

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÀS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
FRANCESC RODRÍGUEZ PONTÓN
JOAQUÍN TORNOS MAS
Universidad de Barcelona
jtornos@tornosabogados.com

Cómo citar/Citation

Font i Llovet, T., Galán Galán, A., Peñalver i Cabré, A.,
Rodríguez Pontón, F. y Tornos Mas, J. (2017).
Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa.
Revista de Administración Pública, 202, 255-282.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.202.09>

SUMARIO

I. EL ESTATUTO EUROPEO DE INDEPENDENCIA DE LAS AUTORIDADES DE REGULACIÓN Y LA AUTONOMÍA INSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS. EL CASO DEL CESE ANTICIPADO DE CARGOS DIRECTIVOS DE LA CMT CON LA CREACIÓN DEL SUPERREGULADOR. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 63/2017, DE 19 DE ENERO, PONENTE M. I. PERELLÓ DOMÈNECH. II. LA COMPENSACIÓN ESTABLECIDA POR EL ESTABLECIMIENTO DEL DERECHO A LA COPIA PRIVADA VULNERA LA NORMATIVA COMUNITARIA. III. LÍMITES DE LA REVISIÓN DE OFICIO: LÍMITE A LA FACULTAD DE REVISAR Y NO A LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 11 DE ENERO DE 2017. IV. INAPLICACIÓN DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN DEL BONO SOCIAL EN EL SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

I. EL ESTATUTO EUROPEO DE INDEPENDENCIA DE LAS AUTORIDADES DE REGULACIÓN Y LA AUTONOMÍA INSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS. EL CASO DEL CESE ANTICIPADO DE CARGOS DIRECTIVOS DE LA CMT CON LA CREACIÓN DEL SUPERREGULADOR. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 63/2017, DE 19 DE ENERO, PONENTE M. I. PERELLÓ DOMÈNECH

Los demandantes en el caso de la STS 63/2017 eran presidente y consejero de la ya desaparecida Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que fueron cesados por los Reales Decretos 795 y 800/2013, publicados en el *BOE* de 15 de octubre de 2013, conjuntamente con otros numerosos ceses de otros cargos de la misma y de otras instituciones por la razón que ahora apuntaremos. La CMT, autoridad sectorial independiente, pasó a *fusionarse* con otras también sectoriales y con la Comisión Nacional de la Competencia para formar la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uno de los cambios del paisaje institucional español más singulares de los últimos tiempos (Ley 3/2013, de 4 de junio). La disposición adicional segunda de la mencionada Ley 3/2013 dispuso que la constitución de la nueva autoridad implicaría la extinción, entre otras, de la CMT. La cualidad de lo que ahora la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015, de 1 de octubre) denomina «autoridades administrativas independientes» es indudable tanto en la extinta como en la actual. El resultado material de la operación legislativa más los Reales Decretos indicados fue que con motivo de tal cambio institucional el mandato de ambos cargos fue reducido a menos de la mitad del tiempo inicialmente previsto, ello debido únicamente a esa causa de cambio de diseño institucional, sin concurrir ningún otro tipo de causa vinculada a la persona de los cargos cesados. La Ley 3/2013 dispuso un «régimen especial de incompatibilidad e indemnización del presidente, vicepresidente y consejeros de los organismos que se extinguen» (disposición adicional tercera), así como la integración del personal funcionario y laboral (disposición adicional sexta). También dispuso una diversidad de previsiones transitorias: primer mandato de los miembros de la nueva autoridad; nombramientos del primer presidente y vicepresidente; continuación de funciones por los organismos extinguidos hasta la puesta en funcionamiento de la nueva autoridad; desempeño transitorio de funciones que se traspasan a los ministerios por parte de la nueva autoridad; tramitación de los procedimientos ya iniciados; puestos de trabajo de personal funcionario desempeñados por personal laboral; presupuestos aplicables; régimen contable y de rendición de cuentas; gestión y liquidación de tasas y órganos de asesoramiento de la Comisión Nacional de Energía. Pero ninguna previsión transitoria se establecía en relación con el presidente, vice-

presidente y consejeros que contemplara la problemática de su drástico recorte temporal de desempeño de sus funciones. Y eso, desde el punto de vista de las exigencias del diseño y funcionamiento de las autoridades independientes reguladoras, es un problema, dado que existe un ineludible vínculo entre la dimensión temporal de los mandatos y el estatuto mismo de independencia que se predica de dichas autoridades.

Este, como tantos otros, ha pasado a ser un tema que, pese a estar muy relacionado con una dimensión organizativa e institucional de cada Estado, y por tanto en principio perteneciente a un ámbito de libertad de diversas opciones, el derecho de la Unión Europea ha pasado a condicionar de modo muy intenso en virtud de la necesidad de un cumplimiento real y efectivo de su normativa. Existe un estatuto de independencia moldeado, y de exigencias que se han ido intensificando por la normativa sectorial que requiere, para ser cumplida con eficacia, la presencia de este tipo de instituciones públicas. Es por ello que a raíz de la demanda de los mencionados cargos cesados, la Sala del Supremo decidió elevar cuestión prejudicial, teniendo como parámetro normativo la Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/140/CE, precisamente en el sentido intensificador mencionado. Se planteaban diversas preguntas para dilucidar la compatibilidad con el derecho de la Unión Europea de los elementos que hicieron posible el cese anticipado de los dos cargos recurrentes. Dicha cuestión dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2016 (C-424/15), que concluyó lo siguiente, agrupando las tres cuestiones planteadas en dos puntos. En primer lugar, la normativa europea mencionada ha de interpretarse en el sentido de que en principio no es contraria a una normativa nacional que fusiona una autoridad nacional de reglamentación de las previstas en las directivas con otras autoridades del mismo tipo, dando lugar así a un regulador multisectorial, siempre que en el ejercicio de las funciones previstas en las directivas se cumplan los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia por ellas previstos y que exista un recurso efectivo ante un organismo independiente contra sus decisiones, cuestión que debe comprobar el juez nacional. En segundo lugar, la normativa europea sí es contraria a que, por el mero hecho de llevarse a cabo una reforma institucional de fusión como la mencionada en el caso español, el presidente y el consejero de la autoridad fusionada sean objeto de cese antes de finalizar sus mandatos, siempre que no se hubieran previsto reglas garantizadoras de que dicho cese no menoscaba su independencia e imparcialidad.

Conviene remarcar brevemente algunos contenidos de la sentencia del TJUE. En primer lugar, que, a pesar de recordar como siempre que incumbe al juez nacional comprobar en este caso la preservación de los cuatro princi-

pios antes mencionados y consagrados por las directivas de comunicaciones electrónicas en el funcionamiento de la autoridad fusionada en el ejercicio de las funciones previstas en las mismas, el propio Tribunal (§ 37) señala que parece deducirse de la Ley 3/2013 que se reúnen las condiciones para que ello sea así. En segundo lugar, en lo referido ya al cese anticipado, el TJUE deja bien claro, sucesivamente, que: a) tal cese no deriva de ninguna de las causas de cese previstas legalmente, sino de «la reforma institucional controvertida»; b) la reforma que supuso la Ley 3/2013 no fue acompañada de medidas transitorias (como sí lo fue la de la Ley de Economía Sostenible), siendo así que la Ley 3/2013 produjo el fin anticipado de los mandatos de los demandantes; c) dicho cese no es coherente con los requisitos previstos en la directiva (art. 3.3 bis), por basarse en razones distintas a la falta de cumplimiento de las condiciones requeridas y establecidas de antemano en el derecho nacional, para ejercer las funciones correspondientes. En tercer lugar, profundizando en el tema del cese anticipado, se plantea la cuestión determinante: ¿es una reforma institucional como la aquí en cuestión, en el marco de la autonomía institucional del Estado miembro, un motivo legítimo del cese anticipado? Aquí es precisamente, y no es casualidad, donde el Tribunal de Justicia de la UE recuerda el sentido intensificador de las exigencias de independencia en el diseño de las instituciones en las reformas de las propias directivas: «A este respecto, debe recordarse que, a pesar de que el artículo 3 de la Directiva marco, en su versión inicial, tenía esencialmente por objeto garantizar la independencia e imparcialidad de las ANR asegurando la separación de las funciones de reglamentación y explotación, el legislador de la Unión, mediante la Directiva 2009/140, y como indica su considerando 13, pretendió reforzar la independencia de las ANR para garantizar una aplicación más eficaz del marco normativo e incrementar su autoridad y la previsibilidad de sus decisiones» (§ 45). Tipo de garantías, en la línea de disipar cualquier duda de neutralidad y de impermeabilidad respecto a factores externos, que va unido a las funciones de dichas autoridades de regulación del mercado *ex ante* y de resolución de litigios entre empresas, funciones que desarrolla de modo muy claro el § 48, en que se destaca además, de manera muy interesante, su amplia facultad para apreciar la necesidad de las regulaciones de ese mercado. De ahí deriva el TJUE lo apuntado en la segunda conclusión. Esta conclusión no es incompatible con continuar reconociendo autonomía institucional de los Estados a la hora de organizar y estructurar sus autoridades de regulación; de modo incluso que los principios de imparcialidad e independencia no pueden obstar a una reforma institucional como la señalada estando vigentes los mandatos de los miembros afectados (§§ 49 y 50); pero entonces el Estado miembro debe prever normas para garantizar que el cese anticipado no menoscabe la independencia e imparcialidad de las personas afectadas.

