

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**10096** *Sala Segunda. Sentencia 77/2019, de 3 de junio de 2019. Recurso de amparo 1542-2018. Promovido por la Administración General del Estado en relación con la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estimatoria de recurso de casación formulado en proceso relativo a la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías: STC 37/2019 (sentencia dictada sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando no concurrían los requisitos necesarios para apreciar la existencia de un acto aclarado respecto del problema interpretativo suscitado).*

ECLI:ES:TC:2019:77

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1542-2018, promovido por el abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado, contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017, recaída en el recurso de casación núm. 3312-2015, y contra el auto de 1 de febrero de 2018, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la referida sentencia. Ha comparecido la entidad Productora Eléctrica Urgelense, S.A. Ha intervenido el ministerio fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez.

**I. Antecedentes**

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

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

a) En fecha 7 de mayo de 2014, la mercantil Productora Eléctrica Urgelense, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014 (en adelante Orden IET/350/2014). Dicha orden fue dictada en desarrollo del art 45.4 de la Ley 24/2013, de 29 de diciembre, del sector eléctrico (en adelante LSE).

En lo que interesa al presente recurso, la entidad recurrente solicitó que se declarase la invalidez e inaplicación de la Orden IET/350/2014 y del art. 45.4 LSE, por vulnerar lo

dispuesto en el art 3 de 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 (en adelante Directiva 2009/72/ CE), en la medida que el mecanismo de financiación del bono social es discriminatorio y no garantiza a las empresas eléctricas de la Unión Europea el acceso en igualdad de condiciones a los consumidores nacionales.

b) Del citado recurso contencioso-administrativo, registrado con el núm. 179-2014, conoció la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, tras la tramitación del procedimiento, dictó sentencia desestimatoria en fecha 16 de septiembre de 2015.

c) Contra la citada sentencia la referida mercantil interpuso recurso de casación, del que, con el núm. 3312-2015, conoció la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Dicho tribunal dictó sentencia, de fecha 12 de diciembre de 2017, que fue estimatoria del recurso de casación y anuló la sentencia recurrida. En lo que atañe a este recurso, declaró la nulidad de la Orden IET/350/2014, al haber sido dictada en desarrollo del art 45.4 LSE. La referida resolución se remite a las sentencias de la misma sala, de fechas 24 de octubre de 2016 (recursos contencioso-administrativos núms. 960-2014 y 961-2014), 25 de octubre de 2016 (recurso núm. 16-2015) y 2 de noviembre de 2016 (recurso núm. 11-2015), en las que se declara inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 LSE, por resultar incompatible la Directiva 2009/72/CE; asimismo, se declaran también no aplicables 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 LSE.

Tomando como referente las resoluciones recaídas en el recurso contencioso-administrativo núm. 961-2014, el tribunal de casación trae a colación el siguiente apartado del fundamento jurídico séptimo de la sentencia de 24 de octubre de 2016:

«[L]a Ley 24/2013 no contiene una relación nominal de las empresas o grupos de empresas que deben asumir la financiación del bono social. Fue la Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014 –orden dictada en aplicación de lo previsto en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, pero antes de que se hubiese producido el desarrollo reglamentario de ésta mediante el Real Decreto 968/2014– la que vino a identificar a las entidades concernidas y a fijar los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondiente a 2014.»

Posteriormente, transcribe el siguiente razonamiento del auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2017 (recurso núm. 961-2014):

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

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

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

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

d) Contra esta sentencia, la abogacía del Estado interpuso incidente de nulidad de actuaciones, en fecha 4 de enero de 2018, en el que alegó vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), por no haber planteado el órgano judicial cuestión prejudicial al ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y por incongruencia omisiva.

e) La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo desestimó dicho incidente de nulidad por auto de fecha 1 de febrero del 2018. En relación con la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial, el órgano judicial rechaza que se hayan producido las vulneraciones objeto de denuncia, toda vez que en las sentencias antes citadas, de fechas 24 de octubre de 2016 (dos sentencias con esa fecha, dictadas en los recursos 960-2014 y 961-2014), 25 de octubre de 2016 (recurso núm. 16-2015) y 2 de noviembre de 2016 (recurso núm. 11-2015), se explicitan las causas por las que no resulta precisa su formulación. En concreto, refiere:

«[N]o reiteraremos aquí las razones que dimos entonces, que la abogacía del Estado conoce, sin duda, pues la Administración fue parte en todos aquellos procesos. Lo que interesa destacar ahora es que si el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se consideró innecesario entonces, con mayor razón resultará innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial para declarar la nulidad de una orden que fue dictada en desarrollo del precepto legal que entonces se declaró inaplicable por ser contrario al ordenamiento comunitario europeo.»

