

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9541 *Sala Segunda. Sentencia 69/2019, de 20 de mayo de 2019. Recurso de amparo 1375-2018. 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).*

ECLI:ES:TC:2019:69.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, Presidenta, y los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo número 1375-2018, interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2017 en el recurso de casación 3131-2015, formulado contra la sentencia pronunciada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de julio de 2015; y contra el auto de 29 de enero de 2018, de la citada sala y sección del Tribunal Supremo, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la recurrente frente a dicha sentencia. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha comparecido la entidad Cooperativa Popular de Fluido Eléctrico de Camprodón, S.C.C.L. Ha sido ponente el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho.

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) El 5 de mayo de 2014 la entidad Cooperativa Popular de Fluido Eléctrico de Camprodón, S.C.C.L., interpuso recurso contencioso administrativo contra la Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, por el que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014. En su demanda, dicha cooperativa argumentaba la nulidad del artículo 45 de la Ley 24/2013, del sector eléctrico

(en adelante LSE), por su carácter discriminatorio y vulnerador de la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE; añadía que se vulneraba también el artículo 14 CE, y que concurrían las mismas circunstancias que habían llevado al Tribunal Supremo a dictar la sentencia de 7 de febrero de 2012, que entendió que el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptaban medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, era contrario al Derecho de la Unión, ya que no existía justificación razonable para el diferente tratamiento entre las empresas del sector en relación con la financiación del bono social, pues dejaba fuera de la obligación de financiación a las empresas de generación y transporte; también afirmaba la cooperativa recurrente que el artículo 45.4 LSE precitado incurría en una arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 CE, y era contrario a la igualdad y a la proporcionalidad, ya que no existía una razón objetiva que justificara el trato desigual; además, contravenía las políticas sociales contempladas en los artículos 39 y 42 CE; por último, la recurrente consideraba que el régimen jurídico cuestionado infringía la Directiva 2009/71/CE al no garantizar a las empresas eléctricas de la Unión Europea el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales.

b) El 1 de julio de 2015 la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que desestimó el recurso formulado por la Cooperativa Popular de Fluido Eléctrico de Camprodón, S.C.C.L. Se refería a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 7 de febrero de 2012, que analizó la conformidad del régimen del bono social con el Derecho de la Unión, considerando que la decisión del alto tribunal, que inaplicó parte de ese régimen, dio lugar a la nueva regulación del mismo contenida en el Real Decreto-ley 9/2013. La recurrente, afirma la Sala de la Audiencia Nacional, en realidad está cuestionando el artículo 45.4 LSE, algo que desborda el marco competencial de ese órgano judicial, más allá de la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad si finalmente existieran dudas sobre el acomodo del régimen legal al texto constitucional o de formular cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión por la posible incompatibilidad con el Derecho europeo. En relación con esta última cuestión, considera la Audiencia Nacional que en contra de lo que ocurría con la redacción del Real Decreto-ley 6/2009, el vigente artículo 45 de la Ley 23/2013 se acomodó a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo, por las razones que se exponen, basadas en síntesis en que se razona y explica con sumo detalle en esta última norma cual era la decisión tomada por el Gobierno en torno a la financiación del bono, particularizando los motivos por los cuales se opta porque sea sufragado 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. En suma, la obligación de servicio público y su forma de sufragarse han sido definidas de manera clara y transparente, y por ello controlable. Tampoco acogió la Sala de la Audiencia Nacional el argumento de la demanda según el cual se produce una restricción al acceso en condiciones de igualdad de condiciones con las demás entidades. Y ello porque la actora no llevó a cabo un fiel análisis de lo que el bono social significa, puesto que tanto en la prestación del servicio como especialmente en su gestión, información y documentación, el bono social supone un mayor coste para las entidades encargadas de prestarlo.

