

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6193 *Sentencia 37/2019, de 26 de marzo de 2019. Recurso de amparo 593-2017. Promovido por la Administración General del Estado respecto de la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estimatoria del recurso formulado frente al Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para 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: 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:2019:37

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Juan José González Rivas, presidente, doña Encarnación Roca Trías, magistrada, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón, magistrados, y doña María Luisa Balaguer Callejón, magistrada, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 593-2017, interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia recaída en el procedimiento ordinario 1-960-2014, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en fecha 24 de octubre de 2016 y contra el auto de fecha 14 de diciembre de 2016, de la misma Sala y Sección, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la resolución citada en primer lugar. Ha intervenido el ministerio fiscal. Han comparecido las entidades mercantiles Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L., Endesa, S.A., Gas Natural SDG, S.A., Iberdrola, S.A., Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.U., Hijos de José Bassols, S.A., Serviliano García, S.A., Electra Aduriz, S.A., Electra del Cardener, S.A., Candín Energía, S.L., y Agri-Energía, S.A. Ha sido ponente el magistrado don Pedro González-Trevijano Sánchez.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el día 2 de febrero de 2017, la Administración General del Estado (en adelante administración), 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) La entidad Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L., interpuso ante el Tribunal Supremo recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrollaba la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social. Para la mercantil citada, dicho real decreto es contrario a Derecho, pues si bien se acomoda a lo establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico entonces vigente (en adelante LSE), ese precepto legal infringe el Derecho de la Unión Europea; en particular, vulnera lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas para el mercado interior de la electricidad (en adelante Directiva 2009/72/CE). También alegó que el art. 45.4 LSE infringe los arts. 9.3 y 14 CE y, por todo ello, interesó que se declarase inaplicable el aludido precepto y le fueran reintegradas las cantidades pagadas en concepto de bono social. Por otrosí solicitó que, si se estimara necesario por el órgano judicial, se plantease cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en su caso, que se formulara cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

b) En fecha 24 de octubre de 2016, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia, cuyo fallo, a los efectos que interesan al presente recurso, fue el siguiente:

«1. Estimar el recurso contencioso-administrativo núm. 960-2014 interpuesto en representación de EON contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social; 2. Declarar inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE; 3. Declarar inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo dispuesto en el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre; 4. Declarar el derecho de EON España S.L.U. a ser indemnizada por las cantidades abonadas en concepto de bono social en aplicación del Real Decreto 968/2014 impugnado hasta la fecha de ejecución de la sentencia, de manera que se reintegren a la demandante todas las cantidades que haya abonado por ese concepto, 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 7, el órgano judicial expone las razones que le llevan a considerar que la previsión del art. 45.4 LSE es contraria a lo preceptuado en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE:

«[F]rente a la casi absoluta falta de justificación en que incurría la regulación establecida por el Real Decreto-ley 6/2009, que nuestra sentencia de 7 de febrero de 2012 declaró inaplicable, la regulación de la financiación del bono social establecida en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico –y anticipada en el artículo 8 del Real Decreto-ley 9/2013–, cuenta con la motivación que acabamos de reseñar. Sin embargo, esas razones que ofrece la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013, en las que abunda la Abogacía del Estado en su contestación a la demanda, no satisfacen las exigencias de la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009, de que las obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales (artículo 3.2 de la Directiva).

Por lo pronto, una vez decidido por el legislador, entre otras opciones posibles, que el coste del bono social sea asumido por los agentes del sistema eléctrico, no queda debidamente explicado en la norma que de esa carga se exonere a la actividad de transporte, pues no parece justificación suficiente la escueta indicación de que, por tratarse de una actividad regulada, desarrollada en régimen de monopolio legal y exclusividad, al transportista único no le resultaría posible recuperar del mercado el eventual coste que hubiera de asumir en dicho concepto.

Pero, incluso asumiendo la exoneración que se dispensa al transporte, debe considerarse carente de claridad y de transparencia así como discriminatoria, a falta de una justificación que no hemos encontrado, la decisión de que entre los agentes que intervienen en los otros tres sectores del sistema eléctrico – generación, distribución y comercialización– el coste de la financiación del bono social se haga recaer únicamente sobre las entidades o grupos empresariales que desarrollen simultáneamente las tres actividades y que tengan el carácter de grupos verticalmente integrados, quedando en cambio eximidos de esa carga todas aquellas sociedades o grupos empresariales cuya actividad se centre en sólo uno o incluso en dos de esos sectores de actividad.»

En su fundamento jurídico 8, la referida sentencia reitera la incompatibilidad del referido art. 45.4 LSE con los requisitos que el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE establece respecto de las obligaciones de servicio público y, en relación con el planteamiento de la cuestión prejudicial, expone la siguiente argumentación:

«[L]a señalada contradicción de la norma legal y de la disposición reglamentaria directamente impugnada con la Directiva 2009/72/CE obligaría, en principio, a plantear una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Ahora bien, el órgano jurisdiccional que conoce del proceso queda dispensado de esta obligación de plantear cuestión prejudicial cuando la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (doctrina del ‘acto claro’ sentada en la STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81; o cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa y acumulados*, 28 a 30/62; de 19 de noviembre de 1991 SIC, asunto *Francoovich y Bonifaci*, C-6 y 9/90; y de 19 de enero de 2010, asunto *Kücükdeveci*, C-555/07), lo que se denominada ‘doctrina del acto aclarado’. Esto último es lo que sucede en el caso que nos ocupa a la vista de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08, *Federulity*) y, muy en particular, en su reciente sentencia de 7 de septiembre de 2016 (asunto C121/15, *Anode*), a la que seguidamente nos referiremos...

La decisión de inaplicar la normativa interna, incluso la contenida en norma con rango legal, ya tuvimos ocasión de adoptarla en la sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso 419-2010) a la que tantas referencias llevamos hechas. En aquella ocasión esta Sala declaró inaplicable el artículo 2, apartado 5, y la disposición transitoria segunda, último párrafo, del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, e inaplicables también, como consecuencia de la anterior declaración de inaplicabilidad, las disposiciones adicionales segunda y tercera de la Orden ITC/1723/2009. Tal pronunciamiento de inaplicación, sin necesidad de planteamiento de cuestión prejudicial, se acordó atendiendo a que el Tribunal de Justicia había dictado la sentencia de 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08, *Federulity*), que, aunque referida a la Directiva 2003/55, sobre el mercado interior del gas natural, ofrecía una interpretación trasladable al caso que se examinaba, relativo al régimen de financiación del bono social en el sistema eléctrico establecido en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, dado que el artículo 3, apartados 2 y 5, de

la Directiva 2003/54 (sistema eléctrico) y el artículo 3, apartados 2 y 3, de la Directiva 2003/55 (gas natural), establecían una regulación coincidente en cuanto a la posibilidad de imponer obligaciones de servicio público y la protección de los colectivos vulnerables. Las mismas circunstancias concurren ahora en virtud de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-121/15), cuya incidencia para la resolución del presente recurso fue sometida a la consideración de las partes en el trámite de alegaciones que hemos reseñado en los antecedentes noveno y décimo.

La citada STJUE de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-121/15) lleva a cabo una interpretación del artículo 3.2 de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE, que resulta enteramente trasladable al caso que nos ocupa, al ser plenamente coincidente el contenido de ese artículo 3.2 de la Directiva 2009/73/CE, que la sentencia interpreta, con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE. Así, dada la coincidencia de lo dispuesto en el artículo 3.2 de ambas directivas, las consideraciones que expone la STJUE de 7 de septiembre de 2016 en relación con la intervención estatal en los precios del gas son plenamente trasladables al sector eléctrico que aquí nos ocupa, tanto las referidas a la necesaria observancia del principio de proporcionalidad como las relativas a la exigencia de que las obligaciones de servicio público sean claramente definidas, transparentes, no discriminatorias y controlables [...].»

A continuación, reproduce algunos fragmentos de la STJUE de 7 de septiembre de 2016 (asunto *Anode*), concretamente los apartados 53 a 56, 60 a 66 y 70 a 73, relacionados con el principio de proporcionalidad y los principios mencionados en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, así como la respuesta dada a las cuestiones prejudiciales. Finalmente, la reiterada sentencia concluye que el art. 45.4 LSE y la normativa derivada de su contenido debe ser inaplicada:

«[T]rasladando estas consideraciones al caso que nos ocupa, llegamos a la conclusión de que el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, debe ser declarado inaplicable por resultar incompatible con la exigencia establecida en artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, que establece que las obligaciones de servicio público "deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales"; e inaplicable también el citado precepto regulador de financiación del bono social por vulnerar el principio de proporcionalidad, en cuanto hace recaer la carga de financiación sobre determinados agentes del sistema eléctrico, con exclusión de otros, de manera indefinida y sin ningún tipo de medida compensatoria. Y como consecuencia de lo anterior, debe declararse asimismo inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo dispuesto en el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013.»

c) Por escrito de fecha 18 de noviembre de 2016, la administración demandada 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 plantear cuestión de inconstitucionalidad; ii) vulneración de los derechos anteriormente indicados por no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; iii) y 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 citado Tribunal, 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 diferencias existentes entre dichos supuestos y el presente.

d) El incidente fue desestimado por auto de fecha 14 de diciembre del 2016. El órgano judicial argumenta que los motivos de nulidad que se aducen en este caso son, en gran medida, coincidentes con los que la abogacía del Estado había esgrimido en el incidente de nulidad que promovió en su día contra la sentencia de la misma sala, de fecha 7 de febrero de 2012, que aparece citada expresamente en el texto de la que ahora se impugna.

Aquel incidente fue desestimado mediante auto, frente al cual se interpuso recurso de amparo que fue inadmitido por providencia de 26 de septiembre de 2012. En relación con la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial, el órgano judicial rechaza que se hayan producido las vulneraciones objeto de denuncia, toda vez que en la sentencia se explicitan las causas por las que no resulta precisa su formulación. En concreto, refiere que las «razones por las que esta Sala no ha considerado necesario ni procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial las expusimos con algún detenimiento en el fundamento jurídico octavo de la sentencia a la que se refiere este incidente» y tras reproducir el contenido de ese fundamento, concluye que «[c]on estas razones, y las demás que se exponen en el citado fundamento jurídico octavo de nuestra sentencia de 24 de octubre de 2016, queda debidamente justificada la decisión de no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; por lo que el motivo de nulidad debe ser rechazado».

A su vez, se descartan las quejas de lesión por no haber sido planteada cuestión de inconstitucionalidad, pues esa pretensión se formuló con carácter subsidiario y, además, la sentencia consideró que el artículo 45.4 LSE es contrario al Derecho de la Unión Europea; y que para hacer ese pronunciamiento no resultaba necesario el previo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Por último, se desecha la queja de haber incurrido en incongruencia omisiva, pues no corresponde a la sala, contrariamente a lo expuesto por la administración, definir qué modelo de financiación del bono social ha de instaurarse en nuestro ordenamiento. Lo que la sentencia afirma es que el ámbito de elección que se reconoce al legislador no puede conducir a fórmulas que vulneren el Derecho de la Unión como sucede con el artículo 45.4 cuestionado. Finalmente, se rechaza el alegato relativo a que en la citada resolución no se haya examinado la cuestión relativa al alcance de la STJUE de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-121/15) para decidir la inaplicabilidad del artículo 45.4 LSE. A ese respecto se afirma que la contradicción entre el citado artículo y el Derecho de la Unión Europea (artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE) constituye precisamente el núcleo de la fundamentación de la sentencia y su *ratio decidendi* y, en concreto, la incidencia de la citada STJUE de 7 de septiembre de 2016 que es examinada en su fundamento jurídico octavo.

