



Roj: **STS 1197/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1197**

Id Cendoj: **28079130032015100092**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **23/03/2015**

Nº de Recurso: **112/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Marzo de dos mil quince.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso contencioso- administrativo número 1/ 112/2013 , interpuesto por ÁBACO ENERGY SA, representada por el Procurador D.Manuel Lanchares Perlado, contra la Orden IET/ 221/2013, de 14 de febrero, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial. Se ha personado como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dictada Orden IET/ 221/2013, de 14 de febrero, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013, y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, fué publicada en el BOE de 16 de febrero de 2013 (núm.41).

SEGUNDO.- La representación procesal de Ábaco Energy SA, mediante escrito de 16 de abril de 2013, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la citada Orden. Admitido a trámite y recibido el expediente administrativo, se dió traslado al recurrente a fin de que formulara su demanda.

TERCERO.- ÁBACO ENERGY SA formalizó demanda mediante escrito de fecha 9 de julio de 2013, en el que expuso las alegaciones que creyó conveniente a su derecho, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia "por la que:

- 1.-Se declare de acuerdo con lo alegado en el fundamento de derecho primero del escrito, que el artículo 8.2 de la Orden IET/221/2013 no es conforme a Derecho y se anule.
- 2.- Subsidiariamente, se suscite una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en relación con el artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2013 , y, tras la declaración por este Tribunal de su inconstitucionalidad, se estime el recurso anulándose el artículo 8.2 de la Orden IET/221/2013.
- 3.- Y, al estimarse este recurso, se reconozca el derecho del recurrente a que se le abonen, junto con los intereses ilegales correspondientes, todas las cantidades dejadas de percibir como consecuencia de la indebida actualización de la tarifa regulada correspondiente a su instalación fotovoltaica.

Mediante primer otrosí digo, solicita el recibimiento del pleito a prueba. En el segundo otrosí digo, el trámite de conclusiones escritas. Y en el tercer otrosí digo, fija la cuantía del procedimiento en indeterminada. Por cuarto otrosí digo, solicita que declare la confidencialidad de los documentos 1 y 2 aportados con el escrito de demanda.

CUARTO.- El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda en fecha 23 de octubre de 2013, en el que suplicó se dictase sentencia por la que se desestime el recurso con imposición de las costas a la recurrente.

Mediante decreto de 24 de octubre de 2013 se fijó la cuantía del recurso en Indeterminada.

Por decreto de 12 de noviembre de 2013 se acuerda la práctica de prueba.

QUINTO.- Realizadas conclusiones por ÁBACO ENERGY SA y por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno corresponda.

SEXTO.- Señalado para votación y fallo el día 17 de junio de 2014, se dejó sin efecto, por Providencia de la misma fecha en la que se acordó:

<<Dada cuenta, se deja sin efecto el señalamiento que venía acordado para el día de la fecha, a fin de oír a las partes por plazo común de diez días acerca de la incidencia sobrevenida que en el litigio pudiera tener el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Si en el momento de formularlas se hubiera aprobado la Orden IËT reguladora de los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, las alegaciones podrán versar igualmente sobre su incidencia en el proceso.

Dada la aprobación el 26 de diciembre de 2013 de la nueva Ley del Sector Eléctrico que modifica el marco regulatorio, requiérase a la parte recurrente para que en el término de DIEZ DÍAS formule alegaciones sobre la pérdida de objeto del recurso dada dicha modificación legal.

Asimismo, visto que en el recurso directo número 98/2013, seguido ante esta misma Sala y Sección, se ha dictado Auto de fecha 2 de junio de 2014 por el que se acuerda "quede en suspenso el presente recurso ordinario 1/98/2013 hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente el recurso de inconstitucionalidad 1780/2013, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra los artículos 1, 2 y 3 y contra la disposición adicional única del Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero", requiérase a las partes por el mismo plazo de DIEZ DÍAS para que formulen alegaciones sobre la pertinencia de suspender el recurso hasta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre los artículos 1, 2 y 3 y Disposición adicional única del Real Decreto-ley 2/2013 >>.

SÉPTIMO. - ÁBACO ENERGY SA en su escrito de 6 de julio de 2014, suplica se dicte Sentencia conforme con el Suplico del escrito de demanda, o subsidiariamente, acuerde suspender el recurso hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el recurso de inconstitucionalidad 1780/2013 .

El ABOGADO DEL ESTADO en su escrito de 9 de julio de 2014, suplicó a la Sala se acuerde el archivo del recurso por pérdida sobrevenida de objeto, y subsidiariamente que la tramitación quede en suspenso hasta la resolución del recurso de inconstitucionalidad

Por Auto de 9 de septiembre de 2014, la Sala acordó:

<<QUEDE EN SUSPENSO la tramitación del presente recurso 1/112/2013 hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva el recurso de inconstitucionalidad 1780/2013, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra los artículos 1, 2 y 3 y contra la Disposición adicional única del Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero.>>

OCTAVO .- Por Oficio del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 2014, se remitió a esta Sala copia de la Sentencia de 6 de noviembre de 2014 dictada en el Recurso de inconstitucionalidad 1780/2013, del que se ha traído testimonio al presente procedimiento. En la mencionada resolución se decidió:

<< 1) Declarar la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, en lo que se refiere a la vulneración del art. 9.3 CE, del art. 8 del Real Decreto-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, y de los arts. 1; apartados Uno, Dos, Cinco, Siete, Ocho, Nueve y Diez del art 2; 3 y disposición adicional única del Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.>>

NOVENO .- Oídas las partes sobre la incidencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional, el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones de 26 de noviembre de 2014, suplica la reanudación del recurso hasta sentencia. De igual forma ÁBACO ENERGY SA en su escrito de fecha 28 de noviembre de 2014, suplica se dicte sentencia conforme con el suplico del escrito de demanda, pues la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1780/2013 no incide sobre las pretensiones deducidas en el presente recurso.

DÉCIMO .- Se señaló para votación y fallo de este recurso el día 10 de marzo de 2015, fecha en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales.



Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sociedad "Ábaco Energy SA" impugna en este recurso parte del contenido de la Orden IET/221/2013, de 14 de febrero, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial. En concreto, pretende -únicamente en cuanto afecten a las instalaciones que utilizan tecnología fotovoltaica- la anulación del artículo 8, apartado 2.

La demandante sostiene, como hecho, que el Real Decreto 661/2007 estableció "un régimen de actualización anual, conforme al incremento del IPC, de la tarifa regulada de las instalaciones fotovoltaicas" y que dicho régimen fue modificado "con falta de justificación por la Orden IET/221/2013 aquí recurrida, y tras lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 2/2013 , que resulta contrario a la Constitución".

En la demanda se invoca como argumento inicial supuestamente invalidatorio del artículo 8.2. de la Orden impugnada uno de carácter formal, a saber, que ésta "vulnera lo establecido en el artículo 24.1.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno ". De modo subsidiario, ya en lo que se refiere a su contenido, la recurrente afirma que "[...] la Orden IET/221/2013 resulta inválida (en cuanto a la actualización que en su artículo 8.2 se realiza de la retribución de las instalaciones fotovoltaicas de la categoría b) del artículo 2.1.b) del Real Decreto 661/2007), pues en este punto constituye una mera aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 2/2013 , y éste resulta contrario a la Constitución".

Los concretos reproches de incompatibilidad del Real Decreto-ley 2/2013 con la Constitución -y que justificaban en la demanda la solicitud del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad- se concretan en los siguientes, que transcribimos de los correlativos encabezamientos de cada uno de sus apartados:

"A) Vulneración del artículo 86.1 de la Constitución y del derecho a la tutela judicial efectiva de su artículo 24.1".

"B) Vulneración de la prohibición de retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales y del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución".

"C) Vulneración del principio de igualdad en la creación de Derecho del artículo 14 de la Constitución".

"D) Vulneración del principio constitucional de proporcionalidad que debe respetarse en cualquier restricción a la libertad de empresa".

SEGUNDO.- En las Sentencias de 16 y 18 de marzo de 2015 hemos desestimado los recursos número 118/2013 y 123/2013 , interpuestos por otras sociedades titulares de instalaciones fotovoltaicas ("Tamarindo Instalaciones Fotovoltaicas, SL" y "Fotovoltaico Solar y Energías Renovables Fotosolar, SL" respectivamente) contra la misma Orden IET/221/2013. En la medida en que las alegaciones de la demanda del presente recurso coincidan, como así ocurre en buena parte, con las que rechazamos en aquellas Sentencias, reproduciremos el contenido de nuestros pronunciamientos precedentes.

La pretensión de nulidad ejercitada en la demanda se refiere exclusivamente a una de las muy numerosas medidas que contiene la Orden IET/221/2013. En concreto, la parte recurrente considera que es contrario a Derecho el nuevo índice de actualización anual establecido en el artículo 8.2 de aquella Orden, mediante el cual se revalorizan las tarifas y primas aplicables a determinadas instalaciones del régimen especial.

El tenor literal del precepto impugnado es el que sigue:

"2. De acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1 y en la disposición transitoria décima del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo , por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, se procede a la actualización anual de las tarifas y primas, para su aplicación a partir del 1 de enero de 2013, de las instalaciones de los subgrupos a.1.3 y a.1.4, del grupo a.2, de las instalaciones de la categoría b), de las instalaciones de la disposición transitoria décima y de las instalaciones de los grupos c.1, c.3 y c.4, cuya actualización se ha realizado atendiendo al incremento del Índice de Precios de Consumo a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos.

Se actualiza el valor de la tarifa, prima y límite superior e inferior de referencia para la determinación de los valores a aplicar a las instalaciones de tecnología solar termoeléctricas adjudicatarias del régimen previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre , por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.



En los apartados 1 a 5 el anexo III de esta orden figuran las tarifas y primas, y en su caso, límites superior e inferior, que se fijan para las citadas instalaciones".

