

Las comercializadoras de último recurso han de ser reintegradas de las cantidades descontadas a los clientes vulnerables en concepto de bono social por la declaración de inaplicación del mecanismo de financiación aprobado en 2016

La Sala examina la competencia del Ministerio de Energía, Industria y Turismo -actual Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico- para resolver la solicitud de las comercializadoras de último recurso del derecho al reintegro de las cantidades descontadas a los clientes en concepto de bono social.

Señala que no existe duda de la competencia del Ministerio para resolver el pago solicitado por las comercializadoras, sin perjuicio de las potestades de liquidación de la CNMC. Por otro lado, resuelve si las comercializadoras tienen derecho al reintegro de las cantidades descontadas a los clientes vulnerables en concepto de bono social, durante el periodo inmediatamente anterior a la entrada en vigor del RDL 7/2016, que regula el mecanismo de financiación del coste del bono social y otras medidas de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica. Afirma que al haber declarado la Sala la inaplicación del mecanismo de financiación del bono social en dos sentencias, que no afectaron al mantenimiento de la prestación del bono social en favor de los consumidores vulnerables, persistió la obligación de las comercializadoras de efectuar los correspondientes descuentos sin contraprestación de los correspondientes importes hasta la entrada en vigor del nuevo sistema de financiación, por lo que deben ser reintegradas de las cantidades soportadas por dicho concepto.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 3

Fecha: 07/04/2022

Nº de Recurso: 1431/2021

Nº de Resolución: 443/2022

Procedimiento: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)

Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso
SENTENCIA

Madrid, a 7 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto ha visto por esta Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación número 1431/2021, interpuesto por Baser Comercializadora de Referencia S.A. (antes EDP Comercializadora de Último Recurso), representada por la procuradora de los Tribunales Dña. María Teresa Uceda Blasco, con la asistencia letrada de D. Javier Fernández García, contra la sentencia de 30 de julio de 2020, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 987/2018, interpuesto por EDP Comercializadora

de Último Recurso contra la desestimación presunta por silencio de la solicitud formulada al Secretario de Estado de Energía, por escrito de 10 de noviembre de 2017, de reconocimiento de los descuentos aplicados a los consumidores vulnerables en el período de 1 de septiembre a 25 de diciembre de 2016 en concepto de bono social, ampliado a la resolución expresa de la Directora General de Política Energética y Minas, de 28 de febrero de 2019, que inadmitió a trámite la indicada solicitud.

Ha intervenido como parte recurrida la Administración del Estado, en la representación que le es propia. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia el 30 de julio de 2020 con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso-administrativo núm. 987/2018, promovido por la representación procesal de EDP COMERCIALIZADORA DE ULTIMO RECURSO,

S.A. contra Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Directora General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica, DEBIENDO CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS dicha resolución, así como aquellas de que trae causa, por ser conformes al Ordenamiento Jurídico. Todo ello, con imposición de costas a la recurrente hasta el límite de 2.000 euros en todos los conceptos."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la presentación procesal de Baser Comercializadora de Referencia S.A., manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala de instancia, por auto de 27 de enero de 2021, tuvo por preparado el recurso con emplazamiento de las partes ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección 1ª acordó por auto de 19 de mayo de 2021, lo siguiente:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º 1431/2021 preparado por la representación de Baser Comercializadora de Referencia, S.A. contra la sentencia de 30 de julio de 2020, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso n.º 987/2018.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si se ha producido la incongruencia por error denunciada y subsiguientemente precisar si corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o al Ministerio de Industria, Energía y Turismo (actualmente, en lo que ahora interesa, Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico) la potestad de reconocimiento de retribución en el sector eléctrico, y, en concreto, la potestad para resolver una solicitud de reintegro presentada como consecuencia de la declaración de inaplicabilidad del mecanismo de financiación del bono social.

Las normas que, en principio, serán objeto de interpretación, son la Disposición Adicional Octava y la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso."

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 25 de mayo de 2021 se remitieron las actuaciones a la Sección 2ª de esta Sala y se concedió plazo a la parte recurrente para que presentara escrito de interposición del recurso de casación.

QUINTO.- Baser Comercializadora de Referencia S.A. (antes EDP Comercializadora de Último Recurso) presentó, con fecha 1 de julio de 2021, escrito de interposición del recurso de casación, en el que alegó que este Tribunal Supremo, en sentencias de 24 y 25 de octubre y 2 de noviembre de 2016, declaró inaplicable el mecanismo de financiación del bono social, ordenando a la Administración reintegrar a las sociedades financiadoras todas las cantidades abonadas en concepto de bono social de los ejercicios 2015 y 2016, más los intereses correspondientes, y tras esa declaración de inaplicabilidad se produjo un lapso temporal de vacío normativo en la regulación de la financiación del bono social hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, durante el que las comercializadoras de referencia se vieron obligadas a continuar aplicando los descuentos en las facturas de los clientes acogidos al bono social, mientras que la CNMC dejó de realizar las liquidaciones correspondientes a partir de la liquidación 8/2016, correspondiente al período de facturación de 1 de enero a 31 de agosto de 2016, por lo que no se liquidó el período comprendido desde dicha fecha hasta el 25 de diciembre de 2016, fecha de entrada en vigor del citado RDL 7/2017.

Alega la parte recurrente que la sentencia impugnada no entró en el fondo del asunto y se limitó a señalar que el órgano encargado de las liquidaciones en el sector eléctrico es la CNMC, si bien ninguna de las partes había cuestionado la competencia de la CNMC para realizar las liquidaciones del sector eléctrico, sino que el debate versó sobre el derecho de la recurrente a que se le reintegraran los importe reclamados y la necesidad de una resolución previa que ordenase a la CNMC la realización de dichas liquidaciones.

