

A PROPÓSITO DE LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO POR LAS QUE SE DECLARA INAPLICABLE EL RÉGIMEN DE FINANCIACIÓN DEL BONO SOCIAL

El bono social se configura como un descuento sobre la tarifa eléctrica que se aplica a un determinado colectivo de consumidores y, en particular, a consumidores vulnerables, como medida de protección y garantía de suministro. De acuerdo con la normativa actual, implementada en 2014, el coste del bono social debe ser asumido por los grupos empresariales que ejercen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización en el sector eléctrico. Pues bien, el Tribunal Supremo, al igual que hiciera en el año 2012 respecto de la regulación anterior, acaba de declarar inaplicable el mecanismo de financiación del bono social por ser contrario al Derecho de la Unión Europea y, en concreto, por imponer obligaciones de servicio público a las empresas eléctricas que no son proporcionales y que no cumplen con los requisitos de claridad, transparencia, no discriminación y posibilidad de ser controlables.

1. Resumen ejecutivo

Los pasados 24 y 25 de octubre, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado tres sentencias –en los recursos 960/2014, planteado por E.ON España S.L. (hoy, Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L.), 961/2014, planteado por Endesa, S.A. y 16/2015, planteado por Iberdrola, S.A. (en adelante, las “Sentencias”)– en las que ha declarado inaplicable el régimen de financiación del bono social, tal y como éste se configuró en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (“Real Decreto-ley 9/2013”) y en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (“LSE”). Los recursos planteados por las demandantes tenían por objeto 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 (“Real Decreto 968/2014”).

Es la segunda vez que el Alto Tribunal declara inaplicable el bono social, un descuento en la tarifa eléctrica previsto como mecanismo de protección para un determinado colectivo de consumidores, y cuyo coste es financiado por un grupo concreto de empresas eléctricas. Lo hizo anteriormente, por medio de la Sentencia de su Sala Tercera, de 7 de febrero de

2012, en el recurso 419/2010 interpuesto por Iberdrola, S.A. (“**STS de 7 de febrero de 2012**”), en relación con la configuración del bono social introducido por 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 (“**Real Decreto-ley 6/2009**”).

Tanto la existencia de un mecanismo de protección para determinados colectivos –en principio, vulnerables–, como la obligación de servicio público de las empresas eléctricas que implica la financiación del coste de dicho mecanismo, encuentran su amparo en las directivas europeas sobre normas comunes para los mercados interiores de electricidad y gas.

De acuerdo con la normativa Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”), la adopción de medidas por parte de un Estado miembro para garantizar una determinada tarifa de suministro de electricidad o gas natural a un colectivo concreto de consumidores, debe perseguir un objetivo de interés económico general y respetar el principio de proporcionalidad. Asimismo, dichas medidas u obligaciones de servicio público que se impongan a las empresas eléctricas deben estar claramente definidas, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y deben garantizar el acceso de las empresas de la Unión Europea a los consumidores en igualdad de condiciones.

Al igual que en la STS de 7 de febrero de 2012, el Tribunal Supremo ha considerado que la actual configuración del bono social, en particular la metodología para el reparto de su coste –que recae en empresas o grupo de empresas que realizan simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica– no respeta los principios y requisitos exigidos por la normativa y jurisprudencia europea, al resultar discriminatoria y no proporcional. En consecuencia, el Tribunal Supremo ha declarado inaplicable el régimen de financiación del bono social por resultar incompatible con la normativa europea. Asimismo, el fallo de las Sentencias declara el derecho de las demandantes a ser indemnizadas por las cantidades abonadas en concepto de bono social en aplicación del Real Decreto 968/2014 impugnado.

Cabe destacar que el Tribunal Supremo, analizada la posibilidad de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, consideró que no estaba obligado a ello por cuanto existen pronunciamientos recientes del mismo Tribunal de Justicia que ya han resuelto la cuestión que habría de haberse planteado. Las Sentencias incluyen el voto particular de un Magistrado, en cuya opinión, dicha cuestión prejudicial debería haber sido sometida al TJUE.

Queda ahora por ver cuáles serán los efectos de las Sentencias. Es previsible que, tal y como ocurrió tras la STS de 7 de febrero de 2012, el bono social continúe en vigor, si bien a partir de ahora, y hasta que el legislador apruebe un nuevo mecanismo que sea conforme con los pronunciamientos del Alto Tribunal, su financiación recaerá sobre el conjunto del sistema eléctrico.

