



Roj: **STS 467/2022 - ECLI:ES:TS:2022:467**

Id Cendoj: **28079130032022100024**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **10/02/2022**

Nº de Recurso: **536/2017**

Nº de Resolución: **172/2022**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 172/2022**

Fecha de sentencia: 10/02/2022

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

Número del procedimiento: 536/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/01/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

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

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 536/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 172/2022**

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 10 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo número 536/2017, interpuesto por el procurador de los Tribunales D. Germán Marina Grimau con la asistencia letrada de D. José Giménez Cervantes, en representación de Iberdrola Comercialización de último recurso S.A.U. ("Ibercur"), hoy Curenergia Comercializador Último Recurso S.A.U., contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud de aprobación de una Orden del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por la que, de conformidad con lo previsto en los artículos 22 y 26.4 del Real Decreto 216/2014, se incluya en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor de energía eléctrica el importe del bono social soportado por las comercializadoras, en cumplimiento con lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 7/2016, de 23 de diciembre.

En el que ha intervenido como parte demandada, la Administración del Estado, que ha estado representada y defendida por la Abogacía del Estado, y como codemandados, Endesa Energía XXI S.L, representada por el procurador de los Tribunales D. Carlos Piñeira de Campos con la asistencia letrada de don Antonio Jesús Sánchez Rodríguez, Gas Natural SDG S.A., (hoy Naturgy Energy Group S.A) representada por la procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Ana Isabel Colmenarejo Jover con la asistencia letrada de Doña Victoria Serrano Dublan, Eléctrica Nuriel S.L. representada por la procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Laura-Argentina Gómez Molina con la asistencia letrada de don Juan María Tió López, Viesgo Comercializadora de Referencia S.L., representada por la procuradora de los Tribunales doña María Jesús Gutierrez Aceves con la asistencia letrada de doña Nuria Encinar Arroyo, EDP Comercializadora de Último Recurso S.A., representada por el procurador de los Tribunales D. Carlos Mairata Laviña sustituido por su compañera D<sup>a</sup> María Teresa Uceda Blasco, con la asistencia letrada de D<sup>a</sup>. Jorgelina Exposito Blanco, Laboil Energía S.L. representada por el procurador de los Tribunales D. Jorge Deleito García, con la asistencia letrada de D. Oscar Frontiñan Meijon, Concisa, Comunicación, Marketing y Servicios S.L., representada por la procuradora de los tribunales doña Elena María Medina Cuadros con asistencia letrada de D. David Egea Villalba, Photon Gestión S.L., representada por la procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Silvia Vázquez Senin, Asociación de Empresas Eléctricas, Aseme, representada por la procuradora de los Tribunales Doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal de Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U. (Ibercur) hoy Curenergia Comercializador Último Recurso S.A.U., interpuso con fecha 28 de julio de 2017 recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud de aprobación de una Orden del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por la que, de conformidad con lo previsto en los artículos 22 y 26.4 del Real Decreto 216/2014, se incluya en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor de energía eléctrica el importe del bono social soportado por las comercializadoras de referencia, en cumplimiento con lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 7/2016, de 23 de diciembre, formulada ante el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital el día 16 de febrero de 2017.

Por diligencia de ordenación de 28 de julio de 2017 se admitió a trámite el recurso y se ordenó la reclamación del expediente.

**SEGUNDO.-** Recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase demanda, lo que verificó por escrito presentado el 22 de enero de 2018, en el que expuso los motivos de impugnación que más adelante se indicarán, y solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que, (i) Declare contraria a Derecho la desestimación presunta de la solicitud formulada por Iberdrola Comercialización de Último Recurso S.A.U. el pasado 2 de marzo de 2017 ante el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, así como la falta de modificación del precio voluntario para el pequeño consumidor para incluir en el mismo los costes soportados por las comercializadoras de referencia para costear el bono social, (ii) Ordene al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital que, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, proceda a dictar un acto administrativo en aplicación de artículo 22.a).7º y b).3º del Real Decreto 216/2014, incluyendo en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor el importe del bono social soportado por las comercializadoras de referencia ,en cumplimiento de lo previsto en el Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, y con efectos desde la fecha de entrada en vigor del citado Real Decreto-ley. (iii) Reconozca el derecho de Ibercur a recibir los importes correspondientes desde el momento de entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2016, con los intereses legales correspondientes desde la fecha en que



hizo los pagos en concepto de bono social hasta la fecha que, en cumplimiento de la sentencia que se dicte en el presente procedimiento, recupere su importe., y (iv) Imponga las costas a la Administración demandada.