La parte recurrente denunció en su escrito de interposición del recurso que la sentencia impugnada había incurrido en las siguientes infracciones normativas y jurisprudenciales:

1º.- La parte recurrente invoca, en primer término, la infracción por la sentencia recurrida de la disposición adicional 8ª y la disposición transitoria 4ª de la Ley 3/2013, sobre las funciones que asume el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de energía, que transitoriamente son asumidas por la CNMC, preceptos citados por la resolución expresa impugnada, en los que no se hace referencia alguna al reconocimiento de retribuciones a los sujetos del sector eléctrico, sino que, al contrario, el artículo 3.5 LSE atribuye a la Administración General del Estado las competencias de establecer el régimen retributivo y fijar la retribución de aquellas actividades que tengan una retribución regulada y, en el mismo sentido, el artículo 3.1.d) del RD 903/2017 establece que corresponde al Secretario de Estado de Energía la aprobación de la retribución de las actividades llevadas a cabo en el marco del sector energético. De conformidad con dichas disposiciones, en un precedente similar, la Secretaría de Estado de Energía, mediante resoluciones de 4 de abril de 2014 y 18 de julio de 2014 ordenó la devolución a las comercializadoras de referencia de todos los descuentos aplicados y requirió a la CNMC para que realizara las liquidaciones correspondientes.

2.- La parte recurrente considera que la sentencia impugnada infringe también los artículos 24 y 120 CE, al incurrir en un supuesto de incongruencia por error, que de acuerdo con la STC 124/2000 y otras que cita se produce cuando el órgano judicial no resuelve sobre la pretensión formulada, sino que erróneamente razona sobre otra pretensión ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquella sin respuesta, como sucede en el presente caso, en el que la sentencia impugnada se limitó a confirmar que la competencia para realizar las liquidaciones del sector eléctrico corresponde a la CNMC, cuestión no debatida en el proceso y fuera de toda duda, mientras que dejó sin resolver el fondo del asunto sobre el derecho de la recurrente a que se le reconozca el importe equivalente a los descuentos aplicados a los consumidores vulnerables en el período comprendido entre el 1 de septiembre y el 24 de diciembre de 2016, junto con los intereses legales, así como la eventual

necesidad de una resolución de la Secretaría de Estado que ordenase a la CNMC realizar las liquidaciones necesarias.

3.- En criterio de la parte recurrente, la sentencia impugnada infringe asimismo el artículo 17 de la LSE, el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este apartado se plantea la cuestión de fondo respecto del derecho de la recurrente a que se le reconozca y devuelva el importe reclamado, por la razón de que el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72 CE condiciona la imposición de obligaciones específicas de servicio público en el sector eléctrico al respeto del principio de proporcionalidad, que en este caso no ha sido observado, de conformidad con los criterios interpretativos de las sentencias del TJUE que cita.

Tras efectuar las anteriores alegaciones, la parte recurrente finalizó su escrito de interposición del recurso solicitando a la Sala:

i) Que, con estimación del presente recurso de casación, anule la sentencia impugnada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de julio de 2020, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

ii) Que, como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, esta Sala se sitúe en la posición procesal propia del Tribunal de instancia, y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en la instancia.

iii) Que, en consecuencia, estime el recurso contencioso administrativo interpuesto por la recurrente, condenando al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico a que dicte resolución reconociendo a la recurrente el derecho a que le sea reintegrado el importe equivalente a los descuentos aplicados en concepto de bono social durante el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2016 y el 24 de diciembre de 2016 (ambos inclusive), junto con los intereses legales correspondientes, y ordenando a la CNMC a realizar la correspondiente liquidación.

Por otrosí añadió la parte recurrente, para el caso de que por la Sala se planteen dudas sobre la interpretación del principio de proporcionalidad que rige el establecimiento de obligaciones de servicio público según lo ha interpretado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias citadas a lo largo del escrito de interposición, procedería el planteamiento de una cuestión prejudicial ante dicho Tribunal, para lo cual deberá darse audiencia previa a la parte para alegar lo que a su derecho convenga, de conformidad con el artículo 4.bis.2) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

SEXTO.- Por providencia de 5 de julio de 2021 se tuvo por interpuesto el recurso de casación y se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y personada, la Administración del Estado, para que pueda oponerse al recurso.

Por diligencia de ordenación de 8 de julio de 2021, y visto el apartado 5º del auto de admisión, se acordó la remisión de las actuaciones a esta Sección Tercera de la Sala.

SÉPTIMO.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso de casación en fecha 9 de agosto de 2021, en el que, tras exponer los antecedentes de la cuestión suscitada en este recurso, señala que la competencia para ordenar el pago solicitado por la parte recurrente corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de conformidad con los artículos 3 y 8.2 del RD 2017/1997, de 26 de diciembre, que atribuyen a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico las liquidaciones del sistema eléctrico y el artículo 18.2 de la LSE, por lo que la resolución expresa de 18 de febrero de 2019 se ajusta estrictamente a la legalidad, sin entrar a discutir si la solicitud tenía o no fundamento, a lo que añade que parece que en la demanda y escritos posteriores la parte recurrente renunció a la pretensión de responsabilidad patrimonial y, respecto de la pretensión subsidiaria por

inactividad de la Administración, por entender que el escrito de 10 de noviembre de 2017 fue una reclamación de prestación del artículo 29.1 de la LJCA, considera que es una pretensión inconsistente, porque la disposición adicional 139 de la Ley 6/2018, lo mismo que antes la disposición adicional 119 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, se refiere a arbitrar los fondos necesarios para llevar a cabo pagos, no al reconocimiento de obligaciones de pago y el objeto de la disposición invocada se refiere a indemnizaciones en ejecución de litigios, lo que aquí no ocurre.

Señala también el Abogado del Estado que el artículo 3.5 de la LSE en ninguna de sus versiones atribuye a la AGE la competencia de reconocimiento de obligaciones en el sector eléctrico y el artículo 3.1.d) del RD 903/2017 se refiere a la función de elaborar propuestas, no de aprobar contenidos y, además, se refiere a normas, no a concretas obligaciones, de lo que concluye que no ha existido infracción alguna de las normas reguladoras de las competencias respectivas de la AGE y la CNMC, que se mantienen hasta que se dicte la orden prevista en la disposición adicional tercera, apartado 2, del Real Decreto 903/2017, vigente el tiempo de la solicitud de 20 de noviembre de 2017 y de la disposición transitoria quinta, apartado 2, del Real Decreto 500/2020, hoy vigente.

