



Roj: **STS 4769/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4769**

Id Cendoj: **28079130032021100213**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **21/12/2021**

Nº de Recurso: **961/2014**

Nº de Resolución: **1550/2021**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1.550/2021**

Fecha de sentencia: 21/12/2021

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

Número del procedimiento: 961/2014

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/12/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Procedencia:

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

Transcrito por: MAS

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 961/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1550/2021**

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 21 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo nº 961/2014 interpuesto por ENDESA, S.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Rosario Victoria Bolivar, contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social.

Se han personado en las actuaciones como parte demandada la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por el Abogado del Estado; y han comparecido como codemandadas las entidades E.ON ESPAÑA S.L., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Jesús Gutiérrez Aceves, IBERDROLA S.A., representada por el Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO S.A., representada por el Procurador D. Carlos Mairata Laviña, y CIDE ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Mercedes Caro Bonilla.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La representación de la entidad Endesa S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social.

Admitido el recurso y previos los oportunos trámites la parte actora formalizó su demanda mediante escrito presentado el 23 de abril de 2015 en el que, tras exponer los antecedentes del caso y los fundamentos jurídicos de su impugnación, termina solicitando que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

<< SUPLICO que, teniendo por presentado este escrito, con sus documentos adjuntos y sus copias, y por devuelto el expediente administrativo, se sirva admitirlo y tenga por formalizado, en tiempo y forma, el escrito de demanda y, previos los trámites pertinentes, dicte Sentencia en virtud de la cual:

1.- Declare que los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, y apartado 4 del artículo 45 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico que es objeto de desarrollo por parte del Real Decreto 968/2014 impugnado, son inaplicables por ser contrarios al Derecho Comunitario. Declaración que, tal y como se señala posteriormente, 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 Comunitario, del planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial de conformidad con el artículo 267 TFUE.

2.- Subsidiariamente, declare la nulidad de los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por ser contrarios a los artículos 14 y 31.3 de la Constitución. Conforme se solicita posteriormente, este pronunciamiento debe ir precedido del planteamiento previo de una cuestión de inconstitucionalidad a fin de que se declare la inconstitucionalidad del apartado 4 del artículo 45 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico.

3.- Que, en ambos casos, se reconozca el derecho de ENDESA a ser indemnizada por las cantidades abonada en concepto de bono social en aplicación del Real Decreto 968/2014 impugnado hasta la fecha de ejecución de la sentencia, en su caso, estimatoria que se dicte; de tal manera que se reintegren todas las cantidades que aquélla haya podido pagar y que se determinarán en ejecución de sentencia, más los intereses legales correspondientes que se calcularán desde la fecha en que se efectuó el pago>>.

**SEGUNDO.-** La Administración del Estado contestó mediante escrito presentado el 25 de mayo de 2015 en el que, en primer lugar, plantea la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por incurrir la demanda en desviación procesal, pues aunque formalmente se impugna el Real Decreto 968/2014, nada se argumenta en realidad contra éste dado que toda la argumentación de la demandante se dirige contra la Ley 24/2013 e, incidentalmente, contra el Real Decreto- ley 9/2013. Por lo demás, el representante procesal de la Administración se opone a los argumentos de impugnación aducidos en la demanda y termina solicitando que se "...dicte sentencia por la que se desestime el recurso y se impongan las costas a la recurrente".

**TERCERO.-** Las entidades personadas como partes codemandadas no presentaron escrito alguno de contestación a la demanda, por lo que mediante decreto de 6 de julio de 2015 se declaró caducado el trámite correspondiente.

**CUARTO.-** Habiendo sido acordado por auto de 25 de septiembre de 2015 el recibimiento a prueba, fueron admitidas y se practicaron las pruebas documental y pericial propuestas por la parte actora. La documental consistió en tener por reproducida la documentación obrante en el expediente administrativo y por incorporada a las actuaciones la aportada con la demanda. La prueba pericial se concretó en el informe emitido por D.



Humberto (Frontier Económica), anunciado en la demanda y aportado a las actuaciones mediante escrito de la parte actora de 9 de junio de 2015, siendo tal informe ratificado ante esta Sala mediante comparecencia celebrada el 28 de octubre de 2015 que obra documentada en la correspondiente acta y en soporte digital (CD) que obra unido a las actuaciones.

**QUINTO.-** La parte actora y la Administración demandada formularon sus conclusiones mediante escritos presentados el 9 de octubre y 1 de diciembre de 2015 respectivamente.

Las demás partes personadas no formularon conclusiones, por lo que mediante diligencia de ordenación de 14 de diciembre de 2015 se declaró caducado el trámite correspondiente.

**SEXTO.-** Practicado lo anterior, se fijó un primer señalamiento para votación y fallo que, sin embargo, fue dejado sin efecto mediante providencia de 11 de abril de 2016 en la que se acordó requerir al representante procesal de la Administración para que informase a esta Sala -aportando la documentación correspondiente- acerca del estado en que se encontraba en ese momento la tramitación de los dos procedimientos -por posible ayuda de Estado y por posible infracción ( artículo 258 TFUE) en la adaptación a la legislación española al artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE- iniciados por la Comisión Europea en relación con la regulación del "bono social". Asimismo, se otorgaba a las partes un plazo de diez días para que pudiese alegar y aportar la documentación que obrase en su poder sobre el estado de los mencionados procedimientos.

En dicho trámite formularon alegaciones la Administración demandada, mediante escrito presentado el 28 de abril de 2016-, así como la parte actora y la codemandada Iberdrola, S.A., mediante sendos escritos presentados el 29 de abril de 2016, ambos acompañados de diversos documentos. Las demás partes codemandadas no presentaron escrito alguno, por lo que mediante diligencia de ordenación de 5 de mayo de 2016 se declaró caducado respecto de ellas el trámite correspondiente.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 11 de mayo de 2016 esta Sala dictó providencia en la que se acuerda:

<< (...) queda en suspenso la tramitación del presente proceso hasta que se resuelva el procedimiento de infracción (expediente 2014/2186) iniciado por la Comisión Europea en relación con el régimen de financiación del "bono social" por incorrecta transposición de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento y del Consejo de 13 de julio de 2009, debiendo el representante procesal de la Administración comunicar a esta Sala la resolución que recaiga en el referido procedimiento tan pronto como tenga conocimiento de ella>> .

Contra la citada providencia la representación de Endesa, S.A. interpuso recurso de reposición al que se opuso la Abogacía del Estado mediante escrito presentado escrito con fecha 2 de junio de 2016. Las representaciones de las partes codemandadas -EON España, S.L., Iberdrola, S.A., Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. y CIDE Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica- no presentaron escrito alguno dentro del plazo señalado al efecto, por lo que mediante diligencia de ordenación de 8 de junio de 2016 se declaró caducado el trámite correspondiente.

El recurso de reposición fue estimado por auto de esta Sala de 21 de junio de 2016 en el que se acuerda:

<< Estimar el recurso de reposición interpuesto por la representación de Endesa, S.A. contra la providencia de esta Sala de 11 de mayo de 2016, dejando sin efecto la suspensión del procedimiento que se había acordado en dicha providencia a fin de que el proceso continúe su curso>>.

