

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8639 *Sala Primera. Sentencia 58/2019, de 6 de mayo de 2019. Recurso de amparo 1376-2018. Promovido por la Administración General del Estado en relación con la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estimatoria de recurso de casación formulado en proceso relativo a la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías: STC 37/2019 (sentencia dictada sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando no concurrían los requisitos necesarios para apreciar la existencia de un acto aclarado respecto del problema interpretativo suscitado). Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2019:58

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Alfredo Montoya Melgar, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1376-2018 interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia recaída en el procedimiento 714-2016, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en fecha 12 de diciembre de 2017; y contra el auto de fecha 25 de enero de 2018, de la misma sala y sección, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la resolución citada en primer lugar. Ha intervenido el ministerio fiscal. Han comparecido las entidades mercantiles Iberdrola, S.A., y EDP España, S.A.U. Ha sido ponente el magistrado don Alfredo Montoya Melgar.

I. Antecedentes

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

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

a) La entidad Iberdrola, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional 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. Los motivos de impugnación se pueden resumir en torno a dos ideas: (i) el incumplimiento de la Directiva 2003/54/CE, en cuanto no se justifica de manera suficiente y razonable la financiación del bono social y se restringe el derecho a la

competencia; (ii) la vulneración del derecho de igualdad, su arbitrariedad y la ausencia de proporcionalidad.

b) En fecha 20 de enero de 2016 la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia por la que se desestimó el recurso al entender que tal y como ha sido regulada en el artículo 45 de la Ley 23/2003 la financiación del coste del bono social, el legislador español ha sido respetuoso con el marco del Derecho de la Unión.

c) Contra esta sentencia, la entidad Iberdrola, S.A., interpuso recurso de casación que fue estimado por sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017, cuyo fallo, a los efectos que interesan al presente recurso, fue el siguiente:

«Primero.—Ha lugar al recurso de casación número 714/2016, interpuesto por Iberdrola S.A., contra la sentencia de fecha 20 de enero de 2016, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 119/14, que queda anulada y sin efecto.

Segundo.—Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Iberdrola, S.A., contra la Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014, declarando nula la Orden impugnada.

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

La sentencia se remite a las sentencias de la misma Sala de 24 de octubre de 2016 y 2 de noviembre de 2016 (recursos contencioso administrativo 960-2014 y 961-2014) 25 de octubre de 2016 (recurso 16-2015) y 2 de noviembre de 2016 (recurso 11-2015), en las que se declara 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, y se declara también 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.

Tomando como muestra las resoluciones recaídas en el recurso contencioso-administrativo 961-2014, la sentencia recuerda lo que señala el fundamento jurídico séptimo de la sentencia de 24 de octubre de 2016:

«La 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, continúa recordando la sentencia, el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2017 (recurso 961/2014), indica lo siguiente:

«Queda 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 había 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) Por escrito de fecha 4 de enero de 2018, la Administración demandada promovió incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia antes referida, en el cual denunció: (i) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso con todas las garantías por no haberse planteado cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; (ii) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso con todas las garantías por no haberse planteado cuestión de inconstitucionalidad y (iii) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de incongruencia omisiva, ya que, a juicio de la recurrente, la sala no se pronunció sobre algunas cuestiones esenciales para enjuiciar el objeto del recurso.

e) El incidente fue desestimado por auto de fecha 25 de enero de 2018.

En relación con la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial, el órgano judicial rechaza que se hayan producido las vulneración objeto de denuncia, toda vez que en las sentencias antes citadas de 24 de octubre de 2016 (dos sentencias con esa fecha dictadas en los recursos 960-2014 y 961-2014), 25 de octubre de 2016 (recurso 16-2015) y 2 de noviembre de 2016 (recurso 11-2015), se explicitan las causas por las que no resulta precisa su formulación. En concreto, refiere que «no reiteraremos aquí las razones que dimos entonces, que la Abogacía del Estado conoce, sin duda, pues la Administración fue parte en todos aquellos procesos. Lo que interesa destacar ahora es que si el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se consideró innecesario entonces, con mayor razón resultará innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial para declarar la nulidad de una Orden que fue dictada en desarrollo del precepto legal que entonces se declaró inaplicable por ser contrario al ordenamiento comunitario europeo».