La estructura de las conclusiones de la sentencia del TJUE se ve reflejada de alguna manera en la sentencia del Supremo ahora comentada. La sentencia del TS reproduce buena parte del texto de la sentencia del TJUE (FJ 3) y en sus FFJJ 4 a 8, de menor extensión, extrae las consecuencias para resolver el recurso contencioso. Y, siguiendo la estructura mencionada, en primer lugar entiende que la opción del regulador multisectorial queda fuera del debate jurídico por el propio planteamiento de las alegaciones y porque en realidad se estima que no se han aportado razones concretas que permitan llegar a la conclusión de que dicha opción organizativa no cumpla con las exigencias del derecho de la Unión Europea antes indicadas. Y en ello influye también la afirmación suplementaria que hizo el propio TJUE en el § 37 de su sentencia y a la que antes aludíamos. A partir de aquí el TS se centra en el aspecto del tratamiento normativo del cese anticipado, y concentra su atención en un factor: la existencia o no de previsiones normativas «idóneas» para garantizar los principios de independencia e imparcialidad en el marco de la Ley 3/2013. Es ahí donde el Tribunal indica la presencia de la disposición adicional tercera que antes hemos mencionado, calificando dichas medidas como «claramente insuficientes para salvaguardar la independencia a la que se refiere la sentencia y la jurisprudencia del TJUE, en cuanto no incorpora ninguna medida dirigida a permitir la conclusión del mandato legal del Presidente y Consejero de la CMT designados al amparo de la anterior ley» (FJ 5). A continuación el Supremo recuerda el vínculo indisoluble hoy existente en el derecho de la Unión Europea entre la noción de independencia de los organismos reguladores y el respeto al mandato legal y a que el cese se produzca solamente por las causas legalmente predeterminadas. Y de ahí deduce el TS que «no se adopta ninguna disposición transitoria específica que hubiera permitido agotar el mandato inicial del Presidente y Consejero de la CMT, y nada obstaba para la incorporación de reglas transitorias encaminadas a que el mandato pudiera cumplirse en su totalidad». La ausencia de reglas específicas que permitieran garantizar el mandato íntegro, aspecto en el que el TS concreta la obligación que recuerda el TJUE de dictar reglas que garanticen que el cese producido no menoscabe la independencia e imparcialidad de las personas afectadas, conduce al Supremo a la estimación del recurso. Y es que dicha omisión y el citado cese, según el Alto Tribunal, afectaron a la independencia de los recurrentes, a lo que no es obstáculo el argumento de los objetivos de racionalización en el contexto de crisis de la reforma institucional controvertida.

La conclusión de todo ello es la anulación de los decretos mencionados y la condena a la Administración a reponer a los recurrentes como miembros del organismo en cuestión con abono de los salarios correspondientes desde la fecha de efectos del cese. A lo cual se añade algo muy relevante: el Tribunal Supremo explicita que en el caso de que concurren causas de imposibilidad

material o legal de ejecución del fallo, se podrá instar el incidente previsto en el art. 105.2 LJCA, con la obligación de señalar la indemnización que sustituya a la ejecución de la sentencia en sus propios términos, advertencia que se lleva al fallo de la sentencia.

Podemos concluir a la vista de esta sentencia en un doble orden de consideraciones.

En primer lugar, podríamos afirmar con la llegada de esta sentencia que de alguna manera parece garantizada la *interiorización* por parte de los tribunales internos de los límites a la autonomía institucional o libertad organizativa derivados de las reglas del derecho de la Unión Europea, y en particular las relativas a la garantía efectiva de aplicación de directivas en ámbitos donde es clave garantizar la independencia e imparcialidad de las autoridades reguladoras. El camino emprendido es ya irreversible. Existen claros precedentes en este sentido en la jurisprudencia europea. Hay ámbitos en los que se han ido perfilando en diversas sentencias las exigencias de la independencia de determinados órganos o instituciones, como en el caso de las infraestructuras ferroviarias (por poner solo un ejemplo, la STJUE de 3 de octubre de 2013, C-369/11). Ninguna medida prácticamente puede quedar al margen de esta reflexión. Volviendo al ámbito de las comunicaciones electrónicas, la STJUE de 28 de julio de 2016 (C-240/15) resolvió un caso en que se cuestionaba por el Consejo de Estado italiano la compatibilidad de la extensión a las autoridades reguladoras de ciertas medidas de contención y racionalización del gasto público. El TJUE resolvió que solo sería incompatible dicha decisión con las directivas si se pudiera apreciar que pueden impedir el ejercicio de sus funciones con la debida independencia e imparcialidad, distinguiéndose también el régimen de independencia de estas autoridades con el de los bancos centrales. Si bien son las directivas sectoriales las que determinan los detalles de la garantía de estos principios, pues, se abre paso una jurisprudencia sobre el estatuto de la independencia de ciertas autoridades y sus grados y condiciones.

En este sentido destacan dos precedentes. El primero es el caso del incumplimiento de Austria en cuanto a la independencia de la autoridad en materia de tratamiento de datos personales por mor de los vínculos personales y organizativos con la Administración general. Estableció en efecto la STJUE de 16 de octubre de 2012 (C-614/10) que la República de Austria incumplió sus obligaciones, al no haber adoptado todas las medidas necesarias para que la legislación austríaca cumpliera el requisito de independencia en relación con la Comisión de protección de datos «y, más concretamente, al haber establecido un marco normativo en virtud del cual el administrador de la *Datenschutzkommission* es un funcionario federal sometido a supervisión jerárquica; la secretaria de la *Datenschutzkommission* está integrada en la Cancillería federal, y el Canciller federal tiene un derecho incondicional a informarse de todos

los aspectos de la gestión de la *Datenschutzkommission*». Pero en segundo lugar destaca sobre todo el supuesto —citado precisamente en el planteamiento de la cuestión prejudicial en nuestro caso— de la STJUE de 8 de abril de 2014 (C-288/12), referido también al sector de la protección de datos y en este caso a Hungría. En ella se declaró que se infringió el derecho de la Unión al poner fin antes de tiempo al Supervisor de Protección de Datos, en un supuesto que presenta evidentes similitudes con el aquí comentado. Es oportuno recordar estos fragmentos de dicha sentencia de 2014 (§§ 54 y 55):

[...] si cada Estado miembro tuviera la posibilidad de poner fin al mandato de una autoridad de control antes de que éste llegue al término inicialmente previsto sin respetar las normas y las garantías establecidas previamente en tal sentido por la legislación aplicable, la amenaza de tal terminación anticipada que en tal caso planearía sobre esa autoridad durante todo su mandato podría generar una forma de obediencia de ésta al poder político incompatible con dicha exigencia de independencia [...]. Esta conclusión es también cierta en el caso de que la finalización del mandato antes de tiempo obedezca a una reestructuración o a un cambio de modelo, los cuales deben organizarse de modo que respeten las exigencias de independencia impuestas por la legislación aplicable. Además, en tal situación, no cabría considerar que la autoridad de control pueda actuar, en cualquier circunstancia, por encima de toda sospecha de parcialidad. Así pues, debe interpretarse necesariamente que la exigencia de independencia contenida en el artículo 28, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 95/46 incluye la obligación de respetar la duración del mandato de las autoridades de control hasta su expiración y de poner fin antes de tiempo al mismo únicamente cuando se observen las normas y las garantías de la legislación aplicable.

