

BONO SOCIAL EN EL SUMINISTRO ELÉCTRICO

Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2016¹

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF*

EXTRACTO

El Tribunal Supremo ha dejado sin efecto el llamado «bono social eléctrico», que es la tarifa subvencionada que se aplica desde el año 2013 a los consumidores con bajos ingresos, por considerar que vulnera las normas comunitarias para el mercado interior de la electricidad. Se afirma por el Alto Tribunal que el coste de ese descuento se carga de forma discriminatoria a las compañías eléctricas que lo sufragan y que la Administración no ha justificado los criterios con que distribuye el coste de la subvención. Asimismo, se reconoce el derecho de las compañías eléctricas a cobrar una indemnización por las cantidades abonadas en concepto de bono social hasta la fecha de ejecución de la sentencia, de manera que se reintegren todas las cantidades que hayan abonado por ese concepto, más los intereses legales correspondientes. Voto particular.

Palabras clave: energía eléctrica, financiación del bono social y derecho comunitario.

Fecha de entrada: 11-12-2016 / Fecha de aceptación: 27-12-2016

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho administrativo del 1 al 15 de diciembre de 2016).

La intensa incidencia que la crisis económica que ha padecido y todavía padece nuestro país sobre la legislación en todos los ámbitos de la misma tiene su expresión en la sentencia que va a ser objeto del presente comentario, pues en ella la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene a pronunciarse acerca de la legalidad del denominado «bono social» que las compañías eléctricas deben financiar a fin de hacer frente a las necesidades de clientes en situación de vulnerabilidad, a los que se «subvenciona» aproximadamente un 25% de la factura eléctrica y cuyo coste total se aproxima a 200 millones de euros anuales, siendo unos 2,4 millones de usuarios los favorecidos por el mismo, aplicándose automáticamente a todos los hogares habituales con una potencia contratada inferior a 3 kW y en el caso de que sea menor de 10 kW, encontrarse en uno de estos tres supuestos: ser pensionista con prestaciones mínimas y más de 60 años de edad, ser familia numerosa o vivir en un hogar en el que todos sus integrantes se encuentren en situación de desempleo.

Hemos de remontarnos al año 2009, cuando se dicta el Real Decreto-Ley 6/2009, en el que, al margen de la adopción de otras medidas en el sector eléctrico, se crea el bono social como prestación con un carácter social, destinado a proteger a determinados consumidores de electricidad acogidos a la tarifa de último recurso que tuvieron unas determinadas características sociales, de consumo y poder adquisitivo, en relación con el coste de la energía eléctrica de su vivienda habitual, imponiendo la obligación de su financiación a las comercializadoras de último recurso.

En el artículo 45 de la Ley 24/2013, del sector eléctrico, se viene a regular el bono social, tanto en lo relativo a sus beneficiarios, a la reducción de la tarifa que se les aplica, así como, y esto es lo más importante a los efectos que aquí nos ocupan, a su configuración legal como una obligación de servicio público impuesta a las empresas que se dedican a la producción, distribución y comercialización de energía eléctrica, fijándose un porcentaje de reparto por año para cada operadora, siendo así que en este año a las tres empresas eléctricas las importantes de España, les corresponden porcentajes que van desde el 41%, al 37,9% y al 14,7%.

El régimen de financiación establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013 vino a ser desarrollado por los artículos 2 y 3 del 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, momento que es aprovechado por las empresas eléctricas para impugnar de manera directa ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo el bono social, no por cuestionarse la propia existencia del bono social, sino por estar en profundo desacuerdo con la circunstancia de que su financiación corresponda a las compañías eléctricas.