Por razones análogas a las señaladas, también se descarta la queja de lesión por no haberse planteado cuestión de inconstitucionalidad. «Una vez que por sentencia firme había sido declarado inaplicable el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, por contravenir el Derecho de la Unión Europea, la constatación de que la Orden IET/350/2014 había sido

dictada precisamente en desarrollo de aquel precepto legal llevaba directamente a la conclusión de que dicha Orden debía ser declarada nula, sin que para hacer tal pronunciamiento resultase necesario el previo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad».

Por último, se desecha la queja de haber incurrido en incongruencia omisiva, pues «si el motivo de nulidad se ciñe a la falta de examen en la sentencia de los argumentos esgrimidos por la abogacía del Estado en su escrito de oposición del recurso de casación, lo cierto es que la razón dada en la sentencia para declarar nula la Orden IET/350/2014 – esto es, la existencia de pronunciamientos judiciales firmes que declaran inaplicable el precepto legal a que dicha orden sirve de desarrollo– hacía innecesario el examen de aquellos argumentos de oposición, como innecesario se consideró también el examen de los motivos de casación formulados por Iberdrola S.A.».

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 de la Ley del sector eléctrico (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 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, cuando existe una duda objetiva, clara y terminante sobre esa supuesta contradicción.

Dicho lo anterior, en la demanda de amparo se aduce que no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho de la Unión Europea, pero sí determinar si las resoluciones judiciales impugnadas son contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE. Y, desde esa perspectiva, considera que lo que en esta sede debe resolverse no atañe al eventual acierto del órgano judicial al resolver el litigio, pues lo verdaderamente primordial consiste en delimitar cuál es el alcance de las facultades que esos órganos ostentan y la amplitud del margen de interpretación del que disponen para inaplicar directamente una norma interna con rango de ley, por considerarla contraria al Derecho europeo, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Según el demandante, lo novedoso del caso reside en que, por considerar aplicable al presente supuesto la doctrina del «acto aclarado», la decisión del órgano judicial ha supuesto el apartamiento de una norma con rango de ley de aplicación al caso, de manera que el citado órgano se ha convertido en un «legislador negativo», cuyas facultades de valoración resultan sumamente trascendentes desde la perspectiva del derecho garantizado por el art. 24 CE. Insiste 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 la demanda de amparo que la sentencia combatida aplica la doctrina del «acto aclarado» para justificar la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial; criterio que considera 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 la Administración recurrente 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 LSE. Sin embargo, respecto de la STJUE de 20 de abril de 2010 –asunto *Federutility*–, sigue indicando la demanda 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 la demanda la segunda de las sentencias traídas a colación por el Tribunal Supremo, esto es, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016 –asunto *Anode*– cuya doctrina tampoco considera aplicable al presente caso. Y ello porque, en aquel supuesto, los fines alegados para justificar la

medida eran los de garantizar «la seguridad del suministro y la cohesión territorial», que son distintos de los que se pretenden alcanzar mediante el bono social español, ya que éstos se refieren a la protección de los consumidores vulnerables, aspecto este que es completamente ajeno a la determinación de los componentes del precio del gas en aquel caso. Al margen de lo expuesto, para la demandante tampoco cabe entender que las consideraciones que se formulan en el párrafo 71 de la sentencia recaída en el asunto *Anode*, acerca de la proscripción de discriminación entre compañías de gas, de manera que «el sistema de designación de las empresas encargadas de las obligaciones de servicio público no puede excluir a priori a ninguna de las empresas que operan en el sector de la distribución de gas», sean extensibles al caso ahora enjuiciado. La obligación de financiar el bono social no se aplica a unos operadores determinados a priori, de forma nominativa y con exclusión de otros, sino que tal obligación se establece cada año, con eficacia temporal limitada y en función de circunstancias objetivamente determinadas, de manera que no hay una predeterminación apriorística del elenco de obligados.

Posteriormente, invoca la administración 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 diligencia de ordenación de 19 de marzo de 2018, de conformidad con el art. 49.4 LOTC, se concedió un plazo de diez días a la administración para que aportara copia de la sentencia de 20 de enero de 2016 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 119-14.

El 22 de marzo de 2018 fue aportada la resolución requerida.

5. Por providencia de 16 de julio de 2018, la Sección Primera de la Sala Primera 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 advenida de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 714-2016 y a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional

para que remitiera certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso núm. 119-14, practicando los correspondientes emplazamientos.