**OCTAVO.-** Quedaron de nuevo las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 13 de septiembre de 2016, fecha en que se inició la deliberación y votación, y se dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2016.

**NOVENO.-** La Abogacía del Estado promovió incidente de nulidad en el escrito presentado el 18 de noviembre de 201, resuelto por auto de 14 de diciembre de 2016 cuya parte dispositiva acuerda:

<<desestimar el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la Administración General del Estado contra la sentencia de 24 de octubre de 2016 (casación nº 1/961/2014), con imposición de las costas a la parte que promueve el incidente en los términos señalados en el fundamento jurídico quinto.>

**DÉCIMO.-** Mediante escrito presentado con fecha 23 de junio de 2017, acompañado de diversos documentos, la representación de Endesa, S.A. promueve incidente de ejecución de sentencia, la Abogacía del Estado, en escrito presentado el 7 de julio de 2017, se opuso a lo solicitado por la entidad promotora del incidente de ejecución, Endesa, S.A. y la representación procesal de Hidroeléctrica del Cantábrico S.A.U. -personada en el proceso como parte codemandada- presentó escrito con fecha 27 de julio de 2017 en que solicita la restitución de las cantidades abonadas por dicha entidad en concepto de bono social durante los años 2014, 2015 y 2016 así como los importes descontados por EDP Comercializadora de último Recurso, S.A. a los consumidores con bono social durante el período transcurrido entre la declaración de inaplicabilidad y nulidad contenida



en la sentencia y las liquidaciones dictadas al amparo del Real Decreto-ley 7/2016; cantidades todas ellas a las que habrá los intereses legales computados desde las fechas en que se hicieron los pagos y descuentos correspondientes.

La Sala por auto de 18 de septiembre de 2017, acuerda:

<< 1/ Estimar en parte el incidente de ejecución de la sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 2016 (recurso contencioso-administrativo nº 961/2014) promovido por la representación procesal de Endesa, S.A., con los siguientes pronunciamientos:

· La obligación de reintegro ordenada en el apartado 4/ de la parte dispositiva de la sentencia debe entenderse con cargo al sistema eléctrico y alcanza a todas las cantidades abonadas en concepto de bono social en los ejercicios 2015 y 2016, más los intereses legales correspondientes computados desde fecha en que se hizo el pago hasta la fecha de su reintegro.

· Debe desestimarse la pretensión de Endesa, S.A. de que se ordene el pago a Endesa Energía XXI, S.L. de las cantidades descontadas a sus clientes en concepto de bono social.

· Respecto de lo solicitado por Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.U. en su escrito de 27 de julio de 2017, debe estarse a lo resuelto por esta Sala con relación a dicha entidad en el auto de 15 de septiembre de 2017, dictado en ejecución de la sentencia recaída en el recurso contencioso-administrativo 960/2014. 13

2/ No se imponen las costas derivadas de este incidente de ejecución a ninguno de los intervinientes. >>

**UNDÉCIMO.**- Por diligencia de Ordenación de 23 de mayo de 2019 se une y se acusa recibo del testimonio de la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 2019 (recurso de amparo nº 595-2017 P) en la que se resuelve el recurso de amparo interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 2016 y ulterior auto de 14 de diciembre de 2016. Dándose traslado de dicha sentencia a las partes un plazo de DIEZ DÍAS para que puedan formular alegaciones sobre las actuaciones que procedan a la vista de lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

- El Sr. Abogado del Estado, presento escrito el 29 de mayo de 2019 en el que alego cuanto estimo pertinente a su derecho y termino suplicando a la Sala:

<<SE SOLICITA, se sirva admitir este escrito presentado en forma y soporte electrónicos, para resolver dando cumplimiento a la sentencia constitucional en sus propios términos, con restablecimiento del derecho fundamental vulnerado a esta parte, lo que exige que ese Alto Tribunal proceda a plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la compatibilidad del artículo 45.4 LSE en versión vigente a la fecha de este proceso y su desarrollo reglamentario con el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE.>>

- La representación de la mercantil EDP ESPAÑA S.A.U. evacuó el trámite conferido por escrito de 6 de junio de 2019 y lo concluyó con el siguiente suplico:

<<acuerde dictar Sentencia en la que, alcanzando la misma decisión estimatoria del recurso contencioso-administrativo, quede justificado suficientemente también el pleno cumplimiento del artículo 24 de la Constitución Española a favor de la Administración del Estado; y (ii) subsidiariamente a la petición anterior, acuerde plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto al cumplimiento de los requisitos necesarios para entender correctamente aplicada la Jurisprudencia de dicho Tribunal contenida en sus Sentencias de 20 de abril de 2010 (C-265/08; Caso Federutility) y de 7 de septiembre de 2016 (C-121/15; Caso: ANODE), e integrada en el artículo 99 de su " *Reglamento de Procedimiento* " de 25 de septiembre de 2012 y en sus *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales*, respecto a la denominada doctrina de los *actos claros y aclarados*. >>

- La representación procesal de VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGETICA S.L., presentó escrito el 7 de junio de 2019, en el que alego lo que estimo pertinente a su derecho y lo concluyó con el siguiente suplico:

<<Previos trámites de ley, y sin plantear una cuestión prejudicial, estime el presente recurso contencioso-administrativo de conformidad con la fundamentación jurídica de la sentencia de ese Tribunal de 24 de octubre de 2016, y lo expuesto en la Alegación Primera de este escrito.

Con carácter subsidiario a lo anterior, y en caso de que lo considere ineludible, plantee cuestión prejudicial con el alcance expuesto en la Alegación Segunda anterior.>>

- La representación procesal de la mercantil IBERDROLA S.A. presentó escrito el 7 de junio de 2019 evacuando el trámite conferido y lo concluyó con el siguiente suplico:

<<1. Dictar, sin necesidad de elevar cuestión prejudicial, sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda en los términos expuestos en las Alegaciones Segunda y, en su caso, Tercera.



2. Subsidiariamente, elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que incluya las cuestiones previas sobre si esa Sala está eximida de plantear cuestión sobre el fondo. La redacción que se sugiere para estas preguntas se recoge en la Alegación Tercera, apartado 4.

3. En el caso de que, no obstante lo indicado en este escrito, esa Excm.a. Sala considere que deben plantearse en este momento procesal cuestiones sobre el fondo de la controversia suscitada en este litigio, elevar tal cuestión prejudicial subsidiariamente a la indicada en el apartado 2. La redacción que se sugiere para estas preguntas se recoge en la Alegación Cuarta, apartado 2. >>

- La representación procesal de la mercantil ENDESA S.A., presentó escrito el 10 de junio de 2019, evacuando el tramite conferido y lo concluyó con el siguiente suplico:

<<1. Dicte sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo por insuficiencia de la memoria económica exigida por el artículo 24.1.a) de la LG.

