



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 2334/2016, de 2 de noviembre de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 11/2015

SUMARIO:

Energía eléctrica. Financiación del bono social. Derecho Comunitario. El Tribunal Supremo ha dejado sin efecto el llamado bono social eléctrico, que es la tarifa subvencionada que se aplica desde el año 2013 a los consumidores con bajos ingresos, por considerar que vulnera las normas comunitarias para el mercado interior de la electricidad. Se afirma por el Alto Tribunal que el coste de ese descuento se carga de forma discriminatoria a las compañías eléctricas que lo sufragan y que la Administración no ha justificado los criterios con que distribuye el coste de la subvención. Asimismo, se reconoce el derecho de las compañías eléctricas a cobrar una indemnización por las cantidades abonadas en concepto de bono social hasta la fecha de ejecución de la sentencia, de manera que se reintegren todas las cantidades que hayan abonado por ese concepto, más los intereses legales correspondientes. Voto particular

PRECEPTOS:

Directiva 2009/72/CE (normas comunes para el mercado interior de la electricidad), art. 3.2.

Constitución Española, arts. 9.3 y 14.

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 56.1 y 68.1 a).

RDL 6/2009 (medidas en el sector energético y aprobación del bono social), art. 2 y disp. trans. segunda.

Ley 24/2013 (Sector Eléctrico), art. 45.

RD 968/2014 (metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social), arts. 2 y 3.

PONENTE:

Don Diego Córdoba Castroverde.

Magistrados:

Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

Don EDUARDO CALVO ROJAS

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR

Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

Don PEDRO JOSE YAGÜE GIL

SENTENCIA

En Madrid, a 2 de noviembre de 2016



www.civil-mercantil.com

Esta Sala ha visto el presente recurso contencioso-administrativo con el número 11/2015 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don German Marina y Grimau en nombre y representación de la Compañía Gas Natural SDG, S.A., y bajo la dirección letrada de Doña Isabel González Alfaro contra 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. Siendo partes recurridas la Procuradora de los Tribunales Doña María Jesús Gutiérrez Aceves en nombre y representación de la Compañía E.ON España, S.L., el Procurador de los Tribunales Don José Luis Martín Jaureguibeitia, en nombre y representación de Iberdrola, S.A., el Procurador de los Tribunales Don Carlos Mairata Laviña y de la Compañía Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., la Procuradora de los Tribunales Doña María del Rosario Victoria Bolivar actuando en nombre y representación de Endesa, S.A., la Procuradora Doña Mercedes Caro Bonilla en nombre y representación de CIDE Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica, y el Abogado del Estado en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el 19 de enero de 2015, la representación procesal de la Compañía Gas Natural SDG, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social.

Segundo.

Por diligencia de ordenación de fecha 22 de enero de 2015 se tiene por personado y parte recurrente al Procurador Don Germán Marina Grimau, en nombre y representación de Gas Natural SDG, S.A., y se admite a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte, requiriéndose a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo en los términos que establece el artículo 48 de la Ley de esta Jurisdicción (Ley 29/1998, de 13 de julio), y que practique los emplazamientos previstos en el artículo 49 de dicha Ley .

Tercero.

Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el día 10 de marzo de 2015 la representación procesal de Gas Natural SDG, S.A., formuló escrito de demanda, suplicando a la Sala: <<[...] por formalizada la demanda en el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por mi representada contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social y previos los trámites preceptivos, se sirva dictar Sentencia por la que DECLARE:



www.civil-mercantil.com

1º. Que el Real Decreto 968/2014, así como el artículo 45 de la Ley 24/2014 del que trae causa, son contrarios a Derecho comunitario por infracción del principio de no discriminación recogido en el art. 3 de la Directiva 2009/72/CE y por tanto resultan inaplicables.

2º. Subsidiariamente, que el Real Decreto 968/2014, así como el artículo 45 de la Ley 24/2014 del que trae causa, son contrarios a Derecho por infracción de los artículos 14 y 9.3 de la Constitución .

3º. Declare el derecho de mi representada a ser reintegrada en la posición jurídica que ostentaba antes de la aprobación del nuevo mecanismo de financiación del bono social, de tal manera que se le reintegren todas las cantidades que haya podido aportar para la financiación del bono social, y que se determinarán en ejecución de sentencia, más los intereses de demora correspondientes, que se calcularán desde la fecha en que se efectuó el pago.

Por medio de Otrosí Digo: se solicita el recibimiento del pleito a prueba.

Segundo Otrosí Digo: se plantee la pertinente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación del art. 234 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea .

Tercer Otrosí Digo: Se plantee la pertinente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en los términos que establece el art. 35 de la LOTC

Cuarto Otrosí Digo: Se solicita que se admita la presentación de conclusiones.

Quinto Otrosí Digo: La cuantía de este recurso indeterminada por tratarse de la impugnación de una disposición de carácter general>>.

Cuarto.

Con fecha 7 de abril de 2015 el Abogado del Estado formula su contestación a la demanda, en la que tras alegar cuanto estima procedente, se opuso a la misma, interesando a la Sala: <<[...] dicte sentencia por la que se desestime el recurso y se impongan las costas a la recurrente. Con lo demás que sea procedente.

Por medio de Otrosí Dice: Que se opone al planteamiento de la cuestión prejudicial y de inconstitucionalidad que solicita la recurrente>>.

Quinto.

Por diligencia de ordenación de fecha 1 de junio de 2015, se declaró caducado el tramite de contestar a la demanda por parte de la representación procesal de Endesa, SA, Hidroeléctrica del Cantábrico, SA, E.ON España SL e Iberdrola SA.

Sexto.

Por Decreto de 15 de junio de 2015, se acuerda fijar la cuantía del recurso como indeterminada y por Auto de 2 de septiembre de 2015, se acordó recibir el pleito a prueba y conceder al recurrente el término de diez días para la presentación de escrito de conclusiones sucintas, lo que realiza en escrito de fecha 21 de septiembre 2015.

Por diligencia de ordenación de fecha 5 de octubre de 2015, se concede, asimismo a las partes recurridas el plazo de diez días a fin de que presente escrito de conclusiones, lo que lleva a cabo en escrito de fecha 20 de octubre de 2015.

Séptimo.

Por diligencia de ordenación de 29 de octubre de 2015, se tuvo por evacuado el trámite de conclusiones por el Abogado del Estado, por caducado el trámite para Endesa, SA,



www.civil-mercantil.com

Hidroeléctrica del Cantábrico, SA, E.ON España SL e Iberdrola SA, se dieron por concluidas las actuaciones, y se fijó para votación y fallo de este recurso el día 12 de abril de 2016.

Octavo.

Por Providencia de 11 de abril de 2016, se acordó: <<dejando sin efecto el señalamiento para votación y fallo que venía fijado para el día 12 de abril de 2016, se requiere al representante procesal de la Administración del Estado para que en el plazo de diez días informe a esta Sala -aportando la documentación correspondiente- acerca del estado en que se encuentra en este momento la tramitación de los dos procedimientos -por posible ayuda de Estado y por posible infracción (artículo 258 TFUE) en la adaptación de la legislación española al artículo 3.2 de la directiva 2009/72/CE -, ambos iniciados por la Comisión Europea en relación con la regulación del "bono social">>.

Noveno.

Por Providencia de 13 de mayo de 2016, se acordó: <<Queda en suspenso la tramitación del presente proceso hasta que se resuelva el procedimiento de infracción (expediente 2014/2186) iniciado por la Comisión Europea en relación con el régimen de financiación del "bono social", por incorrecta transposición de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento y del Consejo de 13 de julio de 2009; debiendo el representante procesal de la Administración comunicar a esta Sala la resolución que recaiga en el referido procedimiento tan pronto como tenga conocimiento de ella>>.

Por la representación procesal de Gas Natural SDG, S.A., se interpone recurso de reposición contra la providencia de 13 de mayo de 2016, se dio traslado a las demás partes personadas para alegaciones.

La Sala resolvió el recurso de reposición por auto de fecha 21 de junio de 2016 en el que se acordaba: <<Estimar el recurso de reposición interpuesto por la representación de Gas Natural SDG, S.A. contra la providencia de esta Sala de 13 de mayo de 2016, dejando sin efecto la suspensión del procedimiento que se había acordado en dicha providencia a fin de que el proceso continúe su curso>>.

Décimo.

Por providencia de 6 de julio de 2016 se señaló para votación y fallo de este recurso el día 13 de septiembre de 2016, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado todos los trámites previstos.

Undécimo.

Por providencia de 13 de septiembre de 2016, se acordó, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo de la sentencia, conceder a las partes personadas un plazo común de diez días para que formulen alegaciones sobre la incidencia en la resolución de este proceso que pudiera tener la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 7 de septiembre de 2016 , dictada en el asunto C-121/15 , evacuándose dicho trámite, con el resultado que es de ver en autos.

Duodécimo.

Por diligencia de ordenación de 30 de septiembre de 2016, se acuerda unir los anteriores escritos de las partes mencionadas a los autos, tener por evacuado el traslado



www.civil-mercantil.com

conferido por las mismas y, tener por precluido el trámite a las restantes partes personadas, al no haber presentado escrito alguno en el plazo concedido.

Decimotercero.

La deliberación continuó el 18 de octubre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El presente recurso interpuesto por el representante legal de "Gas Natural SDG, SA" se impugna el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre por el que se desarrolla la metodología para fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social.

El recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

1º Infracción del principio de no discriminación del art. 3.1 de la Directiva 2009/72/CE de 13 de julio de 2009 .

El bono social es considerado como una obligación de servicio público de acuerdo con la Directiva 2009/72/CE de 13 de julio de 2009, y así se establece en el art. 45.4 de la Ley del Sector Eléctrico , imponiendo a las empresas matrices de los grupos de sociedades que desarrollen actividades de producción, distribución y comercialización, la obligación de asumir el coste del bono social sin compensación alguna.

A su juicio, dicha obligación infringe el art. 3.1 y el art. 3.6 de la Directiva 2009/72/CE , por cuanto las obligaciones de servicio público deben definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables y al haberse establecido sin compensación económica alguna.

La discriminación se produce tanto respecto a las comercializadoras de último recurso, que reciben compensación, como respecto a las empresas destinadas a la actividad de transporte y al resto de agentes intervinientes en el sector eléctrico, que ejerciendo las mismas actividades de generación, distribución o comercialización (sin estar integrados en un grupo empresarial) no son cargados con la obligación de financiar a fondo perdido el bono social.

La obligación de servicio público que se atribuye a las matrices constituye una medida de protección social, no vinculada a la actividad de suministro a consumidores vulnerables, que el gobierno tiene obligación de prestar y debe ser sufragada por la Administración con cargo a los presupuestos y, sin embargo, se traslada a determinados agentes del sector, de forma discriminatoria. A diferencia de otros mecanismos del sistema eléctrico (este es el caso de la financiación del déficit) en los que sí existe un financiación en forma de adelanto cuyo coste se recupera con intereses, lo que impide aplicar los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que el Tribunal Supremo aplicó en la sentencia de 18 de noviembre de 2013 .

La finalidad perseguida por el RD Ley 9/2013 es la reducción de los costes del sistema, pese a que el bono social es una medida de protección social que debe ser sufragada con cargo a los presupuestos, y sin embargo se impone solo a determinadas empresas (las matrices de los grupos verticalmente integrados) pese a que no tiene relación alguna con la actividad de suministro a favor de los consumidores vulnerables.

Se excluye de esta obligación a las empresas dedicadas a la actividad de transporte, por tratarse de una actividad desarrollada en régimen de monopolio legal y exclusividad y por no poder recuperar en el mercado el eventual coste que tendrían que asumir. La empresa



www.civil-mercantil.com

considera que esta justificación es inconsistente, pues tampoco las empresas distribuidoras y las comercializadoras pueden trasladar dicho coste y en el supuesto que fuera posible estos costes serían asumidos por el consumidor final.

Lo realmente pretendido por el regulador es reducir los costes del sistema en un intento de acabar con el problema del déficit tarifario, haciendo recaer esta obligación (el 99,29 %) sobre las cinco grandes empresas del sector, lo cual resulta contrario a la doctrina sentada en la STJUE de 20 de abril de 2010 (C-265/08) y en aplicación de la doctrina sentada por la STS de 7 de febrero de 2012 .

La ley del Sector Eléctrico establece como mecanismos para determinar el porcentaje de asignación el número de suministros conectados a las redes de distribución de las empresas distribuidoras y el número de clientes de las empresas comercializadoras en las que participe el grupo, excluyendo cualquier parámetro referido a la actividad de generación, lo que, en definitiva, hace recaer la obligación de financiación del bono social sobre cinco empresas (el 99,29 %) cuando el bono social no constituye en sí mismo un coste del sistema eléctrico sino un coste de la política social del Gobierno.

2º En segundo lugar se alega la infracción del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE .

Las obligaciones de servicio público deberán respetar el principio de proporcionalidad que implica que la normativa debe ser adecuada para garantizar la realización de los objetivos que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo. A juicio de la empresa recurrente, el régimen de financiación del bono social no reúne los criterios cumulativos prescritos en el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE pues ni la Ley del Sector Eléctrico ni el Real Decreto Ley 9/2013 ni el Real Decreto impugnado establecen las razones por las que la financiación del bono social por determinadas empresas es necesaria para conseguir el objetivo perseguido, que no es otro que el de asegurar la protección de los clientes vulnerables. No existe fundamento objetivo y razonable que justifique ni la designación de las empresas obligadas a financiarlo ni respecto al método de obtención del porcentaje de reparto, ni que el mecanismo sea el menos gravoso para las empresas afectadas. La obligación es discriminatoria, sino desproporcionada al no tener en cuenta el número de clientes acogidos al bono social o el volumen de energía que consume o el volumen de energía de producen las empresas integradas en las matrices, sino en otros criterios que tan solo persiguen la finalidad de que lo asuman las cinco empresas más representativas del sector, cuando falta el vínculo entre el bono social el método de cálculo elegido para su financiación. Es arbitraria, en el sentido descrito en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 , al fundarse en criterios que no están basados en justificaciones de mercado objetivas o predeterminadas. Se establece una obligación que tiene una duración indefinida y permanente en contra de la sentencia STJUE de 20 de abril de 2010 (Federutility C-265/08) en la que se establece que la intervención del sector público debe limitarse a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo que se persigue. Y esta obligación no es controlable al establecerse por una norma de rango legal cuyas posibilidades de impugnación son limitadas.

Por todo ello solicita la inaplicabilidad del artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico .

3º Nulidad del Real Decreto 968/2014 por resultar inconstitucional en el art. 45 de la Ley 24/2013 de la que trae causa, por ser contrario al art. 14 de la CE , por atentar al principio de igualdad. Y ello porque al reproducir la obligación establecida en el art. 45 de la Ley 24/2013 establece una exacción patrimonial obligatoria para determinados sujetos que operan en el sector eléctrico y no a todos los operadores, sin ninguna motivación o justificación. Existe discriminación por trasladar a estas empresas lo que constituye una ayuda de protección social y por discriminación frente a otras empresas generadoras, distribuidoras o comercializadoras



www.civil-mercantil.com

que no están obligadas a financiar el bono social, lo que provoca una discriminación entre sujetos competidores, gravando artificialmente a unos en beneficio de otros

4º Nulidad del RD impugnado por traer causa del art. 45 de la ley 24/2013 que infringe el art. 9.3 de la Constitución , que proclama la interdicción de la arbitrariedad en el comportamiento y actuación de la Administración.

A su juicio esta exacción patrimonial carece de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad y de relación con el sector eléctrico, que vulnera el art. 9.3 de la Constitución .

La demanda solicita que se declare que:

1º El Real Decreto 968/2014, así como el artículo 45 de la Ley 24/2014 del que trae causa, son contrarios a Derecho Comunitario por infracción del principio de no discriminación recogido en el art. 3 de la Directiva 2009/72/CE , y por tanto resultan inaplicables;

2º Subsidiariamente, el Real Decreto 968/2014, así como el artículo 45 de la Ley 24/2014 del que trae causa, son contrarios a derecho por infracción de los artículos 14 y 9.3 de la Constitución ;

3º Se declare el derecho de la empresa recurrente a ser reintegrada en la posición jurídica que ostentaba antes de la aprobación del nuevo mecanismo de financiación del bono social, de tal manera que se le reintegran todas las cantidades que haya podido aportar para la financiación del bono social, y que se determinarán en ejecución de sentencia, más los intereses legales de demora correspondientes, que se calcularán desde la fecha en que se efectuó el pago.

Segundo.

Sobre las causas de inadmisión por falta de correspondencia entre lo argumentado y lo solicitado y por desviación procesal.

El Abogado del Estado plantea dos motivos de inadmisión del recurso: el primero por entender que se incurre en un defecto legal por falta de correspondencia entre lo pedido y lo alegado al pretender la anulación integral del RD 968/2014 sin plantear ninguna alegación que pueda referirse a la integridad de dicha norma; y en segundo lugar, por desviación procesal por entender que la mención del Real Decreto Ley 9/2013 es puramente incidental y accesorio y que los motivos de impugnación aparecen referidos a la Ley del Sector Eléctrico sin que se cuestionen las concretas previsiones contenidas en el RD 968/2014.

Por lo que respecta a la primera, la entidad recurrente, en su escrito de conclusiones, argumenta al respecto que el real decreto impugnado, en cuando disposición reglamentaria que desarrolla la previsión contenida en el art. 45.5 de la LSE , está aquejada de los mismos vicios de nulidad que se imputa a dicha disposición legal, que contamina el Real Decreto en su totalidad. Así mismo, aclara que lo que se pide es la nulidad del Real Decreto 968/2014 y del artículo 45 de la LSE por vulneración del art. 3 de la Directiva 2009/72/CE y de los artículos 9.3 y 14 de la CE .

Tiene razón la parte recurrente. El Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, directamente impugnado en este recurso, tiene por objeto desarrollar la previsión legal contenida en el apartado 4 del art. 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , en lo relativo al procedimiento y condiciones para el cálculo del porcentaje de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social. Así se establece expresamente en la propia exposición de motivos de la norma impugnada y se desprende claramente del contenido de la misma. De modo que estando referida la impugnación a la norma legal que dota de cobertura a dicha previsión reglamentaria, por su disconformidad con el derecho comunitario y



www.civil-mercantil.com

con la Constitución, la consecuencia lógica es solicitar la nulidad de la totalidad de la norma reglamentaria, por lo que no se aprecia un defecto legal en el modo de proponer su demanda.

En segundo lugar, plantea la inadmisibilidad por desviación procesal por entender que se pretende de la Sala que cuestione la Ley 24/2013 y el RD Ley 9/2013 con motivo de la impugnación del RD 968/2014, cuando sus alegaciones y argumentos se limitan al art. 45.4 de la Ley 24/2013 por lo que la mención del Real Decreto Ley 9/2013 es puramente incidental y accesoria. Además, la recurrente no imputa al Real Decreto que recurre ninguna infracción sobre la que este Tribunal deba pronunciarse, toda su argumentación está referida a la Ley del Sector Eléctrico y no el método y las condiciones para el cálculo de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social, que es lo que constituye el objeto y contenido de la disposición formalmente impugnada.

La causa de inadmisión debe ser rechazada pues nada impide que la impugnación dirigida contra una disposición reglamentaria -Real Decreto 968/2014- se sustente en la consideración de que la norma legal a la que aquella disposición sirve de desarrollo es contraria al Derecho Comunitario, lo que viciaría también al propio Real Decreto, o en el argumento de que la norma con rango de ley vulnera la Constitución. Ambas son líneas de argumentación plenamente admisibles para combatir el Real Decreto impugnado.

Y por otra parte, tampoco se aprecia desviación procesal respecto al Real Decreto Ley 9/2013, pues a lo largo de su demanda cuestiona también esta norma legal por su contradicción con el derecho comunitario, norma cuyas previsiones fueron recogidas en gran medida por la Ley 24/2013, que sí cuestiona al considerar que sus disposiciones son contrarias al principio de no discriminación y al principio de proporcionalidad, entre otros.

No se aprecia la existencia de una desviación procesal.

Tercero.

En el análisis de la cuestión de fondo controvertida debe empezar por advertirse que esta Sala ha examinado de manera conjunta y concordada el presente recurso con los recursos 960/2014, 961/2014, y 16/2015, por ser objeto de impugnación en todos ellos el mismo Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, habiéndose suscitado en los citados procesos cuestiones coincidentes con las que constituyen el objeto del presente recurso.

Por ello seguiremos el criterio sostenido por esta Sala en sus recientes sentencias de 24 de octubre de 2016 (rec. 961/2014) y 25 de octubre de 2016 (rec. 16/2015) y examinaremos los motivos de impugnación esgrimidos por la parte actora alterando el orden en que han sido formulados, pues consideramos procedente abordar en primer lugar la controversia de fondo suscitada acerca de la inaplicabilidad de los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre , y del apartado 4 del artículo 45 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico , por ser contrarios al Derecho Comunitario, dado que la estimación de este motivo conduciría a estimar la pretensión principal de la demandante y sería ya innecesario examinar los vicios de inconstitucionalidad que la parte actora aduce para sustentar la pretensión que formula con carácter subsidiario.

Cuarto.

Naturaleza del "bono social" y su financiación.

El bono social se crea por el artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril , por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social. En la exposición de motivos de dicha norma se justificaba el bono social como un mecanismo adicional de protección para colectivos vulnerables, "imponiendo una obligación de servicio



www.civil-mercantil.com

público, en el sentido del artículo 3 de la Directiva 2003/54/CE , a las comercializadoras de último recurso para que el tránsito a las tarifas de último recurso pueda ser realizado de una forma razonable para todos". Y ello porque la entrada en vigor del nuevo sistema de suministro y de tarifas de último recurso podría implicar que los consumidores más vulnerables sean los que soporten la mayor carga asociada a la eliminación del déficit de tarifa, poniéndose en marcha el bono social "para proteger la seguridad jurídica y confianza legítima de los consumidores más desprotegidos".

Así, el bono social se configura desde su origen como una prestación con un marcado carácter social destinada a proteger a determinados consumidores de electricidad acogidos a la tarifa de último recurso que tuvieran unas determinadas características sociales, de consumo y poder adquisitivo, en relación con el coste de la energía eléctrica de su vivienda habitual.

Como ya dijimos en nuestra STS, de 7 de febrero de 2012 (recurso contencioso-administrativo 419/2010) <<...el bono social se concibe como un mecanismo de protección para los usuarios económicamente débiles integrantes de "colectivos vulnerables", en un momento en que se supone que la eliminación del déficit de tarifa y la necesidad de adaptarse cada vez de forma más completa a un mercado liberalizado de la electricidad va a implicar un mayor coste de ésta>>.

A esta finalidad responde también la regulación del bono social contenida ahora en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , que en sus tres primeros apartados establece lo siguiente:

<< Artículo 45. Consumidores vulnerables.

1. Serán considerados como consumidores vulnerables los consumidores de electricidad que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual.

La definición de los consumidores vulnerables y los requisitos que deben cumplir, así como las medidas a adoptar para este colectivo, se determinarán reglamentariamente por el Gobierno.

2. El bono social resultará de aplicación a los consumidores vulnerables que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que por real decreto del Consejo de Ministros se determinen. A estos efectos, se establecerá un umbral referenciado a un indicador de renta per cápita familiar. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual.

3. El bono social cubrirá la diferencia entre el valor del precio voluntario para el pequeño consumidor y un valor base, que se denominará tarifa de último recurso y será aplicado por el correspondiente comercializador de referencia en las facturas de los consumidores que puedan quedar acogidos al mismo.

El Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, fijará la tarifa de último recurso [...]>>.

La demandante no cuestiona la figura del bono social sino, únicamente, el régimen para su financiación establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , desarrollado luego en el Real Decreto 968/2014, en concreto en sus artículos 2 y 3 . Por tanto, es en la regulación de la financiación del bono social donde debemos centrar nuestra atención.

Quinto.



www.civil-mercantil.com

La decisión de imponer a las empresas eléctricas la financiación del bono social ha de encuadrarse entre las medidas de protección de los clientes finales socialmente vulnerables que se contemplan en la Directiva 2009/72/CE (apartado 53 del Preámbulo y artículo 3, apartados 7 y 8 de la Directiva). En cuanto a la naturaleza jurídica de esta imposición, debe considerarse comprendida entre las obligaciones de servicio público a las que se refiere el apartado 2 del mismo artículo 3 de la Directiva, cuyo contenido es el que sigue:

<<[...] 2. En el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros 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, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima>> .

Desde la perspectiva del ordenamiento interno, la obligación de financiación del bono social constituye una prestación patrimonial impuesta a unos sujetos particulares; y como tal, está sujeta a la exigencia del artículo 31.3 de la Constitución , esto es, debe venir impuesta por una norma de rango de ley. Tal exigencia queda cumplida en virtud del artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , en el que expresamente queda señalado que <<el bono social será considerado obligación de servicio público según lo dispuesto en la Directiva 2009/72/CE [...]>>.

Constatada así la observancia de la exigencia constitucional de que sea una norma con rango de ley la que establece la prestación patrimonial que estamos examinando, procede que entremos a analizar si el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico -luego desarrollado por el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, impugnado en este proceso- se acomoda a las disposiciones contenidas en el ordenamiento comunitario europeo, en particular, en la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

A fin de acotar aún más la cuestión controvertida, debemos reseñar las normas sometidas a contraste.

El artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , establece que el bono social <<[...] será asumido por las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica>>. Y a continuación el mismo precepto señala:

<< (...) El porcentaje de reparto de las cantidades a financiar 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.

Este porcentaje de reparto será calculado anualmente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de acuerdo con el procedimiento y condiciones que se establezcan reglamentariamente. A estos efectos, la referida Comisión publicará en su página web, en el mes de noviembre de cada año la información referida al año móvil anterior y relativa a las medias anuales del número de suministros conectados a las redes de distribución



www.civil-mercantil.com

de las empresas distribuidoras y del número de clientes de las empresas comercializadoras, así como la relación de grupos de sociedades o, en su caso, sociedades, que cumplan el requisito previsto en el primer párrafo del presente apartado.

La citada Comisión remitirá antes del 1 de diciembre de cada año una propuesta de fijación de los porcentajes de financiación que corresponderán a cada una de las sociedades matrices, correspondiendo al Ministro de Industria, Energía y Turismo su aprobación por orden que será publicada en el «Boletín Oficial del Estado».

En todo caso, las aportaciones que debe realizar cada una de dichas sociedades se depositarán en una cuenta específica en régimen de depósito creada al efecto por el organismo liquidador, que será responsable de su gestión>>.

Pues bien, se trata aquí de dilucidar si esa regulación de la financiación del bono social contenida en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, desarrollada en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, es respetuosa con la determinación contenida en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, en cuya virtud las obligaciones de servicio público -entre las que, como hemos visto, se encuadra el bono social- <<[...] deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales>>.