6. Por escrito presentado el 17 de septiembre de 2018 la entidad mercantil EDP España, S.A.U. (antes Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.U.), representada por el procurador de los tribunales don Carlos Mairata Laviña y asistida por la letrada doña Jorgelina Expósito Blanco, manifestó su interés de personarse y comparecer como parte en el presente recurso de amparo, en tanto que codemandada en el procedimiento del que trae causa.

Por escrito presentado el 18 de septiembre de 2018 interesó también que se la tuviera por personada y parte en el procedimiento la entidad Iberdrola, SA, representada por el procurador de los tribunales don José Luis Martín Jaureguibeitia y asistida por el letrado don José Giménez Cervantes.

7. Por diligencia de ordenación de 26 de septiembre de 2018, la secretaría de justicia de la sala primera tuvo por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y por la Sección Cuarta de la Sala del mismo orden de la Audiencia Nacional y escritos del procurador don Carlos Mairata Laviña y don José Martín Jaureguibeitia, a quienes se tiene por personados y parte en nombre y representación de EDP España, S.A.U., e Iberdrola, S.A., respectivamente.

Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 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.

8. El ministerio fiscal evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado el día 25 de octubre de 2018. Tras referirse a los principales aspectos de los que trae causa el presente recurso y compendiar las alegaciones expuestas en la demanda de amparo, señala, en primer lugar, que la Administración General del Estado ostenta legitimación, pues en el recurso de amparo se alega la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso debido, desde la perspectiva de las garantías procesales inherentes a los mismos que le son reconocidas a la Administración como parte en los procesos judiciales; esto es «actuando al mismo tiempo un interés general que es el de la integridad del ordenamiento jurídico y de las normas legales que lo componen, dictadas por el Parlamento y que representan la voluntad popular ejercida a través del poder legislativo que la representa» (STC 58/2004, FJ 5).

Posteriormente, el ministerio fiscal pasa a explicar el mecanismo del bono social que, según refiere, opera como una medida de protección de los consumidores de energía que son vulnerables, por cumplir determinadas condiciones sociales, de consumo y poder adquisitivo. Ese bono responde a las previsiones de la Directiva 2009/72/CE, en cuya virtud «los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, garantizarán una protección adecuada de los clientes vulnerables». Seguidamente, trae a colación los antecedentes legislativos del bono social, comenzando por el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptaron determinadas medidas en el sector energético y se aprobó el bono social, que, en su preámbulo reflejaba el objeto al que respondía esa medida, y que en el art. 2.5 y la disposición transitoria segunda establecían el régimen de financiación del bono social. Esas disposiciones, recuerda el ministerio fiscal, fueron enjuiciadas en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012, que consideró que ese régimen de financiación no cumplía las exigencias de transparencia, no discriminación, control y proporcionalidad exigidas por las normas de la Unión Europea; en concreto, por la Directiva 2003/54/CE. Por ello, el Tribunal Supremo resolvió la inaplicación de las correspondientes disposiciones del real decreto-ley citado, así como las 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 (LSE), más tarde modificada por el Real Decreto-ley 7/2016. Afirma el ministerio fiscal que esta disposición se corresponde con las previsiones del Real Decreto-ley 6/2009, pues establece que «será asumido por las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica».

Más adelante, advierte de que la sentencia impugnada en esta sede considera que los criterios reflejados en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013 no justifican debidamente el sistema de financiación del bono social que, en síntesis, corre a cargo de las sociedades que realizan simultáneamente las actividades de generación, distribución y comercialización en el sector eléctrico. Tampoco, según la referida sentencia, aparece debidamente justificado el carácter no discriminatorio y proporcional de ese nuevo régimen de financiación, atendido el criterio que sostuvo la abogacía del Estado en la contestación a la demanda, que se centraba en la especial posición que tienen, dentro del sector eléctrico, las empresas que constituyen un grupo integrado verticalmente y realizan, simultáneamente, las actividades ya indicadas, lo que les faculta para atemperar la incidencia de las obligaciones de servicio público puestas a su cargo.