Niega también el Abogado del Estado la incongruencia de la sentencia denunciada por la parte recurrente, y considera al respecto que la Sala rechazó en su día la solicitud de complemento de sentencia, porque la pretensión a que se refería el complemento interesado no aparece en el suplico de la demanda ni en el de conclusiones, además de que la resolución expresa de 28 de febrero de 2019 es firme porque no se pidió su anulación.

En cuanto a la infracción del artículo 17 LSE, el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE y la jurisprudencia del TJUE, el Abogado del Estado señala que se trata de fundamentos nuevos y ajenos al auto de admisión y que lo que se debate es quien es competente para conocer del asunto, a lo que añade que las sentencias de esta Sala que, en recursos directos o de casación, declararon inaplicable el sistema de financiación del bono social establecido por el artículo 45.4 de la LSE, han sido anuladas por el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/2019, seguida de otras que cita.

Indica asimismo el Abogado del Estado que la cuestión suscitada en el auto de admisión carece de interés casacional, porque determinar si se ha producido incongruencia por error es algo absolutamente casuístico, en cuanto a la cuestión de la potestad de reconocimiento de retribución en el sector eléctrico, tiene tal amplitud y vaguedad que es imposible de responder, porque depende de que retribuciones se trate y, en lo tocante a la potestad para resolver sobre una solicitud de reintegro como consecuencia de la inaplicabilidad del mecanismo de financiación del bono social, carece de cualquier interés casacional porque es una cuestión muy clara y no controvertida.

Expone el Abogado del Estado, en el apartado de pretensiones y pronunciamientos solicitados, que debe rechazarse dar respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión, por carecer de interés casacional en sí misma, además de que se trata de un caso puntual referido a una única comercializadora de referencia y un período de tiempo determinado, sin que sea susceptible de generalización. Por otra parte, fuera cual fuere la resolución que adopte la Sala, no cabe olvidarse que la liquidación de los costes del sistema efectuada por la CNMC es firme y también es firme la resolución expresa de 28 de febrero de 2019, en cuanto no existió pretensión anulatoria, debiendo rechazarse el fondo del asunto.

Por todo lo anterior, concluyó su escrito el Abogado del Estado su escrito de oposición solicitando a la Sala que desestime el recurso de casación y confirme la sentencia recurrida.

OCTAVO.- La recurrente Baser Comercializadora de Referencia, S.A. presentó escrito el 2 de noviembre de 2021, al amparo del artículo 271.2 de la LEC, acompañado de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 14 de octubre de 2021 (asunto C-683/19), que dio respuesta

a las cuestiones planteadas por esta Sala en auto de 9 de julio de 2019 (recurso 960/2014), en relación con la compatibilidad del bono social regulado en el artículo 45.4 de la LSE, desarrollado por el RD 968/2014, de 21 de noviembre, con el artículo

3.2 de la Directiva 2009/72/CE y, por diligencia de ordenación de 3 de noviembre de 2021, se dio traslado al Abogado del Estado, que presentó escrito de alegaciones de fecha 10 de noviembre de 2021.

NOVENO.- Por providencia de 21 de enero de 2022 se señaló el día 29 de marzo de 2022 para votación y fallo del recurso.

DÉCIMO.- El 9 de marzo de 2021 la parte recurrente presentó un escrito en solicitud de diligencias finales para la incorporación a las actuaciones de un escrito de contestación a la demanda presentado por el representante de la Administración del Estado en los autos del recurso contencioso administrativo 1916/2021, interpuesto ante la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y, por diligencia de ordenación de 16 de marzo de 2022 se dio traslado al Abogado del Estado, que formuló alegaciones en escrito de 22 de marzo de 2022.

DECIMOPRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en la providencia de 21 de enero de 2022, el día 29 de marzo de 2022 tuvieron lugar las diligencias de votación y fallo del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La sentencia impugnada.

Se interpone por Baser Comercializadora de Referencia S.A. (antes EDP Comercializadora de Último Recurso S.A.) recurso de casación contra la sentencia de 30 de julio de 2020, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el procedimiento ordinario 987/2018, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por EDP Comercializadora de Último Recurso S.A. contra la desestimación presunta por silencio de la solicitud formulada al Secretario de Estado de Energía por escrito de 10 de noviembre de 2017, de reconocimiento de los descuentos aplicados a los consumidores vulnerables en el período de 1 de septiembre a 25 de diciembre de 2016 en concepto de bono social, ampliado a la resolución expresa de la Directora General de Política Energética y Minas, de 28 de febrero de 2019, que inadmitió a trámite la indicada solicitud.

La sentencia impugnada fundamentó la desestimación del recurso contencioso administrativo y la confirmación de la resolución expresa impugnada de la Directora General de Política Energética y Minas, de inadmisión a trámite de la solicitud, en los siguientes razonamientos:

"TERCERO.- Centrado debidamente por la Abogacía del Estado el objeto del presente recurso en la resolución de 28 de febrero de 2019, de la DGPEyM, inadmitiendo a trámite solicitud de reintegro -a la que fue debidamente ampliado el presente procedimiento y en el que la propia recurrente centra el sustrato de sus esfuerzos argumentativos-, ha lugar a resaltar que la mencionada resolución de 28 de febrero no hace sino inadmitir la solicitud del recurrente por falta de competencia, sin entrar en el fondo de lo solicitado, al considerar que la competencia para resolver sobre la solicitud de reintegro recae en la CNMC.

Comprobado igualmente que tal inadmisión con inhibición (que, además, podría conllevar falta de agotamiento de la vía por tratarse de acto no definitivo) es correcta al amparo de la DA OCTAVA.1 d) y DT CUARTA de la ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la CNMC, la resolución impugnada es conforme a Derecho, procediendo la conclusión desestimatoria que sigue, so pena de incurrir en prerrogativas eminentemente administrativas ajenas a la función revisora de esta jurisdicción."

