



FACULTAD DE DERECHO

EL BONO SOCIAL ELÉCTRICO COMO OBLIGACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Autor: Fermín Correas del Prado

5º E3-A

Derecho Administrativo

Tutor: Rocio Tarlea Jiménez

Madrid

Junio de 2018

INTRODUCCIÓN

Los sectores regulados son uno de los pilares del Derecho Administrativo. En estos sectores de actividad conviven las actividades económicas en libre mercado con exigencias legales por parte de la Administración que alejan a este sector de los sectores liberalizados en su totalidad.

Dentro de esta área encontramos las obligaciones de servicio público, una figura que pretende proteger los derechos e interés de los consumidores y ciudadanos a través de una serie de obligaciones impuestas a los sujetos concurrentes en estas actividades reguladas.

En este contexto, aparece el bono social eléctrico. Una obligación de servicio público impuesta a distintas empresas eléctricas en España, que ha sido un tema de controversia en los últimos años. Los recursos por parte de las empresas eléctricas han llegado en varias ocasiones al Tribunal Supremo.

Para alcanzar el entendimiento necesario para comprender esta realidad resulta necesario orientarse en su contexto. Es por esto por lo que comenzaré con una exposición de la historia de los sectores regulados en España, centrándome posteriormente en el sector eléctrico y finalizando con la descripción de las obligaciones de servicio público. De esta manera se podrá comprender claramente en que contexto se encuentra y desde ahí entrar a analizar el bono social eléctrico, la regulación y jurisprudencia que lo rodean. Es de vital importancia enmarcarlo dentro de la UE ya que existen competencias de la UE en esta materia especialmente con la última regulación y las anulaciones por parte de Tribunal Supremo en diversas sentencias por ser contrario al Derecho de la UE.

A lo largo de este Trabajo de Fin de Grado se analizará en primer lugar, el marco en el que se encuentra este bono (tanto nacional como europeo). En segundo lugar, analizaremos la situación que ha dado lugar a distintos recursos y cambios de legislación. Por último, propondremos un modelo que encaje en el marco nacional y europeo a través de un profundo análisis del modelo actual.

ABSTRACT

Regulated sectors are one of the pillars of Administrative Law. In this sectors, the free market economic activities coexist with legal requirements imposed by the government , factor that distinguish this area from the completely liberalized sectors.

In this context we find the public service obligations. An obligation imposed by law that provides a general interest service in the European Union Territories. By using this figure, the Government seeks to protect the rights and interests of consumers and citizens.

The electric social bond was introduced in 2009 as a public service obligation. This bond was introduced in order to protect the more vulnerable citizens that were in risk of being left without power, especially during the financial crisis.

Throughout this essay we will focus on the different approaches to the electric social bond funding, the problematic around it and the alternatives that could work in the European law context. This is the objective of this essay.

PALABRAS CLAVE: Bono, Social, Eléctrico, Energía, Obligaciones, Servicio, UE.

KEY WORDS: Electric, Social, Bond, EU, Public, Service, Obligations.

ÍNDICE

1	SECTORES REGULADOS	4
1.1	Contexto histórico.....	4
1.2	Impacto de la Unión Europea en los sectores regulados.	6
2	SECTOR ELÉCTRICO	7
2.1	Contexto del mercado eléctrico	7
2.2	Estructura del mercado eléctrico	8
2.2.1	Generación:.....	9
2.2.2	Transporte y distribución:	9
2.2.3	Comercialización:	10
3	LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO	12
4	EL BONO SOCIAL ELÉCTRICO	14
5	JURISPRUDENCIA EUROPEA: LÍMITES DE LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO EN EL CONTEXTO DEL BONO SOCIAL ELÉCTRICO	20
5.1	El asunto Federutility	20
5.2	El asunto Enel produzione.....	22
5.3	El asunto Anode.....	24
6	JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN TORNO A LA FINANCIACIÓN DEL BONO SOCIAL ELÉCTRICO	27
6.1	Primera controversia: Empresas Generadoras de energía eléctrica	27
6.2	Segunda controversia: Grupos verticalmente integrados.....	31
7	ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA	37
7.1	Falta de planteamiento de cuestión prejudicial.....	37
7.2	Discrepancia con la jurisprudencia europea	40
7.3	Posible utilización del art 264 del TFUE.....	42
8	NUEVO RÉGIMEN DE FINANCIACIÓN DEL BONO SOCIAL	44
9	PROPUESTA DE UN MODELO FINANCIACIÓN PARA EL BONO SOCIAL ELÉCTRICO ACORDE AL DERECHO DE LA UE Y JURISPRUDENCIA	46
10	CONCLUSIÓN	48
11	BIBLIOGRAFÍA	50

1 SECTORES REGULADOS

1.1 Contexto histórico

En este apartado analizaremos el paso de estado gestor al estado regulador actual, esto se ha logrado a través de las privatizaciones de servicios reservados anteriormente de forma exclusiva al Estado. El Estado se transforma desde un Estado que presta directamente los servicios y asegura la calidad de los servicios, a un Estado garante, en el que se convierte en un vigilante del comportamiento de los mercados y que protege el respeto, la competencia y el cumplimiento de los objetivos de servicio público que estas empresas tienen asignadas.¹

Este tipo de sectores se caracterizan por estar sujetos a una serie de exigencias, requisitos y/o intervención, del Estado. Condiciones que resultan ajenas a los mercados “completamente” liberalizados. Esta intervención tiene como razón de ser la protección de la calidad, servicio, precio o producto de áreas de especial interés para la sociedad como por ejemplo los transportes, las telecomunicaciones o el sector eléctrico, en el que profundizaremos en este trabajo.

En estos sectores nos encontramos un cambio substancial en los últimos años analizando el grado de control del Estado. Hemos llegando a un estado regulador, que se dedica a controlar y a supervisar a las empresas que operan en estos sectores. El Estado ha pasado de ser propietario de numerosos servicios públicos para ser regulador, dejando de ser el proveedor de bienes y el único titular de estos, para ser garante y regulador de estos, mediante una liberalización del mercado. En este proceso ha tenido una gran influencia el derecho de la Unión Europea unido a la globalización de los mercados y la tendencia a la liberalización de la economía, que ha resultado en el marco regulatorio actual.

La intervención del estado en la economía ha sido un constante foco de cambio a lo largo de la historia, resulta de especial interés exponer la evolución desde el Antiguo

¹ Muñoz Machado.S, Esteve Pardo, J. *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel , Abril 2009, pg-19.

régimen (En el nacimiento del Estado Moderno), la economía mas intervenida, hasta la situación actual para entender el contexto político-histórico en España.

El antiguo régimen se caracteriza por una estructura administrativa controlada por los monarcas, señores feudales y clero. Aunque la estructura administrativa no era muy extensa el grado de control sobre la economía era muy intenso. En la economía numerosas actividades estaban restringidas a la Corona, como la explotación de la sal o el tabaco y existían numerosas imposiciones a la libertad de empresa. En el mercado exterior el comercio de ultramar estaba sujeto al monopolio de la Casa de contratación (desde 1503) y se intentaba favorecer la exportación y las balanzas comerciales positivas, con el objetivo de la acumulación dineraria y de joyas.

Posteriormente nos encontramos con el liberalismo económico. Se caracteriza por una fuerte desvinculación del estado en la política económica del Antiguo Régimen. La intervención del Estado disminuyó hasta el punto de eliminar los gremios, privatizar patrimonio estatal a través de las amortizaciones, fomentar la supresión de aduanas y favorecer la libertad de empresa.²

Una vez superada esta fase surgirá el Estado liberal, alejándose los hombres de la consideración de súbditos del monarca a ciudadanos de un Estado Moderno. Es así como llegaremos al siglo XIX en el que nos encontramos con un Estado y una Sociedad que son realidades completamente separadas, entre las que no se encuentra ningún tipo de cooperación. Es por ello, que la intervención del estado solo ocurre de forma excepcional y bajo unos controles muy limitados, de manera completamente opuesta al Antiguo Régimen. Esto se debía a la consideración de las garantías de la no intervención del estado en la sociedad como una de las bases fundamentales de la democracia.

En la actualidad encontramos una situación completamente distinta a la de las etapas anteriores. El ámbito de poder público se extiende y al contrario que en el periodo liberal, se considera que nace de la propia democracia y se considera que el Estado tiene el deber de intervenir para solucionar situaciones que pueden considerarse

² Idem cap, 1.

injustas. No obstante, es necesario atender al “adelgazamiento”³ de la Administración en los últimos 40 años en España con objeto de la liberalización del mercado. Esta tendencia será analizada al introducir el sector eléctrico en el marco de la Unión Europea.

1.2 Impacto de la Unión Europea en los sectores regulados.

La necesidad de establecer un mercado común en igualdad de competencia en todo el territorio de las Comunidades Europeas (ahora Unión Europea) y el auge del ideario liberalizador tuvo como resultado la privatización en sectores que históricamente siempre habían estado unidos a la soberanía del Estado como los transportes, las telecomunicaciones o la energía. El objetivo de era alcanzar una situación en la que los factores de producción estuvieran sometidos a las menores restricciones posibles, fomentando la libre competencia sin renunciar a las necesarias garantías que para los consumidores y usuarios que hubieran de existir en la prestación de servicios de interés económico general.

Para lograr este panorama, la Unión Europea ha llevado a cabo dos estrategias legislativas, la integración positiva y negativa⁴. En primer lugar, la integración positiva se caracteriza por normas comunes aprobadas con efecto general o para un sector específico con el objetivo de armonizar o unificar el funcionamiento de los Estados miembros en distintas materias. En contraste, la integración negativa se basa en el establecimiento de prohibiciones hacia los poderes públicos o privados con el objetivo, por ejemplo, de evitar barreras que puedan afectar a los factores de producción o de situaciones que permitan a las empresas el abuso de una posición de dominio en el mercado.⁵

En materia energética, esa integración europea ha venido a condicionar la configuración, desarrollo y regulación tanto del sector eléctrico como del sector del gas. Al primero de ellos se refiere el objeto del presente trabajo.