2. Antecedentes

2.1. Las obligaciones de servicio público y protección del cliente en el Derecho de la Unión Europea

Como en tantas otras materias que afectan a nuestro día a día, la regulación del sector de la energía en nuestro país obedece en muchos de sus aspectos a la regulación de la Unión Europea.

En el ámbito del sector de la energía, el Parlamento Europeo y el Consejo han dictado tres paquetes de directivas – en 1996, 2003 y 2009, respectivamente – sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas. El tercer paquete – el actualmente vigente – lo forman 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 (la “**Directiva 2009/72/CE**”) y 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 (la “**Directiva 2009/73/CE**”).

Como punto de partida de nuestro análisis, conviene destacar que la financiación del bono social articulada por el legislador español (objeto de las Sentencias) tiene amparo, precisamente, en la potestad que las sucesivas directivas relativas al mercado interior de la electricidad han otorgado a los Estados miembros para imponer a las empresas eléctricas obligaciones de servicio público y protección de los consumidores. En concreto, el artículo 3, apartado segundo, de la Directiva 2009/72/CE, en términos casi idénticos a los recogidos en el primer y segundo paquete de directivas, señala lo siguiente:

“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.” (El subrayado es nuestro).

A este respecto, podemos anticipar que el Tribunal Supremo fundamenta el fallo de las Sentencias, principalmente, en que las reglas de reparto de la financiación del bono social entre determinadas empresas eléctricas no cumplen con los requisitos impuestos por el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE arriba citado, en relación con la claridad, transparencia, no discriminación y posibilidad de control de dichas reglas de reparto que exige la norma europea.

2.2. La regulación del bono social en el Real Decreto-ley 6/2009 y la STS de 7 de febrero de 2012 que declaró su inaplicabilidad

En este apartado abordaremos en qué consiste, dentro del sistema tarifario eléctrico en España, el bono social. Asimismo, veremos cómo el Tribunal Supremo declaró inaplicable en 2012 el bono social tal y como fue regulado, por primera vez, en el año 2009.

Desde la liberalización de la actividad de comercialización de electricidad, el sistema tarifario español ha evolucionado, dejando atrás, poco a poco, las tarifas reguladas. No es objeto de esta nota analizar el sistema tarifario español. No obstante, a modo ilustrativo y dicho a grandes rasgos, puede afirmarse que desde 2009 (año en que se introduce por primera vez el bono social) coexisten en nuestro sistema de tarifas tres categorías: (i) precio libre acordado entre el comercializador y el consumidor, (ii) tarifa de referencia, que establece un precio para la mayor parte de los consumidores domésticos y PYMES (el llamado, bajo la regulación actual, precio voluntario para el pequeño consumidor o PVPC), y (iii) tarifa para determinadas categorías de consumidores y, en particular, consumidores vulnerables (denominada, bajo la regulación actual, tarifa de último recurso).

De una parte, la tarifa de referencia se fija de manera que permita cubrir el coste de adquisición de la energía por parte de la comercializadora –precio de la energía y costes regulados– más un margen comercial que fija el Gobierno. De otra parte, la tarifa para consumidores vulnerables está encaminada a garantizar el suministro eléctrico a colectivos que requieren de una especial protección, y se fija como un descuento sobre la tarifa de referencia. Pues bien, ese descuento sobre la tarifa de referencia es, precisamente, el bono social.

El bono social se introdujo inicialmente a través del Real Decreto-ley 6/2009 como una medida de protección de los consumidores más desprotegidos.

La figura del bono social debe analizarse desde una doble perspectiva. En primer lugar, desde el punto de vista del sujeto que se puede beneficiar del bono social y, en segundo lugar, desde el punto de vista de la metodología o reparto del coste del bono social. Ambas cuestiones reciben un tratamiento en el Derecho de la Unión Europea, y conviene hacer una serie de precisiones al respecto.

