

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

DOS EJEMPLOS DEL "NUEVO" RECURSO INDIRECTO CONTRA LEYES POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: EL BONO ELÉCTRICO Y LOS INTERESES DE DEMORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Blanca Lozano Cutanda

*Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

El Tribunal Supremo, en la reciente Sentencia de 7 de febrero de 2012, ha declarado inaplicable la financiación por las eléctricas del bono social fijada por el Real Decreto Ley 6/2009 por infringir derecho comunitario. Este pronunciamiento se inscribe en la actual tendencia de los tribunales de llevar hasta sus últimas consecuencias los principios de aplicación directa y de primacía del derecho de la Unión Europea, abriendo una "nueva" vía para recurrir de forma indirecta normas con rango de ley nacionales o autonómicas.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 7 de febrero de 2012 (ponente Eduardo Espín Templado), utiliza los principios de eficacia directa y de primacía del derecho comunitario¹ para declarar inaplicables dos preceptos del Real Decreto Ley 6/2009, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social. La Sentencia considera que la regulación de la financiación del bono social que llevan a cabo los preceptos resulta contraria al principio de no discriminación establecido por la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes del mercado interior de la electricidad, en cuanto dicha carga de financiación se impone a unas empresas en concreto –las de generación

y, dentro de ellas, a unas concretas que se relacionan *nominatim*–, sin que se aduzcan motivos suficientes y razonables para ello, así como los principios de transparencia y de susceptibilidad de control en cuanto a su aplicación previstos asimismo por la Directiva.

La Sentencia estima por consiguiente el recurso interpuesto por Iberdrola contra el sistema de financiación del bono social, establecido por el citado Real Decreto Ley y aplicado por la disposición adicional segunda de la Orden ITC/1723/2009, y le reconoce el derecho a que sus empresas sean indemnizadas por las cantidades pagadas para financiar el bono social hasta la fecha de ejecución de la Sentencia.

¹ Se trata de dos principios decantados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En virtud del principio de eficacia directa los particulares pueden invocar directamente ante los tribunales internos el derecho comunitario (Sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos* y jurisprudencia posterior), y, conforme al principio de primacía, las autoridades públicas, incluidos los tribunales, tienen la obligación de aplicar íntegramente el derecho de la Unión Europea, dejando sin aplicación, si fuere necesario, toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél (Sentencia de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal* y jurisprudencia posterior).

El Tribunal no consideró necesario plantear la cuestión prejudicial para declarar inaplicable el precepto objeto de recurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 267 del TFUE, por considerar que la cuestión suscitada era materialmente análoga a otra ya resuelta por el TJUE (en la Sentencia de 20 de abril de 2010, sobre las obligaciones de servicio público impuestas en Italia a las empresas de distribución o de venta de gas natural). El magistrado Jose Manuel Bandrés presenta un voto particular en el que discrepa por considerar que debía haberse planteado la cuestión prejudicial, que el precepto no era discriminatorio ni arbitrario, y que, en todo caso, la declaración de inaplicabilidad debía haberse limitado en cuanto a sus efectos temporales.

El interés de esta Sentencia reside en que reconoce, de forma especialmente clara y contundente, la posibilidad de impugnar de forma indirecta una norma con rango de ley con motivo del recurso contra una norma de desarrollo² así como la facultad del órgano judicial de declararla inaplicable por infracción del derecho de la Unión Europea, y ello tanto si se trata de contradicciones con el tenor literal de los preceptos como –éste es el caso– de principios establecidos por la legislación comunitaria.

Como precedente similar puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2011, del mismo ponente, por la cual se declara, a mitad de camino entre el principio de primacía y el de interpretación conforme, la inaplicabilidad de la necesidad de autorización administrativa de los organismos de control prevista en el artículo 15 de la Ley de Industria salvo cuando concurren los requisitos exigidos por la Directiva de

Servicios explicitados en otro precepto de la propia Ley de Industria.

Pero esta tendencia a declarar inaplicables normas con rango de ley por contradecir el derecho comunitario no es exclusiva del Tribunal Supremo. Como ejemplo reciente de inaplicación judicial de una ley autonómica por contradecir el derecho europeo puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 1 de febrero de 2012 (recurso n.º 332/2011), que declara inaplicable lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública Valenciana sobre el *dies ad quem* para el cómputo de los intereses de demora de la Administración por considerarlo contrario a lo dispuesto en la Directiva 2000/35/CE sobre la morosidad en las operaciones comerciales, afirmando que, en virtud del principio de primacía, “la contradicción entre ésta y el texto legal valenciano deba resolverse con un desplazamiento de la normativa valenciana a favor de la aplicación con primacía de la Directiva”.

No se nos escapa el *empowerment* que resulta para los tribunales de esta función de jueces comunitarios, en cuanto se ven investidos de la potestad de conocer sobre normas con rango de ley y de excluirlas de nuestro derecho cuando las consideren incompatibles con los tratados o los actos jurídicos europeos –y, muy importante por la discrecionalidad que ofrece al juzgador, con los principios generales que éstos consagran–. Al tiempo, los ciudadanos contamos con una nueva vía que nos abre la puerta a interponer recursos contra leyes ante los tribunales ordinarios, aunque sea por el resquicio del recurso indirecto por vulneración del derecho de la unión europea.

² El TS reconoce expresamente, frente a la alegación de inadmisibilidad pretendida por el Abogado del Estado, que “en ningún caso el hecho de estar impugnada de forma indirecta una norma con rango de ley supone la inadmisión del recurso, toda vez que éste se dirige contra la Orden ministerial (que imponía a la recurrente los porcentajes de contribución al bono social), si bien la misma resulta ser en los aspectos impugnados (...) una directa aplicación del referido Real Decreto-ley”.