³ M. Tarrés/M. Darnaculleta, “Adelgazamiento del Estado y modernización administrativa. *Revista Autonomías*, 2006, n 26.

⁴ Malamud, A. (2011). “Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional”. *Revista Académica Norteamérica*, 6(2), 219-249.

⁵ Muñoz Machado, S., Esteve Pardo, J., pág. 149-254

2 SECTOR ELÉCTRICO

2.1 Contexto del mercado eléctrico

Como ya hemos venido introduciendo el sector eléctrico ha sido uno de los mercados más afectados en España por la integración europea. En este apartado analizaremos su evolución y su situación actual.

Con posterioridad a la guerra civil española el sector eléctrico estaba constituido por empresas privadas que realizaban su actividad en una determinada zona del país. Los precios de la electricidad estaban completamente regulados en el mercado, incluidos los precios de las materias primas, que eran mayoritariamente el carbón y el fueloil. Este sistema funcionó hasta 1983 donde se alcanzó un acuerdo para ayudar a las principales empresas privadas eléctricas que se encontraban en dificultades financieras, debido a la crisis del petróleo. Este acuerdo tenía como base la nacionalización de la red de alta tensión y la creación del Marco Legal y Estable por el que se producía una fijación de los costes de las centrales y en función de la cantidad se les retribuía.

Unos años más tarde, se produce la entrada en de España en las entonces denominadas Comunidades Europeas, cuyo espíritu liberalizador e integrador inicia una lenta intervención en el mercado eléctrico español. El objetivo propuesto al iniciar la liberalización del mercado es alcanzar un precio de la energía eléctrica más competitivo y beneficioso para el consumidor. No obstante, existe un debate sobre el impacto de esta apertura del mercado eléctrico y la efectividad que ha tenido esta corriente liberalizadora en la competencia del mercado y en sus precios.⁶

A través de ceder competencias lentamente en economía y en medioambiente⁷, se inicia un proceso que terminará en la regulación del mercado eléctrico. Tiene lugar la

⁶ Blanco, Paulina Beato. "La liberalización del sector eléctrico en España, ¿un proceso incompleto o frustrado?" *Información Comercial española* - 826, 2005, 259.

⁷ Solorio, I. "La europeización de la política energética en España: ¿qué sendero para las renovables?" *Revista Española de Ciencia Política*, (26), 2011 105-126.

europización⁸ del mercado. Con el establecimiento de órganos reguladores y directivas comunes se lleva a cabo el proceso de integración para los distintos países europeos.

Para llevar a cabo este proceso fue fundamental tener en cuenta las distintas características naturales de los distintos Estados y los elementos distintivos del mercado del país. Esta serie de características unidas a la dificultad para almacenar energía y el distinto grado liberalizador de cada región se ha materializado en una desigualdad en la liberalización y en la regulación del mercado eléctrico en los distintos miembros de la Unión Europea. Las altas barreras de entrada, las pocas empresas concurrentes en la actividad y la curva de demanda inelástica han tenido como consecuencia la elaboración de normas personalizadas para cada miembro de la UE.

La norma europea actualmente vigente es 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 (BOE 14 de agosto de 2009)

Sin embargo, se encuentra en proceso de tramitación un proyecto de directiva que vendrá a sustituir a la anteriormente citada. Esa nueva directiva en proyecto se enmarca en un paquete de medidas legislativas (el llamado “Paquete de invierno”) presentado por la Comisión Europea el 30 de noviembre de 2016.

2.2 Estructura del mercado eléctrico

En el caso de España, la norma de cabecera es la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (BOE 27 de diciembre de 2013). Esta ley, de acuerdo 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, separa el sector eléctrico en distintos mercados en función de las actividades que se llevan a cabo:

⁸ Robert Harmsen & Thomas M. Wilson (ed.s), *Europeanization: Institution, Identities and Citizenship*, Atlanta: Rodopi, 2000.

generación, transporte, distribución y comercialización. A continuación, expondremos brevemente las características de cada sector:

2.2.1 Generación:

En este sector participan los agentes que se encargan de generar energía eléctrica mediante una transformación desde otro tipo de energía ya sea química, mecánica, térmica, nuclear o luminosa. El artículo 6.1.a) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (BOE 27 de diciembre de 2013). define a estos agentes como:

“aquellas personas físicas o jurídicas que tienen la función de generar energía eléctrica, así como las de construir, operar y mantener las instalaciones de producción.”

Para este sector no es necesaria una alta inversión en costes fijos, especialmente en comparación con el pasado. Esto se ha debido a la disrupción de nuevas tecnologías que han permitido que el coste de entrada haya disminuido. Aun así, es necesario tener en cuenta que no es una liberalización total y que existen algunos sectores como por ejemplo el hidroeléctrico donde sigue siendo necesaria una gran inversión. Es por ello por lo que hablamos de un sector relativamente liberalizado ya que teóricamente grandes márgenes de beneficio u otras acciones perjudiciales podrían resolverse fácilmente con la entrada de nuevas empresas en el sector.

2.2.2 Transporte y distribución:

El transporte de energía eléctrica se encuentra gestionada por Red Eléctrica, condición recogida en Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto 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 (BOE 5 de Julio de 2007). Esto será confirmado por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Según esta última ley en sus apartados 6.1 d) y 6.1.e) el transportista y los distribuidores:

“d) El transportista, que es aquella sociedad mercantil que tiene la función de transportar energía eléctrica, así como construir, mantener y maniobrar las instalaciones de transporte y todas aquellas funciones que se recogen en el artículo 36.

e) Los distribuidores, que son aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas de consumidores y usuarios, que tienen la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo y todas aquellas funciones que se recogen en el artículo 40”

En las funciones que proporciona Red Eléctrica, como transportista se encuentran la gestión de forma exclusiva en el transporte, desarrollo y ampliación de red, mantenimiento, garantizar en condiciones igualitarias el acceso al sistema eléctrico y con las menores restricciones posibles y asegurar la coherencia de la red tanto espacial como temporal.⁹ La red de distribución de energía esta formada por en el siguiente orden de transmisión: líneas de transporte y distribución, subestaciones, centros de transporte y distribución, subestaciones, centros de transformación, redes de suministro y en último lugar, el consumidor final.

2.2.3 Comercialización:

Según el artículo 6.1 f) recogido en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, las comercializadoras de energía se encargan de adquirir energía para su venta a los consumidores mediante su acceso a las redes de transporte o a la distribución de electricidad. Se trata junto con la generación de una actividad parcialmente competitiva y liberalizada del sector. Sin perjuicio, de la convivencia de tarifas sujetas al libre mercado con tarifas reguladas. Esto es consecuencia de la imposición de obligaciones de servicio público, como analizaremos en el epígrafe siguiente.

⁹ de Quinto Romero, J. (2007). “La planificación de la red de transporte eléctrico en un entorno competitivo”. *Economía industrial*, (vol.364), 103-111.

Esta separación es de vital importancia en el establecimiento de obligaciones por el sector público a determinados intervinientes del sector eléctrico. Como hemos introducido, la división en distintos mercados del sector eléctrico parte de la base de la gran inversión, alta tecnología y ineficiencia de establecer el transporte eléctrico de varias compañías por distinto cableado a los mismos lugares. En concreto para el transporte y la distribución, considerados monopolios naturales¹⁰ y, por ello, actividades que necesariamente deben de ser reguladas. Estos monopolios surgen de la propia naturaleza de las actividades empresariales con las que se producen. En mercados donde es necesario establecer una estructura muy costosa (carreteras, tendidos eléctricos, telecomunicaciones...) es común que se originen estos monopolios naturales. Es por ello, que el legislador deberá prevenir que ocurran situaciones que puedan perjudicar a los consumidores.

Por otro lado, tenemos la generación de energía y la comercialización, actividades liberalizadas que no están sujetas a un monopolio natural y que la Unión Europea se encarga de proteger de las posibles desigualdades producidas por un alto grado de integración vertical de empresas competidoras, es decir, por empresas que tienen presencia en varias actividades del sector eléctrico. Esta situación podría dar lugar a prácticas anticompetitivas en las que se produjesen abusos de poder por parte de empresas con posiciones dominantes en el mercado, que impactaría los costes dentro del propio sector y el precio para el consumidor final.¹¹ La ventaja de estas empresas verticalmente integradas es un factor de gran importancia y que posteriormente será analizado. Ya que, a la hora de establecer obligaciones de servicio público a estas empresas que operan en mercados regulados es condición necesaria que su uso no resulte en discriminación al resto de empresas que operen el sector, según el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, es por ello por lo que tener en cuenta esta ventaja competitiva resulta fundamental.

¹⁰ Pateiro Rodríguez, C. y J. Prado Domínguez (2010), "Un análisis de la transformación del servicio universal y el ámbito reservado en las políticas de competencia del sector postal en la Unión Europea", *Gestión y Política Pública*, XIX (2), pp. 187-237

¹¹ Isla, A. Z. (2017). Integración vertical en el mercado eléctrico español. *InDret*, (3).

3 LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO

Como consecuencia de la liberalización de los servicios públicos propiedad de la Administración, las empresas privadas han entrado en las actividades antes reservadas a la Administración. Este cambio de titularidad plantea una importante cuestión en torno al interés por el cual se lleva a cabo este tipo de actividades. Si bien con la propiedad estatal el interés público lo que busca es el bien público de la sociedad, con la libertad de empresa es el interés privado (el propio beneficio del sujeto titular) y la libre competencia los que guían esta actividad. Para que se dé un marco en el que tanto los intereses privados como los intereses del Estado puedan ser satisfechos, la Administración impone determinados tipos de obligaciones a estos sujetos particulares o se reserva determinados servicios para proteger este interés público. Este es el origen de las obligaciones de servicio público.

