

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**7266** *Sala Segunda. Sentencia 46/2019, de 8 de abril de 2019. Recurso de amparo 597-2017. 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 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 (STC 37/2019).*

ECLI:ES:TC:2019:46

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. 597-2017, interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia recaída en el procedimiento ordinario 1/11/2015, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en fecha 2 de noviembre de 2016 y contra el auto de 22 de diciembre de 2016, de la misma Sala y Sección, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la ahora recurrente frente a la resolución citada en primer lugar. Ha intervenido el ministerio fiscal. Han comparecido las entidades mercantiles Endesa, S.A., Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L., Gas Natural Sdg, S.A., Iberdrola, S.A., e Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. Ha sido ponente el magistrado don Antonio Narváez Rodríguez.

**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 la 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) En fecha 19 de enero de 2015, la entidad Gas Natural Sdg, S.A., interpuso ante el Tribunal Supremo recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de diciembre, por el que se desarrollaba la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social. En la demanda (registrada en el Tribunal Supremo el 10 de marzo de 2015), la mercantil argumentó que dicho real decreto era contrario a Derecho, pues entendía que el

precepto legal del que trae causa, el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, entonces vigente (en adelante LSE) infringía el Derecho de la Unión Europea, en particular lo dispuesto en el artículo 3 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 se alegaba en la demanda que el art. 45.4 LSE vulneraba los arts. 9.3 y 14 CE. En el suplico la entidad solicitaba que se declarara inaplicable el aludido precepto y, de modo subsidiario, la inconstitucionalidad de la norma aludida por vulnerar la Constitución española. Igualmente, interesaba, en cualquiera de los dos casos, que le fueran reintegradas las cantidades pagadas en concepto de bono social.

Por medio de otrosí segundo, la mercantil solicitaba que, si se estimaba necesario por el órgano judicial, se planteara cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en el otrosí tercero, que se formulara cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

b) En fecha 2 de noviembre 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 interpuesto en representación de ‘Gas Natural Sdg, S.A.’ 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 ‘Gas Natural Sdg, S.A.’ 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 los fundamentos jurídicos 7 y 8, el órgano judicial expuso las razones que le llevaron 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, reproduciendo los mismos argumentos que ya había sostenido en otra precedente sentencia de 24 de octubre anterior, en el sentido de que, si bien «[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 TFUE», concluye su razonamiento considerando que la problemática era susceptible de resolverse a través de la doctrina del «acto aclarado», con sustento en dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las sentencias, de 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08, Federutility) y, muy en particular, la posterior sentencia de 7 de septiembre de 2016 (asunto C121/15, Anode).

En concreto, la sentencia del Tribunal Supremo destaca en su fundamento jurídico 8:

«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, Federutility), 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, la sentencia del Tribunal Supremo reprodujo 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 concluía que el art. 45.4 LSE y la normativa derivada de su contenido debía 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 21 de noviembre de 2016, la Administración General del Estado promovió incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia antes referida, en el cual denunció: i) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haber sido inaplicada una norma con rango de ley sin promover cuestión de inconstitucionalidad; ii) vulneración de los derechos anteriormente indicados por no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; 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 Tribunal de Justicia, y exponer las razones por las que, de acuerdo a esa doctrina, considera que los supuestos que el órgano judicial toma como referentes como «acto aclarado», que le dispensa de plantear la referida cuestión prejudicial (las sentencias recaídas en los asuntos Federutility y Anode), no pueden ser tenidos en cuenta a estos efectos, dadas las disimilitudes entre dichos supuestos y el presente.

