



Roj: **SAN 2450/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2450**

Id Cendoj: **28079230042018100248**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **06/06/2018**

Nº de Recurso: **664/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000664 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06226/2015

Demandante: VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, S.L.

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

SENTENCIA N.º:

Ilma. Sra. Presidente:

D.ª. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D.ª. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a seis de junio de dos mil dieciocho.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso administrativo número **664/2015**, interpuesto por la entidad **VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, S.L.**, representada por la Procuradora de los Tribunales D.ª María Jesús Gutiérrez Aceves, contra la Circular informativa 3/2015, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de solicitud de información a las empresas distribuidoras de electricidad para calcular anualmente los porcentajes de reparto de la financiación del coste del bono social. Ha comparecido como parte codemandada la entidad CIDE ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA, representada por la Procuradora D.ª Mercedes Caro Bonilla.

Ha sido parte demandada en las presentes actuaciones, la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Co n fecha 27 de octubre de 2015 la representación procesal la entidad recurrente expresada presentó escrito interponiendo el presente recurso contencioso-administrativo, que fue admitido a trámite mediante Decreto de 27 de octubre de 2015, en el que también se acordó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- La parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado en fecha 27 de julio de 2016, en la que tras exponer los hechos y fundamentos que estimó de aplicación al caso terminó suplicando:

< que teniendo por presentado este escrito junto con sus copias y documentos anexos, así como el expediente administrativo, los admita y tramite; y en mérito al mismo, tenga por deducida demanda en nombre de mi representada contra la Circular informativa 3/2015, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de solicitud de información a las empresas distribuidoras de electricidad para calcular anualmente los porcentajes de reparto de la financiación del coste del bono social; y, tras los trámites legales oportunos, sírvase dictar sentencia en la que, con íntegra estimación de este recurso declare que la Circular informativa 3/2015 impugnada en el presente procedimiento es contraria a Derecho; y ello como consecuencia de que:

· *El artículo 45.3 de la LSE de 2013 es contrario al Derecho de la Unión Europea, procediendo, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del citado precepto legal y de la Circular 3/2015.*

· *Subsidiariamente, el artículo 45.3 de la LSE de 2013 es contrario a la Constitución Española, procediendo, en consecuencia, declarar la nulidad de pleno derecho de la Circular 3/2015.>>*

PRIMER OTROSÍ DIGO: Que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en el caso de que la Sala lo considere necesario (por entender que la compatibilidad del artículo 45.4 de la LSE de 2013 con el Derecho europeo no reviste suficiente claridad) y en relación con los pedimentos del suplico, se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con objeto de que determine si el artículo 45.4 de la LSE de 2013 es contrario a la Directiva 2009/72/CE.

SU PLICO A LA SALA que tenga por efectuada la anterior manifestación a los efectos legales oportunos.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional , en el caso de que la Sala lo considere necesario y en relación con los pedimentos del suplico, se plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional con objeto de que determine si el artículo 45.4 de la LSE de 2013 es contrario a los artículos 9.3 y 14 la Constitución Española .

SU PLICO A LA SALA que tenga por efectuada la anterior manifestación a los efectos legales oportunos.

TERCERO.- La Abogacía del Estado contestó a la demanda el día 11 de noviembre de 2016 y tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso y se impongan las costas a la recurrente. Asimismo y en OTROSÍ SEGUNDO DICE: Que se opone al planteamiento de la cuestión prejudicial y de inconstitucionalidad que solicita la recurrente puesto que con arreglo a lo expuesto resulta manifiesto que la Disposición recurrida no incurre en ninguna de las infracciones legales que se le imputan y por consiguiente resultaría perfectamente superfluo por innecesario. Por ello, a la Sala

CUARTO.- La codemandada comparecida no formuló escrito de contestación a la demanda, teniéndola por precluida en el trámite.

QUINTO.- Se ha fijado la cuantía del presente procedimiento en indeterminada.

SEXTO.- Re cibido el procedimiento a prueba y practicada la que fue admitida , se siguió el trámite de conclusiones y evacuadas por las partes se señaló para votación y fallo el día 30 de mayo de 2018, en que efectivamente se deliberó y votó.

SÉPTIMO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En este recurso se impugna la Circular informativa 3/2015, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de solicitud de información a las empresas distribuidoras de electricidad para calcular anualmente los porcentajes de reparto de la financiación del coste del bono social.



Dicha circular ha sido dictada al amparo del art. el artículo 30.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la CNMC, según el cual ésta podrá efectuar requerimientos de información periódica y dirigidos a la generalidad de los sujetos afectados. Tales requerimientos adoptarán la forma de circulares informativas.