2. Subsidiariamente, dicte sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el TJUE, mediante la inaplicación del artículo 45.4 de la LSE al amparo de la doctrina del "acto claro".

3. Subsidiariamente y de conformidad con lo expuesto en la Alegación Cuarta, plantee ante el TJUE cuestión prejudicial relativa a la interpretación que debe darse al artículo 267 del TFUE, a la jurisprudencia del propio TJUE en relación con los requisitos para la aplicación de la doctrina del "acto aclarado" y a los principios de primacía e interpretación uniforme del Derecho de la Unión, de efectividad y de equivalencia, todo ello en relación con la doctrina establecida por la STC de 6 de mayo de 2019.

4. Subsidiariamente y de conformidad con lo expuesto en la Alegación Quinta, plantee ante el TJUE cuestión prejudicial sobre el fondo del asunto.>>

**DUODÉCIMO.**- Por diligencia de ordenación y en virtud de los poderes y certificaciones que aportan se admite el cambio de denominación social de la codemandada EON ESPAÑA SL a VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS SL,y Se admite el cambio de denominación social de la codemandada HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO SA a EDP ESPAÑA SAU.

**DECIMOTERCERO.**- La Sala dicta providencia el 17 de julio de 2019 en la que vista la conexión existente y la sustancial coincidencia en los términos de la controversia, quede en suspenso la tramitación del presente procedimiento hasta que se resuelva la cuestión prejudicial planteada por esta Sala ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante auto de 9 de julio de 2019 dictado en el recurso contencioso-administrativo 1/960/14, y tráigase su testimonio.

**DECIMOCUARTO.**- Por diligencia de ordenación de 18 de octubre de 20121, se acuerda que habiéndose dictado Sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la prejudicialidad que originó la suspensión del trámite de las presentes actuaciones, se levanta la suspensión que venía acordada y en su consecuencia únase copia de la Sentencia y dese traslado de la misma a las partes por plazo común de DIEZ DÍAS a fin de que puedan realizar las alegaciones que consideren oportunas.

**DECIMOQUINTO.**- En dicho tramite las partes mediante escrito formularon sus respectivas alegaciones y cada una de ellas lo concluyeron con los siguientes suplicos:

- El abogado del estado, lo concluyó:

<< **SE SOLICITA**, que, habiendo por presentado este escrito en soporte y forma electrónica, se sirva admitirlo, con sus alegaciones, para resolver este proceso en la forma solicitada al contestar la demanda.>>

- La representación procesal de Endesa, S.A. lo concluyo:

<<dicte nueva Sentencia que estime el presente recurso contencioso-administrativo y contenga en su Fallo los mismos pronunciamientos que los que contenía la anulada Sentencia 2280/2016, de 24 de octubre de 2016.>>

**DECIMOSEXTO.**- Quedaron de nuevo las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, por providencia de 12 de noviembre de 2021 se designo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez- Cruzat y se señala este recurso para votación y fallo el día 7 de diciembre de 2021, fecha en que tuvo lugar el acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso contencioso-administrativo: El asunto litigioso relativo a la impugnación del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la

**metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social.**

El recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil ENDESA S.A., tiene por objeto la pretensión de que se declare que son inaplicables, por ser contrarios al Derecho Comunitario, los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social, así como el apartado 4 del artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y, subsidiariamente, que se declare la nulidad de los artículos 2 y 3 del referido Real Decreto 968/2014 por ser contrarios a los artículos 14 y 31.3 de la Constitución.

Se interesa, también, en el suplico formulado en el escrito de demanda, que se reconozca el derecho a ser indemnizada por las cantidades abonadas en concepto de bono social en aplicación del Real Decreto 968/2014 impugnado hasta la fecha de ejecución de la sentencia estimatoria que se dicte, de tal manera que se reintegren todas las cantidades que haya podido pagar y que se determinarán en ejecución de sentencia, más los intereses legales correspondientes calculados desde la fecha en que se efectuó el pago.

Para fundamentar las pretensiones deducidas, la defensa letrada de la parte demandante aduce los siguientes argumentos de impugnación:

1. Invalidez del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por insuficiencia del correspondiente análisis de impacto económico, en los términos exigidos por el artículo 24.1.a/ de la Ley 50/1997, del Gobierno.

2. Inaplicabilidad de los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, y del apartado 4 del artículo 45 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, por ser contrarios al Derecho Comunitario. En este motivo se despliegan los siguientes argumentos:

A/ Vulneración del principio comunitario de no discriminación así como del artículo 3.2 de la Directiva de Electricidad (Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009).

B/ El régimen de financiación del bono social previsto en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo establecido en el apartado 4 del artículo 45 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, constituye una ayuda de Estado ilegal contraria al artículo 107.1 TFUE y al artículo 108.3 TFUE.

C/ Vulneración de la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales previstos en los artículos 49 y 63 TFUE.

Continúa la anterior sentencia dictada por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo número 2280/2016, de 24 de octubre de 2016, de 24 de octubre de 2016

**SEGUNDO.- Sobre el marco normativo y el contexto jurisprudencial en que se incardina el enjuiciamiento del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre.****A) El Derecho de la Unión Europea.**

El artículo 2 de 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, titulado "Definiciones", establece lo siguiente:

"A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...]

21) "empresa integrada verticalmente", una empresa eléctrica o un grupo de empresas eléctricas en que la misma persona o personas tengan derecho, directa o indirectamente, a ejercer el control y en que la empresa o grupo de empresas realicen, como mínimo, una de las funciones de transporte o distribución y, como mínimo, una de las funciones de generación o suministro de electricidad;

[...]"

El artículo 3, apartados 2, 6 y 7, de dicha Directiva disponía:

"2. En el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del [Tratado FUE], 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 [Unión] el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. [...]

[...]

6. Cuando se provean las compensaciones financieras, las demás formas de compensación y los derechos exclusivos que conceden los Estados miembros para el cumplimiento de las obligaciones mencionadas en los apartados 2 y 3, se hará de modo transparente y no discriminatorio.

7. Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, garantizarán una protección adecuada de los clientes vulnerables. A este respecto, cada uno de los Estados miembros definirá el concepto de cliente vulnerable[,] que podrá referirse a la pobreza energética y, entre otras cosas, a la prohibición de desconexión de la electricidad a dichos clientes en períodos críticos. Los Estados miembros garantizarán la aplicación de los derechos y las obligaciones relacionados con los clientes vulnerables. [...]"

Los considerandos 7, 45, 50 y 53 de la mencionada Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, refieren:

"(7) La Comunicación de la Comisión, de 10 de enero de 2007, titulada "Una política energética para Europa" destacaba la importancia de completar el mercado interior de la electricidad y de crear condiciones de igualdad para todas las empresas eléctricas establecidas en la [Unión]. Las Comunicaciones de la Comisión de 10 de enero de 2007 tituladas "Perspectivas del mercado interior del gas y de la electricidad" y "Encuesta en virtud del artículo 17 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 en los sectores del gas y la electricidad europeos (Informe final)" mostraron que las actuales normas y medidas no crean el marco necesario para lograr el objetivo de un mercado interior que funcione adecuadamente.