Estas obligaciones están configuradas para distintos sectores mas o menos liberalizados (transporte, energía, telecomunicaciones, ...) con el objetivo de cumplir con el deber estatal de asegurar que estos bienes y servicios prestados a través de estas empresas de índole privada tengan unos estándares de calidad y que su servicio sea universal. Esto implica por ejemplo que los servicios prestados abarquen todo el territorio o que estas corporaciones privadas asuman determinadas prestaciones y costes que no son rentables en el mercado pero que el Estado considera que por su interés público deben llevarse a cabo. De esta manera, el Estado va a intervenir en el funcionamiento normal del mercado y va a alejar a los operadores del mercado de su interés comercial para subsumirlo al interés estatal.¹²

Un claro ejemplo de lo expuesto previamente podría ser una compañía eléctrica a la que no le resulta rentable la creación de infraestructuras y cableados para llevar la electricidad a un pueblo con una pequeña cantidad de habitantes. La Administración puede obligar a esta compañía a realizar actividades que no resultan interesantes por su falta de rentabilidad.

¹² Moscoso del Prado González, Luis. "Regulación y competencia en el sector energético: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las obligaciones de servicio público". *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Editorial Wolters Kluwer, Septiembre-Octubre 2013, N.º 35.

En el mercado eléctrico es la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE la que introduce las obligaciones de servicio público en este mercado. Estas medidas vienen recogidas en su artículo 3.2:

“(...) 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. (...)”

Es decir, esta norma no se limita únicamente a contemplar la facultad de imponer determinadas obligaciones a las empresas que operan en el sector eléctrico si no que establece unos límites a estas imposiciones: su clara definición, su transparencia su no discriminación y la garantía de igualdad en el acceso a los consumidores a las empresas del sector.

Este artículo, y su correspondiente en la Directiva 2009/73/CE de similar naturaleza y enunciado, aunque referida al mercado de gas, han sido objeto de debate y es numerosa la jurisprudencia y los planteamientos de cuestiones prejudiciales con el objeto de esclarecer el límite de estas obligaciones y el respeto a los requisitos dichos. Es por ello por lo que analizaremos en un apartado de la presente investigación la jurisprudencia europea en estos límites ya que sustentarán una base importante del razonamiento del Tribunal Supremo sobre la problemática del Bono Social, una obligación de servicio público impuesta a determinadas empresas eléctricas en España.

4 EL BONO SOCIAL ELÉCTRICO

Una vez introducida la interpretación por parte del Tribunal Europeo 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 corresponde introducir la raíz de los conflictos que analizaremos en este escrito, el bono social eléctrico como obligación de servicio público. El 1 de Julio de 2009 fue introducido por parte del Gobierno el bono social eléctrico con el objetivo de proteger a los consumidores más vulnerables y ofreciéndoles un descuento en la tarifa de electricidad.

Las disposiciones en torno al bono social eléctrico han sido objeto de reforma a través de distintas normas posteriores desde su aprobación 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(BOE 7 de mayo de 2009) hasta el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica(BOE 7 de octubre de 2017), vigente en la actualidad.

La introducción de esta tarifa social suele relacionarse con la pobreza energética que surgió en España como consecuencia de la crisis y el aumento de las viviendas que eran incapaces de mantenerse a temperaturas adecuadas, especialmente durante las épocas más frías del año, situación que desembocó en un malestar social. Las principales causas que desencadenaron esta situación que suelen entenderse son: El incremento de las personas desempleadas y la pérdida de poder adquisitivo española (descenso salarial), la baja eficiencia energética y el aumento del precio de la electricidad.

Para entender a fondo el bono social eléctrico es necesario comprender el contexto en el que fue introducido. El 26 de junio de 2003 se introdujo la ya mencionada Directiva comunitaria 2003/54/CE sobre normas comunes para el mercado eléctrico. Esta norma reclamaba la necesidad de establecer una protección adicional a los consumidores para que tuvieran garantía de suministro eléctrico.

Unos años más tarde se inicia la crisis económica española y es este el momento de entrada del bono social eléctrico, en un escenario de un déficit tarifario creciente que estaba alcanzando un punto crítico. Es decir, la diferencia entre las tarifas determinadas por la Administración y el coste de la energía era muy alto, situación que llevaba a las empresas operantes del sector eléctrico a una situación tendiente a la quiebra. En palabras 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, se había inducido una creencia errónea sobre el precio de la energía en España, creencia que había llevado a no contribuir al ahorro energético ni a la eficiencia energética en España. Todos estos factores disparaban el precio de la energía. Esta situación requería una intervención estatal inmediata y se calificó de “riesgo inasumible” en el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. (BOE 31 de marzo de 2012)

Este “riesgo inasumible”, implicaba que la recaudación de las tarifas fijadas por la Administración y las tarifas de acceso fijadas por el mercado liberalizado era menor a los costes asociados a la prestación del servicio eléctrico. Como primera medida para combatir este déficit se decidió que su financiación debía de realizarse a través de derechos de cobro a largo plazo. Especialmente por el momento de crisis económica, el acceso a los créditos era de elevado coste y de gran dificultad. Es por eso por lo que a lo largo 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 se intentará definir un sistema que corrija estos problemas tarifarios y su financiación. Este sistema se basará en la eliminación del déficit tarifario modificando el sistema de fijación de los precios de la electricidad, ya que prevé el Decreto ley que con fecha 1 de enero de 2013 los peajes de acceso al sistema eléctrico sean suficientes para satisfacer los costes del suministro eléctrico. Así, 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, no ignora este déficit tarifario y plantea la ya dicha suficiencia de los peajes de acceso para solventar el déficit.

La lucha contra el déficit tarifario y el uso de los peajes de acceso para solventarlo parecía conducir a un aumento del precio de la electricidad. El Gobierno se plantea que los consumidores más vulnerables podrían soportar un mayor daño con la eliminación del déficit de la tarifa. Es por esto por lo que el Gobierno contempla a este colectivo especialmente vulnerable en el momento de llevar a cabo la reforma y al que le puede afectar de gran manera esta medida. Lo definirá como las personas físicas, con baja renta familiar en su vivienda habitual y con una potencia contratada inferior a 3kW.

Es por ello, que aparece el bono social con el objetivo de proteger la confianza y la seguridad jurídica de este colectivo. En abril del año 2009 Miguel Sebastián, el entonces ministro de Industria introduce a través del Real Decreto-Ley la creación de la tarifa de último recurso (sustituida en 2014 por el Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor), la introducción de las comercializadoras de luz y finalmente, el bono social.

La tarifa de último recurso, sustituida actualmente por el Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor (PVPC), era una opción otorgada a los consumidores que estaban conectados a la red de baja tensión y que habían contratado una potencia inferior a 10KW. El PVPC, es en la actualidad el precio máximo que pueden cobrar las comercializadoras a los consumidores que cumplen unos determinados requisitos de potencia, por lo que se puede considerar como una tarifa regulada de electricidad.

El bono social cumplirá con su tarea social cubriendo la diferencia entre el valor del actualmente llamado precio voluntario para el pequeño consumidor y un valor base denominado tarifa de último recurso, debiendo aplicarse por el comercializador en las facturas de este colectivo.

En la vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico se contemplan las peculiaridades que afectan a los consumidores vulnerables (art. 45), estableciendo la consideración de este colectivo como:

“los consumidores de electricidad que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen por real decreto del Consejo de Ministros.”

Este colectivo será definido con un indicador de referencia per cápita familiar, determinado por Orden de l Ministro de Industria, Turismo y Comercio, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos económicos. Este indicador será denominado Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM).

El desarrollo de este régimen se encuentra actualmente en el artículo 3.2 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica:

“2. Para que un consumidor de energía eléctrica pueda ser considerado consumidor vulnerable, deberá cumplir alguno de los requisitos siguientes:

a) Que su renta o, caso de formar parte de una unidad familiar, la renta conjunta anual de la unidad familiar a que pertenezca sea igual o inferior:

– a 1,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) de 14 pagas, en el caso de que no forme parte de una unidad familiar o no haya ningún menor en la unidad familiar;

– a 2 veces el índice IPREM de 14 pagas, en el caso de que haya un menor en la unidad familiar;

– a 2,5 veces el índice IPREM de 14 pagas, en el caso de que haya dos menores en la unidad familiar.

A estos efectos, se considera unidad familiar a la constituida conforme a lo dispuesto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

b) Estar en posesión del título de familia numerosa.

c) Que el propio consumidor y, en el caso de formar parte de una unidad familiar, todos los miembros de la misma que tengan ingresos, sean pensionistas del Sistema de la Seguridad Social por jubilación o incapacidad permanente, percibiendo la cuantía mínima vigente en cada momento para dichas clases de pensión, y no perciban otros ingresos.”

El Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica también tiene en cuenta en su artículo 3.3 determinadas situaciones especiales como familiares con discapacidad, víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo que pueden dar lugar a modificaciones beneficiosas del IPREM. Este mismo artículo en su apartado cuarto también recoge unos determinados umbrales y condiciones para ser considerado consumidor vulnerable severo:

“Cuando, cumpliendo los requisitos anteriores, el consumidor y, en su caso, la unidad familiar a la que pertenezca, tengan una renta anual inferior o igual al 50% de los umbrales establecidos en el apartado 2.a), incrementados en su caso conforme a lo dispuesto en el apartado 3, el consumidor será considerado vulnerable severo. Asimismo también será considerado vulnerable severo cuando el consumidor, y, en su caso, la unidad familiar a que pertenezca, tengan una renta anual inferior o igual a una vez el IPREM a 14 pagas o dos veces el mismo, en el caso de que se encuentre en la situación del apartado 2.c) o 2.b), respectivamente.”

