



Roj: **ATS 7922/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:7922A**

Id Cendoj: **28079130032019200069**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **09/07/2019**

Nº de Recurso: **960/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: Tercera

Auto núm. /

Fecha del auto: 09/07/2019

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 960/2014

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia:

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: DVS

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 960/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: Tercera

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 9 de julio de 2019.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de la entidad mercantil VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, S.A. (antes denominada E.ON ESPAÑA, S.L.U.) interpuso con fecha 18 de diciembre de 2014 recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al **bono social**.

Se personó como parte demandada la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

También se personaron en el proceso, como partes codemandadas, las entidades IBERDROLA, S.A., GAS NATURAL SDG, S.A., HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., y CIDE ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

SEGUNDO.- En el curso del proceso la parte actora suscitó la cuestión relativa a la incompatibilidad del régimen de financiación del **bono social** establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, desarrollado en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, 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 (se acompaña como **documento 1** el texto de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, cuyo artículo 45.4, es objeto de controversia en el proceso; y como **documento 2**, el texto del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, cuyos artículos 2 y 3 desarrollan las previsiones de aquella norma legal).

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo del asunto el día 13 de septiembre de 2016; pero en esa misma fecha esta Sala dictó providencia en la que 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 formularan alegaciones sobre la incidencia que pudiera tener en la resolución de este proceso la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-121/15, caso *Anode*).

CUARTO.- Cumplimentado el anterior trámite de alegaciones, la deliberación se reanudó el 18 de octubre de 2016.

QUINTO.- Esta Sala del Tribunal Supremo dictó sentencia nº 2279/2016 con fecha 24 de octubre de 2016 (**documento 3**) en cuya parte dispositiva se acuerda:

<< F A L L O.- Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

*1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo nº 960/2014 interpuesto en representación de EON ESPAÑA, S.L.U. 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 E.ON ESPAÑA, S.L.U. 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 >>.

SEXTO.- La representación procesal de la Administración del Estado interpuso contra la anterior sentencia recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (recurso de amparo nº 593/2017).



El recurso de amparo fue estimado por sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional STC 37/2019, de 26 de marzo de 2019 (**documento 4**) , en cuya parte dispositiva se acuerda:

<<FALLO.-

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido otorgar el amparo solicitado por la Administración General del Estado y, en consecuencia:

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

2.- *Restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular la sentencia de 24 de octubre de 2016, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y el auto de 14 de diciembre de 2016, de la misma Sala y Sección, por el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la referida sentencia.*

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

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado">>.

SÉPTIMO.- Recibida la sentencia del Tribunal Constitucional, esta Sala del Tribunal Supremo acordó otorgar a las partes personadas un plazo para que pudiesen formular alegaciones. En dicho trámite las partes formularon sus respectivas alegaciones y cada una de ellas terminó solicitando lo siguiente:

1.- La representación de Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L. solicita que:

- Previos trámites de ley, y sin plantear una cuestión prejudicial, estime el presente recurso contencioso-administrativo de conformidad con la fundamentación de la sentencia de ese Tribunal 2279/2016, de 24 de octubre .

- Con carácter subsidiario a lo anterior, y en caso de que lo considere ineludible, plantee cuestión prejudicial con el alcance expuesto en la Alegación Segunda del escrito.

2.- La representación procesal de la Administración del Estado (Abogacía del Estado) termina en su escrito solicitando que este Tribunal Supremo:

proceda a plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la compatibilidad del artículo 45.4 LSE en versión vigente a la fecha de este proceso y su desarrollo reglamentario con el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE .

3.- La representación de las entidades Electra del Cardener S.A, Energias de Benasque SL, Serviliano García SA, Navarro Generación SA, Agri-Energía SA, Cooperativa Eléctrica Benéfica Catralense, Cooperativa Valenciana, Eléctrica Vaquer SA, Hijos de José Bassols SA, El Gas SA, Electra Aduriz SA, Estabanell y Pahisa SA, Cooperativa Popular de Fluid Electric Camprodón SCCL, Electra Caldense SA, Fuciños Rivas SL, Candín Energía SL y Electra Del Maestrazgo SA manifiesta en su escrito que

habida cuenta del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta las garantías salvaguardadas por el artículo 24 de la Constitución española , corresponde a esta Sala volver a dictar sentencia en la que se aprecien las circunstancias que, en aplicación de doctrina del TJUE, permiten prescindir, en el supuesto que nos ocupa, del planteamiento de cuestión prejudicial.

4.- La representación de EDP España, S.A.U. termina su escrito solicitando que esta Sala del Tribunal Supremo

- acuerde dictar sentencia en la que, alcanzando la misma decisión estimatoria del recurso contencioso-administrativo, quede justificado suficientemente también el pleno cumplimiento del artículo 24 de la Constitución Española a favor de la Administración del Estado;

- subsidiariamente a la petición anterior, acuerde plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto al cumplimiento de los requisitos necesarios para entender correctamente aplicada la Jurisprudencia de dicho Tribunal contenida en sus sentencias de 20 de abril de 2010 (C-265/08 ; caso Federutility) y de 7 de septiembre de 2016 (C-121/15 ; caso Anode), e integrada en el artículo 99 de su "Reglamento de Procedimiento" de 25 de septiembre de 2012 y en sus Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, respecto a la denominada doctrina de los actos claros y aclarados.