[...]

(45) [...] Es importante que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para proteger a los consumidores vulnerables en el contexto del mercado interior de la electricidad. 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 social. [...]

[...]

(50) Deben reforzarse las obligaciones de servicio público, inclusive en materia de servicio universal, y las consiguientes normas mínimas comunes para asegurarse de que todos los consumidores, en particular los vulnerables, puedan beneficiarse de la competencia y de precios justos. Los requisitos de servicio público en el ámbito nacional deben definirse teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, en el respeto, no obstante, del Derecho [de la Unión] por los Estados miembros. Los ciudadanos de la Unión y, cuando los Estados miembros lo estimen adecuado, las pequeñas empresas deben poder beneficiarse de las obligaciones de servicio público, en particular con respecto a la seguridad del suministro[,] y unos precios razonables. [...]

[...]

(53) La pobreza energética es un problema cada vez mayor en la [Unión]. Los Estados miembros afectados que todavía no hayan tomado medidas al respecto deben desarrollar, en consecuencia, planes de acción nacionales u otros marcos adecuados para luchar contra la pobreza energética, con el fin de reducir el número de personas que padecen dicha situación. En cualquier caso, los Estados miembros deben garantizar el suministro de energía necesario para los clientes vulnerables. De ese modo, podría aplicarse un enfoque integrado, por ejemplo en el marco de la política social, y las medidas podrían incluir políticas sociales o mejoras de la eficiencia energética para la vivienda. Como mínimo, la presente Directiva debe permitir políticas nacionales en favor de los clientes vulnerables."

## **B) El Derecho estatal.**

El artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, bajo el epígrafe "Consumidores vulnerables", en su apartado 4, establece:

<<4. El bono social y la asunción tanto de los impagos del artículo 52.4.k) de la presente ley como 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 de la Ministra para la Transición Ecológica, 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 hacen referencia los párrafos j) y k) del artículo 52.4.

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 de 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 será revisado por el Gobierno al menos cada cuatro años para adecuarlo a la situación del sector eléctrico.>>

### **C) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2021 (Asunto C-683/2019), resolviendo la cuestión prejudicial promovido por esta Sala del Tribunal Supremo por Auto de 9 de julio de 2018, se declaró:

<< 1) El artículo 3, apartado 2, de 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el coste de una obligación de servicio público, consistente en suministrar electricidad a tarifa reducida a determinados consumidores vulnerables, se haga recaer únicamente en 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, ya que este criterio, elegido por el legislador nacional para distinguir entre las sociedades que deben asumir ese coste y aquellas que quedan totalmente eximidas de hacerlo, conduce a una diferencia de trato entre las distintas sociedades que operan en ese mercado que no está justificada de manera objetiva.

2) El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el régimen de financiación de una obligación de servicio público, consistente en suministrar electricidad



a tarifa reducida a determinados consumidores vulnerables, se establezca sin límite temporal y sin medida compensatoria.>>

**TERCERO.- Sobre la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo planteada por la Abogacía del Estado.**

Procede rechazar la pretensión de que se inadmita el recurso contencioso-administrativo, tal como propugna la Abogacía del Estado por incurrir la demanda en desviación procesal, por cuanto -según aduce-, aunque formalmente se impugna el Real Decreto 968/2014, nada se argumenta en realidad contra esta disposición reglamentaria dado que toda la argumentación de la demandante se dirige contra la Ley 24/2013 e, incidentalmente, contra el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio.

Tal como sostuvimos en la precedente sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 2010 nada impide que la impugnación dirigida contra una disposición reglamentaria -Real Decreto 968/2014- se sustente en la consideración de que la norma legal a la que aquella disposición sirve de desarrollo es contraria al Derecho Comunitario, lo que viciaría también al propio Real Decreto, o en el argumento de que la norma con rango de ley vulnera la Constitución. Ambas son líneas de argumentación plenamente admisibles para combatir el Real Decreto impugnado.

**CUARTO.- Sobre los antecedentes que resultan relevantes para enjuiciar el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre.**

Antes de abordar las cuestiones jurídicas planteadas en este recurso contencioso-administrativo, procede reseñar algunos aspectos relativos significar cual es la naturaleza del bono social y su financiación, según sostuvimos en la precedente sentencia de esta Sala, de 24 de octubre de 2016 y reiteramos en la sentencia número 1532/2021, de 20 de diciembre de 2021:

El bono social se crea 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 como una prestación con un marcado carácter social 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 sentencia, 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 esta finalidad responde también la regulación del bono social contenida ahora en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que, en sus tres primeros apartados establece lo siguiente:

<< Artículo 45. Consumidores vulnerables.

1. Serán considerados como consumidores vulnerables los consumidores de electricidad que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual.

La definición de los consumidores vulnerables y los requisitos que deben cumplir, así como las medidas a adoptar para este colectivo, se determinarán reglamentariamente por el Gobierno.

2. El bono social resultará de aplicación a los consumidores vulnerables que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que por real decreto del Consejo de Ministros se determinen. A estos efectos, se establecerá un umbral referenciado a un indicador de renta per cápita familiar. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual.



3. El bono social cubrirá la diferencia entre el valor del precio voluntario para el pequeño consumidor y un valor base, que se denominará tarifa de último recurso y será aplicado por el correspondiente comercializador de referencia en las facturas de los consumidores que puedan quedar acogidos al mismo.

El Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, fijará la tarifa de último recurso [...]»>>.

La demandante no cuestiona la figura del bono social sino, únicamente, el régimen para su financiación establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, desarrollado luego en el Real Decreto 968/2014, en concreto en sus artículos 2 y 3. Por tanto, es en la regulación de la financiación del bono social donde debemos centrar nuestra atención.

La decisión de imponer a las empresas eléctricas la financiación del bono social ha de encuadrarse entre las medidas de protección de los clientes finales socialmente vulnerables que se contemplan en la Directiva 2009/72/CE (apartado 53 del Preámbulo y artículo 3, apartados 7 y 8 de la Directiva). En cuanto a la naturaleza jurídica de esta imposición, debe considerarse comprendida entre las obligaciones de servicio público a las que se refiere el apartado 2 del mismo artículo 3 de la Directiva, cuyo contenido es el que sigue:

<< (...) 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»>>.

Desde la perspectiva del ordenamiento interno, la obligación de financiación del bono social constituye una prestación patrimonial impuesta a unos sujetos particulares; y como tal, 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 virtud del artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en el que expresamente queda señalado que *"el bono social será considerado obligación de servicio público según lo dispuesto en la Directiva 2009/72/CE...>>*.

Constatada así la observancia de la exigencia constitucional de que sea una norma con rango de ley la que establece la prestación patrimonial que estamos examinando, procede que entremos a analizar si el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico -luego desarrollado por el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, impugnado en este proceso- se acomoda a las disposiciones contenidas en el ordenamiento comunitario europeo, en particular, 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.