Por razones análogas a las señaladas también se descarta la queja por no haberse planteado cuestión de inconstitucionalidad:

«Una vez que por sentencia firme había sido declarado inaplicable el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, por contravenir el Derecho de la Unión Europea, la constatación de que la Orden IET/350/2014 había sido dictada precisamente en desarrollo de aquel precepto legal llevaba directamente a la conclusión de que dicha orden debía ser declarada nula, sin que para hacer tal pronunciamiento resultase necesario el previo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.»

Por último, se desecha la queja de haber incurrido en incongruencia omisiva, pues:

«si el motivo de nulidad se ciñe a la falta de examen en la sentencia de los argumentos esgrimidos por la abogacía del Estado en su escrito de oposición del recurso de casación, lo cierto es que la razón dada en la sentencia para declarar nula la Orden IET/350/2014 –esto es, la existencia de pronunciamientos judiciales firmes que declaran inaplicable el precepto legal a que dicha orden sirve de desarrollo– hacía innecesario el

examen de aquellos argumentos de oposición, como innecesario se consideró también el examen de los motivos de casación formulados por la entidad recurrente.»

3. En su demanda de amparo la Administración General del Estado, 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 administración 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, exonerarse de plantear cuestión prejudicial con base en la existencia del «acto claro» o «acto aclarado», por la similitud que el supuesto presenta con un caso ya resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y poder apreciar directamente que una disposición interna con rango de ley es contraria al Derecho europeo. Esa temática ostenta una clara relevancia pues, conforme así se afirma en la STC 232/2015, dejar de aplicar una ley interna sin previamente plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, por entender que dicha ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, si existe una duda objetiva, clara y terminante sobre esa supuesta contradicción.

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, estima 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, al entender 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 en que, sobre este aspecto o cuestión, aún no se ha fijado de manera definitiva doctrina por parte del Tribunal Constitucional y la solución que propone es que, en esta sede, se acoten restrictivamente las facultades interpretativas del órgano judicial.

En cuanto al fondo, la demanda se refiere exclusivamente a las sentencias del propio Tribunal Supremo a las que se remite la impugnada en este recurso de amparo. En primer lugar, sintetiza las razones dadas por el órgano judicial para considerar inaplicable el modelo de financiación del bono social que prevé el art. 45.4 LSE; a saber, que es incompatible con el régimen jurídico establecido en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, porque este precepto exige que las obligaciones de servicio público se definan claramente, sean transparentes, no discriminatorias y controlables y garanticen el acceso en igualdad de condiciones a los consumidores nacionales; y, a su vez, porque el precepto inaplicado vulnera el principio de proporcionalidad, toda vez que la carga de la financiación se impone solamente a determinados agentes del sector eléctrico, de manera indefinida y sin ninguna compensación. Afirma que la argumentación que ofrece la sentencia impugnada para considerar innecesario el planteamiento de la referida cuestión prejudicial es meramente apodíctica y, por tanto, incurre en manifiesta falta de motivación que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva. Y ello, porque el órgano

judicial considera que el contenido de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016 (asunto *Anode*), reproducido literalmente en alguno de sus párrafos, es trasladable al caso ahora examinado, pero no dice por qué razón lo es ni expone cuáles son esos criterios que resultan aplicables al presente caso, por lo que no se acierta a ver cuál es la semejanza con los considerandos de la sentencia del Tribunal de Justicia traída como parámetro de comparación.

Añade que la sentencia combatida en esta sede aplica la doctrina del «acto aclarado» para justificar la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial, pero estima que el criterio seguido es erróneo, pues no concurren las características o circunstancias que, conforme a la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, determinan que resulte innecesaria la formulación de la cuestión prejudicial. Afirma que, ni puede imponerse con tal evidencia la similitud entre dichos 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 estimarse 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, 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 establecidas, 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. También se aduce en la demanda que el dictamen de la comisión permanente del Consejo de Estado, de fecha 6 de noviembre de 2014, emitido respecto del inicial proyecto de orden, por la que se desarrollaba la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar, relativas al bono social (que luego se convirtió, precisamente a resultas de las consideraciones sobre su rango realizadas en el citado dictamen, en el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre), se pronunció en términos contundentes sobre la conformidad de la norma reglamentaria reguladora del bono social con el ordenamiento europeo.

