



Roj: **STS 301/2022 - ECLI:ES:TS:2022:301**

Id Cendoj: **28079130032022100014**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **31/01/2022**

Nº de Recurso: **633/2017**

Nº de Resolución: **111/2022**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 111/2022

Fecha de sentencia: 31/01/2022

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 633/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/01/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: MINISTERIO INDUSTRI Y ENERGIA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 633/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 111/2022

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde



D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 31 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número 1/633/2017, interpuesto por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, en representación de las entidades IBERDROLA CLIENTES S.A., IBERDROLA ESPAÑA S.A.U y CURENERGÍA COMERCIALIZADOR DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U (antes Iberdrola Comercializadora de Último Recurso, S.A.U.) 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; y contra la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre, por la que se desarrolla el anterior Real Decreto 897/2017. Ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado; y han comparecido como partes codemandadas la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ELÉCTRICAS (ASEME), representada por la procuradora D^a Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez; VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS S.L, representada por la procuradora D^a María Jesús Gutierrez Aceves, EDP ESPAÑA, S.A.U., representada por la procuradora D^a María Teresa Uceda Blasco, la ASOCIACIÓN DE COMERCIALIZADORES INDEPENDIENTES DE ENERGÍA , representada por el procurador D. Pablo Domínguez Maestro; ENDESA S.A., representada por la Procuradora D. Carlos Piñeira de Campos; y NATURGY ENERGY GROUP, S.A. (antes Gas Natural, SDG, S.A.) representada por la Procuradora D^a Beatriz Perez-Urruti Iribarren.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de las mercantiles Iberdrola Clientes S.A., Iberdrola España S.A.U e Iberdrola Comercializadora de Último Recurso, S.A.U, interpuso con fecha 26 de octubre de 2017 recurso contencioso- administrativo contra las siguientes disposiciones:

- 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.
- Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre, por la que se desarrolla el anterior Real Decreto 897/2017.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda presentado el 5 de abril de 2018 la representación procesal de las demandantes alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos interesando que previo planteamiento, en su caso, de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, se dicte sentencia de acuerdo con el siguiente suplico:

<< (...) tenga por formulada demanda en el recurso contencioso administrativo de referencia y, previos los trámites legales pertinentes, dicte sentencia por la que:

(i) En cuanto al primer motivo jurídico material (imposición a determinadas empresas de costear el bono social), declare:

(a) que el artículo 1, apartado 3 del RDL 7/2016 (que da nueva redacción apartado 4 del artículo 45 de la LSE) y la disposición transitoria única del mismo RDL 7/2016, así como los artículos 12 a 17 del RD 897/2017 son inaplicables (y, en el caso de los preceptos reglamentarios, nulos) por ser contrarios al Derecho de la Unión; declaración que puede ir precedida, en caso de que la Sala lo considere necesario por albergar dudas acerca de la incompatibilidad de tales preceptos con el Derecho de la Unión, del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, de conformidad con el artículo 267 TFUE, en los términos que se concretan más abajo en el Cuarto Otrosí; o

(b) subsidiariamente, que el artículo 1, apartado 3 del RDL 7/2016 (que da nueva redacción apartado 4 del artículo 45 de la LSE), y la disposición transitoria única del mismo RDL 7/2016, y los artículos 12 a 17 del RD 897/2017 son nulos, por ser contrarios a los artículos 9.3, 14, 31.1 y 3 y 86.1 de la Constitución, en los términos expuestos. Este pronunciamiento exige el planteamiento previo de una cuestión de inconstitucionalidad, a fin de declarar la inconstitucionalidad del artículo 45.4 de la LSE, conforme se solicita mediante el Quinto Otrosí del presente escrito.

En ambos casos, acuerde el restablecimiento de la situación jurídica de Iberdrola España, S.A.U., Iberdrola Clientes S.A.U. e Iberdrola Comercialización de Último Recurso S.A.U. mediante el reconocimiento de su derecho a recuperar las cantidades que han abonado para financiar el bono social (y, en su caso, el suministro a los **consumidores** en riesgo de exclusión social) en aplicación del RDL 7/2016 y el RD 897/2016, con los intereses legales correspondientes a contar desde la fecha en que tuvo lugar cada pago, en los términos en que se determine en ejecución de sentencia.



(ii) En cuanto al segundo motivo jurídico-material (procedimiento que las empresas deben seguir para comprobar que los **consumidores** tienen acceso al bono social), declare que los artículos 7 a 11 y las disposiciones transitorias segunda y cuarta del RD 897/2017, así como -por conexión- las disposiciones adicionales primera y tercera y la disposición transitoria primera del RD 897/2017, son nulos e inaplicables por ser contrarios al artículo 3.2 de la Directiva 2009/72; o por infringir el principio de reserva de ley de las prestaciones patrimoniales públicas (artículo 31.3 CE).

En ambos casos, acuerde el restablecimiento de la situación jurídica de Iberdrola Comercialización de Último Recurso S.A.U. mediante el reconocimiento de su derecho a recuperar todas las cantidades invertidas para implantar el nuevo procedimiento (costes fijos) y para aplicarlo efectivamente a los clientes que se han acogido al mismo, en los términos en que se determine en ejecución de sentencia y conforme a lo señalado en el Informe Pericial aportado por esta parte.

(iii) En cuanto al tercer motivo jurídico-material (nuevo régimen de suspensión de suministro con impago), declare la nulidad del artículo 19 del RD 897/2017, por vulnerar los artículos 3.2 de la Directiva 2009/72 y 52 de la LSE.

Igualmente, acuerde el establecimiento de la situación jurídica de Iberdrola Clientes S.A.U. e Iberdrola Comercialización de Último Recurso S.A.U. mediante el reconocimiento de su derecho a ser indemnizadas por la Administración en cantidad equivalente a la suma de (i) los importes de las facturas no pagadas de los meses adicionales durante los que mis representadas se han visto obligadas a mantener el suministro de electricidad en situaciones de impago, frente a los plazos que aparecen en el artículo 52 de la LSE; y (ii) el importe de los gastos incurridos por las comercializadoras del grupo Iberdrola para realizar las notificaciones adicionales a los interesados, frente al requerimiento único que aparece en el artículo 52 de la LSE; todo ello en las cuantías que se determine en ejecución de sentencia.

(iv) En cuanto al cuatro motivo jurídico-material, declare la nulidad de la disposición final segunda, apartado dos, del RD 897/2017, por resultar arbitraria.

Todo ello con imposición de las costas a la Administración demandada>>.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado con fecha 9 de abril de 2015, en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, oponiéndose a la inaplicación de normas que postula la parte actora y oponiéndose también al planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia y de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, termina solicitando que se dicte sentencia que desestime el recurso contencioso-administrativo, con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- La representación de la codemandada EDP España, S.A.U., contestó a la demanda mediante escrito presentado con fecha 27 de junio de 2018 en el que, tras hacer las alegaciones de hecho y de derecho que consideró oportunas, termina solicitando que << (...) se dicte sentencia por la que se desestime el apartado 2 del Fundamento Jurídico Material Primero del escrito de demanda>>. [es el apartado de la demanda en el que la parte demandante sostiene que el criterio de reparto (por número de clientes) infringe el principio de capacidad económica, no está justificado y resulta discriminatorio y arbitrario].

QUINTO.- Por decreto del Sr. Letrado de la Administración de Justicia de 2 de julio de 2018 se declaró precluido el trámite de contestación a la demanda respecto de las demás partes codemandadas y se fija la cuantía del presente recurso como indeterminada.

SEXTO.- Por auto de 11 de julio de 2018 se acordó recibir el pleito a prueba, admitiéndose la prueba documental pública propuesta por la parte actora y quedando unidos a las actuaciones los documentos aportados con el escrito de demanda.

Se admitió asimismo la prueba pericial propuesta, quedando unido el informe de "Nera Economic Consulting" (documento 3 del cd aportado por la parte actora), teniendo lugar luego la ratificación de dicho informe mediante comparecencia del Perito D. Mateo , que tuvo lugar el 12 de septiembre de 2018.

En el mismo auto se deniega la prueba propuesta por el Abogado del Estado, por resultar innecesaria para la resolución del litigio y por considerar esta Sala improcedente la emisión por la CNMC del informe que interesa el representante procesal de la Administración demandada.

SÉPTIMO.- Emplazadas las partes para la formulación de conclusiones, lo hizo la representación de la demandante mediante escrito presentado el 4 de octubre de 2018; y las representaciones procesales de la Administración demandada y de la codemandada EDP España, S.A.U. mediante sendos escritos presentados con fechas 26 y 24 de octubre de 2018.



OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 29 de octubre de 2018 se declaró precluido el trámite de conclusiones respecto de las demás partes codemandadas y se declararon concluidas las actuaciones, quedando pendientes de señalamiento para votación y fallo.

NOVENO.- Mediante providencia de 12 de febrero de 2020 esta Sala acuerda que, dada la conexión existente entre el objeto del presente recurso y la resolución que constituye el del recurso contencioso-administrativo 1/960/14, en el que se ha planteado cuestión de prejudicialidad ante el TJUE, queden las presentes actuaciones en suspenso hasta que por el mencionado Tribunal de Justicia se dicte resolución.

DÉCIMO.- En respuesta a la cuestión prejudicial planteada por esta Sala en el recurso contencioso-administrativo 1/960/14, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia con fecha 14 de octubre de 2021 (asunto C-683/19).

DECIMOPRIMERO.- Por diligencia de ordenación de 18 de octubre de 2021 se dio traslado a las partes de la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, confiriéndose a aquéllas un plazo común de diez días para que pudiesen formular alegaciones.

Presentaron alegaciones la parte demandante (escrito de 4 de noviembre de 2021) y la Administración demandada (escrito de 28 de octubre de 2021).

Por diligencia de ordenación de 8 de noviembre de 2021 se declaró caducado el trámite respecto de las demás partes que no había formulado alegaciones.

DECIMOSEGUNDO.- Practicado lo anterior, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose finalmente al efecto el día 18 de enero de 2022, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente recurso.

El presente recurso contencioso-administrativo nº 633/2017 lo interpone la representación procesal de las entidades Iberdrola Clientes S.A., Iberdrola España S.A.U y Curenergia Comercializador de Último Recurso, S.A.U 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; y contra la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre, por la que se desarrolla el anterior Real Decreto 897/2017.