TERCERO.- En virtud de este nuevo índice, aplicable a partir de enero de 2013, la actualización de las tarifas y primas de las instalaciones de energías renovables se lleva a cabo tomando como referencia el "incremento del Índice de Precios de Consumo a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos". Este índice (también denominado "índice subyacente") sustituye, pues, al que venía establecido en el artículo 44.1 y en la Disposición transitoria décima del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

La Orden impugnada no hace, en este punto, sino atenerse a lo prescrito en el Real Decreto-ley 2/2013, de 1 febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero. Mediante esta legislación excepcional, y tal como se expone en su preámbulo, el Gobierno adoptó determinadas medidas de reducción de costes "que eviten la asunción de un nuevo esfuerzo por parte de los consumidores, contribuyendo a que éstos, mediante el consumo y la inversión, puedan colaborar también a la recuperación económica". Una de dichas medidas era precisamente la correspondiente a la actualización periódica de las retribuciones en el sector eléctrico, cuya justificación se expuso en estos términos:

"[...] En la normativa de este sector, determinadas metodologías de actualización de la retribución de las diferentes actividades del sector eléctrico están ligadas a la evolución del Índice de Precios de Consumo (IPC), en el cual podrían influir las variaciones impositivas, especialmente relevantes en el pasado año. No resulta adecuado que el incremento de un tributo provoque a su vez incrementos en las retribuciones reguladas del sector eléctrico, cuyos costes no están directamente relacionados con la imposición directa sobre el consumo. Por consiguiente, a fin de utilizar un índice más estable que no sea vea afectado por la volatilidad de los precios de alimentos no elaborados ni de los combustibles de uso doméstico, se establece que todas aquellas metodologías de actualización de retribuciones que se encuentren vinculadas al IPC, sustituyan éste por el Índice de Precios de Consumo a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos".

En coherencia con esta voluntad legislativa, el artículo primero del Real Decreto-ley 2/2013 incluyó, como uno más de los "ajustes en determinados costes del sector eléctrico", el que ahora es objeto de recurso. Dicho artículo dispuso que "con efectos desde el 1 de enero de 2013, en todas las metodologías que, estando vinculadas al Índice de Precios de Consumo, rigen la actualización de las retribuciones, tarifas y primas que perciban los sujetos del sistema eléctrico por aplicación de la normativa sectorial, se sustituirá dicho índice por el Índice de Precios de Consumo a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos".

La demanda, pues, impugna la Orden no tanto por razones intrínsecas (aunque también se refiere a una de ellas) sino porque reproduce el contenido del Real Decreto-ley 2/2013, que la recurrente considera inconstitucional, premisa desde la cual interesa de la Sala que eleve una cuestión de inconstitucionalidad. Nuestra respuesta debe quedar reducida, en consecuencia, a examinar si hay un motivo específico de nulidad de la Orden IET/221/2013 y si se dan las condiciones para que esta Sala plantee al Tribunal Constitucional la referida cuestión de inconstitucionalidad respecto del Real Decreto-ley 2/2013.

CUARTO.- Abordaremos el análisis de la demanda por el orden correlativo a sus fundamentos jurídicos, de los cuales el primero contiene un reproche de ilegalidad formal. A juicio de la recurrente, la Orden IET/221/2013 "vulnera lo establecido en el artículo 24.1.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno" por no contener justificación de la medida de modificación del régimen de actualización" conforme al nuevo IPC, sin que en la memoria económica de aquélla se hubiera analizado su impacto y consecuencias económicas para los titulares de las instalaciones.

El reproche no puede ser acogido porque una vez que el propio Real Decreto-ley 2/2013 impone, de modo imperativo, el cambio de índice de actualización en todas las metodologías que hasta ese momento estaban vinculadas al índice de precios de consumo, necesariamente la Orden IET/221/2013 debía actualizar conforme al nuevo índice (a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos) las retribuciones, tarifas y primas que venían siendo percibidas por los distintos sujetos del sistema eléctrico. La "justificación" de la medida ya venía dada en el propio Real Decreto-ley 2/2013, que es el instrumento normativo en cuya virtud aquélla se adopta y al que de modo preceptivo debía atenerse la Orden IET/221/2013.

QUINTO. - En el desarrollo argumental del segundo fundamento jurídico de la demanda la sociedad recurrente basó su solicitud de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en la supuesta "vulneración del artículo 86.1 de la Constitución y del derecho a la tutela judicial efectiva de su artículo 24.1". La respuesta a esta petición ya ha sido parcialmente dada por el propio Tribunal Constitucional mediante la Sentencia número 183/2014, dictada el 6 de noviembre de 2014 en el recurso de inconstitucionalidad número 1780/2013. Como la propia parte se ve obligada a admitir, aquella sentencia (fundamento jurídico sexto) ha reconocido que el



Real Decreto-ley 2/2013 no vulneró el artículo 86 de la Constitución pues concurría el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad. Ello basta para rechazar, sin más, la correlativa pretensión de la demanda.

