

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**9540** *Sala Primera. Sentencia 68/2019, de 20 de mayo de 2019. Recurso de amparo 1374-2018. 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:2019:68.

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. 1374-2018, interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia recaída en el recurso de casación contencioso-administrativo núm. 3332-2015, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en fecha 12 de diciembre de 2017; y contra el auto de 26 de enero de 2018, de la misma sala y sección, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la ahora recurrente frente a la citada sentencia. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Han comparecido las entidades mercantiles EDP España, S.A.U., y Gas Natural SDG, S.A. Ha sido ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el día 14 de marzo de 2018, la Administración General del Estado, representada por el abogado del Estado, interpuso recurso de amparo contra la sentencia y el auto referidos en el encabezamiento.

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

a) En fecha 14 de marzo de 2014 se interpuso por la entidad Gas Natural SDG, S.A., recurso contencioso-administrativo frente a la Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, dictada por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014 a propuesta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 23

de diciembre, del sector eléctrico (LSE). El recurso fue desestimado por sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de septiembre de 2015.

b) El 2 de diciembre de 2015, la entidad Gas Natural SDG, S.A., interpuso ante el Tribunal Supremo recurso de casación contencioso-administrativo contra la anterior sentencia –al que se opuso la Abogacía del Estado– en cuyo suplico se pedía, con carácter principal, el dictado de sentencia que estime el recurso de casación y declare que el artículo 45.4 de la Ley 24/2013 del sector eléctrico, así como la orden impugnada, son contrarios al Derecho de la Unión por infracción del principio de no discriminación recogido en el artículo 3.1 de la Directiva 2009/72/CE, y por tanto resultan inaplicables.

c) En fecha 12 de diciembre de 2017, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia, cuyo fallo, a los efectos que interesan en el presente recurso, fue el siguiente:

«Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Gas natural SDG, S.A., contra 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, declarando nula la Orden impugnada.

3. Declaramos el derecho de Gas natural SDG, S.A., a ser indemnizada por las cantidades abonadas en concepto de bono social en aplicación de la Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, de manera que se reintegren a la demandante todas las cantidades que haya abonado por ese concepto correspondientes a 2014, que se determinarán en ejecución de sentencia, más los intereses legales correspondientes computados desde fecha en que se hizo el pago hasta la fecha de su reintegro.»

En el fundamento jurídico 2, el órgano judicial se refería a la fundamentación contenida entre otras en la sentencia de 24 de octubre de 2016, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo –anulada por el Pleno del Tribunal Constitucional en la STC 37/2019, de 26 de marzo– y en la sentencia de 2 de noviembre de 2016, de la misma Sección –también anulada por la STC de 8 de abril de 2019–, dictada por la Sala Segunda de este Tribunal, indicando en el fundamento jurídico 3 que las consideraciones expuestas en las citadas sentencias, y en otras con la misma fundamentación, así como en los autos dictados en ejecución, llevan a considerar que la sentencia recurrida debe ser casada y anulada, al derivarse de los referidos pronunciamientos del Tribunal Supremo que la Orden IET/350/2014, debe ser declarada nula, al haber sido dictada en desarrollo de un precepto legal –el artículo 45.4 de la Ley 24/2013– que ha sido inaplicado por sentencia firme, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE.

d) Por escrito de fecha 5 de enero de 2018, la Administración General del Estado promovió incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia antes referida, en el cual denunció: i) 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 haber sido inaplicada una norma con rango de ley sin promover cuestión de inconstitucionalidad; ii) vulneración de los derechos anteriormente indicados por no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y iii) la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva, ya que, al entender de la recurrente, la sala no se pronunció sobre algunas cuestiones esenciales para enjuiciar el objeto del recurso.

En relación con la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la administración desarrolla una extensa argumentación a fin de explicar cuáles son los requisitos del «acto aclarado», según doctrina del Tribunal de Justicia y exponer las razones por las que, de acuerdo a esa doctrina, considera que los supuestos que el órgano judicial toma como referentes como «acto aclarado», que le dispensa de plantear la referida cuestión prejudicial (las sentencias recaídas en los asuntos Federutility y Anode), no pueden ser tenidos en cuenta a estos efectos, dadas las disimilitudes entre dichos supuestos y el presente.

e) El incidente fue desestimado por auto de fecha 26 de enero del 2018. El órgano judicial argumentaba que los motivos de nulidad que se aducían en este caso eran idénticos a los que la abogacía del Estado había esgrimido en el incidente de nulidad que promovió en su día contra las sentencias de la misma Sala, que resolvieron los recursos de casación 149-2016 y 3875-2015, por lo que la sala reitera las consideraciones que efectuó en los autos dictados con fecha 24 de enero de 2018, en los incidentes de nulidad de actuaciones promovidos contra las sentencias dictadas en los citados recursos de casación. Afirma que si se consideró innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias de 24 de octubre y 2 de noviembre de 2016, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo –que como se ha referido fueron anuladas por las SSTC 37/2019, de 26 de marzo y 46/2019 de 8 de abril–, «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».

