

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

¿QUIÉN PAGA EL BONO SOCIAL?**Ana Isabel Mendoza Losana**

*Profesora contratada doctora de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha
Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo*

El Tribunal Supremo califica el sistema de financiación del bono social de energía eléctrica como discriminatorio y contrario al derecho comunitario por imponer en exclusiva a las empresas de generación eléctrica la obligación de financiar este coste sin justificación alguna.

La sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 resuelve el recurso 419/2010, interpuesto por Iberdrola contra la Orden ITC 1723/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de julio de 2009 y las tarifas y primas de determinadas instalaciones de régimen especial. De forma indirecta, se impugna también el mecanismo de financiación del bono social regulado en el artículo 2.5 y la disposición transitoria segunda 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. El Supremo declara inaplicables el artículo 2.5 y la disposición transitoria segunda, último párrafo, del Real Decreto-ley 6/2009 (preceptos que determinan las empresas que debían financiar el bono social), así como las disposiciones adicionales segunda y tercera de la Orden recurrida (relativas respectivamente al mecanismo de liquidación del bono social y las tarifas de referencia para la aplicación del bono social).

1. ¿Recurrido ante el Tribunal Supremo un Real Decreto-ley?

Se solicita la inadmisión del recurso, por estar dirigido en realidad contra una norma

con rango de ley, el Real Decreto-ley 6/2009, en cuanto la disposición adicional segunda de la Orden impugnada se limita a dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 2.5 del citado Real Decreto-ley. El TS rechaza esta petición. Que se impugne de forma indirecta una norma con rango de ley no debe suponer la inadmisión del recurso, toda vez que éste se dirige contra una Orden ministerial, aunque la misma resulta ser en los aspectos impugnados una directa aplicación del referido Real Decreto-ley.

Reconoce la Sala que siendo competente para conocer de la impugnación de la Orden, no podría anular sin más los preceptos impugnados de la misma, pues ello supondría desconocer o invalidar lo establecido en una norma con rango y fuerza de ley, lo que escapa a su jurisdicción. Lo que sí puede hacer la Sala, como ya ha hecho en otras ocasiones (STS 29-6-2011, RCA 1/252/2010) y vuelve a hacer en este caso, es declarar no aplicables los preceptos del Real Decreto-ley si éstos son considerados contrarios al derecho comunitario en virtud de los principios de primacía y aplicación directa de éste, según consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Naturalmente, el TS puede activar otros mecanismos de control de la norma con rango de ley elevando una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión (art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) o planteando una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, si considera que los preceptos del Real Decreto-ley aplicados mediante los impugnados de la Orden contra la que se deduce el recurso son contrarios a la Constitución.

2. El bono social como servicio público

El bono social, creado por el Gobierno en 2009, pretende evitar el impacto de la subida de tarifas, exigida por la eliminación del déficit tarifario, sobre los colectivos más vulnerables (pensionistas, parados, familias numerosas), a los que no se les aplicarán las subidas de la luz hasta finales de 2013. Por ello, ha sido calificado como una obligación de servicio público de las definidas en el artículo 3 de la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio, relativa a las normas comunes para el mercado interior de electricidad.

El coste de dicho bono (diferencia entre la tarifa de último recurso y la tarifa vigente a la entrada en vigor del RD-ley 6/2009, el 1 de julio de 2009) fue distribuido por el Gobierno entre las compañías generadoras de electricidad, a las que se impuso el deber de financiar el bono en cuantía variable. Obviamente, el incremento de las tarifas de último recurso, genera también el aumento de la cantidad a financiar por las empresas obligadas.

El Alto Tribunal hace hincapié en que su pronunciamiento no se refiere al concepto de bono social entendido como servicio público, ni a la definición de sus beneficiarios, sino al sistema de financiación de tal servicio.

3. Carácter injustificadamente discriminatorio del sistema de financiación. ¿Por qué las empresas de generación?

Cabe proponer diversos sistemas de financiación del bono social: la distribución entre todos los agentes del sector eléctrico (comercializadores, distribuidores, transportistas y empresas de generación); contribución de los propios usuarios; cargo a los presupuestos públicos o fórmulas mixtas. El Gobierno español se inclina por un sistema que hace recaer todo el peso de la financiación sobre unas empresas determinadas, las "empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico" (art. 2.5 RD-ley 6/2009) y designadas nominativamente en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley. Todo ello sin ofrecer justificación alguna.