Antes de examinar las cuestiones suscitadas en el presente recurso, debemos indicar que, como se dice en el antecedente de hecho 10º de esta sentencia, la parte recurrente presentó un escrito, con posterioridad a la providencia de señalamiento para votación y fallo, en el que solicitó la práctica de diligencias finales consistentes en la unión de un documento (la contestación del Abogado del Estado en otro recurso) a las actuaciones, y la respuesta de la Sala a tal petición no puede ser sino la apuntada por el escrito del Abogado del Estado en sus alegaciones sobre dicha solicitud, que rechazamos porque en un recurso de casación no cabe la práctica de actuaciones de prueba.

SEGUNDO.- Sobre el motivo de impugnación por vulneración de los artículos 24 y 120 CE , al incurrir la sentencia de instancia en un supuesto de incongruencia por error.

En los antecedentes de hecho de esta sentencia hemos hecho referencia a los motivos de impugnación de la sentencia de instancia que hace valer la parte recurrente, de los que debemos abordar en primer lugar, por ser de examen preferente, el motivo que denuncia el defecto de forma de haber incurrido la sentencia en incongruencia por error.

El Tribunal Constitucional, en las sentencias 40/2006 (FJ 2º) y 83/2009 (FJ 3º), entre otras, ha considerado que una sentencia incurre en incongruencia por error en los supuestos en lo que "por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta."

En este caso, la recurrente interpuso un recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo, ampliado posteriormente a la resolución expresa de 28 de febrero de 2019, de inadmisión a trámite de su reclamación formulada ante el Secretario de Estado de Energía, en la que había solicitado el reintegro de 1.682.960 euros, por la aplicación y financiación de los descuentos en concepto de bono social a los consumidores sin percibir las cantidades que le debieron ser ingresadas por dicho concepto.

En el suplico de su demanda solicitó la parte recurrente a la Sala de instancia que dictara sentencia por la que declare su derecho "a percibir una indemnización por importe de 1.682.960 euros, por la declaración de inaplicabilidad del mecanismo de financiación del bono social o, subsidiariamente, la existencia de inactividad de la Administración...".

La sentencia impugnada estimó que la resolución expresa a la que se había ampliado el recurso, de 28 de febrero de 2019, de inadmisión a trámite de la solicitud de reintegro por falta de competencia, al considerar que era competente para resolver sobre la solicitud de reintegro la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, era conforme a derecho, por lo que desestimó el recurso contencioso administrativo.

No estimamos que la sentencia impugnada haya incurrido en el defecto de incongruencia por error, en los términos definidos por las sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas, porque los razonamientos en los que se basó la desestimación del recurso no se refirieron a ninguna pretensión ajena al debate procesal, sino que, por el contrario, la cuestión del órgano competente para resolver la solicitud de reintegro formulada por la parte recurrente formó parte del debate entre las partes, y así, la parte recurrente hizo valer en su escrito de conclusiones, -y no en su escrito de demanda, porque la resolución expresa a la que se amplió el recurso fue de fecha posterior-, los argumentos que estimó oportunos sobre la competencia de la Administración para resolver su reclamación mientras que el Abogado del Estado, en sentido contrario, alegó en su escrito de oposición que, como mantenía la resolución impugnada, la competencia para resolver correspondía a la CNMC, al ser lo reclamado el pago de las liquidaciones presentadas por el recurrente ante la CNMC.

Por ello no puede acogerse que la sentencia impugnada haya basado la desestimación del recurso contencioso administrativo en razones ajenas al debate procesal, ni que haya incurrido en incongruencia por error.

TERCERO.- Sobre la solicitud formulada por la parte recurrente y la competencia de la Administración demandada para resolverla.

En el escrito presentado por la sociedad recurrente a la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Energía, Industria y Agenda Digital, de fecha 10 de noviembre de 2017, explica que las sentencias de esta Sala de 24 y 25 de octubre y 2 de noviembre de 2016 declararon que el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la LSE, resultaba incompatible con el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, por lo fueron declarados inaplicables dicho precepto legal y diversas disposiciones del RD 968/2014, de 21 de noviembre, impugnado en los recursos en los que recayeron las indicadas sentencias, sobre el régimen de financiación del bono social, y como consecuencia de tal declaración las comercializadoras de referencia, entre las que se encontraba la recurrente, se vieron obligadas a continuar aplicando los descuentos en concepto de bono social a sus clientes con derecho al mismo, sin percibir las cantidades que les debían ser ingresadas a dichos efectos, desde las indicadas sentencias hasta la entrada en vigor de la nueva regulación del bono social contenida en el Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, es decir, entre el 1 de septiembre y el 24 de diciembre de 2016, que sustituyó a la declarada inaplicable.

Por todo ello, el indicado escrito de 10 de noviembre de 2017 concluyó solicitando a la Secretaría de Estado de Energía que dictara resolución por la que ordene el pago de 1.682.960 euros, correspondientes a los descuentos efectuados a los clientes vulnerables, en concepto de bono social y no reintegrados, durante el período indicado, más los intereses que se devenguen hasta su íntegro resarcimiento.

