

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS DE LAS ELÉCTRICAS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

¿Son créditos subordinados los recargos sobre las tarifas eléctricas?

Angel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana

Departamento de Gestión del Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo

Los créditos de las eléctricas derivados de la aplicación de recargos a los consumidores que no han pasado al mercado libre no son créditos subordinados del artículo 92.4º de la Ley Concursal

1. Introducción

La sentencia 73/2011 (rica en discurso y argumentos) del Juzgado de lo Mercantil 1º de Las Palmas de Gran Canaria trata por primera vez, que sepamos, de la sumisión al art. 92.4º LC de los créditos de las empresas de suministro eléctrico generados por la aplicación de tarifas con algún tipo de recargo o complemento. El citado precepto califica como créditos subordinados los "créditos por multas y demás sanciones pecuniarias".

2. Regulación de los recargos eléctricos y el sentido del recargo

Como es sabido, la Ley 17/2007 establece un primer calendario previsto para la supresión completa del sistema tarifario integral y la introducción de la tarifa de último recurso (TUR), así como medidas para los supuestos en los que, transitoriamente, los consumidores no dispongan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador. El Gobierno podrá determinar los precios que deben pagar los consumidores que se encuentren en esta situación.

El Real Decreto 871/2007 suprime las tarifas generales de alta tensión y la tarifa horaria de potencia. Posteriormente, el Real Decreto 485/2009 regula la puesta en marcha del suministro de último recurso, fijando para el 1 de julio de 2009 la extinción definitiva de las tarifas integrales. Se impone a los comercializadores de último recurso la obligación de atender los suministros de los consumidores (de alta o baja tensión) que, sin tener derecho a acogerse a la tarifa de último recurso (potencia contratada inferior o igual a 10 kW), transitoriamente carezcan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador y continúen consumiendo electricidad (art. 3.2 RD 485/2009). El precio que deberán pagar los clientes al comercializador de último recurso será el correspondiente a la tarifa de último recurso sin aplicación de la modalidad de discriminación horaria, incrementada en un porcentaje del 20 por 100 (art. 21.2 Orden 1659/2009). No obstante, con carácter transitorio se fijaron tarifas aplicables a partir del 1 de julio de 2009 que se incrementarían trimestralmente en un 5% entre el 1 de octubre de 2009 y hasta el 30 de marzo de 2010 (DT 4ª Orden

1659/2009). Después de esta última fecha, el recargo es del 20%.

En resumen, excepcionalmente, los consumidores con potencia superior a 10 kW, de alta o baja tensión, que no hayan elegido comercializador pueden seguir siendo suministrados por un comercializador de último recurso a precio desincentivador (TUR con recargo del 20%) hasta una fecha que se ha ido prorrogando por las sucesivas órdenes de tarifas hasta situarse actualmente en el 31 de diciembre de 2012. Si el 1 de enero de 2013 (no es seguro que ésta sea la fecha definitiva), estos consumidores no han procedido a contratar su suministro en el mercado libre, se considerará rescindido el contrato entre el consumidor y el comercializador de último recurso (DT 2ª Orden 3586/2011).

Recargos eléctricos, ¿sanción o disuasión?

La duda concursal se suscita respecto de la calificación del recargo o incremento porcentual mensual de la facturación, aplicado a los consumidores que no suscriban un contrato de suministro en el mercado libre. Algún deudor en concurso ha alegado que la tarifa 3.0.2 (aplicable a suministros con potencia contratada superior a 15 kW) es una tarifa incrementada que tiene por objeto penalizar a aquellos consumidores que no contraten en el mercado liberalizado y que el recargo (del 5% o del 20%) es una sanción pecuniaria (impropia) equiparable a los recargos por créditos públicos (tributarios o con la Seguridad Social. Este es el argumento de la sentencia del Juzgado de Las Palmas.