**TERCERO.-** La Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación el 23 de febrero de 2018, en el que opuso a las alegaciones de la demanda y solicitó a la Sala que dicte sentencia desestimatoria de la demanda. Con costas.

Por diligencia de ordenación de 17 de abril de 2018, se tuvo por caducado el derecho y perdido el trámite de contestación a los codemandados Photon Gestión S.L., Asociación de Empresas Eléctricas Aseme, EDP Comercializadora de Último Recurso S.A., Laboil Energía S.L., Concisa Comunicación, Marketing y Servicios S.L., Eléctrica Nuriel S.L., Gas Natural SDG, S.A., Viesgo Comercializadora de Referencia S.L. y Endesa Energía XXI, S.L.

Por Decreto de 26 de abril de 2018 se tuvo por evacuado el trámite de contestación a la demanda por la representación procesal de Concisa Comunicación, Marketing y Servicios S.L, de conformidad con el artículo 128 de la Ley de la Jurisdicción, que se adhirió ad cautelam a la contestación de la abogacía del Estado.

**CUARTO.-** Por auto de 4 de mayo de 2018 se acordó el recibimiento a prueba, y al efecto se admitió y declaró pertinente la prueba documental propuesta por la parte recurrente, teniéndose por aportados los documentos acompañados tanto al escrito de interposición del recurso como al escrito de demanda, así como la prueba pericial, consistente en el informe elaborado con fecha 22 de enero de 2018 por los peritos D. Marcelino , D. Mauricio y D. Nicolas , señalándose para su ratificación y aclaraciones que soliciten las partes la audiencia del día 31 de mayo de 2018, fecha en la que se practicó el indicado acto de ratificación.

Por diligencia de ordenación de 1 de junio de 2018, se tuvo por apartada en el presente recurso a la codemandada Concisa Comunicación, Marketin y Servicios S.L., de conformidad con lo solicitado en escrito de 31 de mayo de 2018.

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de 4 de junio de 2018 se declaró concluso el periodo de proposición y práctica de la prueba y se concedió a las partes plazo para la presentación de sus conclusiones, que fueron presentadas por escrito de 18 de junio de 2018 por la parte demandante, y por la abogacía del Estado el 4 de julio de 2018.

Por diligencia de ordenación de 9 de julio de 2018 se tuvo por precluidos en dicho trámite a los codemandados, al no haber presentado escritos de conclusiones y se declararon conclusas las actuaciones, quedando pendientes de señalamiento para votación y fallo.

**SEXTO.-** Por providencia de 17 de diciembre de 2019, se señaló para votación y fallo el día 18 de febrero de 2020 y por providencia de 7 de febrero de 2020 se dejó sin efecto el señalamiento, a la vista de la solicitud formulada por la parte recurrente en su escrito de 20 de enero de 2020, en el que interesó la suspensión del procedimiento por prejudicialidad hasta que se resuelva el recurso 633/2017.

Por diligencia de ordenación de 18 de octubre de 2021 se acordó dar traslado a las partes para alegaciones de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 14 de octubre de 2021 en el asunto C-683/19, y en dicho trámite presentaron sus alegaciones la recurrente Curenergía Comercializador de Último Recurso S.A.U., por escrito de 3 de noviembre de 2021 y la abogacía del Estado, por escrito de 2 de noviembre de 2021.

Por diligencia de ordenación de 8 de noviembre de 2021 se tuvo por caducado el derecho y perdido el trámite de alegaciones que se acaba de indicar al resto de las partes.

Por providencia de 1 de diciembre de 2021 se señaló para votación y fallo el día 18 de enero de 2022, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar, continuando el siguiente día 25.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.-La orden impugnada y los motivos de impugnación.**

Se interpone recurso contencioso administrativo contra desestimación presunta por silencio administrativo, de la solicitud formulada ante el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital el día 16 de febrero de 2017, de aprobación de una Orden del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por la que, de conformidad con lo previsto en los artículos 22 y 26.4 del Real Decreto 216/2014, se incluya en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor de energía eléctrica el importe del bono social soportado por las comercializadoras de referencia en cumplimiento con lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 7/2016, de 23 de diciembre.

