

Singladura del “doble canon” en el control constitucional del Derecho de la Unión*

Comentario a la sentencia del Tribunal constitucional 37/2019, caso Bono social eléctrico

Enrique de Miguel Canuto**

Publicado: 3 de octubre de 2023

Resumen

What control can the Constitutional Court exercise over the judge’s judgment on the application of Union Law to the case? Two theses have made their way, in a dialectical relationship, into the Spanish constitutional case law: the double parameter theory and the unit parameter theory. Is it possible to reach a confluence or harmony between the two theories?

¿Qué control puede ejercer el Tribunal constitucional acerca del juicio del juez ordinario sobre la aplicación al caso del Derecho de la Unión? Dos teorías se han abierto paso, en relación dialéctica, en la jurisprudencia constitucional española: la tesis del “doble canon” y la tesis del canon unitario. ¿Es posible llegar a la confluencia o armonía entre las dos tesis?

Keyword: control of constitutionality; Union Law.

SUMARIO: 1. Punto de inserción – 2. Recurso de amparo sobre el bono social: 2.1. Relación histórica – 2.2. Los cuatro escenarios – 2.3. Argumentación criticada y síntesis de las quejas – 2.4. Preterición del sistema de fuentes – 3. Caso Viesgo Infraestructuras: 3.1. Premisas fácticas – 3.2. Óbices de admisibilidad – 3.3. Obligación de servicio público – 3.4. Diferencia de trato – 4. Críticas formuladas: 4.1. Mimetismo injustificado – 4.2. Canon unitario – 4.3. Cambio de criterio – 4.4. Aplicación del doble canon – 5. Reflexiones conclusivas – Bibliografía.

Al profesor Adriano di Pietro, por tantos frutos en su solícita actividad

1. Punto de inserción

La primacía del Derecho de la Unión debe llevar al juez ordinario a desplazar la norma interna incompatible con el Derecho de la Unión, dejándola inaplicada. En presencia del Derecho de la Unión, el juicio sobre la norma aplicable al caso debe efectuarse en el contexto de la doctrina CILFIT, que distingue entre acto aclarado, acto claro y duda razonable. ¿Puede el Tribunal constitucional controlar el juicio del juez ordinario sobre la interacción entre el Derecho de la Unión y el Derecho

* Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación “La necesaria actualización de los sistemas tributarios ante los retos del S.XXI”, Prometeo/2021/041.

** Universidad de Valencia (ES); ✉ enrique.de-miguel@uv.es

interno aplicable al caso? Dos teorías¹ se han abierto paso en la Jurisprudencia constitucional española.

Para la teoría unitaria, el canon de enjuiciamiento por el Tribunal constitucional del juicio de aplicabilidad del Derecho de la Unión efectuado por el juez ordinario no difiere del que con carácter general se aplica a cualquier decisión judicial: el *canon de razonabilidad* de la decisión, que consiste en verificar si la decisión está motivada y es razonable, invalidando la decisión si se aprecia motivación o interpretación o aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o que sea fruto de error patente.² En tal caso se entiende vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución.

Según la teoría del “doble canon”, si el juez ordinario inaplica una norma interna sin elevar cuestión prejudicial, el Tribunal constitucional debe hacer jugar un canon más incisivo, consistente en verificar el cumplimiento del triple parámetro de la doctrina CILFIT acto aclarado-acto claro-duda razonable, parámetro cuyo incumplimiento supondrá vulneración del derecho al debido proceso del artículo 24.2CE. Mientras que si el juez ordinario aplica la norma interna en presencia de una duda razonable sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión, el control del Tribunal constitucional se ciñe a aplicar el canon ordinario de razonabilidad de las decisiones judiciales, cuyo incumplimiento supone vulneración del artículo 24. 1 CE.

La delimitación negativa del juego de los parámetros de enjuiciamiento la efectúa la STC 78/2010, caso *Club Natación Metropole*, según la cual no siendo aplicable al caso de autos el Derecho de la Unión ni *ratione materiae* ni *ratione loci*, no puede entenderse procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial, por lo que su omisión no puede suponer vulneración de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de CE, ni vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de CE. El cuestionamiento de la elevación de cuestión prejudicial presupone un juicio de primacía.

De cara a las reflexiones conclusivas, el análisis invita a prestar atención a quién es el controlante, cuáles son los parámetros materiales y procesales para el juego del canon de control y qué actuación es la que está siendo controlada. Centrarnos en el caso *Bono social eléctrico*, enjuiciado por el Tribunal constitucional español primero y por el Tribunal de la Unión después, ofrece un rico, completo, concreto y actual repertorio de hechos y razones para efectuar la reflexión.

2. Recurso de amparo sobre el Bono social

El caso *Bono social eléctrico*,³ resuelto por el Tribunal constitucional, en sentencia 37/2019, es un recurso de amparo presentado por la Administración General del Estado contra la sentencia del Tribunal supremo de 24 de octubre de 2016, que había estimado un recurso presentado por compañías eléctricas contra el Real Decreto 968/2014 sobre financiación del “bono social” en el sector

1. GARCIA TREVIJANO GARNICA, E., “Derecho comunitario y doctrina del Tribunal constitucional español”, *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo (Sosa Wagner, coord.), Vol. 1, 2000, pp. 251-266; MANGAS MARTIN, A., “Tribunal Constitucional español y Derecho comunitario europeo”, en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional*: libro-homenaje al profesor Antonio Truyol Serra (Medina Ortega, Mesa Garrido, Mariño Menéndez, coord.), Vol. 2, 1986, pp. 733-748; ORDÓÑEZ SOLIS, D., “Derechos fundamentales, Derecho comunitario y Tribunal Constitucional español:”o como salir del laberinto”, *Diario La Ley*, nº 3, 2003, pp. 1578-1595;

TRIANA REYES, B., “Supuestos en que la inaplicación del Derecho comunitario lesiona el art. 24 de la Constitución: STC 75/2017, de 19 de junio de 2017”, *Actualidad administrativa*, nº 10, 2017; BALAGUER CALLEJON, F., *Manual de Derecho constitucional*, vol. I, 17 ed., Madrid, 2022. También FERNANDEZ ALLES, J.J., “La supremacía constitucional en el diálogo jurisdiccional TC-TJUE”, *Revista general de Derecho constitucional* nº 23, 2016.

2. Tal es el caso en que el juez nacional aplica una norma comunitaria fuera de la *esfera competencial* del Derecho de la Unión, atendido que la primacía del Derecho de la Unión presupone la competencia de la Unión europea. Sin competencia no puede haber primacía ninguna.

3. STC 37/2019, de 26 de marzo, caso *Bono social eléctrico*, rec. de amparo nº 593-2017.

eléctrico. En el recurso se debate sobre la aplicabilidad de la Directiva 2009/72, relativa al mercado de la electricidad.⁴

2.1. Relación histórica

Comienza con un recurso “directo” de compañías eléctricas contra el Real Decreto 968/2014, sobre metodología para la financiación del “bono social eléctrico”, por entender que vulneraba la Directiva 2009/72. El Tribunal supremo,⁵ en sentencia de 24 de octubre de 2016, con base en la doctrina del caso Federutilities y la doctrina del caso Anode, había concluido la vulneración de la Directiva 2009/72, por lo que estimó el recurso declarando la nulidad e inaplicabilidad del RD 968/2014.

Contra la sentencia del Tribunal supremo, que había considerado fundada la impugnación, es presentado, por la Administración, recurso de amparo ante el Tribunal constitucional, que otorgará el amparo, por entender, en sentido contrario a la sentencia de instancia, que en el caso no concurrían las condiciones propias de la doctrina del “acto aclarado” puesta en juego a fundamento de su decisión por el Tribunal supremo.

En el centro de la reflexión del recurso presentado ante el Tribunal constitucional está el interrogante acerca de cuál es el canon de enjuiciamiento que debe ser empleado para el control constitucional de la actuación del Tribunal ordinario consistente en la aplicación del Derecho de la Unión al caso resuelto en la instancia.