A fin de acotar aún más la cuestión controvertida, debemos reseñar las normas sometidas a contraste.

El artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, establece 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 a continuación el mismo precepto señala:

<< (...) El porcentaje de reparto de las cantidades a financiar se calculará, para cada grupo empresarial como la relación entre un término que será la suma de las medias anuales del número de suministros conectados a las redes de distribución de las empresas distribuidoras y del número de clientes de las empresas comercializadoras en que participe el grupo, y otro término que corresponderá a la suma de todos los valores medios anuales de suministros y clientes de todos los grupos empresariales que deben ser considerados a los efectos de este reparto.

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. A estos efectos, la referida Comisión publicará en su página web, en el mes de noviembre de cada año la información referida al año móvil anterior y relativa a las medias anuales del número de suministros conectados a las redes de distribución de las empresas distribuidoras y del número de clientes de las empresas comercializadoras, así como la relación de grupos de sociedades o, en su caso, sociedades, que cumplan el requisito previsto en el primer párrafo del presente apartado.

La citada Comisión remitirá antes del 1 de diciembre de cada año una propuesta de fijación de los porcentajes de financiación que corresponderán a cada una de las sociedades matrices, correspondiendo al Ministro de Industria, Energía y Turismo su aprobación por orden que será publicada en el "Boletín Oficial del Estado".



En todo caso, las aportaciones que debe realizar cada una de dichas sociedades se depositarán en una cuenta específica en régimen de depósito creada al efecto por el organismo liquidador, que será responsable de su gestión>>.

Pues bien, se trata aquí de dilucidar si esa regulación de la financiación del bono social contenida en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, desarrollada en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, es respetuosa con la determinación contenida en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, en cuya virtud las obligaciones de servicio público -entre las que, como hemos visto, se encuadra el bono social- "*... 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*>>.

La anterior regulación del régimen de financiación del bono social, que se contenía 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), fue objeto de examen en nuestra sentencia ya citada de 7 de febrero de 2012 (recurso contencioso-administrativo 419/2010); y allí esta Sala declaró la disconformidad de aquella regulación con la normativa comunitaria europea que entonces resultaba de aplicación (Directiva 2003/54/CE).

Pero, ciñéndonos a la regulación a la que se refiere la presente controversia, ya hemos señalado que la financiación del bono social no se hace recaer ahora sobre empresas *titulares de instalaciones de generación* del sistema eléctrico, como hacía el artículo 2.5 del Real Decreto-ley 6/2009, sino que, según dispone el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, "*... 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*" (en los mismos términos, el artículo 8.1 del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio).

Las razones para la adopción de este concreto régimen de financiación, frente a otras posibles opciones a las que ya aludíamos en nuestra sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010), no se encuentran en la Ley 24/2013, cuya exposición de motivos nada explica al respecto. Es en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013 -antecedente normativo inmediato de la Ley 24/2013- donde se ofrecen diversas razones que, en síntesis, son las siguientes:

\* La sentencia de 7 de febrero de 2012, sin perjuicio de enunciar otras posibles modalidades de reparto del coste igualmente admisibles, señalaba que correspondía al Gobierno elegir la que estimará más adecuada, pudiendo optar "frente a otras soluciones presentes en derecho comparado, porque sea el propio sector eléctrico el que se haga cargo de dicha prestación social o, incluso, una parte de dicho sector".

\* Partiendo de este hecho, y con el fin de contribuir a la necesaria y urgente reducción de costes del sistema, se juzga necesario modificar el régimen de reparto del coste introducido por la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, imponiendo, como obligación de servicio público, la asunción del coste del bono social a las matrices de las sociedades o grupos de sociedades que realicen actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica y que tengan el carácter de grupos verticalmente integrados.

\* La imposición de esta obligación a las tales matrices permite, siquiera sea indirectamente, repartir dicha carga entre las principales actividades empresariales intervinientes en el sector eléctrico. Ciertamente, quedaría con ello excluida de tal reparto la actividad de transporte, si bien dicha excepción se considera justificada por tratarse de una actividad regulada, desarrollada en régimen de monopolio legal y exclusividad, siendo así que al transportista único no le resultaría posible, a diferencia de lo que ocurre con las citadas sociedades o grupos de sociedades, recuperar del mercado el eventual coste que hubiera de asumir en dicho concepto, lo que, a la postre, vendría a neutralizar la finalidad perseguida con esta modificación.

\* Por otro lado, y en consonancia con las exigencias de la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009, según la cual las obligaciones de servicio público deben definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, se establece que, a fin de que el reparto sea equitativo, la recíproca participación de cada una de las tales empresas o grupos de empresas en la asunción del coste sea proporcional al porcentaje que corresponda sobre una cuantía calculada considerando tanto el número de suministros conectados a las redes de distribución como el número de clientes a los que suministra la actividad de comercialización.

\* De igual modo, en orden a asegurar la permanente adecuación del reparto a las concretas circunstancias del sector y posibilitar su público conocimiento y eventual control, se establece que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, calculará anualmente, sin perjuicio de su ulterior aprobación por el Ministro de Industria, Energía y Turismo, los porcentajes de reparto aplicables y dará publicidad a la información para ello empleada.

Vemos así que, frente a la casi absoluta falta de justificación en que incurría la regulación establecida por el Real Decreto-ley 6/2009, que nuestra sentencia de 7 de febrero de 2012 declaró inaplicable, la regulación de la



financiación del bono social establecida en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico -y anticipada en el artículo 8 del Real Decreto-ley 9/2013-, cuenta con la motivación que acabamos de reseñar. Sin embargo, esas razones que ofrece la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013, en las que abunda la Abogacía del Estado en su contestación a la demanda, no satisfacen las exigencias de la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009, de 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 (artículo 3.2 de la Directiva).

Por lo pronto, una vez decidido por el legislador, entre otras opciones posibles, que el coste del bono social sea asumido por los agentes del sistema eléctrico, no queda debidamente explicado en la norma que de esa carga se exonere a la actividad de transporte, pues no parece justificación suficiente la escueta indicación de que, por tratarse de una actividad regulada, desarrollada en régimen de monopolio legal y exclusividad, al transportista único no le resultaría posible recuperar del mercado el eventual coste que hubiera de asumir en dicho concepto.

Pero, incluso asumiendo la exoneración que se dispensa al transporte, debe considerarse carente de claridad y de transparencia así como discriminatoria, a falta de una justificación que no hemos encontrado, la decisión de que entre los agentes que intervienen en los otros tres sectores del sistema eléctrico -generación, distribución y comercialización- el coste de la financiación del bono social se haga recaer únicamente sobre las entidades o grupos empresariales que desarrollen simultáneamente las tres actividades y que tengan el carácter de grupos verticalmente integrados, quedando en cambio eximidos de esa carga todas aquellas sociedades o grupos empresariales cuya actividad se centre en sólo uno o incluso en dos de esos sectores de actividad.