En un segundo orden de consideraciones, reconocida e integrada esta jurisprudencia, los detalles de su aplicación por parte del juez nacional es un tema en el que la sentencia aquí comentada ofrece también ocasión para la reflexión. Nos limitaremos a apuntar tres cuestiones.

En primer lugar, la integración de un razonamiento del TJUE que parece llevar a un juicio *a priori* favorable de la ley nacional como elemento que casi permite prescindir de la comprobación por parte del juez nacional de ciertos aspectos. Aspectos vinculados a las características del nuevo modelo elegido y a su compatibilidad con los principios de independencia e imparcialidad, y que se proyectarían en el análisis del cambio organizativo adoptado especialmente desde la perspectiva de la convivencia de autoridades sectoriales y de la protección de la competencia así como de los elementos derivados de la fusión y consiguiente concentración de medios y personas.

En segundo lugar, se plantea la cuestión de la definición concreta, en positivo, de las medidas que el legislador nacional debió prever y no previó,

que son consecuencia directa de las exigencias de cumplimiento efectivo de las directivas, y que además conlleva en este caso la anulación de dos decretos de cese. Cabe preguntarse qué tipo de medidas en positivo harían compatible la adopción del cambio de modelo de regulador con la no afectación de la imparcialidad e independencia de los miembros de los organismos extinguidos. Medidas transitorias que deberían tener en cuenta el ejemplo de la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo), que en el tema relativo a las autoridades de regulación contenía una regulación destacable por la coherencia de su régimen jurídico y además contenía también ese tipo de medidas. Así, la disposición adicional novena de dicha Ley contenía una serie matizada de supuestos que contemplaban la necesidad de respetar mandatos vigentes. Puede tomarse como mero ejemplo su apartado cuarto, que disponía que: «A la entrada en vigor de esta Ley, los Vicepresidentes de los Organismos continuarán en su cargo hasta la expiración de su mandato, momento en el cual el cargo de vicepresidente en cada Organismo quedará suprimido». Además, cabe visualizar cómo aquí el Tribunal conecta la ruptura de la imparcialidad e independencia de los cargos cesados con la incompatibilidad de la Ley, en este caso la Ley 3/2013, por ausencia de tales medidas transitorias, con el derecho de la Unión Europea, y que conduce a la anulación del corolario de esa situación que son los reales decretos de cese.

Y en tercer lugar, hay que referirse a la llamada al incidente de inejecución. Apreciemos para empezar lo positivo que tiene ese paso en el sentido de garantizar una situación desde una perspectiva realista, o al menos desde el prisma de los intereses de las personas demandantes en el marco del contencioso al que dio lugar su acción. En ese sentido iría la anticipación del señalamiento de la indemnización procedente. Ahora bien, también estimamos obligado poner de manifiesto lo complejo de una problemática que, lejos de afectar solamente a intereses individuales que se pudieran compensar con indemnizaciones, pone en juego la estructura institucional y los intereses generales, que requieren soluciones efectivas y si cabe imaginativas. Tal es el reto que supone en esta vertiente el derecho de la Unión Europea construido también con los materiales de nuestras tradiciones institucionales comunes. (FR y TF)

II. LA COMPENSACIÓN ESTABLECIDA POR EL ESTABLECIMIENTO DEL DERECHO A LA COPIA PRIVADA VULNERA LA NORMATIVA COMUNITARIA

El llamado «derecho a la copia privada» es una limitación a los derechos de los autores y propietarios de creaciones intelectuales que permite a una persona realizar la copia de una obra para su uso privado, siempre que esta

persona haya tenido acceso legítimo al original y la realización de la copia no tenga ánimo de lucro.

En estrictos términos jurídicos se suele afirmar que la copia privada no se concibe tanto como un derecho de los usuarios de obras y prestaciones protegidas cuanto como un «límite» al derecho de reproducción que ostentan los titulares de los derechos de propiedad intelectual de las obras y prestaciones protegidas. Este límite a un derecho debe ser compensado de algún modo, lo que obliga a determinar cuál debe ser la compensación y a cargo de quién debe ir esta compensación.

La Ley de Propiedad Intelectual, modificada por la Ley 23/2006, contempló la copia privada y estableció para su compensación el llamado canon digital. La fijación de este canon y la determinación de en qué casos debía abonarse y qué personas debían hacerse cargo del pago fue siempre motivo de polémica mediática y judicial. Finalmente, el Real Decreto Ley 20/2011 de 30 de diciembre derogó el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, de modo que el canon digital quedó suprimido. La disposición adicional 10 del mismo Real Decreto Ley introdujo una compensación equitativa que el Estado debería abonar a los derechohabientes directamente, con cargo a los presupuestos del Estado. La concreción de esta previsión se remitió a un futuro reglamento. En concreto, la citada disposición adicional estableció lo siguiente:

1. Se suprime la compensación equitativa por copia privada, prevista en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, con los límites establecidos en el artículo 31.2 de la misma Ley.
2. El Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.
3. La cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado.

Fruto de esta remisión se aprobó el RD 1657/2012, por el que se estableció la compensación equitativa.

Posteriormente, la Ley 21/2014 de 4 de noviembre modificó la Ley de Propiedad Intelectual, dando nueva redacción a su artículo 25. Pero esta modificación no alteró el marco normativo establecido por el Real Decreto Ley 20/2011 en lo relativo a establecer un sistema de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Con este marco normativo interno de referencia se impugnó el RD 1657/2012. Las entidades recurrentes plantearon en primer término la inconstitucionalidad del Real Decreto Ley 20/2011 que da cobertura a la norma reglamentaria, alegando que no concurría el presupuesto de hecho habilitante de la situación de extraordinaria y urgente necesidad. Como segundo argu-

mento se planteó la vulneración de lo establecido en la Directiva 2001/29, en la medida en que la citada Directiva exigía que el pago de la compensación fuera a cargo de los usuarios de las copias privadas y no por el Estado. El Tribunal Supremo, en su Sentencia 2349/2016 de 10 de noviembre de 2016, estima el recurso y declara la nulidad de la norma reglamentaria impugnada.

El Tribunal, al tener que resolver el recurso, se encontró con dos hechos relevantes. Por un lado la resolución de una cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación de la directiva antes citada y la adecuación o no a la misma del Real Decreto Ley 20/2011. Por otro lado, la impugnación de la Ley 21/2014, que, como hemos señalado, modificó la Ley de Propiedad Intelectual sin alterar el régimen jurídico de la compensación por el derecho a la copia privada. Al dictarse la sentencia por el Tribunal Supremo este recurso de inconstitucionalidad no se había resuelto.