Señala, a continuación, que, según doctrina constitucional, la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea es una cuestión infraconstitucional que corresponde a la jurisdicción ordinaria, a quien también compete decidir sobre el planteamiento de las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 267 Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Ahora bien, lo expuesto no significa que las decisiones judiciales sobre ese particular estén exentas de cualquier control de constitucionalidad, pues, por el contrario, están sujetas al canon de control que es propio de cualquier resolución judicial. No obstante, el ministerio fiscal advierte del especial control de constitucionalidad que procede efectuar respecto de aquellas resoluciones judiciales que no aplican una norma legal interna, por su apreciada contrariedad con el Derecho de la Unión, sin plantear cuestión prejudicial, ni tampoco cuestión de inconstitucionalidad. Afirma que en estos casos –y no en los que el órgano judicial aplica la norma interna sin plantear cuestión prejudicial, por estimarla conforme con el Derecho de la Unión Europea (STC 27/2013)– se pueden lesionar los derechos a la tutela judicial efectiva y al proceso debido. En apoyo a lo expuesto trae a colación la STC 232/2015, de 5 de noviembre, 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 *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 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 *Ciffit* 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 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril 2010 recaída en el asunto *Federutility*, que la referida resolución consideró como «acto aclarado». En relación con el presente supuesto, el órgano judicial también considera que existen decisiones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en casos análogos; en concreto, la ya citada sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de abril de 2010, dictada en el asunto *Federutility*, y la de 7 de septiembre de 2016, recaída en el asunto *Anode*. En relación con esta última sentencia, señala que el órgano judicial apreció que las consideraciones que en dicha resolución se formulan respecto de la normativa francesa sobre precios regulados en el suministro del gas, en relación con los requisitos que establece la Directiva 2009/73/CE para las obligaciones de servicio público impuestas a las empresas de gas natural, son trasladables a la regulación de la financiación del bono social que establece el art. 45.4 LSE; y, en base a ello, consideró que dicho precepto es contrario a lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, pues no cumple las condiciones de transparencia, no discriminación, control y proporcionalidad exigidas por esa directiva.

Sin embargo, el ministerio fiscal comparte el criterio de la administración recurrente acerca de que el Tribunal Supremo no ha justificado realmente que concurra un supuesto de «acto aclarado». Según manifiesta, el citado Tribunal se ha limitado a expresar una declaración de voluntad, que es la de estimar que las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esas sentencias son plenamente trasladables a la cuestión controvertida sobre la nueva regulación del régimen de financiación del bono social, pero no ofrece ninguna explicación sobre cuáles son los criterios que le permiten considerar que pueden ser aplicables, para resolver la cuestión controvertida, unas decisiones prejudiciales del Tribunal de Justicia que se pronuncian sobre la interpretación de la directivas relativas al mercado del gas –y no sobre las del mercado de la electricidad– y además se refieren a otro tipo de obligaciones de servicio público distintas del bono social. Añade que la sentencia del caso *Anode* versa sobre un supuesto en el que la norma legal controvertida impone a determinadas empresas suministradoras de gas un precio regulado a clientes finales, a fin de garantizar el suministro y la cohesión territorial; por el contrario, en el caso que aquí nos ocupa el supuesto versa sobre una norma que regula el régimen de financiación por parte del sector eléctrico, de una medida destinada a favorecer al consumidor vulnerable.

Por ello, el ministerio fiscal entiende que no se ha apreciado correctamente la doctrina del «acto aclarado», pues el objeto de la decisión prejudicial que fue resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso *Anode*) no puede ser considerado idéntico o análogo al actual; que se trata de directivas distintas, cuya aplicación se proyecta sobre los mercados interiores de dos productos energéticos diferentes (gas y energía); y que la norma legal controvertida impone un precio regulado a determinadas suministradoras de gas, a fin de garantizar el suministro y la cohesión social (asunto *Anode*), mientras que en el proceso de origen del presente recurso de amparo, la cuestión discutida se refiere al régimen de financiación del bono social.

Con independencia de lo afirmado sobre la falta de explicación de las razones por las que concurren los requisitos del «acto aclarado», el ministerio fiscal reitera que el tribunal *a quo* no ha apreciado correctamente la doctrina del «acto aclarado». La sentencia en que se basa el tribunal para considerar que puede abstenerse de plantear cuestión prejudicial no puede catalogarse como materialmente idéntica, ni que haya recaído en un asunto análogo, que permita conocer «de manera evidente y sin ninguna duda objetiva razonable cuál es la correcta aplicación de la norma europea en el caso controvertido». Por tanto, la existencia de dudas razonables sobre la interpretación de la norma comunitaria, en relación con la regulación legal discutida, determina que no proceda considerar que concorra 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 *Cifit*. 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.