Es cierto que, frente a otras soluciones presentes en Derecho Comparado, en relación con la financiación del bono social, nuestra sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010) reconoce 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 este último inciso - o, *incluso, una parte de dicho sector*- no puede sacarse de contexto ni invocarse como aval para soluciones discriminatorias. La expresión se utiliza en la sentencia a propósito de la previsión que se contenía en el artículo 2.5 del Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, de un umbral mínimo de volumen de negocios por debajo del cual las empresas generadoras de electricidad podrían quedar exentas de la carga de financiar el bono social. Y lo que señalábamos a continuación en nuestra sentencia de 7 de febrero de 2012 es que, ignorando su propia previsión, el Real Decreto-ley se había considerado exento de la necesidad de justificar la inclusión de una serie de empresas para financiar el bono social con exclusión de las restantes, sin haber fijado el criterio de inclusión/exclusión ni especificado en virtud de qué parámetros precisos se atribuía el porcentaje de financiación a cada una de las empresas afectadas.

Una cosa es aceptar la posibilidad de que, una vez establecida la carga con carácter general sobre las empresas del sector, la norma contemple una exención con arreglo criterios claros, objetivos y transparentes; y otra muy distinta es que pueda invocarse aquel inciso de la sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2012 como respaldo para la exoneración que ahora se dispensa en bloque a todas las empresas o grupos que no desarrollen simultáneamente las actividades de generación, distribución y comercialización, con independencia de su capacidad económica y de su volumen de negocios a escala nacional.

La exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013 no apela de manera clara y explícita a la mayor capacidad económica de los grupos verticalmente integrados como razón para hacer recaer sobre ellos la financiación del bono social; y la Abogacía del Estado, en su contestación a la demanda, excluye expresamente que esa sea la razón. Pero lo cierto es que la exposición de motivos intenta justificar el modelo elegido señalando que "(...) *permite, siquiera sea indirectamente, repartir dicha carga entre las principales actividades empresariales intervinientes en el sector eléctrico*". Y sucede que tal afirmación queda desvirtuada por la realidad puesta de manifiesto en actuaciones administrativas posteriores.

La Ley 24/2013 no contiene una relación nominal de las empresas o grupos de empresas que deben asumir la financiación del bono social. Fue la Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014 -Orden dictada en aplicación de lo previsto en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, pero antes de que se hubiese producido el desarrollo reglamentario de ésta mediante el Real Decreto 968/2014- la que vino a identificar a las entidades concernidas y a fijar los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondiente a 2014. El listado de empresas y la fijación de porcentajes lo establece la Orden IET/350/2014, con arreglo al siguiente cuadro:



Sociedad Matriz/Sociedad/Porcentaje de reparto	
AGRI-ENERGIA, S.A.	0,048324
AJUNTAMENT DE LLAVORIS	0,001194
CANDIN ENERGIA, S.L.	0,014584
COOPERATIVA ELECTRICA BENEFICA CATRALENSE COOP. V.	0,011860
COOPERATIVA ELECTRICA BENEFICA SAN FRANCISCO DE ASIS, COOP.V.	0,052629
COOPERATIVA POPULAR DE FLUIDO ELECTRICO DE CAMPRONON S.C.C.L.	0,007477
E.ON ESPAÑA, S.L.U.	2,368956
EL GAS, S.A.	0,032535
ELECTRA ADURIZ, S.A.	0,037477
ELECTRA CALDENSE, S.A.	0,043509
ELECTRA DE MAESTRAZDO	0,035470
ELECTRA DEL CARDENER, S.A.	0,012679
ELECTRICA VAQUER, S.A.	0,011082
ENDESA, S.A.	41,612696
ENERGIAS DE BENASQUE, S.L.	0,010454
ESTABANELL Y PARISSA, S.A.	0,208497
FUCINOS RIVAS, S.L.	0,014075
GIAS NATURAL SDG, S.A.	14,185142
GRUPO BERNARDEZ INVERSIONES, S.L.	0,018787
GRUPO CORINPA, S.L.	0,000004
HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO, S.A.	2,649114
HUOS DE JOSE BASSOLS, S.A.	0,078391
IBERDROLA, S.A.	38,474516
NAVARRO GENERACION, S.A.	0,007653
PRODUCTORA ELECTRICA URGELENSE (PEUSA), S.A.	0,043498
SERVILIANO GARCIA, S.A.	0,009497
SUMINISTROS ESPECIALES ALGUNE TENSES COOP. V.	0,018600
TOTAL GENERAL	100

El cuadro que acabamos de reproducir permite constatar que solo a cuatro entidades o grupos empresariales se asignan coeficientes o porcentajes significativos, y aun esto con importantes diferencias entre sí -Endesa, S.A. (41,612696%), Iberdrola, S.A. (38,474516%), Gas Natural SDG, S.A. (14,185142 %) y E.ON. España S.L.U. (2368956%)-, lo que supone que entre las cuatro suman el 9664131%; mientras que a las restantes 23 empresas que figuran en el cuadro corresponden coeficientes notablemente reducidos, todos ellos muy inferiores al 1% (el más llamativo es el caso de Grupo Corinpa, S.L., a la que corresponde el 0,000004%), de manera que entre esas 23 empresas suman el 335869%.

En parecidos términos, y con una similar distribución de porcentajes, se pronuncia la Orden IET/1451/2016, de 8 de septiembre, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2016 (Boletín Oficial del Estado nº 219, de 10 de septiembre, 7 de marzo).

Así las cosas, difícilmente cabe sostener que el régimen de financiación del bono social establecido en la norma permita repartir dicha carga "entre las principales actividades empresariales intervinientes en el sector eléctrico", cuando, al mismo tiempo, se exonera a otras entidades o grupos empresariales que acaso ocupen una posición comparativamente mucho más relevante por su volumen de negocios a escala nacional, aunque no desarrollen su actividad más que en uno o dos sectores de actividad del sector eléctrico.

La Abogacía del Estado aduce que la verdadera razón de ser del sistema adoptado no reside en la supuesta capacidad y solvencia de las empresas integradas sino que el factor determinante viene dado por "...la propia integración vertical, en tanto que permite la imposición de la carga a aquéllas empresas que, desarrollando la actividad de comercialización, directamente relacionada con el objeto de la medida, se encuentran por virtud de dicha condición verticalmente integrada en mejor condición para neutralizar y minimizar su impacto"; lo que vendría propiciado -explica el representante procesal de la Administración- porque el grupo empresarial que realiza de manera simultánea diversas actividades en el sector de la electricidad cuenta con un conocimiento más profundo del sector, tiene ciertas economías de escala, cuenta con la posibilidad de contratos intra-grupo que moderen el impacto de las fluctuaciones de precios, etc.

Tales explicaciones, aunque razonadas, resultan sin embargo insuficientes. De un lado, no están presentes en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013, que antes hemos reseñado, sino que han sido ofrecidas a posteriori por el representante procesal de la Administración, en su contestación a la demanda. Por otra parte, el propio Abogado del Estado admite en su escrito (página 45 de la contestación a la demanda, folio 313 de las actuaciones) que la integración de dos de las actividades, comercialización-generación, propicia esas sinergias y economías de escala a las que se acaba de aludir; y sin embargo, el régimen establecido no impone la financiación del bono social a las entidades o grupos empresariales que desarrollen simultáneamente esas dos actividades, comercialización y generación, sino únicamente cuando desarrollen también la actividad de distribución.