d) El incidente fue desestimado por auto de fecha 22 de diciembre del 2016. El órgano judicial argumentaba que los motivos de nulidad que se aducían en este caso eran, 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 rechazó que se hubieran producido las vulneraciones objeto de denuncia, toda vez que en la sentencia se explicitaban las causas por las que no resultaba precisa su formulación. En concreto, refería 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, concluía que «[c]on estas razones, y las demás que se exponen en el citado fundamento jurídico octavo de nuestra sentencia de 2 de noviembre 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, el auto descartó las quejas de lesión por no haber sido planteada cuestión de inconstitucionalidad, pues esa pretensión se había formulado con carácter subsidiario y, además, la sentencia había considerado 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. Asimismo, desestimó la queja de haber incurrido en incongruencia omisiva, pues no correspondía a la Sala, contrariamente a lo expuesto por la administración, definir qué modelo de financiación del bono social habría de instaurarse en nuestro ordenamiento. Lo que la sentencia afirmaba era que el ámbito de elección que se reconoce al legislador no podría conducir a fórmulas que vulneraran el Derecho de la Unión, como sucede con el artículo 45.4 cuestionado.

Finalmente, se rechazó el alegato relativo a que en la citada resolución no se hubiera 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 afirmaba que la contradicción entre el citado artículo y el Derecho de la Unión Europea

(artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE) constituía 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 fue 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, 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 la 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 en que, sobre este aspecto o cuestión, aún no se ha fijado de manera definitiva doctrina por parte del Tribunal Constitucional y la solución que propone es que, en esta sede, se acoten restrictivamente las facultades interpretativas del órgano judicial.

En cuanto al fondo, en primer lugar sintetiza las razones dadas por el órgano judicial para considerar inaplicable el modelo de financiación del bono social que prevé el 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 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 estos se refieren a la protección de los consumidores vulnerables, aspecto este que es completamente ajeno a la determinación de los componentes del precio del gas en aquel caso. Al margen de lo expuesto, para la demandante tampoco cabe entender que las consideraciones que se formulan en el párrafo 71 de la sentencia recaída en el asunto Anode, acerca de la proscripción de discriminación entre compañías de gas, de manera que «el sistema de designación de las

empresas encargadas de las obligaciones de servicio público no puede excluir a priori a ninguna de las empresas que operan en el sector de la distribución de gas», sean extensibles al caso ahora enjuiciado. La obligación de financiar el bono social no se aplica a unos operadores determinados a priori, de forma nominativa y con exclusión de otros, sino que tal obligación se establece cada año, con eficacia temporal limitada y en función de circunstancias objetivamente determinadas, de manera que no hay una predeterminación apriorística del elenco de obligados.

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

Por todo ello, para la administración recurrente se ha vulnerado el 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 y iii) el juez nacional ha resuelto el proceso inmiscuyéndose en un ámbito o competencia jurisdiccional ajeno, dando lugar a que la controversia sea decidida por un juez o tribunal distinto del querido por el legislador.

4. Por providencia de 24 de mayo de 2017, la Sección Cuarta 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), dirigió atenta comunicación a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiera certificación o fotocopia verdadera de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-administrativo ordinario núm. 1/11/2015, 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 31 de mayo de 2017, Endesa, S.A., representada por la procuradora de tribunales doña María del Rosario Victoria Bolívar y asistida por los letrados don Antonio Jesús Sánchez Rodríguez y doña Marta Marañón Hermoso; por escrito de la misma fecha, 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, 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, Iberdrola, S.A., representada por el procurador de tribunales don José Luis Martínez Jaureguibeitia y asistida por el letrado don José Giménez Cervantes; por escrito de 12 de junio

de 2017, Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., representada por el procurador de tribunales don Carlos Mairata Laviña y asistida por el letrado don Joaquín Suárez Saro.

