

El TS anula el sistema de financiación del bono social aprobado en 2016, por discriminar a unas empresas frente otras, y ser contrario al derecho de la UE

La Sala declara inaplicable el art. 45.4 de la LSE -en la redacción dada por el RD-Ley 7/2016-, y anula los arts. 9.6, 13, 14, 15, 16 y 17 del RD 897/2017, en los apartados relativos al régimen de financiación del bono social.

Señala que el sistema previsto en el art. 45.4 de la LSE para financiar el coste que conlleva el descuento reglado que se aplica en la factura del consumo eléctrico en favor de determinados consumidores en cuanto a la financiación del bono social, resulta discriminatorio al imponer la financiación exclusivamente a las empresas comercializadoras sin una justificación objetiva y razonable, resultando contrario al art. 3.2 de la Directiva 2009/72, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta. Así, se exige que las obligaciones de servicio público no sean discriminatorias, permitiendo el art. 3 de la Directiva la imposición de obligaciones de servicio público con carácter general a las empresas eléctricas y no a algunas empresas concretas; y, cualquier eventual diferencia de trato debe justificarse objetivamente. Ni en el RD impugnado, ni en el art. 45.4 de la LSE se da una razón objetiva para que sean las comercializadoras las únicas que financien el descuento sobre la factura que giran al consumidor vulnerable.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 3

Fecha: 31/01/2022

N.º de Recurso: 673/2017

N.º de Resolución: 112/2022

Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo

Ponente: DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso

SENTENCIA

En Madrid, a 31 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 673/2017, interpuesto por la mercantil Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L., representada por la procuradora de los tribunales doña María Jesús Gutiérrez Aceves, con la asistencia de la letrada doña Nuria Encinar Arroyo, el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

Han sido partes demandadas la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, la procuradora de los tribunales doña Beatriz Pérez-Urruti Iribarren, en nombre y

representación de Naturgy Energy Group S.A., con la asistencia de la letrada doña Victoria Serrano Dublán, la procuradora doña María del Rosario Victoria Bolívar en nombre y representación de Endesa, S.A., la procuradora de los tribunales doña María Teresa Uceda Blasco en nombre y representación de EDP España, S.A.U., la procuradora doña Laura-Argentina Gómez Molina, en nombre y representación de la entidad Svengborg PV VII, S.L., la procuradora doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, en nombre y representación de Nexus Energía, S.A., bajo la dirección letrada de Ernest Alemany Selle y doña Ana María Rojas Martínez, el procurador de los tribunales don Pablo Domínguez Maestro, en nombre y representación de la Asociación de Comercializadores Independientes de Energía y la procuradora doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, en nombre y representación de la Asociación de Empresas Eléctricas, (ASEME).

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La procuradora de los Tribunales, Doña María Jesús Gutiérrez Aceves, actuando en nombre y representación de "Viesgo Infraestructuras Energéticas SL" (en adelante Viesgo) interpone recurso contencioso- administrativo contra el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

El recurso se funda, en síntesis, en los siguientes motivos:

1.º Infracción del artículo 3 (apartados 1 y 2) de la Directiva 2009/72/CE.

El Real Decreto impugnado desarrolla una norma legal (Real Decreto- Ley 7/2016) que es contraria a los apartados 1 y 2 de la Directiva 2009/72/CE. Y ello por dos razones:

A) La normativa nacional impone obligaciones de servicio público de forma no objetiva y discriminatoria.

Las obligaciones de servicio público se imponen solo a determinadas empresas eléctricas al margen de toda justificación objetiva y razonable.

Los apartados 1 y 2 del art. 3 de la Directiva 2009/72/CE impone a los Estados miembros la obligación de conferir un trato igualitaria a todas "las empresas eléctricas", estableciendo en el apartado segundo que si bien los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicios público "estas obligaciones de servicio público deberán definir las 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 nacionales [...]".

Tanto la sentencia "Federutility" como "Anode" establecen que las obligaciones de servicio público, por regla general, deben imponerse a todas las empresas que operan en el sector y no exclusivamente a los que desarrollan su actividad en una determinada rama.

El principio de igualdad no resulta quebrado cuando se dispense un tratamiento diferenciado en virtud de un motivo objetivo y razonable (sentencia "Enel").

Y así lo ha recogido también las SSTs de 2012 y 2016 que apreciaron que la normativa nacional sobre el sistema de financiación del bono social era contraria al art. 3 de la Directiva 2009/72/CE.

El trato discriminatorio se produce porque la obligación de servicio público no se impone a todas las empresas eléctricas, sino exclusivamente a las matrices de los grupos de sociedades en los que se

desarrolla la actividad de comercialización y a las empresas que, desarrollando esta actividad, no se integran en ningún grupo.

- Las explicaciones aducidas en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 7/2016 no justifican de manera razonable y objetiva que se dé un tratamiento diferenciado a tales obligados respecto de otros sujetos del sector eléctrico.

Se razona que “Es evidente que el mecanismo del bono social, al dirigirse directamente a determinados consumidores y traducirse, como se ha dicho, en el abono por éstos de un precio inferior por la electricidad consumida a través de un descuento que se aplica por el comercializador en la respectiva factura, se encuentra estrechamente vinculado a la actividad de comercialización. Resulta por ello plenamente lógico que sean precisamente el conjunto de los sujetos que realizan esta actividad, con la que está directamente vinculada la medida, los obligados a soportar el coste que conlleva”.

Pero la vinculación de estas medidas que pretenden proteger intereses generales con el sector eléctrico es con todas las actividades que tiene por objeto el suministro eléctrico a los consumidores vulnerables. Es más, si hay una actividad con la que el suministro a los consumidores vulnerables no está vinculado es precisamente la comercialización en el mercado libre, dado que los comercializadores que actúan en el mercado libre no pueden suministrar electricidad a los consumidores vulnerables (ex artículo 45.3 de la Ley del Sector Eléctrico en la redacción dada por el propio Real Decreto-ley 7/2016). La actividad de suministro a los consumidores vulnerables está reservada a unos concretos sujetos -los comercializadores de referencia- cuya personalidad y estatuto jurídicos son diferentes a los de los restantes comercializadores. Y sin embargo se exonera de las obligaciones de servicio público a los sujetos que generan y vehiculan la energía suministrada a los consumidores vulnerables.

Y finalmente la explicación ofrecida ignora que las obligaciones de servicio público perjudican el libre desenvolvimiento de los mercados liberalizados, generando discriminaciones entre los competidores.

En segundo lugar, la obligación se impone a las matrices de los grupos de sociedades “por razones de carácter técnico orientadas a una mejor gestión” del procedimiento de liquidaciones.

También esta explicación resulta irrazonable. En primer lugar, porque si las obligaciones de servicio público se imponen atendiendo a su "vinculación" con la actividad de comercialización, no tiene ningún sentido que se hagan recaer respecto de sociedades que no desarrollan tal actividad, independientemente de que sean la matriz de un grupo societario, o no. No tiene ningún sentido afirmar que las obligaciones de servicio público se imponen a los comercializadores por razón de su actividad al tiempo que esa misma obligación se impone a sociedades que no desarrollan tal actividad. En segundo lugar, porque no puede justificarse la imposición de una obligación de servicio público por causas ajenas al contenido de las propias obligaciones y la situación de sus destinatarios y no por razón de la facilidad de la gestión para los poderes públicos que ejercen funciones de intervención.

- Las razones adicionales para excluir de la financiación del bono social a las compañías de transporte y distribución y a las instalaciones de producción tampoco resultan razonables.

Se razona respecto de las actividades de redes, a saber, transporte y distribución, que “son por sus características monopolios naturales [...]. Como tales, tienen un régimen de retribución regulada que cubre una retribución financiera sobre las inversiones realizadas y una retribución por costes de operación y mantenimiento. Esta retribución [...] ha de ser sufragada con cargo a los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución satisfechos por los consumidores y los productores, así como por los agentes por las exportaciones de energía a países no comunitarios. Por tanto, la imposición de la obligación de financiación del bono social a estos sujetos, dejando al margen su falta de relación directa con el objeto de la medida analizada, obligaría a su necesario reconocimiento como un coste

más de su actividad y, por ende, a su incorporación a la retribución regulada que les es asignada y a su consecuente traslación a los consumidores (incluso a los propios consumidores vulnerables beneficiados por el bono social)”.

Y respecto a las instalaciones de producción de energía eléctrica con régimen retributivo específico se afirma que “[...] en el caso de que se impusiera a estos sujetos la obligación de contribuir al reparto del coste del bono social (y dejando nuevamente al margen su falta de relación directa con la propia medida y con sus destinatarios), la cuantía que en tal concepto les correspondiera sufragar habría de ser reconocida de forma directa como coste en su retribución a la operación, con el consecuente traslado a los consumidores de tal coste a través de los peajes de acceso. Y si ha de excluirse la financiación por este colectivo, debe igualmente excluirse que puedan contribuir a ella aquellas otras instalaciones de generación que no dispongan de régimen retributivo específico, en tanto ello introduciría una evidente diferencia de trato dentro de la misma actividad de generación”.

Y se añade “el objetivo principal de la regulación actual es la recuperación con la máxima eficacia de todos los costes del bono social, la alternativa contemplada en este real decreto-ley, a saber, la financiación por parte de los sujetos vinculados a la actividad de comercialización de energía eléctrica se muestra como la más adecuada y concordante con la naturaleza y finalidad perseguida por el bono social”.

La entidad demandante critica estas razones argumentando de contrario que:

a) la actividad de transporte y distribución tiene un "vínculo" más estrecho con la protección de los consumidores vulnerables que la actividad de comercialización en el mercado libre.

b) intentar justificar el tratamiento diferenciado en el hecho de que los transportistas, distribuidores y generadores con régimen retributivo específico están sujetos a un régimen de retribución regulada carece de toda virtud por la sencilla razón de que los comercializadores de referencia también cuentan con una retribución regulada (ex artículo 21 del Real Decreto 216/2014). Imponer a los comercializadores de referencia las obligaciones de servicio público va a exigir incluir sus costes en su retribución lo que, a la postre, perjudicará a los propios consumidores vulnerables.

No tiene ningún sentido excluir a unas empresas eléctricas de las obligaciones de servicio público por razón de que su retribución es regulada y, a la par, imponerlas a otros sujetos que también perciben una retribución regulada.

c) es igualmente irrazonable la explicación ofrecida respecto de los generadores que no cuentan con retribución regulada y en nada justifica el tratamiento conferido a los comercializadores que actúan en el mercado libre. Ambos sujetos actúan en mercados liberalizados y, mutatis mutandis, están en la misma posición para recuperar en el mercado los costes que soportan.

d) Tampoco admite como razonable que “el objetivo principal de la regulación actual es la recuperación con la máxima eficacia de todos los costes del bono social” porque la recuperación de los costes por los comercializadores de referencia no será posible si los mismos no son incluidos en su retribución regulada (y, de serlo, se evidenciaría lo irrazonable de excluir a los distribuidores, transportistas y generadores con retribución regulada). Y la recuperación de costes en el mercado libre no es automática.