Teniendo en cuenta el marco normativo de referencia y las situaciones procesales concurrentes, el Tribunal Supremo resolvió las diferentes cuestiones procesales y sustantivas del modo siguiente.

a. Por lo que se refiere al Real Decreto Ley 20/2011 se afirma que no falta el requisito de la extraordinaria y urgente necesidad, ya que el mismo se dictó «dentro de una coyuntura económica innegablemente grave y excepcional».

b. Se rechaza la alegación de la Abogacía del Estado según la cual al estar impugnada ante el Tribunal Constitucional la Ley 21/2014, que tiene un contenido idéntico al Real Decreto Ley 20/2011 en el tema de la compensación por el derecho a la copia privada, debía esperarse a dictar sentencia a lo que decidiera el Tribunal Constitucional. Para el Tribunal Supremo el verdadero conflicto normativo se plantea entre la norma interna y el derecho comunitario, por lo que, si una norma jurídica nacional es contraria al derecho de la Unión Europea la norma interna debe ser inaplicada independientemente de que además pueda ser inconstitucional. Por tanto, se rechaza la alegación de la Abogacía del Estado y se entra a enjuiciar la validez o no de la norma reglamentaria impugnada en razón de su conformidad o no con la directiva comunitaria.

c. Se rechaza también la alegación de la administración demandada de falta de legitimación de las recurrentes en los términos siguientes:

Y en cuanto a la última de las alegaciones del Abogado del Estado, tampoco está justificada. Incluso admitiendo a efectos argumentativos que la anulación del Real Decreto 1657/2012 no condujera a un incremento del importe global de la compensación equitativa, ello no significaría que las demandantes carezcan de interés legítimo en su pretensión anulatoria de la mencionada disposición reglamentaria: es evidente que combaten el sistema de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado; es claro que lo hacen por entender que con tal sistema sus ingresos son inferiores que con el preexistente

sistema de compensación equitativa por canon; y es claro, en fin, que el Real Decreto 1657/2012 es una pieza importante —si no clave— del sistema contra el que las demandantes luchan. Dadas todas estas circunstancias, no cabe negarles legitimación.

d. Por último, entrando ya en la cuestión sustantiva, el Tribunal se remite a lo resuelto por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al resolver la cuestión prejudicial planteada. El TJUE, en su Sentencia de 9 de junio de 2016 (C-470/14) estableció que:

[...] el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de compensación equitativa por copia privada que, como el controvertido en el litigio principal, está sufragado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación equitativa sea soportado por los usuarios de copias privadas.

A partir de esta doctrina el Tribunal Supremo concluye que la norma interna es contraria al derecho comunitario, ya que la norma interna prevé un sistema de compensación sustentado en la aportación de los presupuestos del Estado y no en las aportaciones de los usuarios de las copias privadas. El Tribunal rechaza el débil argumento de la Abogacía del Estado consiste en afirmar que el sistema interno no es contrario a la decisión del TJUE ya que, aunque incompleto, en la medida en que no prevé el pago de la compensación por los usuarios de las copias, no se opone frontalmente al sistema de la directiva, ya que la norma comunitaria no se opone a que también exista aportación de los presupuestos estatales.

El Tribunal Supremo recuerda que:

[...] es verdad que el TJUE comienza su razonamiento diciendo que un sistema de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado no es necesariamente contrario a la Directiva 2001/29/CE, pero inmediatamente impone una condición: que el coste efectivo pese exclusivamente sobre los usuarios de la copia privada, que en ningún caso pueden ser, por definición, las personas jurídicas. Dado que la regulación española de la compensación equitativa no prevé medio alguno de que se cumpla dicha condición, la sentencia del TJUE 9 de junio de 2016 concluye que no es compatible con la Directiva 2001/29/CE. Más aún, su parte dispositiva, arriba transcrita íntegramente, no introduce matización alguna, sino que declara tajantemente la incompatibilidad de la regulación española con el derecho de la Unión Europea. Un sistema de

compensación equitativa que contuviese el elemento que el Abogado del Estado estima ausente sería un sistema sustancialmente diferente y, desde luego, no es el diseñado en los preceptos legales que el Real Decreto 1657/2012 —objeto directo de este proceso— está llamado a desarrollar.

En definitiva, el Tribunal Supremo enjuicia la validez del Real Decreto impugnado atendiendo de forma directa al contenido de la directiva sobre la materia, y al contenido de la sentencia del TJUE que interpretó el alcance y significado de la norma comunitaria. A partir de este análisis debe concluir que la solución establecida por el derecho interno para determinar quién debe hacerse cargo del pago de compensación por el derecho a la copia privada es contrario a la norma europea y, por tanto, el Real Decreto impugnado debe declararse nulo. (JT)

III. LÍMITES DE LA REVISIÓN DE OFICIO: LÍMITE A LA FACULTAD DE REVISAR Y NO A LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 11 DE ENERO DE 2017

La Orden de 21 de febrero de 2013 del consejero de Economía, Innovación y Ciencia y Empleo, de la Junta de Andalucía, declaró la nulidad de diversas actuaciones relativas a la concesión de ayudas a una empresa y acordó iniciar el procedimiento para la devolución de las cantidades indebidamente percibidas.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo por la empresa contra esta Orden, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 8 de abril de 2014 (recurso 290/2013), lo estima parcialmente. En efecto, por un lado, la Sentencia confirmó la Orden al entender que los actos de concesión de las ayudas eran nulos de pleno derecho, por la causa de haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido: no existió solicitud ni aceptación de la ayuda y, además, la Administración eludió todos los trámites que la Ley General de Subvenciones prevé para su concesión y gestión. La Sentencia, en este punto, llega expresamente a calificar la nulidad de pleno derecho como «inequívoca», afectando a los posteriores convenios para materializar el pago. Pero por otro lado, y a continuación, la Sentencia, invocando razones de seguridad jurídica, aplicó el artículo 106 de la Ley 30/1992 y anuló el apartado segundo de la Orden, esto es, el apartado en el que se acordaba iniciar el procedimiento para la devolución de las cantidades indebidamente percibidas. En su fundamentación, la

Sentencia tomó como referencia el plazo de cuatro años de prescripción para la restitución de la ayuda (previsto tanto en la Ley General de Subvenciones como en la Ley General Presupuestaria o en la Ley de Hacienda Pública de Andalucía) y consideró que dicho plazo había sido superado desde la fecha del último pago de la ayuda, por lo que los efectos de la nulidad de pleno derecho declarada debían quedar «atemperados».

La Junta de Andalucía interpuso recurso de casación contra esta Sentencia, resuelto por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Supremo, de 11 de enero de 2017 (recurso 1934/2014). Este Tribunal afirma: «Varias son las razones por las que no puede compartirse la interpretación y aplicación que del artículo 106 de la Ley 30/1992 realiza el tribunal de instancia» (fundamento jurídico tercero). Coherentemente, el fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa contra la Orden de 21 de febrero de 2013.

En sus razonamientos, comienza el Tribunal Supremo recordando, en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia, la doctrina que ya tiene establecida sobre la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho (artículo 102.1 de la Ley 30/1992 y, ahora, artículo 106.1 de la Ley 39/2015) y, en particular, sobre los límites a la revisión (artículo 106 de la Ley 30/1992 y, ahora, artículo 110 de la Ley 39/2015). De este fundamento jurídico, aunque sea de manera resumida, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- 1) La solución que el ordenamiento jurídico ofrece al problema de la invalidez de los actos administrativos pretende armonizar la tensión existente entre el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. En efecto, «el principio de legalidad exige que los actos administrativos se ajusten al ordenamiento jurídico, permitiendo que la Administración revise los actos ilegales. Por el contrario, la seguridad jurídica, en cuanto valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico, exige que los actos administrativos dictados, y consiguientemente las situaciones por ellos creadas, gocen de estabilidad y no puedan ser revisados fuera de determinados plazos».
- 2) La invalidez en su grado máximo, de nulidad de pleno derecho, sanciona los supuestos de infracciones más graves, de manera que, en estos casos, el ordenamiento jurídico permite la revisión en cualquier momento, es decir, sin someter esta posibilidad a plazo (artículo 102.1 de la Ley 30/1992). En palabras del Tribunal Supremo: «[...] cuando la ilegalidad del acto afecta al interés público general, al tratarse de infracciones especialmente graves, su conservación re-

sulta contraria al propio sistema, como sucede en los supuestos de nulidad de pleno derecho, por lo que la revisión de tales actos no está sometida a un plazo para su ejercicio (artículo 102 de la Ley 30/1992)».