Primeramente, en relación con los sujetos que deben beneficiarse de las medidas de protección como el bono social, ha de traerse a colación el concepto de consumidor vulnerable introducido ya en el segundo paquete de directivas sobre normas comunes del mercado interior de la electricidad y del gas. De acuerdo con dichas directivas, los Estados miembros deben adoptar las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, garantizar una protección adecuada de los clientes vulnerables. Corresponde a cada Estado miembro definir el concepto de cliente vulnerable, indicando la normativa europea que podrá referirse a la pobreza energética y, entre otros, a la prohibición de desconexión de la electricidad a dichos clientes en períodos críticos.

En este sentido, cabe señalar que el legislador nacional español ha dirigido las medidas de protección –en concreto, el bono social– a colectivos que no necesariamente representan el concepto de consumidor vulnerable del Derecho de la Unión Europea, en la medida en que no están referenciados exclusivamente a parámetros de renta. Entendemos, en efecto, que la definición de consumidor vulnerable debería referenciarse a un cierto umbral de

renta u otro parámetro de pobreza energética, como ocurre en otros países de la Unión Europea. Por ejemplo, en Reino Unido, el equivalente al bono social se aplica a los consumidores que destinan más del 10% de su renta al consumo energético y, en Italia, se aplica un criterio de renta inferior a 7.500 euros anuales.

Realizado el anterior inciso, debemos señalar, no obstante, que las Sentencias se refieren únicamente al segundo punto de vista referido más arriba, esto es, a la metodología o reglas de reparto del coste del bono social.

A este respecto, como señalábamos en el apartado 2.1 anterior, de acuerdo con la normativa europea, *“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”*. Al amparo de esta previsión, la financiación del bono social introducido por medio del Real Decreto-ley 6/2009 recaía en determinadas empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico. En concreto, la Orden ITC/1723/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes eléctricos de acceso a partir de 1 de julio de 2009 y se obliga a las compañías generadoras de electricidad a financiar en exclusiva el bono social establecía qué empresas de generación debían, en concreto, financiar el bono social (se trataba de las cinco grandes empresas eléctricas).

Pues bien, el Tribunal Supremo, en la STS de 7 de febrero de 2012, declaró inaplicable el bono social introducido en 2009, toda vez que las reglas de reparto no cumplían con los requisitos establecidos en la normativa europea que, como hemos visto, exigen que las obligaciones de servicio público que, en su caso se impongan a las eléctricas deben *“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”*.

Con el fin de dar cumplimiento a la STS de 7 de febrero de 2012, al tiempo que permitir la continuidad en la aplicación del bono social, 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, soportado por todos los consumidores eléctricos.

No obstante, dicha solución, que repercutía el coste del bono social al conjunto de los consumidores, se introdujo de manera transitoria, para dar cumplimiento a la STS de 7 de febrero de 2012, hasta el momento en que el legislador introdujera el nuevo mecanismo de reparto del coste del bono social.

2.3. La nueva regulación del bono social tras la STS de 7 de febrero de 2012

La LSE, en su artículo 45 (*Consumidores vulnerables*) establece en su apartado 4 los principios para el reparto de la financiación del bono social, en los siguientes términos:

“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. (El subrayado y la negrita son nuestros).

En realidad, debe precisarse que esta regulación se introdujo originalmente en el Real Decreto-ley 9/2013, antecedente normativo de la LSE, cuya exposición de motivos justificaba el porqué de la modalidad de reparto.

En definitiva, si originalmente el bono social era financiado por unas empresas concretas titulares de instalaciones de generación, tras la reforma del sector eléctrico de 2013, dicha obligación pasaba a recaer en las matrices de grupos de sociedades o sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica. Asimismo, conviene destacar que el legislador mostró un cierto esfuerzo en justificar la nueva modalidad de reparto de coste del bono social y su adecuación a las exigencias de la Directiva 2009/72/CE, pese a lo cual, como veremos, no ha superado el examen del Tribunal Supremo.

Finalmente, el Real Decreto 968/2014 desarrolló la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social. Hasta la fecha de hoy, han sido tres las órdenes ministeriales que han indicado con concreción qué empresas y qué porcentajes se les atribuye respecto de la financiación del coste del bono social, correspondientes a los ejercicios 2014, 2015 y 2016, respectivamente. Debe precisarse que la primera de ellas, la orden ministerial que fijaba el reparto concreto para el ejercicio 2014, no sé aprobó en desarrollo del Real Decreto 968/2014, pues no se había aprobado entonces, sino por aplicación directa de las disposiciones transitorias del Real Decreto-ley 9/2013 y la LSE.