### **SEGUNDO.- Las alegaciones de las partes.**



## A) La parte recurrente.

1.- En el escrito que la parte recurrente dirigió al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, de fecha 16 de febrero de 2017, en solicitud de aprobación de la correspondiente orden por la que, de conformidad con lo previsto en los artículos 22 y 26.4 del RD 216/2014, se incluya en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor de energía eléctrica el importe del bono social soportado por las comercializadoras de referencia, en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, se apoya en las siguientes consideraciones:

i) El Real Decreto 469/2016, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, que establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica, reguló los costes de comercialización que han de integrar el indicado precio voluntario para el pequeño consumidor que los comercializadores de referencia han de cobrar a los clientes acogidos a esa modalidad contractual.

ii) El 24 de diciembre de 2016 se publicó en el BOE la Orden ETU/1948/2016, de 22 de diciembre, por la que se fijan determinados valores de los costes de comercialización a incluir por las comercializadoras de referencia en el precio voluntario para el pequeño consumidor.

iii) El mismo día 24 de diciembre de 2016 se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, por el que se regula el mecanismo de financiación del bono social, que da una nueva redacción al artículo 45.4 de la LSE.

iv) En lo que aquí interesa, el RDL 7/2016 dispone que abonará el bono social las matrices de los grupos de sociedades que desarrollen la actividad de comercialización de energía eléctrica o las propias sociedades que así lo hagan si no forman parte de ningún grupo societario, y en su Anexo identifica a la recurrente Ibercur como obligada al pago del bono social.

v) Por las razones expuestas en la Exposición de Motivos del RDL 7/2016, las obligadas a soportar el coste del bono social son las comercializadoras, aún cuando por razones operativas el pago se haga por la matriz, por lo que ese coste deberá incorporarse al precio voluntario para el pequeño consumidor que cobran las comercializadoras de referencia a sus clientes.

vi).- El RD 469/2016 contempla la inclusión de nuevos costes regulados en el precio voluntario para el pequeño consumidor mediante orden ministerial.

2) La parte actora interpuso el presente recurso contencioso administrativo frente a la desestimación presunta de su solicitud y, en su escrito de demanda mantuvo dos grupos de alegaciones, en primer término refirió unas consideraciones generales acerca de los principios que deben guiar el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor, en particular los principios de suficiencia y no distorsión de la competencia del artículo 17 LSE y, en segundo lugar, mantuvo que la financiación del bono social es un coste debido a medidas regulatorias de la actividad de comercialización de energía eléctrica y, por tanto, debe considerarse un coste de explotación que forma parte de los costes de comercialización, y en este sentido señaló que: i) la obligación de financiar el bono social cumple todos los requisitos para ser incluido entre los costes que se tienen en cuenta para el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor, ii) el RDL 7/2016 expresamente vincula el coste a la actividad de comercialización, iii) no incluir este coste regulatorio en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor vulneraría los principios de suficiencia y no distorsión de la competencia en el mercado y iv) no incluir este coste regulatorio en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor crea una barrera de entrada en el mercado eléctrico español, al hacer menos atractivo para otros operadores de la Unión Europea establecerse en España.

Con fundamento en las anteriores alegaciones, la parte recurrente dedujo las pretensiones que se han dejado transcritas en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia, y que resumidamente son que la Sala: i) declare contraria a derecho la desestimación presunta de su solicitud de una orden ministerial que modifique el precio voluntario para el pequeño consumidor, a fin de incluir en el mismo los costes soportados por las comercializadoras de referencia para financiar el bono social, ii) ordene a la Administración el dictado del acto administrativo a que se refiere el apartado anterior, iii) reconozca el derecho de Ibercur a recibir los importes correspondientes desde el momento de la entrada en vigor del RDL 7/2016, con los intereses legales y iv) imponga las costas a la Administración demandada.