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

4. Mediante providencia de 16 de julio de 2018, la sección tercera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo presentada, al apreciar que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), ya que el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2, a)]. En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), se acordó remitir 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, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 3312-2015. Asimismo se resolvió dirigir atenta comunicación a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, para que, en el mismo plazo, remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-administrativo núm. 179-2014 y, a su vez, procediese a emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer, si lo desean, en el presente proceso constitucional.

5. Mediante escrito presentado en fecha 14 de septiembre de 2018, la entidad Productora Eléctrica Urgelense, S.A., representada por la procuradora de tribunales doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez y asistida por la letrada doña Irene Bartol Mir, interesó que se la tuviera por personada y parte en este recurso.

6. Por diligencia de ordenación del secretario de justicia de la sección tercera de este Tribunal, de fecha 19 de septiembre de 2018, se tuvo por personado y parte en el procedimiento a la procuradora de tribunales doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, en

nombre y representación de la entidad Productora Eléctrica Urgelense, S.A. Asimismo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se acordó conceder traslado a las partes personadas y al ministerio fiscal para que, por plazo común de veinte días, formularan las alegaciones que estimaran pertinentes.

7. El fiscal presentó sus alegaciones el día 17 de octubre de 2018. Tras detallar los antecedentes de los que trae causa el presente recurso de amparo, afirma que el mismo presenta grandes similitudes con núms. 593, 595, 596, 597, todos de 2017, y 1158 y 1342 de 2018. Por ello, advierte que las alegaciones que formula son sustancialmente coincidentes con las ya expuestas en los referidos recursos de amparo.

Tras resumir el contenido del escrito de demanda, señala 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).

También pone de relieve que el recurso de amparo no ha perdido su objeto por el hecho de que una norma legal posterior, el Real Decreto-ley 7/2016, de 23 diciembre, haya modificado la redacción del art 45.4 LSE 24/2013, cambiando el régimen de financiación del bono social. Y ello, porque la norma controvertida sigue siendo de aplicación en el proceso de origen, puesto que la sentencia impugnada declaró inaplicable el art. 45.4 LSE y, consecuentemente, anuló la Orden IET/350/2014 porque desarrolla el régimen de financiación establecido por el citado precepto legal. Por ello, la Administración del Estado fue condenada a restituir a la entidad demandante las cantidades que esta satisfizo de conformidad con las normas anuladas, razón por la cual las citadas disposiciones siguen produciendo efectos entre las partes del proceso del que trae causa el presente recurso de amparo. En apoyo de lo expuesto, trae a colación la STC 167/2016, en cuyo FJ 2 se descarta la pérdida de objeto del proceso constitucional, al afirmar que no afecta a la pervivencia de ese objeto el hecho de que ya no estuviera en vigor el régimen de la financiación de los planes de ahorro energético que la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2010 contemplaba, puesto que la citada disposición adicional sí era aplicable en el proceso *a quo* y de su validez dependía la decisión a adoptar.

Posteriormente, el ministerio fiscal pasa a explicar el mecanismo del bono social que, según refiere, opera como una medida de protección de los consumidores de energía que son vulnerables, por cumplir determinadas condiciones sociales, de consumo y poder adquisitivo. Ese bono responde a las previsiones de la Directiva 2009/72/CE, en cuya virtud «los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, garantizarán una protección adecuada de los clientes vulnerables». Seguidamente, trae a colación los antecedentes legislativos del bono social, comenzando por el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptaron determinadas medidas en el sector energético y se aprobó el bono social, que en su preámbulo reflejaba el objeto al que respondía esa medida, y que en el art. 2.5 y la disposición transitoria segunda establecían su régimen de financiación. Esas disposiciones, recuerda el ministerio público, fueron enjuiciadas en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012, que apreció 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.