5.- La representación de Iberdrola, S.A. termina en su escrito solicitando que esta Sala acuerde:



1. Dictar, sin necesidad de elevar cuestión prejudicial, sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda en los términos expuestos en las Alegaciones Segunda y, en su caso, Tercera.
2. Subsidiariamente, elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que incluya las cuestiones previas sobre si esa Sala está eximida de plantear cuestión sobre el fondo. La redacción que se sugiere para estas preguntas se recoge en la Alegación Tercera, apartado 4.
3. En el caso de que, no obstante, lo indicado en este escrito, esa Excm.a. Sala considere que deben plantearse en este momento procesal cuestiones sobre el fondo de la controversia suscitada en este litigio, elevar tal cuestión prejudicial subsidiariamente a la indicada en el apartado 2. La redacción que se sugiere para estas preguntas se recoge en la Alegación Cuarta, apartado 2.

6.- La representación de Endesa, S.A. pide en su escrito que este Tribunal Supremo

1. Dicte sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el TJUE, mediante la inaplicación del artículo 45.4 de la LSE al amparo de la doctrina del "acto claro".
2. Subsidiariamente y de conformidad con lo expuesto en la Alegación Tercera, plantee ante el TJUE cuestión prejudicial relativa a la interpretación que debe darse al artículo 267 del TFUE, a la jurisprudencia del propio TJUE en relación con los requisitos para la aplicación de la doctrina del "acto aclarado" y a los principios de primacía e interpretación uniforme del Derecho de la Unión, de efectividad y de equivalencia, todo ello en relación con la doctrina establecida por la STC 37/2019.
3. Subsidiariamente y de conformidad con lo expuesto en la Alegación Cuarta, plantee ante el TJUE cuestión prejudicial sobre el fondo del asunto.

OCTAVO.- Mediante providencia de 25 de junio de 2019 se acordó un nuevo señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 2 de julio de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La controversia entablada en el proceso.

Como ha quedado señalado en los hechos primero y segundo, la empresa VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, S.A. (antes denominada E.ON ESPAÑA, S.L.U.) interpuso con fecha 18 de diciembre de 2014 recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al **bono social**.

Según hemos visto, en el curso del proceso la parte demandante suscitó la cuestión relativa a la incompatibilidad del régimen de financiación del **bono social** establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, desarrollado en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, 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.

Se acompaña como **documento 1** el texto de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, cuyo artículo 45.4 es objeto de controversia en el proceso; y como **documento 2** el texto del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, cuyos artículos 2 y 3 desarrollan las previsiones de aquella norma legal.

SEGUNDO.- Sentencia de este Tribunal Supremo que declaró 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.

En el hecho quinto hemos visto que esta Sala del Tribunal Supremo dictó sentencia nº 2279/2016 con fecha 24 de octubre de 2016 en la que, estimando el recurso contencioso-administrativo nº 960/2014 interpuesto en representación de EON ESPAÑA, S.L.U., se declara inaplicable el régimen de financiación del **bono social** establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE. Y, como consecuencia, la sentencia también declara 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.

De la fundamentación jurídica de la sentencia (**documento 3**) interesa destacar ahora los siguientes puntos:

1. El **bono social** se configura desde su origen como una prestación con un marcado carácter **social** (obligación de servicio público) 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.

2. 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 "*. El mismo artículo 45 establece a continuación la forma en que se calcula el porcentaje de reparto de las cantidades a financiar por cada grupo empresarial.

3. El núcleo del proceso consiste en 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>> .*

4. En la sentencia nº 2279/2016 de 24 de octubre de 2016 esta Sala del Tribunal Supremo consideró que *<<...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>> .* Y, en relación con el alegato de la demandante sobre vulneración del principio de proporcionalidad, la sentencia señala *<<...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>> (fundamento jurídico octavo).*

Por ello la sentencia terminó concluyendo 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 .

5. 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 . Sin embargo, la sentencia invocaba la doctrina del TJUE sobre el "acto claro" - STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit* , 283/81 - y el "acto aclarado" -SsTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa* y acumulados, 28 a 30/62; de 19 de noviembre de 1991 , asunto *Franovich y Bonifaci* , C-6 y 9/90; y de 19 de enero de 2010, asunto *Kücükdeveci* , C-555/07).

Este Tribunal Supremo consideró aplicable en este caso la denominada "doctrina del acto aclarado" 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 sentencia de 7 de septiembre de 2016 (Asunto C121/15 , *Anode*). Y ello por entender que esta 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 , sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, 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.