## B) La Administración demandada.

El Abogado del Estado se opuso en su contestación a la demanda a las alegaciones y pretensiones de la recurrente, en base a las siguientes consideraciones: i) la naturaleza de la pretensión, pues no cabe duda que la demanda se interpone frente a la inactividad de la Administración, que la parte caracteriza como un



acto administrativo, lo que reconduce el ejercicio de su acción al artículo 29 LJCA, por lo que el núcleo del debate es el de determinar si existe una perentoria obligación legal de dictar la orden que interesa la recurrente, toda vez que ese es el presupuesto de aplicación del artículo 29 LJCA y, aún en el caso de que la recurrente configurase la orden como una disposición administrativa de carácter general el debate sería idéntico, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala sobre el control jurisdiccional de las omisiones reglamentarias, ii) el RD 216/2014 no impone, con carácter obligatorio, la inclusión de los costes de explotación atípicos, iii) el coste de financiación del bono social no es un coste impuesto legalmente a las comercializadoras de referencia iv) niega el Abogado del Estado la vulneración de los principios de suficiencia de ingresos y no distorsión de la competencia, así como la introducción de barreras de entrada a otros operadores de la Unión Europea con infracción del artículo 49 TFUE, y v) ad cautelam, pese a estimar el Abogado del Estado que no procede la pretensión principal de la actora, se opone el Abogado del Estado a la atribución de efectos retroactivos a la orden por la que pretende la actora que se reconozca el coste de financiación del bono social como coste de explotación de la comercializadora de referencia por no concurrir las circunstancias exigidas por el artículo 39.3 de la Ley 39/2015 y porque la pretensión indemnizatoria podría comportar un evidente enriquecimiento injusto de la actora.

De acuerdo con los anteriores argumentos y tal y como se ha dicho en el antecedente de hecho cuarto de esta sentencia, el Abogado del Estado solicitó a la Sala que dicte sentencia desestimatoria del recurso, con costas.

### **TERCERO.-El marco normativo.**

El artículo 17 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico establece lo siguiente en relación con los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica, :

"Artículo 17. Precios voluntarios para el pequeño consumidor y tarifas de último recurso.

*1. Los precios voluntarios para el pequeño consumidor, que serán únicos en todo el territorio español, 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.*

Dichos precios se fijarán de forma que en su cálculo se respete el principio de suficiencia de ingresos, aditividad y no ocasionen distorsiones de la competencia en el mercado."

El Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, que establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor, en la redacción dada por el artículo único del Real Decreto 469/2016, de 18 de noviembre, establece las siguientes reglas:

"Artículo 6. Cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumido

[...]

*2. Los precios voluntarios para el pequeño consumidor se calcularán incluyendo de forma aditiva los siguientes conceptos:*

*a) El coste de producción de energía eléctrica...[...]*

[...]

*b) Los peajes de acceso y cargos que correspondan.*

*c) Los costes de comercialización que se determinan en este real decreto."*

"Artículo 21. Retribución correspondiente a los costes de comercialización.

*La retribución correspondiente a los costes de comercialización a considerar en el cálculo del PVPC incluirá:*

*a) Una retribución por los costes de explotación en que incurra una empresa eficiente y bien gestionada para el ejercicio de la actividad de comercialización de referencia;*

*b) Una retribución por la actividad de comercialización de referencia."*

"Artículo 22. Estructura de los costes de explotación a incluir en los costes de comercialización.

*Los costes de explotación que se tendrán en cuenta para el establecimiento de la retribución por costes de explotación, se desagregarán en centros de coste según lo siguiente:*

*a) Costes de explotación fijos por potencia contratada, que incluirán:*

*1.º costes de contratación,*

*2.º costes de facturación y cobro,*





3.º costes de atención al cliente en que sea obligatorio incurrir de acuerdo con lo previsto en la normativa estatal,

4.º costes de estructura,

5.º costes financieros debidos a la interposición de garantías en el mercado,

6.º costes fijos asociados a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local [en adelante, Tasa de Ocupación de la Vía Pública (TOVP)] regulada en el artículo 24.1.c) del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo,

7.º en su caso, otros costes de naturaleza fija debidos a medidas regulatorias de la actividad de comercialización de energía eléctrica establecidas en la normativa estatal que sea de aplicación en todo el territorio español, y que expresamente se reconozcan por orden del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

b) Costes de explotación variables por energía activa consumida, que serán los siguientes:

1.º costes variables asociados a la Tasa de Ocupación de la Vía Pública (TOVP) regulada en el artículo 24.1.c) del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo;

2.º costes de contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética regulado en el capítulo IV del Título III de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia;

3.º en su caso, otros costes de naturaleza variable debidos a medidas regulatorias de la actividad de comercialización de energía eléctrica establecidas en la normativa estatal que sea de aplicación en todo el territorio español, y que expresamente se reconozcan por orden del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos."