Si lo que se pretendía es la recuperación con la máxima eficacia de todos los costes del bono social, lo más eficaz hubiera sido atribuirles la condición de coste regulado exonerando de su abono a los consumidores vulnerables.

- Aun cuando se considerase adecuada la imposición de las obligaciones tales sujetos, la medida seguiría siendo discriminatoria. Y ello porque se imponen, casi en su totalidad a cuatro compañías. Así conforme al Anexo del Real Decreto-Ley 7/2016, las sociedades matrices de los grupos Iberdrola,

Endesa, Gas Natural Fenosa y Viesgo van a asumir más del 90 % de la financiación del bono social, circunstancia que se asemeja a anteriores regulaciones y que fue tomada en consideración por el Tribunal Supremo en sus sentencias para apreciar el carácter discriminatorio de la normativa entonces enjuiciada.

Se utiliza como argumento “el reparto del coste del bono social el que se utiliza la cuota de mercado de los sujetos que realizan la actividad de comercialización obtenida a partir del número de clientes a los que suministran”. La entidad recurrente considera que la cuota de mercado ha de medirse en términos de volúmenes de venta de energía y no de número de clientes. Lo contrario podría tener como resultado que una comercializadora con una facturación inferior a sus competidores haya de abonar un importe superior. Y el número de clientes de las compañías distribuidoras utilizado por la Directiva 2009/72/CE para exonerarlas de ciertas obligaciones

En definitiva, considera que la normativa discutida es discriminatoria y no objetiva en tanto que impone obligaciones de servicio público a unas determinadas empresas eléctricas al margen de una justificación objetiva y razonable.

B) El carácter desproporcionado de la normativa nacional.

La normativa controvertida es desproporcionada en la medida en que las obligaciones de servicio público no se imponen con una duración limitada.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en reiteradas ocasiones que el principio de proporcionalidad exige que las obligaciones de servicio público se impongan durante un período de tiempo necesariamente limitado (Sentencia Federutility apartado 35) y que la duración de la intervención estatal en los precios debe limitarse a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo que persigue (sentencia ANODE).Y la regulación discutida no respeta el principio de proporcionalidad. Las obligaciones de servicio público no se imponen por un tiempo limitado, no habilitándose al Gobierno para abrogarlas o modificarlas según las necesidades del sector eléctrico en cada momento.

Por todo ello considera que las disposiciones del Real Decreto impugnado reguladoras de las obligaciones de financiación son contrarias a Derecho en tanto que tienen por objeto desarrollar el Real Decreto Ley 7/2016, por el que se modifica el art. 45 de la LSE, que es contraria a los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE:

Considera que no es necesario plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE por tratarse de una cuestión aclarada pero no se opone al planteamiento de esta.

2.º Subsidiariamente, infracción del art. 31.3 de la Constitución.

El Real Decreto impugnado sería nulo porque la norma legal que desarrolla (Real Decreto-Ley 7/2016) infringe la reserva de ley en materia de prestaciones patrimoniales de carácter público establecida en el art. 31.3 de la Constitución.

El mecanismo de financiación del bono social, según la propia exposición de motivos del Real Decreto - ley 7/2016 se trata de una prestación patrimonial de naturaleza pública sujetas a reserva de ley (art. 31.3 de la CE).

La jurisprudencia del TC establece que el alcance de la reserva de ley no se limita a la creación de la prestación patrimonial sino también a su configuración (STC 83/2014). Se admite la colaboración reglamentaria para la regulación de los aspectos de detalles, admitiéndose incluso la cuantificación de la prestación patrimonial mediante norma reglamentaria (STC 101/2009, de 27 de abril). Pero se exige que sea una norma legal la que establezca los elementos esenciales para la cuantificación de la prestación o, al menos, fije el límite máximo de la prestación.

A juicio de la recurrente el artículo 1 y la disposición transitoria única del Real Decreto-ley 7/2016 infringen la reserva material de ley porque no establece los criterios idóneos para limitar la decisión reglamentaria en la fijación del quantum de las prestaciones de referencia ni tampoco dispone un límite máximo. Así corresponde al reglamento definir las categorías de consumidores vulnerables, para concretar la categoría de consumidor vulnerable en riesgo de exclusión social se remite a las Administraciones autonómicas y locales, el bono social y la tarifa de último recurso no se establecen por ley sino por norma reglamentaria, y tampoco se establece el porcentaje a cofinanciar en los casos de consumidores en riesgo de exclusión social que dependerá de la decisión que adopte la Administración autonómica o local.

3.º Subsidiariamente, alega la nulidad del Real Decreto impugnado por vicios exclusivamente imputables al mismo.

a) Nulidad del art. 6.3 en el que se cuantifica el bono social con un descuento del 25% y del 40% por falta de motivación de las operaciones matemáticas, datos o informaciones tomados en consideración para cuantificar tales porcentajes.

b) Nulidad del artículo 5.1.

Conforme a dicho precepto cuando la empresa comercializadora realice el requerimiento de pago ante un impago a un consumidor en mercado libre que cumpla los requisitos para acogerse al precio voluntario del pequeño consumidor, debe incluirse en dicha comunicación la posibilidad que tiene de acogerse al precio voluntario para el pequeño consumidor y de solicitar el bono social.

Dicha previsión ignora el alcance de la habilitación reglamentaria prevista en el RD-Ley 7/2016 que tiene por objeto el desarrollo reglamentario de las obligaciones de servicio público consistentes en la financiación del bono social y las facturas en riesgo de exclusión social, pero no abarca a regular el estatuto jurídico de los comercializadores de referencia mediante la imposición de la obligación de atender suministros en situación de impago.

Y dicho precepto infringe el art. 52 de la Ley del Sector Eléctrico y es desproporcionado. El artículo 52 de la LSE disciplina la suspensión del suministro por impago, no imponiendo a los comercializadores de referencia la obligación de asumir suministros en situación de impago. La media adoptada por el Real Decreto impugnado, además de carecer de respaldo legal, es desproporcionada.

c) No se ha reconocido a los comercializadores de referencia el que se le retribuyan los costes en que han de incurrir en el cumplimiento de las obligaciones, deberes y cargas que le son impuestos por el RD en materia de protección a los consumidores vulnerables.

4.º Con carácter autónomo a los anteriores motivos el Real Decreto impugnado incurre en una omisión contraria al Derecho europeo y al constitucional, al no haber arbitrado ningún mecanismo para reintegrar en el patrimonio de los comercializadores de referencia los costes de financiación del bono social asumidos en el año 2016.

En el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2016 y el 24 de diciembre de 2016, los comercializadores de referencia aplicaron en sus facturas la tarifa de último recurso. Sin embargo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no ingresó a dichas compañías las cantidades a las que tenían derecho en concepto de bono social.

Este perjuicio ha supuesto un perjuicio en el patrimonio de los comercializadores de referencia. Pese a que esta regulación pretende adecuar el derecho español al derecho europeo para adecuarla al art. 3 de la Directiva, no se arbitra mecanismo alguno para solventar uno de los principales efectos que se derivó de la normativa anterior. Ello supone atribuirles la condición de financiadores del bono social por la vía de hecho, lo que, a su juicio, supone imponerle una obligación de servicio público al margen

de todo fundamento jurídico y justificación razonable y contraria al art. 31.3 de la Constitución Española.

Lo precedente para restablecer este perjuicio sería que la Administración le reintegre en las cantidades por ellas sufragadas.

Por todo ello solicita:

A) Pretensiones declarativas:

1.- Se declaren inaplicables y nulos los siguientes preceptos del Real Decreto impugnado en tanto que normas reglamentarias que tienen por objeto desarrollar una norma legal (el artículo 1 y la disposición transitoria única del Real Decreto-ley 7/2016) contraria al artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE; a saber: los artículos 3 a 17, la disposición adicional primera y la disposición transitoria primera del Real Decreto impugnado.

2.- Con carácter subsidiario, se declaren nulos los siguientes preceptos del Real Decreto impugnado en tanto que normas reglamentarias que tienen por objeto desarrollar una norma legal (el artículo 1 y la disposición transitoria única del Real Decreto-ley 7/2016) contraria al artículo 31.3 de la Constitución Española; a saber: los artículos 3 a 17, la disposición adicional primera y la disposición transitoria primera del Real Decreto impugnado.

3.- Con carácter subsidiario se declare (i) la nulidad de los artículos 5.1 y 6.3 del Real Decreto impugnado, y (ii) la nulidad del Real Decreto impugnado en tanto que impide reconocer los costes asociados a las medidas de protección a los consumidores vulnerables en que han de incurrir los comercializadores de referencia.

4.- En todo caso, que se declare que el Real Decreto impugnado incurre en una omisión contraria a los artículos 3 de la Directiva 2009/72/CE y 31.3 de la Constitución Española.

B) Pretensiones de plena jurisdicción:

1.- Que se restablezca la situación jurídica individualizada de mi representada mediante el reconocimiento a su favor del derecho a ser indemnizada por los daños que le han causado las normas que se declaren contrarias a Derecho (debiendo actualizarse el importe de la indemnización a fecha de ejecución de sentencia).

La indemnización debería ser por importe (actualizado) de todas las cantidades satisfechas por mi representada en el cumplimiento de tales obligaciones.

En el caso de que se declare la nulidad del artículo 5.1 del Real Decreto impugnado la indemnización debería abarcar los perjuicios que, en su caso, sufra el Grupo VIESGO en cumplimiento de dicho precepto; perjuicios que, atendiendo a su naturaleza, habrían de ser objeto de consideración en sede de ejecución de sentencia.

En el caso de que se declare la nulidad del artículo 6.3 del Real Decreto impugnado la indemnización debería ser por importe (actualizado) de todas las cantidades satisfechas por mi representada en el cumplimiento de las obligaciones de servicio público de referencia.

En el caso de que se declare que el Real Decreto impugnado infringe el artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico la indemnización debería ser por importe (actualizado) de todas las cantidades y costes soportados por "Viesgo Comercializadora de Referencia" en el cumplimiento de las obligaciones, deberes y cargas que le imponen el Real Decreto-ley 7/2016 y el Real Decreto impugnado.

2.- Que se restablezca la situación jurídica individualizada mediante la indemnización, debidamente actualizada, del importe por soportado por "Viesgo Comercializadora de Referencia" entre el 1 de septiembre y el 24 de diciembre de 2016 en concepto de bono social.

SEGUNDO. El Abogado del Estado se opone al recurso.