Pues bien, el recurso directo se fundamenta en cuatro motivos impugnatorios que son los siguientes:

1. Infracción del principio de no discriminación del artículo 3.1 de la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009, pues al haberse establecido sin compensación alguna, se sitúa a las empresas obligadas a su financiación en una clara discriminación respecto de otras empresas del sector eléctrico que por razón de la regulación del bono social se les excluye del abono del bono social.
2. Infracción del principio de proporcionalidad, también establecido en la Directiva 2009/72/CE, exigido para las obligaciones de servicio, no alcanzando a comprender las recurrentes las razones por las que la financiación del bono social por determinadas empresas es necesaria para conseguir el objetivo perseguido, que no es otro que el de asegurar la protección de los clientes vulnerables.
3. Nulidad del Real Decreto 968/2014, por resultar inconstitucional en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de la que trae causa, por ser contrario al artículo 14 de la Constitución española, por atentar al principio de igualdad. Y ello porque al reproducir la obligación establecida en el artículo 45 de la Ley 24/2013 establece una exacción patrimonial obligatoria para determinados sujetos que operan en el sector eléctrico y no a todos los operadores, sin ninguna motivación o justificación.
4. Nulidad del real decreto impugnado por traer causa del artículo 45 de la Ley 24/2013, que infringe el artículo 9.3 de la Constitución, que proclama la interdicción de la arbitrariedad en el comportamiento y actuación de la Administración.

Una primera precisión que efectúa el Alto Tribunal en aras a una mejor comprensión de la materia es la modificación que en el sistema de financiación del bono social supuso la Ley 24/2013, en contraste con el establecido originariamente por el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se aprueba el bono social, pues mientras en esta se hacía recaer el bono social sobre todas las empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico, en la aquí cuestionada, la financiación correspondía en exclusiva a 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, cambio normativo sobre el que la citada Ley 24/2013 guarda el más absoluto silencio, con respecto a las exigencias que la Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, establece para las obligaciones de servicio público, tales como han de ser transparentes, no discriminatorias y controlables.

En este sentido, llama la atención el Tribunal Supremo sobre la opción, más que discutible, que se establece por la Ley 24/2013, en el sentido de imponer el coste del bono social a los agentes del sistema eléctrico, excluyendo sin justificación alguna a la empresa (Red Eléctrica Española) que lleva a cabo la actividad de transporte en exclusiva, pues el hecho de que nos encontremos ante un monopolio legal esta condición por sí misma no fundamenta el porqué de su exclusión.

Si esto es más que discutible, lo que más sorprende al Tribunal Supremo es que entre los agentes que intervienen en los otros tres sectores del sistema eléctrico –generación, distribución y comercialización– el coste de la financiación del bono social se haga recaer en exclusiva sobre las entidades o grupos empresariales que desarrollen simultáneamente las tres actividades y que tengan el carácter de grupos verticalmente integrados, quedando en cambio eximidos de esa carga todas aquellas sociedades o grupos empresariales cuya actividad se centre en solo uno o incluso en dos de esos sectores de actividad.

Desde esta perspectiva, la nueva regulación de la financiación del coste social resulta discriminatoria pues no se han explicitado las razones por las que se deba imponer a un sector concreto del sector eléctrico y excluir a otros sectores y empresas del mismo ámbito.

Prosiguiendo con el examen de la sentencia, y atisbando ya el sentido del fallo, más que favorable a los intereses de las empresas eléctricas afectadas por el bono social, el Tribunal Supremo, a fin de facilitar la resolución del recurso, se remite a los fundamentos recogidos en una anterior Sentencia de 7 de febrero de 2012, cuyo objeto era el examen de legalidad del ya citado Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, desde la perspectiva de la normativa comunitaria, que entonces era la Directiva 2003/54/CE, de la cual ha sido heredera directa la vigente 2009/72/CE, directivas ambas que tienen un contenido casi coincidente.

Ya en dicha sentencia se declaró que el sistema de financiación del bono social establecido en el Real Decreto-Ley 6/2009 ya era discriminatorio pues imponerlo de manera injustificada solo a las empresas generadoras de energía eléctrica resultaba discriminatorio, no transparente y desproporcionado. Y es que optar, como hizo el Gobierno español, por cargar todo el coste de una prestación de índole social a unas empresas particulares, requiere invocar razones muy rotundas que haga razonable dicha imposición, pues en principio, por la propia naturaleza del bono social, deberían ser las Administraciones públicas las que deberán soportar la financiación del mismo, revelándose así una total falta de transparencia en el sistema elegido.

El legislador haciendo caso omiso de la sentencia de 2012 citada, cuando legisla de nuevo sobre el bono social «aprieta más la tuerca al sector», pues como hemos visto en la Ley de 2013, ya no circunscribe la financiación del mismo a las empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico, sino que lo limita aún más al hacer recaer dicha obligación, con carácter exclusivo sobre 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». Sorprende que en la propia ley no se justifique ni se expongan las razones de tal cambio, debiendo remitirnos a la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 9/2013 –antecedente normativo inmediato de la Ley 24/2013– donde se ofrecen diversas razones.