Por último, el Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, por el que se regula el mecanismo de financiación del coste del bono social y otras medidas de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica, modificó, entre otros preceptos, el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que quedo redactado en la forma siguientes:

"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."

#### **CUARTO.- La posición de la Sala.**

El recurso no puede prosperar por las razones que seguidamente se expone.

1.- La parte recurrente, que aclara en su escrito de conclusiones que la actuación administrativa impugnada no es la inactividad del artículo 29.1 de la LJCA, que concurre cuando la Administración este obligada a desplegar una actividad concreta, establecida directamente por una disposición general, o un acto, contrato o convenio administrativo y de la cual sean acreedoras una o varias personas determinadas, solicitó en el escrito dirigido al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, de fecha 16 de febrero de 2017, que "apruebe la correspondiente Orden", por la que, de conformidad con los artículos 22 y 26.4 del RD 216/2014, se incluya en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor de energía eléctrica el importe del bono social soportado por las comercializadoras de referencia en cumplimiento de lo dispuesto en el RDL 7/2016, y acciona en este recurso contencioso administrativo contra el silencio desestimatorio.



Se impugna, por tanto, una infracción del ordenamiento jurídico o una ilegalidad omisiva por la Administración demandada, al no haber aprobado una determinada orden, con el contenido que interesa la parte recurrente.

Esta Sala mantiene un reiterado criterio en materia de reclamaciones contra la inactividad reglamentaria de la Administración, expresado en las sentencias de 28 de junio de 2004 (recurso 74/2002), 19 de febrero de 2008 (recurso 95/2007), 12 de noviembre de 2008 (recurso 80/2006) y, ya en fechas más recientes, 10 de diciembre de 2020 (recurso 306/2019) 15 de febrero de 2021 (recurso 307/2019) y 16 de noviembre de 2021 (recurso 301/2020),

"Las pretensiones deducidas frente a la omisión reglamentaria han encontrado tradicionalmente en nuestra jurisprudencia, además de la barrera de la legitimación, un doble obstáculo: el carácter revisor de la jurisdicción y la consideración de la potestad reglamentaria como facultad político- normativa de ejercicio discrecional.

*Ahora bien, tales reparos no han sido óbice para que, ya desde antiguo, se haya abierto paso una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria. En el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales (Cfr. SSTS 8 de mayo de 1985 , 21 y 25 de febrero y 10 de mayo de 1994 ), y no es rechazable ad limine, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o que ésta tenga un determinado contenido, porque el pronunciamiento judicial, en todo caso de fondo, dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter en un determinado sentido. En el bien entendido de que únicamente es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la Ley o la Directiva que el Reglamento trata de desarrollar y ejecutar o de transponer.*

*Por otra parte, es éste un problema sustantivo diferenciable del alcance del control judicial, pues constatado el deber legal de dictar una regulación por la Administración y el incumplimiento de aquél resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad o de la omisión administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido o al precepto reglamentario que incurre en infracción omisiva, siendo significativo a este respecto el artículo 71.2 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso- administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio que, abandonando la previsión establecida para el limitado supuesto de las Ordenanzas fiscales en el artículo 85 de la Ley jurisdiccional de 1956 , dispone que "los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados". Y ello es así porque el poder de sustitución no puede llegar allí donde la ley reserva a la Administración un poder discrecional de decisión que responde a su específica posición político-constitucional. O dicho en otros términos, tal poder sólo alcanza hasta donde la ley regla la actividad administrativa que en el ámbito de la potestad reglamentaria no suele alcanzar hasta la imposición del contenido con que ha de quedar redactada la norma reglamentaria, aunque exista la obligación legal de dictarla (Cfr. SSTS 16 y 23 de enero y 14 de diciembre de 1998 ).*