En fin, no son trasladables a este caso, por más que así lo pretenda el representante procesal de la Administración, las consideraciones que expuso el Pleno de esta Sala en sendas sentencias de 18 de noviembre de 2013 (recursos de casación 843/2013 y 848/2013) a propósito de la obligación impuesta a determinadas empresas eléctricas de financiar del déficit de tarifa. No consideramos necesario profundizar más en este punto, pues ya las propias sentencia del Pleno de la Sala se encargan de destacar las diferencias entre la obligación de financiar el déficit de tarifa, cuestión que allí se examinaba, y la controversia resuelta en la sentencia de esta Sección Tercera de 7 de febrero de 2012 relativa al régimen de financiación del bono



social; no sólo porque la obligación de financiar el déficit de tarifa se impusiese como un adelanto a título de préstamo, con el consiguiente derecho a su devolución con intereses, lo que no sucede con la financiación del bono social, sino también, y muy señaladamente, porque la de financiar el bono social es una obligación de servicio público prevista en la normativa comunitaria (entonces la Directiva 2003/54/CE, ahora la Directiva 2009/72/CE), por lo que con relación a ella existe un parámetro europeo de enjuiciamiento que no existía en relación con la obligación de financiar el déficit de tarifa, al no estar prevista esta medida en ninguna norma europea que pudiese erigirse en parámetro de la legalidad del derecho interno.

En definitiva, no queda debidamente justificado en las normas que estamos examinando -tampoco en las explicaciones ofrecidas por la Administración del Estado en el curso de este proceso- que la financiación del bono social se haga recaer sobre determinados agentes del sistema eléctrico, algunos de ellos con muy escaso peso específico en el conjunto del sector, eximiendo en cambio de dicha carga a otras entidades o grupos empresariales que pueden estar en mejores condiciones para asumir aquel coste, sea por su volumen de negocios, por su importancia relativa en alguno de los sectores de actividad o porque desarrollan simultáneamente y de forma integrada dos de aquellas actividades.

Ya hemos dejado señalado que esta Sala del Tribunal Supremo dictó sentencia nº 2279/2016 con fecha 24 de octubre de 2016 en la que, estimando este mismo recurso contencioso-administrativo nº 960/2014 que ahora nos ocupa, se declara inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE. Y, como consecuencia, la sentencia también declaró inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo dispuesto en el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

De la fundamentación jurídica de aquella sentencia de 24 de octubre de 2016 interesa destacar ahora los siguientes puntos:

1. El bono social se configura desde su origen como una prestación con un marcado carácter social (obligación de servicio público) 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.
2. El artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, establece 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". El mismo artículo 45 establece a continuación la forma en que se calcula el porcentaje de reparto de las cantidades a financiar por cada grupo empresarial.
3. El núcleo del proceso consiste en dilucidar si esa regulación de la financiación del bono social contenida en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, desarrollada en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, es respetuosa con la determinación contenida en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, en cuya virtud las obligaciones de servicio público -entre las que, como hemos visto, se encuadra el bono social- "... 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>>.
4. En la sentencia nº 2279/2016 de 24 de octubre, esta Sala del Tribunal Supremo consideró que <<...no queda debidamente justificado en las normas que estamos examinando -tampoco en las explicaciones ofrecidas por la Administración del Estado en el curso de este proceso- que la financiación del bono social se haga recaer sobre determinados agentes del sistema eléctrico, algunos de ellos con muy escaso peso específico en el conjunto del sector, eximiendo en cambio de dicha carga a otras entidades o grupos empresariales que pueden estar en mejores condiciones para asumir aquel coste, sea por su volumen de negocios, por su importancia relativa en alguno de los sectores de actividad o porque desarrollan simultáneamente y de forma integrada dos de aquellas actividades>>. Y, en relación con el alegato de la demandante sobre vulneración del principio de proporcionalidad, la sentencia señala <<...que la obligación de financiación del bono social no se establece con carácter excepcional, ni con un alcance temporal limitado, sino de forma indefinida y sin retorno ni medida compensatoria alguna>> (fundamento jurídico octavo).

Por ello la sentencia terminó concluyendo que el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, desarrollado luego en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, no resulta compatible con la exigencia establecida en artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE.



5. La señalada contradicción de la norma legal y de la disposición reglamentaria directamente impugnada con la Directiva 2009/72/CE obligaría, en principio, a plantear una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 del TFUE. Sin embargo, la sentencia invocaba la doctrina del TJUE sobre el "acto claro" - STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81- y el "acto aclarado" -SsTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90; y de 19 de enero de 2010, asunto Küçükdeveci, C-555/07).

Este Tribunal Supremo consideró aplicable en este caso la denominada "doctrina del acto aclarado", 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) y, muy en particular, en su sentencia de 7 de septiembre de 2016 (Asunto C121/15, Anode). Y ello por entender que esta STJUE de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-121/15) lleva a cabo una interpretación del artículo 3.2 de la Directiva 2009/73/CE, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, que resulta enteramente trasladable al caso que nos ocupa, al ser plenamente coincidente el contenido de ese artículo 3.2 de la Directiva 2009/73/CE, que la sentencia interpreta, con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

Dada la coincidencia de lo dispuesto en el artículo 3.2 de ambas directivas, las consideraciones que expone la STJUE de 7 de septiembre de 2016 en relación con la intervención estatal en los precios del gas son plenamente trasladables al sector eléctrico que aquí nos ocupa, tanto las referidas a la necesaria observancia del principio de proporcionalidad como las relativas a la exigencia de que las obligaciones de servicio público sean claramente definidas, transparentes, no discriminatorias y controlables.

6. Por todo ello, terminábamos concluyendo en nuestra sentencia nº 2279/2016, de 24 de octubre que, aun tratándose de una norma de rango legal, procedía inaplicar el derecho interno en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, plasmado en las SsTJUE de 15 de julio de 1964 (asuntos Costa/ENEL), 17 de diciembre de 1979 (asunto Internationale Handelsgesellschaft) y 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal). Sin olvidar que la primacía del derecho comunitario abarca no solo el tenor literal de la norma comunitaria sino la interpretación que de la misma haya realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues dicha interpretación prevalece sobre cualquiera otra que pueda reconocerse a las normas nacionales destinadas a desarrollar una directiva.