Igual sentido desestimatorio corrieron el resto de los motivos impugnatorios desarrollados en la demanda. Así, no se fijaron los elementos discriminatorios alegados en la regulación impugnada, más allá de la exclusión de las empresas generadoras y de transporte, que fue justificada por la propia norma en los términos precedentemente expuestos. Y lo mismo aconteció con la imputación de arbitrariedad que se dirigió contra dicha regulación, puesto que la arbitrariedad, que sería del legislador pues se achaca a la LSE, tendría que acreditarse plenamente y sin asomo de duda y debía consistir en graves vicios de discriminación o irrazonabilidad de la norma, cuando lo cierto es que el artículo 45 de la Ley citada integró en gran parte la redacción anticipada por el Real Decreto-ley 9/2013.

c) El 3 de noviembre de 2015, la entidad Cooperativa Popular de Fluido Eléctrico de Camprodón, S.C.C.L. interpuso ante el Tribunal Supremo recurso de casación contra la citada sentencia de la Audiencia Nacional, alegando la infracción del principio de igualdad, en cuanto al mecanismo de financiación del bono social contenido en el artículo 45 de la Ley del sector eléctrico (artículo 14 CE y 3 de la Directiva 2009/72/CE y de la jurisprudencia). Señalaba que en ningún caso se había justificado de forma razonable y suficiente el hecho de que el mecanismo de financiación del bono social recaer en exclusiva sobre determinadas empresas. Añadía que la sentencia recurrida incurre en falta de motivación e incongruencia, además de infringir las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba ya que la llevada a cabo por la Audiencia Nacional es irrazonable.

La sentencia del Tribunal Supremo estima el primero de los motivos casacionales formulados por la recurrente. Partiendo de que se han examinado conjuntamente los recursos de casación 49-2015, 3131-2015, 3127-2015, 3312-2015, 3374-2015, 3864-2015 y 3875-2015, se reitera lo expresado en la sentencia dictada en el recurso 3875-2015. Para ello se afirma que la controversia entablada en relación con la Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, debe ser resuelta atendiendo a las consideraciones y pronunciamientos de las sentencias mencionadas y a lo declarado en los autos de esta misma Sala que resolvieron los incidentes promovidos en orden a su ejecución. Tomando como muestra las resoluciones recaídas en el recurso contencioso-administrativo 961-2014, se recuerda lo que señala el fundamento jurídico séptimo de la sentencia de 24 de octubre de 2016: «[L]a 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 esta 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. Posteriormente, el auto de esta Sala de 18 de septiembre de 2017 (recurso 961-2014), señala 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 (recursos de casación 3127-2015, 3332-2015, 3374-2015, 3864-2015, 3875-2015, 3885-2015, 122-2016, 149-2016 y 714-2016). Ya anticipábamos en el citado auto de esta Sala de 18 de septiembre de 2017 (recurso 961-2014), y en los demás dictados en ejecución de nuestras sentencias, que en la resolución de los recursos de casación dirigidos contra las sentencias de la Audiencia Nacional referidas a la Orden IET/350/2014 necesariamente habrían de tenerse en cuenta los pronunciamientos de esta Sala del Tribunal Supremo sobre inaplicabilidad del régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y nulidad de los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014. Y este es precisamente el momento en que nos encontramos.

Por las razones expuestas, se anula la orden impugnada, que fue dictada en desarrollo de un precepto legal, el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, que fue declarado inaplicable por sentencia firme por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE. Y

consecuentemente, se declara el derecho de la recurrente a ser indemnizada por las cantidades abonadas por tal concepto».

El fallo de la sentencia fue literalmente el siguiente:

«1. Ha lugar al recurso de casación núm. 3131-2015 interpuesto en representación de Cooperativa Popular de Fluido Eléctrico de Camprodón S.C.C.L. contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de julio de 2015 (recurso contencioso-administrativo núm. 183-2014), que ahora queda anulada y sin efecto.

2. Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Cooperativa Popular de Fluido Eléctrico de Camprodón, S.C.C.L. 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 Cooperativa Popular de Fluido Eléctrico de Camprodón, S.C.C.L 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.»

d) Por escrito presentado el 4 de enero de 2018, la administración promovió incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia, en el cual denunció: i) 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 haber sido inaplicada una norma con rango de ley sin promover cuestión de inconstitucionalidad; ii) la vulneración de los mismos derechos fundamentales por no haber planteado 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.

e) El incidente fue desestimado por auto de 29 de enero de 2018. En relación con la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial, el órgano judicial rechaza que se hayan producido la vulneración 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 961-2014), 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 similares a las señaladas también se descarta la queja de lesión 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 Cooperativa Popular de Fluido Eléctrico de Camprodón, S.C.C.L.».