9. La representación procesal de la mercantil EDP España, S.A.U., presentó su escrito de alegaciones en fecha 29 de octubre de 2018.

Tras exponer los antecedentes normativos del bono social, afirma que la administración carece de legitimación para interponer el presente recurso de amparo pues: (i) en el previo debate casacional no solicitó el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y (ii) porque el voluntario cumplimiento del fallo de la sentencia del Tribunal Supremo le priva del interés legítimo a obtener la tutela judicial en relación a la pretensión aquí enjuiciada. Considera la entidad mercantil que la Administración defiende un procedimiento de amparo por supuesta vulneración de la tutela judicial efectiva, invocando a dichos efectos los argumentos que abiertamente criticó u omitió en los recursos de los que el mismo trae su causa y respecto a una sentencia cuyo fallo voluntariamente cumplió.

Por lo que se refiere a la alegada vulneración del art. 24 CE, afirma que la actuación del Tribunal Supremo obedeció a la estricta aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, sentada entre otras en la STC 78/2010, que abordó, a su juicio, el mismo problema jurídico que aquí se plantea, relativo a la obligación de plantear cuestión prejudicial y en la que se llegó a la conclusión que en esta instancia constitucional lo único que 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.

De este modo, analiza las razones recogidas en las sentencias del Tribunal Supremo de 2016 en las que se justifica la decisión de inaplicar la norma con rango de ley, sin elevar la cuestión prejudicial, porque la normativa es discriminatoria, porque así lo decidió el Tribunal Supremo en la previa sentencia de 7 de febrero de 2012 y porque la cuestión suscitada es materialmente idéntica a otra que ha sido objeto de una decisión prejudicial en un caso análogo. Por todo ello, afirma la entidad mercantil EDP España, S.A.U., que con base en la doctrina del acto aclarado el Tribunal Supremo no vio la necesidad de plantear una cuestión prejudicial.

10. En fecha 26 de octubre de 2018 presentó sus alegaciones la entidad Iberdrola, S.A.

Tras exponer los antecedentes normativos y jurisprudenciales del tema, la entidad Iberdrola expone la doctrina constitucional según la cual el derecho a una resolución fundada en derecho no se lesiona si el Tribunal ordinario ha adoptado la decisión de no plantear cuestión prejudicial de un modo racional y fundado, sin que el Tribunal Constitucional pueda entrar a valorar si concurren los requisitos exigidos por el Derecho de la Unión y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para no plantear la cuestión prejudicial.

A continuación señala que esta doctrina general se matiza en dos casos puntuales, como señala la STC 232/2015. El primero se refiere a los supuestos en los que el Tribunal nacional toma una decisión contraria a doctrina ya establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El segundo caso, en el que la decisión del tribunal ordinario de no plantear cuestión prejudicial puede afectar al derecho a un proceso con todas las garantías, es el relativo a la existencia de una duda objetiva, clara y terminante, sobre la supuesta contradicción.

Sostiene la entidad Iberdrola que para asegurar la primacía de las normas de la Unión sobre las nacionales, ya sean preexistentes o no, el legislador de la Unión ha optado por dotar a todos los órganos judiciales nacionales de la potestad de interpretar y aplicar el derecho de la Unión, e incluso de decidir acerca de su supremacía mediante la inaplicación del derecho nacional. Se podía haber optado por un control «concentrado» como el que existe en España respecto del control de la constitucionalidad de las leyes, pero se ha optado por un sistema más flexible.

Insiste en señalar que la «duda razonable» del Tribunal nacional tiene que versar sobre la interpretación del derecho de la Unión, pero la determinación de si concurren, en el caso concreto, los requisitos fácticos para aplicar dicho derecho es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional nacional. Buena prueba de ello es, a su juicio, la decisión del Consejo de Estado francés de 19 de julio de 2017, que anula la norma francesa sobre la que versaba la cuestión prejudicial planteada en la sentencia *Anode*. El Consejo de Estado francés reproduce los principios sentados en la sentencia *Anode* y lo que hace a continuación es analizar las circunstancias del caso concreto y concluir que la norma francesa no respeta los principios del derecho de la Unión. Lo mismo, indica, que ha hecho el Tribunal Supremo, que no consideró necesario plantear cuestión prejudicial porque la interpretación del derecho de la Unión en el caso analizado por las sentencias del Real Decreto 968/2014 era clara.