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

6. Por todo ello terminábamos concluyendo en nuestra sentencia que, aun tratándose de una norma de rango legal, procedía 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 Europea, pues dicha interpretación prevalece sobre cualquiera otra que pueda reconocerse a las normas nacionales destinadas a desarrollar una directiva.



TERCERO.- Como hemos visto en el hecho sexto de este auto, la representación procesal de la Administración del Estado interpuso contra la anterior sentencia recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (recurso de amparo nº 593/2017). Y también hemos visto que el recurso de amparo fue estimado por **sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional STC 37/2019, de 26 de marzo de 2019** en la que se acuerda:

<<1.- Declarar vulnerado el derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE). 2.- Restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular la sentencia de 24 de octubre de 2016, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y el auto de 14 de diciembre de 2016, de la misma Sala y Sección, por el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la referida sentencia.

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

De la fundamentación de esta sentencia del Tribunal Constitucional STC 37/2019 (**documento 4**) destacamos ahora los siguientes puntos:

1. El Tribunal Constitucional considera procedente abordar, desde la perspectiva propia del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución española), la queja relativa a la errónea consideración de inaplicar la norma nacional sin necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y de la respuesta a esa denuncia dependerá si la referida cuestión prejudicial debe o no ser planteada por el órgano jurisdiccional. Ahora bien, nuestro pronunciamiento se va a limitar a ese aspecto, pues no nos corresponde resolver si existe o no contradicción entre la normativa inaplicada por el tribunal a quo y el precepto de la Directiva ya indicada; ni tampoco establecer doctrina o interpretación alguna en relación con la cuestión prejudicial regulada en el art. 267 TFUE , por ser este cometido de la exclusiva incumbencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. El Tribunal Constitucional entra entonces a dirimir si, como sostienen la administración demandante y el ministerio fiscal, las sentencias traídas a colación no configuran un supuesto de "acto aclarado" que, en relación con el presente caso, permita prescindir del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (artículo 267 TFUE). Y a tal efecto señala que efectivamente existen diferencias entre los casos resueltos por el TJUE en las sentencias *Federutility* y *Anode* y el caso examinado en la sentencia del Tribunal Supremo, pues, en primer lugar, los preceptos de la normativa europea tenidos en consideración están ubicados en Directivas distintas: la sentencia del asunto *Federutility* interpreta la Directiva 2003/55/CE , de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; y la sentencia recaída en el asunto *Anode* interpreta la Directiva 2009/73/CE de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. Por el contrario, el precepto que concierne al pleito resuelto por el Tribunal Supremo se encuentra en la Directiva 2009/72/CE .

Por otro lado, lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esos supuestos no solo atañe a Directivas distintas sino que, además, incide sobre casos de muy dudosa analogía pues la temática sobre la que versan las sentencias que se invocan como constitutivas de un "acto aclarado" es diferente de la que atañe al caso enjuiciado por el órgano jurisdiccional.

3. Señala el Tribunal Constitucional que << (...) aunque el precepto interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuviera el mismo contenido tanto en la Directiva del sector eléctrico como en la relativa al sector del gas, no se trataba de las mismas Directivas, ni del mismo sector ni los problemas abordados, respectivamente, por las sentencias *Federutility* y *Anode* y por la sentencia impugnada son exactamente iguales>> .

4. Por ello, no puede concluirse que, mediante las referidas sentencias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hubiera aclarado una cuestión idéntica y suscitada en un caso análogo al enjuiciado por el Tribunal Supremo, que son los requisitos fijados por el Tribunal de Justicia para apreciar la concurrencia del "acto aclarado" y enervar la obligación que tienen los tribunales nacionales de plantear cuestión prejudicial.

5. Entiende el Tribunal Constitucional que en el procedimiento *a quo* no concurrían los presupuestos necesarios para apreciar que la doctrina emanada en las referidas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea constituía un "acto aclarado" respecto del problema interpretativo suscitado y, por tanto, el órgano judicial no estaba dispensado de plantear cuestión prejudicial ante el mencionado Tribunal de Justicia. Así pues, afirma que se ha lesionado el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución) toda vez que el órgano judicial ha inaplicado la normativa nacional por considerarla incompatible con el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE sin previamente recabar un pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia. Ello ha



dado lugar, concluye el Tribunal Constitucional, a una preterición del sistema de fuentes, con desconocimiento de las garantías que integran el proceso debido.

CUARTO.-Sobre la procedencia de plantear cuestión prejudicial a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional.

Vemos así que en nuestra sentencia nº 2279/2016 de 24 de octubre de 2016 esta Sala del Tribunal Supremo, considerando innecesario el planteamiento de cuestión prejudicial en virtud de la jurisprudencia del TJUE sobre el "acto aclarado", declaró inaplicable el régimen de financiación del **bono social** establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por entender que resulta 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, como consecuencia, la sentencia también declaró 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.