Sexto.

La anterior regulación del régimen de financiación del bono social, que se contenía en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril (artículo 2.5 y disposición transitoria 2ª) y en la Orden ITC/1723/2009, de 20 de junio (disposiciones adicionales 2ª y 3ª), fue objeto de examen en nuestra sentencia ya citada de 7 de febrero de 2012 (recurso contencioso-administrativo 419/2010); y allí esta Sala declaró la disconformidad de aquella regulación con la normativa comunitaria europea que entonces resultaba de aplicación (Directiva 2003/54/CE).

Dado que en los aspectos que ahora nos interesan el contenido de aquella Directiva 2003/54/CE es sustancialmente coincidente, si no idéntico, con el de la Directiva 2009/72/CE que vino a sustituirla, las consideraciones que expusimos en la sentencia de 7 de febrero de 2012 constituyen un inexcusable punto de partida para el examen de la cuestión que nos ocupa.

Como explicábamos en la sentencia de 7 de febrero de 2012, en aquella regulación anterior se establecía que la financiación del bono social <<será compartida por las empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico>> (exposición de motivos y artículo 2.5 del Real Decreto-ley 6/2009), defiriéndose al Ministro de Industria la regulación del procedimiento de liquidación y la fijación de las aportaciones que correspondan a cada una de las empresas; y se contemplaba también que el Ministro pudiese exonerar, por períodos de tiempo determinados y renovables, de tal obligación de financiación a empresas generadoras <<cuando su volumen de negocios a escala nacional se sitúe por debajo de un umbral preestablecido por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos>>.

Aunque el artículo 2.7 del Real Decreto-ley 6/2009 deslegalizaba la regulación del régimen de financiación del bono social, cuya caracterización y financiación quedaban deferidas a su revisión por orden ministerial, la disposición transitoria segunda del propio Real Decreto-ley regulaba provisionalmente dos cuestiones de suma relevancia: de un lado, delimitaba los usuarios que tendrían derecho al bono social, y, de otra parte, identificaba nominalmente las empresas a las que se imponía la financiación y sus respectivos porcentajes. Y aunque el artículo 2.5 del Real Decreto-ley 6/2009 dejaba señalado como criterio de fijación del porcentaje de financiación el volumen de negocio de las empresas de generación, puesto

que lo invocaba como referencia para determinar el umbral por debajo del cual podrían quedar exentas de la obligación de financiación, la mencionada disposición transitoria segunda se limitaba a enumerar las empresas que debían financiar inicialmente el bono social y el porcentaje en que habría de hacerlo, sin indicar la norma transitoria ni el umbral a partir del cual supuestamente se ha eximido a las restantes de participar en el mecanismo de financiación ni el criterio que había aplicado para determinar los porcentajes de participación de las empresas a las que sí se incluye. Además, el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre (disposición adicional segunda) vino a extender el plazo para proceder a la primera revisión de la financiación del bono social hasta el 1 de enero de 2.014, de manera que hasta dicha revisión resultaría aplicable la financiación prevista en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 6/2009 .

Siendo ese, expuesto aquí de forma resumida, el esquema general del régimen de financiación del bono social establecido por el Real Decreto-ley 6/2009, la sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2012 (recurso contencioso-administrativo 419/2010) llegó a la conclusión de que dicha regulación era contraria a la Directiva entonces aplicable (Directiva 2003/54/CE). De la fundamentación de dicha sentencia (fundamento jurídico quinto. 4) interesa reproducir aquí, por su relevancia para la resolución del caso que ahora nos ocupa, los siguientes fragmentos:

<< [...] 4.

[...]

La empresa recurrente aduce precisamente, como ya se ha expuesto, que el sistema de financiación arbitrado por el artículo 2.5 del Real Decreto-ley 6/2009 , cuyo mecanismo de liquidación se establece en la disposición adicional segunda de la Orden impugnada, es contrario a las exigencias de transparencia, ausencia de discriminación y posibilidad de control estipuladas en el artículo 3.2 de la referida Directiva.

[...]

Pues bien, desde esta perspectiva, un examen detenido de la regulación que ya se ha expuesto revela que los referidos requisitos establecidos por la Directiva no han sido respetados y que tiene razón la actora al denunciar que el mecanismo de financiación del bono social -no el propio bono social- supone una obligación para las empresas generadoras obligadas a participar que debe calificarse de discriminatoria y no transparente, además de no resultar controlable ante la jurisdicción en sus parámetros esenciales.

En primer lugar es discriminatoria puesto que carga toda la financiación del bono social en unas empresas concretas de un sector (el de generación de energía eléctrica), sin que se explicita la razón por la que deba imponerse a dicho sector en general y a tales empresas en particular la prestación patrimonial que implica la financiación del bono social. Así, el Real Decreto-ley fija en su artículo 2.5 que la financiación del bono social "será compartida por las empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico" y lo mismo se dice literalmente en el preámbulo, sin que conste ninguna justificación de porqué ha de ser dicho sector, de todo el mercado eléctrico, al que se le imponga dicha carga, y en vez de a todos los sectores empresariales intervinientes en dicho sector (generación, transporte, distribución) o a la generalidad de los usuarios, o a unos y otros o, simplemente, con cargo al presupuesto estatal, dado que en definitiva se trata de la financiación de una ayuda social. Seguramente el Gobierno español pueda optar, frente a otras soluciones presentes en derecho comparado,



www.civil-mercantil.com

porque sea el propio sector eléctrico el que se haga cargo de dicha prestación social o, incluso, una parte de dicho sector; esto es, en forma alguna se rechaza en términos genéricos la capacidad del Gobierno para escoger tal opción. Pero en tales casos y de conformidad con la Directiva 2003/54 CE (hoy substituida en términos análogos, para lo que aquí importa, por la Directiva 2009/72/CE) para prever dicha ayuda social con cargo al sector eléctrico o a una parte del mismo resulta imprescindible que se aduzcan razones suficientes y razonables para ello, que en el presente caso no se expresan ni en la exposición de motivos ni en el texto del Real Decreto-ley, que permitan excluir un trato injustificadamente perjudicial (discriminatorio) para las empresas afectadas y que haga que las obligaciones impuestas sean transparentes y susceptibles de control en cuanto a su aplicación.

[...]

Finalmente, tampoco encontramos ninguna explicación que pudiera ofrecer una razón suficiente para justificar la opción escogida por el Gobierno en la discusión parlamentaria del referido Real Decreto-ley, en la que las referencias al bono social se centran en la finalidad de ayuda social del mismo, no en el mecanismo de financiación.

En lo que respecta a la imposición de la carga de financiación del bono social a una lista nominativa de empresas en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley, nos encontramos con la misma falta de justificación y, consiguientemente, con una decisión igualmente discriminatoria y carente de transparencia. [...] En definitiva, al no fijar dicho criterio ni especificar en virtud de qué parámetros precisos se atribuye el porcentaje de financiación concreto a cada una de las empresas afectadas se impide verificar y controlar a cada una de ellas la exactitud o corrección de tales porcentajes y, en todo caso, se les discrimina respecto a las no incluidas en el listado sin que se haya aplicado el propio criterio legal de fijar un umbral por debajo del cual las empresas quedarían exentas de semejante carga financiera.

Debemos insistir en que la falta de transparencia, en el sentido de no especificarse las razones que han llevado al Gobierno español a decidir mediante el referido Real Decreto-ley que sea el sector de la generación, dentro de los que integran el mercado de la electricidad, el que haya de asumir la financiación del bono social, y que sean unas determinadas empresas generadoras y en porcentajes cuya razón última se desconoce quienes lo hagan ya en términos concretos, origina que tales decisiones o las consecuencias o aplicación de las mismas no puedan ser debidamente controlables ante los tribunales por los sujetos afectados, lo que incumple las exigencias de la Directiva 2003/54/CE [...]>>.

Seguidamente veremos que la nueva regulación de la financiación del bono social establecida en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013 -que reproduce en lo sustancial, ampliándolo, el contenido del artículo 8 del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio - presenta diferencias con respecto a la que se establecía en el Real Decreto-ley 6/2009. Sin embargo, pese a los cambios introducidos, no puede decirse que la nueva regulación sea conforme con los principios y directrices del ordenamiento comunitario. Veamos.

Séptimo.

Ya hemos señalado que la financiación del bono social no se hace recaer ahora sobre empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico, como hacía el artículo 2.5 del Real Decreto-ley 6/2009, sino que, según dispone el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, "...será asumido por las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de



www.civil-mercantil.com

producción, distribución y comercialización de energía eléctrica" (en los mismos términos, el artículo 8.1 del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio).

Las razones para la adopción de este concreto régimen de financiación, frente a otras posibles opciones a las que ya aludíamos en nuestra sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010), no se encuentran en la Ley 24/2013, cuya exposición de motivos nada explica al respecto. Es en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013 -antecedente normativo inmediato de la Ley 24/2013- donde se ofrecen diversas razones que, en síntesis, son las siguientes:

La sentencia de 7 de febrero de 2012 , sin perjuicio de enunciar otras posibles modalidades de reparto del coste igualmente admisibles, señalaba que correspondía al Gobierno elegir la que estimará más adecuada, pudiendo optar «frente a otras soluciones presentes en derecho comparado, porque sea el propio sector eléctrico el que se haga cargo de dicha prestación social o, incluso, una parte de dicho sector».

Partiendo de este hecho, y con el fin de contribuir a la necesaria y urgente reducción de costes del sistema, se juzga necesario modificar el régimen de reparto del coste introducido por la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, imponiendo, como obligación de servicio público, la asunción del coste del bono social a las matrices de las sociedades o grupos de sociedades que realicen actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica y que tengan el carácter de grupos verticalmente integrados.

La imposición de esta obligación a las tales matrices permite, siquiera sea indirectamente, repartir dicha carga entre las principales actividades empresariales intervinientes en el sector eléctrico. Ciertamente, quedaría con ello excluida de tal reparto la actividad de transporte, si bien dicha excepción se considera justificada por tratarse de una actividad regulada, desarrollada en régimen de monopolio legal y exclusividad, siendo así que al transportista único no le resultaría posible, a diferencia de lo que ocurre con las citadas sociedades o grupos de sociedades, recuperar del mercado el eventual coste que hubiera de asumir en dicho concepto, lo que, a la postre, vendría a neutralizar la finalidad perseguida con esta modificación.

Por otro lado, y en consonancia con las exigencias de la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009, según la cual las obligaciones de servicio público deben definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, se establece que, a fin de que el reparto sea equitativo, la recíproca participación de cada una de las tales empresas o grupos de empresas en la asunción del coste sea proporcional al porcentaje que corresponda sobre una cuantía calculada considerando tanto el número de suministros conectados a las redes de distribución como el número de clientes a los que suministra la actividad de comercialización.

De igual modo, en orden a asegurar la permanente adecuación del reparto a las concretas circunstancias del sector y posibilitar su público conocimiento y eventual control, se establece que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, calculará anualmente, sin perjuicio de su ulterior aprobación por el Ministro de Industria, Energía y Turismo, los porcentajes de reparto aplicables y dará publicidad a la información para ello empleada.

Vemos así que, frente a la casi absoluta falta de justificación en que incurría la regulación establecida por el Real Decreto-ley 6/2009, que nuestra sentencia de 7 de febrero de 2012 declaró inaplicable, la regulación de la financiación del bono social establecida en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico -y anticipada en el artículo 8 del Real Decreto-ley 9/2013 -, cuenta con la motivación que acabamos de reseñar. Sin embargo, esas razones que ofrece la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013, en las que abunda la Abogacía del Estado en su contestación a la demanda, no satisfacen las exigencias de la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009, de que las obligaciones de



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales (artículo 3.2 de la Directiva).

Por lo pronto, una vez decidido por el legislador, entre otras opciones posibles, que el coste del bono social sea asumido por los agentes del sistema eléctrico, no queda debidamente explicado en la norma que de esa carga se exonere a la actividad de transporte, pues no parece justificación suficiente la escueta indicación de que, por tratarse de una actividad regulada, desarrollada en régimen de monopolio legal y exclusividad, al transportista único no le resultaría posible recuperar del mercado el eventual coste que hubiera de asumir en dicho concepto.

Pero, incluso asumiendo la exoneración que se dispensa al transporte, debe considerarse carente de claridad y de transparencia así como discriminatoria, a falta de una justificación que no hemos encontrado, la decisión de que entre los agentes que intervienen en los otros tres sectores del sistema eléctrico -generación, distribución y comercialización- el coste de la financiación del bono social se haga recaer únicamente sobre las entidades o grupos empresariales que desarrollen simultáneamente las tres actividades y que tengan el carácter de grupos verticalmente integrados, quedando en cambio eximidos de esa carga todas aquellas sociedades o grupos empresariales cuya actividad se centre en sólo uno o incluso en dos de esos sectores de actividad.