Esta Sala ha examinado el presente recurso de manera conjunta con los recursos 622/2017 y 673/2017, por ser objeto de impugnación en todos ellos las mismas disposiciones, habiéndose suscitado en los citados procesos cuestiones en gran medida coincidentes.

SEGUNDO.- Naturaleza del bono social.

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 vigente 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 fue creado por el artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social. En la exposición de motivos de dicha norma se justificaba el bono social 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". Y ello porque la entrada en vigor del nuevo sistema de suministro y de tarifas de último recurso podría implicar que los **consumidores** más vulnerables sean los que soporten la mayor carga asociada a la eliminación del déficit de tarifa, poniéndose en marcha el bono social " para proteger la seguridad jurídica y confianza legítima de los **consumidores** más desprotegidos".

Así, el bono social se configura desde su origen con un marcado carácter social, como figura destinada a proteger a determinados **consumidores** de electricidad acogidos a la tarifa de último recurso que tuvieran unas determinadas características sociales, de consumo y poder adquisitivo, en relación con el coste de la energía eléctrica de su vivienda habitual.

Como ya dijimos en nuestra STS, de 7 de febrero de 2012 (recurso contencioso-administrativo 419/2010) << (...) el bono social se concibe como un mecanismo de protección para los usuarios económicamente débiles integrantes de "colectivos vulnerables", en un momento en que se supone que la eliminación del déficit de tarifa y la necesidad de adaptarse cada vez de forma más completa a un mercado liberalizado de la electricidad va a implicar un mayor coste de ésta>>.

A esa finalidad responde también la regulación del bono social contenida en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, tanto en su redacción originaria -de la que nos hemos ocupado en reciente sentencia nº 1532/2021, de 20 de diciembre (recurso 960/2014)- como en la redacción dada al citado artículo 45 de la Ley 24/2013 por el Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, que es la versión que ahora nos ocupa.

La STJUE, Sala Quinta de 14 de octubre de 2021 (asunto C-683/19) lo expone con claridad:

<< (...) 40 De lo anterior se desprende 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 vinculados.

41 Por consiguiente, procede considerar que la aportación financiera obligatoria controvertida en el litigio principal, al ser parte integrante de la obligación de servicio público relativa al bono social, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72>>.

Situándonos ahora en el plano del ordenamiento interno, en esas sucesivas regulaciones del régimen de financiación del bono social a las que nos venimos refiriendo la obligación se configura como una prestación patrimonial que se impone a unos sujetos particulares; por lo que está sujeta a la exigencia del artículo 31.3 de la Constitución, esto es, debe venir impuesta por una norma de rango de ley. Tal exigencia queda cumplida en la medida en que en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013 queda expresamente señalado que la obligación que se impone a determinadas empresas de financiar el bono social tiene la consideración de "obligación de servicio público" según lo dispuesto en la Directiva 2009/72/CE.

En su redacción anterior, el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, establecía que el bono social "...será asumido por 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, como ya sabemos, en la citada sentencia nº 1532/2021, de 20 de diciembre (recurso 960/2014, F.J. 8º, penúltimo párrafo) -a la que siguieron luego las sentencias 21 de diciembre de 2021 (dos sentencias con esa fecha dictadas en los recursos 961/2014) y 16/2015) y 23 de diciembre de 2021 (recurso 11/2015)- esta Sala declaró que el régimen de financiación del bono social establecido en aquella redacción del artículo 45.4 de la Ley 24/2013 debía ser considerado inaplicable por resultar incompatible con la exigencia establecida en artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, que establece que 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, se declararon asimismo inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollaban lo dispuesto en el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013.

En la redacción del precepto que ahora debemos examinar, dada por el Real Decreto-ley 7/2016, el artículo 45.4 de la Ley del Sector Eléctrico establece que <<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>>.

Como seguidamente veremos, la parte demandante no combate la figura del bono social en sí misma sino que cuestiona el régimen establecido para su financiación así como diversos aspectos de la regulación contenida en el citado artículo 45.4 de la Ley del Sector Eléctrico redactado por el Real Decreto-ley 7/2016. Por lo demás, este precepto legal fue desarrollado luego en 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, que constituye el objeto directo del presente recurso.

De ello pasamos a ocuparnos en los apartados siguientes.

TERCERO.- Disposiciones controvertidas.

En el antecedente segundo hemos dejado reseñadas las distintas pretensiones que formula la parte actora en el suplico de la demanda.

Pues bien, aquellas pretensiones de inaplicación y de anulación se refieren a los siguientes bloques o grupos de normas de rango legal y reglamentario:

* Artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (según redacción dada al precepto por el artículo 1, apartado tres, del 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).

* Disposición transitoria única del Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre.

* Artículos 12 al 17 (capítulos IV y V) del 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.

* Artículos 7 al 11, disposiciones transitorias segunda y, y, por conexión, disposiciones adicionales primera y tercera y disposición transitoria primera del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre.

* Artículo 19 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre.

De la regulación del bono social introducida por el Real Decreto-ley 7/2016, que dio nueva redacción al artículo 45.4 de la Ley del Sector Eléctrico, la parte actora ofrece en su escrito de demanda una acertada síntesis, en la que se destacan los siguientes puntos:

(i) La nueva redacción del artículo 45.4 de la Ley del Sector Eléctrico reitera que el bono social "será considerado obligación de servicio público según lo dispuesto en la Directiva 2009/72/CE".

(ii) El nuevo artículo 45.4 de la Ley del Sector Eléctrico impone la obligación de financiar el bono social a "las matrices de los grupos de sociedades que desarrollen la actividad de comercialización de energía eléctrica, o [a] las propias sociedades que así lo hagan si no forman parte de ningún grupo societario".

(iii) El citado artículo 45.4 de la Ley del Sector Eléctrico, en su nueva redacción, reparte estos costes entre las comercializadoras "de forma proporcional a la cuota de clientes a los que suministre energía eléctrica" cada empresa. En el caso de grupos societarios con más de una comercializadora (como Iberdrola), la cuota "se obtendrá agregando las cuotas individuales de cada una de éstas". Los porcentajes se calculan anualmente por la CNMC.

(iv) La disposición transitoria única del el Real Decreto-ley 7/2016 establece que, en el período provisional que va desde el momento de entrada en vigor de la norma hasta el pleno desarrollo de la nueva regulación establecida en el artículo 45.4 de la Ley del Sector Eléctrico, los porcentajes de reparto serán los establecidos en el Anexo del propio Real Decreto-ley. Y según la Exposición de Motivos de esta norma, estos porcentajes se basan en el número de clientes según la información disponible en la CNMC en aquel momento. A tal efecto se dictó finalmente la Orden TEC/1226/2018, de 13 de noviembre, por la que se aprueban los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social y al coste del suministro de electricidad de los **consumidores** a que hacen referencia los artículos 52.4.j) y 52.4.k) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, correspondientes al año 2018.

(v) Además de la obligación relativa a la cobertura del coste del bono social, el artículo 45.4 de la Ley del Sector Eléctrico crea una nueva obligación de servicio público que recae sobre los mismos sujetos. Así, se impone a las mismas empresas la obligación de cofinanciar, junto con las Administraciones públicas, el coste del suministro de un grupo particularmente sensible, los **consumidores** vulnerables que además estén en riesgo de exclusión social, "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". El artículo 45.4 expresamente reconoce que esta obligación es también una obligación de servicio público a los efectos de la Directiva 2009/72.

Esta nueva obligación no dispone de normativa transitoria, de modo que su imposición no será efectiva hasta que no se apruebe su completo desarrollo reglamentario. A estos efectos, el Real Decreto 897/2017 ha delimitado el contorno de esta obligación (artículos 12 y 13.2) y ha regulado el método de cálculo de los



porcentajes de reparto y procedimiento para su establecimiento (artículo 14); pero la obligación no resultará exigible hasta que no se apruebe la Orden ministerial que fije los porcentajes de reparto (artículo 14.5 del Real Decreto 897/2017).

(vi) La vigencia de la obligación de financiar el bono social es indefinida y no se contempla medida alguna de compensación por ese deber de financiar.

El desarrollo de la regulación del bono social lo lleva a cabo el Real Decreto 897/2017, de 16 de octubre, de cuyo contenido procede destacar los siguientes puntos:

(i) Delimita el concepto de **consumidor** vulnerable -que hasta entonces venía regulado provisionalmente por la disposición transitoria décima de la Ley del Sector Eléctrico- definiendo como "**consumidor** vulnerable" a aquel **consumidor** acogido al PVPC que cumpla alguno de los tres criterios señalados en el artículo 3 del Real Decreto-ley 897/2017, referidos a la renta conjunta de la unidad familiar, a la posesión del título de familia numerosa o a la condición de pensionista.

Cuando la renta del **consumidor** o su unidad familiar sea especialmente baja, el **consumidor** será considerado "vulnerable severo" (artículo 3.4). Si, además, está siendo atendido por los servicios sociales de una Administración que financie al menos el 50% de su factura, se tratará de un **consumidor** "vulnerable severo en riesgo de exclusión social" (artículo 4.1) y tendrá derecho a beneficiarse de las garantías propias del suministro esencial (artículo 4.2 del Real Decreto 897/2017).

(ii) El Real Decreto 897/2017 establece los aspectos básicos del nuevo procedimiento de solicitud del bono social por parte de los **consumidores** (artículo 7 a 11 y disposiciones adicionales primera y tercera y transitorias primera, segunda y cuarta).

(iii) Desarrolla el mecanismo de financiación del bono social y del coste del suministro los **consumidores** en riesgo de exclusión social. Los artículos 12 a 17 del Real Decreto 897/2017 regulan el procedimiento de determinación de las cantidades a financiar por ambos conceptos.

(iv) El Real Decreto 897/2017, en sus artículos 18 a 21, desarrolla asimismo el procedimiento de suspensión del suministro de electricidad, regulado en el artículo 52 de la Ley del Sector Eléctrico.

(v) Establece determinadas medidas de protección al **consumidor**; y entre ellas, la recogida en la disposición final segunda, apartado 2, del Real Decreto 897/2017 que modifica el artículo 5 del Real Decreto 1435/2002, estableciendo la regla de que los servicios adicionales contratados por el **consumidor** se rescinden junto con el suministro de electricidad salvo que el **consumidor** indique lo contrario.