Sin embargo, el recargo es, sobre todo, una medida disuasoria. Como se ha expuesto en el apartado anterior, las normas sectoriales establecen un calendario para la eliminación del sistema integral de tarifas. Transitoriamente, adoptan medidas incentivadoras para potenciar la salida al

mercado, hasta la llegada de la fecha límite establecida por el Gobierno. El objetivo es impulsar la implantación de la competencia en el sector eléctrico y para ello "incentiva" a los consumidores a salir al mercado. Es cierto que podría pensarse en una cierta intención sancionadora en la medida en que al llegar la fecha fijada, el consumidor que no haya salido al mercado se quedará sin suministro, pero no es una sanción, ni siquiera impropia, por las razones que seguidamente se exponen.

No hay deber de contratar

A pesar de la tendencia jurisprudencial de calificar los recargos aplicados a créditos públicos como sanciones, no todo "recargo" podrá ser calificado como sanción impropia. Es preciso que exista una norma que imponga la obligación de contratar. No existe tal deber en la legislación sectorial. No hay un deber jurídico de contratar en el mercado libre, ni una conducta (mantenerse en el mercado a tarifa) que el ordenamiento repruebe. Simplemente, hay consumidores con derecho a TUR y consumidores sin derecho a acogerse a esta modalidad tarifaria. Todos los consumidores se consideran formalmente en el mercado libre y determinadas categorías pueden acogerse a la TUR. La norma reconoce al usuario el derecho a elegir suministrador (art. 44 Ley 54/1997, del Sector Eléctrico y la normativa que lo desarrolla). De ejercer este derecho en sentido positivo (salida al mercado), el consumidor se beneficiará de los precios del mercado libre; por el contrario, si opta por mantenerse en el mercado a tarifa a pesar de no quedar incluido entre las categorías con derecho a TUR, tendrá que soportar el recargo.

Resulta contradictorio interpretar que la normativa sectorial impone al consumidor, siquiera de forma implícita, un deber de contratar con comercializadores en el mercado libre, cuando de forma expresa esta

misma normativa prevé como obligación de los comercializadores de último recurso la de atender los suministros de los consumidores que, sin tener derecho a acogerse a la TUR, transitoriamente, carezcan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador y continúen consumiendo electricidad (art. 3.2 RD 485/2009). Esta misma normativa califica el eventual recargo como precio disuasorio o incentivador (cfr. art. 3.2 RD 485/2009).

La Comisión Nacional de Energía se ha pronunciado sobre una cuestión similar a la aquí estudiada en su expediente informativo para analizar las causas que están provocando los retrasos surgidos para contratar el suministro con un comercializador en el mercado libre, de 22 de julio de 2010 (http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne71_10.pdf). Ni la Comisión, ni los que pudieran ser partes interesadas en su existencia (comercializadores en el mercado libre) hablan de "deber de contratar". La CNE no considera que el deber de suscribir un contrato en el mercado libre esté presente en la regulación, ni siquiera como un deber tácito o premisa implícita de las disposiciones transitorias que recargan la tarifa, como tampoco ha llegado a la conclusión de la existencia de tal deber por interpretación de las normas que hostigan al consumidor de alta tensión que no acude al mercado libre.

El recargo como precio disuasorio

La disposición adicional 24ª de la Ley 54/1997 atribuye al Gobierno la potestad de "determinar los precios que deberán pagar aquellos consumidores que transitoriamente no dispongan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador". En similares términos, el artículo 3.2 del RD 485/2009 exige que el precio fijado por el Ministerio en los supuestos considerados evolucione en el tiempo "de forma

que incentive a la firma del correspondiente contrato".

Hay consenso en el sector al considerar que en estos supuestos estamos ante un contrato a tarifa con precio disuasorio. La CNE utiliza en reiteradas ocasiones esta expresión refiriéndose a consumidores sin derecho a TUR que tras el 1 de julio de 2009 no han contratado en el mercado libre y que por ello siguen siendo suministrados a tarifa regulada pero en este caso incrementada en un 20% (expediente citado de 22 de julio de 2012, págs. 2, 7, 8, 10, 11, 15, 16 y 17). Estos incrementos tendrán la consideración de ingresos liquidables del sistema. En otros términos, bien podría decirse que lo que cuantitativamente es un "recargo" (independientemente de que su cuantía sea del 5, del 10 ó del 20%), cualitativamente acaba integrado en el precio ("precio disuasorio") y por tanto debe gozar del mismo tratamiento en el concurso.