Y, por último, el art. 4 de este mismo Real Decreto recoge el consumidor en riesgo de exclusión social, una figura en la que, cumpliendo con los requisitos de el consumidor vulnerable severo, este consumidor podrá ser financiado en al menos el 50% de la factura por los servicios sociales de una Administración autonómica o local. Por otro lado, tampoco podrá ser privado del suministro de energía eléctrica, que deberá de ser cofinanciado por los servicios sociales de la Administración Pública pertinente y por la compañía eléctrica.

De esta manera, resultan tres tipos de consumidores especialmente protegidos. En la actualidad dependiendo del grado de vulnerabilidad ante el precio eléctrico tienen un descuento sobre el Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor (PVPC) del 25% (consumidor vulnerable), 50%(consumidor vulnerable severo) o un descuento de la totalidad de la factura (consumidor en riesgo de exclusión social), es decir sin pago de la factura de luz.

5 JURISPRUDENCIA EUROPEA: LÍMITES DE LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO EN EL CONTEXTO DEL BONO SOCIAL ELÉCTRICO.

A continuación, analizaremos la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con los límites en las obligaciones de servicio público. Análisis y exposición que se centrará en el contexto de obligaciones de servicio público en entornos similares al del bono social eléctrico en el mercado europeo. Resulta fundamental analizarlos para entender el alcance de estas obligaciones y su interpretación actual, consideraciones de especial importancia en el contexto del bono social eléctrico, que como obligación de servicio público se ve sometida a estos límites y que ha sido objeto de recursos ante el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional en el ámbito español.

El modo de interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido el siguiente:

5.1 El asunto Federutility

Se encuentra recogido en Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de abril de 2010. Las partes son Federutility y otros contra *Autorità per l'energia elettrica e il gas*. A través de una solicitud de una petición prejudicial ante el *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia* (Italia).Asunto C-265/08.

Este asunto resolvió una cuestión prejudicial planteada por el *Tribunale Amministrativo regionale de Lombardia* en Italia en el que un grupo de empresas se asociaron para recurrir los precios de referencia que mediante ley (Acuerdo de la *Autorità per l'energia elettrica e il gas* (AEEG) estaban fijados para las distribuidoras y comercializadoras debían de reflejar en sus ofertas. El TJUE se pronunciará en esta sentencia la necesidad de conciliar la liberalización del sector energético con el

interés económico general, objetivo de interés social que logrará a través de las obligaciones de servicio público.¹³

El principal argumentó era la violación de la Directiva 2003/55/CE de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE, por la cual el mercado de gas debía de liberalizarse a partir del 1 de julio de 2007. La fijación de los precios según los recurrentes no permitía la libre elección del suministrador de energía eléctrica, ya que estaba determinado por las autoridades y la oferta y la demanda no tenían cabida en el sistema. Es aquí donde el Tribunal de Luxemburgo debe de fallar sobre el alcance de esta obligación de servicio público.

El Tribunal Italiano encontraba que la regulación de los precios era necesaria ya que consideraba que en un mercado en competencia abierto a la internacionalidad el precio del gas aumentaría teniendo un precio que perjudicaría al consumidor final y que el mercado de gas natural italiano no estaba preparado para una completa liberalización.

Es aquí donde el Tribunal Europea analizará el principio de proporcionalidad. Al analizar si esta disposición entraba en conflicto con el artículo 106 del TFUE el Tribunal de Justicia Europeo tuvo en cuenta diversos criterios.

Uno de ellos, fue el criterio temporal, el Tribunal entendió que la indeterminación en la duración de la medida atentaba contra el principio de proporcionalidad ya que estas medidas excepcionales debían de mantenerse únicamente durante el tiempo que fuese necesario para lograr el interés general que se debía proteger.

Otro criterio fue el económico, el Estado debe de proteger el interés económico general y ponderar si la medida realmente era efectiva para paliar el incremento de los productos petrolíferos en los mercados internacionales. Esta facultad era delegada al

¹³ del Prado González, L. M. (2013). Regulación y competencia en el sector energético: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las obligaciones de servicio público. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, (35), 9-15.

órgano jurisdiccional, que según el Tribunal Europeo era el que debía de ponderar esta necesidad y no extenderse de esta función.

El último parámetro era el análisis subjetivo en la aplicación de la medida. A la vista del Tribunal de Justicia de la Unión Europea era necesario establecer el colectivo beneficiario de la medida y comparar su beneficio al fin de interés general.

Una vez establecidos estos requisitos para el respeto del principio de proporcionalidad, la sentencia analiza el principio de no discriminación. A este respecto dice:

“45 Respecto del carácter no discriminatorio de dichas obligaciones, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, habida cuenta del conjunto de medidas que puede adoptar en ese ámbito el Estado miembro de que se trata, la fijación de precios de referencia para el suministro de gas natural, como los controvertidos en el litigio principal, que se aplica de modo idéntico al conjunto de las empresas de suministro de gas natural, debe no obstante considerarse discriminatoria.

46 Así ocurriría si una intervención de ese tipo hiciera recaer la carga financiera resultante de la misma principalmente en algunas de esas empresas, en el caso concreto las que no ejercen igualmente actividad de producción/importación de gas natural.”

Aquí se posiciona el Tribunal en torno al trato en la fijación de los precios de gas natural en cuanto al carácter discriminatorio en la imposición de obligaciones de servicio público a las empresas que operan en el sector de la distribución del gas. En este contexto falla el TJUE que el sistema de designación de los derechos y obligaciones de servicio público no puede excluir a priori a ninguna de las empresas que operan en este sector regulado. Hacen referencia en esta sentencia a la sentencia de 19 de Junio de 2008, Comisión/Francia, C-220/07, EU: C :2008:354 , apartado 31).

5.2 El asunto Enel produzione

Este pronunciamiento del Tribunal de Justicia del 21 de diciembre se dicta en el asunto C242/10 y se resolvió en base a los mismos razonamientos utilizados en el caso Federutility.

De manera similar a Federutility este asunto resolvió una cuestión prejudicial planteada por el *Tribunale amministrativo regionale de Lombardia* en el que la Empresa Enel Poduziones impugnó una resolución de la *Autorità per l'energia elettrica e il gas* (AEEG). Esta resolución pretendía una reducción del coste de la energía eléctrica y la garantía de menores cargas para familias y empresas. Para alcanzar este objetivo determinado por una norma de rango legal, se establecían una serie de obligaciones de servicio público a las empresas del sector, en concreto las encargadas de gestionar el transporte de la red eléctrica. Esta obligación consistía en ofrecer una determinada cantidad de energía en el mercado eléctrico a un precio no determinado por la oferta y la demanda sino por la AEEG (Un órgano italiano encargado de la protección de los intereses de los consumidores, de la calidad y eficiencia del sistema eléctrico italiano.)

El tribunal italiano presentó la cuestión prejudicial al albergar dudas de la proporcionalidad de la medida y no sabía si estas podían encontrar justificación por entonces en el artículo 86 del TCE y por el art. 3.2 de la Directiva 2003/54/CE, ya mencionado.

Analizando parte del razonamiento del Tribunal de Luxemburgo sobre la cuestión prejudicial encontramos que este encuentra que la normal italiana atendía a “a preocupaciones de seguridad de la red y de protección del consumidor, admitidas por el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/54”. Es por esto por lo que el Tribunal entiende que este régimen por el que se imponían estas obligaciones tenía como finalidad un interés económico general y encontraba justificación en la Directiva.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también analiza la proporcionalidad de estas obligaciones, que como ya se ha dicho, perseguían un interés económico general. El tribunal atendió a la situación del mercado eléctrico en el que en un

mercado sin intervenir las principales empresas que operaban en el mercado eléctrico podían aumentar excesivamente el precio de la oferta de electricidad.

Por otro lado, el Tribunal analizó si estas medidas resultaban exageradas para alcanzar el fin de interés económico general perseguido. A este respecto, el Tribunal Europeo razona:

- En primer lugar, que los valores no son completamente ajenos al libre mercado ya que, aunque la remuneración correspondiente a esa parte de la oferta eléctrica no estaba completamente liberalizada si que guardaba relación con los precios del mercado del día previo.
- En segundo lugar, que existía en la normativa cierta flexibilidad en la imposición de obligaciones y que existían alternativas a esta medida.

Es por esto por lo que el tribunal concluye que se respeta el principio de proporcionalidad.

En lo relativo al principio de no discriminación¹⁴, El Tribunal entiende que no tiene cabida en la situación. Esto se debe a que la elección de los operadores se realiza sin distinción al grupo que actuaba en un determinado periodo temporal y que cumplían con unos determinados requisitos técnicos.

Posteriormente el Tribunal analiza el principio de publicidad y transparencia. Criterio que entiende que se cumple al estar establecidas los criterios utilizados y las instalaciones sometidas a estas obligaciones a través de una norma de rango legal.

5.3 El asunto Anode

¹⁴ Ríos, I. G. (2013). La protección del consumidor eléctrico y la lucha contra " la pobreza energética": previsiones comunitarias e insuficiente regulación interna española. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 17(45), 577-605.

Se encuentra recogido en sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2016. El asunto tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consejo de Estado francés (que actúa de forma similar al Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo), mediante resolución de 15 de diciembre de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de marzo de 2015.

Este es el pronunciamiento más reciente del Tribunal de Luxemburgo en las obligaciones de servicio público en relación con el sector energético. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve una cuestión prejudicial sobre el precio de venta del gas natural en Francia. Esta cuestión resuelve el asunto el asunto C-121/15, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) contra el primer ministro y otros*.

En este caso, se fijaba una tarifa regulada a determinados suministradores, en la que se establecía el precio para el consumidor final. Sin perjuicio de esta tarifa, todos los suministradores, incluidos los que estaban sometidos a las tarifas reguladas eran libres de ofrecer un precio de mercado por debajo de la cantidad establecida.

Con el objetivo de estudiar la compatibilidad con el art. 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, el tribunal analiza con el mismo esquema utilizado en la sentencia *Federutility* el asunto.

