

## **Consulta de UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA sobre los efectos de la sentencia de 5 de abril de 2011 en relación al artículo 2 de R.D. 485/2009, que regula la puesta en marcha del suministro de último recurso**

El objeto del presente informe es dar respuesta a la Consulta de UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA sobre los efectos de la sentencia de 5 de abril de 2011 en relación al artículo 2 de R.D. 485/2009, que regula la puesta en marcha del suministro de último recurso.

### **1. RESUMEN Y CONCLUSIONES**

En relación a la consulta planteada por UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA acerca de los efectos de la sentencia de 5 de abril de 2011 en relación al artículo 2 de R.D. 485/2009, se concluye que:

- La anulación del artículo 2 del Real Decreto 485/2009, por la Sentencia de 5 de abril de 2011, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, se circunscribe a la obligación del Gobierno de determinar los criterios para la designación de los comercializadores de último recurso, y no se extiende a la exclusión de las empresas comercializadoras de energía eléctrica designadas en el artículo 2 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica.
- De esta forma, de acuerdo con la mencionada sentencia, el posible vacío legal contrario a la protección de los intereses de los consumidores que se derivaría de la anulación del artículo 2, no se produce. En este sentido, dicha sentencia no conlleva una alteración en la designación realizada inicialmente en el Real Decreto 485/2009 de los comercializadores de último recurso, y en consecuencia, del marco normativo existente entre el consumidor y dicho comercializador.

## **2. ANTECEDENTES DE HECHO**

Con fecha de 27 de junio de 2011 ha tenido entrada en el registro de esta Comisión escrito de UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA consultando a cerca de los efectos de la sentencia de 5 de abril de 2011 en relación al artículo 2 de R.D. 485/2009, que regula la puesta en marcha del suministro de último recurso, en particular sobre qué empresas pueden comercializar TUR, así como cuál es el marco actual de las relaciones del consumidor con dichas empresas.

## **3. NORMATIVA**

Los antecedentes normativos que afectan a esta consulta son fundamentalmente:

- Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica.
- Sentencia de 5 de abril de 2011 del Tribunal Supremo en relación al artículo 2 del R.D. 485/2009

## **4. CONSIDERACIONES DE LA CNE**

### **Respecto a los efectos de la sentencia de 5 de abril de 2011 en relación al artículo 2 del R.D. 485/2009,**

El artículo 2 del Real Decreto 485/2009, bajo la rúbrica «Designación de los comercializadores de último recurso», disponía (hasta su anulación por la sentencia de 5 de abril del Tribunal Supremo), lo siguiente:

*“1. Asumirán la obligación de suministro de último recurso de energía eléctrica, en todo el territorio nacional, las siguientes empresas comercializadoras de energía:*

*a) ENDESA ENERGÍA XXI, S. L.*

*b) IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO, S. A. U.*

*c) UNIÓN FENOSA METRA, S.L.*

d) *HIDROCANTÁBRICO ENERGÍA ÚLTIMO RECURSO, S. A. U.*

e) *E.ON COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO, S. L.*

2. *La designación de los comercializadores de último recurso será revisada al menos cada cuatro años”*

La Sentencia de 5 de abril de 2011, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se anula el artículo 2 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, que regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de las entidades mercantiles «Bassols Energía, S.A.», «Bassols Energía Comercial, S.L.», «Empresa de Alumbrado Eléctrico de Ceuta Distribución, S.A.U.», «Empresa de Alumbrado Eléctrico de Ceuta, S.A.», «Cooperativa Eléctrica Benéfica Albaterense, Coop.V.», «Electra Caldense, S.A.», «Electra Caldense Energía, S.A.», «Cooperativa Eléctrica Benéfica San Francisco de Asis, Coop.V.», y «Unión Electro Industrial, S.L.U.», contra el artículo 2 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, que se anula en los términos fundamentados en dicha sentencia.

La pretensión de que se declare la nulidad del artículo 2 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril fundada en la infracción del artículo 9.3 de la Constitución (que recoge el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el cual constituye un límite a la potestad reglamentaria) y que se sustenta en la falta de motivación del mecanismo adoptado por el Gobierno para designar las comercializadoras de último recurso, es acogida en la sentencia de 5 de abril de 2011 del Tribunal Supremo en los siguientes términos: *“...si bien puede inferirse del preámbulo de la disposición reglamentaria analizada cuáles son las razones que justificarían la designación de comercializadoras de último recurso a aquellas empresas del sector eléctrico de ámbito nacional que cuentan «con medios suficientes para poder asumir el riesgo de desarrollar la actividad de suministro libre y de suministro a consumidores de baja tensión a un precio máximo y mínimo, y con separación de cuentas», sin embargo, no se establecen criterios objetivos que permitan determinar por qué se excluye a aquellas empresas distribuidoras acogidas a la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y, en su caso, cuáles son los*

*presupuestos que deben servir para revisar la lista de empresas comercializadoras que asuman la obligación de suministro de último recurso de energía eléctrica...*

Dicha argumentación coincide con lo expuesto por la Comisión Nacional de Energía en su Informe 34/2008, sobre la propuesta de Real Decreto por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica. En dicho informe, la CNE en relación con la designación de los comercializadores de último recurso expuso que:

- No se justificaban objetivamente las variables que se habían tenido en cuenta para determinar qué comercializadores contaban con los medios técnicos suficientes para garantizar el suministro y la atención de clientes de baja tensión.
- Tampoco se justificaba por qué los distribuidores acogidos a la Disposición transitoria undécima de la ley 54/1997 carecían de medios técnicos suficientes para garantizar el suministro y atención de los clientes de baja tensión.

En línea con el informe de la CNE, la sentencia considera que la disposición enjuiciada *“constituye una norma reglamentaria extralegem, al no justificarse objetivamente las variables que se han tenido en cuenta para determinar singularmente «que comercializadores cuentan con los medios técnicos suficientes para garantizar el suministro y la atención de clientes de baja tensión», ni por qué los distribuidores acogidos a la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997, carecen de medios técnicos suficientes para desarrollar esa actividad, a pesar de su reconocimiento, en la Directiva 2003/54 / CE sobre normas comunes en el mercado para la electricidad, como empresas con menos de 100.000 clientes, autorizadas a continuar manteniendo la labor de comercialización.”*

No obstante lo anterior, la sentencia precisa *“...que la estimación del recurso contencioso-administrativo se circunscribe a la obligación del Gobierno de determinar los criterios o variables que condicionan, desde la perspectiva territorial, técnica, financiera y contable, la designación de comercializadores de último recurso y, por tanto, no se extiende a la exclusión de las empresas comercializadoras de energía eléctrica designadas en el artículo 2 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la*

*energía eléctrica, que pudiera producir un vacío normativo contrario a la protección de los intereses de los consumidores, que tienen reconocido el derecho a la elección de su suministrador que les garantice un suministro de calidad y a unos precios comprensibles, transparentes y razonables...”*

Según lo anterior, la estimación del recurso contencioso-administrativo citado se circunscribe a la obligación del Gobierno de determinar los criterios la designación de comercializadores de último recurso, no suponiendo la exclusión de las empresas comercializadoras ya designadas. De esta forma, el posible vacío legal contrario a la protección de los intereses de los consumidores, que se derivaría de la anulación del artículo 2, no se produce. Por tanto, dicha sentencia no conlleva una alteración en la designación realizada inicialmente en el Real Decreto 485/2009 de los comercializadores de último recurso, y en consecuencia, del marco normativo existente entre el consumidor y dicho comercializador.