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 del Rosario Victoria Bolívar, en nombre y representación de Endesa, S.A.; doña María Jesús Gutiérrez Aceves, en nombre y representación de Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L.; don Germán Marina y Grimau, en nombre y representación de Gas Natural Sdg, S.A.; don José Luis Martín Jaureguibeitia, en nombre y representación de Iberdrola, S.A., y don Carlos Mairata Laviña, en nombre y representación de Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (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 adoptaron determinadas medidas en el sector energético y se aprobó el bono social, que, en su preámbulo reflejaba el objeto al que respondía esa medida, y que en el art. 2.5 y la disposición transitoria segunda establecían el régimen de financiación del bono social. Esas disposiciones, recuerda el ministerio fiscal, fueron enjuiciadas en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012, que consideró que ese régimen de financiación no cumplía las exigencias de transparencia, no discriminación, control y proporcionalidad exigidas por las normas de la Unión Europea; en concreto, por la Directiva 2003/54/CE. Por ello, el Tribunal Supremo resolvió la inaplicación de las disposiciones pertinentes del Real Decreto-Ley citado, así como los de la Orden ITC 1723/2009, de desarrollo de aquel, sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por considerar que el sentido de la Directiva ya había sido aclarado en la sentencia de dicho tribunal europeo de 20 de abril de 2010, dictada en el asunto Federutility. Ello condujo a la Sala Tercera a declarar la inaplicabilidad del régimen de financiación del bono social establecido en las normas españolas citadas.

La regulación posterior del bono social se prevé en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, más tarde modificada por el Real Decreto-ley 7/2016. Afirmar 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 tampoco cuestión de inconstitucionalidad. Afirma que en estos casos —y no en los que el órgano judicial aplica la norma interna sin plantear cuestión prejudicial, por estimarla conforme con el Derecho de la Unión Europea (STC 27/2013)— se pueden lesionar los derechos a la tutela judicial efectiva y al proceso debido. En apoyo a lo expuesto trae a colación la STC 232/2015, de 5 de noviembre, 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 acerca de los presupuestos para la formulación de la cuestión prejudicial, correspondiendo a los órganos judiciales apreciar la concurrencia de tales presupuestos (STC 78/2010, de 20 de octubre, FJ 2). En la misma línea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de fecha de 8 de abril de 2014, caso Dhabí contra Italia, también pone de manifiesto, en relación con el derecho al proceso debido reconocido en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (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 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 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 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 (caso *Anode*) no puede ser considerado idéntico o análogo al actual; que se trata de Directivas distintas, cuya aplicación se proyecta sobre los mercados interiores de dos productos energéticos diferentes (gas y energía); y que la norma legal controvertida impone un precio regulado a determinadas suministradoras de gas, a fin de garantizar el suministro y la cohesión social (asunto *Anode*), mientras que en el proceso de origen del presente recurso de amparo, la cuestión discutida se refiere al régimen de financiación del bono social.

Con independencia de lo afirmado sobre la falta de explicación de las razones por las que concurren los requisitos del «acto aclarado», el ministerio fiscal reitera que el tribunal a quo no ha apreciado correctamente la doctrina del «acto aclarado». La sentencia en que se basa el tribunal para considerar que puede abstenerse de plantear cuestión prejudicial no puede catalogarse como materialmente idéntica, ni que haya recaído en un

asunto análogo, que permita conocer «de manera evidente y sin ninguna duda objetiva razonable cuál es la correcta aplicación de la norma europea en el caso controvertido». Por tanto, la existencia de dudas razonables sobre la interpretación de la norma comunitaria, en relación con la regulación legal discutida, determina que no proceda considerar que concurra un supuesto de «acto aclarado». A lo que cabe añadir que los supuestos de dispensa del planteamiento de la cuestión prejudicial deben ser objeto de interpretación estricta, tal y como pone de relieve la sentencia Cilfit. También incide a favor de esas dudas la existencia de un voto particular contra la sentencia impugnada en esta sede, amén del dictamen del Consejo de Estado relativo al proyecto de orden por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar respecto del bono social. En ese dictamen, dicho órgano consultivo manifestó que el régimen de financiación satisface los requisitos impuestos por la normativa europea.