2.2. Los cuatro escenarios

En relación con el planteamiento de la cuestión prejudicial, cuya regulación figura en el art. 267 de TFUE, el Tribunal constitucional se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la relevancia de la decisión judicial de plantear o no la cuestión, desde la perspectiva de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE.⁶

En un primer momento, el Tribunal constitucional sostuvo que “la decisión de no plantear una cuestión prejudicial, al igual que la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del art. 163 CE, no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda entenderse perjudicado por su no planteamiento”. En la STC 212/2014, de 18 de diciembre, queda expuesto el parámetro de control de esas decisiones de los tribunales: el canon de razonabilidad, que examina la *aplicación o motivación arbitraria, manifestamente irrazonable o fruto de error patente*. En tal sentido, “desde la perspectiva del art. 24.1 CE, el canon de control establecido respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no difiere del que este Tribunal ha fijado, con carácter general, para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto”.⁷

El canon unitario en el examen del juego del Derecho de la Unión encuentra su origen en un *caso de inaplicación de una Directiva por el Tribunal superior, directiva que había sido aplicada por el juez de instancia*, resuelto por la STC 180/1993, *caso FOGASA*, según la cual el Tribunal constitucional está llamado a ejercitar un cierto control sobre la selección de la norma comunitaria aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales, si bien este control sólo podría producirse, en términos

4. Puede verse CALVO VERGEZ, J., “Pasado, presente y futuro del llamado bono social aplicable en el sector eléctrico español”, *Revista Aranzadi de Derecho ambiental* n° 40, 2018, pp. 25-62; GUILLEN CARAMES, J., “Reflexiones sobre la obligación de elevar cuestión prejudicial por el juez nacional: A propósito de la regulación del bono social eléctrico”, *Revista española de Derecho administrativo* n° 209, 2020, pp. 45-70; CABALLERO SANCHEZ, R., “El bono social eléctrico: ¿quién tiene que costear las obligaciones de servicio público en los sectores regulados?” *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético* (Darnacullea i Gardella, Esteve Pardo y Martin Ibler, coords.), Madrid, 2020, pp. 149-190.

5. STS de 24 de octubre de 2016, recurso 960/2014, ponente Calvo Rojas.

6. FJ n° 4 de STC 37/2019, de 26 de marzo, caso Bono social eléctrico.

7. FJ n° 3 de la STC 212/2014, de 18 de diciembre, caso Funcionario interino.

generales, si se ha tratado de una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable o ha sido fruto de un error patente; o si de dicha extraviada selección se ha seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial efectiva e igualmente tutelable a través de la vía del recurso de amparo.⁸

Ahora bien, en un segundo momento, en la histórica STC 58/2004, *caso Martínez Calderón*⁹ se asume una distinta perspectiva de control, desde el *derecho a un proceso con todas la garantías* (art. 24.2 CE). El Tribunal constitucional sostuvo que “cuando se *trata de inaplicar una ley*, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución española, o el de la cuestión prejudicial, si es contraria al Derecho comunitario (eso sí, siempre y cuando, respecto de esta última y como ocurre en el presente caso, se den las circunstancias para tal planteamiento), debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española basadas en una pretendida inconstitucionalidad de la misma o utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario. En el asunto que nos ocupa era insoslayable para inaplicar la disposición de ley al caso concreto, por causa de su posible inconstitucionalidad o de su posible contradicción con el Derecho comunitario, la promoción de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial (arts. 163 CE y 234 TCE), sin las cuales, las normas legales no podían ser, en manera alguna, inaplicadas o preteridas”.¹⁰

La sentencia, caso Martínez Calderón, proseguía diciendo que : “los Jueces y Tribunales, en definitiva, sólo son garantes y dispensadores de la tutela que exige el art. 24 CE cuando deciden *secundum legem* y conforme al sistema de fuentes establecido. El Poder Judicial es, al margen de la legalidad, nudo poder que, al resolver así, no respeta ni asegura las garantías inherentes al procedimiento. Es, pues, evidente, que el art. 117.3 CE no faculta al Juez, una vez seleccionada la única norma legal aplicable al caso concreto, simplemente a inaplicarla, *soslayando el procedimiento* expresamente establecido para ello en nuestro Ordenamiento jurídico tanto para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 CE como para el de la cuestión prejudicial recogida en el art. 234 TCE. Tal actuación es contraria al *principio de legalidad* inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su título preliminar (art. 9.3 CE), y que se instituye en un límite no sólo de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) sino también de la judicial (art. 117.1 CE; STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2)”.

Después, en la misma línea, la STC 194/2006, de 19 de junio, caso *Club Gran Canarias*¹¹ puso de relieve la importancia de elevar cuestión prejudicial como garantía de ciertos principios constitucionales: “por otra parte (siempre que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria), el planteamiento de la cuestión prejudicial para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad, al que están sometidas las actuaciones de la Administración (art. 103 CE) y de los Tribunales (art. 117.1 CE).¹² Es más, en la medida en que la actuación de los Tribunales de Justicia no encuentra otro límite normativo que el constituido por las normas de rango legal, la sujeción y el respeto a este

8. STC 180/1993, de 31 de mayo, caso FOGASA, ponente García-Mon y González -Regueral.

9. Puede verse, además, SANCHEZ LEGIDO, A., “El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho comunitario en España (A propósito de la STC 58/2004)”, *Derecho privado y Constitución* nº 18, 2004, pp. 387-443.

10. FJ nº 14 de la STC 58/2004, caso Martínez Calderón.

11. En el caso Club Gran Canarias el juez *a quo* decide la inaplicación de la Ley de 1991 sobre el Impuesto General Indirecto Canario, y consecuente devolución de ingresos indebidos, con fundamento en la sentencia del TJC de 1998 sobre la Sexta Directiva del IVA, desconociendo que la Sexta Directiva del IVA no es aplicable a un territorio ultraperiférico a la Unión como lo es Canarias.

12. La STC 194/2006 reproduce la doctrina de la STC 58/2004, caso Martínez Calderón, en un supuesto enteramente distinto.

límite configuran la frontera de la *competencia judicial* en la cual el Juez encuentra su legitimidad democrática”.¹³

En relación con el caso enjuiciado, se consideró necesario el planteamiento de la cuestión prejudicial cuando la resolución dictada por el Tribunal de la Unión, aun presentando similitud de contenido, no refiera a la misma norma interna aplicable al caso. Esta doctrina sería extensible a los casos en que la resolución del Tribunal de la Unión no venga referida al mismo *precepto* de la normativa de la Unión Europea que resulta de aplicación en el proceso, salvo que nos encontremos ante un caso de “acto claro” o “acto aclarado”.¹⁴

En la STC 232/2015, de 5 de noviembre, caso “El Olivo de Parla”,¹⁵ quedó sintetizada la doctrina del doble canon de enjuiciamiento, en los siguientes términos:

- a) Por un lado, el canon general del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que comprende, por lo que aquí importa, el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso, sin que por esta vía pueda llegar a examinarse el acierto o desacierto último de la decisión, ámbito este último ajeno a esta jurisdicción constitucional (así, para un caso semejante, STC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 5)
- b) Por otro lado, este Tribunal debe valorar también el canon más específico del *derecho a un proceso con todas las garantías*, del que forma parte el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan ‘conforme al sistema de fuentes¹⁶ establecido’ (STC 58/2004, FJ 14, y, en el mismo sentido, STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 10). Porque, como recuerda la STC 58/2004 ‘no cabe duda de que, conforme al art. 96 de nuestra Constitución, el Tratado de la Comunidad Europea —y concretamente, en este caso, su art. 234 [actual art. 267 TFUE]— *forma parte del Ordenamiento interno*; por ello la cuestión prejudicial prevista en dicho precepto configura un instrumento más al servicio de los Jueces y Tribunales para la depuración del Ordenamiento jurídico’ (STC 58/2004, FJ 10), y de conformidad con ese instrumento, ‘ante una duda en la aplicación del Derecho comunitario, el Juez o Tribunal interno está facultado para consultar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, salvo que se trate de un órgano judicial cuya resolución no sea susceptible de recurso ordinario en la vía interna, en cuyo caso, la facultad se torna, en principio, en obligación, en orden a preterir un Derecho en beneficio del otro’.

‘Ahora bien’, matizábamos inmediatamente, ‘esta obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991 (TJCE 1991, 296), asunto *Francovich y Bonifaci*, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit¹⁷, 283/81)’ [STC 58/2004, FJ 9; y, en el mismo sentido, STC Pleno 78/2010,

13. FJ nº 5 de la STC 194/2006, de 19 de junio, caso Club Gran Canarias.

14. FJ nº 5 de la STC 194/2006, de 19 de junio, caso Club Gran Canarias.

15. FJ nº 4 de la STC 232/2015, de 5 de noviembre, caso “El Olivo de Parla”.

16. Velar por la correcta aplicación del sistema de fuentes, nuclearmente, es competencia del Tribunal de apelación y del Tribunal de casación.

17. En tono a la doctrina CILFIT, puede verse DE MIGUEL CANUTO, E., “Primacía del Derecho a la Unión y tutela judicial efectiva: garantía constitucional”, en *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito tributario* (Merino Jara, dir., y Vázquez del Rey Villanueva, Suberbiola Garbizu coords.), Madrid, 2021, págs. 619-648. La actualización de la

FJ 2 b.

Por todo lo expuesto, el Tribunal constitucional, caso “El Olivo de Parla”,¹⁸ concluyó, elaborando una posición sincrética, que separa tres escenarios:

- a) Que dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una ‘duda objetiva, clara y terminante’ sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004, FFJJ 9 a 14).
- b) Sin embargo, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE (así, SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3).¹⁹
- c) Ahora bien, sí corresponde a este Tribunal constitucional velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea.²⁰ En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012,²¹ de 2 de julio, FFJJ 5 y 6).