El recargo como carga

Sin perjuicio de la calificación del recargo como "precio disuasorio", se aproxima más a la figura de la "carga" que a la de la sanción. No hay deber de contratar en el mercado libre, sino derecho a hacerlo. El consumidor que quiere ejercer el derecho en sentido negativo (no contratar con un comercializador y quedarse en el mercado a tarifa todo el tiempo posible), tendrá que soportar la carga del recargo.

El recargo como garantía del suministro

Como pone de manifiesto la CNE en el citado informe de 22 de julio de 2010, no siempre obedece el recargo a un rechazo o falta de interés del cliente por contratar el suministrado en el mercado libre. A veces, el motivo no está en el propio consumidor sino en otras razones, como puede ser la falta de ofertas atractivas de los

comercializadores o la falta de interés de éstos que no concurren a concursos convocados por las Administraciones Públicas o que no quieren asumir suministros con altos riesgos de insolvencia (ej. suministros a deudores en situación de concurso de acreedores). Resultaría inaceptable considerar merecedores de sanción (impropia) a los consumidores, por ejemplo, a las Administraciones Públicas, que no contratan en el mercado libre, no porque no quieren sino porque no pueden.

No cabe hablar de "pena" o "sanción" por comportamientos que no son controlables por el consumidor ni imputables a él. El recargo actúa en estos supuestos como una forma de garantizar el suministro bajo condiciones más onerosas, dadas las dificultades de encontrar suministro en el mercado.

En conclusión, el recargo sobre la tarifa eléctrica aplicado a los consumidores que, no teniendo derecho a tarifa regulada, no han contratado el suministro con un comercializador en el mercado libre, no tiene una finalidad sancionadora, sino incentivadora.

3. El recargo eléctrico en el sistema de los créditos subordinados

Recargos tributarios y de Seguridad Social han sido asimilados a "multas y sanciones pecuniarias" (art. 92.4º LC) desde el inicio de la aplicación judicial de esta norma, y no se ha producido hasta ahora ninguna quiebra en el tratamiento uniforme de aquellas partidas deudoras, especialmente desde que el Tribunal Supremo ha

confirmado la jurisprudencia concursal expuesta¹. A continuación vamos a exponer consideraciones *concurrales* (una vez conocidas las *regulatorias*) para negar que los recargos eléctricos a los que se refiere esta nota sean calificados como créditos subordinados del art. 92.4 LC.

La analogía

La primera razón que se nos ocurre para negar que el recargo eléctrico pueda ser asimilado a las deudas del art. 92.4º LC es intuitiva y ya ha sido expuesta. Los recargos eléctricos en cuestión no constituyen la sanción pecuniaria por el incumplimiento de una norma prescriptiva que sea incumplida por el consumidor eléctrico, porque éste no está obligado a contratar en condiciones distintas. Más aún, como se ha expuesto antes, en ocasiones el sistema de contratación con recargo no sólo no constituye una medida desincentivadora, sino una manifestación legal de la garantía incondicional de suministro, a favor de aquellos consumidores (los concursados, por ejemplo!) que no van a poder encontrar un suministrador en el mercado libre. No puede existir ninguna otra razón que explique la extensión analógica de la subordinación concursal del art. 92.4º sino la función *sancionadora* de la deuda *accessoria* que se suma al importe principal del débito. Por eso está justificada la analogía en el supuesto de recargos de deudas públicas impagadas, y acaso también en el tratamiento concursal de las cláusulas penales², pero no en los recargos eléctricos. El recargo eléctrico es un *modo de ser del*

¹ STS 657/2011, de 3 noviembre: "Hemos declarado en las sentencias 492/2009, de 22 de junio, 589/2009, de 20 de septiembre, 573/2010, de 30 de septiembre, 207/2011, de 25 de marzo, que los recargos de que se trata dotan de carácter accesorio a la obligación de abonarlos, la cual tiene, en sentido amplio, una naturaleza sancionadora por falta de cumplimiento de la deuda tributaria principal, razón por la que entran en la previsión del segundo de los preceptos que en el motivo se señala como infringido". Según nuestros datos, la resolución primera del TS de este tenor es la STS 21 enero 2009.