En cuanto a la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, tal derecho tiene los límites que la propia Constitución ha impuesto, entre ellos el que niega a los particulares legitimación para impugnar las normas con rango de Ley, aunque sí los actos administrativos o las disposiciones generales dictadas en aplicación y desarrollo de aquéllas, en cuyos recursos podrán invocar la inconstitucionalidad de dichas normas legales. Esto es lo sucedido en el presente caso, en el que la recurrente ha expuesto las razones que considera pertinentes para justificar su solicitud de anulación de la Orden ministerial impugnada, previo el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Su derecho a la tutela judicial efectiva queda con ello respetado. El Real Decreto-ley 2/2013 no vulnera, pues, el artículo 24.1 de la Constitución .

Como hemos manifestado reiteradamente frente a alegaciones similares, no hay en nuestro orden constitucional "reserva de reglamento", esto es, no existe impedimento desde el punto de vista constitucional para que una norma con rango de ley incorpore preceptos que hasta entonces figuraban en una disposición general de rango reglamentario. El Real Decreto-ley puede, pues, establecer una medida distinta de la que antes figuraba en un Real Decreto modificando por sí mismo el IPC hasta entonces aplicable, sin que a ello obste que este último índice viniera establecido en una disposición reglamentaria.

No obsta a la validez del Real Decreto-ley 2/2013, desde el punto de vista de su constitucionalidad, el contenido de su Disposición final tercera en cuya virtud las modificaciones que, a partir de su entrada en vigor, "puedan realizarse respecto a las normas reglamentarias que son objeto de modificación por este real decreto-ley, podrán efectuarse por normas del rango reglamentario correspondiente a la norma en que figuran". De nuevo la amplia capacidad de configuración normativa que asiste al legislador de urgencia le faculta -siempre en presencia del presupuesto habilitante- para adoptar una medida en un momento dado y permitir al Gobierno que, ante un cambio de circunstancias o de política económica, la vuelva a modificar a través de normas de inferior rango.

Es cierto, sin embargo, que la Sentencia constitucional número 183/2014, al declarar la pérdida sobrevenida de objeto del recurso de inconstitucionalidad número 1780/2013, no llegó a pronunciarse sobre los reparos de fondo opuestos frente al Real Decreto-ley 2/2013. Este hecho conduce a la recurrente a sostener en su escrito de 28 de noviembre de 2014 que debería contrastarse el contenido del Real Decreto-ley 2/2013 con el resto de preceptos constitucionales que han quedado excluidos del análisis llevado a cabo por el Tribunal Constitucional en la referida Sentencia.

SEXTO.- A juicio de esta Sala, la sustitución de un índice "tradicional" (el IPC) por otro de nuevo cuño, tal como se lleva a cabo por virtud del Real Decreto-ley 2/2013, no presenta objeciones de inconstitucionalidad, por razones de fondo, que requieran el planteamiento de la cuestión. Dentro de su amplia capacidad de configuración normativa, y en una materia íntimamente ligada a la evolución de los datos macroeconómicos y a la propia política económica, el legislador -por lo que aquí respecta, el legislador de urgencia- puede considerar conveniente que la actualización periódica (anual) de las retribuciones de una actividad cuyos parámetros son dependientes de la propia regulación estatal se haga mediante un índice que no esté acoplado a la inflación en general sino a otro vinculado a la evolución de algunos de sus componentes.

Siendo cierto, como lo es, que la regulación de los sectores energéticos suele incorporar índices de precios para actualizar periódicamente tanto la retribución reconocida a las actividades reguladas como los valores unitarios de inversión y operación y mantenimiento, ni aquellos índices tienen por qué ser los mismos para las diferentes actividades ni tienen por qué permanecer inalterables en el tiempo. De hecho, según reconocía la Comisión Nacional de Energía en el informe de 7 de marzo de 2012 al que ulteriormente aludiremos, incluso la propia regulación del sector eléctrico español "[...] emplea distintos índices de precios para actualizar los costes de inversión y de operación y mantenimiento en transporte, los costes reconocidos de distribución, los costes de generación en territorios extrapeninsulares, y los incentivos económicos al régimen especial. En particular, los principales índices de precios empleados son el índice de precios de consumo (IPC) para actualizar principalmente los costes de operación y mantenimiento, y el índice de precios industriales de bienes de equipo (IPRIBE) para actualizar los costes de inversión."

La modificación de unos índices por otros, mediante normas con el adecuado rango legal, se ha venido produciendo en los últimos años en sectores variados del ordenamiento jurídico, no sólo en el energético. Por no citar sino dos ejemplos próximos al Real Decreto-ley 2/2013, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, modificó el artículo 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, para introducir una nueva fórmula matemática de actualización



anual (revalorización) de las pensiones; y la Disposición octogésima octava de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, estableció que el régimen de revisión de los contratos del sector público "[...] no podrá referenciarse, en lo atinente a precios o cualquier otro valor monetario susceptible de revisión, a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga y, en caso de que proceda dicha revisión, deberá reflejar la evolución de los costes". La última muestra de esta tendencia se ha plasmado en el proyecto de ley sobre "desindexación de la economía española" ya aprobado por el Congreso y en estos momentos remitido al Senado.