Seguidamente indica que 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 prevé 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 que las sentencias del Tribunal Supremo ya mencionadas, cuya doctrina ha sido aplicada en la controversia judicial que da lugar al presente recurso de amparo, consideran que los criterios reflejados en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013 no justifican 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 las referidas sentencias, aparece debidamente argumentado 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. 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 que es propio de cualquier resolución judicial. No obstante, el ministerio fiscal advierte del especial control de constitucionalidad que procede efectuar respecto de aquellas resoluciones judiciales que no aplican una norma legal interna, por su apreciada contrariedad con el Derecho de la Unión, sin plantear cuestión prejudicial, ni tampoco cuestión de inconstitucionalidad. Afirma que en estos casos –y no en los que el órgano judicial aplica la norma interna sin plantear cuestión prejudicial, por estimarla conforme con el Derecho de la Unión Europea (STC 27/2013)– se pueden lesionar los derechos a la tutela judicial efectiva y al proceso debido. En apoyo de lo expuesto trae a colación la STC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 5, para poner de relieve que la inaplicación de una ley interna por entenderla incompatible con el Derecho de la Unión Europea, sin previamente formular cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resulta contraria al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), siempre que exista «una duda objetiva, clara y terminante sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004, FFJJ 9 a 14)». 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, de 20 de octubre, FJ 2). En la misma línea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de fecha de 8 de abril de 2014, caso *Dhabi contra Italia*, también pone de manifiesto, en relación con el derecho al proceso debido reconocido en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que los órganos judiciales nacionales han de 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 en las sentencias a favor de omitir la cuestión prejudicial. Sobre ese particular, pone de relieve que, en el fundamento jurídico 8 de las sentencias a las que se remite la recurrida, se afirma que, en la sentencia de 7 de febrero de 2012, el Tribunal Supremo ya resolvió que no era necesario plantear dicha 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; particularmente, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril 2010 recaída en el asunto *Federutility*, que la referida resolución estimó como «acto aclarado». En relación con el presente supuesto, el órgano judicial también considera que existen decisiones prejudiciales del Tribunal de Justicia en casos análogos; en concreto, la ya citada STJUE 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 fija 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 entender que pueden ser aplicables, para resolver la cuestión controvertida, unas decisiones prejudiciales del Tribunal de Justicia 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, el caso que aquí nos ocupa versa sobre una norma que regula el régimen de financiación por parte del sector eléctrico, en relación con 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* tampoco 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 concurre 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. También incide a favor de esas dudas la existencia de un voto particular en las sentencias dictadas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en las que se funda 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 y eludir indebidamente el mecanismo de control. Ello lleva a la fiscalía a interesar una sentencia estimatoria del amparo solicitado, que anule las resoluciones impugnadas, con retroacción de actuaciones, al objeto de que por la Sala Tercera del Tribunal Supremo se dicte nueva resolución que sea respetuosa con los derechos fundamentales infringidos.

8. En fecha 23 de octubre del 2018 presentó sus alegaciones la entidad Productora Eléctrica Urgelense, S.A. En primer lugar identifica el objeto del presente recurso de amparo y la pretensión impugnatoria ejercida de adverso, amén de señalar que el Tribunal Supremo se ha basado en anteriores pronunciamientos, entre ellos la sentencia de 24 de octubre de 2016 dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 960-2014.

Seguidamente, interesa que el recurso se inadmita por falta de especial transcendencia constitucional. Al respecto alega que la especial transcendencia aducida por la abogacía del Estado no es más que una mera reiteración de la lesión invocada y, además, que 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. De todo ello colige que en el presente recurso no concurre ninguno de los supuestos de especial transcendencia constitucional enunciados en el fundamento jurídico segundo 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 esto es lo que sucede en el presente caso, pues las sentencias dictadas en los asuntos *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.

9. Por providencia de fecha 30 de mayo del 2019, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia, el día 3 de junio del mismo año.

## II. Fundamentos jurídicos

Único.

El presente recurso de amparo tiene por objeto la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en fecha 12 de diciembre de 2017, en el recurso de casación núm. 3362-2015; y contra el auto de 1 de febrero de 2018, de la misma Sala y Sección, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la recurrente frente a dicha sentencia.

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

Por ello, procede estimar el recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y declarar la nulidad de la sentencia y del auto objeto de impugnación, con retroacción de actuaciones al momento anterior al de dictarse la primera de las resoluciones citadas, a fin de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dicte otra resolución respetuosa con el derecho fundamental conculcado.

## FALLO

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

Ha decidido

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

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

2.º Restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017, recaída en el recurso de casación núm. 3362-2015, y el auto de 1 de febrero del 2018, de la misma sala y sección, por el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la referida sentencia.

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

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

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