Siendo esa la estructura de la regulación legal y reglamentaria a que se refiere la presente controversia, procede que entremos ya a examinar las cuestiones sobre las que se ha suscitado debate. Veamos.

CUARTO.- Sobre el alegato de que el nuevo mecanismo de financiación del bono social y del suministro a los **consumidores** vulnerables en riesgo de exclusión social es contrario al derecho de la Unión Europea y a la Constitución.

A/ Posición de la parte actora.

Como hemos visto en el antecedente segundo, en el apartado (i) del suplico de la demanda se formulan las siguientes pretensiones:

<< (i) En cuanto al primer motivo jurídico material (imposición a determinadas empresas de costear el bono social), declare:

(a) que el artículo 1, apartado 3 del RDL 7/2016 (que da nueva redacción apartado 4 del artículo 45 de la LSE) y la disposición transitoria única del mismo RDL 7/2016, así como los artículos 12 a 17 del RD 897/2017 son inaplicables (y, en el caso de los preceptos reglamentarios, nulos) por ser contrarios al Derecho de la Unión; declaración que puede ir precedida [...] del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, de conformidad con el artículo 267 TFUE, en los términos que se concretan más abajo en el Cuarto Otrosí; o

(b) subsidiariamente, que el artículo 1, apartado 3 del RDL 7/2016 (que da nueva redacción apartado 4 del artículo 45 de la LSE), y la disposición transitoria única del mismo RDL 7/2016, y los artículos 12 a 17 del RD 8987/2017 son nulos, por ser contrarios a los artículos 9.3, 14, 31.1 y 3 y 86.1 de la Constitución, en los términos expuestos. Este pronunciamiento exige el planteamiento previo de una cuestión de inconstitucionalidad, a fin de declarar la inconstitucionalidad del artículo 45.4 de la LSE, conforme se solicita mediante el Quinto Otrosí del presente escrito.



En ambos casos, acuerde el restablecimiento de la situación jurídica de Iberdrola España, S.A.U., Iberdrola Clientes S.A.U. e Iberdrola Comercialización de Último Recurso S.A.U. mediante el reconocimiento de su derecho a recuperar las cantidades que han abonado para financiar el bono social (y, en su caso, el suministro a los **consumidores** en riesgo de exclusión social) en aplicación del RDL 7/2016 y el RD 897/2016, con los intereses legales correspondientes a contar desde la fecha en que tuvo lugar cada pago, en los términos en que se determine en ejecución de sentencia>>.

Para fundamentar tales pretensiones la parte actora aduce, dicho ahora en forma resumida, los siguientes argumentos de impugnación:

1 El criterio de selección de los obligados a costear el bono social y el suministro a los **consumidores** en riesgo de exclusión social no es transparente y resulta discriminatorio y arbitrario.

1.1 La pretensión de vincular la obligación de costear el bono social (incluyendo el suministro a **consumidores** en riesgo de exclusión social) a la concreta actividad de comercialización no está justificada y resulta discriminatoria y arbitraria.

1.2 La pretensión de que las obligadas a financiar sean las matrices tampoco está justificada y vulnera los artículos 3.2 de la Directiva 2009/72 y 9.3 de la Constitución.

2. El criterio de reparto (por número de clientes) infringe el principio de capacidad económica, no está justificado y resulta discriminatorio y arbitrario.

3. El mecanismo de financiación tiene vigencia indefinida y carece de compensación.

4. Conclusión. Las razones expuestas llevan a considerar que el mecanismo de financiación del bono social y del suministro a los **consumidores** en riesgo de exclusión establecido por el Real Decreto-ley 7/2016 es contrario al Derecho de la Unión Europea y a la Constitución.

En cuanto a lo primero -vulneración del Derecho de la Unión Europea- la demandante considera innecesaria la previa formulación de pregunta al Tribunal de Justicia, aunque si esta Sala albergase alguna duda procedería el planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial. Y, subsidiariamente, el reproche de inconstitucionalidad que se formula respecto de preceptos del Real Decreto-ley 7/2016 requeriría el planteamiento previo de una cuestión de inconstitucionalidad.

En resumen, con -o preferentemente sin- el previo planteamiento de cuestión prejudicial, deben declararse inaplicables, por ser contrarios al Derecho de la Unión Europea, el artículo 1, apartado tres, y la disposición transitoria única del Real Decreto-ley 7/2016; y deben declararse nulos, por ser desarrollo de aquellos preceptos, los artículos 12 a 17 del Real Decreto 897/2017. Subsidiariamente, previo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, deben declararse nulos por inconstitucionales los mismos preceptos.

B/ Posición de la Administración demandada.

El posicionamiento de la Administración del Estado en los distintos aspectos de este apartado de la controversia puede sintetizarse en los siguientes puntos:

* No es cierto que la regulación de la financiación del bono social carezca de motivación que justifique la finalidad de la medida, su naturaleza, y sus características subjetivas y objetivas. Tampoco es cierto que la regulación infrinja el ordenamiento comunitario, porque, es la propia Directiva 2009/72/CE la que permite establecer, para dicha finalidad de protección de los **consumidores** vulnerables, obligaciones de servicios público y sujetar a las mismas a las empresas del sector energético, incumbiendo a los Estados dicha decisión; y eso es lo que ha hecho el Gobierno haciendo uso de la potestad que le encomienda el artículo 97 de la Constitución, habiéndose convalidado el Real Decreto-Ley por el Congreso de los Diputados, tal y como exige el artículo 86 de la Constitución, de suerte que se conocen las razones del legislador y se conoce también la voluntad de la ley expresada en la misma.

* En la nueva regulación se opta por imponer la obligación de financiación del bono social a las matrices de los grupos de sociedades que desarrollen la actividad de comercialización de energía eléctrica o a las propias sociedades que desarrollen la actividad de comercialización si no forman parte de un grupo societario. La imposición de la obligación sobre las comercializadoras queda debidamente justificada en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 7/2016.

* Asimismo se justifica la imposición de la obligación sobre las matrices de las comercializadoras que formen parte de un grupo societario por razones de carácter técnico orientadas a una mejor gestión.



- * También se exponen en la exposición de motivos las razones que avalan el hecho de que la obligación de financiación no se haga extensiva a los sujetos que ejercen otras actividades en el sector eléctrico, tales como la generación, el transporte y la distribución.
- * La apreciación de una violación del principio de igualdad exige constatar, en primer lugar, si los actos o resoluciones impugnadas dispensan un trato diferente a situaciones iguales y, en caso de respuesta afirmativa, si la diferencia tiene o no una fundamentación objetiva y razonable, según la doctrina que resulta de las sentencias del Tribunal Constitucional números 253/1988, 261/1988, 90/1989 y 68/1990. De acuerdo con esa doctrina, el éxito de la pretensión ejercitada por el recurrente exigiría que éste demostrase que el acto impugnado dispensa un trato diferente a situaciones iguales que no tiene una fundamentación objetiva y razonable. Algo que no ha hecho la parte recurrente en este caso (artículo 217 LEC).
- * Sobre la supuesta arbitrariedad y discriminación en la imposición de la obligación de financiación del bono social al sector de la comercialización la Abogacía del Estado alega que, 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. 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 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, materialmente, por solo determinados operadores, a saber, los comercializadores de referencia, regulados en el Real Decreto 216/2014, cuya solvencia técnica se tiene por absolutamente garantizada. Ahora bien, el hecho de que, en interés de los **consumidores**, se concentre en determinados comercializadores cualificados la obligación de suministrar a los clientes vulnerables no puede comportar, ni comporta, que sean solo dichos comercializadores los que soporten el coste económico inherente.
- * Resulta debidamente justificada la exclusión de la obligación de financiación de los generadores, distribuidores y transportistas. El artículo 3.2 de la Directiva sólo faculta la imposición de obligaciones de servicio público a las "empresas eléctricas" sin que del precepto resulte que la obligación deba ser impuesta a todas las empresas eléctricas. Partiendo de ello, el legislador expone las razones por las que se excluyen otras actividades del sector eléctrico susceptibles de configurarse como "empresas eléctricas". Así sucede con las actividades de redes (transporte y distribución), que tienen una retribución regulada que se incluye entre las partidas de costes del sector eléctrico. Y también expone el Real Decreto-ley las razones por las que no se aplica a las instalaciones de producción de energía eléctrica Y, en todo caso, debe recordarse que cuando el artículo 3.2 de la Directiva faculta la imposición de obligaciones de servicio público a "las empresas eléctricas" en modo alguno exige que la imposición recaiga sobre todas ellas.
- * El legislador ha hecho recaer la obligación de financiación del bono social en el sector de comercialización; y 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, se ha establecido la obligación de pago agregada (supuesto que existan varias comercializadoras en el mismo grupo, como es el caso de la actora). El legislador ha justificado esta opción por razones de carácter técnico orientadas a una mejor gestión; y los argumentos que da para ello no son irrazonables ni absurdos.
- * En cuanto a la supuesta arbitrariedad y discriminación en que se habría incurrido por la imposición de la obligación de financiación del bono social en función del número de clientes, el representante procesal de la Administración señala que, en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2016 el legislador ha justificado también el empleo de tal criterio de distribución; y para adoptarlo se ha tenido en consideración que ese mismo criterio es tomado en consideración por la Directiva 2009/72/CE y ha sido utilizado para 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).
- * En todo caso, y dado que la actora pretende hacer una exigencia estricta de la observancia del requisito de capacidad económica, debe recordarse la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público y no tributaria del bono social. Mientras que el artículo 31.1 caracteriza las prestaciones patrimoniales de carácter público tributarias en el marco de una obligación universal de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, el artículo 31.3 se limita a señalar que las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias se establezcan con arreglo a la ley. La capacidad económica del sujeto obligado no tiene la misma significación cuando se trata de un tributo que cuando se trata de cumplir con una prestación



patrimonial pública no tributaria que se le impone dentro de un sector regulado como el eléctrico que le obliga a asumir derechos y obligaciones inherentes a su participación en el mismo.