Más en concreto, la circular impugnada regula la información a remitir a la CNMC a fin de identificar las empresas del sector eléctrico obligadas a financiar el coste del Bono Social y determinar el porcentaje de reparto que corresponde a cada una de ellas, de acuerdo con la metodología establecida en 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. El objeto de esta norma es proceder al desarrollo de la previsión contenida en el apartado 4 del artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre , en lo relativo al procedimiento y condiciones para el cálculo del porcentaje de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social, de forma que se garantice su realización de manera equitativa y no discriminatoria.

SEGUNDO.- En primer término hemos de rechazar la alegación de inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado, según el cual se ha aportado un presunto certificado relativo a que el Consejo de Administración ha acordado ejercitar la acción judicial, pero no consta el nombramiento del firmante de tal documento como Secretario del Consejo.

A juicio de la Sala el acuerdo adoptando el ejercicio de acciones judiciales se ha traído al proceso mediante la certificación emitida por Coro en calidad de Secretaria del Consejo de Administración, condición que también consta en la escritura de cambio de denominación social (anteriormente EON) y que fue suficiente también para el notario autorizante de la escritura.

En relación con alegaciones semejantes del Abogado del Estado, ya hemos dicho en varias ocasiones (por todas SAN de 28 de septiembre de 2016, rec. núm. 636/2015) que si el representante de la Administración General del Estado encuentra cualquier visio de ilegalidad en el certificado aportado, la persona que lo emitió, o en su contenido; o alguna suplantación en la persona que lo emitió, le quedan otras vías en otras jurisdicciones para hacerlo valer.

TERCERO.- El bono social, como obligación de servicio público dirigida a la protección de los consumidores más vulnerables fue establecido en el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, estableciendo un régimen de financiación a cargo de determinadas empresas del sector eléctrico. Tal norma fue considerada contraria al Derecho comunitario (art. 3.2 de la Directiva 2003/54) por la STS de 7 de febrero de 2012 (rec. 419/2010).

Con posterioridad, como consecuencia de esta STS, el art. 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre del Sector Eléctrico , (recogiendo el precedente del RD-Ley d9/2013) estableció un nuevo régimen de financiación a cargo de las empresas del sector eléctrico que realizasen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica. En dicho precepto se establece además que:

El porcentaje de reparto de las cantidades a financiar se calcularía, para cada grupo empresarial como la relación entre un término que será la suma de las medias anuales del número de suministros conectados a las redes de distribución de las empresas distribuidoras y del número de clientes de las empresas comercializadoras en que participe el grupo, y otro término que corresponderá a la suma de todos los valores medios anuales de suministros y clientes de todos los grupos empresariales que deben ser considerados a los efectos de este reparto.

Este porcentaje de reparto habría de ser calculado anualmente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de acuerdo con el procedimiento y condiciones que se establezcan reglamentariamente. A estos efectos, la referida Comisión publicará en su página web, en el mes de noviembre de cada año la información referida al año móvil anterior y relativa a las medias anuales del número de suministros conectados a las redes de distribución de las empresas distribuidoras y del número de clientes de las empresas comercializadoras, así como la relación de grupos de sociedades o, en su caso, sociedades, que cumplan el requisito previsto en el primer párrafo del presente apartado."

En virtud de este mandato, se aprobó el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social, que establece las bases para el cálculo de los porcentajes. En él se desarrolla el método de cálculo de los porcentajes de reparto que debe seguir la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y fija las condiciones para el cálculo de estos porcentajes de reparto.

Finalmente, la circular impugnada requiere a las compañías eléctricas (apartado1) para que faciliten a la CNMC la información conducente a determinar si han de soportar el coste del bono social, en los siguientes términos:

"Tercero. Información a remitir.

Los sujetos obligados, deberán informar a la CNMC si concurre alguna de las siguientes circunstancias:



1. Si la empresa distribuidora de electricidad realiza directamente, además de la actividad de distribución, la actividad de producción de energía eléctrica y la actividad de comercialización, durante el periodo de referencia.
2. Si la empresa distribuidora de electricidad es sociedad matriz de un grupo de sociedades, en los términos del artículo 42.1 del Código de Comercio, en el que sociedades del grupo realicen la actividad de producción de energía eléctrica y la actividad de comercialización, durante el periodo de referencia. En caso afirmativo, se deberá indicar el nombre y CIF de dichas sociedades.
3. Si la empresa distribuidora de electricidad forma parte de un grupo de sociedades, en los términos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, en el que sociedades del grupo realicen la actividad de producción de energía eléctrica y la actividad de comercialización, durante el periodo de referencia. En caso afirmativo, se deberá indicar el nombre de la sociedad matriz del grupo y su CIF, y el nombre y CIF de las sociedades del grupo que realizan las actividades de producción y comercialización."