Para comprender cabalmente la conclusión a la que llegó esta Sala es preciso hacer algunas consideraciones adicionales a la síntesis de las sentencias de este Tribunal y del Tribunal Constitucional en el anterior fundamento de derecho. En primer lugar y como es evidente e incontrovertido, esta Sala del Tribunal Supremo es el último Tribunal interno en la interpretación tanto del derecho interno que regula el sistema eléctrico como del ordenamiento comunitario en la misma materia, dado que se trata de un sector de la legalidad ordinaria ajeno en cuanto tal a la materia de garantías constitucionales reservada al Tribunal Constitucional español (artículo 123.1 de la Constitución). En esa medida la Sala entendió que correspondía a sus atribuciones jurisdiccionales interpretar si la norma legal española contrariaba la mencionada Directiva -como así decidió que ocurría- y si la jurisprudencia ya dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea le eximía de plantear la correspondiente cuestión prejudicial, lo que le abocaba, en virtud de la primacía del derecho comunitario, a inaplicar la norma interna contraria a la Directiva, con independencia de su rango legal. A este respecto es también pertinente recordar que la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que esta Sala entendió clara se refería a las exigencias para imponer obligaciones de servicio público en un sector regulado, no tanto a la regulación material de la electricidad o del gas, por lo que no consideró relevante que se tratase de Directivas distintas, siendo así que en el punto mencionado su articulado era literalmente idéntico.

A ello se suma el hecho de que esta Sala, mediante su sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010), había ya inaplicado por idéntica razón de ser contraria al derecho comunitario la anterior norma legal que regulaba idéntica materia y que el Tribunal Constitucional había declarado inadmisibles el recurso de amparo que se interpuso contra dicha sentencia. Como se ha explicado antes, en aquella ocasión esta Sala se apoyaba en la Sentencia del caso *Federutility* (2010), a la que ahora se añadía la recaída en el caso *Anode* (2016).

Ahora bien, en esta ocasión y frente a lo que ocurrió en aquella primera inaplicación por parte de esta Sala de la norma legal sobre financiación del **bono social** por idéntica razón a la ahora apreciada, la sentencia de este Tribunal Supremo ha sido anulada por sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional STC 37/2019, de 26 de marzo de 2019, en la que se estima el recurso de amparo interpuesto por la Administración del Estado. En esta sentencia el Tribunal Constitucional declara vulnerado el derecho a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución española) por no haber respetado el sistema de fuentes interno, al haber inaplicado una norma de rango legal sin haber planteado una cuestión prejudicial que el Tribunal Constitucional entendió preceptiva al considerar que no se podía aceptar que hubiese un acto aclarado según la doctrina *Cilfit*.

La sentencia del Tribunal Constitucional echa en falta una justificación por parte de la sentencia de esta Sala de las razones por las que entendimos que concurrían las circunstancias de acto aclarado (así se afirma en el último párrafo del fundamento 5). Sin embargo, y en último término, no es esa la *ratio decidendi* de la sentencia. En efecto, en el fundamento 6, tras afirmarse que no le correspondía al Tribunal Constitucional "...resolver si existe o no contradicción entre la normativa inaplicada por el tribunal a quo y el precepto de la Directiva ya indicada", se justifican ampliamente las razones por las que se entiende que no existía acto aclarado, lo que conduce inevitablemente a pronunciarse sobre el sentido y la ratio de las Directivas en juego en comparación con la normativa nacional inaplicada (párrafos quinto a séptimo del citado fundamento). Y ello, en esencia, al latir en el Tribunal Constitucional la preocupación de que por el principio de primacía del derecho de la Unión Europea se instaure un sistema de control desconcentrado que permite a los jueces inaplicar una ley nacional sin acudir al Tribunal Constitucional o plantear cuestión prejudicial al TJUE, lo que le lleva a adoptar un canon de control distinto y más intenso sobre la labor que en la interpretación y aplicación del derecho de la Unión Europea les corresponde a los jueces nacionales cuando el órgano judicial inaplica una ley nacional, por entenderla contraria al derecho de la Unión, que en aquellos otros supuestos en los que se decide que la norma nacional es conforme con dicha normativa. Así se afirma abiertamente en varias sentencias del Tribunal Constitucional, entre la que cabe destacar la STC 78/2010, de 20 de octubre, STC 232/2015, 5 de noviembre (f. j



5); y se vuelve aplicar en la STC 37/2019, de 26 de marzo, f. j 4), procediendo para ello el Tribunal Constitucional a revisar la interpretación de las normas comunitarias y el juicio realizado por el Tribunal Supremo sobre la similitud de situaciones entre el caso nacional y el resuelto por la jurisprudencia del TJUE, cuando su conclusión ha sido la de inaplicación de una norma nacional, en virtud del principio de primacía, sin necesidad de plantear cuestión prejudicial de interpretación por entender que su planteamiento es innecesario.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima el amparo y anula la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo y acuerda retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia, para que este Tribunal Supremo "...dicte nueva resolución que sea respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, en los términos expresados en el fundamento jurídico sexto de esta resolución".