* Por último, en cuanto a la alegación de la parte actora sobre vigencia indefinida del mecanismo y la carencia de compensación, la Abogacía del Estado señala, de un lado, que el sistema regulado en el Real Decreto-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, lo que se plasma en el artículo 45.4 LSE y se desarrolla en el artículo 17 del Reglamento recurrido. De otra parte, en cuanto a la alegada (falta de) compensación, aparte de no ser una exigencia que resulte del artículo 3.2 de la Directiva, la parte demandada aduce que los sujetos obligados tienen capacidad -y en la mayoría de los casos así lo están haciendo las comercializadoras- de trasladar a sus clientes -o incluso, en el caso de las matrices que también desempeñen la actividad de generación, al precio mayorista de la electricidad- la obligación impuesta, resarcándose así en mercado en términos que excluyen de todo punto la necesidad de cualquier eventual compensación so pena de propiciar un indebido enriquecimiento injusto.

C/ Posición de la codemandada EDP España, S.A.U.

La representación de la codemandada se limita a combatir el alegato de la parte actora en el que esta impugna el método de cálculo de los porcentajes de reparto del bono social.

La representación de EDP España, S.A.U. se opone a lo argumentado por la parte demandante por entender la codemandada que el método de cálculo establecido para determinar los porcentajes de reparto se adecúa al objeto y finalidad de la norma. Expone las razones por las que considera improcedentes las manifestaciones contenidas en el informe pericial aportado por las demandantes; y termina solicitando que se dicte sentencia << (...) por la que se desestime el apartado 2 del Fundamento Jurídico Material Primero del escrito de demanda...>>.

Siendo ese el posicionamiento de las partes en este apartado el debate, pasamos a exponer el criterio de esta Sala.

QUINTO.- Criterio de esta Sala respecto de las cuestiones y pretensiones reseñadas en el apartado anterior.

En la primera regulación del bono social, establecida en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril (artículo 2.5 y disposición transitoria 2ª) y en la Orden ITC/1723/2009, de 20 de junio (disposiciones adicionales 2ª y 3ª), la obligación de su financiación se hacía recaer sobre empresas *titulares de instalaciones de generación* del sistema eléctrico (artículo 2.5 del Real Decreto-ley 6/2009). Como sabemos, aquella regulación fue objeto de examen en nuestra sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso contencioso-administrativo 419/2010), en la que esta Sala declaró su disconformidad con la normativa comunitaria europea que entonces resultaba de aplicación (Directiva 2003/54/CE).

En la que llamaremos segunda regulación del régimen de financiación del bono social, plasmada en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico (redacción originaria), la financiación del bono social se hacía recaer sobre << (...) *las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica*". Esta segunda regulación fue examinada por esta Sala en sentencia nº 1532/2021, de 20 de diciembre (recurso 960/2014), a la que ya nos hemos referido, seguida luego por las sentencias de 21 de diciembre de 2021 (dos sentencias con esa fecha dictadas en los recursos 961/2014) y 16/2015) y 23 de diciembre de 2021 (recurso 11/2015), en las que se declara inaplicable el citado artículo 45.4 por resultar incompatible con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE.

Nuestra atención debe centrarse ahora en la regulación a la que se refiere la presente controversia, en la que, según dispone el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, en la redacción dada al precepto el Decreto-ley 7/2016, <<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>>.

En torno a este precepto la parte actora formula los reproches que hemos reseñado en el apartado anterior y a los que ahora pasamos a dar respuesta.

1/ Es cierto que, frente a otras soluciones presentes en derecho comparado en relación con la financiación del bono social o figuras equivalentes, nuestra sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010) reconocía al Gobierno la potestad de optar "... porque sea el propio sector eléctrico el que se haga cargo de dicha prestación social o, incluso, una parte de dicho sector". Pero cuando esta Sala examinó la que hemos denominado segunda regulación del régimen de financiación del bono social -sentencia nº 1532/2021, de 20 de diciembre (recurso 960/2014, F.J. 7º)- vinimos a precisar que aquella mención a la posibilidad de que la obligación de



financiar el bono social se hiciese recaer sobre el propio sector eléctrico <<...o , *incluso, una parte de dicho sector*>> no podía sacarse de contexto ni invocarse como aval para soluciones discriminatorias. Pues bien, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2021 (asunto C-683/19), a la que seguidamente nos referiremos, nos obliga a profundizar en esta línea.

2/ 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 del interés económico general, y así se establece actualmente en el artículo 3.2 de la Directiva/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009; y, en el plano del ordenamiento interno, como una prestación patrimonial de naturaleza pública, en los términos previsto en el artículo 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 en este proceso. El citado artículo 45.4 del Real Decreto-ley 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 parte recurrente sostiene 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, son contrarias al artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE, al establecer una obligación de servicio público de forma no objetiva y discriminatoria.

Es oportuno insistir en 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 analizar si el mecanismo de financiación que diseña en el Real Decreto-ley 7/2016 es o no conforme al derecho comunitario es preciso acudir a lo dispuesto en el artículo 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".

En relación con el significado y alcance que debe atribuirse a lo dispuesto en este artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 interesa reproducir ahora, de la fundamentación de la citada STJUE de 14 de octubre de 2021, los siguientes apartados:

<< (...) 42 En segundo lugar, cabe recordar que, con arreglo a dicha disposición, en el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado FUE, y en particular del artículo 106 TFUE, 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. Estas obligaciones deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Unión el acceso, en igualdad de condiciones, a los **consumidores** nacionales.

43 [...]

44 Dicho esto, de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia 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, ?vergas Mrezhi y Balgarska gazova 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, única exigencia controvertida en el marco de la primera cuestión prejudicial planteada, 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, ?vergas 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, *vergas Mrezhi y Balgarska gazova asotsiatsia*, C-5/19, EU:C:2020:343, apartado 82 y jurisprudencia citada)>>.

De la doctrina recogida en estos párrafos de la sentencia del Tribunal de Justicia que acabamos de reseñar interesa destacar ahora dos notas. De un lado que, como regla general, *"...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"*; y que *"...cualquier eventual diferencia de trato debe justificarse objetivamente"* (apartado 45). Por otra parte, que *"(...) 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"* (apartado 46).

Esa comprobación a la que se refiere la sentencia del Tribunal de Justicia es la que ahora estamos llevando a cabo. Ya lo hicimos con relación al régimen de financiación del bono social que establecía el artículo 45.4 de la Ley 24/2013 en su redacción originaria, y, como resultado, en nuestra sentencia nº 1532/2021, de 20 de diciembre (recurso 960/2014, F.J. 8º, penúltimo párrafo), a la que antes nos hemos referido, esta Sala llegó a la conclusión de que el régimen de financiación del bono social establecido en aquella redacción del artículo 45.4 de la Ley 24/2013 debía ser declarado inaplicable por resultar incompatible con la exigencia establecida en artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE. Y antes de eso, a la misma conclusión habíamos llegado en nuestra sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso contencioso-administrativo 419/2010) con relación a la primera regulación del bono social, establecida en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, que también fue declarada inaplicable por resultar incompatible con la normativa comunitaria europea que entonces resultaba de aplicación (Directiva 2003/54/CE).

En relación con aquellas dos regulaciones anteriores esta Sala declaró que las razones dadas para la adopción del régimen de financiación que en cada una de ellas se establecía o bien no estaban siquiera explicitadas - sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010)- o bien resultaban insuficientes - sentencia de 20 de diciembre de 2021 (recurso 960/2014). Veamos qué sucede en el caso de la regulación que ahora examinamos.

3/ Como hemos visto, la más reciente jurisprudencia del TJUE en esta materia, interpretando el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72, constata que dicha norma permite la imposición de estas obligaciones de servicio público pero señalando que, con carácter general, ha 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 un 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.

Como señala el Consejo de Estado sobre el proyecto de Real Decreto, el régimen de financiación del bono social establecido en el Real Decreto-ley 7/2016 es un modelo diferente al que existe en otros Estados miembros de la Unión Europea, en los que el coste del bono social se financia directa o indirectamente a través de los presupuestos públicos (salvo en el caso de Portugal donde existe un modelo mixto en el que una parte de la financiación se impone a las empresas generadoras de electricidad).

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 (artículos 5 y 7 del Real Decreto-ley 15/2018). En cambio, en el caso del "bono social eléctrico" se 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.

4/ La exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2016 contiene una motivación en un doble sentido: por un lado, expone las razones que le llevan a optar por imponer la obligación de financiación a las comercializadoras y las matrices de grupos que incluyan comercializadoras; de otra parte, las razones que avalan que no se haga extensiva esta obligación a otras empresas que operan en diferentes ámbitos del sector eléctrico (producción, transporte y distribución).



No se aprecia, por tanto, una falta de motivación. La cuestión litigiosa es otra y 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:

1º Para justificar que la financiación se imponga a las comercializadoras la exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2016 señala 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. En este punto la exposición de motivos señala:

"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 indica

"...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 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, tal 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, como ocurre con las empresas comercializadoras que operan en el mercado libre y con las sociedades matrices de los grupos que incluyen a una o más empresas comercializadoras.

El descuento en la facturación de la energía eléctrica a los **consumidores** vulnerables tan solo se aplica por los comercializadores de referencia, no así por las comercializadoras del mercado libre, que no tienen vinculación con dichos **consumidores** ni en el suministro de energía ni en su facturación. Así lo dispone el artículo 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. Y tampoco resulte asumible que, como razón objetiva en la que fundar la obligación que estamos examinando, se invoquen 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 de aquéllas con el beneficiario de la prestación sino que ha de 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 quién sea el beneficiario, por otro lado cambiante, de dicha prestación.

La obligación de interés público impuesta implica un descuento en el precio de la electricidad suministrada a determinados **consumidores**, para 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 en el precio de la electricidad no guarda relación 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.

Es obvio 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 aparece vinculado solo a la fase final de comercialización. Así, según determina el artículo 17.2 de la Ley del Sector Eléctrico, el Precio Voluntario para el Pequeño **Consumidor** (PVPC), sobre el que luego se aplica el descuento (bono social) en favor de los **consumidores** vulnerables, se calcula añadiendo los siguientes conceptos:

"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 que consiste el bono social, se forma con los costes de producción, peajes de la red y costes de 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 aplican 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 ese descuento.

2º Paralelamente, la exposición de motivos del Real Decreto-ley 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 señala 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 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".

Por tanto, se dice, los transportistas, distribuidores y generadores con régimen retributivo específico están sujetos a un régimen de retribución regulada; y en caso de que recayese sobre ellos 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.