² Cfr. SAP Barcelona, secc. 15ª, 6 noviembre 2006.

crédito de suministro, un componente de una modalidad de facturación que se ofrece al consumidor como un menú. La situación presente no diverge de la de un proveedor que ofreciera en el mercado un producto con dos rangos distintos de precio, según que el comprador decida adquirir al contado o con un aplazamiento de pago. La posición concursal del recargo eléctrico es en este punto similar a la de las costas, otro tipo de crédito fronterizo sobre cuya naturaleza subordinada se ha discutido, y finalmente negado, por carecer de naturaleza sancionadora³.

Cuantitativo y cualitativo

Para la Sentencia del Juzgado Mercantil de Las Palmas no es discutible el argumentario expuesto. Sin embargo sostiene que una progresión cuantitativa severa del accesorio de la deuda puede hacer que se produzca un salto cualitativo en la calificación concursal procedente. Esto no es admisible. No es cierto que "lo cuantitativo deviene cualitativo", que es el criterio finalmente decisorio de la sentencia. Si la subordinación proviniese de la cantidad, y no del concepto, también debían subordinarse las rentas arrendaticias "excesivas", las "comisiones" por servicios financieros, y los créditos líquidos o ilíquidos por daños y perjuicios (distintos de intereses), si fueren cuantiosos. Conforme al criterio de la sentencia, no serían sancionatorias las cláusulas penales no muy abultadas, pero ciertamente penalizadoras en función de la poca probabilidad de daño real, y serían sancionatorias las cláusulas penales abultadas pero perfectamente congruentes con el abultado daño real o presunto del acreedor. De hecho, mientras la sentencia "apoya" con construcciones razonables y abonadas las distintas concepciones "sancionatorias", que luego rechaza, no da

ningún apoyo argumentativo para soportar el criterio cuantitativo.

No se puede oponer con suficiencia el argumento cuantitativo en bruto al criterio identificador basado en la preexistencia de un deber de conducta infringido. Si tal cosa se hace, todo el sistema jurídico queda en peligro. Así, los créditos derivados de una nulidad contractual acabarían siendo también calificados como créditos de sanciones. Si es la cantidad lo que cuenta, también sería legítimo que en el concurso se rebajara la renta del arrendamiento o el plazo del leasing o la franquicia a pagar por el distribuidor.

El recargo no reacciona ante el incumplimiento ni fortalece el "enforcement" del crédito eléctrico

Existe una razón decisiva para que en el art. 92.4 LC sea preciso un antecedente deber de conducta para que una sanción del ordenamiento merezca la condición de sanción. Es la siguiente. Intereses moratorios, multas, sanciones, son remedios o instrumentos accesorios que permiten a su beneficiario obtener una "sobrecompensación" por un incumplimiento, que normalmente no obtienen otros acreedores sujetos a la regla *pari passu*. Observemos que es principio básico de la LC que el incumplimiento- que conduce al concurso- no puede ser sancionado. De ahí nace la justificación del art. 61.3, o la postergación concursal de los intereses devengados con anterioridad al concurso. Es consecuente con esta idea que no se permita a una clase de acreedores recomponer al alza su factura concursal mediante una técnica que se sustenta en el incumplimiento subyacente del deudor, el incumplimiento o uno de los incumplimientos, que conduce al concurso. El concurso debe ser neutral respecto de la

³ SAP León, secc. 1ª, 7 diciembre 2009.

composición de la factura de los créditos, incluso con efectos retroactivos. De otra manera, cierta clase de acreedores se privilegiaría frente a otros.