1.º Sobre la pretendida infracción del art. 3. 2 de la Directiva 2009/72/CE. La demandante realiza una impugnación indirecta del artículo 45 de la

Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante LSE), en la redacción dada al mismo por el Real Decreto Ley 7/2016 en la medida en que entiende que el citado artículo es contrario a los apartados 1 y 3 de la Directiva 2009/72/CE.

- La demanda cuestiona que las obligaciones de servicio público estén exclusivamente vinculadas a la actividad de comercialización. Lo cierto es que dicha medida está, a su juicio, objetiva y subjetivamente motivada de forma precisa en la exposición de motivos del Real Decreto- Ley 7/2016 y en el preámbulo del Real Decreto impugnado.

La demanda se limita a discrepar de las razones esgrimidas, pero sin oponer tacha de nulidad. Contrariamente a lo que dice la recurrente ni es necesario que todos los sujetos del sector eléctrico o todas las empresas del sector energético queden sujetos al bono social; ni es cierto que la elección realizada por el legislador a través del Real Decreto-Ley 7/2016 no cumpla los principios recogidos en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE. En contra de lo que dice la demanda se trata de una decisión motivada y la motivación es razonada y razonable, por tanto, ni es arbitraria ni menos aún discriminatoria en el sentido pretendido por el recurrente.

El objetivo perseguido es proteger a los consumidores vulnerables. Para atender a ese objetivo se crea el bono social como obligación de servicio público que se materializa en un descuento que los comercializadores de referencia deben aplicar a los consumidores vulnerables.

El legislador ha decidido, por razones técnicas y operativas, que esta obligación de servicio público a clientes vulnerables a un precio reducido se lleve a cabo por determinados operadores -los comercializadores de referencia regulados en el RD 216/2014-. El hecho de que se haya optado por concentrar su suministro en determinados operadores, cuya solvencia técnica y asentamiento están garantizados, en un intento de evitar que el suministro a estos colectivos vulnerables pueda sufrir alguna incidencia, no puede comportar que sean solo dichos comercializadores de referencia los que soporten el coste económico, por ello la obligación de financiación del bono social recae sobre el sector de la comercialización en su conjunto.

Lo dicho por el legislador no es, exactamente, que lo relevante sea la relación directa entre consumidor y comercializador, sino la relación directa entre la medida financiada (el bono social como tal) y la comercialización. Es obvio y patente que la actividad de distribución y generación es ajena a dicha obligación de aplicación del bono social a clientes vulnerables. Aceptando el debate propuesto por la actora, esa relación directa solo existe, en rigor, y en términos generales, en el ámbito del suministro doméstico (sobre el que se proyecta el bono social) en relación con los comercializadores. Baste señalar que la factura que recibe el consumidor doméstico en su domicilio (único documento en que se plasma para él el coste del suministro de electricidad) se libra por el comercializador, y no por ninguno de aquellos otros agentes.

El suministro se contrata normalmente, en el caso de consumidores domésticos, a través del comercializador. Y tampoco existe relación directa con el generador (los únicos casos de conexión directa entre consumidor y generados son los de autoconsumo y de los de conexión con línea directa).

- Se critica también en la demanda la imposición de la obligación a las matrices de grupos de sociedades en base a "razones de carácter técnico orientadas a una mejor gestión". En el caso de las comercializadoras que pertenecen a un grupo empresarial, sin perjuicio de que se determine la obligación en función del número de clientes de tales comercializadoras, la obligación de pago agregada (supuesto que existan varias comercializadoras en el mismo grupo, como es el caso de la

actora), la concreta obligación material de pago se impone a la matriz respectiva. Y ello porque el legislador ha considerado que muchas de estas matrices son ya sujetos del sistema de liquidaciones del sector eléctrico lo que simplificará la gestión de sus aportaciones y porque con frecuencia un mismo grupo de sociedades puede integrar a varias empresas comercializadoras de energía eléctrica por lo que la imposición de la obligación a la matriz faculta una gestión conjunta y de manera agregada de la contribución a la financiación del bono social.

- Respecto a la no inclusión en la obligación de financiación a las empresas dedicadas a la actividad de transporte, distribución y generación con régimen retributivo específico.

La recurrente cuestiona que se haya eximido de la obligación de financiar el bono social al resto de los sujetos del sistema eléctrico, pero en la Exposición de motivos del RD-Ley 7/2016 resulta debidamente justificada la exclusión de la obligación de financiación de los generadores, distribuidores y transportistas.

El art. 3.2 de la Directiva faculta la imposición de las obligaciones de servicio público a las "empresas eléctricas" pero no establece que la obligación deba ser impuesta a todas las empresas eléctricas.

Explicadas por el legislador las razones por las que se hace recaer la obligación en la actividad de comercialización, también expone las razones por las que se excluyen otras actividades del sector eléctrico.

Así respecto a las actividades de redes (transporte y distribución) tienen una retribución regulada que se incluye entre las partidas de costes del sector eléctrico. De imponerse a las mismas la obligación de servicio público, su coste debería ser sufragado con cargo a los peajes de acceso satisfechos por los consumidores, productores y agentes de exportación de energía a países no comunitarios, con la consecuencia de que, además de su falta de relación con el bono social, "[...] obligaría al necesario reconocimiento de un coste más de su actividad, y por ende, a su incorporación a la retribución regulada que les es asignada y a su consecuente traslación a los consumidores (incluso a los propios consumidores vulnerables beneficiados con el bono social), a través de los peajes de acceso, lo que vendría a neutralizar la finalidad perseguida con la medida" (Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 7/2016).

También rechaza la afirmación de la demanda por la que esta exclusión de las actividades de red por razón de ser objeto de retribución regulada es incongruente con la imposición de la obligación de financiación a los comercializadores de referencia, por cuanto también son objeto de retribución regulada. Los comercializadores de referencia no son retribuidos, como sí ocurre con el transporte y distribución, con cargo al sistema eléctrico, como así lo evidencia el artículo 13 LSE, donde se incluye dicha retribución de las actividades de red entre los costes del sistema y, sin embargo, no se hace mención alguna a los COR. Los comercializadores de referencia perciben su retribución de sus clientes a través de sus facturas y ni siquiera es cierto que apliquen un precio estrictamente regulado. En efecto, el PVPC no merece, en rigor, dicha calificación, o por lo menos no de forma absoluta, porque, como bien es sabido, el término de energía está directamente vinculado al precio del mercado diario mayorista, y es bien sabido que ese precio del mercado diario se forma libremente por el simple juego de la oferta y la demanda. Su situación es, por tanto, absolutamente disímil del transporte y distribución (cuya retribución sí es regulada estrictamente en el sentido de que se fija por el Gobierno en las correspondientes órdenes de peajes y se financia con cargo al sistema), por lo que las fundadas razones opuestas por el legislador para justificar la exclusión de las actividades de red de la financiación del bono social no son en absoluto trasladables a los comercializadores de referencia.

Por lo que respecta a las instalaciones de producción, además de la falta de relación de dicha actividad con el bono social, de imponerse dicha obligación a las instalaciones con régimen retributivo específico ello llevaría aparejado, al igual que en las actividades de redes, la incorporación del bono

social como coste de retribución a la operación, trasladándose ese coste a los consumidores a través de los peajes de acceso. Y, sobre esta se, añade que en el caso de otras instalaciones de generación que no dispongan de régimen retributivo específico, sujetarlas al bono social introduciría una diferencia de trato con las instalaciones de generación sujetas a retribución específica que menoscabaría la igualdad entre ambas actividades de generación. Pero el art. 3.2 de la Directiva faculta la imposición de obligaciones de servicio público a las empresas eléctricas, pero no exige que sea a todas ellas. Así mismo cuestiona la aplicación de la sentencia del TJUE "caso Anode" pues de ella no se infiere, a su juicio, la necesaria universalidad de las obligaciones de servicio público.

- También rechaza el argumento de que no se cumpla el objetivo consistente en la recuperación con la máxima eficacia de todos los costes del bono social.

Los comercializadores de referencia no son retribuidos con cargo al sistema eléctrico, sino que perciben su retribución de sus clientes a través de sus facturas y ni siquiera es cierto que apliquen un precio estrictamente regulado. Y en segundo lugar se sugiere que el mecanismo de financiación impuesto perjudica a los comercializadores libres que no repercuten su coste por el efecto de pérdida de clientes que ello generaría, pues de los datos disponibles se aprecia que la comercialización libre ha mantenido una continuada tendencia de crecimiento. El hecho de que el PVPC no refleje ni incorpore el coste de financiación del bono social no merma la competitividad de las comercializadoras libres que están ya aplicando con total desparpajo márgenes de comercialización que quintuplican los reconocidos en aquél y, sin embargo, ven crecer continuamente su cuota de mercado.

- Se argumenta también que la medida es discriminatoria respecto de las sociedades matrices de los grupos IBERDROLA, GAS NATURAL FENOSA, ENDESA y VIESGO por cuanto estas cuatro entidades asumen más del 90% de la financiación del bono social, sin que exista justificación para ello.

La demanda cuestiona que la cuota de mercado de los sujetos que realizan la actividad de comercialización se mida en términos de número de clientes y no en términos de volúmenes de venta de energía. Pero el representante del Estado considera que para elegir este criterio se ha tenido en consideración que ese mismo criterio es tomado en consideración por la Directiva 2009/72/CE y ha sido utilizado como parámetro de determinación de la atribución de comercializador de referencia de acuerdo con el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo (debiendo recordarse que son los clientes acogidos al suministro de referencia los que pueden beneficiarse del bono social). Criterio que se plasma en el artículo 45 de la LSE y se desarrolla en los artículos del Reglamento siguientes: art. 13 (financiación del bono social y del coste de suministro de electricidad del consumidor con riesgo de exclusión social), art. 14 (método de cálculo de los porcentajes de reparto), art. 15 (procedimiento de liquidación de las cantidades a satisfacer) y art. 16 (regularización de las cantidades a financiar)

Este criterio es tan objetivo como el de la cuota de mercado de energía. Una primera razón que justifica la utilización de este criterio es que resulta más objetivo medir un número finito y determinado de consumidores, cada uno con su CUPS (Código Unificado de Punto de Suministro)¹, que medir el consumo eléctrico total de un país y desglosarlo entre los comercializadores, puesto que el consumo eléctrico es variable y depende de muchos factores, con una creciente tasa de cambio de comercializador eléctrico entre los consumidores al ser una actividad liberalizada o de cambios en los patrones de consumo que pudieran darse en la sociedad.

Adicionalmente, existen importantes razones que justifican la utilización del número de clientes como parámetro que refleje la genuina capacidad económica de los sujetos obligados:

- Este parámetro está vinculado con la capacidad financiera de los comercializadores y, particularmente, con la de los comercializadores que operan atendiendo directamente a los hogares beneficiados por el bono social.

- Este parámetro es el más relacionado con los beneficios indirectos que, en términos de imagen corporativa, pueden obtener las empresas por su contribución al bono social.