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 explica qué 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 dada 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 por qué 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 pues, no debe olvidarse, 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, 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 aplica 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.

3º Por último, en la exposición de motivos del Real Decreto-ley se aduce, de forma accesoria, 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, la afirmación vuelva a ser inoperante respecto de los generadores que no cuentan con retribución regulada, a los que se dispensa un trato diferente al de los comercializadores que actúan en el mercado libre, siendo así que ambos sujetos actúan en mercados liberalizados y se encuentran en la misma situación para poder recuperar en el mercado los costes que soportan.

4º En definitiva, la regulación que estamos examinando, en la que la obligación de financiación impones 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, cifra 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 contenida en el artículo 45.4 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el Real Decreto Ley 7/2016, de 23 de diciembre, 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 artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE por carecer de una justificación objetiva y ser discriminatoria.

Ello implica la inaplicación de esta previsión legal, en virtud del principio de primacía, por ser contraria al derecho de la Unión Europea, sin necesidad de plantear 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 reciente sentencia de 14 de octubre de 2021 (Asunto C-683/19) que da respuesta a la cuestión prejudicial de interpretación planteada por este Tribunal respecto del artículo 3.2 de la Directiva, su aplicación y alcance.

En fin, la conclusión de que el régimen de financiación del bono social establecido en el Real Decreto-ley 7/2016 es inaplicable por resultar contrario al artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, determina que debemos declarar también inaplicables y nulos los artículos 13 a 17 del Real Decreto, en los que se desarrolla aquel régimen de financiación previsto en el Real Decreto-ley.

Por lo demás, la conclusión que acabamos de exponer hace innecesario que entremos a examinar otros motivos de impugnación aducidos por la parte actora contra la obligación de financiación del bono social, como es el relativo al criterio empleado para distribuir el coste entre las empresas comercializadoras (atendiendo al número de clientes en lugar de a la cuota de mercado o al volumen de facturación de cada empresa). Y también innecesario que nos pronunciemos sobre 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), a la que tantas referencias llevamos hechas, en concreto en el apartado 61 de su fundamentación.

5/ La declaración de que el régimen de financiación del bono social establecido en el Real Decreto-ley 7/2016 es inaplicable, por resultar contrario al artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, y de que, por ello, son inaplicables y nulos los artículos 13 a 17 del Real Decreto 897/2017, determina que debemos reconocer el derecho de la parte actora a ser indemnizada en los términos que precisaremos en el fundamento jurídico décimo y en la parte dispositiva de esta sentencia.

SEXTO.- Sobre la obligación de cofinanciar el coste del suministro de los **consumidores** vulnerables en riesgo de exclusión social.

Junto a la regulación relativa a la financiación del bono social, a la que nos hemos referido en el apartado anterior, el Real Decreto-ley 7/2016 hace recaer sobre las empresas comercializadoras y sus matrices una nueva obligación, la de cofinanciar el coste del suministro de los **consumidores** vulnerables en riesgo de exclusión social.

Respecto de esta nueva obligación -cuyo desarrollo reglamentario se encuentra en el artículo 12 del Real Decreto 897/2017- el artículo 45.4 de la Ley del Sector Eléctrico, redactado por el Real Decreto-ley 7/2016, dispone en sus cuatro primeros párrafos lo siguiente:

"4. El bono social y la asunción del coste de la cofinanciación del suministro de energía eléctrica de aquellos **consumidores** a los que resulte de aplicación lo previsto en el artículo 52.4.j) de la presente ley, serán considerados obligación de servicio público según lo dispuesto en 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.

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.

[...]>>

Por su parte, el artículo 52.4.j) de la misma Ley, redactado asimismo por el Real Decreto-ley 7/2016, establece lo siguiente:

"j) En los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente, aquellos suministros a **consumidores** que tengan la condición de vulnerables severos acogidos a tarifas de último recurso y que estén siendo atendidos, respecto a estos suministros, por los servicios sociales de las Administraciones Públicas competentes por hallarse, en atención a su renta, en riesgo de exclusión social. Estos suministros se circunscribirán a personas físicas en su vivienda habitual. Todo lo anterior deberá ser acreditado mediante documento expedido por los servicios sociales de las referidas Administraciones Públicas>>.

Y el propio Real Decreto-ley 7/2016 añade al artículo 52.4 de la Ley del Sector Eléctrico un último párrafo en el que se dispone:

<<Salvo en el supuesto previsto en el párrafo j) las empresas distribuidoras o comercializadoras podrán aplicar recargos o afectar los pagos que perciban de aquellos de sus clientes que tengan suministros vinculados a servicios declarados como esenciales en situación de morosidad, al abono de las facturas correspondientes a dichos servicios, con independencia de la asignación que el cliente, público o privado, hubiera atribuido a estos pagos".

Respecto de esta obligación de cofinanciación de los suministros a **consumidores** que tengan la condición de vulnerables severos acogidos a tarifas de último recurso, la exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2016 señala que

<< (...) Las aportaciones que deban realizarse por este concepto, estarán diferenciadas de las que correspondan al bono social y tendrán un límite máximo a fijar por orden del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Dichas aportaciones tendrán carácter parcial o de cofinanciación, complementando las que realicen las Administraciones Públicas competentes encargadas de atender a los suministros que se identifiquen en situación de riesgo de exclusión social>>.

La exposición de motivos del Real Decreto-ley configura esta obligación de cofinanciación a la que ahora nos referimos como <<...una nueva obligación de servicio público, según lo dispuesto en la meritada Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009...>>. Pero no ofrece ninguna razón para justificar de manera específica quién ha de asumir esta obligación de cofinanciación, limitándose a señalar que << (...) será asumida, en atención a las razones antes expuestas, por los mismos sujetos a los que corresponde el reparto del coste del bono social en los términos que resultan de la nueva redacción del artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, introducida por la presente disposición>>. Por tanto, la exposición de motivos considera aplicables, para justificar que esta obligación recaiga sobre las empresas comercializadoras, las mismas razones dadas a propósito de la obligación de financiar el bono social.

Pues bien, todas las consideraciones que hemos expuesto en el F.J. 5º sobre el régimen de financiación del bono social establecido en el Real Decreto-ley 7/2016, que nos han llevado a considerarlo inaplicable por ser contrario al artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, son enteramente trasladables, por identidad de razón, a esta otra obligación que el propio Real Decreto-ley impone a las comercializadoras de cofinanciar con las Administraciones Públicas competentes el coste del suministro de los **consumidores** a que hace referencia el artículo 52.4.j).

Por tanto, debemos concluir que la obligación que el Real Decreto-ley 7/2016 impone a las comercializadoras de electricidad o a sus matrices de cofinanciar con las Administraciones Públicas competentes el coste del suministro de los **consumidores** a que hace referencia el artículo 52.4.j) de la Ley del Sector Eléctrico es inaplicable, por resultar contrario al artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE. Y esta conclusión determina que debamos declarar asimismo inaplicable y nulo el artículo 12 del Real Decreto 897/2017, en el que se desarrolla aquel régimen de cofinanciación previsto en el Real Decreto-ley.

Por lo demás, la conclusión que acabamos de exponer hace innecesario que entremos a examinar el motivo de impugnación en el que la parte actora aduce que en lo que se refiere a esta concreta obligación de cofinanciación el Real Decreto-ley 7/2016 carece de presupuesto habilitante; reproche cuya estimación por esta Sala no sería viable sin el previo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.



En fin, la declaración de que la obligación que el Real Decreto-ley 7/2016 impone a las comercializadoras de electricidad, o a sus matrices, de cofinanciar con las Administraciones Públicas competentes el coste del suministro de los **consumidores** a que hace referencia el artículo 52.4.j) de la Ley del Sector Eléctrico es inaplicable, por resultar contraria al artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, y de que, por ello, es inaplicable y nulo el artículo 12 del Real Decreto 897/2017, determina que debamos reconocer el derecho de la parte actora a ser indemnizada en los términos que precisaremos en el fundamento jurídico décimo y en la parte dispositiva de esta sentencia.

SÉPTIMO.- Sobre la alegación de que el procedimiento de solicitud y comprobación del bono social es contrario al Derecho de la Unión Europea y a la Constitución.

A/ Posición de la parte actora:

Como vimos, en el apartado (ii) del suplico de la demanda se pide que esta Sala declare que los artículos 7 a 11 y las disposiciones transitorias segunda y cuarta del Real Decreto 897/2017, así como -por conexión- las disposiciones adicionales primera y tercera y la disposición transitoria primera del mismo Real Decreto, son nulos e inaplicables por ser contrarios al artículo 3.2 de la Directiva 2009/72; o por infringir el principio de reserva de ley de las prestaciones patrimoniales públicas (artículo 31.3 CE). Y, en ambos casos, que se acuerde el restablecimiento de la situación jurídica de Iberdrola Comercialización de Último Recurso S.A.U. mediante el reconocimiento de su derecho a recuperar todas las cantidades invertidas para implantar el nuevo procedimiento (costes fijos) y para aplicarlo efectivamente a los clientes que se han acogido al mismo, en los términos en que se determine en ejecución de sentencia y conforme a lo señalado en el Informe Pericial aportado por esta parte.

Como sustento de tales pretensiones la parte actora esgrime, en síntesis, los siguientes argumentos:

El Real Decreto 897/2017 establece un nuevo procedimiento de solicitud y comprobación del bono social mucho más exigente y oneroso que el que venía aplicándose con anterioridad. Aunque antes del Real Decreto ahora impugnado las empresas comercializadoras también recibían las solicitudes, la comprobación de los requisitos era prácticamente automática. Además, las comercializadoras no tenían que responder expresamente a todos los solicitantes y bastaba que empezasen a aplicar el descuento. Todo eso cambia -"para peor", según afirma la demandante- en el Real Decreto 897/2017, en el que la tramitación que debe seguirse se asemeja a un procedimiento administrativo.

De la argumentación de la parte actora interesa destacar los siguientes puntos: a/ No cuestiona la recepción de las solicitudes -pues admite que ya lo hacía desde 2009- sino las labores de comprobación sustantiva, que dice que antes correspondían a la Administración (página 38 de la demanda). b/ El sistema comporta el acceso a información personal, que deberá ser salvaguardada (igualmente, página 38), que los interesados aportan en ocasiones más documentación de la necesaria. c/ El sistema exige una resolución o pronunciamiento expreso motivado, que, además, es susceptible de impugnación (página 39). Y d/ El derecho al bono social no es permanente, como antes, sino que está sujeto a renovación.