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 artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE.

Tras destacar los aspectos más relevantes del procedimiento judicial y señalar que la motivación de la sentencia recurrida se hace por remisión a los pronunciamientos precedentes de la Sala sentenciadora, añade que no se explica en ellos por qué el hecho de hacer recaer la carga de una obligación de servicio público sobre determinados agentes es contraria a los principios invocados. Se añade que el presente recurso de amparo mantiene su objeto pese a la derogación expresa del precepto legal en el que fundaba su posición la administración; además, se justifica la especial trascendencia constitucional del recurso en los términos que siguen.

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 se afirma en la STC 232/2015, dejar de aplicar una ley interna sin previamente plantear cuestión prejudicial, 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.

De esta forma, 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 (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 2). Y, desde esa perspectiva, considera el abogado del Estado que lo que debe resolverse en este proceso constitucional no atañe al eventual acierto del Tribunal Supremo al resolver el litigio, sino a delimitar el margen de interpretación del que disponen los órganos judiciales para inaplicar 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. Lo novedoso del caso reside en que, por considerar aplicable al presente supuesto la doctrina del «acto aclarado», la sentencia impugnada ha inaplicado una norma con rango de ley, de manera que el Tribunal Supremo se ha convertido en «legislador negativo», de modo que sus facultades de valoración resultan sumamente trascendentes desde la perspectiva del derecho garantizado por el artículo 24 CE.

En cuanto a las vulneraciones constitucionales alegadas, comienza sintetizando las razones dadas por el Tribunal Supremo para considerar inaplicable el modelo de financiación del bono social que prevé el artículo 45.4 LSE: la primera, 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, la segunda, que 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 cuestión prejudicial es apodíctica y, por tanto, incurre en manifiesta falta de motivación lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva; y ello porque el Tribunal Supremo considera que los criterios de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016 (asunto *Anode*), reproducida literalmente en alguno de sus párrafos, son trasladables al caso ahora examinado, pero no dice por qué razón ni 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 de la Unión Europea traída como parámetro de comparación.

Añade que la sentencia impugnada aplica la doctrina del «acto aclarado» para justificar la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial, pero lo hace siguiendo un criterio erróneo, pues no concurren las 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. El Tribunal Supremo sustenta la aplicación al caso de la doctrina del «acto aclarado» en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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 LSE. Sin embargo, respecto de la sentencia de 20 de abril de 2010, asunto *Federutility*, estima el abogado del Estado que la discriminación a la que se refieren sus §§ 45 y 46 nada tiene que ver con el trato peyorativo apuntado por la empresa demandante en el proceso a *quo*, pues la supuesta discriminación que aprecia el Tribunal Supremo no trae causa de la indiferenciación (como en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Federutility*), 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.

A continuación, analiza en la demanda 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*) 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 estos 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, tampoco cabe entender que las consideraciones que se formulan en el § 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 eléctrico 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 se aducen algunos de los argumentos que figuran en el voto particular de aquella sentencia; en síntesis, que concurren diferencias sustanciales entre las citadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los presupuestos fácticos y

jurídicos examinados en el recurso resuelto 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 alega 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 la sentencia impugnada ha vulnerado los derechos garantizados por el artículo 24 CE porque: i) el Tribunal Supremo ha desconocido el sistema de fuentes, al inaplicar una norma con rango de ley sin plantear previamente 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 ley española sin plantear la cuestión prejudicial; y iii) 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 Cuarta de este Tribunal acordó admitir el presente recurso a trámite apreciando que concurre especial transcendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)], 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)]. Acordó también, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 LOTIC, 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 verdadera de las actuaciones correspondientes al recurso, practicando los correspondientes emplazamientos.

5. Mediante la presentación de un escrito fechado el 14 de septiembre de 2018, la entidad Cooperativa Popular de Fluido Eléctrico de Camprodón, S.C.C.L, representada por la procuradora doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, suplicó que se le tuviera por personada, comparecida y parte en el recurso de amparo.