- 3) De manera coherente, el legislador ha configurado la revisión de oficio como un mecanismo que tiene como objetivo la depuración de los vicios de nulidad de pleno derecho, impidiendo que puedan resultar inatacables por el mero transcurso del tiempo: «[...] el artículo 102 de la Ley 30/1992 tiene como objeto, precisamente, facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su inatacabilidad definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho y perpetuada en el tiempo produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia» (la Sentencia que estamos analizando reproduce literalmente una doctrina que arranca en la Sentencia de la Sala del Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, de 19 de diciembre de 2001, recurso 6803/1997, fundamento jurídico quinto; y que se prolonga en otras posteriores incluso a la examinada, así, en la Sentencia de la Sala del Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, de 25 de enero de 2017, recurso 4569/2016, fundamento jurídico segundo).
- 4) Si la regla es la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho del artículo 102.1 de la Ley 30/1992, la excepción es la cláusula de cierre contenida en su artículo 106, que permite «moderar» el ejercicio de la potestad de revisión: «Partiendo de que la revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho se puede realizar en cualquier momento y, por tanto, se trata de una acción imprescriptible, hay que tener en cuenta que el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece una cláusula de cierre que limita la posibilidad de revisión en supuestos excepcionales [...]. En definitiva, si de un lado en el artículo 102 de la Ley se establece la posibilidad de proceder a la revisión de oficio, sin sujeción a plazo (en cualquier momento), en el artículo 106 se establece la posibilidad de que su ejercicio se modere por la concurrencia de las circunstancias excepcionales que en él se prevén».
- 5) La «moderación» que supone la aplicación del artículo 106 de la Ley 30/1992 consiste en que, a pesar de que efectivamente concurra una causa de nulidad de pleno derecho, atendiendo a las

circunstancias excepcionales del caso concreto, no se procede a la revisión del acto: «[...] limitándose la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto que incurre en un vicio de especial gravedad ponderando las circunstancias de todo orden concurrentes y los bienes jurídicos en juego». La Sentencia insiste de manera muy reiterada, sin embargo, en subrayar el carácter excepcional de la aplicación del artículo 106 de la Ley 30/1992 y, por tanto, de la posibilidad de no declarar la nulidad de pleno derecho.

- 6) El artículo 106 de la Ley 30/1992 «permite que los tribunales puedan controlar las facultades de revisión de oficio que puede ejercer la Administración, confiriéndoles un cierto margen de apreciación sobre la conveniencia de la eliminación del acto cuando por el excesivo plazo transcurrido y la confianza creada en el tráfico jurídico y/o en terceros se considera que la eliminación del acto y de sus efectos es contraria a la buena fe o la equidad, entre otros factores». Conviene resaltar cómo la Sentencia asume con naturalidad que la aplicación del artículo 106 citado concede un «cierto margen de apreciación» y, además, que esta apreciación lo es sobre «la conveniencia» de la eliminación del acto.
- 7) La «correcta aplicación del artículo 106 de la Ley 30/1992» exige el cumplimiento de las condiciones establecidas en este precepto. Estas condiciones se traducen en la exigencia de «dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u «otras circunstancias»); por otro el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes» (en este punto, la Sentencia que examinamos reproduce literalmente a la previa Sentencia de la Sala del Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 14 de junio de 2016, recurso 849/2014, fundamento jurídico sexto).
- 8) La valoración del cumplimiento de las condiciones exigidas por el artículo 106 de la Ley 30/1992 debe hacerse en cada caso concreto. En efecto, «la jurisprudencia ha sostenido», según el propio Tribunal Supremo, que «la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación del artículo 106 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego» (la Sentencia examinada reproduce aquí literalmente una doctrina que arranca en la Sentencia de la Sala del Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, de 17 de enero de 2006, recurso 776/2001, fundamento jurídico cuarto).
- 9) La utilización del mecanismo recogido en el artículo 106 de la Ley 30/1992 debe ser siempre conforme a la buena fe, con el propósito

de evitar utilizaciones «torticeras». Este límite a la revisión opera solamente cuando «el ejercicio de la facultad de revisión que pretende hacer valer la parte actora se presenta contrario a la buena fe y como tal no merece ser acogida la postura de quien consciente y voluntariamente difiere de forma tan exagerada las posibilidades de reacción que siempre tuvo a su disposición, estando prevista la aplicabilidad de dicho artículo 106 precisamente como adecuado complemento para evitar que la ausencia de un plazo para instar la nulidad pueda ser torticeramente utilizada en actuación contraria a la buena fe» (la Sentencia reproduce literalmente la Sentencia de la Sala del Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de 1 de julio de 2008, recurso 2191/2005, fundamento jurídico tercero).

El Tribunal Supremo expone a continuación, centrándose ya en el análisis del caso concreto enjuiciado, en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia, las razones que le llevan a no compartir «la interpretación y aplicación que del artículo 106 de la Ley 30/1992 realiza el tribunal de instancia». Estas razones son las dos siguientes:

- 1) «En primer lugar, porque no es posible asimilar el mero transcurso del plazo de prescripción de las acciones para exigir el reintegro de la subvención con los límites excepcionales que pueden oponerse a las facultades de revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho». Aclara la Sentencia que, en el caso enjuiciado, no nos encontramos ante un supuesto de reintegro por incumplimiento (artículo 37 de la Ley General de Subvenciones), sino ante la declaración de nulidad de la concesión de la ayuda (artículo 36.1.a) de la Ley General de Subvenciones), por concurrir una de las causas de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 de la Ley 30/1992. Esta nulidad determina la devolución de las cantidades percibidas (artículo 36.4 de la Ley General de Subvenciones). La acción destinada a instar la nulidad de pleno derecho, a diferencia de las acciones para exigir el reintegro, no está sujeta a plazo de prescripción. «Es por ello que el lapso temporal utilizado para el ejercicio de la acción de revisión no se ha identificado con los plazos de prescripción de las acciones frente actos anulables, sino que ha recibido una interpretación mucho más restrictiva, reservándose para aquellos supuestos en los que el plazo transcurrido resulta excesivo y desproporcionado afectando a la seguridad jurídica generada y muy especialmente cuando afecta a terceros. Normalmente en aquellos casos en los que el lapso de tiempo transcurrido desde que se conocieron las irregularidades o

vicios del acto y la actitud de pasividad mostrada desde entonces permite entender que debe primar el principio de seguridad frente al de legalidad, pues la equidad y buena fe hacen improcedente su revisión».

El Tribunal Supremo advierte que, «en todo caso», la aplicación del artículo 106 de la Ley 30/1992 «exige que el tribunal hubiese razonado sobre las razones excepcionales relacionadas con la equidad, buena fe o derechos de los particulares que se verían afectados por la nulidad del acto declarada, sin que la sentencia [de instancia] contenga razonamiento alguno al respecto». Centrándose en el caso examinado, aclara lo que no sirve de motivación suficiente: «Sin que, por lo tanto, baste con vincular el transcurso del [plazo] previsto en el ordenamiento jurídico para ejercer la acción de anulación o para solicitar el reintegro, con el límite excepcional previsto en el artículo 106 de la Ley 30/1992 para impedir el ejercicio de la revisión de un acto nulo de pleno derecho, pues este razonamiento confunde el plazo de prescripción de la acción para solicitar el reintegro de la subvención por incumplimiento de la misma, con el límite excepcional que opera cuando existe un perjuicio desproporcionado de la facultad de revisión de oficio».

- 2) «En segundo lugar, tampoco puede compartirse el alcance anulatorio pretendido por la sentencia de instancia». El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en efecto, confirma la Orden impugnada en cuanto declara la nulidad de pleno derecho, pero anula el concreto apartado en el que se acuerda iniciar el procedimiento para la devolución de las cantidades indebidamente percibidas. Pues bien, en este punto, el Tribunal Supremo hace una afirmación de gran importancia y de indudable trascendencia práctica: los límites a la revisión contenidos en el artículo 106 de la Ley 30/1992 son límites al ejercicio de la facultad de revisar, pero no de los efectos de la revisión. En otras palabras, el citado artículo 106, cuando excepcionalmente se considere aplicable, habilita para no declarar la nulidad (no ejercer la facultad de revisión), pero no para mitigar, modular o reducir los efectos de la nulidad declarada. En contra de lo que pudiera pensarse, pues, no resulta aquí de aplicación la máxima de que quien puede lo más puede lo menos, esto es, que si el precepto legal habilita para no declarar la nulidad del acto, aunque efectivamente concurra una causa de nulidad de pleno derecho, también habilitaría para declararla, pero mitigando los efectos de la nulidad declarada. En palabras del Tribunal Supremo: «Cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 106 de la Ley