Llegados a este punto y estando vinculados por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), este Tribunal Supremo, como último tribunal nacional competente sobre la cuestión de fondo respecto a la existencia o no de acto aclarado en el ámbito regulado del sector eléctrico, prescinde ahora de su anterior criterio y decide plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la correspondiente cuestión prejudicial, exponiendo en forma de pregunta aquellas consideraciones que en su día nos llevaron a considerar que la norma española resulta incompatible con la Directiva 2009/72/CE.

Podría plantearse la posibilidad de que este Tribunal Supremo dictase nueva sentencia en la que se expusieran de manera más pormenorizada las razones que nos llevaron a considerar que, sin necesidad de plantear cuestión prejudicial, la norma española debe ser inaplicada en virtud del principio de primacía del derecho comunitario por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE. Sin embargo, no nos parece procedente hacer tal cosa pues las razones que nos llevaron a inaplicar la norma legal interna las expusimos ya de forma suficiente a juicio de esta Sala en la sentencia de 2012 y en la ahora anulada por el Tribunal Constitucional, sin que contemplemos ahora la posibilidad de añadidos argumentales sustanciales. Por lo demás, los términos en que el Tribunal Constitucional ha formulado su pronunciamiento permiten preguntarse si la nueva sentencia que dictásemos daría satisfacción a sus objeciones. De esta manera, en la hipótesis de que optásemos por dictar ahora una nueva sentencia y la Administración demandada plantease contra ella un nuevo recurso de amparo, bien podría suceder que el Tribunal Constitucional dictase un pronunciamiento similar, con serio quebranto del derecho de los litigantes a una tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas.

Por ello nos decantamos por plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones que pasamos a exponer.

QUINTO.-Características del régimen de financiación del bono social.

Sobre las características del régimen de financiación del **bono social** que es objeto controversia procede destacar aquí, de forma resumida, las siguientes notas:

1/ El "**bono social**" se creó por el artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril , en cuya exposición de motivos se justificaba el **bono social** como un mecanismo adicional de protección para colectivos vulnerables, " imponiendo una obligación de servicio 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 ". Aquella regulación anterior del régimen de financiación del **bono social**, que se contenía en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril y en la Orden ITC/1723/2009, de 20 de junio fue en su día objeto de examen en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 (recurso contencioso-administrativo 419/2010), que la declaró inaplicable por su disconformidad con la normativa comunitaria europea que entonces resultaba de aplicación (Directiva 2003/54/CE).

En todo caso, el **bono social** se configuró 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.

2/ A esta finalidad responde también la regulación del **bono social** contenida en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (cuyo contenido se anticipa en el artículo 8 del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio). El citado artículo 45 de la Ley 24/2013 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.

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>>.

3/ La regulación de la financiación del **bono social** establecida en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013 presenta diferencias con respecto a la que se establecía en el Real Decreto-ley 6/2009. La obligación 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 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 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, de 12 de julio -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.

4/ Se cuestiona en el proceso si 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, satisfacen las exigencias de la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009, de 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 (artículo 3.2 de la Directiva).

Así, una vez que el legislador ha decidido, entre otras opciones posibles, que el coste del **bono social** sea asumido por los agentes del sistema eléctrico, se exonera de esa carga a la actividad de transporte dando para ello la escueta explicación 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.

Además de esa la exoneración que se dispensa al transporte, se critica en el proceso 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.

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 intervinientes en el sector eléctrico".

5/ 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 establecidos en la Orden IET/350/2014 (**documento nº 5**) 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. (23,68956%)-, lo que supone que entre las cuatro suman el 96,64131%; mientras que a las restantes 23 empresas que 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 33,5869%.



En parecidos términos, y con una similar distribución de porcentajes, se pronunció después la Orden IET/1451/2016, de 8 de septiembre, que fijó 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).

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 intragrupo que moderen el impacto de las fluctuaciones de precios, etc.

Ahora bien, el propio Abogado del Estado admite en su escrito (página 45 de la contestación a la demanda, folio 313 de las actuaciones) 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.

6/ La demandante aduce también la vulneración del principio de proporcionalidad dado 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.

SEXTO.- Cuestiones que se suscitan.

Como hemos visto, la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio -antecedente inmediato de la regulación establecida en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre -justifica el modelo elegido señalando que "(...) permite, siquiera sea indirectamente, repartir dicha carga entre las principales actividades empresariales intervinientes en el sector eléctrico ". Sin embargo, difícilmente cabe sostener que esa finalidad se cumpla 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.

Dicho de otro modo, en las normas que se examinan en el proceso no queda debidamente justificado 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. Por otra parte, y en relación con la debida observancia del principio de proporcionalidad, debe notarse que esta obligación de financiación del **bono social** que la normativa española hace recaer sobre *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 se establece con carácter excepcional, ni con un alcance temporal limitado, sino de forma indefinida y sin retorno ni medida compensatoria alguna.

Por todo ello, y a la vista de la doctrina establecida en las sentencias del TJUE de 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08, *Federulity*) y de 7 de septiembre de 2016 (Asunto C121/15, *Anode*), cabe preguntarse si 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, 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*>> .