Ahora bien, como quedó señalado, la representación procesal de la Administración del Estado interpuso contra la sentencia de 24 de octubre de 2016 recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (recurso de amparo nº 593/2017). Y, como allí vimos, el recurso de amparo fue estimado por sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional STC 37/2019, de 26 de marzo de 2019 en la que se acuerda: 1/ Declarar vulnerado el derecho a un proceso público con todas las garantías ( artículo 24.2 CE). 2/ Restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular la sentencia de 24 de octubre de 2016, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y el auto de 14 de diciembre de 2016, de la misma Sala y Sección, por el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la referida sentencia. 3/ Retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia, para que el indicado órgano judicial dicte nueva resolución que sea respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

A raíz de ese pronunciamiento del Tribunal Constitucional, esta Sala del Tribunal Supremo, mediante auto de 10 de julio de 2019, acordó plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial que hemos dejado reseñada en el antecedente decimoctavo. Y, en fin, como hemos visto en el antecedente decimonoveno, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dio respuesta a la cuestión prejudicial mediante STJUE de 14 de octubre de 2021 (asunto C- 683/19), que, claro es, constituye referencia inexcusable para la resolución del presente recurso.

**QUINTO.- Sobre la incompatibilidad del artículo 45.4 de la Ley 24/2013, 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , con la exigencia de no discriminación establecida en la Directiva 2009/72/CE.**

Siguiendo los razonamientos jurídicos expuestos en la sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2021 (RCA 960/2014), cabe referir que, como hemos visto, en nuestra sentencia nº 2279/2016, de 24 de octubre, luego anulada por el Tribunal Constitucional, terminábamos concluyendo que el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, desarrollado luego en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, no resulta compatible con la exigencia establecida en artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE. Y para alcanzar esa conclusión no consideramos necesario entonces plantear una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como ya sabemos, la citada sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 2016 fue anulada por la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional STC 37/2019, de 26 de marzo de 2019, a la que ya nos hemos referido por



entender insuficientes nuestros razonamientos sobre la aplicación de la doctrina del acto claro. Sin embargo, las apreciaciones y conclusiones que expusimos en aquella sentencia de 2016 han quedado confirmadas por la STJUE de 14 de octubre de 2021 (asunto C-683/19) en un doble aspecto.

De un lado, queda plenamente corroborada nuestra apreciación sobre la identidad sustancial de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/73/CE, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, con lo establecido en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y la consiguiente posibilidad de trasladar a esta Directiva la jurisprudencia referida a aquélla. Sobre esta cuestión la STJUE de 14 de octubre de 2019, de una manera escueta pero tajante, señala en su apartado 43:

<< (...) 43 A este respecto, procede señalar con carácter preliminar que, dado que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 y el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/73 son básicamente idénticos y estas dos Directivas tienen como objetivo principal, como indica la Comisión Europea, armonizar el marco jurídico de los respectivos sectores económicos regulados a fin de garantizar un mercado interior plenamente abierto y competitivo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a esta última disposición es aplicable al citado artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72>>.

De otra parte, la STJUE de 14 de octubre de 2021 viene asimismo a confirmar la conclusión que alcanzábamos nuestra sentencia de 24 de octubre de 2016 de que el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, desarrollado luego en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, no resulta compatible con la exigencia establecida en artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE. En este punto, la sentencia del Tribunal de Justicia (apartados 52 y 53) se pronuncia con claridad:

<< (...) 52. En estas circunstancias, 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.

53. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el coste de una obligación de servicio público, consistente en suministrar electricidad a tarifa reducida a determinados consumidores vulnerables, se haga recaer únicamente en 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, ya que este criterio, elegido por el legislador nacional para distinguir entre las sociedades que deben asumir ese coste y aquellas que quedan totalmente eximidas de hacerlo, conduce a una diferencia de trato entre las distintas sociedades que operan en ese mercado que no está justificada de manera objetiva>>.

Por ello, tal como hemos sostenido en la citada sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2021, volvemos a donde ya estuvimos; y sin necesidad de abundar en razonamientos adicionales, no queda sino reiterar ahora, cinco años más tarde, los mismos pronunciamientos que ya hicimos de nuestra sentencia nº 2279/2016, de 24 de octubre: que el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, debe ser declarado 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, que deben declararse asimismo inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo dispuesto en el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013.

En fin, debemos realizar, una última puntualización. No ignoramos que la redacción del artículo 45.4 de la Ley 24/2013 que aquí hemos examinado no se encuentra ya en vigor, al haber recibido el precepto nueva redacción, primero por el Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, y luego por el Real Decreto-Ley 15/2018, de 5 de octubre. Sin embargo, tal circunstancia no priva de sentido al debate que aquí resolvemos, dado el periodo de tiempo en que las normas a las que se refiere la presente controversia fueron aplicadas y surtieron sus efectos.

Establecida así la procedencia de declarar inaplicable el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, desarrollado luego en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, resulta ya innecesario que entremos a examinar tanto el alegato de que nos encontramos ante una "ayuda de Estado" no permitida como la argumentación sobre la inconstitucionalidad del citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013, que aduce la demandante como sustento de la pretensión que formula con carácter subsidiario. E igualmente innecesario



que abordemos la cuestión relativa al defecto de procedimiento en la elaboración del Real Decreto 968/2014 alegada por la parte actora.

En virtud de lo razonado en los apartados anteriores, procede estimar la pretensión que se formula en el apartado 3/ del suplico de la demanda, y, en consecuencia, debe reconocerse a Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.A. (antes E.ON España, S.L.U.) el derecho a ser indemnizada por las cantidades abonadas en concepto de bono social en aplicación del Real Decreto 968/2014 impugnado hasta la fecha de ejecución de la sentencia, de manera que se reintegren a la demandante todas las cantidades que haya abonado por ese concepto, que se determinarán en ejecución de sentencia, más los intereses legales correspondientes computados desde fecha en que se hizo el pago hasta la fecha de su reintegro.

No cabe un pronunciamiento resarcitorio semejante en favor de empresas distintas a la recurrente, por más que así lo hayan postulado algunas de las partes personadas, pues no habiendo interpuesto recurso contra las disposiciones controvertidas, tal pronunciamiento resulta incompatible con la posición procesal que ostentan en este proceso. Ello sin perjuicio de las iniciativas que dichas empresas puedan emprender en orden a obtener de la Administración un resarcimiento o compensación por las cantidades que hubiesen satisfecho en concepto de financiación del bono social regulado en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013 y el Real Decreto 968/2014.

En consecuencia con lo razonado, procede estimar el recurso interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil ENDESA S.A., contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social.

#### **SEXTO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas procesales causadas en el presente 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 :

**Primero.-** Debemos estimar el recurso contencioso-administrativo nº 961/2014 interpuesto en representación de ENDESA, S.A. contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social

**Segundo.-** Declarar inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

**Tercero.-** Declarar inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo dispuesto en el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

**Cuarto.-** Declarar el derecho de Endesa, S.A. a ser indemnizada por las cantidades abonadas en concepto de bono social en aplicación del Real Decreto 968/2014 impugnado hasta la fecha de ejecución de la sentencia, de manera que se reintegren a la demandante todas las cantidades que haya abonado por ese concepto, que se determinarán en ejecución de sentencia, más los intereses legales correspondientes computados desde fecha en que se hizo el pago hasta la fecha de su reintegro.

**Quinto.-** No se imponen las costas procesales a ninguna de las partes litigantes.

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

Así se acuerda y firma.