En todo caso, lo cierto es que en el caso de que se utilizase el criterio de cuota de energía eléctrica comercializada los porcentajes de reparto del bono social no diferirían mucho, puesto que las comercializadoras de los grupos eléctricos mayoritarios lo son tanto en clientes como en energía eléctrica comercializada y están presentes en las diversas actividades del sector eléctrico.

Así en relación con el año 2013 la cuota de energía distribuida entre las cinco principales empresas comercializadoras sumaría el 97,81 € del mercado y la cuota de número de clientes conectados a la red respecto de esas mismas empresas alcanzaría el 95,25 €. Específicamente en el caso de Viesgo (antes EON) la cuota sobre energía distribuida alcanzaría el 2,30 € y la cuota del número de clientes conectados en ese mismo periodo y para esa misma empresa sería de 2,13 €.

Por ello, cualquiera que sea el criterio utilizado el porcentaje de cuota de mercado es muy similar.

Tampoco comparte la afirmación de que el criterio de cuota de mercado no guarda relación con la capacidad económica dado que el resulta de su actividad viene dado por el volumen de ventas de energía. Esta afirmación no es exacta pues el precio cobrado por los comercializadores a sus clientes no viene dado, al menos no exclusivamente, por el volumen de energía suministrada, sino también por otros conceptos como la potencia contratada que son ajenos al mayor o menor consumo. Por ello el criterio del número de clientes no es en modo alguno ajeno a la capacidad económica de las comercializadoras.

Recuerda que el debate planteado no es oportunidad y no se pide al Tribunal Supremo que sustituya al Gobierno en el ejercicio de su potestad económica, sino que controle si dicho ejercicio, que se concreta en el desarrollo reglamentario del art. 45 LSE, respeta el ordenamiento jurídico.

Por lo que respecta a la denunciada desproporción de las obligaciones de servicio público al no imponerse una duración limitada, argumenta que el sistema regulado en el RD-Ley 7/2016 no tiene carácter permanente en tanto se prevé su revisión, al menos cada cuatro años, para adecuarla a la situación del sector eléctrico, previsión que podría comportar su propia supresión.

2.º Sobre la pretendida vulneración del art. 31.1 de la CE.

A su juicio el Real Decreto-Ley 7/2016 define con claridad los elementos esenciales de la prestación: a) por un lado, los obligados; b) en segundo lugar, el criterio para la determinación del importe de su obligación; en tercer lugar, el elenco de posibles beneficiarios (art. 52.4.j) LSE).

Por otra parte, la exigencia de la definición en la norma con rango de ley de los elementos esenciales de la obligación se contrae a las obligaciones propiamente tributarias, reguladas en el art. 31.1 CE, no siendo trasladables con igual intensidad a las prestaciones patrimoniales obligatorias del art. 31.3 CE (SSTC 83/2014y STC de 6 de octubre de 2016). En contra de lo afirmado por la actora, el hecho de que los principios esenciales así definidos hayan sido objeto de un ulterior desarrollo reglamentario no comporta infracción del art. 31.3 CE.

No existe, por tanto, infracción por el hecho de que el art. 45.4 LSE establezca que “por orden del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos económicos” se establecerá el límite máximo que podrá alcanzar dicha obligación, en tanto dicho limite no es elemento esencial indispensable de toda prestación patrimonial obligatoria sino una singular precisión. El desarrollo reglamentario incorporado al Real Decreto 897/2017 ya precisa que la cofinanciación de las Administraciones Públicas deberá alcanzar, cuando menos, “el 50 por ciento del importe de su factura a PVPC previo a la aplicación del descuento por bono social”, lo que, por exclusión delimita el alcance de la obligación asumidas por los comercializadores (el importe restante).

3.º Sobre los pretendidos vicios de nulidad del Real Decreto impugnado.

a) Nulidad del apartado tercero del artículo 6 en que se cuantifica el bono social como un descuento del 25% y del 40% por entender que vulnera los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de transparencia y objetividad.

El artículo 45 regula los consumidores vulnerables y el bono social que resultará de aplicación a los consumidores vulnerables. Define el bono social que cubre la diferencia entre el PVPC y un valor base que podrá ser distinto según las categorías de consumidor vulnerable que se establezcan que se denominará TUR y será aplicado por el COR a dichos consumidores.

Lo que regula el Reglamento impugnado es el bono social y por tanto ese valor base de aplicación a las diferentes categorías de consumidores vulnerables que se establezcan. El criterio del 25 % es el mismo que ya existía en anteriores regulaciones del bono social por lo que no constituye novedad alguna (artículo 16 del Real Decreto 216/2014, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación). El criterio del 40 % tiene razón de ser en la situación agravada de los beneficiarios del mismo, consumidores vulnerables severos o en riesgo de exclusión, lo que justifica mayores medidas protectoras. Por lo tanto, no se trata de una decisión arbitraria.

b) Nulidad del art. 5 del RDD por suponer una modificación tácita del artículo 4.2 del Real Decreto 216/2014, por ser contrario al artículo 52 de la LSE así como desproporcionado.

No es necesaria norma con rango de ley para modificar el RD 216/2014 por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación. No se trata de una materia reservada a la ley como lo confirma que se regule en un Reglamento.

Sentado lo anterior, modificar un reglamento mediante otra norma reglamentaria no infringe el principio de jerarquía normativa y, desde luego, ni vulnera el artículo 105 de la Constitución.

Por lo demás, tampoco se aprecia la vulneración del artículo 52 de la LSE que se denuncia de contrario pues el citado artículo se limita a regular la "suspensión del suministro" y el hecho de que no prevea expresamente la obligación de las COR de asumir suministros en situación de impago no implica, como se pretende de contrario, que la prohíba.

c) Infracción del artículo 17 de la LSE al no haber previsto la inclusión de los costes de financiación del bono social dentro del PVPC.

La tesis de la demanda se basa en la premisa de que tiene derecho legal a que los costes correspondientes a la gestión del bono social sean considerados coste de comercialización a incurrir en el PVPC. Esto es, la demandante tacha al Reglamento ahora recurrido de nula merced a una supuesta ilegalidad por omisión de la potestad reglamentaria que carece de toda base legal que no sea la opinión del recurrente.

Ni el artículo 17 LSE ni los artículos 21 y 22 del Real Decreto 216/2014 incluyen el coste reclamado dentro de los costes de comercialización del PVPC. Sería absurdo que lo hicieran porque trasladaría el descuento del bono social al incremento del PVPC, frustrando la finalidad de la obligación de servicio público estableciendo y soslayando que la Directiva 2009/72/CE permite imponer a las empresas eléctricas como la recurrente dicha obligación.

Pero ni existe una obligación legal o constitucional de incluir el coste del bono social dentro de los de los costes comerciales del PVPV, ni se ha demostrado que se quiebre los principios del artículo 17 LSE, señaladamente la suficiencia de ingresos, ni se ha producido una situación antijurídica tal y como resulta de los artículos 21 y 22 del Real Decreto 216/2014 en relación con el citado artículo 17 LSE.

4.º Pretendida omisión normativa del RD al no arbitrar un mecanismo para reintegrar en el patrimonio de los COR los costes de financiación del bono social por ellos asumidos en el año 2016.

La entidad recurrente reclama en este punto el perjuicio que habría sufrido por el hecho de que entre el 1 de septiembre de 2016 y el 24 de diciembre de 2016 (período que media entre que se dejara de aplicar el anterior mecanismo y la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2016) los comercializadores de referencia aplicaron en sus facturas la tarifa de último recurso y, sin embargo, la CNMC no les ingresó las cantidades que tenían derecho a percibir en concepto de bono social. Argumenta la demanda que “este perjuicio se ha consolidado en el patrimonio de los comercializadores de referencia por obra de la normativa objeto de debate”.

La articulación de un eventual mecanismo para resarcir a las comercializadoras de los costes incurridos durante el tiempo que medió entre que se dejara de aplicar el anterior mecanismo y la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2016 no forma parte del contenido del RD aquí impugnado dado que no existe, por otro lado, obligación legal que así lo imponga.

No debe olvidarse que el Real Decreto impugnado tiene por objeto el debido desarrollo del Real Decreto-ley 7/2016, y, en particular, de acuerdo con la redacción allí dada a los artículos 45.1, 45.4, 52.3 y 52.4.j) LSE.

En ningún caso dicho desarrollo puede comportar, como estaría exigiendo la actora, la regulación de situaciones preexistentes a la propia aprobación del Real Decreto-ley 7/2016 (como la financiación del bono social hasta su entrada en vigor) y que no fueron objeto de consideración en dicha norma de rango legal.

Por todo ello, solicita que se desestime la demanda.

TERCERO. El representante legal de EDP España SAU contestó a la demanda en el extremo referido al método de cálculo de los porcentajes de reparto del bono social se adecuan al objeto de la norma.

El criterio para el cálculo de los porcentajes de reparto del bono social en función del número de clientes se halla directamente relacionado con los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la norma impugnada: los consumidores personas físicas con una potencia contratada igual o inferior a 10 kW y que constituyen, en definitiva, el 94% de los consumidores eléctricos y como se recoge en los informes de la CNMC.

La capacidad económica de las empresas comercializadoras obligadas a financiar el bono social está estrechamente relacionada con la cifra de negocio derivada de la prestación del suministro eléctrico en el sector doméstico que es, en definitiva, el afectado por el Real Decreto 897/2017.

Y la justificación de este criterio como parámetro que refleja la genuina capacidad económica de los sujetos obligados en atención a la naturaleza y consecuencias de la obligación que se les impone está justificada sobradamente en la MAIN del RDL 7/2016.

Por otra parte, el número de clientes se ha constituido como el parámetro determinante para la atribución de la condición de comercializador de referencia, tal y como se recoge en el art. 3.1 del Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo. Si el número de clientes es la magnitud que permite definir a las COR dicho criterio también resulta adecuado para ser utilizado como cuota de reparto de las cantidades a financiar del bono social, porque son precisamente dichas sociedades las que aplican el bono social, y son también los consumidores acogidos al suministro de referencia los únicos que pueden beneficiarse del bono social.

Y finalmente argumenta que si en vez del número de clientes el legislador hubiera tomado como criterio de reparto el volumen de energía suministrada a los consumidores doméstico el porcentaje de financiación de cada agente hubiera sido muy similar al que se deriva de la norma.

CUARTO. La empresa "Viesgo" presentó su escrito de conclusiones en la que contestando a los argumentos expuestos por el Abogado del Estado reitera las razones expuestas en su demanda.

Así mismo el Abogado del Estado presentó su escrito de conclusiones en el que volvió a defender el criterio de reparto entre las comercializadoras en función del número de clientes.