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 art. 45.4 LSE por considerarlo incompatible con el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE. Tras destacar los aspectos más relevantes del procedimiento judicial, la 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

ante el Tribunal de Justicia, 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 art. 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 inaplicar directamente una norma interna con rango de ley, por considerarla contraria al Derecho europeo, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Según el demandante, lo novedoso del caso reside en que, por considerar aplicable al presente supuesto la doctrina del «acto aclarado», la decisión del órgano judicial ha supuesto el apartamiento de una norma con rango de ley de aplicación al caso, de manera que el citado órgano se ha convertido en un «legislador negativo», cuyas facultades de valoración resultan sumamente trascendentes desde la perspectiva del derecho garantizado por el art. 24 CE. Insiste 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 art. 45.4 LSE; a saber, que es incompatible con el régimen jurídico establecido en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, porque este artículo 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 de la Unión Europea 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 art. 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 desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar, relativas al bono social (que luego se convirtió, precisamente a resultas de las consideraciones sobre su rango realizadas en el citado dictamen, en el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre), se pronunció en términos contundentes sobre la conformidad de la norma reglamentaria reguladora del bono social con el ordenamiento europeo.

Por todo ello, para la administración recurrente se ha vulnerado el art. 24 CE porque: i) al resolver el Tribunal Supremo ha desconocido el sistema de fuentes no aplicando una norma con rango de ley indebidamente, pues previamente debió plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; ii) incurre en un déficit de motivación, ya que no explica suficientemente las razones por las que considera que concurre la circunstancia del «acto aclarado», como razón que le excusa de aplicar la norma española sin previamente plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y iii) el juez nacional ha resuelto el pleito 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 24 de mayo de 2017, la Sección Tercera de la Sala Segunda de este Tribunal acordó admitir el presente recurso a trámite apreciando que concurre especial transcendencia constitucional (artículo 50.1 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 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), se acuerda 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 exceda de diez días, remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-administrativo ordinario núm. 1-960-2014, practicando los correspondientes emplazamientos.

5. Mediante la presentación de los escritos que a continuación se detallan, las entidades mercantiles que se indican interesaron que se las tuviera por personadas y parte en el presente recurso: por escrito de 2 de junio de 2017, Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L., representada por la procuradora de tribunales doña María Jesús Gutiérrez Aceves y asistida por la letrada doña Nuria Encinar Arroyo; por escrito de 6 de junio de 2017, Endesa, S.A., representada por la procuradora de tribunales doña María del Rosario Victoria Bolívar y asistida por el letrado don Antonio Jesús Sánchez Rodríguez; por escrito de la misma fecha, Gas Natural SDG, S.A., representada por el procurador de tribunales don Germán Marina y Grimau (no consta designación de letrado); por escrito de 9 de junio de 2017, Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.U., representada por el procurador de tribunales don Carlos Mairata Laviña y asistida por la letrada Jorgelina Expósito Blanco; por escrito de 9 de junio de 2017, Iberdrola, S.A., representada por el procurador de tribunales don José Luis Martínez Jaureguibeitia y asistida por el letrado don José Giménez Cervantes; y por escrito de 15 de junio de 2017, Serviliano García, S.A., Agri-Energía, S.A., Candín Energía, S.L., Electra Aduriz, S.A., Electra Cardener, S.A. e Hijos de José Bassols, S.A, todas ellas representadas por la procuradora de tribunales doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez y asistidas por la letrada doña Irene Bartol Mir.

6. Por diligencia de ordenación de 20 de junio de 2017, la secretaría de justicia de la Sala Segunda tuvo por personados y parte en el procedimiento a los siguientes procuradores de tribunales: doña María Jesús Gutiérrez Aceves, en nombre y representación de Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L.; doña María del Rosario Victoria Bolívar, en nombre y representación de Endesa, S.A.; don Germán Marina y Grimau, en nombre y representación de Gas Natural SDG, S.A.; don Carlos Mairata Laviña, en nombre y representación de Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.U.; don José Luis Martín Jaureguibeitia, en nombre y representación de Iberdrola, S.A., y a doña

Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, en nombre y representación de Hijos de José Bassols, S.A., Serviliano García, S.A., Electra Aduriz, S.A., Electra del Cardener, S.A., Candín Energía, S.L. y Agri-Energía, S.A. 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. El ministerio fiscal evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado el día 17 de julio de 2017. 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 adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, que en su preámbulo refleja el objeto al que responde esa medida, y que en el art. 2.5 y la disposición transitoria segunda establecen 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 art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). 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 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, FJ 5, para poner de relieve que la inaplicación de una ley interna por entenderla incompatible con el Derecho de la Unión Europea, sin previamente formular cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resulta contraria al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) siempre que exista «una duda objetiva, clara y terminante sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004, FFJJ 9 a 14)». Y añade que el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que, en orden a enjuiciar desde la perspectiva del art. 24. 1 CE, el carácter fundado de una resolución judicial que inaplica una norma legal vigente por su oposición al Derecho europeo, sin suscitar cuestión prejudicial, habrá que estar a lo establecido por la propia doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de los presupuestos para la formulación de la cuestión prejudicial, correspondiendo a los órganos judiciales apreciar la concurrencia de tales presupuestos (STC 78/2010, FJ 2). En la misma línea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de fecha de 8 de abril de 2014, caso *Dhabi contra Italia*, también pone de manifiesto, en relación con el derecho al proceso debido reconocido en el art. 6.1 del CEDH, 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 se inaplica directamente la norma legal nacional, se incide en la integridad del ordenamiento jurídico, al eludir también el control de la cuestión de inconstitucionalidad, sobre la base de la primacía del Derecho de la Unión. Así en la propia STC 78/2010, el Tribunal Constitucional entró a enjuiciar, en el caso que examinaba, el carácter fundado de la resolución que había inaplicado la norma legal vigente, sin plantear cuestión prejudicial por estimar que ya existía una decisión prejudicial del Tribunal de Justicia 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 art. 3.2 de la Directiva 2003/54/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, puesto que ya existía una decisión prejudicial al respecto, concretamente la 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 art. 45.4 LSE; y, en base a ello, consideró que dicho precepto es contrario a lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, pues no cumple las condiciones de transparencia, no discriminación, control y proporcionalidad exigidas por esa Directiva.

Sin embargo, el ministerio fiscal comparte el criterio de la administración recurrente acerca de que el Tribunal Supremo no ha justificado realmente que concurra un supuesto de «acto aclarado». 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 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 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 en 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 inaplicar directamente la norma legal vigente eludiendo 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 dicten nuevas resoluciones respetuosas con los derechos fundamentales infringidos.

8. La representación procesal de la mercantil Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L. (en adelante Viesgo, S.L.), presentó su escrito de alegaciones en fecha 20 de julio de 2017. En primer lugar trae a colación los aspectos más relevantes de la normativa reguladora de la financiación del bono social entonces en vigor, de los que colige que, si bien los sujetos obligados a financiar esa medida no han sido designados nominativamente por la ley, tal obligación no recae sobre todos los agentes del sector eléctrico, sino sobre un reducido grupo de ellos. Por otro lado, también rechaza el alegato de la administración recurrente, que sostiene que la financiación del bono social no es una carga que se imponga de manera definitiva; una cosa es que la cuantía de esa financiación se calcule anualmente y otra distinta que sus destinatarios estén obligados indefinidamente a cumplirla. A continuación refuta algunas de las censuras que la demandante dirige a la sentencia combatida en esta sede; en concreto, considera que la falta de proporcionalidad que aprecia el Tribunal Supremo no trae causa de la imposición de la obligación a algunos de los agentes del sector eléctrico (esa circunstancia vulnera el principio de no discriminación), sino porque la obligación no se establece con carácter excepcional ni con un alcance temporal limitado, sino de forma indefinida y sin derecho a retorno o composición alguna. Tampoco yerra la sentencia, por las razones ya expuestas, cuando estima que la obligación de financiar tiene carácter indefinido. Y por último, a juicio de la codemandada, dicha resolución tampoco incurre en la falta de motivación que se le reprocha, al igual que tampoco adolece de ese déficit el auto que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones.

Dentro del apartado nominado «Fundamentos jurídicos», en primer lugar plantea, como óbice a la admisibilidad del recurso, la falta de especial trascendencia constitucional. Al respecto, invoca la reiterada doctrina constitucional que permite apreciar en sentencia tanto la insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional (art. 49.1 LOTC) como la ausencia de especial trascendencia constitucional del recurso ex art. 50.1 b) LOTC (STC 31/2017, de 27 de febrero). Para la codemandada, las razones dadas por la recurrente para afirmar la especial trascendencia constitucional se reconducen a que el Tribunal Constitucional debe aclarar o matizar la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el «acto aclarado»; un motivo que carece notoriamente de esa especial trascendencia, pues se proyecta sobre un ámbito que forma parte del Derecho europeo pero no del derecho constitucional interno, habida cuenta de que la cuestión prejudicial europea es una institución propia de la normativa de la Unión Europea, cuya función es garantizar la eficacia y autonomía de ese ordenamiento respecto de los ordenamientos nacionales. Por tanto, a su juicio el asunto que ahora ocupa podría tener «trascendencia europea», pero carece de especial trascendencia constitucional.

La codemandada añade que lo hasta ahora expuesto no significa descartar que el proceso aplicativo del Derecho europeo carezca de relevancia constitucional, pues es evidente que tal proceso puede dar lugar a la vulneración de los derechos fundamentales, como así lo recoge la doctrina constitucional cuando afirma que el incumplimiento de la obligación de plantear cuestión prejudicial en los términos establecidos por el Derecho europeo puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, la demandante no ha identificado la especial trascendencia constitucional de su recurso con la necesidad de matizar o aclarar esa doctrina, sino con un elemento propio del Derecho europeo sujeto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Subsidiariamente, la codemandada interesa la desestimación del recurso porque las resoluciones impugnadas no han vulnerado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En relación con la falta de motivación que se reprocha a la sentencia, la codemandada pone de manifiesto que ese vicio no fue denunciado en el incidente de nulidad de actuaciones. Basa ese aserto en que, como así se refleja en el fundamento jurídico cuarto del auto impugnado en esta sede, el incidente de nulidad de actuaciones versó sobre la incongruencia omisiva porque «la sentencia viene a afirmar que podría haber otras opciones para elegir financiadores del bono social que a su juicio serían más adecuadas, no afirma cuál sería la mejor [...] pero concluye que la elegida por el legislador no le gusta». Y pese a lo expuesto, en la demanda de amparo no se denuncia una pretendida incongruencia omisiva, sino que lo que se reprocha a la misma es que no está debidamente motivada, lo cual no fue objeto de queja formal en el incidente de nulidad de actuaciones. Seguidamente, sostiene que las resoluciones combatidas sí contienen una motivación adecuada; y ello porque la sentencia exterioriza todos los motivos en que se funda lo resuelto en ella, tras tomar en consideración los argumentos de las partes y realizar una exégesis sobre la normativa europea y nacional de aplicación al caso, y pone de manifiesto las razones por las que considera que la norma interna es contraria al Derecho europeo, amén de dilucidar sobre la procedencia de formular cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y llega a la conclusión de que no es necesario tal planteamiento pues, tras analizar la doctrina expuesta en los asuntos *Federutility* y *Anode*, considera que en el presente caso resulta de aplicación la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el «acto aclarado», lo que le exonera de la obligación de plantearla.

Por otro lado, afirma que el hecho de no haber planteado cuestión prejudicial no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante. Sobre ese particular invoca la doctrina constitucional que, según refiere, establece que las decisiones relativas al planteamiento de las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea están sujetas al canon de control constitucional que es propio de las resoluciones judiciales, que solamente exige constatar que aquellas no incurren en arbitrariedad o falta de razonabilidad, pues al Tribunal Constitucional no le corresponde pronunciarse sobre el eventual acierto de la decisión adoptada. Desde esa perspectiva, la codemandada refiere que la sentencia dictada por el órgano judicial sí exterioriza el razonamiento que le lleva a descartar el planteamiento de la cuestión prejudicial, pese a reconocer que la regla general exige su planteamiento; y ese razonamiento toma en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el «acto aclarado» que, en el presente caso, se aprecia en relación con las sentencias recaídas en los asuntos *Federutility* y *Anode*, de las cuales lleva a cabo un análisis detallado para, finalmente, explicar por qué la doctrina establecida en esas sentencias es aplicable al caso sujeto a su enjuiciamiento. Esa argumentación, concluye la codemandada, podrá gustar o no al recurrente pero no deja de constituir una motivación razonada, razonable y fundada en Derecho.