Respecto a la dimensión constitucional de la duda sobre la contradicción entre la normativa interna y el Derecho de la Unión, quedó delimitada en el FJ 13 de la citada STC 58/2004,²² caso Martínez Calderón, del siguiente modo: “que la existencia o inexistencia de una duda no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como *inexistencia objetiva, clara y terminante, de du-*

doctrina CILFIT la encontramos en la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2021, caso *Consorzio Italian Management*, causa C- 561/19. Sobre ella, puede verse MOLINA del POZO, C.F., y SALDAÑA ORTEGA, V., “Una revisión a la teoría del acto claro: a propósito de la sentencia de 6 de octubre de 2021 (Asunto C-561/19): a vueltas con la doctrina Cilfit”, *Unión europea Aranzadi* n° 12, 2022.

18. FJ n° 5 de la STC 232/2015, de 5 de noviembre (RTC 2015, 232), caso “El Olivo de Parla”.

19. Anotamos que los enunciados a) y b) están formulados de modo consecuencialista. El punto de partida no es un supuesto de hecho en sentido clásico, sino el resultado de la actividad del juez: inaplicación o aplicación de la norma interna. Siendo la pregunta central en juego qué norma es la aplicable al caso, este modo de argumentar, desde el punto de vista lógico, al fondo, supone hacer supuesto de la cuestión.

En sentido convergente, CARLON RUIZ ha dicho que dándose las condiciones para el obligatorio planteamiento de la cuestión prejudicial, por el juez ordinario, el sistema de fuentes puede verse preterido con independencia de cuál sea el efecto, de inaplicación o aplicación, y el rango, legal o infra legal, de la norma interna en posible contradicción con la norma europea (CARLON RUIZ, M., “El Tribunal Constitucional como garante del Derecho comunitario. Reflexiones al hilo de la STC 27/2013, de 11 de febrero”, REDE. *Revista española de Derecho europeo*, n° 47, 2013, p. 120).

20. En tal sentido AZPITARTE SANCHEZ dice que la jurisdicción constitucional se ha convertido en garantía última del respeto de las normas de la Unión por las instituciones estatales, en especial frente a los jueces cuando yerran palmariaamente en su interpretación o aplicación, y, de este modo logra potenciar la posición del Tribunal de la Unión como intérprete supremo del Derecho europeo, pues la intervención de los tribunales constitucionales permite reaccionar contra el abandono de la jurisprudencia europea (AZPITARTE SANCHEZ, M., “La autonomía del Derecho de la Unión y las funciones esenciales de su Sistema jurisdiccional”, en *Teoría y realidad constitucional*, n° 32, 2013, p. 248).

21. Un análisis pormenorizado de la STC 145/2012, de 2 de julio, caso Medgaz SA, y su ubicación en la singladura del “doble canon”, en ARROYO JIMENEZ, L., “Hacia la normalización constitucional del Derecho de la Unión europea (A propósito de la STC 145/2012, de 2 de julio)”, *Revista española de Derecho europeo* n° 45, 2013, pp 139-169.

22. FJ n° 13 de la histórica STC 58/2002, caso Martínez Calderón.

da alguna en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna. Por ello el criterio expuesto por el Tribunal Supremo, unido al de los restantes órganos judiciales que se pronunciaban de forma concurrente en contra de la incompatibilidad, debía sembrar (sobre quién podía entender lo contrario) la duda suficiente en la materia como para generar la obligación de, antes de inaplicar el derecho interno por su supuesta contradicción, plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE. Cabe afirmar, en el mismo sentido, que la existencia de una previa sentencia interpretativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no excusa del nuevo planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando un órgano judicial utiliza los criterios interpretativos fijados en un sentido que conduce a una conclusión contraria a la expresada por los restantes órganos judiciales”.

En fin, la STC 37/2019 sintetiza la singladura jurisprudencial, sistematizando que la doctrina constitucional quedaría así expresada:

- a) Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dejar de aplicar una norma interna (*tenga ésta o no rango de ley*)²³ sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Unión, *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 bien 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; bien porque pese a haberse dictado una o más resoluciones por el TJUE referentes a dicha norma nacional, ninguna se ha pronunciado directamente sobre las cuestiones que ahora se suscitan; o bien por la conjunción de ambas circunstancias (STC 58/2004, caso Martínez Calderón, 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 TJUE cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del “acto aclarado”, en los casos en que la doctrina del “acto aclarado” 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;²⁴
- 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, caso “El Olivo” de Parla, 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

23. El Tribunal manipula el texto original que es citado, “ley interna”, transformándolo en “norma interna (tenga ésta o no rango de ley)”, con lo que resulta expandido el ámbito de aplicación del doble canon o canon reforzado del Derecho de la Unión.

24. Este escenario, ubicado en la letra b), inaplicar la norma con fundamento erróneo en el “acto aclarado” es el escenario cuarto según su aparición en el tiempo, caso *Bono social eléctrico*, que ahora es añadido a los tres escenarios enunciados en la jurisprudencia constitucional anterior.

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, caso “El Olivo” de Parla, FJ 5.c), con cita de la STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6].²⁵

2.3. Argumentación criticada y síntesis de las quejas

La argumentación expuesta en la sentencia cuestionada, caso *Bono social eléctrico*, se centra en que la financiación del bono se hace recaer sobre algunos agentes del sector eléctrico con muy escaso peso específico, quedando exoneradas de la obligación otras entidades o grupos con mayor relevancia, bien sea por su volumen de negocios, su importancia relativa o porque desarrollan de forma simultánea e integrada dos actividades, sin que se haya ofrecido una justificación plausible de ese trato diferenciado.

Por otro lado, el Tribunal *a quo* anticipa que el modelo de financiación establecido no es compatible con el art. 3.2 de la Directiva 2009/72 respecto de las obligaciones de servicio público, como la financiación del bono social. Señalada la contradicción entre la Directiva y la normativa interna, el Tribunal afirma ser consciente de que ello obligaría, en principio, a plantear cuestión prejudicial, sin embargo, de acuerdo a la doctrina del propio Tribunal de la Unión considera que cuando la aplicación del Derecho europeo pueda imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable (“acto claro”) o cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en un caso análogo (“acto aclarado”), el juez queda dispensado de plantear cuestión, incluso si ello le lleva a la consecuente inaplicación de una norma interna de rango legal en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión. En el presente caso, se invoca la doctrina del “acto aclarado”, vista la jurisprudencia sentada en SSTJUE de 26 de abril de 2010 (asunto C-265/208, caso *Federutility*) y de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-121/15, caso *Anode*).

Añade el Tribunal supremo el antecedente de que, en la sentencia de 7 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3348), ya inaplicó una norma interna de rango legal, entonces el art. 2.5 y la Disposición Transitoria 2ª del Real Decreto-ley 6/2009, en relación con el bono social, al apreciar entonces su contradicción con la Directiva 2003/55, sobre el mercado interior del gas natural, según la interpretación dada por la STJUE de 20 de abril de 2010, caso *Federutility*. Entendiendo que estas mismas circunstancias concurren tras el dictado de la STJUE de 7 de septiembre de 2016, asunto *Anode*, el Tribunal analiza esta última, y concluye que el régimen de financiación del bono social del art. 45.4 LSE no debe ser aplicado por las razones expuestas.

Por su parte, la Administración recurrente y el Ministerio Fiscal sostienen -como motivo de fondo- que el Tribunal *a quo* erró al hacer jugar la doctrina del “acto aclarado” en el caso, inaplicando la norma nacional sin elevar cuestión.²⁶

2.4. Preterición del sistema de fuentes

El Tribunal constitucional, caso *Bono social eléctrico*, entonces, desde la perspectiva del *derecho a un proceso con todas las garantías* (art. 24.2 CE) aborda la conclusión de inaplicar la norma nacional sin plantear cuestión. Se apresta a dar respuesta a esa denuncia, de cuyo resultado dependerá si la cuestión debe o no ser planteada por el Tribunal. El Tribunal constitucional razona previamente que el pronunciamiento se va a limitar a ese punto, pues no le corresponde resolver si existe o no contradicción entre la normativa inaplicada por el tribunal *a quo* y el precepto de la Directiva; ni

25. 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.

26. FJ nº 5 de la STC 37/2019, de 26 de marzo, caso *Bono social eléctrico*.

tampoco establecer doctrina o interpretación sobre la cuestión prejudicial, por ser de la exclusiva incumbencia del Tribunal de la Unión.²⁷

Correspondiendo ya dirimir si las sentencias traídas a colación suponen o no un supuesto de “acto aclarado” que, permita prescindir de elevar cuestión prejudicial (art. 267 de TFUE), el Tribunal constitucional entiende que concurren las *disimilitudes* apuntadas por los recurrentes. Los preceptos de la normativa europea están ubicados en *Directivas distintas*: la sentencia dictada en el asunto Federutility interpreta la Directiva 2003/55, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; y la sentencia recaída en el asunto Anode interpreta la Directiva 2009/73, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. Por el contrario, el precepto ahora cuestionado se encuentra en la distinta Directiva 2009/72.