Sostiene la parte actora que esta obligación que se impone a las empresas de gestionar la aplicación de una ayuda social constituye una obligación de servicio público y una prestación pública adicional a la de financiar el bono social. Y que esta carga materialmente administrativa infringe los principios de transparencia y no discriminación (su imposición no se encuentra justificada en ninguna norma), de proporcionalidad (por la onerosidad de la obligación que se traslada, que no está retribuida, cuando existirían alternativas menos gravosas), y de reserva de ley (no se prevé en ninguna norma con rango de ley).

B/ Posición de la Administración demandada.

La demandante parte de una premisa errónea cuando afirma que el Reglamento crea prestaciones personales obligatorias respecto de sociedades mercantiles y les obliga a desarrollar un comportamiento para el reconocimiento o denegación del bono social.

El Real Decreto impugnado se refiere al "...procedimiento para que el **consumidor** pueda solicitar el bono social y el comercializador de referencia, a través de la correspondiente aplicación electrónica que estará disponible en la sede electrónica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, compruebe el cumplimiento de los requisitos para ser **consumidor** vulnerable y, en su caso, vulnerable severo". Y a esa aplicación electrónica se refiere la disposición transitoria segunda del Real Decreto, que habilita al Ministerio para establecer el modo de acreditación y comprobación de requisitos en tanto no se disponga de la aplicación electrónica.

La MAIN (páginas 32 a 34), expone las razones del procedimiento previsto; y ninguna crítica existe respecto de este procedimiento en el informe de la CNMC y tampoco tacha de ilegalidad en el dictamen del Consejo de



Estado. Por ello, señala la Abogacía del Estado, el planteamiento de la parte actora no es atendible en ninguno de los aspectos que señala la demanda.

Las funciones de comprobación se desarrollan a partir de los datos obrantes en la plataforma informática disponible en la sede electrónica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital. Esta previsión se ha visto desarrollada en la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre; y, como pone de manifiesto el artículo 6 de esta Orden, la labor del COR se limita a introducir en dicha aplicación los datos del solicitante y, en su caso, de su unidad familiar, recibiendo luego de la aplicación -que llevará a cabo por sí las comprobaciones necesarias- un simple mensaje indicativo de si cumple, o no, los requisitos para ser considerado **consumidor vulnerable/vulnerable severo** o de la "imposibilidad de realizar dicha comprobación", en cuyo caso -señala la Orden- "(...) el COR rechazará la solicitud e indicará expresamente en su comunicación al interesado el motivo de dicho rechazo".

Tras esa comprobación automática, el artículo 8.2 del Real Decreto (y, en términos coincidentes, el artículo 6.5 de la Orden ETU/943/2017) obliga al comercializador de referencia a comunicar al solicitante el resultado de la comprobación, esto es, a informar a quienes son sus clientes. Se trata de un trámite necesario y meramente informativo, propio de un correcto desarrollo de las funciones de un comercializador respecto de sus clientes. Por tanto, no se atribuye facultad decisoria alguna al comercializador de referencia sino meramente de recepción de solicitudes y comunicación del resultado automático de su evaluación.

En lo que se refiere a la renovación, el artículo 10 del Real Decreto 897/2017 señala que esta se produce a iniciativa del **consumidor** al que ya se ha reconocido el bono social; y el apartado 2 del precepto no plantea obligación alguna pues se limita a mantener la situación a resultados de la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos. El apartado 3, parte de la comprobación positiva y se limita a exigir una comunicación en dicho sentido, de nuevo mera información al cliente **consumidor vulnerable** o vulnerable severo. El apartado 4 obliga al comercializador de referencia a incluir una mención más en una factura que debe emitir antes del vencimiento del plazo para solicitar la renovación del bono social, también mera información.

No se aprecia, por tanto, que la regulación cuestionada imponga nuevas obligaciones susceptible de configurarse como prestaciones personales obligatorias u obligaciones de servicio público, sino que reconfigura las ya existentes en términos que no son significativamente más gravosos. Y en todo caso, incluso si así se entendiera, esa eventual imposición, en tanto se concreta en obligaciones de recepción de documentación y comunicación informativa, encontraría fundamento en la general obligación que se impone a las comercializadoras en un precepto de rango legal como es el artículo 46.1.o/ de la Ley del Sector Eléctrico.

Por otro lado, no necesita especial motivación el hecho de que la recepción de las solicitudes del bono social y su tramitación se imponga a las comercializadoras de referencia toda vez que son estas las que, por expresa previsión legal (artículos 17 y 45.3 de la Ley del Sector Eléctrico), han de aplicar el bono social en las facturas de los **consumidores** en las facturas de los **consumidores** que puedan quedar acogidos al mismo. Y es absurdo que se aluda a la desproporción de la obligación y a supuestas alternativas menos gravosas, como sería la tramitación por la propia Administración, pues esta solución, de haber sido la adoptada, habría introducido una mucha mayor complejidad en el procedimiento, al deber atenderse las obligaciones formales propias de todo procedimiento administrativo.

Por todo ello, concluye la Abogacía del Estado, el alegato de la parte actora debe ser desestimado; y con él la pretensión indemnizatoria aneja. Esto dejando al margen que, en rigor, el cauce para solicitar la eventual compensación de los costes que puedan comportar dichas tareas sería el específicamente previsto en los artículos 22.a.3 y 7 y 22.b.3 del Real Decreto 216/2014, mediante su inclusión, si a ello hubiera lugar, en los costes de comercialización del PVPC. De hecho, la propia actora reconoce que ha recurrido el Real Decreto 469/2016, que regula la determinación de los costes de comercialización de referencia, interesando el reconocimiento de un mayor importe que incorporaría el pretendido mayor coste de estas obligaciones de atención. Será en ese proceso (recurso 41/2017) donde la cuestión podrá ser debidamente abordada, siendo evidente que la pretensión aquí articulada incurriría en evidente duplicidad y se revelaría como manifiestamente contradictoria con aquélla.

C/ Posición de EDP España, S.A.U. Nada alega la parte codemandada sobre este apartado de la controversia.

D/ Criterio de esta Sala.

Ante todo, 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, siendo ello así, ya hemos



expuesto en el F.J. 5º de esta sentencia las razones que nos han llevado 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; sin que tal pronunciamiento alcance 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 hemos expuesto en ese F.J. 5º.

Partiendo, entonces, de la vigencia y efectividad del bono social en tanto que descuento en el precio de la electricidad suministrada a determinados **consumidores**, no cabe afirmar que las normas que regulan el procedimiento de solicitud y comprobación del bono social impongan nuevas obligaciones que puedan ser consideradas como prestaciones personales obligatorias u obligaciones de servicio público distintas y adicionales a la obligación de la prestación consistente en practicar el descuento. Aquéllas son, sencillamente, obligaciones de carácter accesorio y con un marcado carácter instrumental, pues se refieren a la recepción de solicitudes y a la comunicación a los solicitantes del resultado de la comprobación.

El dictamen que emitió el Consejo de Estado respecto de proyecto de Real Decreto señala, de un lado, las cargas y costes de gestión que se hacen recaer sobre las empresas comercializadoras de electricidad, que incluyen la constatación de requisitos de diversa índole, cuya acreditación corresponde a Administraciones distintas, y que comportan el acceso a datos de carácter personal. Y, en segundo lugar, señala también el informe que, al corresponder al comercializador de referencia (empresa privada) la decisión acerca de la concesión o denegación del bono social, se priva al interesado de las garantías y cauces de defensa de los que dispondría si esa decisión procediese de un órgano administrativo. Tales problemas quedarían solventados -señala el Consejo de Estado- si las solicitudes fuesen tramitadas por los servicios del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, a los que correspondería comprobar los requisitos de los solicitantes.

Sin embargo, el Consejo de Estado es consciente de que para ello sería necesario que el departamento ministerial competente contase con los medios humanos y materiales necesarios para hacer frente a la ingente tarea burocrática que requiere el proceso de aplicación del bono social, con las dificultades presupuestarias que todo ello trae consigo. Por ello, enuncia otras posibles vías para enervar las objeciones que en su propio informe señala. Así, de mantenerse el sistema previsto en el proyecto de Real Decreto, habrían de introducirse determinadas correcciones:

1/ En primer lugar, estando prevista en el proyecto del Real Decreto (artículo 9.8) que para la solución de discrepancias los **consumidores** podrán reclamar ante los servicios de consumo correspondientes, en los términos que establezca la normativa de defensa de los **consumidores**, debería quedar claro que el **consumidor** puede seguir ese cauce no solo para lo que el artículo 9 denomina "aplicación del bono social" (momento desde el cual y plazo durante el cual se aplica el descuento), sino también para el caso de que el comercializador rechace la solicitud del **consumidor**. 2/ En segundo lugar, la comprobación de los requisitos que han de concurrir en el **consumidor** para ser beneficiario del bono social debe comportar el menor grado de apreciación posible para los comercializadores de referencia, por lo que resulta necesario que la plataforma informática a la que se refiere el artículo 8.1 se encuentre operativa lo antes posible y que la orden ministerial de desarrollo del real decreto proyectado concrete de manera muy precisa y tasada cuáles son los documentos que sirven para acreditar los requisitos que no puedan comprobarse mediante la aplicación informática. 3/ Además - señala el informe- la acreditación de muchas de esas circunstancias comportaría la comunicación a los comercializadores de referencia de datos de carácter personal, algunos especialmente sensibles (discapacidad, condición de víctima de terrorismo o violencia de género), cuya protección puede ser difícil de conjugar con la necesaria comprobación por el comercializador de los requisitos necesarios para acceder al bono social. 4/ Ha de reforzarse a lo largo del proyecto la idea de que la aplicación del bono social al **consumidor** que lo solicita es algo debido para el comercializador de referencia si el solicitante cumple los requisitos reglamentariamente establecidos, sin que exista un margen de decisión al respecto para el comercializador.

Pues bien, el texto definitivo del Real Decreto 897/2017 y la Orden ETU/943/2017 han venido a dar respuesta suficiente a las objeciones formuladas por el Consejo de Estado.