A continuación censura la tesis que sobre el contenido y alcance del «acto aclarado» sustenta la administración demandante de amparo. Afirma que, según doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo relevante no es que se trate de casos iguales sino de que el citado Tribunal haya asentado jurisprudencia sobre una norma europea. En suma, para ponderar la concurrencia del «acto aclarado» resulta decisivo constatar que la jurisprudencia asentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sea aplicable y no que los casos enjuiciados sean iguales. En las sentencias recaídas en los asuntos *Federutility* y *Anode*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta los límites y las prohibiciones que el art. 3 de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE (cuya redacción es idéntica) imponen a las normativas nacionales en lo relativo al establecimiento de obligaciones del servicio público; en particular la delimitación de los criterios que se fijan para verificar si esas obligaciones cumplen con los estándares de no discriminación, proporcionalidad, objetividad, transparencia y verificación que, dentro

de ese contexto, corresponde efectuar a los jueces nacionales. Por tales motivos, considera que el Tribunal Supremo sí estaba habilitado para aplicar al caso el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE y la jurisprudencia europea que lo interpreta, sin necesidad de recabar la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y de ahí que resolviera el recurso contencioso-administrativo mediante la estricta aplicación de la jurisprudencia del indicado Tribunal. Por último, rechaza que aspectos tales como la decisión de no condenar en costas, la formulación de un voto particular o el dictamen del Consejo de Estado sobre la regulación de la financiación del bono social corroboren la necesidad del planteamiento de la cuestión prejudicial.

9. En fecha 24 de julio de 2017 presentó sus alegaciones Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.U. En primer lugar, la codemandada lleva a cabo un compendio 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, cuyos arts. 8 y 45.4 regulan en la actualidad el sistema de reparto del coste del indicado bono, para a continuación señalar que esa entidad ha corrido con parte de la financiación de ese bono durante los años 2014 a 2016. 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.

10. Por escrito fechado el 24 de julio de 2017, la mercantil Iberdrola, S.A. presenta sus alegaciones oponiéndose a la demanda de amparo. En primer lugar explica el contexto y los antecedentes relevantes de la controversia judicial, en particular la Directiva 2009/72/CE y las normas nacionales que regulan el bono social. Resume después el contenido de la sentencia impugnada y los motivos de amparo expuestos por la administración. Posteriormente trae a colación la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual no cabe cuestionar, con base en el art. 24.1 CE, la decisión del tribunal ordinario de no plantear la cuestión prejudicial, siempre que esa decisión sea el fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria. No obstante, reconoce que existen dos matizaciones a esa doctrina, como así se señala en la STC 232/2015: cuando el tribunal nacional toma una decisión contraria a la doctrina ya establecida por la Unión Europea, lo que no concurre en el caso que nos ocupa; y en aquellos supuestos en que «dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es

contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una 'duda objetiva, clara y terminante' sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004, FFJJ 9 a 14)». No obstante, tras invocar las SSTC 212/2014 y 99/2015 afirma que, desde la perspectiva del mencionado art. 24.2 CE, es suficiente con que al órgano judicial no se le planteen dudas sobre el alcance del Derecho de la Unión.

Dicho lo anterior, la codemandada lleva a cabo una exposición sobre la argumentación dada en la STC 58/2004 acerca del alcance y finalidad de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, según afirma, no consiste en aclarar la aplicación al caso concreto del Derecho de la Unión, sino en concretar cuál es su interpretación y alcance, para seguidamente afirmar que el recurso de amparo ha perdido su objeto. Tal aserto trae causa de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, que regula el mecanismo de financiación del coste del bono social y otras medidas de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica, norma esta que fue promulgada tras el dictado de la sentencia recurrida en amparo. Según sostiene, en la exposición de motivos de la mencionada norma se contemplan los principios que deben regir la financiación del bono social, con el mismo alcance que se fija en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo; y ello porque la selección de las empresas comercializadoras de energía eléctrica para costear el bono social constituye una medida basada en razones objetivas, transparentes y no discriminatorias, que no quiebran el principio de proporcionalidad conforme a la doctrina establecida en esa sentencia. Siendo así, en el presente recurso no se plantea ningún debate sustantivo sobre lo dicho por el Tribunal Supremo acerca de cuál debe ser la interpretación y aplicación del derecho de la Unión, ni sobre lo que podría haber dicho de forma distinta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de haberse planteado la cuestión prejudicial. De ahí que la actual controversia sea puramente formal y en cierto sentido bizantina, pues pretende que el Tribunal Supremo plantee una cuestión prejudicial para resolver una cuestión de fondo que ya no es controvertida.

Acto seguido afirma que el recurso de amparo carece de especial trascendencia constitucional, pues la que expresamente aduce la administración recurrente no es tal. Señala que no corresponde al Tribunal Constitucional clarificar cuáles son los supuestos que han de concurrir para aplicar la doctrina del «acto claro» o del «acto aclarado», ya que esa cuestión se anuda a la interpretación del art. 267 TFUE y de la jurisprudencia dictada en su desarrollo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por otro lado, aunque sí corresponde al Tribunal Constitucional analizar, desde la perspectiva del art. 24 CE, la interpretación que el tribunal ordinario haga del art. 267 TFUE, pone de relieve que sobre ese aspecto la doctrina constitucional es inequívoca y pétrea, como ha quedado expuesto. Asimismo, recuerda que en un caso que considera idéntico, concretamente el resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de febrero de 2012, que declaró inaplicable el sistema de financiación del bono social regulado en el Real Decreto-ley 6/2009, el Tribunal Constitucional acordó la inadmisión de la demanda de amparo interpuesta por la abogacía del Estado, por providencia de 26 de septiembre de 2012, al apreciar la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable. Añade que, pese a los esfuerzos de la administración demandante para poner de relieve las diferencias entre el modelo de financiación seguido por el Real Decreto-ley 6/2009 (el coste se distribuía entre una lista de entidades cerrada e inamovible) y establecido por el art. 45.4 LSE (sistema no definitivo ni nominal, sino contingente), lo cierto es que las diferencias que refiere la demandante no son tales, por lo que procede adoptar la misma decisión que la acordada en la providencia indicada. Además, añade que la administración carece de legitimación para recurrir, pues aunque el recurso de amparo también se encuadra formalmente en el artículo 24.2 CE, lo que realmente se invoca es un déficit de motivación que debe encontrar encaje en el artículo 24.1 CE. Y esa dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no protege a las personas jurídico-públicas cuando, como acontece en el presente, la administración actúa en el ejercicio de sus potestades jurídico-públicas.

En cuanto al fondo, niega que las resoluciones impugnadas hayan vulnerado el art. 24 CE. Tras detallar exhaustivamente los diferentes argumentos que ofrece la sentencia para desmontar las razones contenidas en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013 acerca del sistema de financiación del bono social, así como las que ofrece para justificar el no planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de todo ello colige: i) que en el presente supuesto no existe una duda objetiva, clara y terminante sobre la contradicción entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional, pues así lo expresa el Tribunal Supremo en su razonamiento; ii) que la decisión adoptada por ese órgano judicial es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria y no resulta ser, por tanto, manifiestamente arbitraria o injustificada. Y ello porque la referida resolución explica de manera detallada los hechos del caso y los principios y la normativa aplicable; expone la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que considera de aplicación en relación con los límites impuestos a las obligaciones de servicio público (asuntos Federutility y Anode), constata que esa doctrina coincide con la interpretación del art. 3 de la Directiva 2009/72/ CE y, por todo ello, se considera dispensado de plantear cuestión prejudicial.

Finalmente, en apoyo de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo considera que entre la obligación de financiar el déficit de tarifa y financiar el bono social existen sustanciales diferencias, principalmente porque esta última es una obligación de servicio público. También refiere que, datos tales como la formulación de un voto particular proclive al planteamiento de la cuestión prejudicial, que el dictamen en Consejo de Estado no opusiera reparos a la compatibilidad del sistema de financiación del bono social con el Derecho de la Unión o que se excluyera la imposición de costas porque la controversia suscita suficientes dudas de Derecho para considerar improcedente la condena en costas, no engendran una «duda razonable» que determine la necesidad de plantear cuestión prejudicial.

11. En fecha 24 de julio de 2017 presentó sus alegaciones la mercantil Serviliano García, S.A. En ellas identifica el interés legítimo que le asiste en el pleito y, tras delimitar el objeto del recurso de amparo y la pretensión impugnatoria ejercida de adverso, interesa que el recurso se inadmita por falta de especial transcendencia constitucional. En primer lugar alega que la especial transcendencia aducida por la abogacía del Estado no es más que una mera reiteración de la lesión invocada y, además, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la vulneración constitucional derivada del no planteamiento de una cuestión prejudicial por los tribunales ordinarios. Tras reflejar la alegación dada por la administración recurrente, sostiene a continuación que la justificación de la especial transcendencia constitucional requiere de una argumentación específica y autónoma respecto de la que se ofrece para justificar la lesión, lo que la demandante no ha cumplido. Por otro lado, considera que sobre la temática referida al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea existe una consolidada doctrina de este Tribunal, expuesta entre otras en las SSTC 78/2010; 145/2012; y 232/2015, cuyo contenido sintetiza; y de todo ello colige que en el presente recurso no concurre ninguno de los supuestos de especial transcendencia constitucional enunciados en el fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009.

En cuanto al fondo de las vulneraciones denunciadas, la referida entidad interesa la desestimación del recurso, pues considera que las resoluciones impugnadas no han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva ni el derecho a un proceso con todas las garantías. En primer lugar sostiene que la sentencia dictada por el tribunal *a quo* está suficientemente motivada, pues en su fundamentación jurídica se reflejan los elementos que han llevado al Tribunal Supremo a concluir que resulta innecesario plantear cuestión prejudicial con base en la existencia de un «acto aclarado». A ello añade que la simple discrepancia de las partes no puede ser invocada como fundamento de una pretendida falta de motivación de la resolución citada. En ese sentido, entiende que la administración confunde el concepto de «acto claro» y el de «acto aclarado», ya que este último concurre cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya se ha

pronunciado sobre una cuestión materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en un caso análogo. Y eso es lo que sucede en presente supuesto, porque las sentencias *Federutility* y *Anode* habían precisado los requisitos para considerar que una obligación de servicio público es discriminatoria. En este sentido, lleva a cabo un análisis de los aspectos que considera más relevantes de la sentencia dictada en el asunto *Anode*, para concluir que el supuesto que ha dado origen al presente recurso de amparo presenta una identidad sustancial con el enjuiciado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de suerte que la conculcación de los principios de proporcionalidad y no discriminación apreciados por el Tribunal Supremo, por parte de la normativa nacional inaplicada por dicho órgano judicial, no vulnera los derechos fundamentales invocados por la demandante. En suma, la decisión del Tribunal Supremo está suficientemente motivada y adecuadamente fundada en Derecho por lo que, en el fondo, lo planteado por la administración no es más que es una simple discrepancia con lo resuelto.

12. Por su parte, las entidades mercantiles Electra del Cardener, S.A., Agri-Energía, S.A., Candín Energía, S.L., Hijos de José Bassols, S.A., y Electra Aduriz, S.A. formularon sus escritos de alegaciones en fecha de 24 de julio de 2017, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con el de las alegaciones presentadas por la mercantil Serviliano García, S.A. Por ello, nos remitimos al resumen que se expone en el antecedente anterior. No han presentado alegaciones la administración recurrente ni las entidades mercantiles Endesa, S.A., y Gas Natural SDG, S.A.

13. La representación procesal de Viesgo, S.L., presentó un escrito el 8 de noviembre de 2017, en el que solicita que se declare la pérdida sobrevenida de objeto de este recurso y subsidiariamente, que se inadmita o se desestime en los términos suplicados en el escrito de alegaciones de 20 de julio de 2017. Según afirma, para la administración recurrente el objeto de la controversia radica en el hecho de que la sentencia objeto del presente recurso «genera una obligación para la administración de resarcir (a la entidad Viesgo)». Y ese objeto ha desaparecido puesto que, tanto el ATS de fecha 15 de septiembre de 2017 como la Orden ET/929/2017, resuelven que la indemnización a abonar a Viesgo, S.L., no corre a cargo de los presupuestos de la administración sino por cuenta del superávit del sistema eléctrico. Así pues, como se ha imputado la referida indemnización a ese superávit, que no forma parte del patrimonio de la administración, no existe una obligación para esta última de resarcir a la parte demandante en el procedimiento judicial, y, por esa razón, habría desaparecido de manera sobrevenida el objeto del presente recurso.