CUARTO.- La argumentación de la demanda dirige sus reproches frente al art. 45 LSE que constituye el basamento del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se aprueba la metodología para determinar el reparto de la financiación del bono social; así como el sustento del requerimiento formalizado mediante la Circular impugnada.

En concreto sostiene que el art. 45 LSE, como sus precedentes normativos, vulneran el principio de no discriminación proclamado en la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio, principio que limita también el modo en el que los Estados establecen obligaciones de servicio público, entre las que se encuentra la obligación de financiar el bono social. En concreto la discriminación que la demandante reprocha al art. 45 LSE se produce en relación con las empresas que intervienen en las actividades de generación, distribución o comercialización sin estar verticalmente integradas, así como en relación con el resto de compañías productoras, distribuidoras y comercializadoras, las cuales están exoneradas de la obligación financiera impuesta. Además, ni se cumple el requisito relativo a la finalidad de interés económico general ni la obligación impuesta respeta el principio de proporcionalidad exigido en el art. 3.2 de la Directiva 2009/73/CE.

En una segunda línea argumental sostiene que el art. 45 LSE es contrario al art. 14 CE al establecer una diferencia de trato sin justificación objetiva y razonable entre las empresas obligadas a financiar el bono social y el resto de empresas generadoras, distribuidoras y comercializadoras de electricidad que no soportan tal obligación. El reproche de inconstitucionalidad traslada sus consecuencias a la Circular impugnada, incidiendo por ello también en nulidad radical.

Frente a ello el Abogado del Estado postula la desestimación del recurso por considerar que el art. 45 LSE es conforme con el derecho comunitario y con la Constitución, únicos reproches que, en definitiva, se formulan en la demanda.

QUINTO.- Con posterioridad a la formulación de la demanda (aunque no de la contestación), el Tribunal Supremo ha enjuiciado el recurso contencioso-administrativo directo contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se aprueba la metodología para determinar el reparto de la financiación del bono social, dictando la STS de 24 de octubre de 2016 (rec. 961/2014). A ella se hace mención en el escrito de conclusiones de la actora.

En ella se estimó el recurso y se declararon nulos los arts. 2 y 3 del indicado Real Decreto, en los cuales se establece el método de cálculo de los porcentajes de reparto, y las condiciones para el cálculo de los porcentajes de reparto, respectivamente. Tal declaración de nulidad deriva, según se establece expresamente en el fallo de la STS y la fundamentación jurídica que le precede, en que tales preceptos son desarrollo del art. 45 LSE y este a su vez se declara inaplicable por incompatible con la directiva 2009/72/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

La consecuencia no puede ser otra que la anulación de la Circular impugnada, pues el requerimiento de información tiene por objeto, en resumen, conocer qué concretas empresas estaban obligadas a financiar el bono social a tenor de lo dispuesto en el art. 45.3 LSE, esto es, "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".

Pues bien, el soporte normativo inmediato del requerimiento plasmado en la Circular impugnada es precisamente el art. 2.2 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que ha sido anulado por el Tribunal Supremo en la indicada STS. Y tal anulación ha expulsado del Ordenamiento jurídico los preceptos del Real Decreto que sirven de fundamento normativo a la Circular impugnada aquí como consecuencia de una declaración efectuada por el Tribunal Supremo de incompatibilidad de la regulación del sistema de financiación del bono social fijado en el art. 45.4 LSE con el Derecho de la Unión que ha llevado a aquel a declararlo



inaplicable en uso de las atribuciones conferidas en un sistema desconcentrado de control del ajuste al Derecho de la Unión que se deriva de la doctrina Cilfit aplicada (STJCE de 6 de octubre de 1982, 238/81).

Todo lo cual conduce a la estimación del recurso y la anulación de la Circular impugnada.

SEXTO.- En materia de costas, a tenor de lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, la estimación del recurso conlleva la imposición de las costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos ya citados, así como los de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo núm. **664/2015**, interpuesto por la Procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves, contra la Circular informativa 3/2015, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de solicitud de información a las empresas distribuidoras de electricidad para calcular anualmente los porcentajes de reparto de la financiación del coste del bono social.

ANULAMOS la indicada Circular por contraria al Ordenamiento jurídico.

CONDENAMOS a la Administración demandada al pago de las costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el día mismo de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de la que yo, el Secretario, doy fe.