Como se ha indicado, la resolución de la Directora General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica, a la que se amplió el recurso contencioso administrativo, inadmitió a trámite el escrito citado en los párrafos anteriores, por considerar que la competencia para efectuar las liquidaciones omitidas en 2016 correspondía a la CNMC, en virtud de la disposición adicional octava, apartado 1.d) en relación con la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

La Sala no considera que los preceptos que se citan en la resolución impugnada justifiquen la inadmisión a trámite de la solicitud por falta de competencia del Ministerio al que se dirigió la sociedad recurrente, en atención a la naturaleza de lo solicitado, pues la disposición adicional 8.1 de la Ley 3/2013 se refiere a las funciones que asume el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en el sector eléctrico, entre las que incluye en el apartado d) la de realizar "la liquidación de los costes de transporte y distribución de energía eléctrica, de los costes permanentes del sistema y de aquellos otros costes que se establezcan para el conjunto del sistema cuando su liquidación le sea expresamente encomendada", y la disposición transitoria cuarta del mismo texto legal señala, en relación con las funciones que conforme a lo establecido en la propia ley deban traspasarse a los ministerios, que "la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, una vez haya entrado en funcionamiento, las desempeñará hasta el momento en el que los departamentos ministeriales dispongan de los medios necesarios para ejercerlas de forma efectiva", de forma que los indicados preceptos se refieren a liquidaciones del sistema, mientras que la sociedad recurrente lo que interesó del Ministerio no es la práctica de ninguna liquidación, sino el reconocimiento de un derecho o de una situación jurídica individualizada como consecuencia de los descuentos efectuados a sus clientes vulnerables, como comercializadora de referencia, en el concreto período ya indicado, entre la declaración de inaplicación por sentencias de esta Sala del mecanismo de financiación del bono social y la entrada en vigor del nuevo mecanismo que sustituyó al declarado inaplicable.

La Administración General del Estado a la que se dirigió la solicitud de reconocimiento del derecho al reintegro de las cantidades descontadas a los clientes en concepto de bono social, disponía en criterio de la Sala, de competencia para resolver sobre el indicado reconocimiento del derecho, en base a los artículos 3.5 de la LSE, que asigna a la Administración General del Estado la competencia para establecer "el régimen retributivo y fijar la retribución de aquellas actividades que tengan una retribución regulada" y 3.1.d) del RD 903/2017, de 13 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, que reconoce específicamente a la Secretaría de Estado de Energía, bajo la superior dirección del Ministro, la función de la "elaboración de propuestas sobre regulación y, en su caso, aprobación de tarifas, precios de productos energéticos y peajes, cánones, cargos, así como la retribución de las actividades llevadas a cabo en el marco del sector energético de acuerdo con la legislación vigente."

En el reconocimiento de la competencia de la Administración demandada para resolver sobre la solicitud de reconocimiento de un derecho, formulada por la sociedad recurrente en este caso concreto, son también relevantes las resoluciones de la propia Administración demandada, en relación con el reconocimiento a la sociedad recurrente y otras comercializadoras de referencia del mismo derecho al reintegro de las cantidades descontadas en concepto de bono social a sus clientes vulnerables, como consecuencia de la anterior declaración de inaplicación del mecanismo de financiación del bono social establecido por el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010).

En aquella ocasión, la Administración demandada, por resoluciones de la Secretaría de Estado de Energía de fechas 4 de abril y 18 de julio de 2014 (documentos 8 y 9 acompañados a la demanda), no opuso ningún obstáculo competencial para el reconocimiento del derecho de las comercializadoras de referencia al reintegro de las cantidades descontadas a sus clientes vulnerables en concepto de bono social, y así, en la primera de las resoluciones citadas, la Secretaria de Estado de Energía resolvió, en su apartado 3º, "...ordenar el pago a todos los comercializadores de último recurso que así lo hayan solicitado de las cantidades que, en su momento, les fueron detraídas en concepto de bono social..." y en su apartado 5º "...dar traslado a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano encargado de las liquidaciones, de la presente resolución a fin de que proceda la realizar las devoluciones a que se refieren los apartados anteriores..." y en la segunda de las resoluciones citadas, el mismo Secretario de Estado de Energía resolvió, en su apartado 1º, "Ordenar el pago a todos los comercializadores de último recurso de las cantidades que no hubieran percibido hasta la fecha de la presente resolución en concepto de bono social del mes de enero de 2012 y al período entre el 1 y el 6 de febrero de 2012, y ello con aplicación del interés legal del dinero...", y en su apartado 4º, "Dar traslado a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano encargado de las liquidaciones, de la presente resolución a fin de que proceda a realizar las devoluciones a las que se refieren los apartados anteriores..."

En dichas resoluciones es, por tanto, el Secretario de Estado de Energía el órgano que resuelve ordenar el pago solicitado por las comercializadoras, sin perjuicio de una vez reconocido el derecho al pago, dé traslado de lo acordado a la CNMC para que, como órgano encargado de las liquidaciones, realice las devoluciones ordenadas.

De acuerdo con lo anterior, consideramos que la Administración General del Estado demandada disponía de competencia para resolver sobre si era o no conforme a derecho la solicitud presentada por la parte recurrente, en los términos en que fue formulada, y todo ello sin perjuicio de las competencias que las disposiciones adicional 8ª y transitoria 4ª de la Ley 3/2013, antes examinadas, atribuyen a la CNMC en materia de liquidaciones del sistema eléctrico, por lo que procede acoger este primer motivo del recurso con anulación de la sentencia impugnada.

CUARTO.- Sobre el reintegro solicitado por la sociedad recurrente de las cantidades descontadas a los clientes vulnerables en concepto de bono social durante el período reclamado.

1.- En el tercer motivo del recurso la parte recurrente sostiene que la sentencia impugnada incurrió en infracción del artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico, así como del artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A este respecto, debemos rechazar las alegaciones del Abogado del Estado en su escrito de oposición al recurso, que consideran que las alegaciones sobre la infracción del artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico, el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72 y la jurisprudencia del TJUE son fundamentos nuevos y ajenos al auto de admisión.