Por otro lado, es *muy dudosa analogía* con los casos resueltos. En el asunto Federutility se planteó la discriminación de suministradores de gas al detalle frente a los mayoristas, que podrían abusar de la ventaja que les proporciona la integración vertical, desplazando los menores ingresos del precio a los minoristas en las negociaciones entre unos y otros, mientras que, en el presente caso, se cuestiona una norma que hace recaer la financiación del bono social sobre las matrices de grupos empresariales que desarrollan simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización en el sector eléctrico.

Otro tanto sucede con el supuesto a que se refiere el caso Anode, STJUE de 7 de septiembre de 2016. En este caso, desde el punto de vista de la finalidad de las normas, la normativa francesa busca garantizar “la seguridad del suministro y la cohesión territorial”, finalidades distintas del propósito perseguido con el bono social español. Se subraya esta última consideración, que se estima de crucial interés: la *temática* sobre la que versan las sentencias que se invocan como “acto aclarado” es diferente de la temática que atañe al caso enjuiciado por el Tribunal.

En suma, aunque el precepto interpretado por el Tribunal de la Unión tuviera el mismo contenido literal tanto en la Directiva del sector eléctrico como en la del sector del gas, no se trataba de las mismas Directivas, ni del mismo sector, ni son exactamente iguales los problemas abordados por las sentencias Federutility y Anode y por la sentencia impugnada. Por ello, no puede concluirse que el Tribunal de la Unión hubiera aclarado una cuestión idéntica y suscitada en un caso análogo que son los requisitos fijados por el Tribunal de la Unión para apreciar la concurrencia del “acto aclarado” y enervar la obligación de los tribunales nacionales de plantear cuestión. Cabe añadir que en la sentencia impugnada se formuló un voto particular y también que el dictamen del Consejo de Estado, de 2014, no planteó objeciones respecto de la compatibilidad del sistema de financiación del bono social con el Derecho europeo.

Por ello, según el Tribunal constitucional, no concurrían los presupuestos necesarios para apreciar que la doctrina de las sentencias del Tribunal de la Unión suponían un “acto aclarado” respecto al problema interpretativo suscitado y, por tanto, el Tribunal ordinario no estaba dispensado de plantear cuestión ante el Tribunal de la Unión. Así pues se ha lesionado el *derecho a un proceso con todas las garantías* (art. 24.2 CE), porque el tribunal ha inaplicado la normativa nacional por considerarla incompatible con el art. 3.2 de la Directiva 2009/72, sin previo pronunciamiento prejudicial. Ello ha dado lugar a una preterición del sistema de fuentes, con desconocimiento de las garantías que integran el proceso debido.

En conclusión, se otorga el amparo y se anula la sentencia del tribunal supremo cuestionada.

Como epílogo, sin embargo, después, el Tribunal supremo elevará cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Unión, caso Viesgo Infraestructuras, que dirá que el aplicado artículo 3.2 de la Directiva 2009/72 es idéntico a su homólogo, el artículo 3.2 de la Directiva 2009/73, y que el objetivo principal de ambas Directivas, cada una en su sector, es el mismo. Por lo que la jurisprudencia relativa al primero es aplicable al segundo. En tal sentido aplicará la anterior doctrina del caso *Anode*. A la postre, el Tribunal de la Unión, en lo esencial, se alineará con el Tribunal supremo.

27. FJ nº 6 de la STC 37/2019, de 26 de marzo, caso Bono social eléctrico.

3. Caso Viesgo Infraestructuras

El caso *Viesgo Infraestructuras*,²⁸ resuelto por el Tribunal de la Unión, en sentencia de 14 de octubre de 2021 es la cuestión prejudicial que, a continuación, fue elevada por el Tribunal supremo sobre el bono social relativo al sector eléctrico español, en fase de ejecución del mencionado pronunciamiento en amparo del Tribunal constitucional, prejudicialidad cuyo resultado envuelve un movimiento pendular sobre el objeto en discusión.

3.1. Premisas fácticas

En 2014, E.on España, actualmente denominada Viesgo Infraestructuras, promovió ante el Tribunal Supremo un recurso “directo” que solicitaba la anulación del 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 eléctrico.

E.on España alegó la incompatibilidad del régimen de financiación del bono social, establecido en el artículo 45, apartado 4, de la Ley 24/2013 y desarrollado en el Real Decreto 968/2014 con la Directiva 2009/72. El Tribunal supremo, en sentencia de 24 de octubre de 2016, estimó el recurso y declaró inaplicable el régimen de financiación por ser incompatible con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72. El Tribunal supremo se basó en las sentencias del Tribunal de la Unión de 20 de abril de 2010 (TJCE 2010, 109), caso *Federutility*, causa C-265/08, y de 7 de septiembre de 2016 (TJCE 2016, 334), caso *Anode*, causa C-121/15. Consideró que la fundamentación de la última, que refiere a una normativa nacional relativa a los precios del gas, era trasladable al sector eléctrico, ya que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/73, sobre el mercado interior del gas natural y el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 eran comparables. Por lo que, con base en la doctrina del «acto aclarado», decidió no remitir petición prejudicial.

Contra esta sentencia, la Administración interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal constitucional, que, en 2019, estimó el recurso, por lo que anuló la sentencia, declarando que el Tribunal Supremo había vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, del artículo 24, apartado 2 de la CE, al haber descartado la aplicación de la normativa nacional por considerarla incompatible con la Directiva 2009/72 sin previa petición prejudicial. Ordenó la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que el Tribunal Supremo dictase una nueva resolución. El Tribunal Constitucional consideró que en el proceso *a quo* no concurrían los presupuestos de aplicación de la doctrina del «acto aclarado» y que, por tanto, el Tribunal no estaba dispensado de plantear cuestión. Pues bien, el Tribunal supremo, en ejecución de dicha sentencia ha decidido elevar la presente cuestión, exponiendo los motivos que lo llevaron a concluir que la normativa española era incompatible con la Directiva 2009/72.

El Tribunal Supremo señala que el bono social, establecido en el artículo 45 de la Ley 24/2013 se configuró como una prestación de carácter social y con la naturaleza de obligación de servicio público, destinada a proteger a consumidores de electricidad acogidos a la “tarifa de último recurso” y que tuvieran determinadas características sociales, de consumo y de poder adquisitivo, en relación con el coste de la energía eléctrica de su vivienda habitual.²⁹

El Tribunal indica que de la Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, que precedió a la Ley 24/2013, se desprende que el régimen de financiación del bono social, establecido en el artículo 45, apartado 4, de esta Ley, obedece al objetivo de contribuir a la necesaria y urgente reducción de costes del sistema, imponiendo, como obligación de servicio público, la asunción del coste del bono social a las matrices de las sociedades o grupos de sociedades con actividades

28. Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2021, caso *Viesgo Infraestructuras*, causa C- 683/19 (España).

29. Una síntesis de las soluciones que pueden encontrarse dentro de la Unión, en Italia, con su *bonus sociale* relativo a los mercados de la electricidad y del gas, en Francia, en Bélgica, y en Portugal, y fuera de la Unión, en el Reino unido, puede leerse en CALVO VERGEZ, J., “Pasado, presente y futuro del llamado bono social aplicable en el sector eléctrico español”, *Revista Aranzadi de Derecho ambiental* n° 40, 2018, p. 11-13.

de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica y que sean grupos verticalmente integrados. Según el legislador nacional, la imposición de la obligación a las matrices permite repartir la carga entre las principales actividades empresariales del sector eléctrico.

El Tribunal remitente señala que la cuestión que se plantea en el presente asunto es saber si tales justificaciones satisfacen las exigencias establecidas en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, según las cuales las obligaciones de servicio público, por un lado, deben definirse claramente y ser transparentes, no discriminatorias y controlables y, por otro lado, deben garantizar a las empresas eléctricas de la Unión el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales.

Se reprocha al legislador nacional haber decidido que, de entre los agentes que intervienen en tres sectores de actividad del sistema eléctrico —producción, distribución y comercialización— el coste de la financiación de la obligación de servicio público recaiga en las sociedades o grupos de sociedades que desarrollen simultáneamente las tres actividades y tengan el carácter de grupos verticalmente integrados, quedando en cambio eximidas las sociedades o grupos cuya actividad se centre en solo uno o incluso en dos de esos sectores de actividad.

De la Orden ministerial IET/350/2014 que fija los porcentajes de reparto relativos a 2014, en la que se identificaron las entidades y se fijaron los porcentajes de reparto de las cantidades que debían financiarse en el año, se desprende que solo se han asignado coeficientes o porcentajes significativos a cinco sociedades o grupos y con grandes diferencias entre sí : Endesa, S. A., (41,61 %), Iberdrola S. A. (38,47 %), Gas Natural SDG, S. A. (14,18 %), Hidroeléctrica del Cantábrico (2,649 %) y E.ON España (2,368 %). Lo que supone que esas cinco entidades financian por sí solas el 99,29 % del bono, mientras que a las restantes 23 empresas identificadas les corresponden coeficientes notablemente reducidos, muy inferiores al 1 %.