3. Análisis de las Sentencias

3.1. Previo: breve referencia a determinadas cuestiones del procedimiento judicial

Con carácter previo a analizar los fundamentos de derecho de las Sentencias, hacemos a continuación una breve referencia a determinados aspectos formales de los procedimientos judiciales que han finalizado con las mismas.

A. *Los recursos interpuestos contra el Real Decreto 968/2014*

En primer lugar, debe destacarse que las Sentencias resuelven los recursos contencioso-administrativos interpuestos a finales de 2014 y principios de 2015 por E.ON España, S.L. (hoy denominada Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L.), Endesa, S.A. e Iberdrola, S.A. contra el Real Decreto 968/2014. A este respecto, ha de recordarse que otras compañías eléctricas afectadas por la regulación del bono social plantearon recursos con análogo objeto que aún no se han resuelto pero que, como indicamos más adelante, serán beneficiadas igualmente por el fallo de las Sentencias.

El *petitum* de las demandantes era muy similar:

- (i) Se solicitaba que el Real Decreto 968/2014 fuera declarado contrario a Derecho, como consecuencia de que el artículo 45 LSE es contrario al Derecho de la Unión Europea, procediendo por ello declarar inaplicables el citado precepto legal y el mencionado reglamento.
- (ii) Subsidiariamente, las demandantes solicitaban que se declarase el artículo 45 LSE contrario a los artículos 9.3 y 14 de la Constitución española, procediendo, por ello, declarar la nulidad de pleno derecho del Real Decreto 968/2014.
- (iii) Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, se solicitaba que se restableciera la situación jurídica individualizada de las demandantes mediante la indemnización de todas las cantidades indebidamente satisfechas como consecuencia de la aplicación y ejecución del artículo 45.4 LSE.

B. *Los supuestos de inadmisibilidad planteados por la Abogacía del Estado (y rechazados por el Alto Tribunal)*

En segundo lugar, cabe señalar que el Abogado del Estado planteó la inadmisibilidad de los recursos por dos motivos que fueron rechazos.

De una parte, alegó el Abogado del Estado que, en realidad, los recursos se planteaban contra normas con rango de ley –el Real Decreto-ley 9/2013 y la LSE– y procedía por tanto la inadmisibilidad por desviación procesal. Tal causa de inadmisibilidad no fue admitida por el Tribunal Supremo al entender que nada impide que la impugnación dirigida contra una disposición reglamentaria se sustente en la consideración de que la norma legal a la que aquella disposición sirve de desarrollo es contraria al Derecho de la Unión Europea, o en el argumento de que la norma con rango de ley vulnera la Constitución española.

De otra parte, la segunda causa de inadmisibilidad planteada por el Abogado del Estado (únicamente en el recurso planteado por Viesgo) consistía en que la demandante pretendía la nulidad integral del Real Decreto 968/2014, si bien no se planteaba ninguna alegación

que pudiera referirse a la integridad de su contenido. Sobre esta segunda causa de inadmisibilidad, la Sala ha entendido que el examen de la misma estaba ligado al enjuiciamiento de la fundamentación jurídica de los motivos de impugnación esgrimidos y al análisis de su correspondencia con las pretensiones deducidas, lo que constituía una cuestión que afecta al fondo de la *litis*.

C. *Breve referencia a la doctrina europea en materia de medidas de protección de consumidores vulnerables y las obligaciones de servicio público de las empresas eléctricas. A propósito del rechazo de la Sala al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE*

Finalmente, cabe destacar que las demandantes solicitaron que, en caso de considerarlo necesario la Sala, se plantease una cuestión prejudicial ante el TJUE, con objeto de que determinara si el artículo 45.4 LSE es contrario a la Directiva 2009/72/CE.