De acuerdo con el propio auto de admisión del recurso de casación, las cuestiones de interés casacional apreciadas fueron las de determinar si se ha producido la incongruencia por error denunciada y, subsiguientemente, precisar si corresponde a la CNMC o al Ministerio para la Transición Ecológica la potestad en concreto para resolver una solicitud de reintegro presentada como consecuencia de la declaración de inaplicabilidad del bono social, y como por las razones expuestas en los apartados anteriores, hemos llegado a la conclusión de que la Administración General del Estado tenía competencia para resolver la solicitud de reintegro a que se refiere este recurso, corresponde entonces que, tras la anulación de la sentencia impugnada, procedamos a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

Como señala el propio auto de admisión (FD 3º) el recurso en la instancia versó sobre el derecho de la recurrente a que se reintegraran los importes reclamados, y la parte recurrente en su escrito de demanda fundamentó el reintegro solicitado de los descuentos aplicados en concepto de bono social, entre otros argumentos, en el principio de suficiencia de ingresos que consagra el artículo 17.1 de la LSE, como piedra angular de la actividad de las comercializadoras de referencia, lo que reiteró en su escrito de conclusiones, así como en los criterios del TJUE que cita, expresados en la sentencia de dicho Tribunal de 14 de octubre de 2021 (asunto C-683/19), que dan respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por esta Sala en el auto de 9 de julio de 2019 (recurso 960/2014), sobre la compatibilidad del mecanismo del bono social regulado en el artículo 45.4 de la LSE con el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, sentencia traída a las actuaciones al amparo del artículo 271.1 de la LEC y de la que se dio traslado a la Administración demandada para alegaciones.

2.- La cuestión de fondo a que se refiere el presente recurso, es la de si la sociedad recurrente tiene derecho al reintegro de las cantidades descontadas como comercializadora de referencia a los clientes vulnerables, en concepto de bono social, durante el periodo reclamado.

La parte recurrente limita su reclamación al período de 1 de septiembre a 24 de diciembre de 2016, esto es, al periodo inmediatamente anterior a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2016, por el que se regula el mecanismo de financiación del coste del bono social y otras medidas de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica.

3.- La Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, advierte en el Considerando 53 de su Preámbulo que la pobreza energética es un problema cada vez mayor en la Comunidad y llama a los Estados miembros afectados que todavía no hubieran tomado medidas al respecto al desarrollo de planes nacionales para luchar contra la pobreza energética y, en cualquier caso, para garantizar el suministro de energía necesario para los clientes vulnerables. A tal efecto, el artículo 3.2 de la Directiva dispone que los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse, entre otros extremos, al precio de los suministros.

En línea con las previsiones de la Directiva 2009/72/CE que se acaban de mencionar, el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE) regula el bono social como una obligación

de servicio público según lo previsto en la Directiva 2009/72CE, consistente en un descuento que las comercializadoras de referencia debe de aplicar en las facturas de los consumidores vulnerables, entendiéndose por tales las personas físicas en su vivienda habitual que cumplan con las características sociales, de consumo y de poder adquisitivo que se determinen por real decreto aprobado por Consejo de Ministros.

La sociedad recurrente, con la denominación anterior de EDP Comercializadora de Último Recurso S.A., está incluida en el listado de las cinco comercializadoras de referencia con ámbito de actuación en todo el territorio español, contenido en la disposición adicional primera del Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, 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, por lo que era una de las comercializadoras de energía eléctrica a las que correspondía aplicar los descuentos previstos en concepto de bono social en la facturación a sus clientes vulnerables, de conformidad con el régimen descrito del artículo 45 LSE y normativa de desarrollo.

En cuanto a la financiación del bono social, en la redacción original de la LSE, anterior a la modificación efectuada por el Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, por el que se regula el mecanismo de financiación del coste del bono social y otras medidas de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica, su artículo 45.4 imponía la obligación de asumir coste del bono social 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.

En desarrollo de las anteriores previsiones legales fue aprobado el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social, que en su artículo 2 encomienda a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) la elaboración de una propuesta con la identificación de las matrices de los grupos empresariales o, en su caso, sociedades que deben asumir el coste del bono social y el cálculo del porcentaje de reparto entre ellas, que deberá remitir al Ministerio de Industria, Energía y Turismo para su aprobación por orden del Ministro que será publicada en el Boletín Oficial del Estado. Entre dichas ordenes anuales se encuentra las Ordenes IET/350/2014, de 7 de marzo, IET/2182/2015, de 15 de octubre e IET/1451/2016, de 8 de septiembre, por las que se aprueban, respectivamente, los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014, 2015 y 2016, esta última comprensiva, por tanto, del período a que se refiere la reclamación que se examina en este recurso (de 1 de septiembre a 25 de diciembre de 2016).

4.- Sin embargo, esa Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado diversas sentencias que, estimando los recursos interpuestos contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, declaran inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y ello por entender que resulta incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, e igualmente inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013, reconociendo a las recurrentes el derecho a ser reintegradas de las cantidades satisfechas en concepto de financiación del bono social.

Se trata de las sentencias de esta Sala de 24 de octubre de 2016 (recursos 960/2014 y 961/2014), 25 de octubre de 2016 (recurso 16/2015) y 2 de noviembre de 2016 (recurso 11/2015).

La Administración General del Estado interpuso recurso de amparo frente a las anteriores sentencias, y el Tribunal Constitucional, en sentencias 37/2019, 53/2019, 54/2019 y 46/2019, consideró que esta Sala había inaplicado la normativa nacional por considerarla incompatible con el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE sin previamente haber recabado un pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que otorgó el amparo solicitado y acordó la nulidad de las

sentencias con retroacción de actuaciones al momento anterior de las mismas para que la Sala dicte nueva resoluciones que sean respetuosas con el derecho fundamental vulnerado.

Después de oír a las partes, esta Sala acordó por auto de 10 de julio de 2019, dictado en el recurso 960/2014, plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, acordándose en dicho auto, así como en los recursos 961/2014, 11/2015 y 16/2015, la suspensión de los procedimientos hasta la resolución del incidente judicial.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dio respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Sala en sentencia de 14 de octubre de 2021 y tras oír a las partes, la Sala dictó sentencias de fechas 20 de diciembre de 2021 (recurso 960/2014), 21 de diciembre de 2012 (recursos 961/2014 y 16/2015), 23 de diciembre de 2021 (recurso 11/2015) y otras, que volvieron a declarar inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por entender que resulta incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, así como inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013, reconociendo a las recurrentes el derecho a ser reintegradas de las cantidades satisfechas en concepto de financiación del bono social.