30/1992 lo que procede es excluir la revisión y consecuentemente la declaración de nulidad del acto, pero si el tribunal considera que la acción de revisión ha sido ejercida correctamente y procede declarar la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión, lo que no puede es limitar los efectos de la nulidad apreciada desproveyéndola de toda consecuencia jurídica». E insiste: «Es el ejercicio de la acción de revisión la que puede limitarse (“no pueden ser ejercitadas”) por razones excepcionales, sin que los límites de la revisión previstos en el artículo 106 de la Ley 30/1992 se extienda, tal como parece entender el tribunal de instancia, a los efectos de la nulidad previamente declarada. Una vez ejercitada esta acción de revisión de oficio y habiendo considerado el tribunal que estaba correctamente ejercida, y consiguientemente que el acto debía declararse nulo de pleno derecho, el artículo 106 no permite al tribunal limitar los efectos de la nulidad previamente acordada, el citado precepto no le faculta para ello». Y concluye: «La revisión de oficio de un acto administrativo, acordada por órgano competente y confirmada por un tribunal, que lo declara nulo de pleno derecho, trae como consecuencia que dicho acto no produjo, o no debió hacerlo, ningún efecto jurídico. Específicamente en materia de subvenciones la declaración, judicial o administrativa, de nulidad de una subvención lleva consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas, según dispone el artículo 36.4 de la Ley General de Subvenciones, sin que esta consecuencia legal pueda verse modificada por la aplicación del artículo 106 de la Ley 30/1992». (AG)

IV. INAPLICACIÓN DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN DEL BONO SOCIAL EN EL SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

El bono social es un descuento en la factura eléctrica para determinados consumidores económicamente vulnerables y, por tanto, uno de los mecanismos de lucha contra la pobreza energética. En el año 2016, consistía en un descuento del 25 % sobre la tarifa regulada del cual se beneficiaban 2,4 millones de clientes y 7 millones de personas y cuyo coste, de unos 200 millones de euros anuales, era sufragado por determinadas compañías eléctricas. Desde su creación en el año 2009, el sistema de financiación ha sido cuestionado ante los tribunales por las principales empresas del sector eléctrico. El último exponente de esta controversia judicial han sido las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2016 (RC 960/2014 y RC 961/2014), 25 de octubre de 2016 (RC 16/2015) y 2 de noviembre de 2016 (RC 11/2015) que

han estimado los recursos contencioso-administrativos interpuestos, respectivamente, por Viesgo Infraestructuras Energéticas SA (antes E. ON España SLU), Endesa SA, Iberdrola SA y Gas Natural SDF SA. Para comprender mejor el alcance de estas sentencias, resulta oportuno hacer una breve referencia al contexto normativo y judicial del bono social.

Este mecanismo fue creado, tras la crisis económica, por el art. 2 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. Su finalidad era atemperar la fuerte subida de los precios de este tipo de energía por la eliminación del déficit de tarifa y la necesidad de adaptarse cada vez de forma más completa a un mercado liberalizado de la electricidad. Se configuraba como una protección adicional del derecho al suministro de electricidad mediante el establecimiento de una obligación de servicio público, en el sentido del art. 3 de 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. La financiación recaía en las empresas de producción de energía eléctrica asumiendo cuatro de ellas el 85,3 % (Endesa Generación SA, Iberdrola Generación SA, GAS Natural SDG SA y Unión Fenosa Generación SA).

Si bien las empresas de producción eléctrica más importantes no cuestionaron el bono social como tal ni tampoco sus beneficiarios, sí se mostraron contrarias a su sistema de financiación al entender que vulneraba las exigencias establecidas por el artículo 3.2 de la referida directiva de que las obligaciones de servicio deben ser definidas claramente, transparentes, no discriminatorias y controlables y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores. Esta crítica fue acogida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 (RC 419/2010) que declaró inaplicables los preceptos que regulaban el mecanismo de financiación. Primero, afirmó que era contrario al principio de no discriminación establecido por la Directiva 2003/54/CE por corresponder su financiación exclusivamente a las empresas de producción eléctrica. Ello se sustentaba en la total falta de justificación de por qué había de ser dicho sector, de todo el mercado eléctrico, al que se le imponía dicha carga, y en vez de a todos los sectores empresariales intervinientes en dicho sector (generación, transporte, distribución) o a la generalidad de los usuarios, o a unos y otros o, simplemente, con cargo al presupuesto estatal, dado que en definitiva se trataba de la financiación de una ayuda social. Ahora bien, es importante remarcar que admitía que el Gobierno podía hacer recaer la financiación sobre las empresas de generación eléctrica, siempre que se adujeran razones suficientes y razonables para ello. Y segundo, manifestó que la lista nominal de empresas de producción de energía eléctrica con sus porcentajes a asumir de la disposición transitoria segunda vulneraba las exigencias de transparencia, ausencia

de discriminación y posibilidad de control al no especificar en virtud de qué parámetros precisos se atribuía el porcentaje de financiación concreto a cada una de las empresas afectadas. Cabe decir que se emitió un voto particular del magistrado José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat que consideró ajustado a derecho dicho sistema de financiación.

Para dar una solución rápida a la situación causada tras esta sentencia, la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2012 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, estableció el bono social como coste del sistema eléctrico, y, por tanto, cubierto por todos los consumidores eléctricos.

No obstante, bien pronto, el art. 8 del Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, volvió a asignar la financiación del bono social al sector eléctrico, si bien de forma más amplia y ahora sí con una justificación, a las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica. Se continúa considerando una obligación de servicio público según lo dispuesto en la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE. Finalmente, esta regulación se trasladó, en buena medida, al art. 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. En particular, el art. 45.4, cuya inaplicación es declarada por las sentencias comentadas, fija el siguiente sistema de financiación.

Primero, el coste será asumido por las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica. O sea, las sociedades o grupos empresariales que desarrollen simultáneamente las tres actividades, quedando fuera las sociedades o grupos empresariales que se centren en uno o incluso dos de los sectores.

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

Tercero, este porcentaje de reparto será calculado anualmente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de acuerdo con el procedimiento y condiciones que se establezcan reglamentariamente. A estos

efectos, la referida Comisión publicará en su página web, en el mes de noviembre de cada año, la información referida al año móvil anterior y relativa a las medias anuales del número de suministros conectados a las redes de distribución de las empresas distribuidoras y del número de clientes de las empresas comercializadoras, así como la relación de grupos de sociedades o, en su caso, sociedades, que cumplan el requisito previsto en el primer párrafo del presente apartado.

Y cuarto, la citada Comisión remitirá antes del 1 de diciembre de cada año una propuesta de fijación de los porcentajes de financiación que corresponderán a cada una de las sociedades matrices, correspondiendo al ministro de Industria, Energía y Turismo su aprobación por orden que será publicada en el *Boletín Oficial del Estado*. Dichas órdenes han asignado, normalmente, alrededor de un 94% a las tres empresas principales del sector eléctrico (Endesa SA, Iberdrola SA y Gas Natural SDG SA).

Posteriormente, la distribución de la financiación del bono social entre las empresas eléctricas ha sido especificada por 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 especial, los arts. 2 y 3 también declarados inaplicados por las sentencias comentadas).

Como hemos avanzado, las empresas eléctricas principales de nuevo recurrirán ante el Tribunal Supremo dicho Real Decreto y pedirán la inaplicación del sistema de financiación previsto en el art. 45.4 de la Ley 24/2013 y en el citado reglamento. Consideran que se vulneran las exigencias establecidas por el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE de que las obligaciones de servicio público deben 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.

El resultado final serán las cuatro sentencias del Tribunal Supremo mencionadas al principio, cuyo fallo será estimatorio y con los siguientes pronunciamientos declarativos: a) inaplicación del régimen de financiación del bono social previsto en el art. 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre; b) inaplicación y nulidad de los arts. 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrolla el art. 45.4 de la Ley 24/2013; y c) derecho de las empresas recurrentes a ser indemnizadas por las cantidades abonadas en concepto del bono social en aplicación del Real Decreto 968/2014 impugnado hasta la fecha de ejecución de la sentencia, de manera que se reintegren a las demandantes todas las cantidades que haya abonado por ese concepto, que se determinarán en ejecución de sentencia, más los intereses legales correspondientes computados desde la fecha en que se hizo el pago hasta la fecha de su reintegro.