6. Por diligencia de ordenación de 26 de septiembre de 2018, la secretaría de justicia de la Sala Segunda tuvo por personada y parte en el presente recurso de amparo a la referida entidad, representada y asistida por la profesional indicada. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1 LOTIC, dispuso dar vista de las actuaciones a la parte personada y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que pudieran presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

7. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado el 22 de octubre de 2018. Tras referirse a los antecedentes 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 (art. 24.1 CE) y al proceso debido (art. 24.2 CE), desde la perspectiva de las garantías procesales inherentes a los mismos, que le son reconocidas a la administración como parte en los procesos judiciales (STC 58/2004, FJ 5). Descarta asimismo que la derogación expresa del precepto legal en el que fundaba su posición la administración haga perder su objeto al presente recurso de amparo.

Explica el Ministerio Fiscal los antecedentes legislativos y la finalidad del bono social, que opera como una medida de protección de los consumidores de energía vulnerables y responde a las previsiones del artículo 3.7 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». El régimen de financiación del bono social en la legislación precedente (Real Decreto-ley 6/2009) fue enjuiciado 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 la Directiva 2003/54/CE (luego reemplazada por la citada Directiva 2009/72/CE). Por ello, el Tribunal Supremo resolvió la inaplicación de las disposiciones pertinentes de aquella regulación legal 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 de 20 de abril de 2010, dictada en el asunto *Federutility*.

Como consecuencia de la referida sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 se procedió a regular de nuevo el bono social eléctrico por el artículo 8 del Real Decreto-ley 9/2013, precedente inmediato del artículo 45.4 LSE (Ley 24/2013), que la sentencia impugnada en el presente recurso de amparo inaplica. Esta disposición (más tarde modificada por el Real Decreto-ley 7/2016) se correspondía con las previsiones del Real Decreto-ley 6/2009, pues establecía que el bono social fuera asumido por las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, por las sociedades que desarrollasen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica. El régimen de financiación del bono social previsto por el artículo 45.4 LSE y desarrollado por los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014 es declarado inaplicable por la sentencia impugnada en amparo, al estimar el Tribunal Supremo que se opone a lo establecido en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE.

Determinar si la sentencia impugnada vulnera los derechos de la administración a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, por inaplicar el artículo 45.4 LSE (y los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, que lo desarrollan) sin plantear previamente la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, requiere realizar un examen de las razones en las que el Tribunal Supremo fundamenta esa decisión.

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 con lo preceptuado en el artículo 267 TFUE. Ahora bien, esto no significa que las decisiones judiciales sobre ese particular estén exentas de cualquier control de constitucionalidad, sino que, por el contrario, están sujetas al canon de control propio de cualquier resolución judicial. Además, debe tenerse en cuenta el especial control de constitucionalidad que procede efectuar respecto de aquellas resoluciones judiciales que no aplican una norma legal interna, por su apreciada contradicción con el Derecho de la Unión Europea. Afirma que en estos casos –y no en los que el órgano judicial aplica la norma interna sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por estimarla conforme con el Derecho de la Unión Europea (STC 27/2013)– se pueden lesionar los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, siempre que exista una duda objetiva, clara y terminante sobre esa supuesta contradicción (SSTC 58/2004, FFJJ 9 a 14, y 232/2015, FJ 5). Para enjuiciar 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, FJ 2). En la misma línea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 8 de abril de 2014, asunto *Dhabi*

contra Italia, también pone de manifiesto, en relación con el derecho al proceso debido (art. 6.1 CEDH), que los órganos judiciales nacionales deben justificar, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las razones por las que deciden no plantear la cuestión prejudicial.

Tras sintetizar la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia del asunto *Cilfit* sobre los supuestos de dispensa del planteamiento de la cuestión prejudicial, el Ministerio Fiscal examina los razonamientos de la sentencia impugnada para no plantear la cuestión prejudicial. Sobre este particular pone de relieve que en la sentencia de 7 de febrero de 2012 el Tribunal Supremo resolvió que no era necesario plantear la cuestión respecto de la correcta aplicación del artículo 3.2 de la Directiva 2003/54/CE porque ya existía una decisión prejudicial al respecto, concretamente la sentencia de 20 de abril 2010, recaída en el asunto *Federutility*, que aquella resolución consideró como «acto aclarado». En relación con el presente supuesto, el Tribunal Supremo también considera que existen decisiones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en casos análogos; en concreto, la ya citada sentencia de 20 de abril de 2010 (asunto *Federutility*) y la de 7 de septiembre de 2016, recaída en el asunto *Anode*. En relación con esta última, el Tribunal Supremo aprecia que las consideraciones que en ella 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 eléctrico que establece el artículo 45.4 LSE; con fundamento en ello, entiende que este 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.