Igualmente, Viesgo e Iberdrola suscitaron la posibilidad de que la Sala elevase una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional con objeto de que determinara si el artículo 45.4 LSE es contrario a los artículos 9.3 y 14 de la Constitución Española. A este respecto, la Sala no elevó al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad, y es que las Sentencias resuelven sobre la base de la incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de la modalidad de reparto del bono social introducida por el legislador español, sin entrar a valorar el *petitum* subsidiario de las demandantes en cuanto a que la norma impugnada es contraria a la Constitución española.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha optado por no plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE en el marco de los procedimientos que han dado lugar a las Sentencias. Debe precisarse que un Magistrado de la Sala ha emitido un voto particular, en el que aboga por la necesidad de que se hubiera planteado tal cuestión prejudicial. Creemos conveniente hacer una reflexión sobre esta cuestión.

En primer lugar, el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) obliga al órgano jurisdiccional nacional, cuando se plantee una cuestión prejudicial en un asunto pendiente, a someter la cuestión al TJUE si la decisión del órgano jurisdiccional nacional no es susceptible de ulterior recurso judicial de Derecho interno. Por tanto, en principio, el Tribunal Supremo, habría de estar obligado a someter al TJUE la cuestión prejudicial, máxime en una materia que deriva tan clara y directamente de la aplicación de la Directiva 2009/72/CE.

No obstante lo anterior, de acuerdo con la doctrina del TJUE –sentada ya años atrás por su predecesor, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (“TJCE”) en relación con el artículo 177 original del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (hoy, artículo 267 TFUE)– “el párrafo tercero del artículo 177 del Tratado CEE debe ser interpretado en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que **la cuestión suscitada no es pertinente o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna**; la existencia de tal

supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad” (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 1982 (Asunto C-283/81, Cilfit).

Precisamente, con base en la anterior doctrina, el Tribunal Supremo –al igual que hiciera con ocasión del procedimiento que concluyó con la STS de 7 de febrero de 2012– decidió no plantear la cuestión prejudicial al entender que el TJUE ya se había pronunciado sobre la materia con ocasión de su sentencia de 20 de abril de 2010 (Asunto C-265/08, Federutility) y, muy en particular, en su reciente sentencia de 7 de septiembre de 2016 (Asunto C-121/15, Anode).

El Asunto C-121/15 tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d’État (*Consejo de Estado*, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Francia) planteada por la *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)* en un procedimiento contra el Estado francés, su regulador en materia de energía y ENGIE (anteriormente, GDF Suez). La petición de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación, precisamente, del artículo 3 de la Directiva 2009/73/CE, en un pleito relativo a las tarifas reguladas de venta de gas natural en Francia.

En dicho asunto, el TJUE indica que una intervención estatal en la fijación del precio de suministro del gas natural al consumidor final constituye un obstáculo a la consecución de un mercado del gas natural competitivo, si bien esa intervención puede admitirse en el marco de la Directiva 2009/73/CE si se cumplen tres requisitos, que ya fueron apuntados en el Asunto C-265/08, Federutility arriba referido, a saber: (i) que persiga un objetivo de interés económico general, (ii) que respete el principio de proporcionalidad, y (iii) que establezca obligaciones de servicio público claramente definidas, transparentes, no discriminatorias y controlables, y que garanticen el acceso de las empresas de gas de la Unión Europea a los consumidores en igualdad de condiciones.

En lo que se refiere en particular al carácter no discriminatorio, que como veremos es traído a colación en las Sentencias del Tribunal Supremo español, el TJUE señala que “*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*”. Extrapolada a la configuración actual del bono social la cita anterior, ciertamente lleva a concluir que la obligación de que sólo determinadas empresas o grupos de empresas asuman el coste del bono social es contraria a la doctrina europea.

Sin embargo, posiblemente existan argumentos para sostener que el contexto y el supuesto planteado en el Asunto C-121/15, Anode, relativo a la imposición del Estado francés al operador histórico de la obligación de proponer al consumidor final el suministro de gas natural a tarifas reguladas, no son indubitadamente extrapolables al caso que ha enjuiciado el Tribunal Supremo.

En este sentido, debe recordarse que corresponde al juzgador nacional interpretar la norma europea. No obstante, un pronunciamiento del TJUE en una cuestión prejudicial sobre esta materia habría dotado al legislador español de una herramienta de base muy útil para diseñar adecuadamente la configuración futura del bono social.