QUINTO. Tras dictarse por el TJUE la sentencia de 14 de octubre de 2021 (asunto C-683/19) que respondía a la petición de decisión prejudicial planteada por esta Sección en relación con la correcta interpretación del artículo 3 apartado 2 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio de 2009, mediante diligencia de ordenación se concedió a las partes personadas la posibilidad de formular alegaciones.

SEXTO. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones destacando que el nuevo mecanismo de financiación establece criterios objetivos y no discriminatorios, que debe ser la sala que examine si la selección de empresas realizada se encuentra motivada y si la diferenciación respecto de las empresas obligadas a financiar el bono social obedece a una diferenciación objetivo. También destaca que la sentencia del TJUE ha dejado claro que el art. 3.2 de la Directiva 2009/72 no se opone a la inexistencia de compensación financiera ni a que se fije dicha obligación sin límite temporal.

Por su parte, la empresa Viesgo presentó su escrito de alegaciones destacando que no existes motivos objetivos y razonables que justifiquen un tratamiento diferenciado entre las empresas eléctricas, sin que las explicaciones aducidas para imponer dicha obligación a las comercializadoras justifiquen el tratamiento diferenciado respecto de otros agentes del sector eléctrico. Insiste también en la omisión contraria al derecho europeo consistente en no arbitrar ningún mecanismo para reintegrar en el patrimonio de las comercializadoras de referencia los costes de financiación del bono social.

SÉPTIMO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 18 de enero de 2022, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La entidad "Viesgo" interpone recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

Los motivos de impugnación esgrimidos pueden sintetizarse en los siguientes:

1.º Se declaren inaplicables y nulos los artículos 3 a 17, la disposición adicional primera y la disposición transitoria primera del Real Decreto impugnado en tanto normas reglamentaria que tienen por objeto desarrollar el artículo 1 y la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 7/2016 por ser contrario al artículo 3 apartados 1 y 2 de la Directiva 2009/72/CE.

2.º Subsidiariamente, la nulidad del Real Decreto impugnado por infracción del art. 31.3 de la Constitución.

3.º Subsidiariamente, la nulidad del Real Decreto impugnado por vicios exclusivamente imputables al mismo.

4.º El Real Decreto impugnado incurre en una omisión contraria a los artículos 3 de la Directiva 2009/72/CE y 31.3 de la Constitución Española.

Esta Sala ha examinado el presente recurso de manera conjunta con los recursos 622/2017, 633/2017 y 686/2017, habiéndose suscitado en los citados procesos cuestiones en gran medida coincidentes.

SEGUNDO. Antecedentes del llamado "bono social" y su financiación en España.

La pobreza energética se percibe como un problema cada vez mayor en la Unión Europea por lo que se llama a los Estados miembros a desarrollar “planes de acción nacionales u otros marcos adecuados para luchar contra la pobreza energética”.

Tanto la anterior Directiva 2003/54/CE como la actual Directiva 2009/72/CE que vino a sustituirla, abordan este problema. Así, la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes del mercado interior de la electricidad, destaca la importancia de que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para proteger a los consumidores vulnerables en el contexto del mercado interior de la electricidad. Establece que “Dichas medidas pueden diferir en función de las circunstancias concretas de cada Estado miembro, y podrán incluir medidas específicas relacionadas con el pago de las facturas de electricidad o medidas más generales adoptadas dentro del sistema de seguridad” (considerando 45) y les insta a que adopten medidas destinadas a luchar contra la pobreza energética intentando garantizar el suministro de energía eléctrica necesario a los clientes vulnerables (considerando 53 de la Directiva).

En España, la protección frente a la pobreza energética se ha diseñado aplicando un descuento en la tarifa eléctrica para determinados consumidores (“los consumidores vulnerables”) lo que se denomina “bono social”.

El “bono social” se crea por el artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril. En la exposición de motivos de dicha norma se justificaba como un mecanismo adicional de protección para colectivos vulnerables, “imponiendo una obligación de servicio público, en el sentido del artículo 3 de la Directiva 2003/54/CE, a las comercializadoras de último recurso para que el tránsito a las tarifas de último recurso pueda ser realizado de una forma razonable para todos”.

Se diseña desde su origen como una prestación con un marcado carácter social destinada a proteger a determinados consumidores de electricidad acogidos a la tarifa de último recurso -en la actualidad el Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor (PVPC)-, que tuvieran unas determinadas características sociales, de consumo y poder adquisitivo, y tan solo respecto al coste de la energía eléctrica consumida en su vivienda habitual.

El “bono social” se configura como una obligación de servicio público, que, como señala la sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2021 (Asunto C- 683/19), consta de dos elementos: por un lado, el descuento en el precio de la electricidad suministrada a determinados consumidores vulnerables, y, por otro lado, la aportación financiera destinada a cubrir el coste de ese descuento. Y aunque ambos aspectos están indisolublemente vinculados es posible establecer diferentes formas de financiar esta prestación.

En España han existido en estos últimos años hasta tres diferentes mecanismos de financiación del bono social eléctrico que han sido impugnados ante este Tribunal Supremo:

1.º Una primera regulación, contenida en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril (artículo 2.5 y disposición transitoria 2.ª) y en la Orden ITC/1723/2009, de 20 de junio (disposiciones adicionales 2.ª y 3.ª), preveía que la carga de la financiación recayese sobre el sector de la generación, designando nominalmente a unas determinadas empresas obligadas al pago. La STS de 7 de febrero de 2012 (rec. 419/2010) declaró que dicha regulación no era conforme con la normativa comunitaria europea que entonces resultaba de aplicación (Directiva 2003/54/CE) al entender que era discriminatoria al hacer recaer la carga de toda la financiación del bono social en unas empresas concretas de un sector (el de generación de energía eléctrica), sin que se explicase la razón por la que deba imponerse a dicho sector en general y a tales empresas en particular la prestación patrimonial que implica la financiación del bono social.

2.º El artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, estableció un nuevo sistema de financiación del bono social con cargo 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. Y tras un largo devenir procesal, se planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE con el fin de aclararla correcta interpretación del art. 3 apartado 2 de la Directiva 2009/72, que fue resuelta por sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2021 (Asunto C-683/19). En dicha sentencia, en relación con el entonces vigente sistema de financiación instaurado en España, se afirma que “el régimen de financiación del bono social tiene como resultado hacer recaer más del 99 % del coste de dicho bono en los cinco operadores más importantes del mercado español de la electricidad, lo cierto es que el criterio elegido por el legislador nacional para distinguir entre las sociedades que deben asumir, en mayor o menor grado, ese coste y aquellas que quedan totalmente eximidas de hacerlo conduce a una diferencia de trato entre las distintas sociedades que operan en ese mercado que no está justificada de manera objetiva”. Y que “[...] el criterio, elegido por el legislador nacional para distinguir entre las sociedades que deben asumir ese coste y aquellas que quedan totalmente eximidas de hacerlo, conduce a una diferencia de trato entre las distintas sociedades que operan en ese mercado que no está justificada de manera objetiva”.

Por ello, varias sentencias de este Tribunal Supremo n.º 1532/2021, de 20 de diciembre de 2021 (rec. 960/2014)n.º 1549/2021, de 21 de diciembre de 2021 (rec. 16/2015), entre otras, aplicando la doctrina fijada por el TJUE, concluyeron que el régimen de financiación del bono social establecido en el versión original del artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, debía ser declarado inaplicable por resultar incompatible con la exigencia establecida en artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, -las obligaciones de servicio público

“deberán 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 nacionales”- y, como consecuencia de lo anterior, que deben declararse asimismo inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo dispuesto en el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013.

3.º Finalmente se reguló un nuevo sistema de financiación del bono social que se articula por vía de urgencia por el Real Decreto Ley 7/2016, de 23 de diciembre modificando el art. 45 apartado 4 de la Ley del Sector eléctrico. Previsión legal que se desarrolla por el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, ahora impugnado.

El mecanismo de financiación en la actual regulación recae sobre “las matrices de los grupos de sociedades que desarrollen la actividad de comercialización de energía eléctrica o por las propias sociedades que así lo hagan si no forman parte de ningún grupo societario” (art. 45.4 de la LSE). En definitiva, la obligación de financiación se impone a las compañías comercializadoras.

TERCERO. Sobre el nuevo mecanismo de financiación.

Partiendo de estos antecedentes corresponde analizar los diferentes motivos de impugnación planteados, comenzando por los reproches que la recurrente dirige al régimen de financiación previsto en el art. 45.4 de la Ley del Sector Eléctrico tras la modificación realizada por el Real Decreto Ley 7/2016 por entender que es incompatible con el derecho de la Unión Europea, en concreto con lo dispuesto en el artículo 3 apartados 1y 2 de la Directiva 2009/72/CE.

Desde un punto de vista jurídico el "bono social" tiene un doble fundamento: como obligación de servicio público que los Estados miembros pueden imponer a las empresas eléctricas en aras al interés económico general, y así se establece actualmente en el art. 3.2 de la Directiva/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009; y desde el punto de vista de ordenamiento interno como una prestación patrimonial de naturaleza pública, en los términos previsto en el art. 31.3 de la Constitución.

La financiación del bono social eléctrico está regulada en la actualidad en el artículo 45.4 la Ley del Sector Eléctrico en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 7/2016, de 23 de diciembre, que sirve de cobertura legal respecto a las previsiones de financiación que desarrolla el Real Decreto impugnado. El art. 45.4 dispone:

“[...] El bono social será asumido por las matrices de los grupos de sociedades que desarrollen la actividad de comercialización de energía eléctrica, o por las propias sociedades que así lo hagan si no forman parte de ningún grupo societario.

Asimismo, y con el límite máximo que se establezca por orden del ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, las citadas sociedades o grupos de sociedades asumirán la cuantía que deban aportar para cofinanciar con las Administraciones Públicas competentes el coste del suministro de los consumidores a que hace referencia el artículo 52.4.j).

Reglamentariamente se establecerán los mecanismos y actuaciones necesarios para la asignación de dichas aportaciones.

El porcentaje de reparto de las cantidades a financiar se calculará para cada sociedad o grupo de sociedades de forma proporcional a la cuota de clientes a los que suministre energía eléctrica, como la relación entre un término que será el valor medio anual de clientes que corresponda a cada uno los sujetos obligados, y otro término que corresponderá a la suma de todos los valores medios anuales de clientes del conjunto de sociedades comercializadoras.

En los grupos societarios de los que forme parte más de una comercializadora de energía eléctrica el cálculo de la cuota de clientes a los que se suministra energía eléctrica se obtendrá agregando las cuotas individuales de cada una de estas.

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 por el Gobierno. A estos efectos, la citada Comisión Nacional publicará anualmente en su página web la información, referida al periodo considerado, relativa a los valores medios anuales de clientes de energía eléctrica que correspondan a cada uno de los sujetos, así como la relación de sociedades o grupos de sociedades que hubiera considerado en su propuesta, determinada a partir de los datos del último año completo de que se disponga.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia remitirá anualmente al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, en el plazo que se establezca reglamentariamente, una propuesta de fijación de los porcentajes de financiación que correspondan a cada una de las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, a las sociedades que desarrollen la actividad de comercialización de energía eléctrica. El ministro procederá a su aprobación por orden que será publicada en el "Boletín Oficial del Estado".