14. Por providencia de fecha 22 de noviembre de 2017, la Sala Segunda de este Tribunal acordó dar traslado del citado escrito al resto de las partes personadas, a fin de que, en plazo no superior a diez días, pudieran alegar sobre la pérdida sobrevenida de objeto del presente recurso de amparo.

15. Mediante escrito de fecha 30 de noviembre de 2017, la administración interesa que no sea apreciada la pérdida de objeto del presente recurso. Resumidamente, sostiene que la sentencia combatida en esta sede anuló una norma emanada del Estado con rango de ley, de manera directa y por su sola autoridad, con motivo de una supuesta contradicción con una norma de Derecho europeo. Ello ha dado lugar a que en la demanda de amparo se alegara la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y al proceso justo, por las razones ya expuestas. Señala que la resolución recurrida ha dado lugar a una frustración de una determinada política legislativa en materia de financiación del bono social y, a su vez, ha generado una obligación de resarcir a la parte recurrente en vía judicial, lo cual supondría la permanencia de los efectos perniciosos de la vulneración de esos derechos, para el caso de mantenerse la validez y eficacia de la resolución judicial causante de dicha lesión. Por tanto, a su juicio sigue viva la controversia surgida en los términos en que ha sido planteada en el recurso de amparo.

Señala también que el dictado de una nueva normativa no repara la referida frustración, habida cuenta de que, en sede judicial, la administración defendió la aplicación de la legalidad originaria, respecto de la cual debió haberse planteado cuestión prejudicial si se consideraba contraria al Derecho europeo.

16. Mediante escrito de fecha 7 de diciembre del 2017, EDP España (antes Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.U.) se adhiere, sin mayores consideraciones, a la solicitud de pérdida de objeto interesada por la entidad mercantil Viesgo.

17. El ministerio fiscal evacuó el traslado conferido por escrito de fecha 15 de diciembre de 2017, oponiéndose a la petición de pérdida sobrevenida de objeto. En síntesis, alega que el reintegro de las cantidades que fueron abonadas por las empresas eléctricas para subvenir a la financiación del bono social no constituye el objeto directo de este recurso de amparo, pues ese reintegro es la consecuencia que se produce al no aplicar directamente las normas que sustentaban la obligación de financiar el bono social a cargo de esas empresas. Lo que realmente es objeto de este recurso son las quejas de vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y al proceso debido. A lo dicho añade que la circunstancia de que esos reintegros corran a cargo del superávit del sistema eléctrico no es más que la consecuencia, como así se indica en el auto de fecha 15 de septiembre de 2017, de que las cantidades que abonaban las empresas en concepto de bono social se ingresaban en una cuenta gestionada por el organismo liquidador del sistema eléctrico, cuyos fondos se destinaban a ese sistema, dada la finalidad y el mecanismo del bono social. También afirma que el hecho de que una sentencia se ejecute en sede jurisdiccional no acarrea la pérdida de objeto del recurso de amparo, habida cuenta de que la suspensión de la ejecución mientras se sustancia dicho recurso es excepcional. Finalmente, trae a colación el rechazo de la petición de pérdida sobrevenida de objeto que figura en el fundamento jurídico 2 de la STC 91/2016, de 9 de mayo, que entonces formuló la abogacía del Estado, al haber sido reintegrada la empresa eléctrica demandante de las cantidades que en concepto de déficit de tarifa estaba obligada a pagar. Como allí se razonó, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por la inadmisión del recurso contencioso-administrativo no queda reparada por la devolución de tales cantidades.

18. Por providencia de fecha 16 de octubre de 2018, el Pleno, a propuesta de su presidente acordó recabar para sí el conocimiento de este recurso de amparo, conforme a lo establecido en el art. 10.1 n) LOTC.

19. Mediante providencia de fecha 26 de marzo de 2019 se señaló ese mismo día para deliberación y votación de la presente sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo tiene por objeto la sentencia dictada el 24 de octubre de 2016 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y el auto de 14 de diciembre de 2016, del mismo órgano judicial, por el que se desestimaba el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a aquella. Para la administración demandante, que actúa representada por el abogado del Estado, se han vulnerado los apartados 1 y 2 del artículo 24 CE; es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías. Y ello, porque el órgano judicial ha inaplicado el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico (LSE) entonces en vigor, que establece el régimen de financiación del bono social eléctrico, al considerar que es incompatible con el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE; y ha adoptado esa decisión sin previamente plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ofreciendo una motivación manifiestamente insuficiente para justificar ese proceder, pues alega que resulta aplicable la doctrina sobre el «acto aclarado», con base en las sentencias recaídas en los asuntos *Federutility* y *Anode*, pero no dice cuáles son las razones y

motivos por los que cabe apreciarla. Además, para la administración se aplica inadecuadamente la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el «acto aclarado», que permite preterir una norma estatal por incompatibilidad con el Derecho de la Unión sin plantear cuestión prejudicial. Esa errónea apreciación se produce porque no hay identidad material entre los casos ya resueltos por el Tribunal de Justicia y el que se enjuicia en la sentencia impugnada, sin que tampoco los supuestos cotejados sean análogos.

Por su parte, la mercantil Viesgo, S.L., solicita la inadmisión del presente recurso por falta de especial trascendencia constitucional, toda vez que el motivo invocado por la recurrente se limita a plantear que el Tribunal Constitucional debe aclarar o matizar la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el «acto aclarado», lo cual constituye un aspecto completamente ajeno al derecho constitucional interno. También sostiene que la falta de motivación de la sentencia no fue alegada en el incidente de nulidad de actuaciones. En cuanto al fondo, interesa la desestimación del presente recurso, al entender que el canon de constitucionalidad de las decisiones relativas al no planteamiento de una cuestión prejudicial es el mismo que el aplicable al resto de las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto. Por ello, solo se vulneraría el derecho reconocido en el artículo 24.1 CE, cuando la decisión de no planteamiento carezca de la suficiente motivación o la que se ofrezca sea arbitraria, irrazonable o no esté fundada en Derecho. Y en el presente caso, a juicio de la codemandada, la resolución combatida está suficientemente motivada y fundada. Además, añade que no se debe confundir la doctrina del «acto claro» con la del «acto aclarado», pues para la aplicación de esta segunda no es necesario que los asuntos sobre los que se haya pronunciado el Tribunal de Justicia sean iguales, sino que se haya sentado una jurisprudencia que sea de aplicación al caso.

Iberdrola, S.A., también interesa la inadmisión del recurso por pérdida sobrevenida de objeto, ya que el contenido de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2016 demuestra que la financiación del bono social debe acometerse conforme a los principios que establece el art. 3 de la Directiva 2009/72/CE en el sentido interpretado por la sentencia impugnada en este recurso; porque el asunto carece de especial trascendencia constitucional, ya que la delimitación de los supuestos en que procede la aplicación de la doctrina del «acto aclarado» queda fuera de las competencias del Tribunal Constitucional; y porque la administración carece de legitimación para invocar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva a fin de defender sus actos y potestades. En cuanto al fondo, solicita la desestimación del presente recurso, pues no cabe cuestionar la decisión del tribunal ordinario de no plantear la cuestión prejudicial al amparo del artículo 24.1 CE, si, como acontece en el presente caso, esa decisión es el fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria. Afirma que tampoco cabe apreciar la concurrencia de una «duda objetiva, clara y terminante» sobre la contradicción entre la ley en cuestión y el Derecho de la Unión Europea, teniendo en cuenta que esa duda ha de versar sobre la interpretación del Derecho de la referida Unión.

La empresa Serviliano García, S.A., solicita la inadmisión del recurso por falta de trascendencia constitucional, habida cuenta de que la recurrente justifica esa trascendencia reiterando los argumentos propios de la lesión y, además, el Tribunal Constitucional ya ha asentado doctrina sobre el canon de control sobre las decisiones relativas al no planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En cuanto al fondo, afirma que la sentencia está suficientemente motivada, ya que se contienen en la misma los elementos que han llevado al Tribunal Supremo a concluir la innecesariedad de promover cuestión prejudicial. A ello añade que existe una confusión entre el concepto de «acto claro» y el de «acto aclarado», ya que este último concurre cuando el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre una cuestión materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en un caso análogo, lo que sucede en el presente supuesto.

El resto de las mercantiles personadas, salvo las entidades Endesa, S.A., y Gas Natural SDG, S.A., que no han presentado alegaciones, formulan argumentos sustancialmente idénticos y los mismos coinciden esencialmente con los que ofrece la mercantil Serviliano García, S.A.

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

2. Una vez expuestos los fundamentos de los escritos de las partes personadas, debemos pronunciarnos prioritariamente sobre la solicitud de pérdida sobrevenida de objeto de este recurso, que ha sido interesada por Viesgo, S.L., y que también planteó la entidad Iberdrola, S.A., en su escrito de alegaciones. En síntesis, la referida petición se sustenta en los siguientes argumentos: en primer lugar, que la obligación de resarcir no corre a cargo de los presupuestos de la administración, toda vez que el Tribunal Supremo acordó la ejecución de la sentencia con cargo al sistema de compensación del déficit de la tarifa eléctrica; y, en segundo término, porque en la actualidad la norma cuya inaplicación acordó la indicada resolución ha sido sustituida por el Real Decreto-ley 7/2016, cuya exposición de motivos enuncia unos postulados de financiación del bono social que son conformes con los criterios interpretativos que el Tribunal Supremo establece, lo que demuestra la aceptación de esos principios por parte del Estado.

La pretensión de pérdida de objeto del recurso debe ser rechazada. Como señala el fiscal en su escrito, el objeto de este recurso son las quejas de vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y al proceso debido, que trae causa de la inaplicación de una norma nacional que, sin previo planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el órgano judicial consideró contraria a la normativa de la Unión Europea. Por ello, el reintegro de las cantidades que fueron abonadas por las empresas eléctricas para subvenir a la financiación del bono social no constituye el objeto directo de este recurso de amparo, pues tal circunstancia no es más que una consecuencia derivada de la inaplicación de la norma que regulaba la obligación de financiar el bono social. Cumple recordar que este Tribunal también rechazó una petición de pérdida sobrevenida de objeto, alegada entonces por la abogacía del Estado, por el hecho de haber sido reintegrada la empresa eléctrica demandante de las cantidades que, en concepto de déficit de tarifa, estaba obligada a satisfacer (STC 91/2016, de 9 de mayo, FJ 2). En ese supuesto afirmamos que «lo que se discute en este proceso constitucional es si las resoluciones judiciales impugnadas han incurrido en la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que denuncia la demandante, por haber inadmitido su recurso contencioso-administrativo contra la referida liquidación provisional. Esa alegada lesión constitucional no ha quedado reparada por la devolución de la demandante, a través del cauce de la titulización del déficit del sistema eléctrico, de sus derechos derivados del abono de la liquidación provisional 14-2011, por lo que no cabe entender que el recurso de amparo haya perdido su objeto».

Por otro lado, tampoco el dictado de la nueva normativa que sustituye a la que anteriormente regulaba el modelo de financiación del bono social priva a este recurso de su razón de ser. La cuestión a dilucidar no es si el contenido del art. 45.4 LSE es contrario o no a lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, sino si la inaplicación por el órgano judicial del primero de los preceptos citados, invocando para excusarse de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la doctrina del «acto aclarado», lesiona los derechos fundamentales anteriormente mencionados. Desde esa perspectiva, tiene razón la demandante cuando afirma que la modificación legal operada no priva de objeto al presente recurso, pues la sentencia a la que se atribuyen las lesiones de los derechos fundamentales, por las razones ya expuestas, impidió la aplicación de la entonces vigente legalidad ordinaria, cuya conformidad con el Derecho de la Unión Europea defendió la demandante en sede judicial.