Por último, procede destacar que las cuestiones que acabamos de señalar se suscitan en términos sustancialmente coincidentes en otros procesos seguidos ante esta Sala del Tribunal Supremo, tanto recursos directos como recursos de casación, entre los que cabe citar los recursos contencioso-administrativos 961/2014, 11/2015 y 16/2015, y los recursos de casación 3127/2015, 3131/2015, 3312/2015, 3332/2015, 3374/2015, 3864/2014, 3875/2015, 3885/2015, 122/2016, 149/2016, 714/2016 y 2796/2016.

Por todo lo expuesto,



PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA :

A/ Plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, formulando las siguientes preguntas:

1/ Si, de acuerdo con la doctrina establecida por ese Tribunal de Justicia -entre otras, en sus sentencias de 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08, *Federulity*) y sentencia de 7 de septiembre de 2016 (Asunto C121/15, *Anode*) - resulta compatible con las exigencias establecidas en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE una regulación nacional -como la establecida 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 - en la que la financiación del **bono social** se hace recaer sobre determinados agentes del sistema eléctrico - *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* -, siendo así que algunos de esos sujetos obligados tienen muy escaso peso específico en el conjunto del sector, quedando en cambio eximidos de dicha carga 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.

2/ Si resulta o no compatible con la exigencia de proporcionalidad establecida en el citado artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE una regulación nacional de la que resulta 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.

B/ Se suspende el curso del proceso hasta la resolución del incidente prejudicial.

C/ Remítase testimonio del presente auto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acompañado de los siguientes documentos:

Documento 1 : Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, cuyo artículo 45.4 . es objeto de controversia en el proceso.

Documento 2 : Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, cuyos artículos 2 y 3 desarrollan las previsiones de aquella norma legal.

Documento 3 : Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo nº 2279/2016, de 24 de octubre de 2016 .

Documento 4 : Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional STC 37/2019, de 26 de marzo de 2019 .

Documento 5: 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

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Eduardo Calvo Rojas D. José María del Riego Valledor

Diego Cordoba Castroverde D. Ángel Ramón Arozamena

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

Fecha del auto: 09/07/2019

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número: 960/2014

Magistrado/a que formula el voto particular: Magistrado de la Sala José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT al Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2019, dictado en el recurso contencioso-administrativo número 960/2014, por el que se acuerda plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la compatibilidad 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, con la regulación nacional del **bono social** establecida en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en referencia a la determinación de las empresas del sector eléctrico que deben asumir la obligación de contribuir al pago del **bono social**.

Primero.- Sobre la exposición de algunas precisiones que expresé en el precedente voto particular que formulé a la sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 2016, que sirven para complementar y contextualizar la relación de antecedentes de hecho y los razonamientos jurídicos del auto de planteamiento de cuestión prejudicial.

En consonancia con el voto particular que formulé a la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2.279/2016, de 24 de octubre de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo 960/2014, que ha sido anulada por la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2019, de 26 de marzo, debo reseñar algunas de las precisiones que expuse sobre el objeto del recurso contencioso-administrativo, así como acerca de la regulación del **bono social** establecida en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, a la luz del Derecho de la Unión Europea, que determinaron que considerase que era legítima la decisión del legislador español de imponer obligaciones de servicio público a empresas del sector eléctrico para garantizar el derecho al suministro eléctrico de los consumidores vulnerables, en cuanto entiendo que pueden servir de complemento a la exposición de los antecedentes de hecho y de los razonamientos jurídicos efectuada en el Auto de esta Sala de reenvío prejudicial de 9 de julio de 2019:

" 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 VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, S.A. (denominada con anterioridad E.ON ESPAÑA, S.L.U.) tiene por objeto la impugnación de una disposición general -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**-, 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 se plantee, si la Sala lo considera necesario, 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 Eléctrico, 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 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 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 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 más 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, ede 12 de julio, por el que se adoptan medidas 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.*

*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 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 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 explicite 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 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 más 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 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 más 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 24 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 VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, S.A. (denominada con anterioridad E.ON ESPAÑA, S.L.U.) 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 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 relacionados con el reforzamiento de su imagen corporativa y 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 más 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 más 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 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.

[...]

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."

A mi juicio, estos razonamientos jurídicos que expuse en el mencionado voto particular, referidos a que no resulta cuestionable la compatibilidad de la determinación de los sujetos obligados a asumir el coste del **bono social** 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, en cuanto la imposición de esta obligación de servicio público, únicamente a las "matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollan simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica", se justifica por el fundamento y carácter de la medida de gravamen adoptada, así como por la prevalente posición económica que ocupan estas corporaciones empresariales en los mercados de referencia existentes en el sector eléctrico en España, por lo que no puede tacharse de falta de objetividad o transparencia ni de discriminatoria.