Es cierto que, frente a otras soluciones presentes en derecho comparado en relación con la financiación del bono social, nuestra sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010) reconoce al Gobierno la potestad de optar «[...] porque sea el propio sector eléctrico el que se haga cargo de dicha prestación social o, incluso, una parte de dicho sector». Pero este último inciso -o, incluso, una parte de dicho sector- no puede sacarse de contexto ni invocarse como aval para soluciones discriminatorias. La expresión se utiliza en la sentencia a propósito de la previsión que se contenía en el artículo 2.5 del Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, de un umbral mínimo de volumen de negocios -que habría de establecer el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio- por debajo del cual las empresas generadoras de electricidad podrían quedar exentas de la carga de financiar el bono social, previsión normativa -explica la sentencia- que «[...] apunta claramente a que el criterio de distribución de la carga financiera del bono social debe ser el volumen de negocios a escala nacional». Y lo que señala a continuación la sentencia de 7 de febrero de 2012 es que, ignorando su propia previsión, el Real Decreto-ley se había considerado exento de la necesidad de justificar la inclusión de una serie de empresas para financiar el bono social con exclusión de las restantes, sin haber fijado el criterio de inclusión/exclusión ni especificado en virtud de qué parámetros precisos se atribuía el porcentaje de financiación a cada una de las empresa afectadas. Ahora bien, una cosa es aceptar la posibilidad de que, una vez establecida la carga con carácter general sobre todas las empresas del sector, la norma contemple una exención con arreglo criterios claros, objetivos y transparentes; y otra muy distinta es que pueda invocarse aquel inciso de la sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2012 como respaldo para la exoneración que ahora se dispensa en bloque a todas las empresas o grupos que no desarrollen simultáneamente las actividades de generación, distribución y comercialización, con independencia de su capacidad económica y de su volumen de negocios a escala nacional.

La exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013 no apela de manera clara y explícita a la mayor capacidad económica de los grupos verticalmente integrados como razón para hacer recaer sobre ellos la financiación del bono social; y la Abogacía del Estado, en su contestación a la demanda, excluye expresamente que esa sea la razón. Pero lo cierto es que la exposición de motivos intenta justificar el modelo elegido señalando que "(...) permite, siquiera sea indirectamente, repartir dicha carga entre las principales actividades empresariales



www.civil-mercantil.com

intervinientes en el sector eléctrico". Y sucede que tal afirmación queda desvirtuada por la realidad puesta de manifiesto en actuaciones administrativas posteriores.

La Ley 24/2013 no contiene una relación nominal de las empresas o grupos de empresas que deben asumir la financiación del bono social. Fue la Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014 -Orden dictada en aplicación de lo previsto en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, pero antes de que se hubiese producido el desarrollo reglamentario de ésta mediante el Real Decreto 968/2014- la que vino a identificar a las entidades concernidas y a fijar los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondiente a 2014. El listado de empresas y la fijación de porcentajes lo establece la Orden IET/350/2014, con arreglo al siguiente cuadro:

Sociedad Matriz/Sociedad Porcentaje
de reparto

AGRI-ENERGIA, S.A. 0,048324
AJUNTAMENT DE LLAVORSI 0,001194
CANDIN ENERGIA, S.L. 0,014584
COOPERATIVA ELECTRICA BENEFICA CATRALENSE, COOP. V. 0,011860
COOPERATIVA ELÉCTRICA BENEFICA SAN FRANCISCO DE ASIS, COPP.V.
0,050829
COOPERATIVA POPULAR DE FLUIDO ELECTRICO DE CAMPRODON S.C.C.L.
0,007477
E.ON ESPAÑA, S.L.U. 2,368956
EL GAS, S.A. 0,032535
ELECTRA ADURIZ, S.A. 0,037477
ELECTRA CALDENSE, S.A. 0,043509
ELÉCTRA DE MAESTRAZGO . 0,035470
ELECTRA DEL CARDENER, S.A. 0,012679
ELECTRICA VAQUER, S.A. 0,011082
ENDESA, S.A. 41,612696
ENERGIAS DE BENASQUE, S.L. 0,010454
ESTABANELL Y PAHISA S.A 0,208497
FUCIÑOS RIVAS, S.L 0,014975
GAS NATURAL SDG, S.A 14,185142
GRUPO BERNARDEZ INVERSIONES, S.L. 0,018787
GRUPO CORINPA, S.L 0,000004
HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO S.A. 2,649114
HIJOS DE JOSÉ BASSOLS, S.A 0,078391
IBERDROLA, S.A. 38,474516
NAVARRO GENERACIÓN, S.A 0,007653
PRODUCTORA ELECTRICA URGELENSE (PEUSA), S.A 0,043498
SERVILIANO GARCIA, S.A. 0,009497

El cuadro que acabamos de reproducir permite constatar que solo a cuatro entidades o grupos empresariales se asignan coeficientes o porcentajes significativos, y aun esto con importantes diferencias entre sí -Endesa, S.A. (41,612696%), Iberdrola, S.A. (38,474516%), Gas Natural SDG, S.A. (14,185142 %) y E.ON. España S.L.U. (2,368956%)-, lo que supone que entre las cuatro suman el 96,64131%; mientras que a las restantes 23 empresas que



www.civil-mercantil.com

figuran en el cuadro corresponden coeficientes notablemente reducidos, todos ellos muy inferiores al 1% (el más llamativo es el caso de Grupo Corinpa, S.L., a la que corresponde el 0,000004%), de manera que entre esas 23 empresas suman el 3?35869%.

En parecidos términos, y con una similar distribución de porcentajes, se pronuncia la reciente Orden IET/1451/2016, de 8 de septiembre, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2016 (Boletín Oficial del Estado nº 219, de 10 de septiembre, 7 de marzo).

Así las cosas, difícilmente cabe sostener que el régimen de financiación del bono social establecido en la norma permita repartir dicha carga "entre las principales actividades empresariales intervinientes en el sector eléctrico", cuando, al mismo tiempo, se exonera a otras entidades o grupos empresariales que acaso ocupen una posición comparativamente mucho más relevante por su volumen de negocios a escala nacional, aunque no desarrollen su actividad más que en uno o dos sectores de actividad del sector eléctrico.

La Abogacía del Estado aduce que la verdadera razón de ser del sistema adoptado no reside en la supuesta capacidad y solvencia de las empresas integradas sino que el factor determinante viene dado por <<[...] la propia integración vertical, en tanto que permite la imposición de la carga a aquéllas empresas que, desarrollando la actividad de comercialización, directamente relacionada con el objeto de la medida, se encuentran por virtud de dicha condición verticalmente integrada en mejor condición para neutralizar y minimizar su impacto>>, lo que vendría propiciado -explica el representante procesal de la Administración- porque el grupo empresarial que realiza de manera simultánea diversas actividades en el sector de la electricidad cuenta con un conocimiento más profundo del sector, tiene ciertas economías de escala, cuenta con la posibilidad de contratos intra-grupo que moderen el impacto de las fluctuaciones de precios, etc (...).

Tales explicaciones, aunque razonadas, resultan sin embargo insuficientes. De un lado, no están presentes en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013, que antes hemos reseñado, sino que han sido ofrecidas a posteriori por el representante procesal de la Administración, en su contestación a la demanda. Por otra parte, el propio Abogado del Estado admite que la integración de dos de las actividades, comercialización-generación, propicia esas sinergias y economías de escala a las que se acaba de aludir; y sin embargo, el régimen establecido no impone la financiación del bono social a las entidades o grupos empresariales que desarrollen simultáneamente esas dos actividades, comercialización y generación, sino únicamente cuando desarrollen también la actividad de distribución.

En fin, en relación con el alegato de la demandante sobre vulneración del principio de proporcionalidad debe notarse que la obligación de financiación del bono social no se establece con carácter excepcional, ni con un alcance temporal limitado, sino de forma indefinida y sin retorno ni medida compensatoria alguna.

Tales notas son determinantes para concluir que no son trasladables a este caso, por más que así lo pretenda el representante procesal de la Administración, las consideraciones que expuso el Pleno de esta Sala en sendas sentencias de 18 de noviembre de 2013 (recursos de casación 843/2013 y 848/2013) a propósito de la obligación impuesta a determinadas empresas eléctricas de financiar del déficit de tarifa. No consideramos necesario profundizar más en este punto, pues ya las propias sentencia del Pleno de la Sala se encargan de destacar las diferencias entre la obligación de financiar el déficit de tarifa, cuestión que allí se examinaba, y la controversia resuelta en la sentencia de esta Sección Tercera de 7 de febrero de 2012 relativa al régimen de financiación del bono social; no sólo porque la obligación de financiar el déficit de tarifa se impusiese como un adelanto a título de préstamo, con el consiguiente derecho a su devolución con intereses, lo que no sucede con la financiación del bono social, sino también, y muy señaladamente, porque la de financiar el bono social es una



www.civil-mercantil.com

obligación de servicio público prevista en la normativa comunitaria (entonces la Directiva 2003/54/CE, ahora la Directiva 2009/72/CE), por lo que con relación a ella existe un parámetro europeo de enjuiciamiento que no existía en relación con la obligación de financiar el déficit de tarifa, al no estar prevista esta medida en ninguna norma europea que pudiese erigirse en parámetro de la legalidad del derecho interno.

Octavo.

En definitiva, no queda debidamente justificado en las normas que estamos examinando -tampoco en las explicaciones ofrecidas por la Administración del Estado en el curso de este proceso- que la financiación del bono social se haga recaer sobre determinados agentes del sistema eléctrico, algunos de ellos con muy escaso peso específico en el conjunto del sector, eximiendo en cambio de dicha carga a otras entidades o grupos empresariales que pueden estar en mejores condiciones para asumir aquel coste, 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 aquellas actividades.

Consideramos por ello, por razones análogas a las que expusimos en nuestra sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010) -aunque no enteramente coincidentes, dadas las diferencias en la normativa examinada en uno y otro caso- que el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, desarrollado luego en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, no resulta compatible con la exigencia establecida en artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, donde se establece que las obligaciones de servicio público, como es el caso del bono social- <<[...] deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales>>.

La señalada contradicción de la norma legal y de la disposición reglamentaria directamente impugnada con la Directiva 2009/72/CE obligaría, en principio, a plantear una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 del TFUE. Ahora bien, el órgano jurisdiccional que conoce del proceso queda dispensado de esta obligación de plantear cuestión prejudicial 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 (doctrina del "acto claro" sentada en la STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81; o cuando la cuestión suscitada 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; de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90; y de 19 de enero de 2010, asunto Küçükdeveci, C-555/07), lo que se denominada "doctrina del acto aclarado". Esto último es lo que sucede en el caso que nos ocupa a la vista de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08, Federulity) y, muy en particular, en su reciente sentencia de 7 de septiembre de 2016 (Asunto C121/15, Anode), a la que seguidamente nos referiremos.

En estos casos, aun tratándose de una norma de rango legal, procede inaplicar el derecho interno en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, plasmado en las SsTJUE de 15 de julio de 1964 (asuntos Costa/ENEL), 17 de diciembre de 1979 (asunto Internationale Handelsgesellschaft) y 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal). Sin olvidar que la primacía del derecho comunitario abarca no solo el tenor literal de la norma comunitaria sino la interpretación que de la misma haya realizado el Tribunal de Justicia de la Unión

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, enclosed within a dark rectangular box.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Europea, pues dicha interpretación prevalece sobre cualquiera otra que pueda reconocerse a las normas nacionales destinadas a desarrollar una directiva.

Y así lo ha reconocido también el Tribunal Constitucional, pues aunque en su STC 194/2006, de 19 de junio de 2006, afirmó que ante la existencia de una contradicción entre una ley nacional vigente y una norma comunitaria el «órgano judicial no podía dejar de aplicarla sin plantear, o bien cuestión de inconstitucionalidad, [...], o bien cuestión prejudicial, si estimaba que la regulación establecida [...] era contraria al Derecho comunitario, pues, resultaba 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)>>, en su ulterior STC 78/2010, de 20 de octubre, y tras avocar el asunto a Pleno, modificó su jurisprudencia, rectificando la que deriva de la STC 194/2006, de 19 de junio, declarando que «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»>>.

La decisión de inaplicar la normativa interna, incluso la contenida en norma con rango legal, ya tuvimos ocasión de adoptarla en la sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010) a la que tantas referencias llevamos hechas. En aquella ocasión esta Sala declaró inaplicable el artículo 2, apartado 5, y la disposición transitoria segunda, último párrafo, del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, e inaplicables también, como consecuencia de la anterior declaración de inaplicabilidad, las disposiciones adicionales segunda y tercera de la Orden ITC/1723/2009. Tal pronunciamiento de inaplicación, sin necesidad de planteamiento de cuestión prejudicial, se acordó atendiendo a que el Tribunal de Justicia había dictado la sentencia de 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08, Federulity), que, aunque referida a la Directiva 2003/55, sobre el mercado interior del gas natural, ofrecía una interpretación trasladable al caso que se examinaba, relativo al régimen de financiación del bono social en el sistema eléctrico establecido en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, dado que el artículo 3, apartados 2 y 5, de la Directiva 2003/54 (sistema eléctrico) y el artículo 3, apartados 2 y 3, de la Directiva 2003/55 (gas natural), establecían una regulación coincidente en cuanto a la posibilidad de imponer obligaciones de servicio público y la protección de los colectivos vulnerables.

Las mismas circunstancias concurren ahora en virtud de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-121/15), cuya incidencia para la resolución del presente recurso fue sometida a la consideración de las partes en el trámite de alegaciones que hemos reseñado en los antecedentes noveno y décimo.

La citada STJUE de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-121/15) lleva a cabo una interpretación del artículo 3.2 de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE, que resulta enteramente trasladable al caso que nos ocupa, al ser plenamente coincidente el contenido de ese artículo 3.2 de la Directiva 2009/73/CE, que la sentencia interpreta, con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE. Así, dada la coincidencia de lo dispuesto en el artículo 3.2 de ambas directivas, las consideraciones que expone la STJUE de 7 de septiembre de 2016 en relación con la intervención estatal en los precios del gas son plenamente trasladables al sector eléctrico que aquí nos ocupa, tanto las referidas a la necesaria observancia del principio de proporcionalidad como las relativas a la exigencia de que las



www.civil-mercantil.com

obligaciones de servicio público sean claramente definidas, transparentes, no discriminatorias y controlables.