El cambio del índice de revalorización, como tal medida, figura en un Real Decreto-ley (no sujeto al control jurisdiccional de esta Sala) que se atiene al presupuesto habilitante de urgencia y respeta tanto el Derecho de la Unión Europea como, en su propio contenido, los preceptos constitucionales. Las críticas expuestas en la demanda lo que ponen de manifiesto no es tanto una incompatibilidad del "IPC subyacente" con la Constitución, en sí mismo considerado y en términos abstractos, sino la supuesta infracción de la norma fundamental por el modo en que aquél se ha aplicado, en el año 2013, a la retribución de las actividades de producción de energía eléctrica para el cálculo de las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial. El reproche se centra, desde esta perspectiva y tal como ya hemos anticipado, en la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. A una y otra nos referiremos en los fundamentos jurídicos siguientes.

SÉPTIMO.- Antes de abordar los problemas que plantea esta parte de la demanda hemos de destacar cómo la medida objeto de recurso -la aplicación del "IPC subyacente" para el primer semestre del año 2013- había sido sugerida con anterioridad, durante el año 2012, por la institución específicamente responsable del Estado en materia de energía.

La actualización de las "tarifas, primas, complementos y límites inferior y superior del precio horario del mercado definidos" que estaba prevista en el artículo 44, apartado primero, del Real Decreto 661/2007 para la instalaciones de la categoría b) -las que utilizan como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles, biomasa, o cualquier tipo de biocarburante, siempre y cuando su titular no realice actividades de producción en el régimen ordinario- se llevaba a cabo anualmente tomando como referencia el incremento del IPC "menos el valor establecido en la disposición adicional primera del presente real decreto ". Esta detracción era de veinticinco puntos básicos hasta el 31 de diciembre de 2012 y de cincuenta puntos básicos a partir de entonces.

La Comisión Nacional de Energía ya había criticado este método de actualización automática antes de la aprobación del Real Decreto-ley 2/2013. En su informe sobre el sector energético español, de 7 de marzo de 2012, y en la parte dedicada a proponer "medidas para garantizar la sostenibilidad económico-financiera del sistema eléctrico", había sugerido, como una más de las correspondientes a los "costes y las actividades reguladas", su modificación. La Comisión Nacional de Energía se hacía eco, con ello, de las observaciones formuladas previamente por el Council of European Energy Regulators (CEER) según las cuales "se hace necesario revisar los mecanismos de actualización vigentes con factores de eficiencia X e Y fijos, y vincularlos a mejoras de eficiencia objetivo". Y, transitoriamente, en tanto no se realice el estudio de dichos parámetros de acuerdo con los análisis de eficiencia, proponía "una revisión a la baja de las actualizaciones, teniendo en cuenta la actual coyuntura económica".

Más en concreto, por lo que se refiere al "incremento de la X en el índice de actualización de tarifas y primas (IPC-X)" -esto es, el aplicable a las instalaciones de la categoría b)- las consideraciones y propuestas de la CNE eran las siguientes:

"[...] La tarifa o prima que incentiva las instalaciones que utilizan fuentes de energías renovables se actualiza con el IPC corregido por un factor de eficiencia X. Dicho factor X es igual a 25 puntos básicos hasta el año 2012; a partir de entonces, será igual a 50 puntos básicos. La indexación al indicador de inflación se justifica porque, en ausencia de combustible fósil, el coste variable de estas tecnologías depende fundamentalmente de la realización de diversos servicios (operación, mantenimiento, seguros...). Ahora bien, también para estas tecnologías, una gran parte de sus ingresos anuales se dedican a cubrir sus costes de inversión (aproximadamente el 85% en el caso de la eólica y fotovoltaica), por lo que actualizar la totalidad de la prima resulta desproporcionado (se debería actualizar únicamente el 15%). En el caso de la cogeneración, las tarifas y primas se actualizan trimestralmente con las variaciones del IPC y de los precios del combustible. Dado que en estas tecnologías el peso relativo de los costes de operación y mantenimiento sobre el total es similar, se propone realizar una actualización análoga en la parte correspondiente de los incentivos económicos.

La medida propuesta, que requeriría una norma con rango de Real Decreto, consistiría en incrementar el valor del factor de eficiencia 'X'. Esta medida mantiene el principio de la obtención de una rentabilidad razonable contenido en la Ley. Para valor esperado del IPC del 2%, el factor de eficiencia que afecta al IPC en las



actualizaciones de los incentivos económicos de las energías renovables y de la cogeneración debería estar en el entorno de 175 puntos básicos, para que únicamente se actualice el 15% del valor de las tarifas y primas, lo que está en línea con lo propuesto para otras actividades reguladas del sector [...].

Por otra parte, en 2012, y de forma excepcional, se plantea revisar las primas y tarifas a partir del 1 de abril, para adaptarlas a las aplicadas en 2011 (por lo tanto, se propone $X=IPC$). Dado que el IPC estimado para 2011 en la revisión de las primas de 2012 fue el 3,01%, correspondería ahora reducirlas en esta misma proporción, lo cual llevaría a un ahorro en la tarifa de acceso de 2012 de 209 M?, sin perjuicio de que se mantuviese la indexación a los precios de los combustibles en el caso de la cogeneración o de los residuos".

