A vueltas con el bono social: el Tribunal Constitucional insta al Supremo a presentar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Ana I. Mendoza Losana

Profesora contratada doctora de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo

El Tribunal Constitucional anula la sentencia de 24 de octubre del 2016, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que obligó a implantar un sistema de financiación del bono social basado exclusivamente en las aportaciones de las comercializadoras.

El Tribunal Constitucional ha dado a conocer una sentencia del Pleno que resuelve el recurso de amparo interpuesto por la Administración del Estado contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de octubre del 2016 y contra el Auto de 14 de diciembre del 2016 de la misma Sala que desestima el incidente de nulidad de actuaciones. La sentencia constitucional —de la que sólo se ha publicado la parte dispositiva mediante una nota de prensa fechada el día 27 de marzo (https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2019_040/NOTA%20INFORMATIVA%20Nº%2040-2019.pdf)— «se notificará en los próximos días con una nota de prensa más amplia».

1. Objeto del recurso de amparo

Conforme a la referida nota de prensa, el Tribunal Constitucional anula «la sentencia de 24 de octubre del 2016, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y el auto de 14 de diciembre del 2016, de la misma Sala y Sección, por

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la referida sentencia».

Sin embargo, en esa misma fecha y en los días sucesivos hubo varios pronunciamientos del Tribunal Supremo en la misma línea: dos sentencias de fecha 24 de octubre del 2016 (recs. contencioso-administrativos núm. 1/960/2014, promovido por EON, S. L. U., y núm. 1/961/2014, promovido por Endesa, S. A.); una de 25 de octubre del 2016 (rec. contencioso-administrativo núm. 1/16/2015, promovido por Iberdrola, S. A.) y otra de fecha 2 de noviembre del 2016 (rec. contencioso-administrativo núm. 1/11/2015, promovido por Gas Natural SDG, S. A.).

Todas esas sentencias estimaron los recursos interpuestos contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social, y declararon inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Conforme a este sistema, el coste de financiar el bono social, en cuanto obligación de servicio público, sería asumido por las empresas comercializadoras o por las empresas que realizaran simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica. El Tribunal Supremo consideró que el sistema era incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio del 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Dichas sentencias declararon igualmente inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, que desarrollaban el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, reconociendo a las recurrentes el derecho a que se les reintegren las aportaciones efectuadas en tal concepto.

2. Motivos del recurso

Conforme a la nota de prensa del Tribunal Constitucional, el motivo del recurso fue la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incumplimiento de las garantías procesales.

El artículo 267, párrafo tercero, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que, cuando la cuestión prejudicial surja en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a someter una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia, a menos que exista ya una jurisprudencia bien asentada en la materia o no quepa ninguna duda razonable sobre el modo correcto de interpretar la norma jurídica. Además, según reiterada jurisprudencia, aunque los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la facultad de desestimar los motivos de invalidez de un acto de una institución, órgano u organismo de la Unión invocados ante ellos, la posibilidad de declarar inválido ese acto es competencia exclusiva del Tribunal de Justicia. Por lo tanto, «cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro dude de la validez de un acto de este tipo, está obligado a dirigirse al Tribunal de

Justicia indicando las razones por las que considera que dicho acto no es válido» (Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, 2016/C 439/01).

3. Fallo

El Tribunal Constitucional afirma que se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Se reprocha al Tribunal Supremo haber 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 de la Unión Europea, lo que ha dado lugar a una preterición del sistema de fuentes, con desconocimiento de las garantías que integran el proceso debido. Por ello, el Tribunal Constitucional anula la Sentencia de 24 de octubre del 2016 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y el Auto de 14 de diciembre del 2016, de la misma Sala y Sección, y obliga a «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». En este contexto, el Tribunal Supremo se verá obligado a la interposición de la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4. Efectos de la sentencia constitucional

En principio y a reserva de una lectura más pausada de la sentencia completa, cabe afirmar que la sentencia del Tribunal Constitucional no va a tener un impacto inmediato en el sector eléctrico por las siguientes razones:

1.^ª El reproche de constitucionalidad procede de una cuestión procedimental: no haber elevado cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero, satisfechas las garantías procedimentales, no hay ninguna garantía de que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea vaya a ser favorable a las pretensiones de las empresas comercializadores recurrentes. El artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE autoriza a los Estados a imponer obligaciones de servicio público a las «empresas eléctricas», sin ninguna otra especificación más allá del requerimiento de que tales obligaciones se definan «claramente», sean «transparentes, no discriminatorias y controlables», y garanticen «a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales». Parece claro que, cumplidas estas exigencias definitorias de la obligación, la decisión de qué empresas quedan sujetas a ella, corresponde a los Estados.

2.^ª A consecuencia de las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo de octubre y de noviembre del 2016, el Real Decreto Ley 7/2016, de 23 de diciembre, por el que se regula el mecanismo de financiación del coste del bono social y otras medidas de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica, modificó el artículo 45 de la Ley del Sector

Eléctrico y estableció un nuevo mecanismo de financiación del bono social. Conforme al nuevo mecanismo, los sujetos que deben asumir el coste del bono social son, o bien las matrices de los grupos de sociedades que desarrollen la actividad de comercialización de energía eléctrica, o bien las propias sociedades que así lo hagan si no forman parte de ningún grupo societario. Estas mismas sociedades (o grupos societarios) tendrán también que cofinanciar con las Administraciones Públicas competentes (ayuntamientos y comunidades autónomas) el coste del suministro de energía eléctrica al colectivo de consumidores vulnerables de grado severo en riesgo de exclusión social, a los que no se puede suspender el suministro. En resumen, sólo los sujetos dedicados a realizar la actividad de comercialización de energía eléctrica deberán financiar las obligaciones de servicio público. Sin perjuicio de las vicisitudes procesales que afecten a los recursos contra el Real Decreto 968/2014, el sistema actualmente vigente es el establecido por el artículo 45.3 de la Ley del Sector Eléctrico en la redacción dada por el Real Decreto Ley 7/2016. En principio y mientras no se modifique la Ley del Sector Eléctrico, dicho sistema seguirá vigente y la financiación del bono social corresponderá a las comercializadoras (de referencia o en el mercado libre).

- 3.^a Con todo, si finalmente y tras la correspondiente resolución de la cuestión prejudicial por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el sentido defendido por las comercializadoras, el Tribunal Supremo considerara que el sistema de financiación del Real Decreto 968/2014 no vulneraba el Derecho comunitario y que no era ilícito que las obligadas a sufragar el bono social fueran las comercializadoras y las demás empresas que realizaran simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica, las empresas eléctricas (productoras y distribuidoras) perderían el derecho al reintegro de lo pagado indebidamente que les reconocía aquella sentencia. Sin embargo, habiendo entrado en vigor el Real Decreto Ley 7/2016, entiendo que las comercializadoras no podrían recuperar lo cobrado indebidamente desde la aprobación del Real Decreto Ley 7/2016 y hasta la eventual nueva anulación del Real Decreto 968/2014.