3.2. Análisis de los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Supremo en las Sentencias

El análisis que lleva a cabo el Tribunal Supremo tiene, como punto de partida, las consideraciones expuestas en la Sentencia de 7 de febrero de 2012. Tiene lógica puesto que aquella sentencia se pronunciaba sobre la adecuación de la anterior modalidad de financiación del bono social a las previsiones del segundo paquete de directivas, previsiones que son idénticas a las recogidas en la Directiva 2009/73/CE frente a la cual se examina el nuevo modelo de financiación del bono social.

El Alto Tribunal concluye que, pese a que la nueva regulación de la financiación del bono social establecida en el artículo 45.4 LSE presenta diferencias respecto de la que se establecía en el Real Decreto-ley 6/2009, no puede decirse que la nueva regulación, implementada por el legislador como consecuencia, precisamente, del anterior pronunciamiento del Tribunal Supremo, sea conforme con los principios y directrices del ordenamiento europeo.

Sí destaca el Tribunal Supremo que, frente a la falta absoluta de justificación del modelo anterior en la normativa que lo regulaba, es cierto que la nueva configuración del reparto del coste del bono social encuentra un cierto grado de justificación en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013. Justificación en la que ahonda la Abogacía del Estado en su contestación a la demanda. Sin embargo, se indica en las Sentencias que las razones que ofrece tanto la exposición de motivos referida, como la Abogacía del Estado, no satisfacen las exigencias de la Directiva 2009/72/CE en cuanto a que las obligaciones de servicio público deben definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Unión Europea el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales.

En este sentido, critica el Tribunal Supremo tanto que (i) se exonere de la necesidad de financiar el bono social a la actividad de transporte, por no estar debidamente justificada esa exoneración, y por considerarla carente de claridad y de transparencia, así como discriminatoria; como que (ii) el coste de la financiación del bono social se haga recaer únicamente sobre las entidades o grupos empresariales que desarrollen simultáneamente las actividades de generación, distribución y comercialización, excluyendo, de manera discriminatoria e injustificadamente, a todas aquellas sociedades o grupos empresariales cuya actividad se centre en sólo uno o incluso en dos de esos sectores de actividad.

Es cierto, como recuerdan las Sentencias, que la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013 citaba un inciso de la Sentencia de 7 de febrero de 2012, en el que se reconocía la potestad del Gobierno de optar porque el bono social lo financiera el sector eléctrico “o, incluso, una parte del mismo”, para justificar la elección llevada a cabo de imponer sólo a determinadas empresas o grupos empresariales la obligación de financiar el coste del bono social. Sin embargo, el Tribunal Supremo aclara en las Sentencias que dicho inciso se utilizaba a propósito de la referencia en la anterior normativa a que el criterio de distribución de la carga financiera del bono social podía ser el volumen de negocios a escala nacional.

Entiende el Tribunal Supremo en las Sentencias que *“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 a 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”.

Critica, de hecho, el Tribunal Supremo, que existen empresas o grupos empresariales con mayor capacidad económica que muchos de los que han de hacer frente al coste del bono social, que no se incluyen en esa lista en la medida en que solo realizan una, o incluso dos, de las principales actividades del sector.

En definitiva, según el Tribunal Supremo sería compatible con la normativa europea que la financiación del bono social recayera sobre todas las empresas del sector eléctrico, aún cuando se estableciera un umbral de capacidad económica –criterio objetivo y transparente– por debajo del cual las empresas no estuvieran obligadas a contribuir.

En relación con lo anterior, cabe destacar que la Abogacía del Estado aduce en la contestación a la demanda 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 aquellas 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”*. A juicio de la Sala, tal justificación –aunque razonada, señala– resulta insuficiente por cuanto (i) no se encuentra en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013, y (ii) la integración de dos de las actividades, comercialización y generación, propiciaría esas sinergias y, sin embargo, una empresa o grupo empresarial que solo realizara esas dos, y no la actividad de distribución, queda excluida del mecanismo de financiación del bono social.

En cuanto a la proporcionalidad de la obligación de financiación del bono social impuesta a determinadas empresas eléctricas o grupos empresariales, destaca el Tribunal Supremo que dicha obligación no se establece con carácter excepcional, ni con un alcance temporal limitado, sino de forma indefinida y sin retorno ni medida compensatoria alguna. Por tanto, se alejaría del principio de proporcionalidad tal y como este principio se desarrolla en la normativa europea.