OCTAVO. - En el segundo apartado (letra b) del segundo fundamento jurídico de la demanda la sociedad recurrente afirma -ya lo hemos avanzado- que el Real Decreto-ley 2/2013 vulnera los principios de seguridad jurídica (también apela, de manera incidental, al de protección de la confianza legítima) y de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

Aun cuando, a diferencia del recurso 118/2013, en el presente recurso al igual que en el 123/2013 no se aborda la perspectiva "comunitaria", es oportuno que nos refiramos a la interpretación que la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-201/08 , Plantanol GmbH & Co. KG), ha efectuado sobre dos de aquellos principios. Recordaremos que en dicha Sentencia el Tribunal de Justicia concluyó afirmando que "los principios generales de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima no se oponen, en principio, a que, en lo tocante a un producto como el que es objeto del asunto principal, un Estado miembro suprima, antes de la fecha de expiración prevista inicialmente por la normativa nacional, el régimen de exención fiscal que le fuera aplicable". Añadió, acto seguido, que correspondía, no obstante, al órgano jurisdiccional remitente "examinar, mediante una apreciación global efectuada in concreto, si se han respetado dichos principios en el asunto principal teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes relativas a éste".

Para el Tribunal de Justicia las exigencias inherentes al "principio de seguridad jurídica, que tiene por corolario el principio de protección de la confianza legítima", se concretan inicialmente en la claridad, precisión y suficiente publicidad de las normas de Derecho. Pero aquel principio "no exige que no se produzcan modificaciones legislativas, sino que más bien requiere que el legislador tome en consideración las situaciones especiales de los operadores económicos y prevea, en su caso, adaptaciones a la aplicación de las nuevas normas jurídicas".

En cuanto a la posibilidad de invocar el principio de protección de la confianza legítima, sigue afirmando el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 10 de septiembre de 2009 , "[...] está abierta a todo operador económico en relación con el cual una autoridad nacional haya infundido fundadas esperanzas. No obstante, cuando un operador económico prudente y diligente puede prever la adopción de una medida que pueda afectar a sus intereses, no puede invocar tal principio si se adopta esa medida. Además, los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades nacionales".

Más en concreto aun, el Tribunal de Justicia sostiene -en relación con la confianza que un sujeto pasivo podría tener en cuanto a la aplicación de una ventaja fiscal- que "cuando una directiva en materia fiscal deja amplias facultades a los Estados miembros, una modificación legislativa adoptada con arreglo a la directiva no puede considerarse imprevisible". Y entre los criterios para juzgar si la supresión de la concreta exención fiscal controvertida en aquel litigio vulneraba, o no, el principio de confianza legítima, el Tribunal admitía como factores relevantes el hecho de que "[...] la supresión de la exención fiscal en favor de los productos mezclados [...] estuviera motivada, aunque sólo fuera en parte, lo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente, por la necesidad de poner fin a tal sobrecompensación" y que "la supresión del régimen de exención fiscal aplicable a los biocarburantes como el referido en el asunto principal se había anunciado mediante el acuerdo de coalición celebrado el 11 de noviembre de 2005 por la nueva mayoría gubernamental [...]".

El fallo de la Sentencia fue, como ya ha quedado dicho, que los principios generales de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima no se habían vulnerado por el hecho de que la República Federal de Alemania hubiera suprimido anticipadamente (en el año 2007) una exención fiscal que según la normativa nacional anterior debía permanecer en vigor hasta el año 2009.

NOVENO.- La aplicación de los criterios del Tribunal de Justicia sintetizados en la Sentencia que acabamos de transcribir conduce a desestimar las correlativas alegaciones de la recurrente.

La fijación del nuevo IPC es clara y precisa, aun cuando su concreción en cifras quede, lógicamente, pendiente de la evolución de las magnitudes económicas que en él se contienen o se excluyen. El "IPC subyacente" no es, en este sentido, cualitativamente distinto del IPC hasta ahora empleado, limitándose a sustituir este



último por un índice a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos. El artículo 1 del Real-Decreto-ley 2/2013 (artículo 8.2 de la Orden IET/221/2013) es, pues, una norma clara que no puede generar duda en sus destinatarios sobre sus efectos, los presupuestos de hecho a los que se aplica o sus consecuencias jurídicas. Ni desde la vertiente objetiva ni desde la subjetiva existen sombras de incertidumbre o falta de certeza acerca de su contenido y alcance.

La medida, a la que se dota de la misma publicidad oficial dispensada al resto de las normas con rango de ley en España, implica ciertamente una modificación respecto del régimen anterior, decisión que el legislador de urgencia adopta a la vista de la situación especial del sistema eléctrico y, por consiguiente, de todos sus operadores. Se trata, además, de una medida que no sólo era previsible, dadas las difíciles circunstancias del sector en su conjunto caracterizadas por la persistencia del déficit tarifario, sino que había sido auspiciada ya en el año 2012 por la Comisión Nacional de Energía, esto es, por el ente regulador de los sistemas energéticos que ha de velar por el correcto funcionamiento de éstos y el beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores.