El auto también descartó la queja de lesión por no haber sido planteada cuestión de inconstitucionalidad, señalando que firme el pronunciamiento que había 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 llevaba directamente a la conclusión de que la orden debía ser declarada nula.

Finalmente también se rechazó el alegato relativo a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la modalidad de incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento sobre cuestiones esenciales para enjuiciar el objeto del recurso.

3. En su demanda de amparo la administración, representada por el abogado 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 artículo 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 recurrente justifica la especial trascendencia constitucional del recurso en los términos que, a continuación, se exponen: 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 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 así se afirma en la STC 232/2015, dejar de aplicar una ley interna sin previamente plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 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.

Dicho lo anterior, 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 artículo 24 CE. Y, desde esa perspectiva, considera que lo que en esta sede debe resolverse no atañe al eventual acierto del órgano judicial al resolver el litigio, pues 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 no aplicar 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 artículo 24 CE. Insiste en que, sobre este aspecto o cuestión, aún no se ha fijado de manera definitiva doctrina por parte del Tribunal Constitucional y la solución que propone es que, en esta sede, se acoten restrictivamente las facultades interpretativas del órgano judicial.

En cuanto al fondo, en primer lugar sintetiza las razones dadas por el órgano judicial para considerar inaplicable el modelo de financiación del bono social que prevé el artículo 45.4 LSE; a saber, que es incompatible con el régimen jurídico establecido en el artículo 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. Afirma 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.

Añade que la sentencia combatida 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. Afirma que, 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. Considera que 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, según su criterio, constituyen supuestos análogos que, conforme a la «doctrina Cilfit», justifican la inaplicación del artículo 45.4 de la LSE. Sin embargo, respecto de la STJUE de 20 de abril de 2010 –asunto Federutility–, indica que la discriminación a la que se refieren sus párrafos 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, por el contrario, 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.

A continuación, analiza en la demanda la segunda de las sentencias traídas a colación por el Tribunal Supremo, esto es, la STJUE de 7 de septiembre de 2016 – asunto Anode– cuya doctrina tampoco 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.

Posteriormente, invoca algunos de los argumentos que figuran en el voto particular formulado por el Magistrado disidente; en síntesis, 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. También 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 artículo 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. Por providencia de 16 de julio de 2018, la Sección Segunda de la Sala Primera de este Tribunal acordó admitir el presente recurso a trámite apreciando que concurre especial transcendencia constitucional (artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LOTC), porque plantea un problema o una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal. [STC 155/2009, FJ 2.a)]. Seguidamente, en aplicación de

lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, dirigió 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 contencioso-administrativo núm. 94-2014, practicando los correspondientes emplazamientos.

5. Mediante la presentación de sendos escritos de 17 de septiembre de 2018, la entidad EDP España, S.A.U., representada por el procurador de los tribunales don Carlos Mairata Laviña y asistida por la letrada doña Jorgelina Expósito Blanco y la mercantil Gas Natural SDG, S.A., representada por la procuradora de los tribunales doña Pilar Iribarren Cavalle y asistida por la letrada doña Victoria Serrano Dublan, interesaron que se las tuviera por personadas y parte en el presente recurso.

6. Por diligencia de ordenación de 27 de septiembre de 2018, el secretario de justicia de la Sección Segunda tuvo por personados y parte en el procedimiento a EDP España, S.A.U., y Gas Natural SDG, S.A., a través de la indicada representación procesal. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1 LOTC, se dispuso dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que pudieran presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

7. En fecha 29 de octubre de 2018 tuvieron entrada en el registro de este Tribunal las alegaciones de Gas Natural SDG, S.A., en las que interesa: la acumulación de los recursos de amparo y su avocación al Pleno del Tribunal Constitucional, a fin de evitar resoluciones contradictorias al ser idéntico el presente recurso a otros cuatro ya interpuestos y admitidos, uno de los cuales, el núm. 593-2017, ya había sido admitido y avocado al Pleno; el archivo del recurso por carencia sobrevenida de objeto; la inadmisión del recurso por falta de legitimación de la demandante; y, subsidiariamente, su desestimación.