Así, el artículo 8.2 del texto del Real Decreto finalmente aprobado contempla la resolución de discrepancias también para el caso de que el comercializador rechace la solicitud del **consumidor**.

Por otra parte, la Orden ETU/943/2017, por la que se desarrolla el Real Decreto 897/2017, fue dictada con la mayor prontitud, pues ambas disposiciones son de la misma fecha, 6 de octubre de 2017; y en el articulado de la Orden se regulan con el suficiente grado de detalle y concreción aspectos tales como: a) los modelos de solicitud de aplicación del bono social; b) la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 3 del real decreto que, en su caso, deba acompañar dicha solicitud; c) los criterios



de cómputo del requisito de renta; d) los mecanismos con los que se comprobarán los requisitos establecidos en dicho real decreto para ser **consumidor** vulnerable y vulnerable severo y percibir el bono social; incluida la implementación y mecánica de funcionamiento de la aplicación telemática en la sede electrónica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital. Con posterioridad, la Orden ETU/361/2018, de 6 de abril, vino a modificar los formularios de solicitud del bono social previstos en el anexo I de la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre.

En fin, las prevenciones del Consejo de Estado relativas a la protección de datos de carácter personal deben también considerarse atendidas habida cuenta lo dispuesto en el artículo 7.5 del Real Decreto 897/2017. Y también en materia de protección de datos de carácter personal, debe notarse lo que establece el artículo 8 del propio Real Decreto en sus apartados 5, 6 y 7.

Todo ello nos lleva a concluir que las tareas de comprobación que se hacen recaer sobre las entidades comercializadoras de electricidad no constituyen prestaciones personales obligatorias con entidad propia sino deberes accesorios que son propios de la gestión y materialización de la obligación de servicio público relativa al bono social; sin que la comercializadora tenga un margen de apreciación para la concesión o denegación del bono social, pues se trata de una decisión de carácter reglado.

Antes hemos expuesto las razones que existen para considerar contrarias al artículo 3.2 de la Directiva 2009/72, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, las disposiciones del Real Decreto-ley 7/2016 y del Real Decreto 897/2017 relativas al régimen de financiación del bono social. Pero también hemos señalado que tal pronunciamiento de inaplicación, y de nulidad de los preceptos reglamentarios correspondientes, no alcanza al otro elemento de la prestación del bono social, el que se refiere a la práctica del descuento en el precio de la electricidad a determinados **consumidores**; y el pronunciamiento de inaplicación tampoco alcanza, añadimos ahora, a los deberes accesorios, de gestión y comprobación, que son necesarios para la materialización de aquella prestación del bono social.

Así las cosas, el hecho de que esas actividades desarrolladas por las comercializadoras de electricidad para la prestación del bono social, con las inversiones y gastos que ello comporta, no cuenten con un régimen de financiación válido y aplicable, determina que debemos reconocer el derecho de la parte actora a ser indemnizada en los términos que precisaremos en el fundamento jurídico décimo y en la parte dispositiva de esta sentencia.

OCTAVO.- Sobre la alegación de que el procedimiento de suspensión del suministro regulado en el artículo 19 del Real Decreto 897/2017 es contrario al artículo 52 de la Ley del Sector Eléctrico y al artículo 3.2 de la Directiva 2009/72.

En el apartado (iii) del suplico de la demanda se formulan, como ya vimos en el antecedente segundo, las siguientes pretensiones: 1/ que se declare la nulidad del artículo 19 del Real Decreto, 897/2017, por vulnerar los artículos 3.2 de la Directiva 2009/72 y 52 de la LSE. 2/ que se reconozca el derecho de Iberdrola Clientes S.A.U. e Iberdrola Comercialización de Último Recurso S.A.U. a ser indemnizadas por la Administración << (...) en cantidad equivalente a la suma de (i) los importes de las facturas no pagadas de los meses adicionales durante los que mis representadas se han visto obligadas a mantener el suministro de electricidad en situaciones de impago, frente a los plazos que aparecen en el artículo 52 de la LSE; y (ii) el importe de los gastos incurridos por las comercializadoras del grupo Iberdrola para realizar las notificaciones adicionales a los interesados, frente al requerimiento único que aparece en el artículo 52 de la LSE; todo ello en las cuantías que se determine en ejecución de sentencia>>.

La parte actora aduce que el artículo 19 del Real Decreto 897/2017 ha venido a agravar las condiciones que se establecen en los apartados 1 y 2 de la Ley como pasos previos para poder suspender el suministro de los **consumidores**, estableciendo la norma reglamentaria unos requisitos más exigentes que se aparta del precepto legal, vulnerándolo; que también se vulnera el principio de transparencia, pues no se justifican esas mayores exigencias; y, en fin, que estas resultan desproporcionadas, pues, sin aportar ningún beneficio adicional para el **consumidor**, encarecen y dificultan la suspensión del suministro, trasladando a las comercializadoras la carga y el coste de mantener el suministro durante más tiempo en caso de impago, exponiendo además a la comercializadora a sanciones administrativas.

Pues bien, no apreciamos la contradicción que alega la parte actora entre el artículo 52 de la Ley del Sector Eléctrico y el artículo 19 del Real Decreto 897/2017; ni entendemos que este precepto reglamentario incurra en las vulneraciones de los principios de transparencia y proporcionalidad que se denuncian.

El artículo 52.1 de la Ley del Sector Eléctrico establece, como norma de carácter general, que el suministro de energía eléctrica a los **consumidores** podrá suspenderse << cuando conste dicha posibilidad en el contrato de suministro o de acceso (...), en las condiciones que reglamentariamente se establezcan>>. Más adelante, ya específicamente en relación con los "**consumidores** acogidos a precios voluntarios para el pequeño



consumidor o tarifas de último recurso", el apartado 3 del mismo artículo 52 dispone que <<...en las condiciones que reglamentariamente se determinen (les) podrá ser suspendido el suministro de energía eléctrica [...] cuando hayan transcurrido al menos dos meses desde que les hubiera sido requerido fehacientemente el pago, sin que el mismo se hubiera hecho efectivo>>. Y, en fin, en los dos últimos párrafos de ese mismo artículo 52.3 de la Ley se dispone que en el caso de las Administraciones públicas acogidas a precios voluntarios para el pequeño **consumidor** o tarifas de último recurso, así como en el de las categorías de **consumidores** vulnerables que se determinen reglamentariamente a estos efectos, la interrupción del suministro podrá acordarse si transcurridos "cuatro meses" desde el primer requerimiento el pago no se hubiera hecho efectivo.

Vemos así que en el apartado 1 (regla general) se requiere que la posibilidad de suspensión del suministro esté contemplada en el contrato; y en el apartado 3 (norma referida **consumidores** acogidos a precios voluntarios para el pequeño **consumidor** o tarifas de último recurso) el precepto legal precisa que el suministro podrá ser suspendido cuando hayan transcurrido "al menos" dos meses desde que se les hubiera sido requerido fehacientemente. Por lo demás, ambos apartados del artículo 52 se remiten expresamente a las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

Por tanto, lo que estos dos primeros apartados de la norma legal establecen son unas condiciones o requerimientos mínimos. En lo demás, las condiciones para que pueda producirse la suspensión del suministro en los casos a que dichos apartados se refiere serán las que reglamentariamente se establezcan.

Esa concreción reglamentaria es la que lleva a cabo el artículo 19 del Real Decreto 897/2017, donde, respetando aquellas condiciones mínimas establecidas en la norma legal, se pormenorizan los requisitos y plazos que la empresa comercializadora habrá de observar antes de proceder a la interrupción del suministro. Puede apreciarse que la norma reglamentaria pormenoriza e intensifica las condiciones y garantías que se exigen para que pueda llevarse a cabo la suspensión del suministro; pero opera de ese modo dentro del amplio margen que le confiere la habilitación legal, que, como hemos visto, establece unas condiciones mínimas sin excluir que el desarrollo reglamentario disponga medidas que proporcionen una protección más intensa a los **consumidores**. Todo ello en consonancia con lo que establecen otros preceptos de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, que también se manifiestan en esa línea de propiciar que la norma reglamentaria habilite medidas de protección al **consumidor** protección al **consumidor**. Cabe citar en este sentido el artículo 43.3 de dicha Ley, en el que se establece: << (...) 3. Reglamentariamente se establecerán, por las Administraciones Públicas competentes, medidas de protección al **consumidor** que deberán recogerse en las condiciones contractuales para los contratos de suministro de los comercializadores con aquellos **consumidores** que por sus características de consumo o condiciones de suministro requieran un tratamiento contractual específico>>.

Así las cosas, no existe la contradicción que se denuncia entre el artículo 52 de la Ley del Sector Eléctrico y el artículo 19 del Real Decreto 897/2017. Y, por lo demás, no apreciamos razones para afirmar que las medidas establecidas en el precepto reglamentario, cuya finalidad de protección al **consumidor** de electricidad resulta innegable, sean desproporcionadas o contrarias al principio de transparencia.

Por todo ello, debe ser desestimada la pretensión de que declaremos la nulidad del artículo 19 del Real Decreto 897/2017; y, como consecuencia, debe ser igualmente desestimada la pretensión indemnizatoria que formula la parte actora vinculada a aquella pretensión de nulidad.

NOVENO.- Por último, sobre la alegada nulidad de la disposición final segunda, apartado dos, del Real Decreto 897/2017, por resultar arbitraria.

A/ Posición de la parte actora.

En el apartado (iv) del suplico de la demanda se formula la siguiente pretensión: << (...) En cuanto al cuatro motivo jurídico-material, declare la nulidad de la disposición final segunda, apartado dos, del RD 897/2017, por resultar arbitraria>>.

Para fundamentar esta pretensión la parte actora aduce las razones que pasamos a resumir.

El Real Decreto impugnado, en su disposición final segunda, apartado dos, introduce una modificación en el artículo 5 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, de manera que, según el precepto modificado, "Los servicios adicionales que hayan sido contratados por el **consumidor** junto con el suministro de electricidad deberán ser rescindidos a la vez que el suministro de electricidad, salvo que el **consumidor** indique expresamente lo contrario en el momento de la finalización del contrato".

La finalidad de la norma parece ser la de proteger al **consumidor** frente a situaciones en las que inadvertidamente mantenga algunos servicios contratados con el anterior comercializador, evitando así que



pueda seguir pagando por servicios que, aunque reciba, creía haber rescindido junto con el contrato de suministro.