Un "operador económico prudente y diligente" no podía, pues, sentirse sorprendido por la adopción, en el año 2013, de una medida de este género, tanto menos cuanto que ni aquella era imprevisible, antes al contrario había sido ya sugerida por el regulador energético, ni -en palabras de la Sentencia del Tribunal de Justicia antes citada- "los agentes económicos pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades nacionales". En un escenario de crisis generalizada, como era el de España a finales del año 2012 y principios del año 2013, modificaciones análogas en los índices de actualización de valores económicos fueron llevadas a cabo en éste y en otros sectores de la vida económica.

En fin, la aplicación del principio de confianza legítima queda sin duda relativizada cuando, por utilizar de nuevo los términos de la misma sentencia del Tribunal de Justicia, con las nuevas medidas -restrictivas de la situación favorable precedente- se trata de "poner fin a la sobrecompensación" que pudiera existir previamente. Pues bien, entre las consideraciones justificativas del Real Decreto-ley 2/2013, figura, a tenor de su preámbulo, el objetivo de evitar la "sobre-retribución" de determinadas instalaciones de régimen especial, pudiendo también producirse ésta si se mantuviera inalterada una determinada metodología de actualización ligada a la evolución del IPC en virtud de la cual, por ejemplo, el incremento de un tributo provoca, a su vez, incrementos en las retribuciones reguladas cuyos costes no están directamente relacionados con la imposición directa sobre el consumo.

DÉCIMO.- Desde el punto de vista "interno", ya al margen del Derecho de la Unión Europea, tampoco estimamos que la invocación de los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima sea suficiente para plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2013 .

Frente a lo que consideramos una válida -en términos puramente jurídicos- opción de política energética, consistente en modificar el índice de actualización aplicable en cómputo anual a las retribuciones de los titulares de las instalaciones de régimen especial, la censura de éstos tiene como presupuesto, en el fondo, la incidencia negativa de aquella medida en sus cuentas de resultados y, por lo tanto, en la rentabilidad de sus inversiones. El punto de partida no es muy diferente del que hemos analizado en otros recursos (por referirnos sólo a alguno de ellos citaremos el resuelto por la Sentencia de 12 de septiembre de 2013, recurso número 308/2012 , en el que se vertían críticas similares contra el Real Decreto-ley 14/2010, Sentencia cuyo contenido transcribimos en lo que procede). Y como parten de la premisa -aun cuando no lleguen a expresarla en estos términos- de que la situación jurídica configurada por el Real Decreto 661/2007 es prácticamente inmutable o inmodificable, cualquier medida desfavorable que la altere quebrantaría los principios repetidamente invocados.

La Sala ha rechazado dicha premisa en las Sentencias precedentes y hará lo propio en esta. En las referidas a la impugnación del Real Decreto 1565/2010, mantuvimos que los principios invocados por las recurrentes (seguridad jurídica y confianza legítima, entre otros) no obstaban a que el titular de la potestad reglamentaria -dentro del respeto al límite de la "rentabilidad razonable" fijado por la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico-introdujera determinadas modificaciones en el régimen retributivo previsto por el Real Decreto 661/2007. En las Sentencias que versaban sobre el Real Decreto-ley 14/2010 confirmamos que dichos principios no obstaban a que el titular de la potestad legislativa (ejercitada mediante un Real Decreto-ley más tarde convalidado por el Congreso de los Diputados) adoptase medidas de orden general, que incidían asimismo en aquel régimen retributivo.

En la Sentencia de 29 de mayo de 2013 (recurso 193/2010) reiteramos, una vez más, nuestra doctrina sobre los cambios regulatorios vistos desde la perspectiva estrictamente jurídica, que no puede confundirse con su juicio de oportunidad político o económico, o con las críticas que de ellos puedan formularse en cuanto



factores más o menos desincentivadores de la inversión. Decimos en ella que "[...] Ha de tenerse en cuenta, además -como hemos recordado con frecuencia- que los sectores que, pese a la vigencia básica del principio de libre actividad económica de los particulares y de libre competencia, están sometidos a una intervención administrativa más o menos intensa en virtud de su incidencia en intereses generales, como lo es la actividad de producción de energía eléctrica, contienen un sistema complejo de medidas, beneficiosas unas, gravosas otras, para los agentes económicos particulares. La realidad de estos sistemas regulatorios complejos hace totalmente inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de una permanencia o inalterabilidad en el tiempo so riesgo de vulneración de los principios invocados. Antes al contrario, la protección de los intereses generales obliga a los poderes públicos en defensa de los mismos, a ir adaptando la regulación a la cambiante realidad económica".

Estas consideraciones, unidas a las que expusimos en los fundamentos de Derecho tercero (sobre la retroactividad), cuarto, quinto y sexto (sobre los principios de seguridad jurídica y confianza legítima), noveno (sobre la garantía expropiatoria), décimo (sobre la interdicción de la arbitrariedad) y undécimo (sobre el principio de igualdad) de la Sentencia de 12 de abril de 2012, recaída en el recurso 40/2011, así como en Sentencias ulteriores, proporcionan el marco conceptual aplicable para concluir que, a nuestro juicio, no resulta inconstitucional el cambio del porcentaje o índice de actualización efectuado por el artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2013, que aplica la Orden IET/221/2013.