En el primer aspecto -principio de proporcionalidad- extraemos de la fundamentación de la sentencia del Tribunal de Justicia los siguientes fragmentos:

<< (...) 53 Por lo que respecta al segundo de los requisitos enumerados en el apartado 36 de la presente sentencia, referente al respeto del principio de proporcionalidad, del propio tenor del artículo 106 TFUE resulta que las obligaciones de servicio público que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/73 permite imponer a las empresas deben respetar el principio de proporcionalidad y que, por tanto, esas obligaciones sólo pueden menoscabar la libre fijación del precio del suministro del gas natural, después del 1 de julio de 2007, en la medida necesaria para alcanzar el objetivo de interés económico general que persiguen y, en consecuencia, durante un período de tiempo necesariamente limitado (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de abril de 2010, Federutility y otros, C- 265/08 , EU:C:2010:205 , apartado 33).

54 Si bien corresponde al tribunal remitente apreciar, en el marco del litigio principal, si se cumple esa exigencia de proporcionalidad, compete al Tribunal de Justicia proporcionarle, sobre la base de la información disponible, todas las indicaciones necesarias al respecto relativas al Derecho de la Unión (sentencia de 20 de abril de 2010, Federutility y otros, C-265/08 , EU:C:2010:205 , apartado 34).

55 El respeto del principio de proporcionalidad supone, en primer lugar, que la medida de que se trate sea adecuada para garantizar la realización del objetivo de interés económico general que persigue (sentencia de 21 de diciembre de 2011, Enel Produzione, C-242/10 , EU:C:2011:861 , apartado 55).

56 A este respecto, el tribunal remitente proporciona muy pocos datos para apreciar las razones por las que la imposición de los precios del gas sería necesaria en relación con la consecución de objetivos muy generales como los invocados por el Gobierno francés.

[...]

60 En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha declarado que la duración de la intervención estatal en los precios debe limitarse a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo que persigue (sentencia de 20 de abril de 2010, Federutility y otros, C-265/08 , EU:C:2010:205 , apartados 33 y 35).

61 A este respecto, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que la normativa controvertida en el litigio principal no establece ninguna limitación de la duración de la obligación de proponer a los clientes finales el suministro de gas natural a precios regulados, lo que confiere a esta obligación carácter permanente.

62 La fijación de una duración máxima para las tarifas adoptadas no puede constituir una limitación de esta índole, ya que este mecanismo sólo prevé una revisión periódica del nivel de esas tarifas y no se refiere a la necesidad y las modalidades de la intervención pública en los precios en función de la evolución del mercado del gas.

63 En cualquier caso, incumbe al tribunal remitente apreciar, basándose en los datos precisos de que dispone, si la imposición de una obligación que reviste esencialmente carácter permanente, como la establecida en el artículo L. 410-2 del Código de Comercio , se ajusta a la exigencia recordada en el apartado 55 de la presente sentencia.

64 En tercer lugar, el método de intervención aplicado no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de interés económico general que persigue (sentencia de 20 de abril de 2010, Federutility y otros, C-265/08 , EU:C:2010:205 , apartado 36).

65 A este respecto, de la resolución de remisión se desprende que la intervención controvertida en el litigio principal se basa en el principio de cobertura de los costes íntegros



www.civil-mercantil.com

del suministrador histórico mediante la aplicación de una fórmula representativa de sus costes de abastecimiento y de un método de evaluación de sus costes excluido el abastecimiento elaborados tras el análisis anual de la evolución de los costes que lleva a cabo la autoridad reguladora.

66 En este contexto, la exigencia de necesidad requiere identificar, en principio, el componente del precio del gas en el que resulta necesaria una intervención para alcanzar el objetivo perseguido por la intervención estatal (véase, por analogía, la sentencia de 20 de abril de 2010, Federutility y otros, C-265/08 , EU:C:2010:205 , apartados 36 y 38). Corresponde al tribunal remitente apreciar si el método de intervención en los precios aplicado no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de interés económico general perseguidos y si no existen medidas adecuadas menos restrictivas. [...]>>.

En cuanto a la exigencia de que las obligaciones de servicio público sean claramente definidas, transparentes, no discriminatorias y controlables, la STJUE hace, en lo que aquí interesa, las siguientes consideraciones:

<< (...) 70 Por último, por lo que respecta al tercero de los requisitos enumerados en el apartado 36 de la presente sentencia, en virtud del cual la intervención estatal debe establecer obligaciones de servicio público claramente definidas, transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar el acceso de las empresas de gas de la Unión a los consumidores en igualdad de condiciones, ha de señalarse que el tribunal remitente no ha proporcionado ningún elemento de análisis a este respecto.

71 Por lo que se refiere, en particular, al carácter no discriminatorio de la normativa controvertida en el litigio principal, como el Abogado General señaló en el punto 82 de sus conclusiones, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/73 permite la imposición de obligaciones de servicio público con carácter general «a las compañías de gas natural» y no a algunas empresas concretas. Además, el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva dispone que los Estados miembros «no ejercerán discriminación [entre las compañías de gas natural] en cuanto a derechos y obligaciones». 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 que operan en el sector de la distribución del gas (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, Comisión/Francia, C-220/07 , EU:C:2008:354 , apartado 31).

72 Corresponde al tribunal remitente apreciar si, con la aplicación del régimen de tarifas controvertido en el litigio principal, se cumplen esta exigencia y el resto de los requisitos indicados en el apartado 66 de la presente sentencia.

73 Por tanto, procede responder lo siguiente a la segunda cuestión prejudicial:

- El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/73 , interpretado a la luz de los artículos 14 y 106 TFUE y del Protocolo n.º 26, debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros apreciar si, en aras del interés económico general, deben imponerse a las empresas que operan en el sector del gas obligaciones de servicio público relativas al precio de suministro del gas natural con el fin, en particular, de garantizar la seguridad del suministro y la cohesión territorial, siempre que, por una parte, se cumplan todos los requisitos que establece el artículo 3, apartado 2, de esta Directiva, en especial el carácter no discriminatorio de tales obligaciones, y que, por otra, la imposición de esas obligaciones respete el principio de proporcionalidad.

- El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/73 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a un método de determinación del precio que se basa en una consideración de los costes, siempre y cuando la aplicación de este método no tenga como consecuencia que



www.civil-mercantil.com

la intervención estatal vaya más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de interés económico general que persigue>>.

Trasladando estas consideraciones al caso que nos ocupa, llegamos a la conclusión de que el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, debe ser declarado inaplicable por resultar incompatible con la exigencia establecida en artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, que establece que las obligaciones de servicio público "deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales"; e inaplicable también el citado precepto regulador de financiación del bono social por vulnerar el principio de proporcionalidad, en cuanto hace recaer la carga de financiación sobre determinados agentes del sistema eléctrico, con exclusión de otros, de manera indefinida y sin ningún tipo de medida compensatoria.

Y como consecuencia de lo anterior, debe declararse asimismo inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo dispuesto en el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013.

Noveno.

Establecida así la procedencia de declarar inaplicable el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, desarrollado luego en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, resulta ya innecesario que entremos a examinar tanto el alegato de que nos encontramos ante una "ayuda de Estado" no permitida como la argumentación sobre la inconstitucionalidad del citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013, que aduce la demandante como sustento de la pretensión que formula con carácter subsidiario.

Décimo.

En virtud de lo razonado en los apartados anteriores, procede estimar la pretensión que se formula en el apartado 3 del suplico de la demanda, y, en consecuencia, debe reconocerse a "Gas Natural SDG, SA" el derecho a ser indemnizada por las cantidades abonadas en concepto de bono social en aplicación del Real Decreto 968/2014 impugnado hasta la fecha de ejecución de la sentencia, de manera que se reintegren a la demandante todas las cantidades que haya abonado por ese concepto, que se determinarán en ejecución de sentencia, más los intereses legales correspondientes computados desde fecha en que se hizo el pago hasta la fecha de su reintegro.

Undécimo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede imponer las costas del proceso a ninguna de las partes, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas a los litigantes vencidos (apartado 1 del artículo 139 citado).

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 67 a 73 de la Ley de esta Jurisdicción.

FALLO



www.civil-mercantil.com

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de "Gas Natural SDG, SA" contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social. 2.- Declarar inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE. 3.- Declarar inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo dispuesto en el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre. 4.- Declarar el derecho de "Gas Natural SDG, SA" a ser indemnizada por las cantidades abonadas en concepto de bono social en aplicación del Real Decreto 968/2014 impugnado hasta la fecha de ejecución de la sentencia, de manera que se reintegren a la demandante todas las cantidades que haya abonado por ese concepto, que se determinarán en ejecución de sentencia, más los intereses legales correspondientes computados desde fecha en que se hizo el pago hasta la fecha de su reintegro. 5.- No se imponen las costas procesales a ninguno de los litigantes. 6.- Ordenar la publicación de este fallo en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, a la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo 11/2015, interpuesto por la mercantil GAS NATURAL SDG, S.A. contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

En consonancia con el voto particular que formulé a la sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2012, recaída en el recurso contencioso-administrativo 419/2010, debo expresar, respetuosamente, mi discrepancia con el fallo de la sentencia de 28 de octubre de 2016, que estimó el recurso contencioso-administrativo declarando inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, y declarando inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 de la citada norma reglamentaria.



www.civil-mercantil.com

Mi discrepancia con el pronunciamiento de la sentencia de 28 de octubre de 2016 la sustento en la formulación de los siguientes razonamientos jurídicos:

Primero.-Sobre algunas precisiones relativas a la delimitación del objeto del recurso contencioso-administrativo.

Con carácter preliminar, antes de exponer el núcleo de mi discrepancia con el pronunciamiento de la sentencia, considero oportuno subrayar que el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil GAS NATURAL SDG, S.A. tiene por objeto la impugnación de una disposición general -el Real Decreto 968/2914, 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-, pero advertimos que la pretensión impugnatoria se dirige de forma directa contra el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en cuanto se formula como pretensión principal que se declare que dicha disposición legal es inaplicable por ser contraria al Derecho de la Unión Europea, y, concretamente, al artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, y que, en su caso, si la Sala albergara dudas sobre la incompatibilidad de tal precepto con la normativa de la Unión, se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Con carácter subsidiario se formula la pretensión de que se declare que dicha disposición legal es contraria a los artículos 9.3 y 14 de la Constitución española, y que si la Sala considera que existen dudas sobre la adecuación a la Constitución del artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico, plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional.

Ello determina que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que vela por el respeto al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea de forma cooperativa con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, deba aplicar los cánones y criterios hermenéuticos que han sido utilizados por el Tribunal Europeo resolviendo cuestiones prejudiciales formuladas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, relativas a la compatibilidad de la normativa interna con el Derecho de la Unión.

También resultarían aplicables, si debiéramos analizar la pretensión formulada con carácter subsidiario, los parámetros y técnicas de control utilizados por el Tribunal Constitucional para enjuiciar actos del poder legislativo, excluyendo, por tanto, aquellos criterios establecidos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que son únicamente adecuados para fiscalizar actos y disposiciones administrativas.

En este sentido, debe descartarse que la regulación de la financiación del bono social, que es controvertida en este proceso contencioso-administrativo, se establece en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de noviembre, del Sector Eléctrico, que regula el acceso de los consumidores vulnerables al suministro eléctrico. El legislador reconoce de forma explícita, en sede de este precepto legal, que el bono social será considerado «obligación de servicio público», según lo dispuesto en la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE», y, asimismo, dispone que «será asumido por las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica».

Para comprender el alcance y los presupuestos y condiciones de aplicación del bono social, y el régimen jurídico adoptado para su financiación, procede transcribir el contenido

íntegro del artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , a cuyo tenor:

«1. Serán considerados como consumidores vulnerables los consumidores de electricidad que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual.

La definición de los consumidores vulnerables y los requisitos que deben cumplir, así como las medidas a adoptar para este colectivo, se determinarán reglamentariamente por el Gobierno.

2. El bono social resultará de aplicación a los consumidores vulnerables que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que por real decreto del Consejo de Ministros se determinen. A estos efectos, se establecerá un umbral referenciado a un indicador de renta per cápita familiar. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual.

3. El bono social cubrirá la diferencia entre el valor del precio voluntario para el pequeño consumidor y un valor base, que se denominará tarifa de último recurso y será aplicado por el correspondiente comercializador de referencia en las facturas de los consumidores que puedan quedar acogidos al mismo.

El Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, fijará la tarifa de último recurso.

4. El bono social será considerado obligación de servicio público según lo dispuesto en la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE y será asumido por las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica.

El porcentaje de reparto de las cantidades a financiar 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.

Este porcentaje de reparto será calculado anualmente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de acuerdo con el procedimiento y condiciones que se establezcan reglamentariamente. A estos efectos, la referida Comisión publicará en su página web, en el mes de noviembre de cada año la información referida al año móvil anterior y relativa a 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, así como la relación de grupos de sociedades o, en su caso, sociedades, que cumplan el requisito previsto en el primer párrafo del presente apartado.

La citada Comisión remitirá antes del 1 de diciembre de cada año una propuesta de fijación de los porcentajes de financiación que corresponderán a cada una de las sociedades matrices, correspondiendo al Ministro de Industria, Energía y Turismo su aprobación por orden que será publicada en el «Boletín Oficial del Estado».