Además, el Tribunal remitente se pregunta si la normativa nacional puede eventualmente vulnerar el principio de proporcionalidad, dado que la obligación de financiación del bono no se establece con carácter excepcional ni con un alcance temporal limitado, sino de forma indefinida y sin retorno ni medida compensatoria alguna. En estas circunstancias, el Tribunal Supremo decidió plantear al Tribunal de la Unión cuestión prejudicial.

3.2. Obices de admisibilidad

Viesgo, Iberdrola y Endesa consideran que el Tribunal de la Unión debería declararse incompetente o bien declarar la petición inadmisibile. Aducen que los motivos por los que el Tribunal remitente ha presentado esta petición no se derivan del Derecho de la Unión, ya que dicho tribunal se ha visto obligado a plantear cuestión en virtud de un procedimiento y de una jurisprudencia nacionales cuando no albergaba dudas de interpretación en el asunto, lo que, según afirman, socava la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión.

El Tribunal remitente señala que la sentencia que dictó el 24 de octubre de 2016 (RJ 2016, 5331) fue anulada por el Tribunal constitucional por considerar que no se habían expuesto suficientemente las razones por las que se había recurrido a la doctrina del «acto aclarado». No obstante, para el tribunal remitente el verdadero motivo de la anulación es que el Tribunal constitucional aplica a las resoluciones de los jueces nacionales un criterio de control en materia de interpretación y de aplicación del Derecho de la Unión cuando estos dejan sin aplicación una ley nacional por considerarla contraria al Derecho de la Unión que es distinto y más intenso que cuando deciden que la normativa nacional es conforme con ese Derecho.

En primer lugar, sin que sea necesario examinar la conformidad con el Derecho de la Unión de la práctica judicial del Tribunal constitucional a la que se refiere el tribunal remitente, ha de señalarse que la petición prejudicial tiene por objeto una *norma del Derecho de la Unión*, a saber, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, para cuya interpretación es competente el Tribunal de la Unión.

En segundo lugar, corresponde al juez nacional que conoce del litigio apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de la Unión. Por tanto, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación o a la validez de una norma del Derecho de la Unión, en principio, el Tribunal de la Unión está obligado a pronunciarse.

Disfrutando las cuestiones planteadas por los tribunales nacionales de una presunción de pertinencia, el Tribunal de la Unión solo puede abstenerse de pronunciarse cuando la interpretación solicitada no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de la Unión no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones que se le hayan planteado (sentencia de 16 de julio de 2020 (TJCE 2020, 186), caso Facebook Ireland y Schrems, causa C-311/18, apartado 73).

En el presente asunto, para empezar, las cuestiones presentan una relación evidente con el objeto del litigio, ya que, con ellas, el tribunal remitente pretende que se dilucide si las normas nacionales cuya legalidad se impugna son compatibles con las obligaciones que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 impone a los Estados en el sector eléctrico. Además, el problema no resulta hipotético sino que es real. Por último, el tribunal ha expuesto en la petición suficientes elementos de hecho y de Derecho para permitir al Tribunal de la Unión dar una respuesta útil a dichas cuestiones.

En tercer lugar, nada impide a un tribunal nacional plantear al Tribunal de la Unión cuestiones prejudiciales cuya respuesta, según una de las partes del litigio, no deje lugar a duda alguna. Por lo tanto, aun suponiendo que así fuera, no por ello resultaría inadmisibles las peticiones que contuviesen tales cuestiones (en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2020 (JUR 2020, 129213), caso Overgas Mrezhi, causa C-5/19, apartado 45). En suma, el Tribunal de la Unión es competente para responder a la petición prejudicial y ésta es admisible.

3.3. Obligación de servicio público

El Tribunal remitente pregunta si el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 se opone a que el coste de una obligación de servicio público,³⁰ suministrar electricidad a tarifa reducida a consumidores vulnerables, se haga recaer en las matrices de los grupos de sociedades o sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica.³¹

La medida cuestionada consiste en la obligación de abonar una aportación financiera que permita cubrir el coste del bono social, esto es, un descuento reglado que las empresas comercializadoras han de aplicar en la factura de consumo de electricidad en favor de los consumidores «vulnerables».³² El importe de este descuento corresponde a la diferencia entre el valor del precio voluntario de la electricidad para el pequeño consumidor y una tarifa reducida, denominada «tarifa de último recurso», fijada por una Administración pública.

Debe comenzarse por examinar si esta aportación financiera obligatoria es una obligación de servicio público en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 y si, por tanto, está comprendida en su ámbito de aplicación.

En primer término, el Tribunal de la Unión ha declarado que el concepto de «obligaciones de servicio público», corresponde a las *medidas de intervención pública en el funcionamiento del mercado de la electricidad*, que, para la consecución de un interés económico general, exigen a las empresas eléctricas actuar en dicho mercado sobre la base de criterios impuestos por las Administraciones públicas.

30. Sobre la noción de obligación de servicio público, puede verse CARLON RUIZ, M., “Las obligaciones de servicio público, en especial el servicio universal de telecomunicaciones”, en *Derecho de las telecomunicaciones* (Vida Fernández, de la Quadra Salcedo, y Fernández del Castillo, dirs.), Madrid, 2015, pp. 593-640.

31. Apartado nº 28 y ss. de la sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2021, caso Viesgo infraestructuras, causa C- 683/19.

32. El “bono social” no tiene naturaleza de préstamo, por lo que el uso de la expresión bono, propia de obligaciones públicas y privadas con naturaleza de préstamo induce a confusión.

Así pues, la libertad de las mencionadas empresas para actuar en el mercado de la electricidad es limitada, pues por su solo interés comercial, las empresas no habrían suministrado determinados bienes o servicios, o no lo habrían hecho en la misma medida o en las mismas condiciones (sentencia de 19 de diciembre de 2019, caso Engie Cartagena, C-523/18 (JUR 2019, 342020), apartado 45).

Luego la obligación impuesta a las comercializadoras de suministrar electricidad a tarifa reducida a consumidores vulnerables supone una obligación de servicio público, en el sentido del artículo 3 de la Directiva 2009/72. Esas empresas tienen que actuar para alcanzar el objetivo de interés económico general de protección de los consumidores vulnerables perseguido por el legislador nacional que ha impuesto el bono, *objetivo nacional que refleja a su vez un objetivo perseguido por el legislador de la Unión*, como se desprende de la Directiva 2009/72. Por otro lado, la libertad de actuación de estas empresas en el mercado de la electricidad está limitada pues, exclusivamente por su interés comercial, las empresas no habrían suministrado electricidad a los consumidores o no la habrían suministrado al mismo precio.

En segundo término, el artículo 45, apartado 4, párrafo primero, de la Ley 24/2013 establece que el bono social será asumido por las matrices de los grupos de sociedades o por las sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica.

El porcentaje de reparto se calculará, para cada grupo empresarial, como la relación entre un término que será la suma de las medias anuales del número de suministros conectados a las redes de distribución de las empresas distribuidoras y del número de clientes de las empresas comercializadoras en que participe el grupo, y otro término que corresponderá a la suma de todos los valores medios anuales de suministros y clientes de todos los grupos empresariales que deben ser considerados a los efectos de este reparto. Así pues, el porcentaje de reparto de las cantidades depende a la vez del número de suministros conectados a las redes de distribución de las sociedades y del número de clientes a los que dichas sociedades proporcionan la actividad de comercialización.

Por lo tanto, del artículo 45, apartado 4, párrafos primero y segundo, de la Ley 24/2013 se desprende que todas las matrices de grupos de sociedades y sociedades a las que se refiere esta disposición, sobre las que recae la carga de financiar el bono social, desarrollan la actividad de comercialización de energía eléctrica y, en consecuencia, están obligadas a aplicar a los consumidores vulnerables el descuento en el precio de la electricidad que se deriva del bono social. El sistema así configurado por el legislador español impone, por consiguiente, una obligación de servicio público cuyo coste se repercute a una parte de las sociedades y de los grupos encargados de prestar tal servicio.

En tercer término, el artículo 45, apartado 4, párrafo quinto, de la Ley 24/2013 dispone que las aportaciones que debe realizar cada una de dichas sociedades en virtud de la obligación de contribución financiera relativa al bono social se consignarán en una cuenta específica en régimen de depósito creada al efecto por el Organismo liquidador, que será responsable de su gestión. Como indicó el Gobierno español en su respuesta a las preguntas escritas del Tribunal de la Unión, tal obligación tiene por único objeto financiar el bono social.

Resulta pues de estos datos que el producto de esas aportaciones se destina exclusivamente a la financiación del bono social. El coste de este determina el importe total que deberá recaudarse, mediante tal aportación financiera, de las empresas eléctricas que han de asumirla. De ello se sigue que el examen de la conformidad de la obligación de servicio público que es el bono social con las normas de la Directiva 2009/72 no puede separarse del de la aportación financiera, que es el modo de financiación de dicha obligación (véase la sentencia de 10 de noviembre de 2016 (TJCE 2016, 406), DTS Distribuidora de Televisión Digital/Comisión, causa C-449/14 P, apartados 67 y 68).