5.- Debe destacarse, a los efectos de la resolución del presente recurso, que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2021 (asunto C-683-19), antes citada, que dio respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Sala en relación con el mecanismo de financiación del bono social, declaró (apartado 40) que "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 unidos", y las sentencias de esta Sala que declararon la inaplicación del régimen de financiación del bono social, por todas las sentencias de 31 de enero de 2022 (recurso 673/2017, FD 4º) y de 1 de marzo de 2022 (recurso 690/2017, FD 4º), dejaron claro que las razones expuestas en las mismas llevan a considerar inaplicable, por ser contraria al artículo 3.2 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, pero tal pronunciamiento de inaplicación "no alcanza a la primera faceta del bono social, la relativa al descuento en el precio de la electricidad suministrada a determinados consumidores."

6.- Aclarado lo anterior, inmediatamente debe añadirse que la pretensión que deduce la parte recurrente en este recurso se refiere al primero de los elementos del bono social, como se evidencia en el apartado de los antecedentes de su escrito de interposición, en el que explica que tras la declaración de inaplicabilidad del mecanismo del bono social por las sentencias de esta Sala de octubre y noviembre de 2016, que antes hemos citado, se produjo un lapso temporal de vacío normativo donde no existió regulación legal sobre la financiación del bono social hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2016, durante el que "las Comercializadoras de Referencia ("COR") se vieron obligadas a continuar aplicando los descuentos en las facturas de sus clientes acogidos al bono social", abarcando dicho período desde la liquidación de la CNMC 8/2016, correspondiente al período de liquidación de 1 de enero a 31 de agosto de 2016, por lo que quedó sin liquidar el período entre el 1 de septiembre y el 24 de diciembre de 2016, ambos inclusive, ya que a partir del 25 de diciembre de 2016, fecha de entrada en vigor del RDL 7/2016 se practicaron las liquidaciones correspondientes al nuevo régimen del bono social. Añade la recurrente que durante ese período fueron las comercializadoras de referencia las que financiaron el bono social, "sin que les fueran reintegrados como procedía los importes equivalentes a los descuentos aplicados".

En fin, que la pretensión de la parte recurrente se refiere a la primera faceta o elemento del bono social, es decir, al descuento en el precio suministrado por las comercializadoras de referencia a los

consumidores vulnerables, se evidencia también en el escrito de demanda, que conforme antes se ha dicho se refiere con claridad "al reintegro del importe equivalente a los descuentos practicados a los consumidores acogidos al bono social" y en el propio suplico del escrito de interposición del recurso, en cuyo tercer apartado la parte recurrente solicita el reconocimiento de su derecho a "que le sea reintegrado el importe equivalente a los descuentos aplicados en concepto de bono social" durante el período que antes se ha indicado.

7.- En este apartado hemos de hacer referencia también a otras reclamaciones de la parte recurrente ante esta Sala del mismo concepto y período. Nos referimos, en particular, al recurso contencioso administrativo seguido ante esta Sala con el número 688/2017 frente a la Orden ETU/929/2017, de 28 de septiembre, por la que se ejecutan diversos pronunciamientos judiciales de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por los que se estiman parcialmente los recursos interpuestos contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social, en el que la Sala dictó sentencia 206/2022, de 18 de febrero.

En dicho recurso la parte recurrente (también Baser Comercializadora de Referencia S.A.) reclamó la falta de retribución por la orden impugnada de los descuentos aplicados por EDP como comercializadora de referencia, en concepto de bono social a los consumidores con derecho al mismo, entre el 1 de septiembre y el 25 de diciembre de 2016, fecha en la que entró en vigor el RDL 7/2016, y la citada sentencia de la Sala de 18 de febrero de 2022 desestimó el recurso, por la razón de que lo cuestionado en el proceso era si el reintegro de que se trata debía estar contemplado en la norma impugnada, lo que no se estimó posible por ser contrario a la doctrina de esta Sala respecto del control de las omisiones reglamentarias, que considera que la potestad reglamentaria es una competencia constitucional del Gobierno, que no puede ser compelido a dictar un precepto reglamentario con un determinado contenido, lo que excedería de las facultades de la jurisdicción, salvo en determinados supuestos que ahora no concurren.

La referida sentencia 206/2022 sigue los criterios mantenidos por la sentencia 112/2022, de 31 de enero (recurso 673/2017), en relación con la reclamación del reintegro de las cantidades descontadas a sus clientes vulnerables por otra comercializadora de referencia (Viesgo Infraestructuras Energéticas S.A.) en concepto de bono social durante el mismo período, si bien lo relevante a los efectos del recurso sobre el que ahora nos pronunciamos, es que ambas sentencias precedentes reconocen de forma expresa el derecho de los respectivos recurrentes al reintegro de las cantidades reclamadas, si bien tal pronunciamiento no cabe efectuarse en una impugnación de una omisión reglamentaria.

En efecto, la sentencia 112/2022 (FD 5º) indicó que "Las empresas que asumieron estos desembolsos tiene derecho a ser reintegradas en su importe"; y la sentencia 206/2022 (FD 3º) reiteró esa misma consideración en relación con la comercializadora que interviene en este recurso:

"...en el presente recurso se reclaman las cantidades descontadas como bono social por el período intermedio o transitorio en que se dejó de aplicar el anterior sistema de financiación y entró en vigor el nuevo. Esas cantidades, tal y como se acordó en nuestra 112/2022, de 31 de enero (rec. 673/2017) deben reintegrarse a las empresas que las soportaron, pero el problema que se plantea es si dicho reintegro debe estar contemplado en la norma ahora impugnada".

Por tanto, la Sala se ha pronunciado en dos ocasiones con anterioridad a esta sentencia en favor del derecho de las comercializadoras al reintegro solicitado en este recurso, con la particularidad de que tal derecho no pudo ser reconocido en aquellos recursos por la razón expuesta de reclamarse por la vía de una impugnación por omisión reglamentaria que la doctrina de la Sala no considera adecuada para el reconocimiento del reintegro solicitado.

En el presente recurso no concurre el anterior obstáculo al reconocimiento de la pretensión de la parte recurrente.