Una vez expuestas estas cuestiones previas, se desarrollan los tres motivos por los que considera que este recurso de amparo debe ser inadmitido: porque ha perdido objeto, porque la cuestión suscitada no presenta trascendencia constitucional y porque la Administración del Estado carece de legitimación activa.

Por lo que se refiere a la pérdida de objeto, señala que la aprobación del Real Decreto-ley 7/2016 ha puesto de manifiesto que este recurso de amparo es un simple artificio procesal empleado para sembrar confusión en la materia, pero que en realidad no subsiste ninguna controversia jurídica que justifique su tramitación y resolución. Entiende que a la vista de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2016, es evidente y manifiesto que el Estado español conoce perfectamente y acepta cuál es el alcance de los citados principios con respecto a la financiación del bono social, y ese alcance es exactamente el mismo que el que han declarado las sentencia del Real Decreto 968/2014 y la sentencia del Tribunal Supremo de 2017; por eso, a su entender, la demanda de amparo no cuestiona la aplicación al caso de los principios del art. 3 de la Directiva 2009/72/CE, ni el alcance de tales principios. Lo único que dice el demandante con relevancia para el caso es que las sentencias *Anode* y *Federulity* no permiten aplicar la doctrina del «acto aclarado», y que debía haberse planteado cuestión prejudicial. Sobre esta presunta infracción del art. 24 CE gira toda la controversia. Por lo tanto, reitera la entidad Iberdrola, no existe ningún debate sustantivo sobre lo que ha dicho el Tribunal Supremo en interpretación y aplicación del derecho de la Unión, y que podría haber dicho de forma distinta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de haberse planteado la

cuestión prejudicial. Considera que estamos ante una controversia puramente formal en la que se pretende simplemente que se ordene al Tribunal Supremo que plantee una cuestión prejudicial para resolver una cuestión de fondo que, sin embargo, ya no es controvertida.

En definitiva, para la entidad Iberdrola el contenido de la demanda de amparo y la exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2016 y el hecho de que la administración haya pagado las cantidades debidas a las empresas eléctricas demuestran claramente que el Estado acepta la aplicación a la financiación del bono social de los principios del art. 3 de la Directiva 2009/72/CE, con el alcance que a tales principios han dado las sentencias del Real Decreto 968/2014. Por ello, la decisión del Tribunal Constitucional carece ya de objeto porque el eventual planteamiento de una cuestión prejudicial carecería de interés jurídico alguno.

Iberdrola entiende también que el recurso carece de especial trascendencia constitucional porque no se halla comprendida entre las facultades del Tribunal Constitucional la clarificación que propone la abogacía del Estado y porque la doctrina constitucional actual es suficientemente clara y explícita. El Tribunal Constitucional no está facultado para revisar si en el caso concreto concurren todos y cada uno de los requisitos del art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, porque esa es una cuestión de legalidad ordinaria.

A mayor abundamiento, recuerda que el Tribunal Constitucional inadmitió el 26 de septiembre de 2012 un recurso sustancialmente igual al que aquí nos ocupa, interpuesto contra la sentencia de 7 de febrero de 2012, que había declarado inaplicable el sistema de financiación del bono social establecido en el Real Decreto-ley 6/2009.

En relación con la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación de la administración, señala que la jurisprudencia sobre la legitimación de las personas jurídico-públicas en los recursos de amparo por inaplicación de una norma interna sin el planteamiento de una cuestión prejudicial comunitaria se encuentra recogida en la STC 78/2010, que aclaró que la perspectiva relevante para examinar la razonabilidad de una decisión judicial de inaplicar una norma sin plantear la cuestión prejudicial era la del derecho fundamental a obtener una resolución motivada y fundada en derecho, vertiente de la que no gozan las personas jurídico-públicas cuando, como es el caso, actúan en ejercicio de una prerrogativa: la de imponer una determinada obligación de servicio público.

Seguidamente, la entidad Iberdrola, tras reproducir distintos pasajes de la sentencia del Tribunal Supremo, insiste de nuevo en afirmar que no hay vulneración del art. 24 CE, pues los argumentos del Tribunal Supremo no son ni arbitrarios ni irrazonables, ya que se explicitan de manera suficiente las consideraciones de índole jurídica que sustentan la decisión finalmente adoptada, y ello con independencia de su eventual acierto o de que otras interpretaciones pudieran resultar más plausibles.