Por consiguiente, la doctrina de esta Sala es, sin duda, restrictiva en relación con el control de las omisiones reglamentarias, tanto desde el punto de vista formal de su acceso a la jurisdicción como desde el punto de vista material o sustantivo, referido al contenido y alcance que corresponde a la función revisora del Tribunal. En efecto, la consideración de que la potestad reglamentaria se encuentre íntimamente vinculada a la función político-constitucional de dirección política del Gobierno reconocida en el artículo 97 de la Norma Fundamental ( STS 6 de noviembre de 1984), dificulta que aquél pueda ser compelido por mandato derivado de una sentencia a su ejercicio en un determinado sentido, o dicho en otros términos que pueda ser condenado a dictar un Reglamento o un precepto reglamentario con un determinado contenido, lo que excedería de las facultades de la Jurisdicción ( STS 26 de febrero de 1993). En definitiva, como se ha dicho anteriormente, únicamente cabe apreciar una ilegalidad omisiva controlable jurisdiccionalmente, cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación expresamente establecida por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar, o cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico. Aunque, en ocasiones, para la omisión reglamentaria relativa, el restablecimiento de la supremacía de la Constitución o de la Ley, pueda consistir en negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico (Cfr. SSTS 16 y 23 de enero de 1998, 14 de diciembre de 1998 y 7 de diciembre de 2002)."

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala que se acaba de reseñar, el control jurisdiccional de las omisiones reglamentarias, que es de carácter restrictivo, es viable en los dos casos siguientes: i) cuando



la omisión reglamentaria constituya un incumplimiento de una obligación expresamente prevista por la ley y ii) cuando esa omisión reglamentaria suponga la creación implícita de una situación jurídica contraria al ordenamiento jurídico [...]"

En el presente caso no concurre el presupuesto de que la omisión reglamentaria denunciada constituya un incumplimiento de una obligación expresamente prevista por la ley.

No puede considerarse que el texto legal que impone la obligación incumplida sea el artículo 17 LSE; antes transcrito, porque el precepto se limita a disponer que el precio voluntario para el pequeño consumidor se fije *"de forma que en su cálculo se respete el principio de suficiencia de ingresos"*. El precepto no impone, por tanto, la obligación legal expresa que interesa la parte recurrente de incluir el importe de la financiación del bono social como coste del precio voluntario para el pequeño consumidor, sino que establece un principio general, el de suficiencia, que requiere de normas que precisen su alcance y contenido.

Tales normas se encuentran en el RD 216/2014, de 28 de marzo, en redacción dada por el RD 469/2016, de 18 de noviembre, que tiene por objeto establecer la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor.

Hemos visto, en la transcripción del artículo 6 del citado RD que el precio voluntario para el pequeño consumidor se conforma por la suma de los tres conceptos siguientes: i) el coste de la producción de la energía eléctrica, ii) los peajes de acceso y cargos que correspondan y iii) los costes de comercialización que se determinan en el propio Real Decreto"

El mismo RD delimita cuales son los costes de comercialización que deben incluirse en el precio voluntario para el pequeño consumidor, distinguiendo en su artículo 22 entre costes de explotación fijos por potencia contratada y costes de explotación variables por energía activa consumida. Unos y otros costes se enumeran en el propio artículo 22 del RD 216/2014, incluyéndose en el listado, en los apartados a.8) y b.3), una referencia a "otros costes"; que comprende; *"en su caso"*, otros costes de naturaleza fija/variable *"debidos a medidas regulatorias de la actividad de comercialización de energía eléctrica establecidas en la normativa estatal que sea de aplicación en todo el territorio español, y que expresamente se reconozcan por orden del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos"*

Sobre estos costes de comercialización del artículo 22, apartados a.8) y b.3 del RD 216/2014 ha dicho esta Sala, en sentencias de 14 de marzo de 2018 (recurso 20/2017), 14 de diciembre de 2018 (recurso 41/2017), 29 de abril de 2019 (recurso 391/2017), 21 de julio de 2020 (recurso 39/2019) y 22 de diciembre de 2021 (recurso 52/2017), que *"en esa categoría innominada puede encontrar cabida el coste del bono social cuando la regulación específica de esta prestación patrimonial de carácter público haga recaer la obligación, en todo o en parte, sobre las empresas comercializadoras"*, y la expresión verbal empleada por la Sala ( *"puede"*) hace referencia ciertamente a una posibilidad más que a un imperativo legal. Por tanto, que como decíamos en las sentencias antes citadas la redacción del artículo 22, apartados a.8) y b.3) del RD 216/2014 no impida o excluya la toma en consideración del coste derivado de la financiación del bono social no significa que lo incluya de forma obligatoria.