Aunque el artículo 2 del RD-ley apunta como criterio de fijación del porcentaje de financiación el volumen de negocio de las empresas de generación, puesto que lo utiliza para determinar el umbral por debajo del cual podrían el Ministerio podría exonerar de la obligación de financiación, la disposición transitoria se limita a enumerar las empresas que han de financiar inicialmente el bono social y su porcentaje de financiación, sin indicar ni el umbral a partir del cual supuestamente se ha eximido a las restantes de participar en el mecanismo de financiación, ni el criterio para determinar los porcentajes de participación de las empresas a las que sí se incluye.

El Tribunal Supremo declara sin ambages que la medida adoptada por el Ejecutivo es "discriminatoria" y contraria a la Constitución (arts. 9.1 y 14 CE), ya que carga toda la financiación del bono social en unas empresas concretas sin explicitar las razones de esta elección e impone distintos porcentajes de financiación igualmente sin ofrecer argumentos que justifiquen la diferencia.

Correlativamente, la falta de justificación impide el control judicial de los criterios conducentes a imponer obligaciones diversas a empresas del mismo sector e incluso dedicadas a la misma actividad.

4. El bono social y el derecho comunitario

El TS reconoce la capacidad del Gobierno para optar por el sistema de financiación de la ayuda social que representa el bono social pero, como solicitaba la recurrente, declara que el sistema de financiación es incompatible con el derecho comunitario en cuanto la obligación impuesta a algunas empresas generadoras en aras del interés económico general vulnera la previsión del artículo 3.2 de la Directiva 2003/54/CE, que exige que tales obligaciones sean transparentes, no discriminatorias y controlables.

El contenido discriminatorio y la falta de transparencia del sistema de financiación establecido en el ordenamiento español incumplen las exigencias de la Directiva 2003/54/CE (sustituida en términos análogos, por la Directiva 2009/72/CE).

En contra de la opinión del magistrado firmante de un voto particular, el TS no considera necesario elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por entender que el citado Tribunal ya se ha pronunciado sobre un caso similar en su sentencia de 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08, Federutility), relativa a la Directiva 2003/55 (sector gasista) coincidente con la Directiva 2003/54 en lo relativo a la posibilidad de imponer obligaciones de servicio público para la protección de los colectivos vulnerables.

5. Reintegro de los pagos indebidos

La empresa recurrente solicita que se restablezca su situación jurídica individualizada mediante el reconocimiento

del derecho de las empresas de su grupo (Iberdrola Generación, S.A.U. y Tarragona Power, S.A.), a obtener una indemnización por las cantidades abonadas para financiar el bono social hasta la fecha de ejecución de la sentencia comentada. El TS accede a esta solicitud y declara, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 71.1.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el derecho de la recurrente a que se le reintegren las cantidades abonadas por dicho concepto hasta la fecha de ejecución de la sentencia, a partir de la cual deja de ser aplicable la regulación sobre financiación del bono social.

Correlativamente, el resto de empresas obligadas a financiar el bono social en los términos de la DT 2ª del RD-ley 6/2009 también podrán exigir a la Administración el reintegro de las cantidades abonadas invocando la no aplicación de las disposiciones relativas a la financiación del bono social y solicitando en ejecución de sentencia la extensión de los efectos del fallo.

6. Para tomar nota

A la vista de la sentencia comentada, el Gobierno, las empresas del sector eléctrico y los consumidores en general deben tener presentes las siguientes consideraciones:

- 1º El sistema de financiación del bono social debe regularse conforme a principios de objetividad, transparencia y no discriminación;
- 2º El Gobierno podrá optar por cualquiera de los sistemas disponibles (financiación a cargo de todo o parte del sector eléctrico, de los consumidores, de los presupuestos públicos o fórmulas mixtas), pero la elección de cualquier sistema debe estar justificada conforme a criterios objetivos, transparentes y que garanticen el control judicial;

- 3º El TS no ha dicho que las empresas de generación eléctrica no deben financiar el bono social, sino sólo que no se han ofrecido razones para que esto sea así. A contrario, si se justifica la imposición de la obligación de servicio público (ej. cuota de mercado, derechos reconocidos ...), el sistema perdería las cualidades que han motivado el pronunciamiento contrario del TS, esto es, el carácter discriminatorio, la falta de transparencia y la imposibilidad de control judicial;
- 4º Declarado no aplicable el sistema de financiación del bono social contenido en la Orden y en el RD-ley, a partir de la fecha de ejecución de la sentencia, el resto de empresas dedicadas a la generación de energía eléctrica también podrán pedir el reintegro de las cantidades abonadas para financiar este servicio público;
- 5º El TS, que no puede admitir un recurso de impugnación contra una norma con rango de ley como es el RD-ley, sí puede, como hace en el caso comentado, declarar no aplicables los preceptos de la norma si éstos son considerados contrarios al derecho comunitario en virtud de los principios de primacía y aplicación directa del derecho comunitario.