Antes de examinar los fundamentos jurídicos de las sentencias, debemos advertir que las cuatro sentencias son sustancialmente idénticas. El propio Tribunal Supremo reconoce que se han examinado de manera conjunta y concordada estos recursos contencioso-administrativos por haberse impugnado el mismo reglamento y plantearse cuestiones en gran medida coincidentes. Entonces cabe preguntarse por qué no se procedió a la acumulación de oficio (arts. 34 y 37.1 LJCA) o no se tramitó uno con carácter preferente suspendiendo el resto al tratarse de una pluralidad de recursos con idéntico objeto (art. 37.2 LJCA). Ello hubiera evitado cuatro extensas sentencias de casi idéntico contenido, lo que no es un ejemplo de buena práctica judicial.

Como en las anteriores ocasiones, es importante tener presente que en ningún momento se cuestiona el bono social ni sus destinatarios, sino solo su financiación. A diferencia de la anterior Sentencia del Tribunal Supremo de 2012 donde se aducía la casi total falta de justificación del sistema de financiación previsto en el Real Decreto Ley 6/2009, ahora el Tribunal Supremo admite que sí consta en la normativa (no tanto en la Ley 24/2013 sino, más bien, en el Real Decreto Ley 9/2013) una justificación respecto a las exigencias de la Directiva 2009/22/CE. Pero considera, no siempre con una rigurosa fundamentación, que continúa siendo insuficiente por los siguientes motivos.

En primer lugar, el Tribunal Supremo entiende que la exclusión de las empresas de transporte es discriminatoria porque no considera suficiente la justificación aducida para excluir dicha actividad. La exposición de motivos alega que la actividad de transporte es una actividad regulada, desarrollada en régimen de monopolio legal y exclusividad, siendo así que al transportista único no le resulta posible, a diferencia de lo que ocurre con las citadas sociedades o grupos de sociedades, recuperar del mercado el eventual coste que tenga que asumir en dicho concepto, lo que, a la postre, vendría a neutralizar la finalidad perseguida con esta modificación.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo considera que la inclusión solo de 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, es contraria a las exigencias de que las obligaciones de servicio público sean claras, transparentes, no discriminatorias y controlables, al no constar justificación suficiente en base a los siguientes razonamientos.

- Primero, no se hace una adecuada interpretación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 porque esta permitía, una vez establecida la carga del coste en todas las empresas del sector, exonerar a determinadas empresas de un sector (siempre en base a criterios claros, objetivos y transparentes, por ejemplo, el citado del volumen de nego-

- cios). Pero no exonerar en bloque a un grupo de empresas con independencia de su capacidad económica y de su volumen de negocios.
- Segundo, la exposición de motivos no apela, de forma directa y clara, a la mayor capacidad económica de los grupos verticalmente integrados.
 - Tercero, no se considera suficiente la justificación de la exposición de motivos de que se trata de las principales actividades empresariales del sector eléctrico. La Orden IET/350/2014, de 7 de marzo (reiterada por la Orden IET/1451/2016, de 8 de septiembre), en aplicación del RD 968/2014, se limita a asignar porcentajes significativos solo a cuatro grupos empresariales (96,61 %) y con importantes diferencias entre ellas (ENDESA, 41,61 %; Iberdrola, 38,47 %; Gas Natural SDG, 14,18 % y E ON España SLU, 2,36 %). De hecho, se sustituye la relación nominal por unos criterios que conducen al mismo resultado, pues las empresas con una mayor contribución coinciden con las enumeradas en la disposición transitoria segunda del Real Decreto Ley 6/2009. Mientras las restantes 23 empresas solo representan el 3,35 % (todas ellas por debajo del 1 % y alguna irrisoria con el 0,000004 %). En cambio, se exoneran otros grupos empresariales que pueden tener una posición comparativamente mucho más relevante en el conjunto del sector, aunque desarrollen su actividad en uno o dos sectores. Y que pueden estar en mejores condiciones para asumir este coste, por su volumen de negocios, por su importancia relativa en algunos sectores de actividad o porque desarrollan simultáneamente y de forma integrada dos de aquellas actividades.
 - Cuarto, no se consideran suficientes las justificaciones del abogado del Estado de que la integración vertical de tres actividades permite neutralizar y minimizar el impacto del bono social porque, entre otros aspectos, tienen un mejor conocimiento del sector, ciertas economías de escala y posibilidades de contratos intragrupo que moderen el impacto de las fluctuaciones de precios. El TS entiende que se trata de explicaciones *a posteriori* y que la integración de dos sectores también propicia estas sinergias y economías de escala.
 - Quinto, no resultan aplicables las justificaciones de la obligación de determinadas empresas de financiar el déficit de tarifa, tal como aceptó la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2013 (RC 843/2013). Recuerda que la obligación de financiar el déficit de tarifa es un adelanto a título de préstamo con el derecho a su devolución más intereses, mientras el bono social es una prestación patrimonial. Además, a diferencia del bono social, la obligación de financiar el déficit de tarifa no es una obligación de servicio público sometida a las exigencias de la Directiva 2009/22.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo afirma que se vulnera el principio de proporcionalidad derivado del art. 3.2 de la Directiva 2009/22/CE, interpretado a la luz de los arts. 14 y 106 TFUE y del Protocolo 26 y, en especial, de conformidad con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016 (C-121/15). Cabe decir que dicho principio no había sido alegado por las partes y, por tanto, se hubiera tenido que dar trámite de alegaciones, según preceptúa el art. 33.2 LJCA. En todo caso, según el TS, el principio de proporcionalidad comporta tres exigencias principales: justificar la necesidad de la obligación de servicio público para garantizar la realización del objetivo de interés económico general; la duración de la obligación de servicio público debe limitarse a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo perseguido y la modalidad de la obligación de servicio público no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido. Y, en el caso concreto, considera vulneradas estas exigencias por cuanto el sistema de financiación del bono social no es excepcional o limitado en el tiempo sino de forma indefinida y no tiene ninguna medida compensatoria.

Finalmente, el Tribunal Supremo rechaza plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cabe advertir que, en principio, según el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea), el Tribunal Supremo tenía la obligación de plantear la cuestión prejudicial porque sus decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial al conocer del recurso contencioso en única instancia. Pero considera que no procede plantear ninguna cuestión prejudicial a tenor de la doctrina del acto claro (por existir una evidencia clara de la violación del derecho europeo) y aclarado (por ya haber sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia). Se basa en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016 (C-121/15) que examina la intervención pública en los precios del gas e interpreta el art. 3.2 de la Directiva 2009/73/CE, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. Según esta sentencia, las obligaciones de servicio público de las empresas de este sector energético deben cumplir con las exigencias de ser definidas claramente, transparentes y no discriminatorias y controlables. De ahí que, según esta sentencia, el sistema de designación de las empresas encargadas de obligaciones de servicio público no puede excluir *a priori* a ninguna de las empresas que operan en el sector del gas. Además, una obligación «de carácter estrictamente permanente» puede vulnerar el principio de proporcionalidad en la imposición de una obligación de servicio público.

De ahí que, en virtud del principio de primacía del derecho europeo (tanto por el tenor literal de la norma como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), el fallo de las cuatro sentencias del Tribunal Supremo, como hemos avanzado, declara la inaplicación del régimen de

financiación del bono social previsto en el art. 45.4 de la Ley 24/2013, la inaplicación y la nulidad de los arts. 2 y 3 del Real Decreto 968/2014 que desarrollan el art. 45.4 de la Ley 24/2013 y el derecho de las empresas recurrentes a ser indemnizadas en los términos antes dichos.

En contra de estos pronunciamientos se alza un extenso y fundamentado voto particular del magistrado José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat cuyas líneas principales comentamos seguidamente.

En primer lugar, plantea diversas cuestiones previas relativas al objeto del recurso contencioso-administrativo. Advierte que se recurre el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, cuando la pretensión impugnatoria se plantea directamente contra el art. 45.4 Ley 24/2013. También destaca que corresponde al Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161 CE, el juicio sobre si la reforma legal del régimen jurídico de la financiación del bono social, mediante el art. 45 de la Ley 24/2013 y que fue anticipada por el art. 8 del Real Decreto Ley 9/2013, trata de eludir la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012.