Por todo lo expuesto, estima que se han vulnerado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso debido (arts. 24. 1 y 2 CE), pues se ha incurrido en un exceso de jurisdicción al pronunciarse la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la incompatibilidad de la norma legal con el Derecho europeo al margen del proceso debido, vulnerando el sistema de fuentes, al 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. La representación procesal de la mercantil Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L. (en adelante Viesgo, S.L.), presentó su escrito de alegaciones en fecha 17 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 solo 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 [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 parte 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 esté 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 porque, a su parecer, 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. Igualmente, 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 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 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 sea aplicable y no que los casos enjuiciados sean iguales. En las sentencias recaídas en los asuntos Federutility y Anode, el Tribunal de Justicia 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. 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 19 de julio de 2017 tuvieron entrada en el registro de este Tribunal las alegaciones de Gas Natural Sdg, S.A., en las que interesa la inadmisión del recurso por falta de legitimación de la demandante y, subsidiariamente, su desestimación.

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

En cuanto al fondo del asunto, la codemandada afirma que, desde la STC 78/2010, de 20 de octubre, y, en particular, con las SSTC 212/2014, de 18 de diciembre, y 3/2016, de 18 de enero, así como con el ATC 155/2016, de 20 de septiembre, «desde la perspectiva del art. 24.1 CE el canon de control establecido respecto del único motivo de amparo (la decisión de no plantear cuestión prejudicial) no difiere del fijado por este Alto Tribunal respecto del de la motivación de las resoluciones judiciales, por lo que 'lo único' que le corresponde al Tribunal Constitucional [es] 'ponderar si la resolución judicial está fundada en Derecho y es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria'». Con esta perspectiva, analiza los fundamentos de derecho séptimo y octavo de la sentencia impugnada y llega a la conclusión de que la motivación empleada en ellos no puede ser calificada «de arbitraria, ni tampoco de 'manifiestamente' irrazonable, pues el Tribunal Supremo, en los referidos fundamentos jurídicos, justifica de forma razonada y

razonable, su decisión con base en la propia doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre el 'acto aclarado' y teniendo bien en cuenta la doctrina fijada por la citada STC 78/2010, de 20 de octubre, que concluye que la concurrencia de los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho Comunitario para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con una Directiva 'corresponde apreciar a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria'. Es, por ello, claro, concluye «que el Tribunal Supremo ha obrado conforme a Derecho como juez comunitario, interpretando la Directiva en cuestión según la doctrina aclarada del Tribunal de Luxemburgo, tan citada».

10. En fecha 20 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. Por todo ello, la codemandada interesa la íntegra desestimación del recurso de amparo en su escrito de alegaciones.

11. Por escrito fechado el día 21 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, de 18 de diciembre, y 99/2015, de 25 de mayo, 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 Europea, 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 deba 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 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 STS 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, mediante 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 por 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 el 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 que considera de aplicación en relación con los límites impuestos a las obligaciones de servicio público (asuntos Federutility y Anode) y constata que esa doctrina coincide con la interpretación del art. 3 de la Directiva 2009/72/ CE, por lo que concluye con la afirmación de que el Tribunal Supremo decidió no 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.

12. La representación procesal de Gas Natural Sdg, S.A., presentó escrito el día 23 de octubre de 2017, en el que solicita la declaración de 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 19 de julio de 2017. Según afirma, el objeto ha desaparecido puesto que la Orden ET/929/2017, dispone que la indemnización a abonar no corre a cargo de los presupuestos del Estado 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.

13. Mediante providencia de fecha 4 de abril de 2019, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 8 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto del proceso y planteamientos de las partes.

El presente recurso de amparo tiene por objeto la sentencia dictada el día 2 de noviembre de 2016 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, así como el auto de 22 de diciembre de 2016, del mismo órgano judicial, por el que se desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a aquella. Para la administración demandante, que actúa representada por el abogado del Estado, se han vulnerado los apartados 1 y 2 del artículo 24 CE; es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías.

A su parecer, el órgano judicial ha inaplicado el artículo 45.4 de la Ley 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 sobre el «acto aclarado», que permite preterir una norma estatal por incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, 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, las entidades mercantiles comparecidas, Viesgo, S.L., Gas Natural Sdg, S.A., e Iberdrola, S.A., han interesado la inadmisión del recurso por diferentes óbices procesales, en concreto, por entender que el recurso carece de especial transcendencia constitucional, considerar que la Administración General del Estado carece de legitimación activa para impugnar en amparo las resoluciones judiciales cuestionadas y, finalmente, por sostener la pérdida sobrevenida de objeto, de conformidad con las argumentaciones que se exponen, de modo detallado, en los antecedentes. De modo subsidiario, aquellas solicitan la desestimación del recurso por considerar que la sentencia del Tribunal Supremo no ha vulnerado los derechos, a la tutela judicial efectiva y al proceso con todas las garantías, que defiende la Administración General del Estado.