3. Resuelta la anterior cuestión, procede seguidamente dar respuesta a los óbices que han sido planteados:

a) Se ha alegado la falta de legitimación de la administración demandante para recurrir en amparo las resoluciones cuestionadas. En concreto, Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.U., afirma que la queja fundada en la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta contradictoria con lo defendido por aquella durante el debate procesal previo, al haber sostenido que no era necesario plantear tal cuestión prejudicial, amén de poner de relieve el voluntario cumplimiento de la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo. Por su parte, Iberdrola, S.A., también cuestiona la legitimación de la recurrente. A ese respecto, afirma que si bien el recurso formalmente se encuadra en el artículo 24.2 CE, realmente solo se invoca un déficit de motivación cuyo encaje radica en el artículo 24.1 CE; y esa dimensión del derecho no protege a las personas jurídico públicas en los procesos en los que actúan en el ejercicio de potestades públicas.

Las objeciones expuestas deben ser rechazadas. La administración alega tanto la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión como el derecho al proceso debido desde la perspectiva de las garantías procesales inherentes al mismo. De esta forma, la administración vincula su queja a la defensa al servicio del interés general, que se concreta en la preservación de la integridad del ordenamiento jurídico y la correcta aplicabilidad de las normas legales dictadas por las Cortes Generales, que representan la voluntad popular. En casos similares hemos reconocido la legitimación de la administración; concretamente, en la STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 5, al afirmar que «así pues, se está ante la inaplicación de las disposiciones legales vigentes que daban cobertura a ese acto, por lo cual lo que en realidad late en este proceso constitucional no es sólo la defensa del interés general, cuya tutela le corresponde a la administración demandante, sino la protección de los principios básicos de un sistema democrático encarnados en la dignidad de unas leyes aprobadas por unos Parlamentos, estatal y autonómico, que representan la voluntad del pueblo, español y catalán, en la medida en que han sido inaplicadas por un tribunal ordinario sin acudir al proceso establecido al efecto. Ello legitima activamente a la administración recurrente para impetrar la defensa de su limitado derecho a la tutela judicial efectiva, así como la defensa de su derecho a un proceso con todas las garantías». Ya en la STC 175/2001, de 26 de julio, FJ 8, se reconoció que las personas públicas son titulares del derecho a un proceso público con todas las garantías, al afirmar que «[c]orrelato lógico del derecho a no sufrir indefensión es el disfrute, por las personas públicas, de las singulares garantías procesales que se enuncian en el art. 24.2 CE, y cuya esencial vinculación con la prohibición de indefensión viene siendo destacada por este Tribunal en numerosas sentencias, desde la STC 46/1982, de 12 de julio, FJ 2». Y en un supuesto en el que la administración ya invocó, en sede constitucional, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por haber acordado el órgano judicial, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la inaplicación de una ley por ser contraria al Derecho de la Unión, este Tribunal sostuvo que «el derecho a un proceso con todas las garantías constituye una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva de la que, por excepción, son titulares las personas jurídico-públicas» (STC 78/2010, de 20 de octubre, FJ 7).

Por otro lado, debe desecharse que la invocada ejecución voluntaria de la sentencia del Tribunal Supremo obste la legitimación de la recurrente, debiéndose dar aquí por reproducidas las razones tenidas en cuenta para rechazar la pérdida sobrevenida de objeto. Tampoco merece acogida la objeción fundada en el contradictorio posicionamiento que, en relación con el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se atribuye a la administración demandante. Basta con evocar, como así se refleja en los antecedentes de esta sentencia, que en el escrito de interposición del incidente de nulidad de actuaciones expresamente se denunció la falta de planteamiento de esa cuestión, como motivo determinante de la

vulneración de los derechos fundamentales, y que esa queja fue objeto de respuesta por el órgano judicial en los términos ya expuestos.

b) También se ha objetado la falta de especial trascendencia constitucional del recurso. Sustancialmente, las razones ofrecidas para justificar la inadmisión por este motivo inciden en que no le corresponde al Tribunal Constitucional delimitar el alcance y contenido de la doctrina sobre el «acto aclarado», de manera que tampoco le compete dilucidar cuándo el órgano judicial puede, conforme a esa doctrina, considerarse excusado de la obligación de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, amén de afirmar que ya existe una consolidada doctrina constitucional sobre esta temática.

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, el último inciso del art 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) impone al recurrente el gravamen relativo a que «en todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso»; mientras que el art. 50.1 b) LOTC condiciona la admisión del recurso de amparo, a que «el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». Este Tribunal ha tenido ocasión, a tal efecto, de pronunciarse sobre esta materia; y así hemos distinguido entre la justificación de la especial trascendencia constitucional, como requisito procesal que debe cumplir toda demanda (art. 49.1 LOTC), y la existencia misma de la especial trascendencia constitucional, cuya apreciación corresponde al Tribunal. Respecto del requisito procesal, reiteradamente hemos señalado que es preciso que «en la demanda se disocie adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental –que sigue siendo, obviamente, un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo– y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional» (STC 77/2016, de 25 de abril, FJ 2).

En cuanto a la concurrencia de especial trascendencia constitucional, hemos advertido que «[e]l carácter notablemente flexible e indeterminado tanto del concepto de ‘especial trascendencia constitucional’ como de los tres criterios que la propia Ley ofrece para su caracterización (‘su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales’) ha llevado a este Tribunal a realizar un esfuerzo de concreción en la STC 155/2009, de 25 de junio, en la que se identifican, sin ánimo exhaustivo, determinados supuestos, como propiciadores de la apreciación de esa especial trascendencia constitucional; en el bien entendido de que esa enumeración no ha de ser considerada como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a ello se opone el carácter dinámico del ejercicio de la jurisdicción constitucional, en cuyo desempeño no puede descartarse, a partir de la casuística que se presente, la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido» [STC 1/2019, de 14 de enero, FJ 2 c)]. Asimismo, este Tribunal ha afirmado que «aun cuando resulta patente que la especial trascendencia constitucional constituye un requisito de admisión de la demanda de amparo, que es objeto de valoración en el trámite de admisión del recurso de conformidad con los criterios que al efecto establecimos en la STC 155/2009, de 25 de junio, constituye una exigencia de certeza que este Tribunal explicita el cumplimiento de este requisito, haciendo así reconocibles los criterios de aplicación empleados al respecto por este Tribunal (STEDH de 20 de enero de 2015, asunto *Arribas Antón c. España*). Bien entendido que no existe una correlación simétrica entre la fase de admisión y la de decisión, ni mucho menos vinculación del Tribunal a que las cuestiones que dotaron de especial trascendencia constitucional al recurso se traduzcan forzosa y miméticamente en el núcleo de la decisión que finamente se adopte, toda vez que la estructura del

razonamiento, el orden conforme al cual han de estudiarse las quejas ante nosotros esgrimidas, u otras razones pueden impedirlo» (STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3).

Como ha quedado reflejado en los antecedentes de esta resolución, para la administración demandante la especial trascendencia constitucional del presente recurso reside en la oportunidad que brinda a este Tribunal de fijar el canon de control respecto del ejercicio, por parte de los órganos judiciales, de la facultad de inaplicar una ley interna por su eventual contradicción con la normativa de la Unión Europea, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Añade, asimismo, que la singularidad del presente caso radica en lo novedoso que resulta, con base en la aplicación de la doctrina del «acto aclarado», que el órgano judicial haya inaplicado una norma con rango de ley, convirtiéndose, así, en una suerte de «legislador negativo». De lo anterior se desprende que la recurrente no pretende que este Tribunal se pronuncie sobre el contenido y el alcance de la doctrina del «acto aclarado». Lo que en esencia pone de relieve la administración es la novedad del supuesto, ya que este Tribunal no ha tenido ocasión de pronunciarse específicamente sobre el control que le corresponde ejercer, desde la perspectiva del art. 24 CE, en un caso en que la inaplicación de una norma interna con rango de ley, por su contrariedad al Derecho de la Unión Europea, deriva de la aplicación de la doctrina sobre el «acto aclarado». A la vista de lo expuesto, no cabe apreciar la objeción que plantean las codemandadas. La administración ha cumplimentado adecuadamente el gravamen de justificar la especial trascendencia constitucional, ofreciendo al respecto una argumentación disociada de aquella que ofrece para explicar las lesiones que denuncia. Además, esa justificación se anuda a una temática que no es ajena al cometido de este Tribunal.

A favor de la apreciación del óbice ahora analizado también se alega que un recurso de amparo sustancialmente igual al presente fue inadmitido por este Tribunal, por providencia de 26 de septiembre de 2012, «dada la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable». El recurso de amparo al que se refieren las codemandadas fue registrado con el número 4099-2012, en el cual, la administración general del Estado dedujo impugnación ante esta sede contra la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 7 de febrero de 2012, recaída en el recurso ordinario núm. 4919-2010, y contra el auto que desestimó el incidente de nulidad entablado contra la indicada sentencia. Como así lo refieren aquellas, la reiterada sentencia declaró inaplicable el sistema de financiación del bono social establecido por el Real Decreto-ley 6/2009, por su incompatibilidad con lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 2003/54/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Y esa decisión fue adoptada por el tribunal *a quo* sin formular previamente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al considerar aplicable como «acto aclarado» la STJUE de 20 de abril de 2010 (asunto *Federutility*).

Concretados los aspectos esenciales del precedente invocado, hemos de poner de manifiesto, sin perder de vista el óbice que se nos suscita, que la especial trascendencia alegada entonces fue distinta de la que en el presente recurso expone la administración demandante. En aquel recurso se adujo, en síntesis, la necesidad de que el Tribunal Constitucional aclarara su doctrina sobre las relaciones entre el procedimiento interno de control incidental de la constitucionalidad (cuestión de inconstitucionalidad) y el procedimiento incidental de conformidad con el Derecho europeo (cuestión prejudicial), a la luz de la STJUE de 22 de junio de 2010 en el asunto *Melki y Abdeli*; [(letra b)] del fundamento jurídico 2 STC 155/2009; así como cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y económica que plantea el asunto [(letra f) del fundamento jurídico 2 STC 155/2009].

Por otro lado, tal y como figura en el tenor de la providencia en cuya virtud acordamos su admisión a trámite, este recurso plantea un problema o faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)], en la medida, añadimos ahora, en que permite que este Tribunal pueda perfilar el canon constitucional del control de las decisiones judiciales que, no siendo susceptibles de ulterior recurso ordinario según el Derecho interno, dejan de aplicar una ley nacional

por entender que es incompatible con el Derecho de la Unión Europea, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el presente caso, el órgano judicial ha fundamentado su decisión en el contenido de una o varias sentencias del referido Tribunal de Justicia que, aun cuando este las considera constitutivas de un «acto aclarado», sin embargo no se refieren específicamente a la ley inaplicada. Y en todo caso, a lo dicho añadimos que «es a este Tribunal a quien corresponde apreciar si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, que ‘encuentra su momento procesal idóneo en el trámite de admisión contemplado en el art. 50.1 LOTC’ (STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 2)» (STC 21/2015, de 16 de febrero, FJ 2).

c) Por último, aun cuando no se haya invocado formalmente como óbice por la codemandada Viesgo, S.L., procede dar respuesta en este apartado a la queja que esta entidad dirige contra la administración demandante, por no haber denunciado en el incidente de nulidad de actuaciones la falta de motivación de la sentencia que, sin embargo, ulteriormente plantea en la demanda de amparo. En relación con este alegato, procede compendiar la doctrina que hemos establecido en relación con el requisito de la invocación formal de la lesión en el proceso a que se refiere el art. 44.1 c) LOTC; y así, entre otras resoluciones, en la STC 41/2005, de 17 de enero, FJ 4, sostuvimos que «el requisito de invocación previa tiene la doble finalidad, por una parte, de que los órganos judiciales tengan la oportunidad de pronunciarse sobre la eventual vulneración y reestablecer, en su caso, el derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria; y, por otra, de preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo (por todas, SSTC 310/2000, de 28 de diciembre, FJ 2; 14/2001, de 29 de enero, FJ 11; 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 2, y 133/2002, de 3 de junio, FJ 3). El cumplimiento de este requisito no exige que en el proceso judicial se haga una mención concreta y numérica del precepto constitucional en el que se reconozca el derecho vulnerado o mención de su *nomen iuris*, siendo suficiente que se someta el hecho fundamentador de la vulneración al análisis de los órganos judiciales, dándoles la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, reparar la lesión del derecho fundamental que posteriormente se alega en el recurso de amparo (por todas, SSTC 15/2002, de 28 de enero, FJ 2; 133/2002, de 3 de junio, FJ 3; 136/2002, de 3 de junio, FJ 2, y 29/2004, de 4 de marzo, FJ 2)».