En todo caso, las aportaciones que debe realizar cada una de dichas sociedades se depositarán en una cuenta específica en régimen de depósito creada al efecto por el organismo liquidador, que será responsable de su gestión. » .

Quiero también poner de relieve que la nueva regulación de la financiación del bono social, establecida en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrica



www.civil-mercantil.com

, fue anticipada en el artículo 8 del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio , por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, que trata de dar cumplimiento -según se afirma en la Exposición de Motivos- a las exigencias de claridad normativa, transparencia y no discriminación, expuestas en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 (RCA 419/2010), que declaró inaplicable la anterior regulación contenida en el artículo 2, apartado 5, y en la disposición transitoria segunda, último párrafo del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril , por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, por incumplir la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE.

En este sentido, sostengo que el juicio sobre si la reforma legal del régimen jurídico de la financiación del bono social trata de eludir el fallo judicial corresponde al Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161 de la Constitución .

Segundo.- Sobre el Derecho de la Unión Europea invocado como parámetro normativo de enjuiciamiento del artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico .

Comparto el criterio de la sentencia en el extremo que sostiene que el objeto del proceso contencioso-administrativo que enjuiciamos, versa sobre la interpretación de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, que es la norma invocada como parámetro normativo para enjuiciar la supuesta incompatibilidad del artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , con el Derecho de la Unión Europea, y para fundar la petición de que se plantee -en el caso que la Sala lo considere necesario-, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El artículo 3.2 de la Directiva analizada dispone:

« 2. En el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros 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, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. En relación con la seguridad del suministro, la eficiencia energética y la gestión de la demanda, y con miras al cumplimiento de objetivos medioambientales y de objetivos en materia de energía procedente de fuentes renovables, mencionados en el presente apartado, los Estados miembros podrán establecer una planificación a largo plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de que terceros quieran acceder a la red. » .

Como también refiere la sentencia, la Directiva 2009/72/CE, en los apartados 7 y 8 del artículo 3 , contiene una serie de prescripciones dirigidas a los Estados miembros para que adopten las medidas oportunas para garantizar una prestación adecuada de las clases vulnerables para paliar las situaciones de pobreza energética:

« 7. Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, garantizarán una protección adecuada de los clientes vulnerables. A este respecto, cada uno de los Estados miembros definirá el concepto de cliente vulnerable que podrá referirse a la pobreza energética y, entre otras cosas, a la prohibición de desconexión de la electricidad a dichos clientes en períodos críticos. Los Estados miembros



www.civil-mercantil.com

garantizarán la aplicación de los derechos y las obligaciones relacionados con los clientes vulnerables. En particular, los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a los clientes finales de zonas apartadas. Garantizarán un nivel elevado de protección del consumidor, sobre todo en lo que se refiere a la transparencia de las condiciones contractuales, la información general y los procedimientos de resolución de conflictos. Los Estados miembros velarán por que los clientes cualificados puedan cambiar fácilmente de suministrador si así lo desean. Al menos por lo que respecta a los clientes domésticos, estas medidas deberán incluir las que se enuncian en el anexo I.

8. Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas, tales como planes nacionales de acción en materia de energía, prestaciones en el marco de regímenes de seguridad social para garantizar el necesario suministro de electricidad a los clientes vulnerables o el apoyo a mejoras de la eficiencia energética, con el fin de atajar la pobreza energética donde se haya constatado, también en el contexto más amplio de la pobreza en general. Estas medidas no impedirán la apertura efectiva del mercado a que se refiere el artículo 33 ni el funcionamiento del mismo, y se notificarán a la Comisión, cuando proceda, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 15 del presente artículo. En la notificación se podrán incluir también medidas adoptadas dentro del régimen general de seguridad social. » .

A tenor del apartado 15 del artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE , las obligaciones de servicio público que se imponen a las empresas energéticas deberán ser compatibles con las normas de competencia:

« 15. Los Estados miembros informarán a la Comisión, cuando incorporen la presente Directiva, de todas las medidas adoptadas para cumplir las obligaciones de servicio universal y de servicio público, incluidos los objetivos de protección del consumidor y del medio ambiente, y sus posibles efectos en la competencia nacional e internacional, independientemente de que dichas medidas requieran una excepción a lo dispuesto en la presente Directiva. Posteriormente, informarán cada dos años a la Comisión de todos los cambios introducidos en dichas medidas, con independencia de que requieran una excepción a lo dispuesto en la presente Directiva. » .

Los considerandos del Preámbulo de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, que estimo relevantes para el enjuiciamiento de la compatibilidad del artículo 45 de la Ley 2472013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico con el Derecho de la Unión Europea, refieren:

« (37) Los reguladores de la energía deben estar facultados para aprobar decisiones que vinculen a las empresas eléctricas y para imponer o proponer al órgano jurisdiccional competente sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a las que incumplan sus obligaciones. Deben estarlo asimismo para decidir, independientemente de la aplicación de las normas de competencia, medidas oportunas para garantizar beneficios para el cliente mediante el fomento de la competencia efectiva necesaria para el adecuado funcionamiento del mercado interior de la electricidad. Las centrales eléctricas virtuales - concepto que designa un programa de cesión de electricidad por el cual una empresa que produzca electricidad está obligada a vender o a ofrecer un cierto volumen de electricidad, o a dar acceso a parte de su capacidad de generación a los suministradores interesados durante un cierto tiempo - son una de las posibles medidas para fomentar una competencia eficaz y garantizar el correcto funcionamiento del mercado. Los reguladores de la energía también deben estar facultados para contribuir a asegurar un alto nivel de servicio público y universal garantizando la apertura del mercado, la protección de los clientes vulnerables y la plena eficacia de las medidas de protección del consumidor. Estas disposiciones deben entenderse sin perjuicio de los poderes de la Comisión respecto a la aplicación de las normas de competencia, incluido el examen de



www.civil-mercantil.com

las fusiones que tengan una dimensión comunitaria, y de las normas del mercado interior, tales como la libre circulación de capitales. El organismo independiente al que una parte afectada por una decisión de un regulador nacional tendría el derecho de recurrir podría ser un tribunal u otro órgano competente para llevar a cabo el control jurisdiccional.

(45) Los Estados miembros deben garantizar que los clientes domésticos y, cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas tengan derecho a un suministro de electricidad de una calidad determinada a unos precios claramente comparables, transparentes y razonables. Para mantener un elevado nivel de servicio público en la Comunidad, todas las medidas adoptadas por los Estados miembros para alcanzar los objetivos de la presente Directiva deben notificarse periódicamente a la Comisión. La Comisión debe publicar un informe periódico con un análisis de las medidas adoptadas a escala nacional para alcanzar los objetivos de servicio público y una comparación de su eficacia, con el fin de formular recomendaciones sobre las medidas que convendría servicio público. Es importante que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para proteger a los consumidores vulnerables en el contexto del mercado interior de la electricidad. Dichas medidas pueden diferir en función de las circunstancias concretas de cada Estado miembro, y podrán incluir medidas específicas relacionadas con el pago de las facturas de electricidad o medidas más generales adoptadas dentro del sistema de seguridad social. Cuando el servicio universal se preste también a pequeñas empresas, las medidas encaminadas a garantizar que se preste dicho servicio universal podrán variar según estén dirigidas a clientes domésticos o a pequeñas empresas.

(50) Deben reforzarse las obligaciones de servicio público, inclusive en materia de servicio universal, y las consiguientes normas mínimas comunes para asegurarse de que todos los consumidores, en particular los vulnerables, puedan beneficiarse de la competencia y de precios justos. Los requisitos de servicio público en el ámbito nacional deben definirse teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, en el respeto, no obstante, del Derecho comunitario por los Estados miembros. Los ciudadanos de la Unión y, cuando los Estados miembros lo estimen adecuado, las pequeñas empresas deben poder beneficiarse de las obligaciones de servicio público, en particular con respecto a la seguridad del suministro y unos precios razonables. Un aspecto clave en el suministro a los clientes es el acceso a datos sobre el consumo objetivos y transparentes. Por ello, los consumidores deben tener acceso a sus datos de consumo, los precios asociados y los costes del servicio, de manera que puedan invitar a los competidores a hacer ofertas basándose en ellos. Por otra parte, también deben tener derecho a estar adecuadamente informados de su consumo de energía. Los pagos anticipados deben reflejar el consumo probable de electricidad y los diferentes sistemas de pago no deben ser discriminatorios. La información sobre los costes facilitada a los consumidores con la suficiente frecuencia creará incentivos para el ahorro de energía, ya que los consumidores tendrán una respuesta directa sobre los efectos de la inversión en eficiencia energética y de los cambios de comportamiento. A este respecto, la plena aplicación de la Directiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos(1), ayudará a los consumidores a reducir sus costes energéticos.

(53) La pobreza energética es un problema cada vez mayor en la Comunidad. Los Estados miembros afectados que todavía no hayan tomado medidas al respecto, deben desarrollar, en consecuencia, planes de acción nacionales u otros marcos adecuados para luchar contra la pobreza energética, con el fin de reducir el número de personas que padecen dicha situación. En cualquier caso, los Estados miembros deben garantizar el suministro de energía necesario para los clientes vulnerables. De ese modo, podría aplicarse un enfoque integrado, por ejemplo en el marco de la política social, y las medidas podrían incluir políticas

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

sociales o mejoras de la eficiencia energética para la vivienda. Como mínimo, la presente Directiva debe permitir políticas nacionales en favor de los clientes vulnerables . » .

En este sentido, estimo oportuno señalar que la aplicación e interpretación de la Directiva 2009/72/CE, en lo que concierne a la adopción de medidas que traten de paliar y erradicar los supuestos de pobreza energética, debe efectuarse a la luz del artículo 36 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone:

« La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión. » .

Debo también manifestar que, conforme a una consolidada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Estados miembros gozan de un amplio margen de apreciación en la determinación de las obligaciones de servicio público que, en aras del interés económico general pueden imponerse a las empresas que operen en los mercados energéticos, debiendo conciliar, a tal efecto, los objetivos perseguidos por la Directiva aplicable, debiendo respetar los principios de certeza normativa, transparencia y no discriminación, así como el principio de proporcionalidad y ser controlables.

Tercero.- Sobre los antecedentes de la regulación de la financiación del bono social establecida en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico .

La primera respuesta del Gobierno español a paliar los efectos de la denominada pobreza energética se plasmó en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, se exponen las razones del Gobierno, en posición de legislador de urgencia, para establecer el bono social como medida de protección de los clientes mas vulnerables que pueden verse afectados negativamente en el derecho de suministro de energía eléctrica para la implantación de la tarifa de último recurso en los siguientes términos:

« Procede en segundo lugar establecer mecanismos adicionales de protección para colectivos vulnerables, imponiendo una obligación de servicio público, en el sentido del artículo 3.º de la Directiva 2003/54/CE , a las comercializadoras de último recurso para que el tránsito a las tarifas de último recurso pueda ser realizado de una forma razonable para todos. La inminencia de la entrada en vigor del nuevo sistema de suministro y de tarifas de último recurso podría implicar que los consumidores más vulnerables sean los que soporten la mayor carga asociada a la eliminación del déficit de tarifa. La protección extemporánea impediría la suavidad del cambio por lo que se requiere la puesta en marcha de forma inminente de un bono social para proteger la seguridad jurídica y confianza legítima de los consumidores más desprotegidos. La financiación de este bono social será compartida por las empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico. Ante la puesta en marcha de la tarifa de último recurso el próximo 1 de julio, se regula de forma transitoria el mecanismo de financiación del déficit y del bono social. » .

Tras la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 , que declaró inaplicables las disposiciones relativas a la financiación del bono social, contenidas en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, y en la Orden IET/1723/2009, por ser contrarias a los principios de transparencia y no discriminación, enunciados en el artículo 3 de la Directiva 2003/54/CE , se aprobó, en cumplimiento de la citada sentencia, el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas



www.civil-mercantil.com

urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, en cuyo artículo 8 se dispone:

«1. El coste del bono social será asumido por las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades, que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica.

2. El porcentaje de reparto de las cantidades a financiar 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.

Este porcentaje de reparto será calculado anualmente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. A estos efectos, la referida Comisión publicará en su página web, en el mes de noviembre de cada año la información relativa a 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, así como la relación de grupos de sociedades o, en su caso, sociedades, que cumplan el requisito previsto en el apartado 1.

La citada Comisión remitirá antes del 1 de diciembre de cada año una propuesta de fijación de los porcentajes de reparto que corresponderán a cada una de las sociedades matrices, correspondiendo al Ministro de Industria, Energía y Turismo su aprobación por orden que será publicada en el «Boletín Oficial del Estado».

Las aportaciones que deban realizar cada una de dichas sociedades se depositarán en una cuenta específica en régimen de depósito creada al efecto por el organismo liquidador, que será responsable de su gestión.

3. Por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo se podrá modificar el procedimiento y condiciones en que se realizarán las aportaciones que correspondan a cada una de las empresas.».

En el preámbulo del Real Decreto-ley 9/2013, se explicita de forma clara y precisa cuáles son las razones por las que se imponen a determinadas empresas que operan en el mercado eléctrico la carga de financiar el bono social, del que resultan beneficiarios los clientes mas vulnerables:

« En el presente real decreto-ley se acomete, igualmente, la modificación del régimen de asunción del coste del bono social.