En lo relativo al interés general, la autoridad francesa se justifica en la necesidad de garantizar la cohesión territorial. El Tribunal Europeo entiende que, aunque no hay una lista tasada de situaciones que se entienden de interés general, la cohesión territorial en un primer momento sí que podría entenderse como una de estas situaciones.

Por lo que respecta a la proporcionalidad, El Tribunal de Justicia se desvía de la justificación dada por las autoridades francesas, aunque dispone que dependerá del *Conseil d'État* la apreciación de la necesidad de esta regulación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no aprecia justificación en la cohesión territorial para el

caso dado, ya que duda de la repercusión en la regulación de las tarifas de gas para la cohesión nacional. También se plantea el Tribunal de Luxemburgo si no existirían otras medidas menos restrictivas para alcanzar esta solución.

En cuanto al carácter no discriminatorio de la medida, el Tribunal entiende que esta obligación no debe imponerse únicamente a unas empresas del sector si no que debe de ser una obligación de carácter general. Apreciación que vuelve a remitir a el Conseil d'État.

Para concluir, aprecia la sentencia que el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE no se opone de modo alguno a una determinación del precio en los mercados regulados del gas si no que marca como límite a la intervención del Estado el alcance de los objetivos de interés económico general.

6 JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN TORNO A LA FINANCIACIÓN DEL BONO SOCIAL ELÉCTRICO.

Una vez introducido los requisitos y el funcionamiento del bono social eléctrico, entraremos en uno de los puntos fundamentales de debate, su financiación. Sobre este asunto han recaído varias sentencias del Tribunal Supremo que han hecho que el modelo de financiación varíe y que algunas eléctricas hayan sido indemnizadas por su financiación indebida, según el Tribunal Supremo.

En un primer momento, la financiación del bono social eléctrico es compartida por las empresas titulares de las instalaciones de generación del sistema eléctrico aunque con posterioridad y debido a recursos y posteriores sentencias del Tribunal Supremo se modificará por diversos motivos, pero especialmente relevante para este análisis, su incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, en concreto, el ya mencionado 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.

Posteriormente, será financiando por aquellos grupos verticalmente integrados que operasen en los mercados de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica, aunque de nuevo no será dado por válido este sistema por el Tribunal Supremo.

En la actualidad se encuentra financiado por las comercializadoras en función del número de clientes de cada una, situación que continúa en controversia como analizaremos al final del presente trabajo.

6.1 Primera controversia: Empresas Generadoras de energía eléctrica

La primera controversia tuvo como promotor a Iberdrola, que presentó un recurso contra la Orden ITC/1723/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes eléctricos de acceso a partir de 1 de julio de 2009 y en la que se obligaba únicamente a las empresas generadoras de electricidad a la financiación del bono social.

Por esta razón, Iberdrola alegó que únicamente era en las generadoras sobre las que recaía la obligación de financiar este bono social, apartando al resto de intervinientes del sector eléctrico y argumentando que dicha medida no estaba debidamente justificada, requisito que impone la legislación europea 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. El Tribunal Supremo dictará que esta medida es discriminatoria ya que no esta justificada la elección de las empresas generadoras para la financiación de dicho bono y puede calificarse esta medida de “discriminatoria y no transparente”.

El Tribunal Supremo, analizó 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, vigente entonces, y obtuvo las siguientes conclusiones:

- Se trataba de una medida discriminatoria y falta de transparencia porque únicamente carga la obligación de financiar el bono social a unas empresas que se dedican a un sector específico del sector (generación eléctrica.) Al establecer esta pretensión el Real-Decreto ley no ofrece ninguna justificación de porque este sector en particular es el que debe llevar a cabo dicha financiación. Existen otros intervinientes en el sector eléctrico que se dedican al transporte o a la distribución sobre los que no recae esta carga. El Tribunal Supremo no establece la imposibilidad de que sea el propio sector o una parte del propio sector el que financie esta prestación social mediante una obligación de servicio público, pero establece una falta de argumentos en el Real Decreto-ley para tomar esta decisión que no sean discriminatorios.
- Por otro lado, la falta de justificación en la elección de unas empresas determinadas para su financiación, sin concretar los criterios que han sido utilizados para asignar el porcentaje de financiación a las empresas generadoras de energía resulta en la falta de transparencia al no poder controlar la razón o la correcta asignación de esos porcentajes y al no estar respaldado por un ningún criterio legal el umbral a partir del cual no se exige a las generadoras de energía esta financiación. La Directiva 2003/54 (sustituida

posteriormente por la Directiva 2009/72/CE, con términos análogos en los que aquí se refiere) establece que es necesario un control suficiente sobre las medidas y una justificación razonable que no dé lugar a falta de transparencia o discriminación, situación que a su juicio no se cumple.

El Tribunal Supremo fallará a favor de Iberdrola y declarará su derecho al reintegro con intereses de estas cantidades que ha abonado en concepto de Bono Social.

Iberdrola también replicó parte del mismo razonamiento utilizado con el Tribunal Supremo ante la Audiencia Nacional, basándose en este caso, en una vulneración del art. 14 de la Constitución Española relativo a la igualdad, abrió el proceso por esta vía en defensa de sus derechos fundamentales. Recurso que fue desestimado siguiendo el siguiente razonamiento¹⁵:

- La Audiencia Nacional consideró que la obligación de financiación impuesta a estas empresas en particular constituía una prestación patrimonial de carácter público, que encontraba su justificación en la prestación por estas empresas de una actividad regulada con potestad tarifaria en la materia.
- Continuó con su razonamiento analizando si era discriminatorio que esta imposición, que consideraba razonable, fuese únicamente impuesta a una parte de las empresas intervinientes del sector y no a todas en su conjunto. La Audiencia Nacional consideró razonable la financiación basándose en:
 - El sector de generación es un mercado regulado del sector eléctrico, cuyas empresas han podido causar la formación del déficit inicial como se indica en informes de la CNE¹⁶.

¹⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª). Sentencia al recurso num. 419/2010 de 7 de febrero de 2012.

¹⁶ Informe 12/2000 de la CNE sobre la propuesta de orden ministerial por la que se establece la precedencia en la repercusión del déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas, a la que luego sería la Orden de 21 de noviembre de 2000. En él ya se indicaba que con la fórmula de reparto del déficit se pretende "... *que aporten más aquellas empresas que más se han beneficiado de unos precios de mercado elevados, los que han contribuido en gran medida a la formación del déficit y que, además, son las que han recuperado los CTCs con mayor rapidez*"-

- La asignación era a las empresas más relevantes del sector que tenían más solvencia y capacidad para prestar la obligación.
- Consideró que no era aplicable la Sentencia Federutility al no tratar esta de una obligación de pago si no de precios regulados.

Al dictar sentencia¹⁷, la Audiencia Nacional no consideró necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fundamentando esta decisión en que el asunto era de una naturaleza similar al caso Federutility y a la doctrina del acto claro. Esta argumentación fue ratificada posteriormente por el Tribunal Supremo en todos los recursos y sentencias planteados en torno al bono social eléctrico.

Esta doctrina utiliza como punto de partida en su doctrina el caso Cilfit la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982. En esta sentencia los órganos jurisdiccionales que se encuentran obligados al planteamiento de una cuestión prejudicial, como en este caso en concreto, el Tribunal Supremo, están exentos del planteamiento de la cuestión y podrían implicar sin consulta al Tribunal Europeo el derecho interno a favor del europeo en caso de que se pudiera aplicar el derecho de la Unión Europea con tal evidencia que no diese lugar a duda razonable. Las exigencias establecidas para llevar a cabo esta doctrina por el Tribunal de Justicia han resultado según algunos autores en imposibles de llevar a la práctica. Situación que, ha llevado a relajarse en la aplicación de la doctrina sin haberse producido una doctrina consolidada en lo relativo a los límites en la aplicación de la doctrina del acto claro.¹⁸

Posteriormente en casación el Tribunal Supremo confirmó que tales sentencias no eran contrarias al derecho de igualdad encontrado en el artículo 14 de la Constitución Española. De igual forma, el sistema de financiación evolucionó y las generadoras

¹⁷ España. 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

¹⁸ Rebollo, L. M. Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho europeo y su control. *Revista de administración pública*, 2016, 180-185.

fueron indemnizadas. En este momento se desarrolla la Ley 24/2013 del sector eléctrico que intentará solucionar el déficit del sector.¹⁹

Como consecuencia de esta sentencia, el Gobierno financió el bono social por parte de los consumidores finales en un primer momento. Sin embargo, poco después mediante el Real Decreto Ley 9 /2013, posteriormente desarrollado a través del Real Decreto 968/2014 se diseñó de nuevo el bono social, esta vez con la carga de su financiación en las sociedades o grupos que estuviesen verticalmente integrados y que realizasen simultáneamente actividades de producción, distribución y comercialización en el sector eléctrico.²⁰

6.2 Segunda controversia: Grupos verticalmente integrados

En este momento se produce la segunda controversia en torno a la financiación del bono social. EON e Iberdrola pretendían impugnar los artículos segundo y tercero del 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. En estos artículos se fijaba la metodología utilizada al calcular los porcentajes de reparto y sus condiciones. Ambos fueron declarados inaplicables y nulos por el TS en diversas sentencias en contestación a recursos presentados por EON España e Iberdrola.^{21 22 23} Estas sentencias parten de los recursos 960/2014, 11/2015, y 16/2015.

¹⁹ Saggese, M. B. El derecho público ante la privatización y liberalización de los servicios de interés general: ¿repliegue o transformación? *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, (16), 2000, 159-172.

²⁰ Pérez, A. E. (2013). Liberación del suministro eléctrico y desprotección del consumidor doméstico. *Revista española de derecho administrativo*, (157), 165-184.

²¹ Sentencia de 2 de noviembre de 2016, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que estima el recurso interpuesto 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. Mismo razonamiento sentencia núm. 2280/2016

²² Sentencia núm., 2.280/2016 de 25 de octubre de 2016, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que estima el recurso interpuesto 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.