En todo caso, las aportaciones que deba realizar cada uno de los sujetos obligados se depositarán en una cuenta específica en régimen de depósito creada al efecto por el organismo liquidador, que será responsable de su gestión.

Reglamentariamente se podrán establecer mecanismos para regularizar, en sentido positivo o negativo, las cantidades aportadas por los distintos sujetos, reconociendo, en su caso, los derechos de cobro u obligaciones de pago que correspondan, y garantizar la correcta aplicación de lo previsto en el presente artículo.

El mecanismo previsto en este apartado se revisará por el Gobierno al menos cada cuatro años para adecuarlo a la situación del sector eléctrico”.

La entidad recurrente considera que las previsiones del Real Decreto Ley 7/2016, de 23 de diciembre referidas al mecanismo de financiación del bono social, y consecuentemente las del Real Decreto impugnado que las desarrollan, resultan contrarias al art. 3 de la Directiva 2009/72/CE, al establecer una obligación de servicio público de forma no objetiva y discriminatoria.

Conviene empezar por aclarar que no se cuestiona la prestación que el bono social implica, esto es el descuento reglado que se aplica en la factura del consumo eléctrico en favor de determinados consumidores considerados vulnerables, sino el sistema previsto en la ley para financiar el coste que ello genera, por entender que se produce un trato discriminatorio al no imponerse la financiación a todas las empresas eléctricas sino exclusivamente a las empresas comercializadoras sin una justificación objetiva y razonable.

Para poder analizar si dicha previsión legal, y consiguientemente el mecanismo de financiación que diseña, eso no conforme al derecho comunitario es preciso acudir a lo dispuesto en el art. 3 apartado 2 de la Directiva 2009/72 y a la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta, dado que la aportación financiera obligatoria que se exige para financiar el bono social es parte integrante de la obligación de servicio público comprendida en el ámbito de aplicación de dicha norma de la Unión.

El artículo 3 de la Directiva 2009/72, referido a las obligaciones de servicio público, dispone en su apartado 2 “En el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima. Estas obligaciones de servicio público deberán 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 nacionales”.

El Tribunal de Justicia ha destacado en su más reciente sentencia de 14 de octubre de 2021 (Asunto C-683/19) que existe una reiterada jurisprudencia de la que se desprende que:

“[...] aunque una intervención estatal en la fijación del precio de la electricidad constituye un obstáculo a la consecución de un mercado de la electricidad competitivo, esta intervención puede admitirse en el marco de la Directiva 2009/72 si se cumplen tres requisitos. En primer término, tal intervención debe perseguir un objetivo de interés económico general; en segundo término, debe respetar el principio de proporcionalidad, y, en tercer término, las obligaciones de servicio público que establezca deben estar claramente definidas, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Unión el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores (véanse, por analogía, las sentencias de 7 de septiembre de 2016, ANODE, C-121/15, EU:C:2016:637, apartado 36, y de 30 de abril de 2020, Îvergás Mrezhi y Balgarskagazova asotsiatsia, C-5/19, EU:C:2020:343, apartado 56).

45 Por lo que se refiere a este último requisito, en particular, a la exigencia de que las obligaciones de servicio público no sean discriminatorias, [...] el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 permite la imposición de obligaciones de servicio público con carácter general “a las empresas eléctricas” y no a algunas empresas concretas. En este contexto, 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 eléctrico. Así pues, cualquier eventual diferencia de trato debe justificarse objetivamente (véanse, por analogía, las sentencias de 7 de septiembre de 2016, ANODE, C-121/15, EU:C:2016:637, apartado 71, y de 30 de abril de 2020, Îvergás Mrezhi y Balgarska gazova asotsiatsia, C-5/19, EU:C:2020:343, apartado 80).

46 Por lo tanto, si bien la obligación de servicio público relativa al bono social se ha impuesto a todas las empresas eléctricas que comercializan energía eléctrica en el mercado español, en la medida en que la carga financiera de esta obligación, que está destinada a cubrir los costes del descuento en el precio de la electricidad previsto por el bono social, no afecta a todas esas empresas eléctricas, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la diferenciación efectuada entre las empresas que deben soportar el peso de dicha carga y las que están exentas de ella está justificada de manera objetiva (véase, por analogía, la sentencia de 30 de abril de 2020, Îvergás Mrezhi y Balgarska gazova asotsiatsia, C-5/19, EU:C:2020:343, apartado 82 y jurisprudencia citada)".

En definitiva, la más reciente jurisprudencia del TJUE en esta materia, interpretando el art. 3.2 de la Directiva 2009/72, ha concluido que dicha norma permite la imposición de estas obligaciones de servicio público, pero "con carácter general" han de ser "a las empresas eléctricas" y no a algunas empresas concretas, sin excluir a priori a ninguna de las empresas que operan en el sector eléctrico. Y que si el Estado miembro pretende imponer dicha obligación solo a determinadas empresas del sector eléctrico esa diferencia de trato debe "justificarse objetivamente", correspondiendo al órgano judicial nacional comprobar si la diferenciación efectuada entre las empresas que deben soportar el peso de dicha carga y las que están exentas de ella está justificada de manera objetiva, pues en caso contrario dicha obligación se consideraría discriminatoria.

Otros Estados miembros de la Unión Europea el coste del bono social se financia directa o indirectamente a través de los presupuestos públicos (con la excepción de Portugal donde existe un modelo mixto en el que una parte de la financiación se impone a las empresas generadoras de electricidad), como señala el Consejo de Estado sobre el proyecto de Real Decreto impugnado.

En España, el llamado "bono social térmico" (concebido para la concesión de ayudas destinadas a paliar la pobreza energética de los consumidores vulnerables, en lo que respecta a la energía destinada a calefacción, agua caliente sanitaria y cocina) se financia también con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (arts.5 y 7 del Real Decreto Ley 15/2018).

Sin embargo, el legislador español en el caso del "bono social eléctrico" ha optado por imponer la obligación de financiación a determinadas empresas que operan en el sector eléctrico, en la actualidad a las comercializadoras.

Pues bien, a tenor de la jurisprudencia del TJUE y dado que la obligación de financiación solo recae sobre determinadas empresas del sector eléctrico corresponde a este Tribunal analizar si las razones utilizadas para establecer dicha diferencia de trato esta "justificada objetivamente" y no es discriminatoria.

CUARTO. Análisis de las razones utilizadas para imponer la obligación de financiación a las comercializadoras.

Ya hemos destacado que esta es la tercera ocasión que este Tribunal examina si el mecanismo de financiación establecido por el legislador nacional es o no conforme con el derecho de la Unión Europea, aunque cada uno de los supuestos analizados planteaban una problemática distinta, no debe dejar de destacarse que en el caso que nos ocupa el Real Decreto Ley 7/2016, de 23 de diciembre exterioriza las razones que le llevan a imponerla financiación del bono social a las comercializadoras.

La exposición de motivos de dicho Real Decreto Ley contiene una motivación en una doble faceta: por un lado, las razones que le llevan a optar por imponer la obligación de financiación a las comercializadoras y las matrices que incluyan comercializadoras; por otro, las razones que avalan que no se haga extensiva esta obligación a otras empresas que operan en diferentes ámbitos del sector eléctrico (producción, transporte, distribución).

No se aprecia, por tanto, un problema de motivación. La cuestión litigiosa es otra, se centra en determinar si las razones o motivos esgrimidos por la ley nacional tanto para imponer la financiación únicamente a las comercializadoras como para excluir a las demás empresas que operan en el sector eléctrico pueden considerarse una justificación objetiva y razonable.

Analicemos los motivos utilizados:

1.º La Exposición de motivos del RDL 7/2016 para justificar que la financiación se imponga a las comercializadoras razona lo siguiente:

“Es evidente que el mecanismo del bono social, al dirigirse directamente a determinados consumidores y traducirse, como se ha dicho, en el abono por éstos de un precio inferior por la electricidad consumida a través de un descuento que se aplica por el comercializador en la respectiva factura, se encuentra estrechamente vinculado a la actividad de comercialización. Resulta por ello plenamente lógico que sean precisamente el conjunto de los sujetos que realizan esta actividad, con la que está directamente vinculada la medida, los obligados a soportar el coste que conlleva”.

También se exponen las razones que llevan a incluir a las matrices de grupos que incluyen comercializadoras, afirmando que:

“Esta obligación se impone, en el caso de las comercializadoras que formen parte de grupos de sociedades, a las respectivas matrices y ello por razones de carácter técnico orientadas a una mejor gestión. En este sentido, debe tenerse presente que muchas de las tales matrices (que no así las comercializadoras integrantes del grupo) son ya sujetos del sistema de liquidaciones del sector eléctrico, que actualmente gestiona la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) como órgano encargado de las mismas, lo que simplificará la gestión de sus aportaciones. Por otro lado, y dado que, con notable frecuencia, un mismo grupo de sociedades puede integrar a varias empresas comercializadoras de energía eléctrica, normalmente con distintos segmentos o tipologías de consumidores o asentadas en distintas áreas regionales, con la imposición de la obligación a la matriz del grupo se faculta una gestión conjunta y de manera agregada de la contribución para la financiación del bono social, lo que redundará en una gestión más eficiente de la misma”.

Y finalmente se añade “[...] por añadidura, que el objetivo principal de la regulación actual es la recuperación con la máxima eficacia de todos los costes del bono social, la alternativa contemplada en este real decreto-ley, a saber, la financiación por parte de los sujetos vinculados a la actividad de comercialización de energía eléctrica se muestra como la más adecuada y concordante con la naturaleza y finalidad perseguida por el bono social”.

Se esgrime, por tanto, como razón principal que justifica la imposición de la obligación de financiación a las comercializadoras que el mecanismo del bono social se dirige a los consumidores y se opera como un descuento sobre la factura por lo que “se encuentra estrechamente vinculado a la actividad de comercialización”.

Pues bien, si el criterio utilizado es la vinculación del beneficiario que disfruta del bono social con los sujetos obligados a financiarlo, dicho criterio no puede aplicarse a aquellas empresas que carecen de esta vinculación por cuanto su actividad es ajena o esta desligada de los consumidores vulnerables, tal y como ocurre con las empresas comercializadoras que operan en el mercado libre y con las sociedades matrices de los grupos que incluye a una o más empresas comercializadoras.