En relación con la pérdida sobrevenida de objeto considera que en virtud del Real Decreto-ley 7/2016, se ha derogado la norma en que la administración fundaba su posición y en virtud de la Orden ETU/1288/2017, de 22 de diciembre, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 27 de diciembre de 2017, la propia administración ha ejecutado el pronunciamiento de condena al pago contenido en la sentencia impugnada, lo que supone que los efectos perniciosos para la administración del Estado ya no permanecen.

En cuanto a la legitimación de la administración, la codemandada alega que la STC 78/2010, de 20 de octubre, apreció la falta de legitimación de la persona jurídico-pública en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en un caso, como el presente, relativo a la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial en un pleito en el que la administración defendía el ejercicio de sus potestades públicas. La legitimación de la persona jurídico-pública sólo existiría, en un supuesto de ese tipo, si hubiera padecido indefensión, lo que, según sostiene la entidad, no ha ocurrido en el presente caso, ya que el abogado del Estado no sólo no propuso al órgano judicial el planteamiento de cuestión prejudicial sino que se opuso expresamente a dicho planteamiento. Por ello, concluye, puede decirse que «la parte ahora recurrente en amparo carece manifiestamente de legitimación para formular semejante pretensión consistente en solicitar al Tribunal Constitucional lo opuesto a lo solicitado ante el Tribunal Supremo», circunstancia a la que se suma que la propia Administración General del Estado «ha acatado el fallo de la sentencia impugnada», habiéndose modificado incluso el tenor del artículo 45.4 LSE para adaptarlo a la doctrina fijada por el alto tribunal.

En cuanto al fondo del asunto, la codemandada afirma que, desde la STC 78/2010, de 20 de octubre, y, en particular, con las SSTC 212/2014, de 18 de diciembre, y 3/2016, de 18 de enero, así como con el ATC 155/2016, de 20 de septiembre, «desde la perspectiva del artículo 24.1 CE el canon de control establecido respecto del único

motivo de amparo (la decisión de no plantear cuestión prejudicial) no difiere del fijado por este alto Tribunal respecto del de la motivación de las resoluciones judiciales, por lo que "lo único" que le corresponde al Tribunal Constitucional [es] "ponderar si la resolución judicial está fundada en Derecho y es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria". Con esta perspectiva, analiza los fundamentos de derecho séptimo y octavo de la sentencia impugnada y llega a la conclusión de que la motivación empleada en ellos no puede ser calificada «de arbitraria, ni tampoco de "manifiestamente" irrazonable, pues el Tribunal Supremo, en los referidos fundamentos jurídicos, justifica de forma razonada y razonable, su decisión con base en la propia doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre el "acto aclarado" y teniendo bien en cuenta la doctrina fijada por la citada STC 78/2010, de 20 de octubre, del Pleno que concluye que la concurrencia de los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con una directiva "corresponde apreciar a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria"». Es, por ello, claro, concluye «que el Tribunal Supremo ha obrado conforme a Derecho como juez comunitario, interpretando la directiva en cuestión según la doctrina aclarada del Tribunal de Luxemburgo, tan citada».

8. En fecha 29 de octubre de 2018 presentó sus alegaciones EDP España, S.A.U. (antes Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.U.). En primer lugar, la codemandada lleva a cabo una exposición sobre la evolución legislativa en relación con la financiación del bono social, hasta llegar a la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico. Acto seguido, manifiesta que la administración carece de legitimación para interponer recurso de amparo, ya que sus alegaciones contradicen abiertamente lo defendido durante todo el debate procesal previo, pues en todos los procedimientos relativos a la financiación del bono social en que intervino, como parte demandada, se opuso expresamente al planteamiento de la cuestión prejudicial. También, afirma que la administración ya ha cumplido voluntariamente el fallo del Tribunal Supremo, lo que le priva del interés legítimo para obtener la tutela judicial en relación a la pretensión ejercitada.

En segundo lugar, expone que la sentencia recurrida no ha vulnerado ningún derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE. A este respecto, sostiene que el Tribunal Supremo resolvió con fundamento en la doctrina del «acto aclarado», a la vista de la jurisprudencia asentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos Federutility y Anode, con estricto acatamiento de la doctrina constitucional (SSTC 194/2006, de 19 de junio, FJ 2; y 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3) que, en relación con la decisión de no plantear cuestión prejudicial, establece que al Tribunal Constitucional solo le corresponde ponderar si la resolución judicial está fundada en derecho y es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria. Y, en el presente caso, afirma, las justificaciones contenidas en los fundamentos jurídicos 7 y 8 de la sentencia cuestionada son más que suficientes para constatar que se ha respetado ese canon, pues el órgano judicial motiva de forma razonada y razonable la decisión, con base en la propia doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre el «acto aclarado», de no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por todo ello, la codemandada interesa la íntegra desestimación del recurso de amparo en su escrito de alegaciones.

9. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado el día 19 de noviembre de 2018. Tras referirse a los principales aspectos de los que trae causa el presente recurso y compendiar las alegaciones expuestas en la demanda de amparo, señala, en primer lugar, que 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).

Posteriormente, el Ministerio Fiscal pasa a explicar el mecanismo del bono social que, según refiere, 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 Fiscal, 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».

Más adelante, advierte de que la sentencia impugnada en esta sede 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.

Señala, a continuación, que, 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 artículo 267 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 a lo expuesto trae a colación la STC 232/2015, de 5 de noviembre, fundamento jurídico 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)». Y añade que el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que, en orden a enjuiciar desde la perspectiva del artículo 24. 1 CE, el carácter fundado de una resolución judicial que no aplica una norma legal vigente por su oposición al Derecho europeo, sin suscitar cuestión prejudicial, habrá de 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 Dhabí 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.

Refiere, a continuación, que, en los casos en que no se plantea la cuestión prejudicial y no se aplica 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 propia STC 78/2010, el Tribunal Constitucional entró a enjuiciar, en el caso que examinaba, el carácter fundado de la resolución que no había aplicado la norma legal vigente, sin plantear cuestión prejudicial por estimar que ya existía una decisión prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión objeto del proceso, y apreció que esta decisión del órgano judicial no estaba correctamente fundada en Derecho.

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 la sentencia 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 artículo 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 STJUE 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 STJUE 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 artículo 45.4 LSE; y, en base a ello, consideró que dicho precepto es contrario a lo dispuesto en el artículo 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». Según manifiesta, el citado Tribunal 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. Añade que 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; 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.

Por ello, 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; que se trata de directivas distintas, cuya aplicación se proyecta sobre los mercados interiores de dos productos energéticos diferentes (gas y energía); y que 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.

Con independencia de lo afirmado sobre la falta de explicación de las razones por las que concurren los requisitos del «acto aclarado», el Ministerio Fiscal reitera que el tribunal a quo no ha apreciado correctamente la doctrina del «acto aclarado». 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 Cilfit. También incide a favor de esas dudas la existencia de un voto particular contra la sentencia impugnada en esta sede, amén del 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. En ese dictamen, dicho órgano consultivo manifestó que el régimen de financiación satisface los requisitos impuestos por la normativa europea.

Por todo lo expuesto, 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 no aplicar directamente la norma legal vigente y eludir indebidamente el mecanismo de control. Ello lleva a la fiscalía a interesar 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.

10. Por diligencia de 21 de noviembre de 2018, se hizo constar que no habiéndose recibido alegaciones de la abogacía del Estado, quedaba el recurso de amparo pendiente de deliberación cuando por turno correspondía.

11. Mediante providencia de fecha 16 de mayo de 2019, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 20 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

Único. El presente recurso de amparo tiene por objeto la sentencia recaída en el recurso de casación contencioso administrativo núm. 3332-2015, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en fecha 12 de diciembre de 2017, así como el auto de 26 de enero de 2018, del mismo órgano judicial que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la ahora recurrente frente a la citada sentencia.

Tanto el objeto del presente proceso constitucional como los planteamientos procesales y sustantivos introducidos por las partes en el debate de este recurso son sustancialmente coincidentes con los que ya han sido abordados por el Pleno del Tribunal Constitucional en nuestra reciente STC 37/2019, de 26 de marzo (recurso de amparo núm. 593/2017), a cuyos fundamentos debemos remitirnos. En consecuencia procede desestimar la pretensión de pérdida sobrevenida de objeto (STC 37/2019, FJ 2), y de falta de legitimación de la Administración demandante [STC 37/2019, FJ 3.a)], y debemos dar por reproducidos los fundamentos jurídicos 4 a 6, por los que tras exponer la doctrina constitucional sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial y examinar el pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo consideramos vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) debido a la insuficiente motivación de la sentencia en lo relativo a la existencia de «acto aclarado» y a la ausencia de los presupuestos necesarios para apreciar que concurriera dicho «acto aclarado».

Por ello, procede estimar el recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y declarar la 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 12 de diciembre de 2017, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y el auto de 26 de enero 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 sexto de la STC 37/2019, de 26 de marzo.

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

Dada en Madrid, a veinte 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 20 de mayo de 2019 dictada en el recurso de amparo núm. 1374-2018*

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. 1374-2018.

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, mostrando mi parecer opuesto a la legitimación de la Administración General del Estado para solicitar en amparo la protección de sus derechos fundamentales. Para evitar reiteraciones innecesarias, me remito a lo razonado en aquella ocasión.

Y en ese sentido emito mi voto particular.

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