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

Por último, la entidad Endesa, S.A., no ha presentado alegaciones.

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

Tanto el objeto del presente proceso constitucional como los planteamientos procesales y sustantivos introducidos por las partes en el debate de este recurso son sustancialmente coincidentes con los que ya han sido abordados en nuestra reciente STC 37/2019, de 26 de marzo, dictada en el recurso de amparo 593-2017. Así:

a) La resolución judicial ahora impugnada (STS de 2 de noviembre de 2016) procede del mismo órgano judicial (Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo) y también declara (a instancia de una compañía eléctrica distinta) la inaplicación, por contradicción con lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento y del Consejo, del art. 45.4 LSE y del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, utilizando, para llegar a esa conclusión, la doctrina del «acto aclarado», en relación con las SSTJUE de 20 de abril de 2010 (asunto Federutility) y de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-121/15, Anode).

b) La argumentación de la sentencia ahora impugnada reproduce, además, punto por punto la contenida en la sentencia de 24 de octubre de 2016, del mismo órgano judicial, que fue objeto de análisis en la citada STC 37/2019, de 26 de marzo. También en este caso el Tribunal Supremo estima (fundamento jurídico 8) 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. Se considera, igualmente, 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. También, en este caso, el Tribunal Supremo invoca la concurrencia del llamado «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).

Estamos, así, ante la misma argumentación que ya examinamos en nuestra STC 37/2019 sobre la incompatibilidad del régimen jurídico de financiación del bono social con lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, en relación con las obligaciones de servicio público y sobre la improcedencia del planteamiento de la cuestión prejudicial con base en la doctrina del «acto aclarado».

c) La demanda de amparo presentada por la Administración General del Estado en el presente recurso se corresponde íntegramente con la que ya formuló aquella en el recurso de amparo 593-2017, que concluyó con la citada STC 37/2019. No se hace en ella ninguna alegación distinta a las ya examinadas en la referida resolución.

d) Finalmente, las alegaciones formuladas por las partes en el presente recurso de amparo también reproducen, tanto en lo que se refiere a los óbices procesales planteados como a las cuestiones de fondo, las que fueron realizadas en el recurso de amparo 593-2017. En este sentido, aunque en este proceso ha formulado alegaciones Gas Natural Sdg, S.A., entidad que no llegó a presentarlas en el recurso de amparo 593-2017, el contenido de las mismas no introduce ningún elemento novedoso respecto a los aspectos ya examinados en la STC 37/2019, ya que insiste, como se ha visto, en la falta de legitimación de la administración y en la aplicación del canon general de motivación con el que se examina, por regla general, cualquier resolución judicial (art. 24.1 CE).

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

### 3. Cuestiones procesales.

En relación con las alegaciones de índole procesal realizadas por las partes, que podrían impedir la adopción de un pronunciamiento de fondo, hemos de señalar que:

a) Como explicamos en la STC 37/2019, FJ 2, no puede apreciarse la solicitud de pérdida sobrevenida de objeto realizada, en este caso, por las mercantiles Gas Natural Sdg, S.A., e Iberdrola, S.A., toda vez que, ni el reintegro de las cantidades abonadas, ni tampoco el cambio normativo producido pueden servir de sustento a una decisión en este sentido. El reintegro de las cantidades que fueron satisfechas 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 precitado bono social. 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, pues 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.