El descuento en la facturación de la energía eléctrica que se realiza a los consumidores vulnerables tan solo se aplica por los comercializadores de referencia, pero no por las comercializadoras del mercado libre que no tienen vinculación alguna con dichos consumidores ni en el suministro de energía ni en su facturación. Así lo dispone el art. 45.3 de la Ley del Sector eléctrico “el bono social cubrirá la diferencia entre el valor del precio voluntario para el pequeño consumidor y un valor base, que podrá ser

distinto según las categorías de consumidores vulnerables que se establezcan, que se denominará tarifa de último recurso y será aplicado por el correspondiente comercializador de referencia en las facturas de los consumidores que estén acogidos al mismo”.

Este mismo razonamiento resulta trasladable a las sociedades matrices cabeceras de un grupo que incorpora una sociedad comercializadora, pues la sociedad matriz tampoco tiene esa especial vinculación con el consumidor vulnerable. Sin que tampoco resulte asumible como razón objetiva en que fundar esa obligación circunstancias relacionadas con la mayor o menor facilidad de la gestión administrativa para los poderes públicos.

En todo caso, este criterio que sirve para justificar la imposición de esta financiación a las empresas comercializadoras parte de una premisa errónea.

La imposición de obligaciones de servicio público a determinadas empresas con exclusión de otras no puede fundarse en la relación existente con el beneficiario de la prestación, sino que ha basarse en la especial vinculación de los sujetos obligados a la prestación (en este caso los obligados a financiar el bono social) con el contenido de la obligación que se impone, con independencia de quien sea el beneficiario, por otro lado, cambiante, de dicha prestación.

La obligación de interés público impuesta implica el descuento en el precio de la electricidad suministrada a determinados consumidores por lo que se articula una aportación financiera destinada a cubrir el coste de ese descuento. Así pues, la conexión entre el obligado a financiar y el descuento que se opera está vinculada con la energía que se suministra y consume por el beneficiario. De modo que dicha obligación no guarda relación tan solo con el último escalón de la cadena: la facturación de la electricidad consumida, sino con todo el proceso necesario para que sea posible el suministro de la energía que se consume (generación, transporte, distribución y comercialización de la energía) y con el precio que se le aplica.

Y en este punto conviene tener presente que el precio de la energía sobre la que se aplica el descuento es fruto de la adición de todos los costes que se generan a lo largo del proceso (desde la producción a la comercialización) y no puede relacionarse tan solo con la fase final de comercialización. El Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor (PVPC), al que se podrán incorporar descuentos o recargos que se aplican a los consumidores vulnerables, se calcula añadiendo los siguientes conceptos (art. 17.2 de la LSE):

“a) El coste de producción de energía eléctrica, que se determinará con arreglo a mecanismos de mercado en los términos que se desarrollen reglamentariamente.

b) Los peajes de acceso y cargos que correspondan.

c) Los costes de comercialización que correspondan”.

En definitiva, el precio de la energía que se gira a los consumidores vulnerables y sobre los que se aplica el descuento en qué consiste el bono social se forma con los costes de producción, peajes de la red y comercialización. Por ello, la obligación de asumir el coste del descuento que se practica sobre este importe no está relacionada únicamente con la actividad de comercialización sino con la actividad desplegada por todas las empresas que operan en el sector eléctrico.

El hecho de que sean las comercializadoras de referencia las que finalmente incorporan el descuento sobre la factura que giran al consumidor vulnerable no constituye una razón objetiva y de peso para hacer recaer sobre el último escalón de la cadena la carga de soportar la totalidad del coste de financiación que implica el descuento operado en el coste de la energía consumida.

2.º Paralelamente la exposición de motivos del RDL incorpora lo que denomina "razones adicionales" que avalan que la obligación de financiar el bono social no se haga extensiva a los sujetos que ejercen otras actividades en el sector eléctrico, tales como la generación, el transporte y la distribución.

A tal efecto razona que las actividades de redes, a saber, transporte y distribución, “son por sus características monopolios naturales [...]. Como tales, tienen un régimen de retribución regulada que cubre una retribución financiera sobre las inversiones realizadas y una retribución por costes de operación y mantenimiento. Esta retribución [...] ha de ser sufragada con cargo a los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución satisfechos por los consumidores y los productores, así como por los agentes por las exportaciones de energía a países no comunitarios. Por tanto, la imposición de la obligación de financiación del bono social a estos sujetos, dejando al margen su falta de relación directa con el objeto de la medida analizada, obligaría a su necesario reconocimiento como un coste más de su actividad y, por ende, a su incorporación a la retribución regulada que les es asignada y a su consecuente traslación a los consumidores (incluso a los propios consumidores vulnerables beneficiados por el bono social)”.

Y respecto a las instalaciones de producción de energía eléctrica con régimen retributivo específico se afirma que “dejando nuevamente al margen su falta de relación directa con la propia medida y con sus destinatarios, la cuantía que en tal concepto les correspondiera sufragar habría de ser reconocida de forma directa como costeen su retribución a la operación, con el consecuente traslado a los consumidores de tal coste a través de los peajes de acceso. Y si ha de excluirse la financiación por este colectivo, debe igualmente excluirse que puedan contribuir a ella aquellas otras instalaciones de generación que no dispongan de régimen retributivo específico, en tanto ello introduciría una evidente diferencia de trato dentro de la misma actividad de generación”.

El razonamiento es doble: los transportistas, distribuidores y generadores con régimen retributivo específico están sujetos a un régimen de retribución regulada y caso de establecerse la carga de soportar la obligación de financiación del bono social se debería reconocer como un coste de su actividad que se trasladaría a todos los consumidores, incluidos los vulnerables.

Tampoco estas razones aparecen como objetivamente suficientes para justificar el tratamiento diferenciado dispensado a las empresas comercializadoras respecto de las demás empresas que actúan en el sector eléctrico.

En primer lugar, no tendría sentido excluir a unas empresas eléctricas de las obligaciones de servicio público por razón de que su retribución es regulada y, a la vez, imponerlas a otros sujetos que también perciben una retribución regulada. También los comercializadores de referencia cuentan con una retribución regulada y no se explican que razones existen para que el coste de la financiación del bono social asumido por dichas comercializadoras no fuese trasladable a los consumidores. Y si así fuera, la razón utilizada para establecer esa diferenciación con las empresas dedicadas al transporte, distribución y las generadoras de energía eléctrica con régimen retributivo específico desaparecería.

Por otra parte, esta razón tampoco serviría para explicar porque se excluye a las generadoras de energía sin régimen de retribución específico, sujetas al precio del libre mercado, cuya retribución no es regulada.

En segundo lugar, es cierto que los comercializadores de referencia no son retribuidos con cargo al sistema eléctrico y no todos los conceptos que facturan son peajes o tarifas, pero su retribución está sujeta a intervención administrativa (art. 17 de la LSE). No debe olvidarse que tanto los precios voluntarios para el pequeño consumidor y las tarifas de último recurso se encuentran regulados en el artículo 17 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, son únicos en todo el territorio español, y serán los precios máximos que podrán cobrar los comercializadores que, a tenor de lo previsto en el párrafo f) del artículo 6, asuman las obligaciones de suministro de referencia, a aquellos consumidores que, de acuerdo con la normativa vigente, cumplan los requisitos para que les resulten de aplicación.

Si conforme al artículo 17.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, para el cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor, al que deben estar acogidos los consumidores vulnerables, se incluyen de forma aditiva en su estructura el coste de producción de energía eléctrica, además de los peajes de acceso, cargos y los costes de comercialización que correspondan, no parece razonable argumentar que las empresas dedicadas a la generación, transporte y distribución no deben asumir la financiación del descuento que se opera sobre este precio total porque necesariamente habría de repercutirse al consumidor final y, sin embargo, que las empresas comercializadoras que lo asuman no tienen la posibilidad de repercutirlo sobre los usuarios finales. No se aprecian razones objetivas para establecer este diferente tratamiento.

3.º Finalmente, de forma accesoria, se aduce que “el objetivo principal de la regulación actual es la recuperación con la máxima eficacia de todos los costes del bono social”.

No se entiende bien el alcance de esta expresión; pero lo cierto es que la recuperación de las cantidades financiadas por los comercializadores de referencia no será posible si dicho importe no se incluye como costes en su retribución regulada y, caso de incluirse se evidenciaría lo irrazonable de excluir a los distribuidores, transportistas y generadores.

Por lo demás, esta afirmación resulta ser inoperante respecto de los generadores que no cuentan con retribución regulada e introduce un trato diferente respecto de los comercializadores que actúan en el mercado libre, pues ambos sujetos actúan en mercados liberalizados y se encuentran en la misma situación para poder recuperar en el mercado los costes que soportan.

4.º En definitiva, la obligación de financiación impuesta a las compañías comercializadoras conduce a un resultado que debe considerarse discriminatorio.

En tal sentido, ya la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2021 (Asunto C-683/19) argumentaba que “si, como indica el Gobierno español, el régimen de financiación del bono social tiene como resultado hacer recaer más del 99 % del coste de dicho bono en los cinco operadores más importantes del mercado español de la electricidad, lo cierto es que el criterio elegido por el legislador nacional para distinguir entre las sociedades que deben asumir, en mayor o menor grado, ese coste y aquellas que quedan totalmente eximidas de hacerlo conduce a una diferencia de trato entre las distintas sociedades que operan en ese mercado que no está justificada de manera objetiva”.

Pues bien, con el sistema de financiación implantado por el Real Decreto Ley 7/2016 las cinco principales sociedades matrices (grupos Iberdrola, Endesa, Gas Natural Fenosa, Viesgo y EDP) asumen el 94,21 € de la financiación del bono social circunstancia muy similar, aunque con un criterio de financiación diferente, a la contemplada en la sentencia del TJUE y en las anteriores sentencias de este Tribunal Supremo sobre esta materia.

Por todo ello, tras el detenido análisis de las razones expuestas para justificar el mecanismo de financiación del bono social -que no el propio bono social- contenida en el art. 45 apartado 4 de la Ley del Sector Eléctrico en la redacción dada por el Real Decreto Ley 7/2016, de 23 de diciembre, imponiendo dicha obligación a las empresas comercializadoras, se alcanza la conclusión de que la obligación de financiación del bono social -que no el bono social- impuesta a “las matrices de los grupos de sociedades que desarrollen la actividad de comercialización de energía eléctrica o por las propias sociedades que así lo hagan si no forman parte de ningún grupo societario” es contraria a las previsiones contenidas en el art. 3. 2 de la Directiva 2009/72/CE por carecer de una justificación objetiva y ser discriminatoria.

Ello determina la inaplicación del artículo 1 apartado Tres del Real Decreto Ley 7/2016 de 23 de diciembre por el que se da una nueva redacción al apartado 4 del artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico y de la Disposición transitoria única de dicho Real Decreto Ley por el que se establece el

mecanismo para la financiación transitoria del coste de bono social previsto en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Y todo ello por cuanto, en aplicación del principio de primacía, se aprecia que el mecanismo de financiación contenido en tales preceptos legales resulta contrario al art. 3. 2 de la Directiva 2009/72/CE tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE.