Se desprende que la obligación de servicio público impuesta por el bono consta de dos elementos, a saber, el descuento en el precio de la electricidad suministrada a consumidores vulnerables y la aportación financiera destinada a cubrir el coste del descuento, que están indisolublemente

vinculados. Por lo que la aportación financiera obligatoria,³³ al ser parte integrante de la obligación de servicio público del bono, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72.

3.4. Diferencia de trato

En segundo lugar, *caso Viesgo Infraestructuras*, según la Directiva 2009/72, en el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del TFUE, y en particular del artículo 106 de TFUE, los Estados podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente. Estas obligaciones deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Unión el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales.³⁴

Con carácter preliminar cabe indicar que, dado que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 y el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/73 son básicamente idénticos y estas dos Directivas tienen como *objetivo principal*, como indica la Comisión, armonizar el marco jurídico de los respectivos sectores económicos regulados a fin de garantizar un mercado interior plenamente abierto y competitivo, entonces la jurisprudencia del Tribunal de la Unión relativa a esta última disposición es aplicable al citado artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72.

Aunque una intervención estatal en la fijación del precio de la electricidad es un obstáculo a la consecución de un mercado de la electricidad competitivo, esta intervención puede admitirse en el marco de la Directiva 2009/72 si se cumplen tres requisitos. Que tal intervención persiga un objetivo de interés económico general; que se respete el principio de proporcionalidad, y, que las obligaciones de servicio público estén claramente definidas, sean transparentes, no discriminatorias y controlables, y garanticen a las empresas eléctricas de la Unión el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores (véanse las sentencias de 7 de septiembre de 2016 (TJCE 2016, 334), caso Anode, causa C-121/15, apartado 36, y de 30 de abril de 2020 (JUR 2020, 129213), caso Overgas Mrezhi, causa C-5/19, apartado 56).

Por lo que se refiere a la exigencia de que las obligaciones de servicio público no sean discriminatorias, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 permite la imposición de obligaciones de servicio público con carácter general «a las empresas eléctricas» y no a algunas empresas concretas. En este contexto, el sistema de designación de las empresas encargadas de obligaciones de servicio público no puede excluir *a priori* a ninguna de las empresas del sector eléctrico. Cualquier eventual diferencia de trato debe justificarse objetivamente (véanse las sentencias de 7 de septiembre de 2016 (TJCE 2016, 334), caso Anode, C-121/15, apartado 71, y de 30 de abril de 2020 (JUR 2020, 129213), caso Overgas Mrezhi, causa C-5/19, apartado 80).³⁵

Por lo tanto, si bien la obligación de servicio público se ha impuesto a todas las empresas eléctricas que comercializan electricidad en el mercado español, en la medida en que la carga financiera

33. El mecanismo de financiación del bono social tiene su fundamento, de una parte, en el artículo 31.3 de la Constitución española, según el cual las prestaciones patrimoniales de carácter público deben regularse mediante norma de rango legal, y, de otra, en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72, sobre el mercado de la electricidad, que configura el bono como una obligación de servicio público (CALVO VERGEZ, J., “Pasado, presente y futuro del llamado bono social aplicable en el sector eléctrico español”, *Revista Aranzadi de Derecho ambiental* n° 40, 2018, p. 7).

34. Apartado n° 42 y ss. de la sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2021, caso Viesgo infraestructuras, causa C-683/19.

35. Para AZPITARTE SANCHEZ, dentro de la división de funciones o competencias, a la Unión le corresponde integrar los mercados nacionales, deshaciendo su proteccionismo y racionalizar el mercado interior resultante, lo que exige medios para dar eficacia al principio de no discriminación por motivos de nacionalidad, mayormente a través de las libertades fundamentales, garantizar la transparencia mediante las reglas de competencia, el impulso a la liberalización que ha desarrollado en los grandes sectores antaño públicos, junto al fomento y desarrollo de los territorios más debilitados mediante los fondos de cohesión (AZPITARTE SANCHEZ, M., “La autonomía del Derecho de la Unión y las funciones esenciales de su Sistema jurisdiccional”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 32, 2013, p.232).

destinada a cubrir los costes del descuento en el precio de la electricidad previsto, no afecta a todas ellas, corresponde al tribunal remitente comprobar si la diferenciación efectuada entre las empresas que deben soportar el peso de la carga y las que están exentas está justificada de manera objetiva (véase la sentencia de 30 de abril de 2020 (JUR 2020, 129213), caso Overgas Mrezhi, causa C-5/19, apartado 82).

Del auto de remisión se desprende que el legislador nacional consideró que la asunción de dicho coste por las matrices de los grupos de sociedades o, por las sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica permite repartir la carga entre las principales actividades empresariales del sector eléctrico y minimizar así las consecuencias económicas del coste que representa la obligación de servicio público relativa al bono social. Habida cuenta del objetivo perseguido, que consiste en el reparto de dicha carga, el tribunal remitente considera que la aportación financiera controvertida es discriminatoria y vulnera lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2 de la Directiva 2009/72. Según dicho tribunal, algunas de las sociedades a las que afecta esta aportación tienen escaso peso específico en el conjunto del sector eléctrico español, mientras que se exime de aportación a sociedades o grupos de sociedades que pueden estar en mejores condiciones para asumirla, ya sea por su volumen de negocios, por su importancia relativa en alguno de los sectores de actividad o porque desarrollan simultáneamente y de forma integrada dos de las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica.

Cabe apreciar que el criterio de diferenciación elegido por el legislador nacional no se justifica objetivamente, puesto que, en principio, a la luz del objetivo perseguido por dicho legislador de repartir el coste del bono social entre las principales actividades empresariales del sector eléctrico, todas las empresas que desarrollen al menos una de esas actividades principales deberían contribuir a financiar ese coste.

A la vista de tal objetivo, no queda clara la diferencia entre las sociedades que desarrollan las tres actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica y las que desarrollan solo esta última y una de las otras dos, en lo que respecta a su respectiva capacidad para asumir el coste financiero inducido por el bono. El Tribunal remitente indica que el Abogado del Estado reconoció que la integración de las actividades de producción y comercialización de electricidad también propicia las sinergias y las economías de escala. En estas circunstancias, si, como indica el Gobierno español, el régimen de financiación del bono social tiene como resultado hacer recaer más del 99 % del coste del bono en los cinco operadores más importantes del mercado español de la electricidad, lo cierto es que el criterio elegido por el legislador nacional para distinguir entre las sociedades que deben asumir ese coste y aquellas que quedan eximidas de hacerlo conduce a una diferencia de trato entre las distintas sociedades que operan en ese mercado que no está justificada de manera objetiva.

En suma, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 se opone a que el coste de la obligación de suministrar electricidad a tarifa reducida a consumidores vulnerables, se haga recaer en las sociedades o en las matrices de los grupos que desarrollen simultáneamente la producción, distribución y comercialización de energía eléctrica, ya que este criterio, elegido por el legislador nacional para distinguir entre las sociedades que deben asumir ese coste y aquellas que quedan eximidas, conduce a una diferencia de trato entre las distintas sociedades que operan en ese mercado que no está justificada de manera objetiva.

La decisión del Tribunal de la Unión, que entiende que el RD 968/2014, sobre financiación del bono, es incompatible con la Directiva 2009/72, sobre el mercado de la electricidad, deja fuera de juego la sentencia de amparo del Tribunal constitucional, pues no siendo el Derecho de la Unión canon de constitucionalidad, la competencia para pronunciarse sobre el Derecho de la Unión en el último grado es del Tribunal de la Unión.

4. Críticas formuladas

Volviendo a la STC 37/2019, caso *Bono social eléctrico*, con que hemos comenzado este trabajo, es significativo que recibió un Voto particular, cuya reflexión, en parte, compartimos, que puso de relieve las aparentes incoherencias de la tesis mayoritaria, sustentadora del doble canon de control constitucional del Derecho de la Unión.

4.1. Mimetismo injustificado

En el fundamento cuarto de la sentencia la opinión mayoritaria fija la doctrina que ha de aplicarse en lo sucesivo para valorar si la decisión de un órgano judicial -incluido el Tribunal Supremo- contraria al planteamiento de cuestión prejudicial vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. Se recupera así la doctrina del “doble canon” de enjuiciamiento del Derecho de la Unión establecida por la Sentencia de la Sala segunda 58/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 58), caso Martínez Calderón, doctrina que había sido rectificada y superada después por la sentencia del Pleno 78/2010, de 20 de octubre.³⁶

Según la doctrina del doble canon, mientras ante una posible vulneración del artículo 24.1 CE, el Tribunal constitucional, al enjuiciar la decisión, habría de emplear un *canon flexible*, el *de mera razonabilidad*, si el órgano judicial aplicó la norma interna y pese a no tratarse de un caso claro, no hubiera planteado cuestión prejudicial, soslayando así la eventual incompatibilidad con el Derecho europeo, por el contrario, correspondería aplicar un *canon más incisivo* si el órgano judicial en similar trance inaplicó la norma interna por entenderla desplazada por el Derecho europeo sin suscitar tampoco la cuestión, poniendo así en tela de juicio la existencia de un proceso con todas las garantías.