El Ministerio Fiscal considera, como la administración recurrente, que el Tribunal Supremo no ha justificado realmente que concurra un supuesto de «acto aclarado». 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 controversia suscitada 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 esa controversia, unas decisiones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncian sobre la interpretación de la 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 asunto *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 el Tribunal Supremo no 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 (asunto *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 diferentes (gas y energía). Además, la norma allí considerada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea imponía un precio regulado a determinadas suministradoras de gas, a fin de garantizar el suministro y la cohesión social, mientras que en el proceso del que trae causa el presente recurso de amparo la norma controvertida se refiere al régimen de financiación del bono social eléctrico.

En suma, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en que se basa el Tribunal Supremo para entender que puede inaplicar la ley interna sin plantear cuestión prejudicial no puede considerarse como una decisión prejudicial materialmente idéntica

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 el contrario, que existen esas dudas lo corroboran el voto particular a la sentencia impugnada 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, en el que se sostiene que ese régimen de financiación satisface los requisitos impuestos por la normativa europea. No procede pues apreciar que concurre un supuesto de «acto aclarado». Además, los supuestos de dispensa del planteamiento de la cuestión prejudicial deben ser objeto de interpretación estricta, tal y como pone de relieve la sentencia del asunto *Cilfit*.

Por todo lo expuesto, el Ministerio Fiscal estima vulnerados los derechos de la administración a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso debido (art. 24.1 y 2 CE), pues la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha incurrido en un exceso de jurisdicción, al pronunciarse 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 el mecanismo de control correspondiente. Por ello interesa que se estime el recurso de amparo, declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas y ordenando la retroacción de actuaciones, al objeto de que la Sala Tercera del Tribunal Supremo dicte nueva sentencia que sea respetuosa con los derechos fundamentales infringidos.

8. Basa su escrito de alegaciones la representación procesal de la entidad Cooperativa Popular de Fluido Eléctrico de Camprodón, S.C.C.L., en los argumentos que seguidamente se exponen.

En primer lugar, delimita el objeto del recurso de amparo y concreta la pretensión impugnatoria ejercida por la administración, poniendo de manifiesto que, en su opinión, en la medida en que el argumentario de la demanda se dirige únicamente a manifestar la nulidad de la sentencia por fundamentarse en otras que, habiendo declarado inaplicable el artículo 45.5 LSE debieron plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aquello que en realidad pretende la administración es obtener un pronunciamiento de este Tribunal que no solo anule la sentencia objeto de recurso sino que además anule también las sentencias en virtud de las cuales se declara inaplicable el artículo 45.5 LSE. Concluye que tal proceder no es conforme a Derecho.

Sentada dicha afirmación, arguye que la justificación de la supuesta transcendencia constitucional que ofrece la administración no es más que una mera reiteración de la lesión aducida. Además, añade que este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones respecto a los supuestos en los cuales el tribunal nacional puede no plantear una cuestión prejudicial, y cita a tal efecto las SSTC 78/2010, de 20 de octubre, 145/2012, de 2 de julio y 232/2015, de 5 de noviembre. Concluye concretando las razones por las que, a su entender, no concurre ninguno de los supuestos mencionados en la STC 155/2009, de 25 de junio, que permiten afirmar la existencia de transcendencia constitucional. Consecuentemente, manifiesta que el recurso ha de inadmitirse por ese motivo.

Subsidiariamente, indica que ha de inadmitir o en su caso desestimar el recurso de amparo porque no existe violación alguna del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ni del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE. Indica a este respecto que es suficiente la motivación contenida en la sentencia recurrida en relación con la obligación de plantear cuestión prejudicial. La resolución judicial contiene «los elementos y razones de juicio» que permiten conocer el criterio sobre la base del cual el Tribunal Supremo ha considerado innecesario plantear cuestión prejudicial. En particular, esas razones se mencionan en el fundamento jurídico octavo de la Sentencia 2279/2016, dictada en el recurso 960-2014. Por otro lado, la simple discrepancia entre las partes no puede oponerse como fundamento a la falta de motivación de la sentencia impugnada, pues la protección garantizada por el artículo 24.1 CE no permite al Tribunal pronunciarse sobre la interpretación que debe

prevalecer de entre las alegadas por las partes en el recurso, ni puede tampoco servir de fundamento para alegar la falta de motivación de la sentencia recurrida.