Es bien sabido que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 , por la que se estimó el recurso ordinario 419/2010, declaró inaplicables, por una parte, el artículo 2.5 y el último párrafo de la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril , por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social relativos ambos a la asunción del coste del bono social por parte de determinadas empresas del sector; y por otra, la disposición adicional segunda de la Orden ITC/1723/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de julio de 2009 y las tarifas y primas de determinadas instalaciones de régimen especial, en la que se desarrolla el mecanismo de financiación del bono social, así como la disposición adicional tercera de la citada orden, que recoge las tarifas de referencia para su aplicación.



www.civil-mercantil.com

Por este motivo, y con el fin de dar cumplimiento a esta sentencia y dar continuidad a esta medida de protección adicional del derecho al suministro de electricidad en el marco de la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, mediante la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2012 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, se estableció, el bono social como coste del sistema eléctrico, y por tanto, cubierto por todos los consumidores eléctricos, y las tarifas de referencia para la aplicación del bono social.

No obstante, dicha solución, que fue adoptada a fin de subvenir de forma inmediata a la nueva situación determinada por la sentencia de 7 de febrero de 2012 y comportaba, en esencia, la traslación del coste del bono social al conjunto de los consumidores, nunca tuvo vocación de permanencia y se revela como especialmente inadecuada en el presente momento, dado el particular contexto de disminución de ingresos e incremento de costes a que se ha aludido con anterioridad, con grave riesgo de inmediata aparición de nuevos desajustes de no adoptarse con urgencia medidas correctoras.

En este sentido, es cierto que la sentencia de 7 de febrero de 2012, sin perjuicio de enunciar otras posibles modalidades de reparto del coste igualmente admisibles, señalaba que correspondía al Gobierno elegir la que estimará más adecuada, pudiendo optar «frente a otras soluciones presentes en derecho comparado, porque sea el propio sector eléctrico el que se haga cargo de dicha prestación social o, incluso, una parte de dicho sector».

Partiendo de este hecho, y con el fin de contribuir a la necesaria y urgente reducción de costes del sistema, se juzga necesario modificar el régimen de reparto del coste introducido por la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, imponiendo, como obligación de servicio público, la asunción del coste del bono social a las matrices de las sociedades o grupos de sociedades que realicen actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica y que tengan el carácter de grupos verticalmente integrados.

En efecto, la imposición de esta obligación a las tales matrices permite, siquiera sea indirectamente, repartir dicha carga entre las principales actividades empresariales intervinientes en el sector eléctrico. Ciertamente, quedaría con ello excluida de tal reparto la actividad de transporte, si bien dicha excepción se considera justificada por tratarse de una actividad regulada, desarrollada en régimen de monopolio legal y exclusividad, siendo así que al transportista único no le resultaría posible, a diferencia de lo que ocurre con las citadas sociedades o grupos de sociedades, recuperar del mercado el eventual coste que hubiera de asumir en dicho concepto, lo que, a la postre, vendría a neutralizar la finalidad perseguida con esta modificación.

Por otro lado, y en consonancia con las exigencias resultantes de la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, según la cual las obligaciones de servicio público deben definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, se establece que, a fin de que el reparto sea equitativo, la recíproca participación de cada una de las tales empresas o grupos de empresas en la asunción del coste sea proporcional al porcentaje que corresponda sobre una cuantía calculada considerando tanto el número de suministros conectados a las redes de distribución como el número de clientes a los que suministra la actividad de comercialización. De igual modo, en orden a asegurar la permanente adecuación del reparto a las concretas circunstancias del sector y posibilitar su público conocimiento y eventual control, se establece que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, calculará anualmente, sin



www.civil-mercantil.com

perjuicio de su ulterior aprobación por el Ministro de Industria, Energía y Turismo, los porcentajes de reparto aplicables y dará publicidad a la información para ello empleada.

Adicionalmente, se contempla que la caracterización del bono social será la que resulta de la aplicación de la Resolución de 26 de junio de 2009, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se determina el procedimiento de puesta en marcha del bono social y en las disposiciones adicionales cuarta y quinta de la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2012 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial . » .

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en su artículo 45 , bajo la rúbrica « Consumidores vulnerables », establece la regulación del bono social en los términos que hemos transcrito con anterioridad.

Procede, así mismo, dejar constancia de que el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 6 de noviembre de 2014, -emitido respecto del proyecto de Orden, por la que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar, relativas al bono social (que determinó, entre otros aspectos, que se modificara el rango normativo de la disposición proyectada al corresponder el desarrollo reglamentario de la Ley 24/2013 al Gobierno)-, se pronunció sobre la conformidad de la norma reglamentaria reguladora del bono social con el ordenamiento europeo

Transcribimos, por su elevado rigor técnico algunos fragmentos de este Dictamen del Consejo de Estado:

« Aun sin ser este el lugar apropiado para el examen de la conformidad al ordenamiento europeo de dicha decisión, dado su origen legal (en una norma cuyo anteproyecto, por lo demás, fue informado favorablemente por el Consejo de Estado en su dictamen 937/2013, de 12 de septiembre), ante las alegaciones que ponen en tela de juicio tal conformidad, es importante subrayar las diferencias entre el modelo vigente y el previsto en el artículo 2.5 y el último párrafo de la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril , por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, que fueron declarados inaplicables en virtud de Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 7 de febrero de 2012

En el modelo implantado por el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, la financiación del bono social fue atribuida a las empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico, habilitándose al entonces Ministro de Industria, Turismo y Comercio para exonerar a determinados titulares cuando su volumen de negocios a escala nacional se situase por debajo de un umbral preestablecido por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Por su parte, la disposición transitoria segunda, tras prever la aplicación automática del bono social desde el 1 de julio de 2009, procedió a identificar las empresas obligadas a contribuir a dicha financiación, especificando los concretos porcentajes en que cada una de ellas debía hacerlo hasta la primera revisión del modelo, la cual tenía de plazo hasta el 1 de enero de 2014, conforme a la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre , por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

Al analizar este modelo, el Tribunal Supremo constató que, "pese a que el artículo 2.5 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril , apunta como criterio de fijación del porcentaje de financiación el volumen de negocio de las empresas de generación, puesto que lo utiliza para determinar el umbral por debajo del cual podrían quedar exentas de la obligación de financiación, la disposición transitoria se limita a enumerar las empresas que han de financiar inicialmente el bono social y su porcentaje de financiación, sin indicar ni el umbral a partir del



www.civil-mercantil.com

cual supuestamente se ha eximido a las restantes de participar en el mecanismo de financiación, ni el criterio para determinar los porcentajes de participación de las empresas a las que sí se incluye. Posteriormente, el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico (disposición adicional segunda), ha extendido el plazo de 4 años para proceder a la primera revisión de la financiación del bono social hasta el 1 de enero de 2014 y hasta dicha revisión resulta aplicable la financiación prevista en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 6/2009".

Un examen detenido de dicha regulación condujo al Tribunal Supremo en la resolución judicial citada a apreciar la vulneración de los requisitos establecidos en el Derecho europeo (previstos en sentido coincidente, primero, en la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y, después, en la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, del mismo título), entre ellos que las obligaciones de servicio público que se impongan a las empresas eléctricas sean "transparentes, no discriminatorias y controlables":

* El modelo se consideraba discriminatorio, "puesto que carga toda la financiación del bono social en unas empresas concretas de un sector (el de generación de energía eléctrica), sin que se explicita la razón por la que deba imponerse a dicho sector en general y a tales empresas en particular la prestación patrimonial que implica la financiación del bono social". No se rechazaba en términos genéricos la capacidad del Gobierno para escoger la opción de atribuir la financiación del bono social al sector eléctrico o a una parte del mismo, pero "resulta imprescindible que se aduzcan razones suficientes y razonables para ello", lo que, a juicio del Alto Tribunal, no había sucedido.

* En relación con la imposición de la carga de financiación del bono social a una lista nominativa de empresas en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, se apreciaba "la misma falta de justificación" y, por ende, "una decisión igualmente discriminatoria y carente de transparencia".

* La falta de transparencia derivaba de no haberse especificado las razones que llevaron al Gobierno español a decidir mediante el referido real decreto-ley que fuera el sector de la generación, dentro de los que integran el mercado de la electricidad, el que hubiese de asumir la financiación del bono social, y que fueran unas determinadas empresas generadoras y en porcentajes cuya razón última se desconocía quienes lo hicieran ya en términos concretos. Ello originaba que tales decisiones o las consecuencias o aplicación de las mismas no pudieran ser debidamente controlables ante los tribunales por los sujetos afectados, lo que incumplía las exigencias del ordenamiento europeo.

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en la línea marcada por el artículo 8 del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, ha optado por imponer la obligación de servicio público de contribuir al pago del bono social a las entidades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica, por lo que, a diferencia del modelo anterior, los efectos de esta obligación no recaen en exclusiva sobre los actores que ejercen una de estas actividades, sino sobre los que participan en todo el ciclo de suministro. A su vez, el legislador no procede a identificar estas concretas entidades ni mucho menos a especificar el porcentaje en que cada una de ellas debe estar implicada en la financiación del bono social, sino que establece las pautas a través de las cuales dicho porcentaje tiene que fijarse: el porcentaje de reparto ha de calcularse, 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



www.civil-mercantil.com

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.

Finalmente, la ley citada ha previsto los pasos que deben seguirse con vistas a la determinación de tales porcentajes.

ii) A partir de las pautas señaladas, la determinación -con periodicidad anual- de los porcentajes de reparto de las cantidades cuya financiación corresponde a las entidades afectadas ha de seguir tres pasos:

- El establecimiento por vía reglamentaria del procedimiento y las condiciones en las que la CNMC ha de efectuar el referido cálculo. Como mecanismo de control y transparencia del mismo, se impone a la CNMC la publicación en su página web en el mes de noviembre de cada año de la información relativa a 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, así como la relación de grupos de sociedades o, en su caso, sociedades, que estén obligadas a contribuir a la financiación.

- La remisión por la CNMC antes del 1 de diciembre de cada año de una propuesta de fijación de los porcentajes de financiación que corresponderán a cada una de las sociedades matrices.

- La aprobación de los porcentajes de reparto por el Ministro de Industria, Energía y Turismo por orden que será publicada en el BOE.

Todos los pasos descritos están encaminados a garantizar que el sistema de reparto, satisfaciendo los requisitos del ordenamiento europeo, sea no discriminatorio, transparente y controlable. El primer hito, al que responde la disposición proyectada, consiste en la concreción del cauce a través del cual la CNMC recaba la información necesaria para el cálculo de los porcentajes y la hace pública, teniendo en cuenta que dicha información servirá de base para la propuesta que remita al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, al que corresponde la aprobación de tales porcentajes . » .

Cuarto.- Sobre la legitimidad de la decisión del legislador de imponer obligaciones de servicio público a las empresas eléctricas para garantizar el derecho al suministro eléctrico de los consumidores vulnerables.

Comparto el criterio de la sentencia, dictada por esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el extremo que reconoce que «la decisión del legislador de imponer a las empresas eléctricas la financiación del bono social ha de entenderse entre las medidas de protección de los clientes finales socialmente vulnerables que se contemplan en la Directiva 2009/72/CE».

En este mismo sentido, considero que la implementación del bono social, cuya regulación se plasma en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , en favor de los consumidores vulnerables, constituye una medida coherente con las previsiones contempladas en la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, en cuanto trata de garantizar el acceso al suministro eléctrico de los consumidores mas vulnerables, y que, por ello, puede caracterizarse, a los efectos de aplicación de la normativa de la Unión Europea, de obligación de servicio público, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la mencionada norma comunitaria, a los efectos de que el Estado imponga a las empresas eléctricas la carga de su financiación.

Por tanto, presto mi conformidad a la consideración que realiza la sentencia respecto de que el establecimiento del bono social se encuentra amparado por el considerando 53 del



www.civil-mercantil.com

Preámbulo y los apartados 7 y 8 del artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE , a cuyo tenor «los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, garantizarán una protección adecuada de los clientes vulnerables, incluidas medidas que les ayuden a evitar la interrupción del suministro».

Cabe poner de relieve que la Directiva 2009/72/CE, pretende la realización de un mercado interior de la electricidad plenamente operativo y competitivo, seguro y sostenible, desde la perspectiva medioambiental, que se fundamenta en la noción de servicio público, y promueve, entre otros objetivos, velar por la protección adecuada de los intereses de los clientes domésticos finales mas vulnerables.

En un contexto de crisis económica y social, como la que han padecido y padecen Estados miembros de la Unión Europea, derivada de la crisis financiera internacional, que ha supuesto el empobrecimiento de amplias capas de la población, cabe recordar la responsabilidad que asumen las autoridades e instituciones de la Unión Europea y los gobiernos de los Estados miembros de garantizar de forma efectiva los derechos sociales que forman parte del estatuto de ciudadanía social europea; y, singularmente, de preservar el derecho de acceso a los servicios básicos de interés económico general, con el fin de fortalecer la cohesión social siguiendo el imperativo comunitario expuesto en el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Quinto.- Sobre la compatibilidad del artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , con el Derecho de la Unión Europea.

Mi discrepancia con la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2016 se centra en cuestionar el pronunciamiento relativo a la declaración de ser inaplicable el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE.

En este sentido, quiero expresar que no comparto la decisión de la Sala, que, en la expresión de su voto mayoritario, considera que el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , resulta incompatible con las exigencias expresadas en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE , que establece que «las obligaciones de servicio público "deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales" .