Por último, se da respuesta a otras alegaciones de la demanda que la entidad Iberdrola considera que no constituyen cuestiones propias de un recurso de amparo. En concreto, hace referencia al precedente de la sentencia relativa al déficit de tarifa y señala que siendo claramente el pago del coste del bono social una obligación de servicio público, la aplicación del art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, en los términos en que se ha interpretado por las sentencias *Federutility* y *Anode*, se hace evidente. Asimismo, señala que la existencia de un voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo, la no imposición de costas del procedimiento y la existencia de un dictamen favorable del Consejo de Estado no son elementos de los que se pueda deducir que sí existe una duda razonable. La existencia de un voto particular no tiene ninguna consecuencia jurídica y no implica que el Tribunal Supremo tenga dudas razonables, sino simplemente que existe un magistrado que discrepa del parecer de la mayoría; la sentencia del Tribunal Supremo no incurre en contradicción alguna por no imponer las costas, ya que la discrepancia se ha centrado en una cuestión ajena al objeto de la eventual cuestión prejudicial; y no se puede pedir al Tribunal Supremo que dude de la interpretación de una norma europea cuyo alcance se presenta claro sólo porque el Consejo de Estado la ha validado.

En definitiva, para la entidad Iberdrola no existe el menor indicio de que pudiera haber dudas en la aplicación al caso de autos de las sentencias *Federutility* y *Anode*, y de la similitud de esos casos con el bono social.

11. Mediante providencia de fecha 30 de abril de 2019 señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 6 de mayo del mismo 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 12 de diciembre de 2017 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, así como el auto de 25 de enero de 2018, 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 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 de la Unión Europea y el que se enjuicia en la sentencia impugnada, sin que tampoco los supuestos cotejados sean análogos.

EDP España, S.A.U., (antes Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.U.), ha interesado la inadmisión del presente recurso de amparo, al carecer la Administración General del Estado de legitimación activa. Por lo que se refiere al fondo del asunto, considera que la resolución del Tribunal Supremo está suficientemente motivada y que con base en la doctrina del acto aclarado el Tribunal Supremo no vio la necesidad de plantear una cuestión prejudicial.

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

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

2. Similitud 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 formulados por las partes en el debate de este recurso se asemejan a los que ya han sido abordados en nuestra reciente STC 37/2019, de 26 de marzo (RA 593-2017). Así:

a) La resolución judicial impugnada (sentencia de 12 de diciembre de 2017 recaída en el recurso de casación núm. 714-2016) procede del mismo órgano judicial (Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo) y declara, en este caso, la nulidad de la Orden IET/350/2014, de 7 marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014, también a instancia de una compañía eléctrica, con fundamento en 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, norma legal en que aquella orden tenía su sustento antes de su desarrollo reglamentario por Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre.

b) La argumentación de la sentencia ahora impugnada, tras expresar la particularidad de su objeto y vicisitudes procesales del asunto, se limita a efectuar una remisión a las sentencias de la misma Sala de 24 de octubre de 2016 (recursos contencioso administrativo núm. 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 de la LSE, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, y se declara también 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, y a lo declarado en los autos recaídos en los incidentes promovidos para su ejecución. Reproduce, además, parte del contenido de la sentencia de 24 de octubre de 2016, del mismo órgano judicial, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 961-2014, y del auto 18 de septiembre de 2017 dictado en ese mismo recurso contencioso-administrativo. De aquellas sentencias, la primera, de 24 de octubre de 2016 recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 960-2014, fue objeto de análisis en la STC 37/2019, de 26 de marzo. En ellas, el Tribunal Supremo consideró 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 e 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 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08, *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 núm. 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 resultan coincidentes, de modo parcial en lo que se refiere a los óbices

procesales e íntegramente respecto del tema de fondo, con las que fueron realizadas en recurso de amparo núm. 593-2017.

