto particular.

Madrid, a seis de mayo de dos mil diecinueve.—Andrés Ollero Tassara.—Firmado y rubricado.