b) Del mismo modo y, en coherencia con lo resuelto en la citada STC 37/2019 [FJ 3 a)], hemos de rechazar la alegación de Gas Natural Sdg, S.A., Iberdrola, S.A., e Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., sobre la falta de legitimación de la administración demandante para recurrir en amparo las resoluciones cuestionadas, pues «lo que en

realidad late en este proceso constitucional no es solo 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 [...], circunstancia esta que «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» (STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 5). Es, en particular, el art. 24.2 CE el que sustenta la legitimación de la administración, pues «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).

c) También ha de ser desestimada la alegación de falta de especial trascendencia constitucional del recurso, pues este caso también suscita un problema o faceta de un derecho fundamental sobre el que, hasta el dictado de la STC 37/2019, no había doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)], en la medida 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’ (SSTC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 2, y 21/2015, de 16 de febrero, FJ 2)» [STC 37/2019, de 26 de marzo, FJ 3 b)].

d) Por último, como señalamos en la STC 37/2019 [FJ 3 c)], puede constatarse que también en este caso la demandante reprodujo, en el seno del procedimiento judicial, 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 la vía judicial, al igual que ha quedado preservada la subsidiaridad del recurso de amparo, rechazándose, por ello, la alegación de contrario realizada por la mercantil Viesgo.

#### 4. Doctrina aplicable.

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

a) Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dejar de aplicar una norma interna (tenga esta o no rango de ley) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una «duda objetiva, clara y terminante» sobre esa supuesta contradicción [SSTC 58/2004, FFJJ 9 a 14; 232/2015, FJ 5 a)]. Tal duda objetiva puede derivar (i) del hecho de existir un criterio generalizado de los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas, que el órgano judicial no desvirtúa mediante una motivación específica en la resolución impugnada en amparo; (ii) porque pese a haberse dictado una o más resoluciones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referentes a dicha norma nacional, ninguna se ha pronunciado directamente sobre las cuestiones que ahora se suscitan; (iii) o bien por la conjunción de ambas circunstancias (STC 58/2004, FFJJ 13-14).

b) Resulta igualmente contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por alteración del sistema de fuentes, la inaplicación de 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 pueda 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, de 19 de junio.

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 la anterior STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6], En igual sentido, SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, FJ 5 b); 162/2016, de 3 de octubre, FJ 2, y 75/2017, de 19 de junio, FJ 2.

También hemos de remitirnos in toto al análisis efectuado en el fundamento jurídico 5 de nuestra STC 37/2019, en relación con la normativa interna (art. 45.4 LSE) y de la Unión Europea (art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE) que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha tenido en cuenta para dirimir el litigio, así como la doctrina sobre «el acto aclarado» elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto 238/1981, Cilfit).

## 5. Resolución del recurso de amparo.

A la vista de lo expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores, debe ser estimada la queja relativa a la alegada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), debido a la errónea consideración de inaplicar la norma nacional, sin necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en consideración a lo ya apreciado en nuestra STC 37/2019, FJ 6. Así:

a) La fundamentación jurídica de la sentencia impugnada debería haber incluido una explicación sobre los concretos motivos por los que se considera que concurre el referido «acto aclarado». 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.

b) Tampoco en este caso 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, pues «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 de la Unión Europea 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» (STC 37/2019, de 26 de marzo, FJ 6)

Debemos, pues, reconocer la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que ha sido denunciada por la parte recurrente, toda vez que el órgano judicial ha inaplicado la normativa nacional por considerarla incompatible con el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, sin previamente haber recabado un pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ello ha dado lugar a una preterición del sistema de fuentes y a la vulneración del derecho fundamental del art. 24.2 CE.

Una vez apreciada la vulneración anteriormente indicada, la insuficiente motivación acerca de las razones por las que se aprecia la concurrencia del «acto aclarado», dato este en el que la demandante funda la vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión, carece ya de virtualidad, como queja de lesión autónoma, al haberse reconocido, por las razones expuestas, que el tribunal a quo no estaba exonerado de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 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 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 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 2 de noviembre de 2016, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y el auto de 22 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 la sentencia, para que el indicado órgano judicial dicte nueva resolución que sea respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, en los términos expresados en el fundamento jurídico quinto de esta resolución.

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

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