Añade después otras razones en las que basa su tesis de que no se ha vulnerado en el presente caso ni el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ni tampoco el derecho a un proceso con todas las garantías. Esas razones se centran, en primer lugar, en que el Tribunal Constitucional ya inadmitió un recurso de amparo promovido por la Administración General del Estado contra la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 y el auto de 25 de mayo de 2012, dictados en el procedimiento en el que se impugnaban las normas reguladoras del anterior mecanismo de financiación del bono social. Y aquel caso era prácticamente idéntico al que ahora nos ocupa. Esa inadmisión se acordó por manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo. También indica la entidad recurrente que, en cualquier caso, existen dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (las dictadas en los asuntos *Anode* y *Federutility*), que efectúan consideraciones plenamente trasladables al presente caso. Por ello, el Tribunal Supremo está efectuando una interpretación perfectamente correcta de la doctrina del «acto aclarado», que exige al órgano judicial de plantear una cuestión prejudicial europea, en aquellos casos en lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado una decisión en una cuestiones materialmente idénticas. Argumenta la cooperativa recurrente a este respecto que existe una identidad material entre la controversia relativa a la financiación del bono social y el conflicto resuelto en la STJUE de 7 de septiembre de 2016 (asunto *Anode*), y que no son válidos los argumentos ofrecidos por el abogado del Estado para combatir esa identificación. Esos argumentos se refieren a la falta de permanencia de la financiación del bono social, que lo diferencia de la tarifa a que refiere la sentencia *Anode* y que los obligados a asumir la financiación del bono social no se determinan nominativamente, a diferencia del caso enjuiciado en el asunto *Anode*. Para la cooperativa recurrente, esos dos elementos presuntamente diferenciales son resueltos en la propia sentencia del Tribunal de Justicia. El primero de ellos, por cuanto se señala en ella que la determinación de si una obligación reviste carácter esencialmente permanente corresponde al tribunal nacional, y el segundo por una razón similar, ya que corresponde al órgano judicial remitente apreciar si, con la aplicación del régimen de tarifas controvertido en el litigio principal, se cumplen la exigencias del sistema de designación de empresas encargadas de cumplir las obligaciones de servicio público.

Finaliza la entidad recurrente su escrito de alegaciones peticionando que se inadmita el recurso de amparo habida cuenta del incumplimiento de los requisitos exigidos para su interposición en los términos previstos en los artículos 41.1 *in fine* y 50.1 b) LOTC, así como por inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo; subsidiariamente, pide la desestimación del recurso por inexistencia de violación del derecho a la tutela judicial efectiva, todo ello con expresa imposición de costas a la parte recurrente en amparo.

9. 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 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2017 en el recurso de casación 3131-2015, formulado contra la sentencia pronunciada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de julio de 2015; y contra el auto de 29 de enero de 2018, de la citada Sala y Sección del Tribunal Supremo, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la recurrente frente a dicha 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 alegación de que el recurso carece de especial trascendencia constitucional (STC 37/2019, FJ 3 b) y debemos dar por reproducidos los fundamentos jurídicos 4 a 6. En ellos, tras exponer la doctrina constitucional sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial y examinar el pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el caso enjuiciado, consideramos vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) debido a la ausencia de los presupuestos necesarios para apreciar que concurriera «acto aclarado» que exima de la obligación de plantear cuestión prejudicial.

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

Estimar el recurso de amparo interpuesto por la Administración General del Estado y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho de la demandante 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, declarar la nulidad de la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2017 en el recurso de casación 3131-2015, formulado contra la sentencia pronunciada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de julio de 2015; y contra el auto de 29 de enero de 2018, de la citada Sala y Sección del Tribunal Supremo, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la recurrente frente a dicha sentencia.

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

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

Dada en Madrid, a veinte de mayo de dos mil diecinueve.—Encarnación Roca Trías.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.