²³ Sentencia de 24 de octubre de 2016, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que estima el recurso interpuesto 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. Mismo razonamiento sentencia núm. 2280/2016.

Estas sentencias terminarán declarando inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre (al ser incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009). Por otro lado, dejará inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014 que desarrollan el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013, declarando el derecho de las empresas que recurren a a ser indemnizadas.

En sus recursos, Endesa y EON solicitan al TS que declare la nulidad de estos artículos por ser contrarios al Derecho Comunitario y a la constitución española y solicitando una cuestión prejudicial conforme al artículo 267 TFUE. También solicitan una indemnización por el importe de las cantidades satisfechas en materia de bono social más los intereses legales devengados.

Estas pretensiones se fundamentaron principalmente en:

- La insuficiencia en el análisis de impacto económico exigidos por el artículo 24.1 a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (BOE 28 de noviembre).
- La infracción de estos artículos de disposiciones de Derecho comunitario. Especialmente en la vulneración del principio de no discriminación comunitario, el artículo 3.2 de la Directiva de electricidad (Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009) y el régimen de financiación previsto en los artículos, que supondría una ayuda del Estado ilegal contraria al artículo 107.1 y 108.3 del TFUE y la Infracción de la libertad de libre circulación y de capitales prevista también en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.(artículos 49 y 63.)
- La vulneración de los artículos 14 y 31.3 de la Constitución Española. Ya que entendía que estas disposiciones de financiación eran contrarias al art. 14 y 31.3 de la Constitución y que debía declararse la nulidad en base a la inconstitucionalidad de estas disposiciones. También solicitaron una cuestión de constitucionalidad para declarar contrario el apartado 4 del artículo 45 de la

ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

La cuestión que plantearon los demandantes no fue relativa a la figura del bono social y su naturaleza sino a su financiación, por lo que establece el tribunal que será esta materia la que analizará.

En la Directiva 2009/72/CE se establecen determinadas pretensiones entre ellas, que debe ser una norma con rango de ley la que establezca esta prestación patrimonial a las compañías eléctricas, exigencia del artículo 31.3 de la Constitución Española. Esta exigencia se ve cumplida según el Tribunal Supremo en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013 del Sector eléctrico en donde se reconoce al bono social eléctrico como una obligación de servicio público.

El objeto del Tribunal Supremo ante este recurso será dilucidar si el bono social cumple con los requisitos de obligaciones de servicio público que se encuentran en el art 3.2 de la Directiva 2009/72/CE por las que este tipo de obligaciones deben definirse como *“transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales “*

Bien es cierto, que la financiación no recae en las empresas generadoras, ya que debido a la sentencia comentada anteriormente la regulación se modificó, recogiendo en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013 del Sector eléctrico que establece que esta obligación recae en *“...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 ”*. Aun así, el Tribunal Supremo utiliza como punto de partida su sentencia anterior ante el recurso de Iberdrola comentado con anterioridad al considerar que los contenidos de la Directiva de la directiva 2003/53CE utilizada en su momento y el de la actual 2009/72/CE son coincidentes en esta determinada materia.

El tribunal estimó este recurso al considerar contrario a la Directiva 2009/72/CE los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, que anuló y declaró inaplicables. El TS consideró que el régimen de financiación contemplado en el art. 45.4 y desarrollado por el Real Decreto para la fijación de las empresas que debían de asumir el gasto del

bono social es incompatible con las obligaciones transparentes, no discriminatorias y controlables que establece la Directiva en sus artículos 2 y 3, de manera similar a como hizo en la sentencia (Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia al recurso núm. 419/2010 de 7 de febrero de 2012). De nuevo, las compañías eléctricas fueron indemnizadas por sus aportaciones al bono social y esta financiación fue cargada al precio de la electricidad.

A continuación, se recogen los distintos porcentajes correspondientes a la asignación de la financiación del bono social de los distintos grupos verticalmente integrados que componen el mercado eléctrico de España:

Sociedad Matriz/Sociedad	Porcentaje de reparto
AGRI-ENERGIA, S.A.	0,048324
AJUNTAMENT DE LLAVORSI	0,001194
CANDIN ENERGIA, S.L.	0,014584
COOPERATIVA ELECTRICA BENEFICA CATRALENSE, COOP. V.	0,011860
COOPERATIVA ELÉCTRICA BENEFICA SAN FRANCISCO DE ASIS, COPP.V.	0,050829
COOPERATIVA POPULAR DE FLUIDO ELECTRICO DE CAMPRODON S.C.C.L.	0,007477
E.ON ESPAÑA, S.L.U.	2,368956
EL GAS, S.A.	0,032535
ELECTRA ADURIZ, S.A	0,037477
ELECTRA CALDENSE, S.A.	0,043509
ELÉCTRA DE MAESTRAZGO	0,035470
ELECTRA DEL CARDENER, S.A.	0,012679
ELECTRICA VAQUER, S.A.	0,011082
ENDESA, S.A.	41,612696
ENERGIAS DE BENASQUE, S.L.	0,010454
ESTABANELL Y PAHISA S.A.	0,208497
FUCIÑOS RIVAS, S.L.	0,014975
GAS NATURAL SDG, S.A.	14,185142
GRUPO BERNARDEZ INVERSIONES, S.L.	0,018787
GRUPO CORINPA, S.L.	0,000004
HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO S.A.	2,649114
HIJOS DE JOSÉ BASSOLS, S.A.	0,078391
IBERDROLA, S.A.	38,474516
NAVARRO GENERACIÓN, S.A.	0,007653
PRODUCTORA ELECTRICA URGELENSE (PEUSA), S.A	0,043498
SERVILIANO GARCIA, S.A.	0,009497
SUMINISTROS ESPECIALES ALGINETENSES COOP. V.	0,010800
TOTAL GENERAL	100

Fuente: 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.

Como se puede comprobar en la tabla de asignación de porcentajes únicamente a cinco grupos empresariales se le asignan porcentajes significativos de la financiación del bono social. Proporciones que se mantuvieron prácticamente intactas en las asignaciones de años posteriores.^{24 25}

De estos cuadros se puede deducir que la financiación del bono social recae casi totalmente sobre un grupo de empresas que no son representativas de “las principales actividades empresariales intervinientes en el sector eléctrico”, según las palabras del Tribunal. Por lo tanto y en atención a estos datos resulta complicado afirmar que la exoneración de otras entidades que tienen relevancia a nivel nacional por su volumen de negocios a pesar de que la actividad que realizan puede estar desarrollada únicamente en uno o dos sectores de la actividad eléctrica.

El Tribunal Supremo estimó que las indemnizaciones por el bono social debían de hacerse a cargo del sistema eléctrico y no al tesoro público y a las comercializadoras.

El Tribunal Supremo también falló que se vulneró el principio de proporcionalidad *“en cuanto que hace recaer la carga de financiación sobre determinados agentes del sistema eléctrico, con exclusión de otros, de manera indefinida y sin ningún tipo de medida compensatoria”*.

La arbitrariedad y la falta de explicación de la asignación de la financiación del bono social eléctrico a otros agentes del sistema eléctrico que se encontraban en mejores condiciones para asumir este gasto, aunque fuese en un por su integración vertical en el sector eléctrico, su facturación, su volumen de clientes o su presencia relativa en el sector hicieron que el TS estimase el recurso. De esta manera vemos un fallo de una naturaleza similar a la que ya se planteó con anterioridad.

El Tribunal vuelve a invocar el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 , que establece que las

²⁴ Orden IET/2182/2015, de 15 de octubre, por la que se aprueban los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2015.

²⁵ Orden IET/1451/2016, de 8 de septiembre, por la que se aprueban los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2016.

obligaciones de servicio público según el cual 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.”, encuentra aquí la justificación al reparto inequitativo y a la falta de proporcionalidad en la asignación de los porcentajes de bono social así como en la no justificación de la decisión y la falta de medida compensatoria para equilibrar esta medida.

7 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

7.1 Falta de planteamiento de cuestión prejudicial

Un hecho que plantea dudas a lo largo de esta sentencia (Sentencia núm., 2.280/2016 de 25 de octubre de 2016, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que estima el recurso interpuesto 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.) es el no planteamiento de una cuestión prejudicial.

Al producirse una contradicción entre una norma legal y la Directiva de la Unión Europea 2009/72/CE, lo usual sería el planteamiento de la cuestión prejudicial que se contempla en el artículo 267 del TFUE que dice:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.”

La parte demandante en el suplico, solicita que en caso de albergar dudas el tribunal sobre la compatibilidad entre la disposición reglamentaria y la normativa europea plantee esta cuestión.

Por otro lado, la abogacía del estado al no satisfacer el tribunal esta pretensión solicitará un recurso de amparo basándose en la infracción del art. 24 De la CE sobre la tutela judicial efectiva ya que considerará que el no planteamiento de la cuestión prejudicial le ha causado indefensión.

El Tribunal para justificar el no planteamiento de la cuestión prejudicial se basa en la doctrina del “acto claro” argumentando que como hemos señalado anteriormente se basa en que la cuestión planteada es de contenido análogo a otra que haya sido resuelta por otra cuestión prejudicial, el planteamiento de esta puede no producirse.

Otra de las dudas en torno al no planteamiento de la cuestión judicial proviene del voto particular que se encuentra en la misma sentencia del magistrado D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat a la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo 961/2014, interpuesto por la mercantil ENDESA, S.A. contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social.

En contraposición con el fallo de la sentencia en su voto particular el magistrado considera que el art. 45 de la Ley 34/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico no contradice 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.

Argumenta que la medida de financiación es proporcionada, así como controlable atendiendo a las circunstancias que acompañan al sector eléctrico en España como fruto de la regulación surgida con la liberación de este mercado²⁶.