No resulta innecesario, por tanto, entrar a resolver la alegación que cuestiona el reparto del coste del bono social entre los sujetos obligados a financiarlo en base a la cuota de mercado medida en términos de volúmenes de venta de energía y no de número de clientes.

Esta decisión no exige el previo planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE a la vista de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 20 de abril de 2010 (asunto C- 265/08, Federulity), sentencia de 7 de septiembre de 2016 (Asunto C121/15, Anode), y muy especialmente en la más recientemente sentencia de 14 de octubre de 2021 (Asunto C-683/19) dando respuesta a la cuestión prejudicial de interpretación planteada por este Tribunal respecto del art. 3.2 de la Directiva, su aplicación y alcance.

Finalmente debemos recordar que, como explica la STJUE, Sala Quinta de 14 de octubre de 2021, asunto C-683/19 (apartado 40 de su fundamentación jurídica), “[...] la obligación de servicio público impuesta por el bono social consta de dos elementos, a saber, por un lado, el descuento en el precio de la electricidad suministrada a determinados consumidores vulnerables y, por otro lado, la aportación financiera destinada a cubrir el coste de ese descuento, que están indisolublemente vinculados”. Y si bien las razones expuestas nos llevan a considerar inaplicable, por ser contraria al artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72, la regulación relativa al segundo de esos elementos que integran el bono social, esto es, el relativo a su financiación; tal pronunciamiento no alcanza a la primera faceta del bono social, la relativa al descuento en el precio de la electricidad suministrada a determinados consumidores, pues a ella no se refieren, ni le son trasladables, las consideraciones que antes hemos expuesto.

Por otra parte, estimada la pretensión principal resulta ya innecesario que entremos a examinar las pretensiones planteadas con carácter subsidiario, referidas la inconstitucionalidad del citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013 por infracción del art. 31.1 de la CE y los motivos de impugnación, igualmente subsidiarios, referido a motivos de nulidad del Real Decreto impugnado por vicios exclusivamente imputables al mismo, entre ellos el alegato de la parte demandante de que el mecanismo de financiación del bono social establecido en la regulación impugnada tiene vigencia indefinida y carece de compensación, si bien respecto de esto último cabe señalar que la cuestión ha recibido ya respuesta en la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2021 (Asunto C-683/19), apartado 61 de su fundamentación.

La estimación parcial de la pretensión principal va acompañada de la petición de restablecimiento de la situación jurídica individualizada consistente en que en el caso en que se declare que las obligaciones de servicio público son contrarias al derecho europeo debe indemnizarse “por importe (actualizado) de todas las cantidades satisfechas por mi representada en el cumplimiento de tales obligaciones (cantidades que con el paso del tiempo se van incrementado y cuya exacta determinación no puede ser realizada en esta fase)”.

Tal resarcimiento es una consecuencia directa de la estimación de este primer motivo para restablecer la situación jurídica y patrimonial vulnerada con dicha previsión por lo que de conformidad con lo solicitado procede que declaremos el derecho de la parte actora a ser indemnizada por las cantidades abonadas en concepto de financiación bono social en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 7/2016 y el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, de manera que se reintegren a las demandantes todas las cantidades satisfechas por ese concepto, descontando las cantidades que en su caso

hubiesen repercutido a los clientes para evitar su enriquecimiento injusto, más los intereses legales correspondientes computados desde fecha de pago hasta la fecha de su reintegro.

QUINTO. Sobre la pretendida omisión del Real Decreto por no arbitrar mecanismo para reintegrar a los comercializadores de referencia de los costes de financiación asumidos en el año 2016.

Finalmente se plantea si el Real Decreto impugnado incurre en una omisión contraria al derecho europeo y al constitucional.

Argumenta que en el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2016 y el 24 de diciembre de 2016 (período que media entre que se dejara de aplicar el anterior mecanismo y la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2016), los comercializadores de referencia aplicaron en sus facturas la tarifa de último recurso, sin embargo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no ingresó a dichas compañías las cantidades a las que tenían derecho en concepto de bono social. Ello ha supuesto un perjuicio en el patrimonio de los comercializadores de referencia.

Es cierto que tras sentencias del Tribunal Supremo que acordaron la inaplicación del anterior mecanismo de financiación del bono social, pero manteniendo, sin embargo, la prestación en favor de los consumidores, los comercializadores de referencia tuviesen que hacer frente a dicho descuento sin ser reintegrados en su importe por cuanto no existía fondos para ello. Así lo reconoce incluso el Real Decreto Ley 7/2016 de 23 de diciembre que en su exposición de motivos afirma “[...] la inaplicación así declarada hace que deba regularse una nueva forma de financiación del bono social. Ello ha de hacerse con carácter urgente, en tanto que el propio bono social, configurado como un descuento sobre el precio voluntario para el pequeño consumidor, no se ha visto afectado por la sentencia y, en consecuencia, sigue aplicándose en la facturación a los consumidores vulnerables que tiene derecho a ello”.

Las empresas que asumieron este desembolso tienen derecho a ser reintegradas en su importe. Ahora bien, el problema que se plantea en estos momentos es si dicho reintegro debe estar contemplado en la norma ahora impugnada. La empresa recurrente así lo pretende argumentando la nulidad del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre por la omisión de una previsión en tan sentido.

Lo cierto es que la doctrina de esta Sala es restrictiva en relación con el control de las omisiones reglamentarias, tanto desde el punto de vista formal de su acceso a la jurisdicción como desde el punto de vista material o sustantivo, referido al contenido y alcance que corresponde a la función revisora del Tribunal.

Siendo la potestad reglamentaria una competencia constitucional del Gobierno que ejercer según criterios de legalidad y oportunidad no puede ser compelido por mandato derivado de una sentencia a su ejercicio en un determinado sentido, o dicho en otros términos que pueda ser condenado a dictar un Reglamento o un precepto reglamentario con un determinado contenido, lo que excedería de las facultades de la Jurisdicción (STS 26 de febrero de 1993). En definitiva, únicamente cabe apreciar una ilegalidad omisiva controlable jurisdiccionalmente, cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación expresamente establecida por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar, o cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico.

En el supuesto que nos ocupa no existe previsión legal que exija que esta reparación sea contemplada en la norma impugnada. Es más, tal y como señala el Abogado del Estado, la articulación de un eventual mecanismo para resarcir a las comercializadoras de los costes incurridos durante el tiempo que medió entre que se dejara de aplicar el anterior mecanismo y la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2016 no forma parte del contenido del Real Decreto aquí impugnado dado que tiene por objeto el debido desarrollo del Real Decreto-ley 7/2016, y, en particular, de acuerdo con la

redacción allí dada a los artículos 45.1, 45.4, 52.3 y 52.4.j) LSE. En ningún caso dicho desarrollo puede comportar, como pretende la actora, la regulación de situaciones preexistentes a la propia aprobación del Real Decreto-ley 7/2016 (como la financiación del bono social hasta su entrada en vigor) y que no fueron objeto de consideración en dicha norma de rango legal.

Ello no impide que la parte pueda ejercitar las acciones correspondientes para obtener la reparación por las cantidades abonadas por tal concepto durante ese periodo.

SEXO. Decisión de la controversia.

A modo de recapitulación, debemos señalar que el presente recurso habrá de ser estimado en parte. Y acerca del alcance de nuestro pronunciamiento debemos hacer las siguientes puntualizaciones:

1/ En primer lugar, procede, que declaremos inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 1, apartado 3, del Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre (que da nueva redacción apartado al artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico) y en la disposición transitoria única del mismo Real Decreto-ley 7/2016, por resultar incompatible con 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.

Ahora bien, tal pronunciamiento de inaplicación únicamente ha de venir referido a lo que se dispone en tales normas respecto de la financiación del bono social; no así en lo que se refiere a otros aspectos de la regulación respecto los que no se ha acogido ningún motivo de impugnación.

2/ En segundo lugar, debemos declarar inaplicables y nulos los preceptos del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, que se refieren a la financiación del bono social. Pero tal pronunciamiento anulador no alcanza de forma global, como se postula en el suplico de la demanda, a los artículos 3 al 17 del citado Real Decreto, sino únicamente a aquellos artículos y apartados relativos al mencionado régimen de financiación del bono social. Por ello se declara la nulidad del art. 9 apartado 6, art. 13, 14, 15, 16 y 17 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre.

3/ Como consecuencia de los dos anteriores pronunciamientos, procede que declaremos el derecho de la parte actora a ser indemnizada por las cantidades abonadas en concepto de financiación bono social en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 7/2016 y el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, de manera que se reintegren a la demandante todas las cantidades que hayan satisfecho por esos conceptos hasta la fecha de la presente sentencia, descontando las cantidades que en su caso hubiesen repercutido a los clientes portal concepto para evitar su enriquecimiento injusto, más los intereses legales correspondientes computados desde fecha del pago hasta la fecha de su reintegro.

4/ En cuanto a las cantidades que la demandante deba satisfacer con posterioridad a la fecha de esta sentencia por el descuento del bono social o la cofinanciación del mismo será el nuevo régimen legal de financiación del bono que se establezca, en sustitución del que aquí hemos declarado inaplicable, o en una norma específica que a tal efecto se apruebe, el que determine la vía para el resarcimiento de las cantidades que las demandantes se hubieran visto obligadas a anticipar.

5/ El recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado en lo que se refiere a las demás pretensiones que formula la parte demandante.

SÉPTIMO. Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la estimación parcial del recurso sin que se aprecien circunstancias que justifiquen la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.º Estimar parcialmente el recurso interpuesto por "Viesgo Infraestructuras Energéticas SL" contra el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica;

2.º.- Declarar inaplicables el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 1, apartado 3, del Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre -que da nueva redacción al artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico-, y la disposición transitoria única del mismo Real Decreto-ley 7/2016, por resultar contrarios a 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.

3.º Declarar la nulidad de los artículos 9 apartado 6, art. 13, art. 14, art. 15, art. 16 y art. 17 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre en lo referido a la obligación de financiación y cofinanciación por las empresas designadas en el 45.4 de la LSE y el reparto por cuotas.

4.º Declarar el derecho de la parte actora a ser indemnizada por las cantidades abonadas en concepto de financiación del bono social y de cofinanciación con las Administraciones Públicas de aquellos suministros a consumidores que tengan la condición de vulnerables de manera que se reintegren a las demandantes todas las cantidades satisfechas por esos conceptos, descontando las cantidades que en su caso hubiesen repercutido a los clientes por tal concepto, más los intereses legales correspondientes computados desde fecha en que se hizo el pago hasta la fecha de su reintegro.

5.º Desestimar las demás pretensiones que formula la parte demandante. 6.º No imponer las costas procesales a ninguno de los litigantes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.