

Voto particular que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara en relación con la Sentencia del Pleno de 26 de marzo de 2019 dictada en el recurso de amparo avocado núm. 593-2017.

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. 593-2017, por discrepar de su fundamentación y fallo en los términos que defendí en la deliberación del Pleno y que resumidamente expongo a continuación.

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

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

Los poderes públicos “tienen competencias y potestades fiduciarias”, pero no son propiamente titulares de “derechos fundamentales” (SSTC 111/2017, de 5 de octubre,

FJ 5, citando la STC 175/2001, de 26 de julio, FFJJ 4 a 8); se entienden estos como garantías de “libertad en un ámbito de la existencia” (SSTC 25/1985, de 14 de julio, FJ 5, y 81/1998, de 2 de abril, FJ 2). La doctrina constitucional ha admitido, por excepción, que las personas jurídico-públicas puedan hacer valer por la vía del recurso de amparo el relativo a un proceso con todas las garantías reconocido por el art. 24.2 CE (STC 175/2001, de 26 de julio, FJ 8, y las que en ella se citan, y STC 78/2010, de 20 de octubre, FJ 8, por todas).

Considero sin embargo que tal excepción habría de admitirse únicamente cuando la actuación administrativa sometida al control judicial no implicara el ejercicio de prerrogativas o potestades públicas. En tales ocasiones las entidades públicas actúan como tales, investidas de poder o autoridad, como sucede en el caso que nos ocupa. Es evidente que la Administración General del Estado ejerció poder público al imponer el régimen de financiación del llamado bono social eléctrico. Su decisión fue enjuiciada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, que resolvió la controversia planteada mediante una sentencia fundada en Derecho, con una motivación suficiente y no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente. Si se hubiera seguido la interpretación restrictiva que suscribo acerca de la legitimación de las administraciones públicas para interponer demandas de amparo constitucional, se habría acordado la inadmisión del presente recurso.

2. El fundamento jurídico cuarto de la sentencia de la que respetuosamente discrepo fija la doctrina que ha de aplicarse en lo sucesivo para valorar si la decisión de un órgano judicial -incluido el tribunal Supremo- contraria al planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido por el art. 24.2 CE. Se recupera así una doctrina de *doble canon de enjuiciamiento* establecida por la Sentencia de la Sala segunda 58/2004, de 19 de abril, rectificada luego por la de Pleno 78/2010, de 20 de octubre. De acuerdo con aquella, ante una posible vulneración del artículo 24.1 CE, el Tribunal Constitucional habría de emplear un canon flexible -el de mera razonabilidad- si el órgano judicial o la

resolución administrativa, al enjuiciar la decisión y pese a no tratarse de un caso claro, no hubiera planteado la cuestión prejudicial soslayando así la eventual contradicción con el Derecho europeo. Por el contrario correspondería aplicar un canon más incisivo si el órgano judicial en similar circunstancia inaplicó la norma por entenderla desplazada por el Derecho europeo sin suscitar tampoco la citada cuestión, poniendo así en duda la existencia de un proceso con todas las garantías.

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

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

3. El criterio del doble canon de enjuiciamiento suscita varios problemas, que paso a exponer. Para empezar, no resulta de la jurisprudencia constitucional, en contra de lo que la sentencia da a entender. Afirma en sus fundamentos jurídicos cuarto y quinto que, al

enunciarlo ahora bajo esa denominación, el Tribunal se limita a reflejar el criterio que ya venía aplicando desde la ya citada STC 58/2004 y de la 194/2006, también de la Sala segunda; pero no es así.

La STC del Pleno 78/2010, en su FJ 2, rectificó expresamente la doctrina de aquellas sentencias, subrayando la diferencia esencial entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial: “La cuestión de inconstitucionalidad -art. 163 CE- y la cuestión prejudicial del Derecho comunitario -arts. 19.3.b) del Tratado de la Unión Europea (TUE) y 267 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) [antiguo art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)]- están sujetas a regímenes jurídicos, que, en lo que ahora importa, se ajustan a exigencias diferentes”. La contradicción de la ley con la Constitución plantea un problema de validez que solo puede resolver este Tribunal, por lo que el juez que inaplica la ley por inconstitucional sin elevar cuestión vulnera el art. 24.2 CE. En cambio, la contradicción de la ley con el Derecho europeo plantea un problema de estricta aplicabilidad que debe resolver el juez ordinario.

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

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

realizado una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente con relevancia constitucional.

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

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

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

Al aplicar el canon estricto y más exigente de verificación de los requisitos de la doctrina *Cilfit*, el Tribunal Constitucional se verá abocado a descender a cuestiones de mera legalidad, con la consiguiente invasión de la reserva de jurisdicción (art. 117 CE). Quien ha de aplicar tales requisitos a fin de decidir si procede o no promover la cuestión

prejudicial es el juez ordinario; al Tribunal Constitucional le corresponde únicamente verificar que la decisión judicial es motivada y razonable. Por eso, a mi modo de ver, solo si el órgano judicial decidiera no promover la cuestión con argumentos manifiestamente irrazonables, podría entenderse vulnerado el art. 24 CE.

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

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

La doctrina del doble canon conduce pues a que el Tribunal Constitucional, por la vía del art. 24.2 CE, pueda a partir de ahora analizar la jurisprudencia y la legalidad ordinarias (nacional y europea) a fin de valorar si la formulación de la cuestión prejudicial es

procedente o improcedente. Con ello por lo demás acaba actuando como última instancia, en cuyo caso le correspondería a él –con arreglo al Derecho europeo- y no al Tribunal Supremo formular la cuestión prejudicial.

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

Y en ese sentido emito mi voto particular.

En Madrid, a veintiséis de marzo de dos mil diecinueve.