Esto se debe a que las compañías que poseen integración vertical y desarrollan simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización cuentan con una serie de beneficios debido a su capacidad de cuasi-monopolio en parte del sector que justificaría esta medida y que no atentaría contra la legalidad y equidad de la decisión. Es más, apunta el magistrado que este es el fin de la Directiva Comunitaria, que respeta los principios del interés económico general del sector y que no podría justificarse el argumento de falta de transparencia o de discriminación al resto de empresas del sector eléctrico.

Continuando el razonamiento sobre la integración vertical y la ventaja competitiva que puede otorgar en el mercado. Este tipo de integración da la posibilidad de generar un cuello de botella en algún punto de la cadena de valor del sistema eléctrico que pueda excluir a los competidores. Estudios estadounidenses afirman que no tener en cuenta la existencia de este tipo de relaciones dentro de la propia cadena de valor de una industria puede llevar a un perjuicio al poder del mercado.

Además, también criticó el no planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, ya que considera que objetivamente existe una duda razonable sobre la solución del proceso y que habría sido necesaria conocer la postura del TJUE antes del fallo. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, en su sentencia 232/2015 estableció que dejar de aplicar una ley interna a favor de una ley europea sin plantear una cuestión de inconstitucionalidad o una cuestión prejudicial ante el TJUE es contrario al artículo 24.2 de la Constitución al no respetar las garantías procesales en caso de que exista una duda “objetiva, clara y determinante.”

²⁶ Bushnell, J. B., Mansur, E. T., & Saravia, C. “Vertical arrangements, market structure, and competition: An analysis of restructured US electricity markets”. *American Economic Review*, 98(1), 2008, 126.

7.2 Discrepancia con la jurisprudencia europea

Resultará necesario, establecer los límites de una duda “objetiva, clara y determinante?”. El magistrado de nuevo en su voto particular analiza la discrepancia material entre las sentencias aplicadas para establecer la no necesidad de cuestión prejudicial. Circunstancia, que resulta en el contexto del caso aplicado fundamental y relevante, no permitiendo aplicarla con una evidencia que no de lugar a duda razonable.

El tribunal de apoya en jurisprudencia del TJUE (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) con el objetivo de determinar la falta de necesidad en el planteamiento de una cuestión prejudicial. Este efecto se podría producir cuando la cuestión suscitada haya sido idéntica a otra decisión en el mismo ámbito material, requisito que no se cumple en esta situación.

Es necesario analizar la discrepancia material entre estas sentencias invocadas por el Tribunal Supremo. Una vez introducidas las sentencias Federutility, Enel Produzione y Anode anteriormente en el trabajo resulta importante entrar a analizar la relevancia de estas con la disputa en torno a la financiación del bono social y su relevancia con el caso.

En primer lugar, las sentencias Federutility y Anode, utilizadas como justificación para el no planteamiento de la cuestión prejudicial son relativas al mercado de gas y no versan sobre el mercado de la electricidad. Es importante, tener en cuenta que en España el mercado de gas y eléctrico se encuentran separados y regulados con independencia.

Otra diferencia en España es que el gas no esta contemplado como un servicio básico, al contrario que la electricidad. Esto es debido a las distintas alternativas posibles para calefaccionar la vivienda como butano, biomasa o electricidad. Otro factor distintivo es la falta de regulación común en el mercado europeo de gas al no existir políticas comunes en la regulación de pobreza energética.

Es por ello por lo que parece de complicado encajar la justificación del Tribunal Supremo de la doctrina del acto claro. Especialmente cuando materialmente versan sobre distintos mercados, regulados por disposiciones separadas.

Es más, en la ley de Hidrocarburos se preveía la introducción del bono social de gas para los consumidores más vulnerables, aunque todavía no se haya realizado. Bono social que parece que se va a materializar a través de la proposición de ley de medidas de protección de los consumidores vulnerables de gas natural y otros gases combustibles por canalización. Esta proposición de Ley fue presentada al Congreso de los Diputados por el grupo parlamentario socialista el 30 de noviembre de 2017 y que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria.

De manera completaría a este razonamiento, el uso de jurisprudencia relativa a la fijación de los precios de gas o electricidad en el mercado eléctrico o de hidrocarburos no puede entenderse de naturaleza similar o idéntica al establecimiento de una política de pobreza energética de naturaleza social con cargo a parte de las empresas concurrentes del sector. Esta equiparación hace que surjan de nuevo dudas sobre la idoneidad de este planteamiento.

Es más, es necesario plantearse dudas acerca de la legalidad en el establecimiento de políticas sociales a través de obligaciones de servicio público. Este tipo de políticas deben de tener su encaje en los Presupuestos Generales del Estado y parece dudosa su imposición por esta vía.

Resulta claro que, al tratarse de un mecanismo de lucha contra la pobreza energética, se trata de un tipo de financiación que debería de tramitarse a través de los presupuestos generales y no con cargo al sistema eléctrico y a sus concurrentes.

El contexto de crisis financiera en el que se produjo esta regulación, como las indicaciones por parte de la Unión Europea de reducir el déficit público, que se materializó con recortes y en un menor gasto gubernamental, parecen indiciar que las condiciones no eran óptimas para incluir una partida de bono social en los Presupuestos Generales del Estado. La financiación del bono social por parte de las compañías eléctricas fue una maniobra efectiva para combatir este déficit a la vez que

se realizaba una política social y se protegía a los consumidores vulnerables en un momento en el no convenía aumentar el gasto público.

A este respecto, existe una nueva directiva en proyecto que se enmarca en un paquete de medidas legislativas (el llamado “Paquete de invierno”) presentado por la Comisión Europea el 30 de noviembre de 2016. En esta proposición de Directiva se encuentra un artículo referida a la lucha contra la pobreza energética pero no a través de una tarifa regulada, como ha tenido lugar con el Bono Social en España. Es más, como veremos posteriormente intenta prescindir de este tipo de prácticas.

7.3 Posible utilización del art 264 del TFUE

Como podemos observar, este artículo:

Artículo 264 del TFUE.

“Si el recurso fuere fundado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado.

Sin embargo, el Tribunal indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos.”

Este artículo contempla que debido a la gran repercusión de la decisión al fallar sobre el asunto se deberían de haber tenido en cuenta las consecuencias que la indemnización a las eléctricas y el coste que esto supuso al mercado eléctrico y a los consumidores, incluidos los consumidores vulnerables.

Es cierto que los Estados miembros cuentan con un determinado margen de discrecionalidad para la imposición de obligaciones de servicio público, pero esta libertad no es de ningún modo absoluta. El art 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 contempla la imposición de determinadas obligaciones de servicio público pero siempre con respeto a “las disposiciones del Tratado y en particular a su art. 86”, entendiéndose este artículo actualmente como el 106 del TFUE, que regula los

servicios de interés económico general y que en su apartado segundo se permite la intervención por parte de los organismo públicos para derogar normas de los Tratados en su aplicación a empresas de servicios de interés económico general en caso de no poder cumplir el fin que tengan encomendado. Es este el principio de proporcionalidad para proteger el interés económico general que otorga la Unión Europea.

Es por ello por lo que, aunque se hubiese anulado el art. 45 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, debería de haberse tenido esta en cuenta los efectos que esta sentencia podrían haber tenido en la sostenibilidad financiera del sector eléctrico. El gasto de indemnizar a las eléctricas con cargo al sistema eléctrico y no a los Presupuestos Generales del Estado puso en peligro el acceso a la electricidad a los colectivos más vulnerables. Es por ello por lo que aras de la protección de los consumidores y del sistema financiero eléctrico en general habría podido recurrirse a esta vía en aras del interés económico general.

8 NUEVO RÉGIMEN DE FINANCIACIÓN DEL BONO SOCIAL

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 sistema anterior de financiación del bono social y estableció que la financiación del bono social debía de ser asumida o bien por las matrices de aquellos grupos societarios que desarrollasen la actividad de comercialización de energía o por sociedades que se dedicasen en exclusiva a la comercialización de energía con independencia de su pertenencia a un grupo de sociedades. Es más, estas matrices o sociedades estarán también obligadas a cofinanciar junto a las Administraciones Públicas el gasto energético de aquellos consumidores en riesgo de exclusión social, quienes no podrán ser suspendidos de suministro energético.

Existen bastantes posibilidades de que las eléctricas terminen recurriendo nuevamente el pago del Bono Social, del mismo modo que hicieron con el anterior y la justicia les dio la razón.

Pero es que el nuevo sistema de financiación también tiene incongruencias que pueden hacer que se vuelva a someter ante los tribunales este nuevo sistema de financiación, ya que prevé que los fondos los todas las comercializadores y distribuidoras en función de su número de clientes, pero no tiene en cuenta su volumen de negocio, ni los consumos. Por otro lado, tampoco tiene en cuenta el hecho de que el mercado libre, el único en el que operan las nuevas cooperativas y las pequeñas compañías (las grandes lo compaginan con el regulado), no cabe el bono social.

No es poca la crítica surgida en torno a esta nueva financiación. Algunos autores²⁷ afirman que esta nueva financiación puede suponer una subida en el precio de la energía y tener efectos negativos en la competencia del mercado de energía eléctrica. En la memoria²⁸ del Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre se recoge el gasto

²⁷ Mendoza Losana, Ana I. “¿Quién paga el bono social? Consumidores frente a eléctricas. “ Informe Gomez-Acebo & Pombo, Septiembre 2017.