Finalmente, el Tribunal Supremo analiza en particular el contenido de la reciente sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2016 (Asunto C-121/15, Anode) a la que ya hemos hecho referencia y concluye en efecto que, por las razones que acabamos de señalar, el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 LSE debe ser declarado inaplicable por resultar incompatible con el Derecho de la Unión Europea, al no observar el principio de proporcionalidad ni el requisito de que las obligaciones de servicio público impuestas a empresas eléctricas se definan claramente, sean transparentes, no discriminatorias y controlables, y garanticen a las empresas eléctricas de la Unión Europea el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales

3.3. El fallo. La devolución de las cantidades abonadas por las empresas eléctricas

En primer lugar, el fallo declara inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 LSE por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE.

Asimismo, declara inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, que desarrollan el citado artículo 45.4 LSE.

En segundo lugar, el fallo declara el derecho de las demandantes a ser indemnizadas por las cantidades abonadas en concepto de bono social en aplicación del Real Decreto 968/2014 impugnado, hasta la fecha de ejecución de las Sentencias.

Sobre la obligación de resarcimiento de las demandantes, se da una situación aparentemente paradójica. Como hemos señalado, el mecanismo de financiación del bono social que ahora el Tribunal Supremo ha declarado inaplicable, se introdujo por primera vez en el Real Decreto-ley 9/2013 y, seguidamente, en la LSE, también aprobada en 2013.

Han sido tres los ejercicios en los que las empresas obligadas, en función de la nueva normativa, han hecho frente al coste del bono social. Se trata de los ejercicios 2014, 2015 y 2016. En efecto, el mecanismo de reparto del coste del bono social introducido en 2013 se aplicó por primera vez en el ejercicio 2014, con la aprobación de 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 (la “Orden IET/350/2014”).

No obstante, el Real Decreto 968/2014 impugnado se aprobó en noviembre de 2014, de modo que los pagos que hicieron las empresas obligadas en ejecución del mismo son únicamente los correspondientes a 2015 y 2016. En consecuencia, una interpretación literal del fallo de las Sentencias, que hace referencia a la obligación de indemnizar a las demandantes por las cantidades abonadas en concepto de bono social “*en aplicación del Real Decreto 968/2014 impugnado*”, excluiría el derecho de las demandantes a ser resarcidas por los pagos realizados para sufragar el coste del bono social en el año 2014, al amparo de la Orden IET/350/2014.

Sin duda las empresas eléctricas afectadas reclamarán obtener el mismo resarcimiento en relación con las cantidades abonadas en virtud de la Orden IET/350/2014. Lo podrán hacer, bien en ejecución de sentencia, bien, en su caso, mediante la presentación de una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA). Para poder optar por esta segunda vía, será necesario que las empresas que reclamen vía RPA hayan previamente recurrido, en su día, la Orden IET/350/2013. En este sentido, la mayor parte de las empresas afectadas recurrieron dicha Orden ministerial, eso sí, como correspondía, lo hicieron ante la Audiencia Nacional. Curiosamente, o no tanto, la Audiencia Nacional ha resuelto los recursos planteados desestimando la pretensión mayor de las empresas eléctricas afectadas y sentenciando que la nueva modalidad de financiación del bono social –la que ahora ha sido declarada inaplicable por el Tribunal Supremo– es compatible con el Derecho de la Unión Europea. Por tanto, dando lugar a un pronunciamiento opuesto al del Tribunal Supremo en las Sentencias (ver, entre muchas otras, la Sentencia 301/2016, de 11 mayo, de la Audiencia Nacional, que resuelve el recurso planteado por E.ON España). Las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional a este respecto eran susceptibles de recurso de casación, por lo que en todo caso, es de esperar que cuando el Tribunal Supremo resuelva, en su caso, los recursos de casación planteados, las eléctricas afectadas vean satisfecha su pretensión de resarcimiento de la totalidad de las cantidades abonadas para sufragar el coste del bono social, en base al artículo 45.4 LSE.

3.4. Voto particular del Magistrado D. José Manuel Bandrés

El Magistrado de la Sala D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat ha suscrito un voto particular en las Sentencias, en el que expone los argumentos por los que discrepa del razonamiento y fallo de la mayoría de la Sala. A su juicio, los recursos deberían haber sido objeto de desestimación íntegra.