Entre ellas destaca que la asunción del bono social solo por las sociedades que realizan actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica y que tengan el carácter de grupos verticalmente integrados permite, a juicio del legislador, repartir dicha carga entre las principales actividades empresariales intervinientes en el sector eléctrico, quedando únicamente

excluida la actividad de transporte, al encontrarse intervenida y prestarse en régimen de monopolio, de manera que a esta empresa no le sería posible resarcirse de dicho coste, razón esta que el Tribunal Supremo no comparte al resultar claramente discriminatoria con respecto a los otros sectores intervinientes en el sector eléctrico.

Asimismo se estima que resulta más equitativo hacer recaer en cada empresa la financiación del bono social en función de un porcentaje que se ha de fijar sobre parámetros objetivos, tales como el número de suministros conectados a las redes de distribución así como el número de clientes a los que suministra la actividad de comercialización.

Pero si el sistema elegido suscita muchas dudas, generan aún más la relación nominal de de las empresas o grupos de empresas que deben asumir la financiación del bono social que se contienen en una Orden Ministerial de 2014, que se vuelve a reiterar en parecidos términos en el 2016, en la que también se fija el porcentaje que corresponde a cada una de ellas, llamando la atención que sobre cuatro de ellas (sobre aproximadamente unas 30) recaiga más del 96% del coste del bono social, circunstancia esta que viene a introducir unos términos de cierta sorpresa, pues con la ilógica exclusión de importantes grupos empresariales que intervienen en el sistema eléctrico que no se dedican a toda la actividad del mismo, se viene a profundizar en un sistema a todas luces injusto, pues, en definitiva, los 200 millones de euros anuales, coste aproximado del bono social, se pagan por cuatro empresas del sector, existiendo otras que por su volumen de negocio podrían coadyuvar a su financiación y a un reparto más justo y equitativo, resultando ajenas por el simple hecho de que simultáneamente no se llevan a cabo las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica. Ello revela la más que absoluta desproporción en el sistema elegido.

Resultan también interesantes las consideraciones que el Tribunal Supremo expone con respecto a las obligaciones que se imponen a determinadas empresas eléctricas de financiar del «dichoso» déficit de tarifa (en la actualidad alcanza un importe de 800 millones de euros), cuestión esta que resulta totalmente diferente al bono social, pues mientras el déficit de tarifa no es más que un sistema de adelanto a título de préstamo, con el consiguiente derecho a su devolución con intereses, el bono social es simple y llanamente una obligación de servicio público, respecto del cual no se puede efectuar reclamación alguna en lo relativo a su devolución.

La conclusión a la que llega el Tribunal Supremo tras desgranar tan contundentes razonamientos es que no queda en modo alguno justificado que la financiación del bono social se haga recaer solo sobre unas determinadas empresas del sector eléctrico, estableciéndose un sistema que no resulta compatible con las exigencias contenidas en la Directiva 2009/72/CE, pues ni es transparente, es discriminatorio y es desigual al no garantizar una posición similar a todas las empresas eléctricas en relación con los consumidores finales.

Las consecuencias declaradas por el Tribunal Supremo resultan demoledoras para el Gobierno, pues la sentencia no se limita a disponer la inaplicabilidad de todo el sistema de bono social establecido en España, por contradecir el derecho comunitario, sino que, y esto es lo más «dolo-

roso», se reconoce el derecho de las empresas afectadas a ser indemnizadas por todas las cantidades abonadas en concepto de bono social, desde la entrada en vigor del Real Decreto 968/2014, más todos los intereses legales devengados hasta que por parte del Gobierno se reintegre a las mismas dicho importe.

La sentencia cuenta con un extenso voto particular de uno de los ocho magistrados que la suscriben, que considera que la medida adoptada por el legislador español no se opone a la directiva comunitaria «en cuanto respeta los requisitos de certeza normativa, transparencia, no discriminación y ser controlable, y es proporcionada en razón de las circunstancias expuestas».