La 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 EDP España, S.A.U., 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 EDP España, S.A.U., e Iberdrola, S.A., sobre la falta de legitimación de la Administración demandante para recurrir en amparo las resoluciones cuestionadas, pues «la Administración vincula su queja a la defensa al servicio del interés general, que se concreta en la preservación de la integridad del Ordenamiento Jurídico y la correcta aplicabilidad de las normas legales dictadas por las Cortes Generales, que representan la voluntad popular. [...] Ya en la STC 175/2001, de 26 de julio, FJ 8, se reconoció que las personas públicas son titulares del derecho a un proceso público con todas las garantías, al afirmar que '[c]orrelato lógico del derecho a no sufrir indefensión es el disfrute, por las personas públicas, de las singulares garantías procesales que se enuncian en el art. 24.2 CE, y cuya esencial vinculación con la prohibición de indefensión viene siendo destacada por este Tribunal en numerosas Sentencias, desde la STC 46/1982, de 12 de julio, FJ 2. Y en un supuesto en el que la administración ya invocó, en sede constitucional, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por haber acordado el órgano judicial, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la inaplicación de una ley por ser contraria al Derecho de la Unión, este Tribunal sostuvo que 'el derecho a un proceso con todas las garantías constituye una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva de la que, por excepción, son titulares las personas jurídico-públicas [...]]' (STC 78/2010, de 20 de octubre, FJ 7)».

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

fundamentales, y que esa queja fue objeto de respuesta por el órgano judicial en los términos ya expuestos» [STC 37/2019, FJ 3 a)].

c) También ha de ser desestimada la alegación de falta de especial trascendencia constitucional del recurso, pues como señala la STC 37/2019, FJ 3 b), «tal y como figura en el tenor de la providencia en cuya virtud acordamos su admisión a trámite, este recurso plantea un problema o faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)], en la medida, añadimos ahora, en que permite que este Tribunal pueda perfilar el canon constitucional del control de las decisiones judiciales que, no siendo susceptibles de ulterior recurso ordinario según el Derecho interno, dejan de aplicar una ley nacional por entender que es incompatible con el Derecho de la Unión Europea, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el presente caso, el órgano judicial ha fundamentado su decisión en el contenido de una o varias sentencias del referido Tribunal de Justicia que, aun cuando este las considera constitutivas de un 'acto aclarado', sin embargo no se refieren específicamente a la ley inaplicada. Y en todo caso, a lo dicho añadimos que 'es a este Tribunal a quien corresponde apreciar si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, que 'encuentra su momento procesal idóneo en el trámite de admisión contemplado en el art. 50.1 LOTC' (STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 2' (STC 21/2015, de 16 de febrero, FJ 2)».

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 ésta 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: inaplicar una norma interna sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del «acto aclarado», en los casos en que tal doctrina no puede ser invocada; es decir, cuando no sea posible afirmar que «la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo» (STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, *Cilfit*, apartado 13) como, por ejemplo, se examinó en la ya citada STC 194/2006; c) En sentido contrario a lo anterior, «dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE» [STC 232/2015, FJ 5.b), con cita de las anteriores SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3]; d) Asimismo, cumpliéndose con los requisitos de la doctrina del «acto aclarado», también hemos dicho que «corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y

preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una 'selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso', lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva» [STC 232/2015, FJ 5.c), con cita de las anterior STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6], En igual sentido, SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, FJ 5.b); 162/2016, de 3 de octubre, FJ 2; y 75/2017, de 19 de junio, FJ 2.»

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

5. Resolución del recurso de amparo.

Con remisión al fundamento jurídico 6 de nuestra STC 37/2019, de 26 de marzo, hemos de reconocer en este caso 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 LOTC, el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado, la declaración de nulidad de la sentencia y del auto objeto de impugnación, con retroacción de actuaciones al momento anterior al de dictarse la primera de las resoluciones citadas, a fin de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dicte otra resolución respetuosa con el derecho fundamental conculcado.

FALLO

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

Ha decidido

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

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

2.º Restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular la sentencia de 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. 714-2016, y el auto de 25 de enero de 2018, de la misma sala y sección, por el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la referida sentencia.

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

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

Dada en Madrid, a seis de mayo de dos mil diecinueve.—Juan José González Rivas.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Alfredo Montoya Melgar.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el magistrado don Andrés Ollero Tassara en relación con la sentencia de la Sala Primera de 6 de mayo de 2019 dictada en el recurso de amparo núm. 1376-2018

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de mis compañeros, formulo el presente voto particular a la sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 1376-2018.

Las razones de mi discrepancia son las mismas que se contienen en el voto particular que formulé a la STC 37/2019, de 26 de marzo. Para evitar reiteraciones innecesarias, me remito a lo razonado en aquella ocasión.

Y en ese sentido emito mi voto particular.

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