A juicio del Magistrado, el método de financiación establecido en el artículo 45.4 de la LSE no es una obligación de servicio público que no esté claramente definida, no sea transparente, sea discriminatoria y no controlable, o no garantice el acceso de las empresas eléctricas en igualdad de condiciones a los consumidores. En su opinión, debería analizarse no sólo el método, sino el contexto jurídico y económico del mercado eléctrico español, valorando la posición y capacidad económica de las empresas obligadas a financiar el bono social. A juicio del Magistrado discrepante, se respetan la unidad de mercado y las libertades de establecimiento, empresa, y no concurre discriminación o arbitrariedad en el método de financiación del bono social enjuiciado.

Por otro lado, y para el caso de entenderse que el artículo 45.4 de la LSE plantease dudas de su ajuste al Derecho de la Unión Europea, el Magistrado disidente considera que debía haberse elevado cuestión prejudicial ante el TJUE, al existir serias dudas en cuanto a la correcta aplicación e interpretación del artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE. En este sentido, aprecia diferencias sustanciales entre este caso y el resuelto por la Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2016 (Asunto C-121/15, Anode), ya citada, por lo que no podría optarse por entender aplicable esa doctrina al caso de las Sentencias sin plantear la cuestión ante el TJUE.

Por último, en relación con el fallo de las Sentencias, plantea también el voto particular la necesidad de limitar los efectos temporales de la declaración de inaplicación del art. 45.4 de la LSE, en atención a las repercusiones que ello tendría en el acceso al servicio básico de electricidad de colectivos vulnerables y en la sostenibilidad financiera del sistema eléctrico.

4. **¿Qué ocurrirá a partir de ahora? Referencia a los efectos de las Sentencias**

En primer lugar, es previsible que, tal y como ocurrió tras la STS de 7 de febrero de 2012, el bono social continúe en vigor, si bien a partir de ahora, y hasta que el legislador apruebe un nuevo mecanismo que sea conforme con los pronunciamientos del Alto Tribunal, su financiación recaerá sobre el conjunto del sistema eléctrico. Es decir, el coste del bono social pasará a ser un coste liquidable del sistema eléctrico más. En este sentido, es previsible que la próxima orden de peajes –en la que se incluyen los costes regulados del sistema eléctrico– aborde los efectos derivados de la ejecución de las Sentencias.

En efecto, con el fin de dar cumplimiento a la STS de 7 de febrero de 2012, al tiempo que se mantenía vigente la aplicación del bono social, 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 que, con efectos de 7 de febrero de 2012, el bono social sería un coste del sistema eléctrico, y por tanto, cubierto por todos los consumidores.

En segundo lugar, sin perjuicio de que se vayan resolviendo el resto de recursos planteados por las distintas empresas eléctricas que recurrieran ante el Tribunal Supremo el Real Decreto 468/2014, debe señalarse que el fallo de las Sentencias deberá aplicarse igualmente a todas las empresas eléctricas, aún cuando éstas no hubieran recurrido, pues se ven igualmente afectadas por la norma declarada inaplicable.

A este respecto, conviene aclarar –como hiciera el Tribunal Supremo en la STS de 7 de febrero de 2012– que no estamos ante un supuesto de extensión de efectos de la Sentencia, sino ante la ejecución misma del fallo, pues la norma impugnada afecta directamente a las empresas que sufragan el bono social. Éste fue el criterio sostenido por la Sala en su Auto de 13 de noviembre de 2013, reiterado después en el Auto de 21 de enero de 2014, ambos dictados en ejecución de la STS de 7 de febrero de 2012.

Entendió así el Tribunal que la declaración de inaplicabilidad de la norma impugnada se hacía con carácter general y era objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado, por lo que no era posible la aplicación de los preceptos indicados en el fallo de la misma a ninguna de las compañías a las que afectaba.

Esta Nota ha sido elaborada por **Marina Serrano, Jorge Toral y Jorge Castillo**, Of Counsel y abogados respectivamente de la práctica de Energía del Área de Derecho Público del Despacho.

La información contenida en esta Nota Informativa es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 14 de noviembre y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Para más información
Pueden ponerse en contacto con:

Marina Serrano
Of Counsel
Área de Derecho Público
mserrano@perezllorca.com
Telf: + 34 91 436 04 36