El recargo eléctrico no puede ser sanción, porque no funciona como "incentivo" para que el deudor cumpla, cuando puede tener dificultades de hacerlo, como sí ocurre con penalizaciones y sanciones. No "incentiva" la conducta debida, de modo que el deudor tenga razones para cumplir con unos acreedores mejor que con otros. El recargo no incentiva un "cumplimiento selectivo" del deudor, sino que incentiva una opción de mercado; a saber, que los consumidores eléctricos contraten su suministro en el mercado libre. No tiene sentido desarticular este incentivo por el hecho de que el deudor esté en concurso; sigue siendo una opción "legítima" de política económica, mientras que el concurso sí justifica el desmontaje de los instrumentos incentivadores selectivos del cumplimiento obligacional por parte de un deudor que ya no puede cumplir con ninguno, que no debe ser castigado por concursar, y frente al que se considera sospechoso que haya podido beneficiar a unos acreedores más que a otros en la fase anterior al concurso. El recargo eléctrico no es una *ventaja* que el suministrador pretenda conseguir de resultados del concurso, ni es un instrumento diseñado *ex ante* para desincentivar un incumplimiento que conduce al concurso, ni una estrategia de autodefensa del crédito eléctrico frente a un incumplimiento provocador de un concurso.

Es cierto que hay "sanciones" (las penales, sin ir más lejos) que no gravan necesariamente ninguna suerte de incumplimiento obligacional que cause o incremente la producción del concurso de acreedores. Las sanciones puras, aquéllas en las que aflora el *ius puniendi* del Poder Público, no están referenciadas a un *incumplimiento deudor*. Pero por eso mismo deben ser

subordinadas; estas sanciones constituyen retribución de justifica distributiva, pero no arreglos de la justicia conmutativa entre acreedores y deudores. Por eso mismo pueden "esperar" en el concurso, porque de hecho el impago de esta multa no lesiona un *ius quaesitum* de nadie, ya que nacieron en cabeza del Poder Público sin que hubiera una prestación pública que mereciera la condición de causa o contra-prestación.

La indivisibilidad del recargo eléctrico

Otra razón para excluir este recargo de la lista del art. 92 es que resulta común al resto de los "accesorios subordinados" (intereses, multas, sanciones, penalizaciones) ser divisibles del crédito principal. Es decir, se trata de conceptos deudor en los que sólo se incurre de manera contingente; no es *preciso* que el titular del crédito en cuestión sea necesariamente también titular de un recargo o sanción penalizadora. Pero el recargo eléctrico de nuestro caso no es divisible. Forma parte de una forma de contratación del suministro, necesariamente, cuando no se ha querido o no se ha podido acudir a la contratación convencional. Al no ser "divisible" del crédito "principal", tampoco es "evitable". En el sentido siguiente.

Para que un determinado concepto deudor pueda ser subordinado, y, como tal, penalizado en el concurso, es necesario que sea de una condición tal en *la que no se incurra necesariamente también después del concurso*. Si en el concurso continúa la eficacia de los mismos contratos que regían antes del concurso (suministro), sólo cabe calificar un crédito como subordinado si la condición del crédito que lo hace subordinado pudiera ser evitada en la continuación postconcurso del contrato. En el art. 92.4, la sanción o el recargo que se subordinan en su condición precurso son condiciones del crédito que no tienen que reproducirse

necesariamente después del concurso; si una deuda fiscal o de Seguridad Social postconcurzal (contra la masa) “necesariamente” tuviera que devengarse siempre con recargo o con sanción, no tendría sentido que los recargos o sanciones preconcursoales se subordinaran. ¿Para qué hacerlo y con qué justificación, si los postconcursoales, al menos durante la fase común del concurso, se generan necesariamente y lo hacen en todo caso como deudas de la masa? Faltaría una justificación para la subordinación, porque el recargo en cuestión pasaría a ser una *manera de ser del crédito* y no un accesorio contingente a la existencia o inexistencia de una conducta de incumplimiento. Pero el “recargo” eléctrico tiene que generarse

necesariamente después del concurso, si el suministro se sigue produciendo en la forma contratada, aunque no exista mora o incumplimiento de la correspondiente deuda de la masa. Sólo podría evitarse este crédito si se modificara la forma de contratar el suministro. Es decir, habría que modificar el título de la relación subyacente que continúa durante el concurso, habría que extinguir este contrato para sustituirlo por otro con distinta modalidad tarifaria. Y eso contando, además, con la imposibilidad fáctica de que esta modificación se produjera, dado que ninguna empresa comercializadora contrataría en el mercado libre con un insolvente, estando éste obligado a acogerse a la forma de suministro residual, con “recargo”.