Como ha quedado reflejado en los antecedentes de esta resolución, en el incidente de nulidad de actuaciones la demandante fundó las vulneraciones de los derechos fundamentales en la indebida apreciación, por parte del tribunal *a quo*, de la concurrencia de los presupuestos del «acto aclarado» como factor de dispensa de la obligación de plantear cuestión prejudicial, ofreciendo al respecto una profusa argumentación tendente a neutralizar las razones expuestas por el órgano judicial. Y la respuesta dada en el auto resolutorio del incidente se contrae a ratificar lo ya manifestado en el fundamento jurídico octavo de la sentencia, en la consideración de que con los razonamientos allí expuestos queda debidamente justificada la decisión de no plantear cuestión prejudicial. Conforme a estas premisas cabe entender que, en el seno del procedimiento judicial, la demandante reprodujo los aspectos sustanciales de la vulneración de los derechos fundamentales que entendió haber padecido permitiendo, de ese modo, que el órgano judicial ofreciera una respuesta al respecto. Por tanto, debe entenderse que la demandante ha agotado las posibilidades de reparación en vía judicial, al igual que ha quedado preservada la subsidiaridad del recurso de amparo.

4. Despejados los anteriores aspectos, procede abordar las cuestiones de fondo suscitadas en el presente recurso. En relación con el planteamiento de la cuestión prejudicial, cuya regulación figura en el art. 267 TFUE, este Tribunal se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la relevancia de la decisión judicial de plantear o no la referida cuestión, desde la perspectiva de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE. En la STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, tras traer a colación diferentes resoluciones anteriores, este Tribunal concluyó que «la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE –al igual que ocurre con la decisión de no

plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del art. 163 CE— no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento». Por su parte, en la STC 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, queda expuesto el parámetro de control que en sede constitucional cabe ejercer respecto de esas decisiones de los órganos jurisdiccionales: «desde la perspectiva del art. 24.1 CE, el canon de control establecido respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no difiere del que este Tribunal ha fijado, con carácter general, para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto».

Ahora bien, en la citada STC 58/2004, FJ 14, también se refleja una perspectiva de control distinta de la anteriormente apuntada, cual es la del derecho a un proceso con todas la garantías (art. 24.2 CE). En concreto, este Tribunal sostuvo que «cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución española, o el de la cuestión prejudicial, si es contraria al Derecho comunitario (eso sí, siempre y cuando, respecto de esta última y como ocurre en el presente caso, se den las circunstancias para tal planteamiento), debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española basadas en una pretendida inconstitucionalidad de la misma o utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario. En el asunto que nos ocupa era insoslayable para inaplicar la disposición de ley al caso concreto, por causa de su posible inconstitucionalidad o de su posible contradicción con el Derecho comunitario, la promoción de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial (arts. 163 CE y 234 TCE), sin las cuales, las normas legales no podían ser, en manera alguna, inaplicadas o preteridas». Y la referida resolución continuaba su argumentación del siguiente modo: «[l]os jueces y tribunales, en definitiva, sólo son garantes y dispensadores de la tutela que exige el art. 24 CE cuando deciden *secundum legem* y conforme al sistema de fuentes establecido. El Poder Judicial es, al margen de la legalidad, nudo poder que, al resolver así, no respeta ni asegura las garantías inherentes al procedimiento. Es, pues, evidente, que el art. 117.3 CE no faculta al juez, una vez seleccionada la única norma legal aplicable al caso concreto, simplemente a inaplicarla, soslayando el procedimiento expresamente establecido para ello en nuestro ordenamiento jurídico tanto para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 CE como para el de la cuestión prejudicial recogida en el art. 234 TCE. Tal actuación es contraria al principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su título preliminar (art. 9.3 CE), y que se instituye en un límite no sólo de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) sino también de la judicial (art. 117.1 CE; STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2)».

En la misma línea, la STC 194/2006, de 19 de junio, FJ 5, puso de relieve la importancia del planteamiento de la cuestión prejudicial como garantía de ciertos principios constitucionales: «[p]or otra parte (siempre que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria), el planteamiento de la cuestión prejudicial para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad, al que están sometidas las actuaciones de la administración (art. 103 CE) y de los tribunales (art. 117.1 CE). Es más, en la medida en que la actuación de los tribunales de justicia no encuentra otro límite normativo que el constituido por las normas de rango legal, la sujeción y el respeto a este límite configuran la frontera de la competencia judicial en la cual el juez encuentra su legitimidad democrática». En relación con el caso enjuiciado, en el mencionado fundamento jurídico 5 de la citada resolución se consideró necesario el planteamiento de la cuestión prejudicial cuando la resolución dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión

Europea, aun presentando similitud de contenido, no concierna a la misma norma interna aplicable al caso. Doctrina esta que sería extensible a los casos en que la resolución del indicado Tribunal de Justicia de la Unión Europea no venga referida al mismo precepto de la normativa de la Unión Europea que resulta de aplicación en el proceso, salvo que nos encontremos ante un caso de «acto claro» o «acto aclarado», en los términos que después se expondrán.

En la STC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 4, quedó reflejado ese doble canon de enjuiciamiento, en los términos que a continuación se transcriben:

«a) Por un lado, el general del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que comprende, por lo que aquí importa, el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso, sin que por esta vía pueda llegar a examinarse el acierto o desacierto último de la decisión, ámbito este último ajeno a esta jurisdicción constitucional (así, para un caso semejante, STC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 5) [...]

b) Por otro lado, este Tribunal debe valorar también el canon más específico del derecho a un proceso con todas las garantías, del que forma parte el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan 'conforme al sistema de fuentes establecido' (STC 58/2004, FJ 14, y, en el mismo sentido, STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 10). Porque, como recuerda la STC 58/2004 primeramente citada, 'no cabe duda de que, conforme al art. 96 de nuestra Constitución, el Tratado de la Comunidad Europea —y concretamente, en este caso, su art. 234 [actual art. 267 TFUE]— forma parte del ordenamiento interno; por ello la cuestión prejudicial prevista en dicho precepto configura un instrumento más al servicio de los jueces y tribunales para la depuración del ordenamiento jurídico' (STC 58/2004, FJ 10), y de conformidad con ese instrumento, 'ante una duda en la aplicación del Derecho comunitario, el juez o tribunal interno está facultado para consultar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, salvo que se trate de un órgano judicial cuya resolución no sea susceptible de recurso ordinario en la vía interna, en cuyo caso, la facultad se torna, en principio, en obligación, en orden a preterir un Derecho en beneficio del otro'. 'Ahora bien', matizábamos inmediatamente, 'esta obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa y acumulados*, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto *Franovich y Bonifaci*, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81)' [STC 58/2004, FJ 9, y, en el mismo sentido, STC —del Pleno— 78/2010, FJ 2 b)].»

Por todo lo expuesto, en su fundamento jurídico 5 este Tribunal concluyó del siguiente modo:

«a) Que dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una "duda objetiva, clara y terminante" sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004, FFJJ 9 a 14).

b) Sin embargo, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una

exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE (así, SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3).

c) Ahora bien, sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso", lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6).»

La dimensión constitucional de la duda sobre la contradicción entre la normativa interna y el Derecho de la Unión a que se hace mención en la fundamentación transcrita, quedó ya delimitada en el fundamento jurídico 13 de la citada STC 58/2004 del siguiente modo: «Debe tenerse en cuenta, al efecto, que la existencia o inexistencia de una duda – a los efectos ahora considerados– no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna. Por ello el criterio expuesto por el Tribunal Supremo, unido al de los restantes órganos judiciales que se pronunciaban de forma concurrente en contra de la incompatibilidad, debía sembrar (sobre quién podía entender lo contrario) la duda suficiente en la materia como para generar la obligación de, antes de inaplicar el derecho interno por su supuesta contradicción, plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE. Cabe afirmar, en el mismo sentido, que la existencia de una previa sentencia interpretativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no excusa del nuevo planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando un órgano judicial utiliza los criterios interpretativos fijados en un sentido que conduce a una conclusión contraria a la expresada por los restantes órganos judiciales».

En fin, de manera sintética, nuestra doctrina quedaría así expresada: a) Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dejar de aplicar una norma interna (tenga esta rango de ley o no) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una «duda objetiva, clara y terminante» sobre esa supuesta contradicción [SSTC 58/2004, FFJJ 9 a 14; 232/2015, FJ 5 a)]. Tal duda objetiva puede derivar (i) del hecho de existir un criterio generalizado de los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas, que el órgano judicial no desvirtúa mediante una motivación específica en la resolución impugnada en amparo; (ii) porque pese a haberse dictado una o más resoluciones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referentes a dicha norma nacional, ninguna se ha pronunciado directamente sobre las cuestiones que ahora se suscitan; (iii) o bien por la conjunción de ambas circunstancias (STC 58/2004, FFJJ 13-14); b) Resulta igualmente contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por alteración del sistema de fuentes: inaplicar una norma interna sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del «acto aclarado», en los casos en que tal doctrina no puede ser invocada; es decir, cuando no sea posible afirmar que «la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo» (STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, *Cilfit*, apartado 13) como, por ejemplo, se examinó en la ya citada STC 194/2006; c) En sentido contrario a lo anterior, «dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE» [STC 232/2015, FJ 5 b)], con cita de las

anteriores SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3]; d) Asimismo, cumpliéndose con los requisitos de la doctrina del «acto aclarado», también hemos dicho que «corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva» [STC 232/2015, FJ 5 c), con cita de las anterior STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6; en igual sentido, SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, FJ 5 b); 162/2016, de 3 de octubre, FJ 2, y 75/2017, de 19 de junio, FJ 2].

5. Una vez reflejada la doctrina constitucional de referencia, no resulta ocioso traer a colación la normativa interna y de la Unión Europea que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha tenido en cuenta para dirimir el litigio, así como la doctrina sobre «el acto aclarado» elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A) Los preceptos normativos:

a) El contenido del art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE es del siguiente tenor:

«En el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. En relación con la seguridad del suministro, la eficiencia energética y la gestión de la demanda, y con miras al cumplimiento de objetivos medioambientales y de objetivos en materia de energía procedente de fuentes renovables, mencionados en el presente apartado, los Estados miembros podrán establecer una planificación a largo plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de que terceros quieran acceder a la red.»

b) A continuación se reproduce lo preceptuado en el art. 45.4 LSE entonces vigente:

«El bono social será considerado obligación de servicio público según lo dispuesto en la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE y 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.»

B) Seguidamente, se exponen los aspectos esenciales que identifican el «acto aclarado», según la STribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 1982, asunto 283/1981, *Cilfit*: «un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado [...] que la cuestión comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia» (apartado 21); esto ocurre «cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue

objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo» (apartado 13) o cuando exista «jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas» (apartado 14).

C) A continuación recapitulamos el contenido de las quejas que se esgrimen contra las decisiones adoptadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. La administración recurrente y el ministerio fiscal coinciden así sustancialmente en las censuras que dirigen a la sentencia impugnada. En primer término, alegan que el órgano judicial invoca la doctrina sobre el «acto aclarado» para excusarse de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero no explicita las razones que le llevan a considerar que las sentencias recaídas en los asuntos *Federutility* y *Anode* constituyen el presupuesto de un «acto aclarado», que permita considerar que el modelo de financiación del bono social regulado en el art. 45.4 LSE es contrario al contenido del art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE. En segundo término, demandante y ministerio fiscal también sostienen que el órgano judicial erró al considerar procedente la aplicación de la doctrina del «acto aclarado» al caso.