En segundo lugar, hace un examen más amplio del derecho de la Unión Europea como parámetro normativo de enjuiciamiento del art. 45 de la Ley 24/2013. En este sentido, destaca otros aspectos de la Directiva 2009/72/CE encaminados a la protección de los consumidores vulnerables. Empieza mostrando que se reconoce que la pobreza energética es un problema cada vez mayor en la Unión Europea (considerando 53 del preámbulo). Más adelante, menciona los siguientes instrumentos esenciales (apartados 7 y 8 del art. 3): el deber de protección adecuada de los clientes vulnerables, incluidas aquellas medidas para evitar la interrupción del suministro; la aprobación de planes de acción en materia de energía; la adopción de prestaciones para garantizar el necesario suministro de electricidad a clientes vulnerables; y el establecimiento de precios justos y razonables. Y, para terminar, no se olvida del derecho fundamental de la ciudadanía europea sobre los servicios económicos de interés general con el fin de promover la cohesión social y territorial de la UE (art. 36 CEDF).

En tercer lugar, analiza el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 6 de noviembre de 2014 en tanto que se pronunció de forma favorable sobre la adecuación de la normativa reglamentaria sobre el bono social con el derecho de la Unión Europea.

En cuarto lugar, es categórico sobre la compatibilidad del art. 45.4 de la Ley 24/2013 con el derecho de la Unión Europea, en tanto que no vulnera las exigencias de la Directiva 2009/72/CE, art. 3.2, ni el principio de proporcionalidad en base a los siguientes razonamientos.

Primero, el análisis de la regulación del régimen jurídico de la financiación del bono social debe realizarse partiendo del contexto jurídico y eco-

nómico del mercado eléctrico español, valorando la concreta posición en el mercado y el grado de capacidad económica de las empresas del sector designadas para asumir esa carga. En base a ello, sostiene que la determinación de los sujetos obligados no puede ser tachada de discriminatoria por exonerar a algunos agentes que operan en el mercado eléctrico, porque entiende que esa desigualdad de tratamiento normativo responde a criterios objetivos vinculados al principio de racionalidad económica, que es uno de los paradigmas rectores de la buena regulación normativa, y está justificada al ampararse en la existencia de elementos diferenciadores de especial relevancia jurídica y económica. Al respecto, manifiesta que no se puede obviar la singular estructura competitiva del mercado español de energía eléctrica —tal como ha sido puesto de relieve por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 17 de octubre de 2013, C-566/11—, que determina que aquellos grupos empresariales que simultanean las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica detentan una posición pivotal, que les permite obtener ventajas competitivas respecto de otros agentes que desarrollan su actividad empresarial en solo uno de los sectores, y que, en consecuencia, tienen la capacidad económica y la competencia empresarial para asumir esa carga al operar en economías en escala, que les permite repercutir esa carga entre las principales actividades desarrolladas.

Ciertamente, admite que el legislador podría configurar la financiación del bono social como coste del sistema eléctrico, y, también, podría prever su financiación mediante la creación de un fondo social a cargo de los Presupuestos del Estado. Pero no cabe objetar, desde el respeto al principio de transparencia, la decisión de que la carga sea asumida como obligación de servicio público por aquellos grupos empresariales que se encuentren objetivamente en una posición de ventaja competitiva en el mercado eléctrico, y que estén en condiciones de recuperar su coste del propio mercado.

En cambio, se muestra totalmente contrario a la imposición de la carga de soportar la financiación del bono social a todos los agentes que operan en el mercado eléctrico de forma genérica e indiferenciada, y con abstracción, por tanto, de la posición que ostentan en el mercado eléctrico. Ello comportaría que debieran asumir también su coste de forma indiscriminada los productores de energía eléctrica no integrados verticalmente, así como las empresas distribuidoras y las empresas comercializadoras de menor volumen de negocio. Y podría suponer una barrera a la entrada de nuevos operadores que pretenden desarrollar exclusivamente su actividad en el sector de la producción de electricidad, en el de la distribución o en el de la comercialización de energía eléctrica.

Segundo, se debe valorar si la asunción de dicha prestación de carácter patrimonial se encuentra compensada por la obtención de beneficios intangibles relacionados con el reforzamiento de su imagen corporativa y la mejora

de su reputación, por contribuir al desarrollo social de las personas más vulnerables.

Tercero, los Estados miembros están obligados a garantizar la plena eficacia de la Directiva 2009/72/CE, disponiendo de un amplio margen de apreciación respecto de la elección de los medios apropiados para alcanzar los objetivos perseguidos como, por ejemplo, la cohesión social. En este sentido, nosotros podríamos añadir que las sentencias acuden directamente a la inaplicación de las normas internas sin examinar otro efecto de la primacía del derecho europeo que es la obligación de interpretación conforme a la normativa europea y que debe analizarse de forma previa a inaplicar las normas estatales. Esto es importante porque de poder realizar una interpretación conforme se evitaría la inaplicación de las normas internas.

En quinto lugar, el voto particular sostiene la necesidad de plantear una cuestión prejudicial. No ve ningún acto claro porque no hay una evidente contradicción entre el art. 45 de la Ley 24/2013 y el art. 3 de la Directiva 2009/22/CE. Tampoco acto aclarado porque existen diferencias sustanciales con la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016, en tanto que son diferentes los intereses jurídicos a preservar. En esta sentencia se plantea si la regulación de la obligación de servicio público de imponer al operador histórico de proponer al consumidor final el suministro de gas natural a tarifa regulada constituye un obstáculo a la libre competencia. Y dejar de aplicar una ley sin plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una «duda objetiva, clara y terminante» sobre la supuesta contradicción entre la ley interna y el derecho de la UE (STC 232/2015, de 5 de noviembre).

Finalmente, pone de manifiesto la necesidad de ponderar los efectos de la sentencia. En base al art. 264 TFUE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si fuera procedente la decisión de inaplicar el artículo 45 de la Ley 24/2013, debería limitarse esta declaración en cuanto a sus efectos temporales. En aras de que el legislador de urgencia pudiera resolver los defectos de la norma controvertida y colmar el vacío legal, se tendría que tener en cuenta las relevantes repercusiones que produce en el acceso al servicio básico de electricidad de colectivos vulnerables y la afectación a la sostenibilidad del régimen económico-financiero del sector eléctrico. Y es que el sistema debe restituir lo pagado por las empresas en 2014, 2015 y la parte que corresponda de 2016, más intereses, lo que representa algo más de 500 millones de euros.

La urgencia en ofrecer una respuesta rápida a la situación creada tras las sentencias comentadas ha dado lugar a la aprobación del Real Decreto Ley 7/2016, de 23 de diciembre, por el que se regula el mecanismo de financia-

ción del coste del bono social y otras medidas de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica. Entre otros aspectos, modifica el art. 45 de la Ley 21/2013 creando un nuevo sistema de financiación del bono social. Ahora se establece una cofinanciación entre las empresas comercializadoras y la Administración en un porcentaje aún por decidir. El reparto del coste del bono social entre las comercializadoras se realizará de forma proporcional a la cuota de clientes a los que suministre energía eléctrica y no a los ingresos. Como estaba prevista hasta ahora, mediante Orden Ministerial se fijarán anualmente los porcentajes de reparto aplicables a propuesta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dando publicidad a la información para ello empleada. En todo caso, hasta que no se pruebe dicha Orden, el Anexo fija los porcentajes de reparto del bono social que han de aplicarse de forma transitoria. Por su cuota de mercado las tres empresas del oligopolio eléctrico español deben asumir cerca del 90 % de la parte que se asigne a las comercializadoras, mientras en el sistema anterior les correspondían el 94,26 % si bien, entonces, respecto del total del coste del bono social. Está por ver cuál va a ser la parte que va a cofinanciar la Administración —esperemos que tenga en cuenta criterios objetivos, en especial, los beneficios de las empresas eléctricas comercializadoras— y si, al final, va a alterar, significativamente, la situación anterior. (AP)