Sin embargo, la medida adoptada no es adecuada para alcanzar la finalidad, puesto que, en vez de establecer una obligación de información al **consumidor** y darle un derecho a optar expresamente por una u otra decisión, la norma simplemente establece una presunción a favor de la rescisión. La norma puede acabar por provocar situaciones indeseables: es posible que alguno de los servicios adicionales que prestaba el anterior comercializador no sea prestado por el nuevo y acabe sucediendo que el cliente pierda ese servicio sin saberlo y de modo inesperado. Ello puede suceder, por ejemplo, en el caso de que el **consumidor** cambia a una comercializadora que no presta servicios de reparación de averías en la instalación eléctrica o mantenimiento. Con la nueva regla, el cliente podría ser dado de baja tácitamente de un servicio contratado con la anterior comercializadora y solo percatarse demasiado tarde (cuando la instalación ha fallado y se ha quedado sin luz) de que la nueva comercializadora no lo presta. De este modo, la norma puede tener un resultado contrario al pretendido.

Frente a la regulación elegida, existen alternativas que sí permitirían lograr la finalidad pretendida sin correr el riesgo de perjudicar a los clientes. Habría bastado simplemente exigir que el comercializador indicase al cliente, en la comunicación que debe enviarle para informarle del fin del contrato de suministro (regulada en el mismo artículo 5 del Real Decreto 1435/2002), que tiene derecho a optar por mantener o rescindir esos servicios adicionales, con advertencia de que, si no indica nada, se presumirá que desea seguir recibiendo el servicio del anterior comercializador. De ese modo, se mantendría al cliente debidamente informado y éste no perdería automáticamente los servicios adicionales en caso de inacción.

En definitiva, no existe una adecuada conexión de sentido entre la razón que aparentemente justifica esta medida y la norma adoptada, de modo que ésta resulta arbitraria y, por tanto, contraria al artículo 9.3 de la Constitución.

Por todo ello la parte actora entiende que procede declarar la nulidad de la disposición final segunda, apartado dos, del Real Decreto 897/2017, al resultar arbitraria.

B/ Posición de la Administración demandada.

La propia alegación de la parte actora demuestra que carece de fundamento. Así, la representación de las demandantes reconoce que la finalidad perseguida es la de " *proteger al **consumidor** frente a situaciones en las que inadvertidamente mantenga algunos servicios contratados con el anterior suministrador*"; y, obviamente, la disposición impugnada cumple dicha finalidad, al prever la rescisión de tales servicios con el propio contrato de suministro.

La parte actora sostiene que podría haber sido mejor contemplar una simple comunicación en la que el comercializador le indicase que puede optar por mantener los servicios o rescindirlos, " *con advertencia de que si no indica nada se presumirá que desea seguir recibiendo el servicio del anterior comercializador*".

Una vez más, la actora confunde su interés con la legalidad. Obviamente, le interesa que, por defecto, puedan subsistir los contratos de servicios y asistencia que ofrecen las grandes comercializadoras y que provocan la facturación a sus clientes de costes fijos mensuales, incluso si llegan a rescindir sus contratos de suministro con aquéllas. Sin embargo, la cuestión suscitada no pasa de ser una discrepancia sobre una opción de política normativa. La opción del regulador es plenamente lógica (rescindido el contrato principal de suministro, es lógico que queden rescindido los servicios accesorios, sin perjuicio de que el nuevo cliente pueda contratarlos con su nuevo comercializador si así lo desea). La mera e interesada discrepancia de la actora no es bastante para tacharla de arbitraria y pretender su anulación.

C/ Posición de la codemandada EDP España, S.A.U.

Nada alega sobre las cuestiones y pretensiones relativas a este apartado de la controversia.

D/ Criterio de esta Sala. En este punto de la controversia al que ahora nos referimos la posición de la parte actora no puede ser acogida.

Es innegable, y así lo admite la propia parte demandante, que la finalidad perseguida por la norma controvertida - disposición final segunda, apartado dos, del Real Decreto 897/2017- es la de proteger al **consumidor** frente a situaciones en las que, pese a haber quedado rescindido el contrato en cuanto al suministro de electricidad, podría mantener inadvertidamente contratados con el anterior suministrador algunos servicios adicionales.

Es cierto que, en determinadas ocasiones, al **consumidor** que rescinde el contrato en lo que se refiere al suministro de electricidad puede interesarle mantener, sin embargo, determinados servicios adicionales; pero



precisamente para ello la norma permite que el **consumidor** lo indique así expresamente en el momento de la finalización del contrato.

La parte actora propugna una fórmula alternativa que consistiría en exigir al comercializador que en la comunicación que debe enviar al cliente para informarle del fin del contrato de suministro -según el artículo 5 del Real Decreto 1435/2002- le indique que tiene derecho a optar por mantener o rescindir esos servicios adicionales, con advertencia de que, si nada indica, se presumirá que desea seguir recibiendo el servicio del anterior comercializador.

Sin duda, esta fórmula que se propone sería más ventajosa para la empresa comercializadora, pues, como señala la Abogacía del Estado, a esta le interesa que, por defecto, puedan subsistir los contratos de servicios y asistencia que aquélla ofrece y que determinan la facturación de costes fijos mensuales a sus clientes incluso después de rescindir con ellos los contratos de suministro. Sin embargo, la solución adoptada en la norma controvertida cumple de forma más clara el objetivo de proteger al **consumidor** pues, al quedar los servicios adicionales rescindidos *ex lege*, salvo que el **consumidor** manifieste expresamente lo contrario, no queda espacio para que el mantenimiento de tales servicios accesorios se produzca de forma inadvertida para el **consumidor**.

En todo caso, la existencia de una opción regulatoria alternativa, por más que sea preferida por parte demandante, no es razón para anular la solución acogida en la norma que, lejos de resultar arbitraria, es razonable y plenamente ajustada a la finalidad perseguida de protección al **consumidor**.

DÉCIMO.- Resolución del recurso.

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:

A/ En primer lugar, procede, que declaremos inaplicable el régimen de financiación del bono social y el de cofinanciación con las Administraciones Públicas de aquellos suministros a **consumidores** que tengan la condición de vulnerables severos acogidos a tarifas de último recurso y que estén en riesgo de exclusión social, establecidos 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 incompatibles tales preceptos 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.

B/ En segundo lugar, debemos declarar inaplicables y nulos los artículos 12 al 17 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, que se refieren a la financiación del bono social y a la obligación de cofinanciación con las Administraciones Públicas de aquellos suministros a **consumidores** que tengan la condición de vulnerables severos acogidos a tarifas de último recurso y que estén en riesgo de exclusión social.

C/ Como consecuencia de los dos anteriores pronunciamientos, y como ya hemos anticipado en el último párrafo de los fundamentos jurídicos quinto y sexto de esta sentencia, procede que declaremos el derecho de la parte actora a ser indemnizada por las cantidades abonadas en concepto de financiación bono social y de cofinanciación de aquellos suministros a **consumidores** que tengan la condición de vulnerables severos acogidos a tarifas de último recurso y que estén en riesgo de exclusión 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 que hayan satisfecho por esos conceptos hasta la fecha de la presente sentencia descontando las cantidades que, en su caso, hubieran repercutido a los clientes, para evitar un enriquecimiento injusto, más los intereses legales correspondientes computados desde fecha del pago hasta la fecha de su reintegro.

D/ Asimismo, como ya anticipábamos en el último párrafo del fundamento jurídico séptimo, procede que declaremos el derecho de la parte actora a ser resarcida por el importe de las cantidades invertidas para implantar el procedimiento de solicitud, comprobación y gestión del bono social y de las cantidades satisfechas para la aplicación de dicho procedimiento hasta la fecha de la presente sentencia descontando las cantidades que, en su caso, hubieran repercutido a los clientes, más los intereses legales computados desde fecha del correspondiente desembolso y hasta la fecha de su reintegro.

E/ En cuanto a las cantidades que las demandantes deban satisfacer con posterioridad a la fecha de esta sentencia por alguno de los conceptos señalados en los dos apartados anteriores, habrá de ser en el nuevo régimen legal de financiación del bono legal que se establezca, en sustitución del que aquí hemos declarado inaplicable, o en una norma específica que a tal efecto se apruebe, donde se determine la vía para el resarcimiento de las cantidades que las demandantes se hubieran visto obligadas a anticipar.



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

DECIMOPRIMERO.- Costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede imponer las costas del proceso a ninguna de las partes.

FALLO

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

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo nº 633/2017 interpuesto en representación de las entidades IBERDROLA CLIENTES S.A., IBERDROLA ESPAÑA S.A.U y CURENERGÍA COMERCIALIZADOR DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U (antes Iberdrola Comercializadora de Último Recurso, S.A.U.) 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; y contra la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre, por la que se desarrolla el anterior Real Decreto 897/2017.

2.- Declarar inaplicables el régimen de financiación del bono social y el régimen de cofinanciación con las Administraciones Públicas de aquellos suministros a **consumidores** que tengan la condición de vulnerables severos acogidos a tarifas de último recurso y que estén en riesgo de exclusión social, establecidos 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-, e inaplicable también la disposición transitoria única del mismo Real Decreto-ley 7/2016, por resultar tales preceptos incompatibles 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.

3.- Declarar inaplicables y nulos los artículos 12 a 17 del 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.

4.- 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 severos acogidos a tarifas de último recurso y que estén en riesgo de exclusión social, en aplicación del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, de manera que se reintegren a las demandantes todas las cantidades satisfechas por esos conceptos, descontando las cantidades que, en su caso, hubieran 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.- Declarar el derecho de la parte actora a ser resarcida por el importe de las cantidades invertidas para implantar el procedimiento de solicitud, comprobación y gestión del bono social y de las cantidades satisfechas para la aplicación de dicho procedimiento hasta la fecha de la presente sentencia descontando las cantidades que, en su caso, hubieran repercutido a los clientes por tal concepto, más los intereses legales computados desde fecha del correspondiente desembolso y hasta la fecha de su reintegro.

6.- Desestimar las demás pretensiones que formula la parte demandante.

7.- No imponer las costas procesales a ninguno de los litigantes.

8.- Ordenar la publicación de este fallo en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

Así se acuerda y firma.