Respecto al presente caso, esto significa que se recurre al canon de razonabilidad cuando el juez ordinario aplica la ley nacional y en cambio correspondería aplicar un canon más estricto si el juez ordinario inaplica la ley nacional sin plantear la cuestión prejudicial, por entenderla desplazada por el Derecho europeo. En tal caso, el Tribunal constitucional no se limitaría a controlar la razonabilidad de la resolución, sino que además habría que verificar con detalle su cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal de la Unión, desde los parámetros de la doctrina del caso CILFIT. Podrá así determinar si está justificado el no elevar cuestión, bien porque el Tribunal de la Unión hubiera resuelto ya casos considerados similares (“acto aclarado”), bien porque la aplicación de la norma europea no plantea dudas razonables (“acto claro”).

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

4.2. Canon unitario

El criterio del doble canon de enjuiciamiento del Derecho de la Unión suscita varios problemas.³⁷ Para empezar, en contra de lo que la opinión mayoritaria pretende dar a entender, tal criterio no resulta de la jurisprudencia constitucional antecedente. La sentencia mayoritaria afirma en sus fundamentos jurídicos cuarto y quinto que, al enunciarlo ahora, el Tribunal se limita a reflejar el

36. Apartado nº 2 del Voto particular a la STC 37/2019, de 26 de marzo, caso *Bono social eléctrico*.

37. Apartado nº 3 del Voto particular a la STC 37/2019, de 26 de marzo, caso *Bono social eléctrico*.

criterio que ya venía aplicando desde la ya citada STC 58/2004, caso Martínez Calderón, y de la 194/2006, caso Club Gran Canarias; pero en realidad no es así.

La STC del Pleno 78/2010, caso *Club de natación Metropole*,³⁸ rectificó³⁹ expresamente la doctrina del doble canon⁴⁰ de aquellas sentencias anteriores, subrayando la diferencia esencial entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial: “La cuestión de inconstitucionalidad - art. 163 CE- y la cuestión prejudicial del Derecho comunitario - arts. 19.3.b) del TUE y 267 del TFUE- están sujetas a regímenes jurídicos, que, en lo que ahora importa, se ajustan a exigencias diferentes”. La contradicción de la ley con la Constitución plantea un problema de validez que solo puede resolver este Tribunal, por lo que el juez que inaplica la ley por inconstitucional sin elevar cuestión vulnera el art. 24.2 CE. En cambio, la contradicción de la ley con el Derecho europeo plantea un problema de estricta aplicabilidad que debe resolver el juez ordinario.

La decisión sobre si en un caso resulta aplicable la norma europea o la nacional y si resulta procedente la formulación de la cuestión prejudicial es cuestión de *legalidad ordinaria* y por tanto competencia⁴¹ reservada a los jueces y tribunales (art. 117.3 CE). Por eso, de acuerdo con la STC 78/2010, Club de natación Metropole, “para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria”.⁴²

Después, la STC 27/2013, de 11 de febrero, caso *Valzorales*⁴³ asentó la doctrina del canon unitario sobre el art. 24 CE, que el Tribunal ha venido aplicando en lo sucesivo sin fisuras a los supuestos de falta de planteamiento de la cuestión prejudicial. Se rechazó deliberadamente la doctrina de las anteriores SSTC 58/2004, caso Martínez Calderón, y 194/2006, caso Club Gran Canarias, afirmando a las claras un único canon de razonabilidad. De modo que la infracción del art. 267 de TFUE no afectaría al art. 24 CE, salvo que el juez ordinario haya realizado una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente con relevancia constitucional.⁴⁴

Cierto es que hay posteriores referencias al “doble canon de enjuiciamiento”, pero, según el Voto particular, son, en realidad, citas esporádicas de arrastre, *obiter dicta*, que no alteran la tesis del canon de razonabilidad como parámetro único de enjuiciamiento constitucional en esta materia. Porque estas citas se hallan en sentencias que declaran la vulneración del derecho a la tutela ju-

38. FJ nº 2 de la STC 78/2010, caso Club de natación Metropole.

39. Según la apreciación de ALONSO GARCIA, el Tribunal constitucional, en la STC 78/2010, no puso en tela de juicio la doctrina de la STC 58/2004, caso Martínez Calderón, sino solamente la concreción de la misma por la STC 194/2006, caso Club Gran Canarias. (ALONSO GARCIA, R., “Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010), CDP”. *Cuadernos de Derecho público* nº 38, 2009, p. 22).

40. El centro de la STC 78/2010, caso *Club de natación Metropole*, es la delimitación negativa del juego de los parámetros de enjuiciamiento, concluyendo que no siendo aplicable al caso de autos el Derecho de la Unión ni *ratione materiae* ni *ratione loci*, no puede entenderse procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial, por lo que su omisión no puede suponer vulneración de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1, ni tampoco vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de CE. Siendo así no puedo compartir la apreciación del Voto particular en este pasaje.

41. El juego del Derecho de la Unión envuelve un problema de competencia del juez, pues el juez ordinario tiene competencia para inaplicar la norma interna por razón de primacía, mientras que carece de competencia para enervar la aplicación de la norma legal contraria a la Constitución, competencia exclusiva y excluyente del Tribunal constitucional.

42. FJ nº 2 de la STC 78/2010, caso Club de natación Metropole.

43. En la STC 27/2013, habiendo solicitado el actor la inaplicación de una Orden de la Comunidad autónoma por entenderla contraria al Derecho de la Unión, sin embargo, el juez *a quo* considera que la norma interna está en confluencia y no en colisión con el Derecho de la Unión. El resultado es que el juez ordinario no efectúa un juicio de primacía, en que la norma comunitaria desplaza a la norma interna.

44. Puede verse, también, CARLON RUIZ, M., “El Tribunal Constitucional como garante del Derecho comunitario. Reflexiones al hilo de la STC 27/2013, de 11 de febrero”, REDE. *Revista española de Derecho europeo*, nº 47, 2013, pp. 99-12 y DE MIGUEL CANUTO, E., “Canon constitucional relativo al Derecho de la Unión: las ayudas comunitarias”, *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, T. III, Padua, 2015, pp. 2231-2244.

dicial efectiva (art. 24.1 de CE) por la resistencia del órgano judicial a tomar en consideración lo decidido por el Tribunal de la Unión en casos idénticos al enjuiciado, pese a que las partes lo habían introducido en el debate (SSTC 232/2015, de 5 de noviembre (RTC 2015, 232), caso “El Olivo” de Parla, FJ 4, y 22/2018, de 5 de marzo (RTC 2018, 22), FJ 3).

4.3. Cambio de criterio

No solo es que la sentencia de la que se discrepa, STC 37/2019, cambia el criterio, estableciendo una doctrina nueva – a contraste con la jurisprudencia precedente- doctrina que hace pasar por antigua y consolidada sino que, según el Voto particular, la doctrina establecida es, rechazable por varias razones.⁴⁵

El sentido o función de la doctrina CILFIT del Tribunal de la Unión sobre el acto claro o acto aclarado es asegurar la uniformidad en la interpretación del Derecho europeo, tanto cuando el órgano judicial va a aplicar la ley nacional, descartando la contradicción con la normativa europea, como cuando va a inaplicarla por considerarla desplazada por el Derecho europeo. En cambio, la sentencia de amparo acaba utilizando la doctrina CILFIT para inclinar la balanza hacia la aplicación de la ley nacional en detrimento del Derecho de la Unión Europea. El resultado es una doctrina lógicamente inconsistente. La solución coherente es la que somete a un mismo canon todos los supuestos de falta de promoción de la cuestión prejudicial; bien sea el suave de razonabilidad o el canon estricto de verificación de las condiciones de la doctrina CILFIT.

Aplicando el canon estricto y más exigente de verificación de los requisitos de la doctrina CILFIT, el Tribunal constitucional se ve abocado a descender al análisis de detalles de mera legalidad ordinaria, sin transcendencia constitucional, con la consiguiente invasión de la reserva de jurisdicción (art. 117 de CE) a la jurisdicción ordinaria. Quien ha de examinar tales requisitos a fin de decidir si procede o no promover la cuestión prejudicial es el juez ordinario; al Tribunal Constitucional le corresponde únicamente verificar que la decisión judicial está motivada y es razonable. Solo si el órgano judicial decidiera no promover la cuestión con argumentos manifiestamente irrazonables, podría entenderse vulnerado el art. 24 CE.