Llegados a este punto, procede retomar la argumentación expuesta en el fundamento jurídico 8 de la sentencia recurrida, que refleja lo que cabría considerar una conclusión de lo razonado en el fundamento anterior: que la financiación del bono social se hace recaer, entre otros, sobre algunos agentes del sector eléctrico con muy escaso peso específico, quedando exentas de esa obligación otras entidades o grupos empresariales con mayor relevancia, bien sea por su volumen de negocios, su importancia relativa en algunos de los sectores de actividad o porque desarrollan de forma simultánea e integrada dos actividades, sin que se haya ofrecido una justificación plausible de ese trato diferenciado, ni en la normativa cuestionada ni por la administración demandada. Por otra parte, el tribunal *a quo* anticipa que el modelo de financiación establecido en el art. 45.4 LSE no es compatible con las exigencias que impone el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE respecto de las obligaciones de servicio público, entre las que se incluye la financiación del bono social. Señalada de esta forma la contradicción entre la Directiva y la normativa interna, el órgano judicial afirma ser consciente de que ello obligaría, en principio, a plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme a lo dispuesto en el art. 267 TFUE. Sin embargo, de acuerdo a la doctrina del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea —que expresamente cita— considera que cuando la correcta aplicación del Derecho europeo pueda imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable sobre la solución de la cuestión (acto claro) o cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en un caso análogo (acto aclarado), dicho órgano queda dispensado de plantear cuestión prejudicial, incluso cuando no aplique una norma interna de rango legal en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea. En el presente caso, se invoca la concurrencia del «acto aclarado», vista la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las reiteradas SSTJUE de 26 de abril de 2010 (asunto C-265/208, *Federutility*) y de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-121/15, *Anode*).

Añade que, en la sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso 419-2010), el órgano judicial ya adoptó la decisión de inaplicar una norma interna de rango legal, concretamente el art. 2.5 y la disposición transitoria segunda, último párrafo, del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, en relación con el régimen de financiación del bono social, al apreciar su contradicción con el art. 3, apartados 2 y 3 de la Directiva 2003/55, sobre el mercado interior del gas natural, de acuerdo con la interpretación dada por el STribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril de 2010 (asunto *Federutility*). Tras afirmar que estas mismas circunstancias también concurren tras el dictado de la STribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016 (asunto *Anode*), el órgano judicial analiza el contenido de esta última sentencia, transcribe sus apartados 53 a 56, 60 a 66 y 70 a 73 y, a modo de conclusión, afirma que el régimen de

financiación del bono social establecido en el art. 45.4 LSE no debe ser aplicado por las razones expuestas.

Como se constata, en la argumentación dada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo se reflejan las razones por las que se estima que el régimen jurídico de financiación del bono social es incompatible con lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, en relación con las obligaciones de servicio público. Ahora bien, como el órgano judicial afirma que, para dirimir las eventuales contradicciones entre la normativa interna y el Derecho de la Unión Europea debe acudir, con carácter general, al mecanismo de la cuestión prejudicial, regulado en el art. 267 TFUE; pero en el presente caso se consideró dispensado de plantearla con base en la doctrina del «acto aclarado», la referida fundamentación jurídica también debería haber incluido una explicación sobre los concretos motivos por los que se considera que concurre el referido «acto aclarado». Por ello, al no haberse argumentado en el sentido expuesto, cabe afirmar que el órgano judicial no ha justificado, desde la perspectiva propia del «acto aclarado» que se configura en la sentencia *Cilfit*, por qué se debe considerar que el presente caso es análogo a los asuntos *Federutility* y *Anode*; cuáles son las circunstancias que permiten entender que la cuestión que ahora se suscita es sustancialmente idéntica a la que se planteó en los asuntos antes indicados; o cuál es la concreta doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en relación con la presente controversia, sustenta el «acto aclarado» que el tribunal *a quo* invoca.

6. Dicho lo cual, este Tribunal considera procedente abordar, desde la perspectiva propia del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), la queja relativa a la errónea consideración de inaplicar la norma nacional sin necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por ello, en este fundamento nos aprestamos a dar respuesta a esa denuncia, de cuyo resultado dependerá si la referida cuestión prejudicial debe o no ser planteada por el órgano jurisdiccional. Ahora bien, debe quedar claro que nuestro pronunciamiento se va a limitar a ese aspecto, pues no nos corresponde resolver si existe o no contradicción entre la normativa inaplicada por el tribunal *a quo* y el precepto de la Directiva ya indicada; ni tampoco establecer doctrina o interpretación alguna en relación con la cuestión prejudicial regulada en el art. 267 TFUE, por ser este cometido de la exclusiva incumbencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como queda dicho, tanto la administración recurrente como el ministerio fiscal alegan que el órgano judicial se equivocó al considerar procedente la aplicación de la doctrina del «acto aclarado» al caso, pues ambos niegan que concurren las circunstancias que, conforme a la consolidada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, permiten prescindir del planteamiento de la cuestión prejudicial; y ello, porque ni los supuestos presentan el grado de similitud exigida ni la controversia actual es materialmente idéntica a la que se suscitó en los asuntos que han dado lugar a las sentencias que el órgano judicial invoca como presupuesto para exonerarse de plantear cuestión prejudicial. En relación con la sentencia dictada en el asunto *Anode* inciden en que el objeto de la cuestión prejudicial resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no puede ser considerado idéntico o análogo al que ahora nos ocupa. Advierten que las Directivas sujetas a valoración son distintas, pues su ámbito de aplicación se proyecta sobre los mercados interiores de dos productos energéticos diferentes (gas y energía); y, además, la norma legal de referencia 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 presente recurso de amparo, el precepto controvertido se refiere al régimen de financiación del bono social. Por ello, consideran que concurren dudas razonables y objetivas sobre la interpretación de la normativa europea de referencia.

A continuación, procede reflejar, siquiera de manera sucinta, el objeto principal de las dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la Sala Tercera del Tribunal Supremo toma en consideración para afirmar la concurrencia del «acto aclarado». El asunto *Federutility* versa sobre el precio del suministro del gas natural

mediante la fijación de precios de referencia, que se aplica de modo idéntico al conjunto de las empresas suministradoras de gas, sin tener en cuenta si estas son o no mayoristas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea toma en consideración, de cara a su pronunciamiento, la necesidad de salvaguardar el principio de proporcionalidad de las medidas adoptadas y los requisitos establecidos en el art. 3.2 de la Directiva 2003/55/CE, porque considera que «respecto del carácter no discriminatorio de dichas obligaciones, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, habida cuenta del conjunto de medidas que puede adoptar en ese ámbito el Estado miembro de que se trata, la fijación de precios de referencia para el suministro de gas natural, como los controvertidos en el litigio principal, que se aplica de modo idéntico al conjunto de las empresas de suministro de gas natural, debe no obstante considerarse discriminatoria» (apartado 45); lo que «[a]sí ocurriría si una intervención de ese tipo hiciera recaer la carga financiera resultante de la misma principalmente en algunas de esas empresas, en el caso concreto las que no ejercen igualmente actividad de producción/importación de gas natural» (apartado 46).

Por su parte, la sentencia recaída en el asunto *Anode*, atañe a la imposición a determinados suministradores de gas, entre ellos el suministrador histórico, de la obligación de proponer al consumidor final unas tarifas de gas reguladas, a fin de garantizar la seguridad del suministro y la cohesión territorial. La medida es, por tanto, objeto de análisis desde la perspectiva de la libre competencia, el interés económico general, el principio de proporcionalidad y de los requisitos que el art. 3.2 de la Directiva 2009/73/CE establece en relación con las obligaciones de servicio público en el sector del gas natural.

Procede ya dirimir si, como sostienen la administración demandada y el ministerio fiscal, las sentencias traídas a colación no configuran un supuesto de «acto aclarado» que, en relación con el presente caso, permita prescindir del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 267 TFUE). Y al respecto, hemos de convenir que las disimilitudes apuntadas por aquellos efectivamente concurren. Los preceptos de la normativa europea tenidos en consideración están ubicados en Directivas distintas: la sentencia dictada en el asunto *Federutility* interpreta la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; y la sentencia recaída en el asunto *Anode* interpreta la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. Por el contrario, el precepto que concierne al pleito resuelto por el Tribunal Supremo se encuentra en la Directiva 2009/72/CE.

Por otro lado, lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esos supuestos no solo atañe a Directivas distintas sino que, además, incide sobre casos de muy dudosa analogía. En el asunto *Federutility* se planteó la posible discriminación de suministradores de gas al detalle que no eran simultáneamente mayoristas, toda vez que estos últimos podrían abusar de la ventaja que les proporciona la integración vertical, desplazando los menores ingresos del precio de referencia a los suministradores minoristas en las negociaciones entre unos y otros, mientras que, en el caso sometido al conocimiento del Tribunal Supremo, se cuestiona una norma legal que hacía recaer la financiación del bono social eléctrico sobre las matrices de determinados grupos empresariales que desarrollasen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización en el sector eléctrico. Otro tanto acontece con el supuesto a que se refiere la STJUE de 7 de septiembre de 2016 (asunto *Anode*). En este caso, la normativa francesa pretende garantizar «la seguridad del suministro y la cohesión territorial», que son finalidades distintas del propósito perseguido con el bono social español. Hacemos hincapié en esta última consideración, que estimamos de crucial interés en el presente caso: la temática sobre la que versan las sentencias que se invocan como constitutivas de un «acto aclarado» es diferente de la que atañe al caso enjuiciado por el órgano jurisdiccional.

En suma, aunque el precepto interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuviera el mismo contenido tanto en la Directiva del sector eléctrico como en la relativa al sector del gas, no se trataba de las mismas Directivas, ni del mismo sector ni los problemas abordados, respectivamente, por las sentencias *Federutility* y *Anode* y por la sentencia impugnada son exactamente iguales. Por ello, no puede concluirse que, mediante las referidas sentencias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hubiera aclarado una cuestión idéntica y suscitada en un caso análogo al enjuiciado por el Tribunal Supremo, que son los requisitos fijados por el Tribunal de Justicia para apreciar la concurrencia del «acto aclarado» y enervar la obligación que tienen los tribunales nacionales de plantear cuestión prejudicial. No está de más recordar que, contra la sentencia impugnada se formuló un voto particular y que el dictamen del Consejo de Estado, de 6 de noviembre de 2014, al que se ha hecho referencia en los antecedentes de esta resolución, no planteó objeciones respecto de la compatibilidad del sistema de financiación del bono social con el Derecho europeo.

Por ello, en el procedimiento *a quo* no concurrían los presupuestos necesarios para apreciar que la doctrina emanada en las referidas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea constituía un «acto aclarado» respecto del problema interpretativo suscitado y, por tanto, el órgano judicial no estaba dispensado de plantear cuestión prejudicial ante el mencionado Tribunal de Justicia. Así pues, debemos afirmar que se ha lesionado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), toda vez que el órgano judicial ha inaplicado la normativa nacional por considerarla incompatible con el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, sin previamente recabar un pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia. Ello ha dado lugar a una preterición del sistema de fuentes, con desconocimiento de las garantías que integran el proceso debido.

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

7. Por todo ello, procede estimar el recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). El otorgamiento del amparo debe comportar, conforme a lo dispuesto en el art. 55.1 LOTC, el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado, la declaración de nulidad de la sentencia y del auto objeto de impugnación, con retroacción de actuaciones al momento anterior al de dictarse la primera de las resoluciones citadas, a fin de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dicte otra resolución respetuosa con el derecho fundamental conculcado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

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

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

2.º Restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular la sentencia de 24 de octubre de 2016, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y el auto de 14 de diciembre de 2016, 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 dictar 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 esta resolución.

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

Dada en Madrid, a veintiséis de marzo de dos mil diecinueve.—Juan José González Rivas.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narvárez Rodríguez.—Alfredo Montoya Melgar.—Ricardo Enríquez Sancho.—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 del Pleno de 26 de marzo de 2019 dictada en el recurso de amparo avogado núm. 593-2017

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), 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. 593-2017, por discrepar de su fundamentación y fallo en los términos que defendí en la deliberación del Pleno y que resumidamente expongo a continuación.