También discrepo del pronunciamiento de la sentencia en cuanto declara inaplicable el citado precepto legal regulador de la financiación del bono social por vulnerar el principio de proporcionalidad, porque -según se aduce- hace recaer la carga de financiación sobre determinados agentes del sistema eléctrico, con exclusión de otros operadores.

Desde una perspectiva sustantiva o material, considero que debía haberse desestimado en su integridad el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil GAS NATURAL SDG, S.A. contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social, que regula el mecanismo de liquidación del bono social, en cuanto que cabe rechazar que el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , sea contrario al Derecho de la Unión Europea.

A mi juicio, la decisión del legislador de imponer la carga de financiar el bono social a las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica, no incumple las exigencias de certeza normativa, transparencia y no ser discriminatoria, establecidas en el artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 , sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

Al respecto, sostengo que el análisis de la regulación del régimen jurídico de la financiación del bono social debe realizarse partiendo del contexto jurídico y económico del mercado eléctrico español, valorando la concreta posición en el mercado y el grado de capacidad económica de las empresas del sector designadas para asumir esa carga.

También cabe valorar si la asunción de dicha prestación de carácter patrimonial se encuentra compensada por la obtención de beneficios intangibles por las empresas designadas, derivados del reforzamiento de su imagen corporativa y de la mejora de su reputación, por contribuir al desarrollo social de las personas más vulnerables.

Y debe partirse de la premisa hermenéutica de que, conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia, como ya hemos recordado, los Estados miembros están obligados a garantizar la plena eficacia de la Directiva 2009/72/CE, disponiendo de un amplio margen de apreciación respecto de la elección de los medios apropiados para alcanzar los objetivos perseguidos [sentencia de 9 de noviembre de 2006 D-216/05].

En este sentido, cabe señalar que la obligación impuesta a determinadas empresas del sector eléctrico de contribuir a financiar el bono social, del que resultan beneficiarios los consumidores mas vulnerables, constituye una medida de política económica y social, que adopta el legislador de un Estado atendiendo a numerosos factores de índole económica y social con la finalidad de cumplir el objetivo de cohesión social enunciado en la misma Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

A mi juicio, la medida legislativa, que pretende facilitar el acceso al suministro eléctrico a las personas mas desfavorecidas, no se revela ni contraria al mantenimiento de la unidad del mercado en el sector eléctrico, ni a la libertad de establecimiento, ni a la libertad de empresas, ni es discriminatoria ni arbitraria, en cuanto que es necesaria, y está justificada por perseguir el interés general.

La determinación de los sujetos obligados no puede ser tachada de discriminatoria por exonerar a algunos agentes que operan en el mercado eléctrico, porque estimo que esa desigualdad de tratamiento normativo responde a criterios objetivos vinculados al principio de racionalidad económica, que es uno de los paradigmas rectores de la buena regulación normativa, y está justificada al ampararse en la existencia de elementos diferenciadores de especial relevancia jurídica y económica.

Al respecto, no se puede obviar la singular estructura competitiva del mercado español de energía eléctrica -tal como ha sido puesto de relieve por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 17 de octubre de 2013, C-566/11)-, que determina que aquellos grupos empresariales que simultanean las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica detentan una posición pivotal, que les permite obtener ventajas competitivas respecto de otros agentes que desarrollan su actividad empresarial en sólo uno de los sectores, y que, en consecuencia, tienen la capacidad económica y la competencia empresarial para asumir esa carga al operar en economías en escala, que les permite repercutir esa carga entre las principales actividades desarrolladas.

El legislador podría configurar la financiación del bono social como coste del sistema eléctrico, y, también, podría prever su financiación mediante la creación de un fondo social a cargo de los Presupuestos del Estado, pero no cabe objetar, desde el respeto al principio de transparencia, la decisión de que la carga sea asumida como obligación de servicio público por aquellos grupos empresariales que se encuentren objetivamente en una posición de ventaja



www.civil-mercantil.com

competitiva en el mercado eléctrico, y que estén en condiciones de recuperar su coste del propio mercado.

Tampoco comparto la tesis que se desarrolla en la sentencia respecto de que la exclusión de la actividad de transporte sea determinante para considerar discriminatoria la medida adoptada en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico

La imposición de la carga de soportar la financiación del bono social a todos los agentes que operan en el mercado eléctrico de forma genérica e indiferenciada, y con abstracción, por tanto, de la posición que ostentan en el mercado eléctrico, que comportaría que debieran asumir también su coste de forma indiscriminada, los productores de energía eléctrica no integrados verticalmente, así como las empresas distribuidoras y las empresas comercializadoras de menor volumen de negocio -según parece que propugna la sentencia, para cumplir, en cuanto a la determinación de los sujetos obligados, la exigencia de no discriminación a que alude el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE -, podría suponer una barrera a la entrada de nuevos operadores que pretenden desarrollar exclusivamente su actividad en el sector de la producción de electricidad, en el de la distribución o en el de la comercialización de energía eléctrica.

En suma, considero que la medida adoptada por el legislador español en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, no se opone al artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, en cuanto respeta los requisitos de certeza normativa, transparencia, no discriminación y ser controlable, y es proporcionada en razón de las circunstancias expuestas.

Sexto.- Sobre la necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativa a la compatibilidad del artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico con el Derecho de la Unión Europea.

A mi juicio, desde la perspectiva formal o procesal, debería haberse planteado, con carácter previo a adoptar este fallo, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Cabe recordar que, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 232/2015, de 5 de noviembre, «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».

Estimo que en el recurso contencioso-administrativo que enjuicamos existe una duda objetiva y razonable sobre la solución del litigio, derivada del supuesto incumplimiento por la regulación de la financiación del bono social, establecida en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, de las exigencias enunciadas en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, por lo que procedería el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con carácter previo a dictar sentencia.

Sostengo también que en este proceso contencioso-administrativo no concurren las situaciones que, conforme a la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, 6 de octubre de 1982, 19 de noviembre de 1991, 15 de julio de 2010 y 28 de junio de 2016), determinan que sea innecesario el planteamiento de cuestión prejudicial: a) que la correcta aplicación del Derecho Comunitario puede imponerse con tal evidencia que



www.civil-mercantil.com

no deja lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión, o b) que la cuestión suscitada fuera materialmente idéntica a otra que ha sido objeto de una decisión prejudicial.

Por el contrario, estimo que la solución de la controversia sobre la regulación de la financiación del bono social, suscita dudas serias en cuanto a la correcta aplicación e interpretación del artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE , que con la misma evidencia podían importar a otros órganos judiciales nacionales de los otros Estados miembros de la Unión Europea o al mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que determinaba la obligación de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

En este sentido, ya he expuesto mi criterio, de que no aprecio la concurrencia de una evidente contradicción o incompatibilidad entre el contenido del artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , con el artículo 3, de la Directiva 2009/72/CE , que permita sostener que la obligación de servicio público impuesta a las empresas titulares de instalaciones de generación, distribución y comercialización del sistema eléctrico de contribuir a la financiación del bono social incumpla, en abstracto, las exigencias derivadas de los principios de transparencia y no discriminación, en cuanto que cabe tener en cuenta las circunstancias y condiciones concurrentes en el sector eléctrico español, y, particularmente, la realización del proceso de liberalización, la posición de predominio de determinadas empresas que desarrollan simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización, que conservan beneficios regulatorios, que justifican la legalidad y equidad de esta decisión, adoptada por el legislador por razones de interés económico general, pues pretende alcanzar objetivos enunciados en la propia Directiva, dentro del respeto al Derecho Comunitario.

Considero que no resultan determinantes para resolver este proceso los criterios expuestos en la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2016 (C-121/15), que resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés que versaba sobre si el régimen de tarifas reguladas para la venta de gas natural, en el extremo que impone al operador histórico la obligación de proponer al consumidor final el suministro de gas natural a tarifa regulada era comparable con el Derecho de la Unión Europea.

Aprecio diferencias sustanciales entre este caso, resuelto por el Tribunal de Justicia, con los presupuestos fácticos y jurídicos examinados en este proceso contencioso-administrativo. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia se sustenta, siguiendo las conclusiones del Abogado General, en que la regulación controvertida, enjuiciada a la luz de la Directiva 2009/73/CE; aunque no impida que el suministrador histórico y los suministradores alternativos propongan ofertas competidoras a precios inferiores, resulta incompatible con la citada Directiva y con el artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en la medida que la regulación cuestionada constituye un obstáculo a la libre competencia, lo que evidencia que son claramente diferenciables los intereses jurídicos que se trata de preservar en uno y otro proceso, seguido ante los órganos judiciales nacionales de España y Francia.

Los considerandos del Preámbulo de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE, en que se fundamenta la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2016, también difieren de los considerandos del Preámbulo de la Directiva 2009/72/CE , a los que la sentencia de esta Sala hace referencia:

« (44) El cumplimiento de los requisitos de servicio público es una exigencia fundamental de la presente Directiva, y es importante que en ella se especifiquen normas mínimas comunes, respetadas por todos los Estados miembros, que tengan en cuenta los objetivos comunes de protección de los consumidores, seguridad del suministro, protección del medio ambiente y niveles equivalentes de competencia en todos los Estados miembros. Es



www.civil-mercantil.com

importante que los requisitos de servicio público puedan interpretarse en el ámbito nacional, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales y en el respeto del Derecho comunitario.

(47) Deben reforzarse las obligaciones de servicio público y las consiguientes normas mínimas comunes para asegurarse de que todos los consumidores, en particular los vulnerables, puedan beneficiarse de la competencia y de precios justos. Los requisitos de servicio público en el ámbito nacional deben definirse teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, en el respeto, no obstante, del Derecho comunitario por los Estados miembros. Los ciudadanos de la Unión Europea y, cuando los Estados miembros lo consideren apropiado, las pequeñas empresas deben poder beneficiarse de las obligaciones del servicio público, en particular con respecto a la seguridad del suministro y unos precios razonables. Un aspecto clave en el suministro a los clientes es el acceso a datos sobre el consumo objetivos y transparentes. Por ello, los consumidores deben tener acceso a sus datos de consumo, los precios asociados y los costes del servicio, de manera que puedan invitar a los competidores a hacer ofertas basándose en ellos. Por otra parte, también deben tener derecho a estar adecuadamente informados de su consumo de energía. Los pagos anticipados deben reflejar el consumo probable de gas natural y los diferentes sistemas de pago no deben ser discriminatorios. La información sobre los costes facilitada a los consumidores con la suficiente frecuencia creará incentivos para el ahorro de energía, ya que los consumidores tendrán una respuesta directa sobre los efectos de la inversión en eficiencia energética y de los cambios de comportamiento . » .

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 7 de septiembre de 2016, que esta Sala , en la expresión de su voto mayoritario, ha considerado determinante para avalar el pronunciamiento de inaplicación del artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , por considerarlo incompatible con el Derecho de la Unión Europea, se limita a sostener en su fundamento jurídico 71 que «el sistema de designación de las empresas encargadas de obligaciones de servicio público no puede excluir a priori a ninguna de las empresas que operan en el sector de la distribución del gas», corresponde al juez nacional remitente de la cuestión prejudicial apreciar el carácter discriminatorio de la específica obligación del servicio público impuesto, por lo que este razonamiento no puede considerarse interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal Europeo sobre la normativa europea aplicada.

En suma, sostengo que de no apreciarse -como propugno en primer término- que el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , no infringe las exigencias enunciadas en el artículo 3.3 de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 , sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE, esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del tribunal Supremo -dada las fundadas divergencias de criterio que suscitaba la cuestión controvertida- debía haber formulado cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para que se pronunciara respecto de:

1.- Si procede considerar que la regulación adoptada por un Estado miembro de la Unión Europea consistente en imponer a las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica, la carga de financiar el bono social como obligación de servicio público, con la finalidad de garantizar el acceso al suministro eléctrico de los consumidores vulnerables, exonerando de realizar tal prestación a las empresas productoras de energía eléctrica, de transporte, distribución o comercialización que sólo desarrollen una de



www.civil-mercantil.com

las actividades del sector eléctrico, es compatible con las exigencias de ser claras, transparentes y no discriminatorias, establecidas en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 , sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

2.- Si procede considerar que la regulación adoptada por un Estado miembro de la Unión Europea, consistente en imponer a las matrices de grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica la carga de financiar el bono social como obligación de servicio público, respeta el principio de proporcionalidad, conforme a las exigencias del artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 , sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, en la medida en que, atendiendo a las circunstancias específicas del contexto económico y social expuestas, constituye una medida necesaria para alcanzar el objetivo de interés económico general que persigue de garantizar el acceso al suministro eléctrico de los consumidores vulnerables sin poner en riesgo el juego de la libre competencia en el mercado eléctrico.

Séptimo.- Sobre la necesidad de ponderar los efectos de esta sentencia.

En último término, en aplicación del artículo 264 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 231 TCE), y, atendiendo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia expuesta en la sentencia de 3 de septiembre de 2008 (C-402/05 y C-415/05 P), estimo que, si en hipótesis fuera procedente la decisión de inaplicación del artículo 45 de la Ley 24/2013 , debería limitarse esta declaración en cuanto a sus efectos temporales, teniendo en cuenta las relevantes repercusiones que produce en el acceso al servicio básico de electricidad de colectivos vulnerables y la afectación a la sostenibilidad del régimen económico financiero del sector eléctrico, en aras de que el legislador de urgencia pudiera resolver los defectos de la norma controvertida y colmar el vacío legal.

Madrid, a 28 de octubre de dos mil dieciséis

Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D.Diego Cordoba Castroverde , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.