En consecuencia, debemos reconocer que, en la redacción actual del precepto reglamentario, la posibilidad de incluir el importe del bono social en los costes de comercialización del precio voluntario del pequeño consumidor, a que hacen referencia las anteriores sentencias de la Sala, no resulta obligada, como corrobora la expresión *"en su caso"* empleada por el precepto, ni se ha concretado ni hecho efectiva tal posibilidad, pues el texto reglamentario se remite a un expreso reconocimiento, hoy inexistente, por orden del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

2.- A lo anterior debe añadirse, que la parte recurrente establece como presupuesto de su reclamación que el RDL 7/2016 imputa la obligación de financiar el bono social a la comercialización de energía eléctrica, y sobre esta cuestión se ha pronunciado esta Sala, con posterioridad a la sentencia impugnada y a los respectivos escritos de interposición del recurso de casación y oposición, en las sentencias 111/2022 y 112/2022, ambas de 31 de enero (recursos 633/2017 y 673/2017), que declararon 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 del último recurso y que estén en riesgo de exclusión, establecidos en el artículo 1, apartado 3, del RDL 7/2016, que da nueva redacción al artículo 45.4 de la LSE, y en la disposición transitoria única del mismo RDL, por resultar incompatibles tales preceptos con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

Como decimos, la imputación a las comercializadoras de la obligación de financiar el bono social, que la parte recurrente considera establecida por el RDL 7/2016, constituye el presupuesto de la acción por inactividad





reglamentaria de la Administración ejercitada, pues el criterio de la recurrente es que si el RDL 7/2017 impone a las comercializadores la asunción del coste de financiación del bono social, debía la Administración dictar la correspondiente disposición que incluyera el importe de tal obligación entre los costes de comercialización del precio voluntario para el pequeño consumidor que asumían las comercializadores de referencia. De lo que se sigue que, si hemos declarado que el régimen de financiación del coste del bono social establecido por el RDL 7/2016 es inaplicable por resultar incompatible con el derecho comunitario, la reclamación por inactividad reglamentaria de la parte recurrente carece del presupuesto legal en el que se apoyaba.

3.- La propia parte recurrente ha reconocido a lo largo del procedimiento, que el presente recurso está interrelacionado con el recurso 633/2017, interpuesto por otras sociedades del grupo Iberdrola. Así, en el escrito de 20 de enero de 2020, en el que la recurrente solicitó la suspensión del presente recurso por prejudicialidad hasta que se resolviera el procedimiento 633/2017, señalaba la actora que la validez del mecanismo de financiación del bono social, que era el objeto del procedimiento 633/2017, era una cuestión previa a la inclusión de este coste en el precio voluntario para el pequeño consumidor, de suerte que si la Sala estimase el recurso 633/2017, el presente recurso quedaría sin objeto: *"como es lógico, Cunenergía no va a pedir que se incluya en el cálculo de su retribución un gasto que es contrario a Derecho"*.

Y en el mismo sentido, en el escrito de 3 de noviembre de 2021, presentado en el trámite de alegaciones sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de octubre de 2021, recaída en el asunto C-683/19, sobre petición de decisión prejudicial suscitada por esta Sala en relación con la financiación del bono social, la parte recurrente sostuvo que *"este recurso 536/2017 solo tiene sentido si el mecanismo de financiación del bono social fuese conforme con el Derecho de la Unión Europea. En caso contrario, este pleito carece de objeto, porque las cantidades financiadas no deben ser incluidos el PVPC, sino devueltas a las empresas que las pagaron por una obligación ilegal (entre ellas, a Cunenergía)"*.

De acuerdo con los razonamientos precedentes, la Sala considera que procede la desestimación del presente recurso contencioso administrativo, pues la acción ejercitada por omisión o inactividad reglamentaria de la Administración no puede prosperar, al no haber apreciado la Sala un incumplimiento de una obligación expresamente prevista por la ley.

#### **QUINTO.- Costas**

Por disposición del artículo 139.1 LJCA, no procede la imposición de costas a ninguna de las partes, al apreciar la Sala que la cuestión presentaba serias dudas de derecho.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso contencioso administrativo.

#### **FALLO**

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

**DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U., hoy Curenergía Comercializador Último Recurso S.A.U., contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud de aprobación de una Orden del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por la que, de conformidad con lo previsto en los artículos 22 y 26.4 del Real Decreto 216/2014, se incluya en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor de energía eléctrica el importe del bono social soportado por las comercializadoras de referencia en cumplimiento con lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 7/2016, de 23 de diciembre, y formulada ante el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital el día 16 de febrero de 2017.

Sin imposición de costas a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.