Las sentencias de esta Sala de octubre y noviembre de 2016 que antes se han citado, que declararon la inaplicación del mecanismo de financiación del bono social pero no afectaron al mantenimiento de la prestación del bono social en favor de los consumidores vulnerables, han propiciado la situación de las comercializadoras de referencia como la recurrente, sobre las que persistió la obligación de efectuar los correspondientes descuentos sin ser reintegrados en su importes durante el período que medió entre la declaración de inaplicación del mecanismo de financiación y la entrada en vigor del nuevo mecanismo que sustituyó al declarado inaplicable.

8.- Esta situación ha sido reconocida incluso por el Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, que reguló el mecanismo de financiación del coste del bono social que sustituyó al mecanismo anterior declarado inaplicable por las reiteradas sentencias de esta Sala de octubre y noviembre de 2016.

En efecto, la exposición de motivos del RDL 7/2016 justificó la urgencia de la nueva regulación en la situación descrita de las comercializadoras obligadas a continuar aplicando el descuento a los consumidores vulnerables:

"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 tienen derecho a ello."

9.- En fin, una vez declarado inaplicable el mecanismo de financiación del bono social, y al haberse mantenido la obligación de la recurrente, como comercializadora de referencia, de efectuar los descuentos en concepto de bono social a sus clientes vulnerables, sin contraprestación de los correspondientes importes hasta la entrada en vigor de un nuevo sistema de financiación, debemos reconocer su derecho al reintegro de las cantidades soportadas por dicho concepto en el período reclamado, pues lo contrario equivaldría a desplazar a las comercializadoras de referencia la obligación de servicio público, en el sentido del artículo 3.2 de la Directiva 2009/72, de financiar el bono social de los consumidores vulnerables durante el período de 1 de septiembre a 24 de diciembre de 2016, por vía de hecho y sin ningún amparo legal.

10.- Ahora bien, en cuanto a la cuantificación de la indemnización que debe ser reconocida a la parte recurrente, la Sala no estima procedente reconocer la cantidad reclamada en el escrito de demanda de 1.682.960 euros, al advertir la falta de coincidencia con el importe de 1.605,699 euros reclamados por la misma parte y por igual concepto y período en el recurso 688/2017, y por congruencia con la pretensión deducida en el escrito de interposición del recurso de casación, en la que, sin referencia ya a cantidades concretas, la parte recurrente solicita de la Sala el reconocimiento de su derecho a ser reintegrada en el importe equivalente a los descuentos aplicados en concepto de bono social durante el período comprendido entre el 1 de septiembre de 2016 y el 24 de diciembre de 2016 (ambos inclusive), que no hubiere percibido.

Al reconocimiento de las anteriores cantidades debe añadirse el de sus intereses legales desde que debieron de ser reintegradas hasta su completo pago.

QUINTO.- Respuesta a las cuestiones de interés casacional.

En respuesta a las cuestiones de interés casacional formuladas en el auto de admisión de interés casacional, la Sala declara que no cabe apreciar que la sentencia impugnada incurra en la incongruencia por error denunciada y que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en lo que afecta a este recurso, actualmente el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico) es

competente para resolver sobre la solicitud de reconocimiento del derecho a ser reintegrada de las cantidades descontadas a sus clientes vulnerables en concepto de bono social, presentada por la comercializadora de referencia recurrente como consecuencia de la declaración de la inaplicación del mecanismo de financiación del bono social por las sentencias de esta Sala de octubre y noviembre de 2016 a que antes hemos hecho referencia, sin perjuicio de las potestades de liquidación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

SEXTO.- Conclusiones.

Como conclusión de lo razonado hasta ahora:

1.- Debemos declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por Baser Comercializadora de Referencia

S.A. (antes EDP Comercializadora de Último Recurso, S.A.), contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de julio de 2020 (recurso 987/2018), que casamos y anulamos.

2.- Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por EDP Comercializadora de Último Recurso, S.A. contra la desestimación presunta de la solicitud formulada ante la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, de fecha 10 de noviembre de 2017, ampliado a la resolución expresa de la Directora General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica, de 28 de febrero de 2019, que se anula.

3.- Declarar el derecho de la parte recurrente a ser reintegrada en el importe equivalente a los descuentos aplicados en concepto de bono social durante el período comprendido entre el 1 de septiembre y el 24 de diciembre de 2016 (ambos inclusive) que no hubiere percibido, más los intereses legales correspondientes desde que debió ser reintegrado de dichos descuentos hasta su completo pago.

SÉPTIMO.- Costas.

En cuanto a las costas de casación, de acuerdo con el artículo 93.4 de la LJCA, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, y en cuanto a las costas de instancia, se efectúa igual declaración, de conformidad con el artículo 139, párrafo segundo, del mismo texto legal, al haberse estimado en forma parcial el recurso contencioso administrativo.

FALLO

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

1.- Declarar, en respuesta a la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión del recurso, el criterio que se expresa en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia.

2.- Haber lugar y, por tanto, estimar el recurso de casación 1431/2021, interpuesto por Baser Comercializadora de Referencia S.A. (antes EDP Comercializadora de Último Recurso, S.A.), contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de julio de 2020 (recurso 987/2018), que casamos y anulamos.

3.- Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por EDP Comercializadora de Último Recurso, S.A. contra la desestimación presunta de la solicitud formulada ante la Secretaría de Estado de Energía, de fecha 10 de noviembre de 2017, ampliado a la resolución expresa de la Directora General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica, de 28 de febrero de 2019, que se anula, declarando el derecho de la parte recurrente a ser reintegrada en el

importe equivalente a los descuentos aplicados en concepto de bono social durante el período comprendido entre el 1 de septiembre y el 24 de diciembre de 2016 (ambos inclusive), junto con los intereses legales correspondientes, en los términos indicados en el fundamento de derecho sexto, apartado 3, de esta sentencia.

4.- Sin imposición de las costas de casación ni de la instancia a ninguna de las partes. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.