Debo, asimismo, señalar que este juicio, relativo a afirmar la compatibilidad del modelo de financiación del **bono social** articulado por el legislador español en la Ley 24/2013 con el Derecho de la Unión Europea, podría considerarse avalado por la ulterior doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expuesta en la sentencia de 7 de agosto de 2018 (Asunto C-561/16), en que, con ocasión de la interpretación de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE, se considera legítima la decisión del legislador español referida a la designación de las empresas del sector eléctrico que asumen la obligación de contribuir al Fondo de Eficiencia Energética, por basarse en criterios objetivos y no discriminatorios, teniendo en cuenta la configuración y las características del mercado nacional, así como la situación de los operadores de ese mercado, tomando en consideración el margen de apreciación que corresponde a los Estados miembros en este ámbito del sector eléctrico para intervenir en su regulación por razones de interés económico general (en este supuesto, entiendo que concurren razones de interés económico general, pues resulta incuestionable que se trata de facilitar el acceso al suministro eléctrico de aquellos usuarios definidos como vulnerables y de paliar las situaciones de pobreza energética).

Segundo.-Sobre algunas referencias al alcance de la sentencia constitucional 37/2019, de 26 de marzo, y acerca de su incidencia en el debido planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

No obstante lo expuesto con anterioridad en el precedente fundamento jurídico, debo manifestar que comparto el criterio expuesto en el Auto de esta Sala jurisdiccional de 9 de julio de 2019, respecto de que resulta pertinente el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una vez que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 37/2019, de 26 de marzo, ha declarado la nulidad de la sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 2016, al estimar el recurso de amparo promovido por la Administración General del Estado contra dicha resolución judicial, al entender que había vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, enunciado en el artículo 24.2 de la Constitución española, y ha acordado la retroacción de las



actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que dicte nueva resolución que sea respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Como se afirma en el Auto de esta Sala de 9 de julio de 2019, estamos vinculados por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, por lo que considero que esta Sala del Tribunal Supremo no tiene mas alternativa que cumplir el fallo de la sentencia del Tribunal Constitucional, ya que, como se infiere de la sentencia constitucional 215/2016, la debida ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional constituye un elemento esencial para garantizar la existencia del Estado de Derecho.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional acoge las tesis impugnatorias formuladas por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal (coincidentes con el referido voto particular y el Dictamen del Consejo de Estado según se explicita en el fundamento jurídico sexto de la sentencia constitucional), y censura la falta de justificación del órgano judicial en la aplicación de la doctrina del "acto aclarado", así como aprecia "la errónea consideración de inaplicar la norma nacional sin necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE", en la medida que "concurren dudas razonables y objetivas sobre la normativa europea de referencia", lo que permite concluir que se ha vulnerado concretamente el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución.

En este sentido, debo poner de relieve que en el apartado sexto del voto particular que formule a la anulada sentencia de esta Sala jurisdiccional de 6 de octubre de 2016, ya expuse, con carácter subsidiario, las razones por las que consideraba pertinente que, en su caso, antes de dictar sentencia se procediera a plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de la compatibilidad del artículo 45.4 de la Ley 24/2013 con el Derecho de la Unión Europea, en los siguientes términos:

" 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 enjuiciamos 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 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 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."



Conforme a los precedentes razonamientos propuse expresamente que se planteara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con este planteamiento:

"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 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."

Considero que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se ajusta plenamente a la función jurisdiccional que le atribuye el artículo 161 de la Constitución española, de resolver los recursos de amparo que se promueven por violación de los derechos fundamentales y las libertades públicas, referidos en el artículo 53.2 de la Constitución [en ese supuesto por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), y del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE)].

A mi juicio, la decisión del Tribunal Constitucional es, asimismo, respetuosa con el ámbito jurisdiccional que la Constitución reserva al Tribunal Supremo de intérprete supremo del ordenamiento jurídico, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, según refiere el artículo 123.1 CE .

La sentencia constitucional 37/2019 delimita de forma clara la función del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, partiendo de la premisa de que cuando se trata de inaplicar una ley, la decisión de un órgano judicial de plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por si contradice la Constitución, o de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por si contradice el Derecho Comunitario (y siempre que concurren las circunstancias requeridas para ello, según la doctrina del Tribunal de Justicia), constituye una de las garantías comprendidas en el derecho a la tutela judicial efectiva vinculada al respeto del sistema de funciones (artículo 117 CE), frente a decisiones judiciales arbitrarias o insuficientes.

También la sentencia constitucional que analizamos parte de su propia y consolidada doctrina, relativa a que "dejar de aplicar una ley interna sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por entender que es contrario al Derecho de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías si existe una duda objetiva clara y terminante sobre esa posible contradicción (STC 58/2004).

Debo recordar, al respecto, que en el sistema constitucional español, basado en el pleno respeto a los postulados del Estado de Derecho, el Tribunal Constitucional tiene el monopolio de declarar la invalidez de las normas con fuerza de ley (artículos 161 y 164 CE), mientras que los tribunales ordinarios (y por ende el Tribunal Supremo), que ejercen la potestad jurisdiccional "sometidos únicamente al imperio de la ley" (artículo 117.1 CE), sólo puede inaplicar una ley en aquellos supuestos en que tras una análisis riguroso y objetivo de



la normativa interna, con la finalidad de preservar el principio de primacía del Derecho Comunitario Europeo, concluya que dicha norma contradice el Derecho de la Unión Europea.