1. En primer término, quiero dejar constancia de mi posición discrepante respecto a la debatida legitimación de la Administración General del Estado para solicitar en amparo la protección de sus derechos fundamentales (fundamento jurídico tercero de la sentencia).

El recurso de amparo constitucional está concebido en nuestro sistema como una acción de naturaleza extraordinaria y subsidiaria para proteger a los ciudadanos contra la vulneración de sus derechos fundamentales que pueda ocasionar la actuación de los poderes públicos (art. 53.2 CE y art. 41.2 LOTC, y STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1, por todas). La justificación última de que esto sea así se halla en la propia noción de derechos fundamentales, concebidos histórica y dogmáticamente como instrumentos de defensa de los particulares frente a los abusos del poder. Por este motivo existen importantes dificultades para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las entidades de Derecho público; puesto que «la noción misma de derecho fundamental que está en la base del art. 10 CE resulta poco compatible con entes de naturaleza pública» (STC 91/1995, de 19 de junio, FJ 2, citada a su vez por la STC 164/2008, de 15 de diciembre, FJ 3).

Los poderes públicos «tienen competencias y potestades fiduciarias», pero no son propiamente titulares de «derechos fundamentales» (SSTC 111/2017, de 5 de octubre, FJ 5, citando la STC 175/2001, de 26 de julio, FFJJ 4 a 8); se entienden estos como garantías de «libertad en un ámbito de la existencia» (SSTC 25/1985, de 14 de julio, FJ 5, y 81/1998, de 2 de abril, FJ 2). La doctrina constitucional ha admitido, por excepción, que las personas jurídico-públicas puedan hacer valer por la vía del recurso de amparo el relativo a un proceso con todas las garantías reconocido por el art. 24.2 CE (STC 175/2001, de 26 de julio, FJ 8, y las que en ella se citan, y STC 78/2010, de 20 de octubre, FJ 7, por todas).

Considero sin embargo que tal excepción habría de admitirse únicamente cuando la actuación administrativa sometida al control judicial no implicara el ejercicio de prerrogativas o potestades públicas. En tales ocasiones las entidades públicas actúan como tales, investidas de poder o autoridad, como sucede en el caso que nos ocupa. Es evidente que la Administración General del Estado ejerció poder público al imponer el

régimen de financiación del llamado bono social eléctrico. Su decisión fue enjuiciada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que resolvió la controversia planteada mediante una sentencia fundada en Derecho, con una motivación suficiente y no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente. Si se hubiera seguido la interpretación restrictiva que suscribo acerca de la legitimación de las administraciones públicas para interponer demandas de amparo constitucional, se habría acordado la inadmisión del presente recurso.

2. El fundamento jurídico cuarto de la sentencia de la que respetuosamente discrepo fija la doctrina que ha de aplicarse en lo sucesivo para valorar si la decisión de un órgano judicial –incluido el tribunal Supremo– contraria al planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido por el art. 24.2 CE. Se recupera así una doctrina de doble canon de enjuiciamiento establecida por la sentencia de la Sala segunda 58/2004, de 19 de abril, rectificada luego por la de Pleno 78/2010, de 20 de octubre. De acuerdo con aquella, ante una posible vulneración del artículo 24.1 CE, el Tribunal Constitucional habría de emplear un canon flexible –el de mera razonabilidad– si el órgano judicial o la resolución administrativa, al enjuiciar la decisión y pese a no tratarse de un caso claro, no hubiera planteado la cuestión prejudicial soslayando así la eventual contradicción con el Derecho europeo. Por el contrario correspondería aplicar un canon más incisivo si el órgano judicial en similar circunstancia inaplicó la norma por entenderla desplazada por el Derecho europeo sin suscitar tampoco la citada cuestión, poniendo así en duda la existencia de un proceso con todas las garantías.

Esto significaría, respecto al caso que nos ocupa, que se recurre al canon de razonabilidad cuando se aplica la ley nacional y en cambio correspondería aplicar un canon más estricto si el órgano judicial la inaplica sin plantear la cuestión prejudicial, por entenderla desplazada por el Derecho europeo. En tal caso, el Tribunal Constitucional no se limitaría, con arreglo a lo expuesto, a controlar la razonabilidad de la resolución sino que habría que verificar con detalle su cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular, de la recaída en la sentencia del asunto *Cillit*. Podrá así determinar si está justificado el no planteamiento de la cuestión prejudicial, bien porque el Tribunal de Justicia hubiera resuelto ya casos considerados similares («acto aclarado»), bien porque la aplicación de la norma europea no plantea dudas razonables («acto claro»).

Para justificar este segundo canon, específico y más exigente, la sentencia se apoya en el paralelismo trazado en las SSTC 58/2004, de 19 de abril, y 194/2006, de 19 de junio, entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial. La inaplicación de la ley nacional sin plantear la cuestión prejudicial pondría en riesgo el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) de la misma manera que la inaplicación de una norma legal sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad. En uno y otro caso la preterición de la aplicación de la norma legal, realizada al margen del sistema de fuentes, produciría una vulneración cualificada del derecho al debido proceso.

3. El criterio del doble canon de enjuiciamiento suscita varios problemas, que paso a exponer. Para empezar, no resulta de la jurisprudencia constitucional, en contra de lo que la sentencia da a entender. Afirma en sus fundamentos jurídicos cuarto y quinto que, al enunciarlo ahora bajo esa denominación, el Tribunal se limita a reflejar el criterio que ya venía aplicando desde la ya citada STC 58/2004 y de la 194/2006, también de la Sala segunda; pero no es así.

La sentencia del Pleno 78/2010, en su fundamento jurídico 2, rectificó expresamente la doctrina de aquellas sentencias, subrayando la diferencia esencial entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial: «La cuestión de inconstitucionalidad –art. 163 CE– y la cuestión prejudicial del Derecho comunitario –arts. 19.3 b) del Tratado de la Unión Europea (TUE) y 267 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), antiguo art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea, están sujetas a

regímenes jurídicos, que, en lo que ahora importa, se ajustan a exigencias diferentes». La contradicción de la ley con la Constitución plantea un problema de validez que solo puede resolver este Tribunal, por lo que el juez que inaplica la ley por inconstitucional sin elevar cuestión vulnera el art. 24.2 CE. En cambio, la contradicción de la ley con el Derecho europeo plantea un problema de estricta aplicabilidad que debe resolver el juez ordinario.

La decisión sobre si en un caso resulta aplicable la norma europea o la nacional y si resulta procedente la formulación de la cuestión prejudicial es de legalidad ordinaria y por tanto reservada a los jueces y tribunales (art. 117.3 CE). Por eso, de acuerdo con la STC 78/2010, FJ 2, «para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria».

Después, la STC 27/2013, de 11 de febrero, fijó la doctrina sobre el art. 24 CE que el Tribunal ha venido aplicando sin fisuras a los supuestos de falta de planteamiento de la cuestión prejudicial. Rechazó deliberadamente la doctrina de las SSTC 58/2004 y 194/2006 afirmando a las claras un único canon de razonabilidad. De modo que la infracción del art. 267 TFUE no afecta al art. 24 CE, salvo que el juez ordinario haya realizado una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente con relevancia constitucional.

Hay ciertamente referencias posteriores al «doble canon de enjuiciamiento», pero son, a mi juicio, citas esporádicas de arrastre que no alteran el canon de razonabilidad como canon único de enjuiciamiento constitucional en esta materia. Se hallan esas citas en sentencias que declaran la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por la resistencia del órgano judicial a tener en cuenta lo decidido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en casos idénticos al enjuiciado, pese a que las partes lo introdujeron oportunamente en el debate (SSTC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 4, y 22/2018, de 22/2018, FJ 3).

4. El problema no es solo que la sentencia de la que discrepo establezca una doctrina nueva haciéndola pasar por antigua y consolidada; es que la doctrina establecida es, a mi juicio, rechazable por varias razones.

El sentido o función de la doctrina *Cilfit* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el acto claro o aclarado es asegurar la uniformidad en la interpretación del Derecho europeo, tanto cuando el órgano judicial va a aplicar la ley nacional, descartando la contradicción con la normativa europea, como cuando va a inaplicarla por considerarla desplazada por el Derecho europeo). En cambio, la sentencia acaba utilizando la doctrina *Cilfit* a otros efectos: para favorecer la aplicación de la ley nacional en detrimento del Derecho de la Unión Europea. El resultado es una doctrina lógicamente inconsistente. Lo única solución coherente es la que somete todos los supuestos de falta de promoción de la cuestión prejudicial a un mismo canon; bien sea el suave de razonabilidad o el estricto de verificación de los requisitos de la jurisprudencia *Cilfit*.

Al aplicar el canon estricto y más exigente de verificación de los requisitos de la doctrina *Cilfit*, el Tribunal Constitucional se verá abocado a descender a cuestiones de mera legalidad, con la consiguiente invasión de la reserva de jurisdicción (art. 117 CE). Quien ha de aplicar tales requisitos a fin de decidir si procede o no promover la cuestión prejudicial es el juez ordinario; al Tribunal Constitucional le corresponde únicamente verificar que la decisión judicial es motivada y razonable. Por eso, a mi modo de ver, solo si el órgano judicial decidiera no promover la cuestión con argumentos manifiestamente irrazonables, podría entenderse vulnerado el art. 24 CE.

5. Establecida la doctrina del doble canon, la sentencia procede a aplicarla en sus fundamentos jurídicos quinto y sexto. Con carácter previo introduce en el sexto la siguiente cautela: «no nos corresponde resolver si existe o no contradicción entre la

normativa inaplicada por el tribunal *a quo* y el precepto de la Directiva ya indicada; ni tampoco establecer doctrina o interpretación alguna en relación con la cuestión prejudicial regulada en el art. 267 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ser este cometido de la exclusiva incumbencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». No deja de ser muy significativo que no se diga lo mismo respecto de «si la cuestión prejudicial debe o no ser planteada por el órgano jurisdiccional».

Consecuentemente, la sentencia entra a examinar si en el supuesto enjuiciado concurrían las circunstancias que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, liberaban a la Sala Tercera del Tribunal Supremo del planteamiento de la cuestión prejudicial. Emprende así un minucioso análisis de los asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia que cita la sentencia impugnada en amparo (*Federutility* y *Anode*) que, por referirse a una norma europea análoga a la relevante en el caso (art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE), permitirían –según el Tribunal Supremo– inaplicar la normativa nacional sobre la financiación del bono social eléctrico sin plantear la cuestión prejudicial. Concluye que «en el procedimiento *a quo* no concurrían los presupuestos necesarios para apreciar que la doctrina emanada en las referidas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea constituía un "acto aclarado" respecto del problema interpretativo suscitado y, por tanto, el órgano judicial no estaba dispensado de plantear cuestión prejudicial ante el mencionado Tribunal de Justicia».

La doctrina del doble canon conduce pues a que el Tribunal Constitucional, por la vía del art. 24.2 CE, pueda a partir de ahora analizar la jurisprudencia y la legalidad ordinarias (nacional y europea) a fin de valorar si la formulación de la cuestión prejudicial es procedente o improcedente. Con ello por lo demás acaba actuando como última instancia, en cuyo caso le correspondería a él –con arreglo al Derecho europeo– y no al Tribunal Supremo formular la cuestión prejudicial.

Según he razonado ya, considero que el Tribunal Constitucional no debe analizar analogías y diferencias entre los asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el que tenía entre manos el Tribunal Supremo para constatar la existencia de dudas objetivas en los términos de la doctrina *Cilfit*. Si lo hace, contradice doctrina constitucional previa e incurre en incoherencia y en riesgo de invasión de la reserva de jurisdicción. Por eso, a mi modo de ver, la sentencia debió aplicar a este caso el canon de razonabilidad propio del enjuiciamiento constitucional de las resoluciones judiciales, pues solo si las razones dadas para no formular la cuestión prejudicial fuesen arbitrarias o manifiestamente irrazonables podría imputarse al órgano judicial la vulneración de un derecho fundamental.

Y en ese sentido emito mi voto particular.

En Madrid, a veintiséis de marzo de dos mil diecinueve.–Andrés Ollero Tassara.–
Firmado y rubricado.