4.4. Aplicación del doble canon

Asumida la doctrina del doble canon, la sentencia la aplica en sus fundamentos quinto y sexto. Con carácter previo introduce en el sexto la siguiente cautela: “no nos corresponde resolver si existe o no contradicción entre la normativa inaplicada por el tribunal *a quo* y el precepto de la Directiva ya indicada; ni tampoco establecer doctrina o interpretación alguna en relación con la cuestión prejudicial regulada en el art. 267 TFUE, por ser este cometido de la exclusiva incumbencia del TJUE”. No deja de ser significativo que no se diga lo mismo respecto de “si la cuestión prejudicial debe o no ser planteada por el órgano jurisdiccional”.⁴⁶

Consecuentemente, la sentencia entra a examinar si en el supuesto concurrían las circunstancias que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, liberaban al Tribunal Supremo del planteamiento de la cuestión prejudicial. Emprende así un minucioso análisis de los asuntos resueltos por el TJUE, el caso Federutility y el caso Anode, que, por referirse a una norma europea análoga a la relevante en el caso (art. 3.2 de la Directiva 2009/72) permitirían, según el Tribunal Supremo, inaplicar la normativa nacional sobre la financiación del bono social eléctrico sin plantear la cuestión prejudicial. Concluye el Tribunal constitucional que “en el procedimiento *a quo* no concurrían los presupuestos necesarios para apreciar que la doctrina emanada en las referidas sentencias del TJUE 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”.

45. Apartado nº 4 del Voto particular.

46. Apartado nº 5 del Voto particular.

La doctrina del doble canon, según el Voto particular, conduce pues a que el Tribunal constitucional, por la vía del art. 24.2 CE, pueda, de nuevo, a partir de ahora analizar la jurisprudencia y la legalidad ordinarias, nacional y europea, a fin de valorar si la formulación de la cuestión prejudicial es procedente o improcedente. Con ello acaba actuando como tribunal de última instancia, en cuyo caso *le correspondería al mismo Tribunal constitucional -con arreglo al Derecho europeo- y no al autor de la resolución impugnada*, en este caso el Tribunal Supremo, *eleva la cuestión prejudicial*.

Según razona el Voto particular, el Tribunal constitucional no debe analizar analogías y diferencias entre los asuntos resueltos por el TJUE y el que tenía entre manos el autor de la resolución impugnada, para constatar la existencia o no de dudas objetivas con base en la doctrina Cilfit. Si lo hace así, contradice doctrina constitucional previa e incurre en incoherencia con riesgo de invasión de la reserva de jurisdicción del juez ordinario. Por eso entiende que la sentencia debió aplicar al caso enjuiciado el *canon de razonabilidad* propio del enjuiciamiento constitucional de las resoluciones judiciales, pues solo si las razones dadas para no formular la cuestión prejudicial fuesen arbitrarias o manifiestamente irrazonables podría imputarse al órgano judicial la vulneración de un derecho fundamental.

Una reflexión más en profundidad de la prolija dialéctica desenvuelta en sede judicial ordinaria constitucional y europea permitirá sin embargo alcanzar distintas conclusiones.

5. Reflexiones conclusivas

1ª Al examinar el acto judicial de aplicación del Derecho de la Unión, para razonar si la motivación del acto o la interpretación o aplicación de la norma son arbitrarias, manifiestamente irrazonables o fruto de error patente el Tribunal constitucional ha de moverse en todos los casos en el contexto de la doctrina CILFIT, con su triple parámetro acto aclarado- acto claro-duda razonable, con el límite negativo de no pronunciarse sobre la validez de la norma ni tampoco sobre cuál es la correcta interpretación de la norma comunitaria, competencias exclusivas del Tribunal de la Unión.

2ª En consecuencia, no hay contraposición entre la tesis unitaria y la tesis del “doble canon” acerca del control constitucional de la aplicación del Derecho de la Unión por el juez ordinario. Por un lado, el componente del doble canon según el cual si el juez ordinario aplica una norma interna en presencia de una *duda razonable*, el control constitucional consiste en el canon de razonabilidad, es evidente, en su propio enunciado, que se mueve con parámetros de la doctrina CILFIT.

3ª Por otro lado, el canon unitario, ante una norma comunitaria, no puede desenvolverse haciendo entera abstracción de la doctrina CILFIT, porque el juicio de primacía sobre la norma comunitaria, en su relación con la norma doméstica, debe ser efectuado en el *molde procesal de la doctrina CILFIT*. La función de control del Tribunal constitucional en este campo solo puede desarrollarse con los parámetros de la doctrina europea CILFIT, aunque se efectúe tan solo un control externo o epidérmico.

4ª Se deshace de esta manera la contradicción interna que podría apreciarse en un análisis somero del “doble canon”, de que en unas ocasiones juega la doctrina CILFIT y en otras ocasiones queda fuera de juego, y se deshace también la contraposición externa de la tesis del canon unitario en aparente ausencia de la doctrina CILFIT frente a la presencia de la doctrina CILFIT en el doble canon, poniéndose así de relieve mas bien la confluencia o armonía de la tesis del “doble canon” con la tesis del canon unitario, referidos al examen constitucional de las actuaciones del juez ordinario.

Bibliografía

ALONSO GARCIA, R., “Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010), CDP”. *Cuadernos de Derecho público* nº 38, 2009.

ARROYO JIMENEZ, L., “Hacia la normalización constitucional del Derecho de la Unión europea (A propósito de la STC 145/2012, de 2 de julio)”, *Revista española de Derecho europeo* n° 45, 2013.

AZPITARTE SANCHEZ, M., “La autonomía del Derecho de la Unión y las funciones esenciales de su Sistema jurisdiccional”, en *Teoría y realidad constitucional*, n° 32, 2013.

BALAGUER CALLEJON, F., *Manual de Derecho constitucional*, vol. I, 17 ed., Madrid, 2022.

CABALLERO SANCHEZ, R., “El bono social eléctrico: ¿quién tiene que costear las obligaciones de servicio público en los sectores regulados?”, *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético* (Darnaculleta i Gardella, Esteve Pardo y Martin Ibler, coords.), Madrid, 2020.

CALVO VERGEZ, J., “Pasado, presente y futuro del llamado bono social aplicable en el sector eléctrico español”, *Revista Aranzadi de Derecho ambiental* n° 40, 2018.

CARLON RUIZ, M., “El Tribunal Constitucional como garante del Derecho comunitario. Reflexiones al hilo de la STC 27/2013, de 11 de febrero”, *REDE. Revista española de Derecho europeo*, n° 47, 2013.

CARLON RUIZ, M., “Las obligaciones de servicio público, en especial el servicio universal de telecomunicaciones”, en *Derecho de las telecomunicaciones* (Vida Fernández, de la Quadra Salcedo, y Fernández del Castillo, dirs.), Madrid, 2015.

DE MIGUEL CANUTO, E., “Canon constitucional relativo al Derecho de la Unión: las ayudas comunitarias”, *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, T. III, Padua, 2015.

DE MIGUEL CANUTO, E., “Primacía del Derecho a la Unión y tutela judicial efectiva: garantía constitucional”, en *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito tributario* (Merino Jara, dir., y Vázquez del Rey Villanueva, Suberbiola Garbizu coords.), Madrid, 2021.

FERNANDEZ ALLES, J.J., “La supremacía constitucional en el diálogo jurisdiccional TC TJUE”, *Revista general de Derecho constitucional* n° 23, 2016.

GARCIA TREVIJANO GARNICA, E., “Derecho comunitario y doctrina del Tribunal constitucional español”, *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (Sosa Wagner, coord.), Vol. 1, 2000.

GUILLEN CARAMES, J., “Reflexiones sobre la obligación de elevar cuestión prejudicial por el juez nacional: A propósito de la regulación del bono social eléctrico”, *Revista española de Derecho administrativo* n° 209, 2020.

MANGAS MARTIN, A., “Tribunal Constitucional español y Derecho comunitario europeo”, en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional: libro-homenaje al profesor Antonio Truyol Serra* (Medina Ortega, Mesa Garrido, Mariño Menéndez, coord.), Vol. 2, 1986.

MOLINA del POZO, C.F., y SALDAÑA ORTEGA, V., “Una revisión a la teoría del acto claro: a propósito de la sentencia de 6 de octubre de 2021 (Asunto C-561/19): a vueltas con la doctrina Cilfit”, *Unión europea Aranzadi* n° 12, 2022.

ORDOÑEZ SOLIS, D., “Derechos fundamentales, Derecho comunitario y Tribunal Constitucional español:”o como salir del laberinto”, *Diario La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n° 3, 2003.

SANCHEZ LEGIDO, A., “El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho comunitario en España (A propósito de la STC 58/2004)”, *Derecho privado y Constitución* n° 18, 2004.

TRIANA REYES, B., “Supuestos en que la inaplicación del Derecho comunitario lesiona el art. 24 de la Constitución: STC 75/2017, de 19 de junio de 2017”, *Actualidad administrativa*, n° 10, 2017.

Enrique de Miguel Canuto – Universidad de Valencia (ES)

✉ enrique.de-miguel@uv.es

Doctor en Derecho por la Università di Bologna. Catedrático de Derecho financiero y tributario en la Universidad de Valencia (España)