²⁸ Memoria justificativa del Real Decreto por el que se regula el consumidor vulnerable de energía eléctrica, el bono social y las condiciones de suspensión del suministro para consumidores con potencia contratada igual o inferior a 10 KW. Recogido de:

estimado por esta nueva regulación del bono social eléctrico, el cual asciende a 236 millones de euros. A la hora de encontrar el lugar de donde se obtendrá esta financiación para el pago de este nuevo gasto, parece que terminará recayendo en los clientes de las comercializadores a través de un incremento en el precio de la electricidad. Este aumento de la electricidad afectará a todos los consumidores por igual, tanto si son ordinarios como vulnerables, por lo que no parece que la solución elegida por el legislador haya sido la óptima.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta las peculiaridades de este mercado en el que tiene lugar este nuevo diseño de financiación del bono social eléctrico. En el mercado de comercialización de energía eléctrica podemos encontrar dos tipos de comercializadores en función de si operan con precios libres o regulados (Precio voluntario libre para el pequeño consumidor o PVPC). Para las que están sometidas a precios regulados este incremento en los costes puede suponer un importante problema, un informe²⁹ de la Comisión Nacional de los Mercados y la Confianza (CNMC) advierte sobre ello, solicitando una revisión legislativa para el PVPC ya que entiende que estos costes derivados de la obligación de servicio público podrían afectar de manera desigual a las distintas comercializadoras en atención a si operan en el mercado regulado o no. La CNMC entiende que esto es un riesgo para la competencia que podría afectar especialmente al mercado de comercialización minorista.

Para el Gobierno parece que puede resultar una opción más atractiva permitir que sea el propio mercado el que se encargue de regular los precios. EL problema es que esta medida podría tener consecuencias negativas sobre la competencia en el mercado. Por otro lado, una subida del PVPC es una opción poco atractiva para el Gobierno y es por ello por lo que parece que han optado por obviar la cuestión y dejar al mercado su regulación.

<http://www.mincotur.gob.es/energia/esES/Participacion/Documents/Bono%20Social/memoria-RD-bono-social-2017.pdf>

²⁹ Informe sobre el proyecto de real decreto por el que se regula el consumidor vulnerable de energía eléctrica, el bono social y las condiciones de suspensión del suministro para consumidores con potencia contratada igual o inferior a 10 KW, CNMV.

9 PROPUESTA DE UN MODELO FINANCIACIÓN PARA EL BONO SOCIAL ELÉCTRICO ACORDE AL DERECHO DE LA UE Y JURISPRUDENCIA.

Como hemos visto, la financiación se llevará a cabo principalmente por las comercializadores de energía, financiando la entidad autonómica o local, que les estuviese atendiendo a través de servicios sociales, el 50% del importe de la factura para los consumidores en riesgo de exclusión social que se encuentran atendidos por una entidad local o autonómica³⁰. Esta solución parece pobre ya que ante el posible impago de los servicios sociales la comercializadora eléctrica tendría derecho a cortar el suministro de luz. Situación que difiere de la expuesta por parte del Ministerio, en la que se especificó que los consumidores en riesgo de exclusión social no podrían ser privados del suministro eléctrico.³¹

Atendiendo a todos los ámbitos mencionados en la presente investigación podemos observar que tanto las regulaciones pasadas como la actual no son óptimas para la financiación de esta figura.

A la hora de evaluar un modelo de financiación es necesario tener presente las medidas recogidas en la directiva 2008/72/CE y en el paquete de invierno de la Unión Europea. A la luz de estas normas comentadas a lo largo de la investigación y secundadas por la jurisprudencia española parece que no tiene cabida ningún sistema a través del cual recaiga la obligación del pago del bono social eléctrico a las compañías eléctricas.

Por lo tanto, deben de ser los Presupuestos Generales del Estado quienes asuman el gasto del bono social eléctrico. Esto es debido a que son estos lo que deben de asegurar el principio de aseguración de rentas y sobre los que recaen las materias en políticas sociales, en este caso de pobreza energética.

³⁰ Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

³¹ Nadal, Álvaro. “Las deficiencias que Energía ha dejado sin corregir con el nuevo bono social”, *El confidencial*, 10 Octubre 2017.

La razón por la que no ha sido financiado anteriormente por esta vía parece tener origen en la situación de déficit en la que se encontraba España, situación especialmente grave en los momentos de crisis económica. Esta situación derivó en presiones tanto internas como externas por las que introducir una partida de cientos de millones de euros para financiar este bono social no convenía.

Analizando el futuro, especialmente a la luz del proyecto de nueva directiva parece que se terminará optando de manera forzosa por la financiación vía presupuestos generales. En esta directiva se recoge que la protección a los colectivos vulnerables no podrá realizarse a través de la fijación de tarifas, aunque permite un periodo transitorio para que los países adecuen su normativa a la europea. Una vez transcurrido este periodo de tiempo, deberán de eliminar estas medidas.

10 CONCLUSIÓN

Una vez introducido desde el punto de vista de las obligaciones de servicio público el bono social eléctrico, su encaje como obligación de servicio público puede ser puesta en duda. Parece que existen bastantes posibilidades de un nuevo recurso por parte de las empresas eléctricas que tenga el visto bueno de nuevo por parte del Tribunal Supremo.

El sistema de financiación del bono social eléctrico ha estado sujetos a tres formas distintas desde su incorporación en el año 2009. A su inicio fue financiado por las generadoras de electricidad. Posteriormente fueron los grupos integrados verticalmente y actualmente las comercializadoras de energía.

En relación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece complicado el encaje de las sentencias analizadas por parte del Tribunal Supremo. Por un lado, la falta de coincidencia material al utilizar jurisprudencia concerniente al mercado de gas, que no está contemplado en España como un servicio básico. Por otro lado, la falta de identidad de una financiación de una política social con el establecimiento de precios regulados.

En la actualidad el sistema de financiación del bono social no es ajeno a la polémica. Esta obligación ha sido asumida por las comercializadoras de energía que plantean iniciar una nueva ronda de recursos ante el Tribunal Supremo. El hecho de que la financiación recaiga en un segmento específico del mercado eléctrico puede llevar a un razonamiento similar al ya dado por el Tribunal Supremo basado en la discriminación e incumplimiento de las directivas comunitarias.

Ha sido por ello necesario a lo largo del trabajo entender el alcance de las obligaciones de servicio público y preguntarnos si el bono social tiene cabida en ellas. Parece una figura que es más propia de política de pobreza energética y que debería de ser asumida por los Presupuestos Generales del Estado. Modelo que se plantea como una respuesta al modelo de bono social acorde al Derecho de la Unión Europea, especialmente con la proposición de una nueva directiva en el último año que plantea

prohibir la protección de los consumidores vulnerables a través de la fijación de tarifas.

11 BIBLIOGRAFÍA

Blanco, Paulina Beato. "La liberalización del sector eléctrico en España, ¿un proceso incompleto o frustrado?" *Información Comercial española* - 826 ,2005, 259.

Bushnell, J. B., Mansur, E. T., & Saravia, C. "Vertical arrangements, market structure, and competition: An analysis of restructured US electricity markets". *American Economic Review*, 98(1), 2008, 126.

De Quinto Romero, J. (2007). "La planificación de la red de transporte eléctrico en un entorno competitivo". *Economía industrial*, (vol.364), 103-111.

Informe 12/2000 de la CNE sobre la propuesta de orden ministerial por la que se establece la precedencia en la repercusión del déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas. Recogido en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1578384_1.pdf (último acceso 5/6/2018)

Informe sobre el proyecto de real decreto por el que se regula el consumidor vulnerable de energía eléctrica, el bono social y las condiciones de suspensión del suministro para consumidores con potencia contratada igual o inferior a 10 KW, CNMV. Recogido de: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1718872_2.pdf (Último acceso 1/6/2018)

Isla, A. Z. Integración vertical en el mercado eléctrico español. *InDret*, 2017, (3).

M. Tarrés/M. Darnaculleta, "Adelgazamiento del Estado y modernización administrativa. *Revista Autonomías*,2006, n 26.

Memoria justificativa del Real Decreto por el que se regula el consumidor vulnerable de energía eléctrica, el bono social y las condiciones de suspensión del suministro para consumidores con potencia contratada igual o inferior a 10 KW. Recogido de: <http://www.mincotur.gob.es/energia/esES/Participacion/Documents/Bono%20Social/memoria-RD-bono-social-2017.pdf> (Último acceso 1/6/2018)

Mendoza Losana, Ana I. “¿Quién paga el bono social? Consumidores frente a eléctricas. “ Informe Gomez-Acebo & Pombo, Septiembre 2017. Recogido de <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/quien-paga-el-bono-social-consumidores-frente-a-electricas.pdf> (Último acceso 1/6/2018)

Moscoso del Prado González, Luis. “Regulación y competencia en el sector energético: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las obligaciones de servicio público”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Editorial Wolters Kluwer, septiembre-octubre 2013, N.º 35.

Muñoz Machado.S, Esteve Pardo, J. *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel , Abril 2009, capítulo 1.

Nadal, Álvaro. “Las deficiencias que Energía ha dejado sin corregir con el nuevo bono social”, *El confidencial*, 10 Octubre 2017.

Pateiro Rodríguez, C. y J. Prado Domínguez (2010), "Un análisis de la transformación del servicio universal y el ámbito reservado en las políticas de competencia del sector postal en la Unión Europea", *Gestión y Política Pública*, XIX (2), pp. 187-237

Pérez, A. E. (2013). Liberación del suministro eléctrico y desprotección del consumidor doméstico. *Revista española de derecho administrativo*, (157), 165-184.

Rebollo, L. M. (2016). Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho europeo y su control. *Revista de administración pública*, (200), 180-185

Ríos, I. G. (2013). La protección del consumidor eléctrico y la lucha contra" la pobreza energética": previsiones comunitarias e insuficiente regulación interna española. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 17(45), 577-605.

Robert Harmsen & Thomas M. Wilson (ed.s), *Europeanization: Institution, Identities and Citizenship*, , Atlanta: Rodopi, 2000.

Saggese, M. B. El derecho público ante la privatización y liberalización de los servicios de interés general: ¿repliegue o transformación? *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, (16), 2000, 159-172.

Solorio, I. “La europeización de la política energética en España: ¿qué sendero para las renovables?” *Revista Española de Ciencia Política*, (26), 2011 105-126.