Conforme a los razonamientos expuestos, con la debida consideración a la posición mayoritaria, manifiesto mi discrepancia con algunos de los concretos razonamientos que se exponen en el fundamento jurídico cuarto del Auto de esta Sala jurisdiccional de 9 de julio de 2019, referente a que el Tribunal Constitucional adopta "un canon de control distinto y más intenso sobre la labor que en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión Europea les corresponde a los jueces nacionales cuando el órgano judicial inaplica una ley nacional por entenderla contraria al Derecho de la Unión, que, en aquéllos otros supuestos en los que se decide que la norma nacional es conforme a dicha normativa", que parecen cuestionar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en cuanto que pudiera conducir a desincentivar la aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por los tribunales ordinarios.

Entiendo que en la sentencia constitucional 37/2019, se refleja con claridad la propia doctrina del Tribunal Constitucional, que, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, considera que el canon de control establecido respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no difiere de que el Tribunal Constitucional ha fijado, con carácter general, para las decisiones judiciales que son fruto de interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto (según se afirma explícitamente en la sentencia constitucional) lo que determina que, en aplicación de este control, deben anularse aquellas decisiones judiciales insuficientemente fundadas o que se revelen arbitrarias.

También entiendo que la sentencia constitucional no se excede en la aplicación del canon de control más específico, correspondiente al derecho al proceso debido o a un proceso con todas las garantías, en la expresión del artículo 24.2 de la Constitución, en la medida que todos los tribunales de justicia estamos vinculados, sin excepción, a respetar el principio de legalidad procesal (que se integra por la legislación procesal interna y por el ordenamiento procesal regulador de los procedimientos prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

El Tribunal Constitucional, en estos supuestos, tiene la facultad de comprobar si la elusión de la obligación de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, responde a causas objetivas, en el sentido de verificar que concurre el presupuesto de que no existen dudas razonables sobre la correcta interpretación y aplicación del Derecho de la Unión Europea, en la medida que está en juego el respeto al sistema de ordenación de las fuentes del Derecho, de conformidad con la doctrina del propio Tribunal Europeo formulada en relación con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En este sentido, cabe reseñar que en el Auto de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2013 (RC 3607/2010), ya sostuvimos que "puede resultar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando se inaplica o anula una norma de Derecho interno por infracción de la normativa europea, en razón a su eficacia directa y preferente, si se incumple la obligación de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE.

Se sostiene en este Auto que es claro también que el Tribunal Supremo conoce de los asuntos sin ulterior recurso judicial de Derecho interno, por lo que está obligado a plantear dicha cuestión, en los términos que contempla el penúltimo párrafo del artículo 267 TFUE y la doctrina del TJUE que excepciona, sin embargo, tal obligación, como ha quedado señalado, mediante la utilización de los criterios del "acto claro" y del "acto aclarado".

La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2019 (Asuntos acumulados C-473/17) y C-346/17), evidencia las dificultades interpretativas que suscita la aplicación de las Directivas reguladoras del mercado interior de la electricidad o del gas (Directiva 2009/72/CE y Directiva 2009/73/CE) a los efectos de determinar si las obligaciones de servicio público que los Estados miembros pueden imponer a los operadores por razones de interés económico general para preservar, entre otros intereses, el acceso a los servicios de suministro de gas o electricidad a precios razonables y garantizar la cohesión **social** y territorial.

Frente a una cuestión prejudicial planteada por esta misma Sala, referida específicamente a si la doctrina sentada en el ámbito Federutility [STJUE de 20 de abril de 2010 (C-265/08)] en relación con un proceso en que se cuestionaba la fijación de un precio máximo para la bombona de gas butano envasado como medida de protección de los consumidores socialmente vulnerables, el Tribunal de Justicia recuerda su función de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales mediante el procedimiento establecido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, para lo que tiene la libertad de reformular las cuestiones prejudiciales planteadas o tomar en consideración normas del Derecho de la Unión Europea a las que el juez nacional no se haya referido en el enunciado de la cuestión prejudicial.



En último término, debo manifestar que la valoración de la necesidad y pertinencia de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con carácter previo a emitir el fallo que resuelva el litigio, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que debe asumir esa responsabilidad para tratar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie sobre una cuestión relativa a la aplicación e interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión Europea, con el valor y la autoridad de cosa interpretada, a los efectos de garantizar la unidad y aplicabilidad del Derecho europeo. Pero ello, no excluye que el Tribunal Constitucional, en su función de garante de los derechos fundamentales, preserve la regularidad del proceso seguido en la instancia interna siguiendo las pautas establecidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la doctrina del acto claro y del acto aclarado.

En Madrid, a 9 de julio de 2019

José M. Bandrés Sánchez Cruzat

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