Es innegable que la concreta medida objeto de este litigio se inserta en una cadena de numerosas disposiciones, legislativas o reglamentarias, que en poco tiempo han afectado al sistema eléctrico español, modificando sucesivamente sus condiciones regulatorias. Prescindiendo -repetimos una vez más- del juicio político, o económico, o de oportunidad y conveniencia, que pueda hacerse sobre esta sucesión de reformas, juicio que no corresponde a los tribunales, lo cierto es que con el Real Decreto-ley 2/2013 se da respuesta a una situación de extraordinaria urgencia (reconocida por la sentencia constitucional antes citada) a raíz de la cual, y para reducir un déficit persistente del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores, se alteran, de nuevo, aquellas condiciones, aunque en este caso lo impugnado tenga una incidencia menor en comparación con otros cambios anteriores.

La misma Sentencia constitucional 183/2014 admite -por referencia al Real Decreto-ley 2/2013 y a su debate de convalidación- que a finales del año 2012 se había producido una acusada desviación de los costes del sistema eléctrico provocada, entre otros factores a los que se refiere el propio Tribunal Constitucional, por el "sobrecoste de las primas del régimen especial, [la] consignación de costes de los sistemas eléctricos extrapeninsulares e incremento del déficit por el descenso en la demanda de electricidad". Si la conjunción de estos factores exigía -entre otros instrumentos- utilizar un nuevo índice de actualización de los valores monetarios aplicables al régimen especial, distinto del IPC precedente, con la misma finalidad de reducir y no ampliar el déficit, el cambio legislativo así acordado no puede ser cuestionado mediante la invocación de la "seguridad jurídica", concepto no identificable sin más con la estabilidad regulatoria (aunque esta última por supuesto sería deseable) ni con la inmutabilidad de las normas precedentes, tanto menos en un escenario económico cambiante o ante el fracaso o la insuficiencia de las medidas ya adoptadas.

Entendida la seguridad jurídica como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación del Derecho, el contenido del artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2013 sobre el que gira este litigio no puede generar confusión o dudas en sus destinatarios y no introduce incertidumbres en su aplicación. Por lo demás, en algún reciente auto (número 84/2013) de inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional ha recordado que "tampoco garantiza el principio de seguridad jurídica que en todo caso las modificaciones legislativas que se efectúen deban realizarse de modo que sean previsibles para sus destinatarios". Y en lo que concierne más específicamente al principio de protección de la confianza legítima, nos remitimos a lo expuesto en el fundamento jurídico precedente, de todo lo cual se deduce que no ha lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sugerida por la recurrente.

UNDÉCIMO. - Abordaremos acto seguido las alegaciones de la demanda que imputan al artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2013 la "vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales".

Conforme a su Disposición final cuarta, el Real Decreto-ley 2/2013 entró en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de Estado (2 de febrero de 2013) pero sus efectos, en lo relativo a la actualización de las "retribuciones de actividades del sistema eléctrico vinculadas al Índice de Precios de Consumo (IPC)", se anticiparon al 1 de enero del mismo año. La actualización de las retribuciones, tarifas y primas se hizo, en consecuencia, aplicando el nuevo Índice de Precios de Consumo a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos desde el primer día del año 2013. Existe, pues, en este caso una



disociación entre el ámbito temporal de vigencia y el ámbito temporal de eficacia, ampliado este último con efectos "hacia atrás" en el tiempo.

El artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2013 tuvo, sin duda, efecto retroactivo en cuanto ordenó aplicar la revalorización de las retribuciones conforme al nuevo índice desde una fecha anterior a la de su aprobación y publicación oficial. Se trata, en definitiva, de una de las "leyes" a las que alude el artículo 2.3 del Código Civil cuando dispone que "las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario". El hecho de que esta eficacia retroactiva haya sido muy limitada en el tiempo (algo más de treinta días) no puede obviar su existencia.

El presente recurso se aparta en su planteamiento de las imputaciones de retroactividad prohibida que se han dirigido contra otras normas del sector eléctrico aplicables al régimen especial, de las que esta Sala ha tenido que ocuparse en numerosas ocasiones (véanse las sentencias citadas en otros fundamentos jurídicos de ésta, a partir de la de 12 de abril de 2012). Con buen criterio la defensa de la sociedad recurrente no cuestiona que la revalorización conforme al nuevo índice, a partir de la fecha de publicación del Real Decreto-ley 2/2013, carecería de eficacia retroactiva por el hecho de que se aplicase a las retribuciones de instalaciones que anteriormente disfrutaban del régimen de actualización establecido en el Real Decreto 661/2007. Su censura se refiere tan sólo al limitado período anterior (de uno de enero a dos de febrero de 2013) a la publicación y entrada en vigor de aquel Real Decreto-ley.

A partir de esta premisa, el debate se traslada a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2013 , cuya declaración en este sentido requeriría necesariamente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Por las razones que a continuación exponemos, referidas en síntesis a la doctrina de aquel Tribunal sobre el alcance del inciso del artículo 9.3 de la Constitución que menciona la "irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales", la Sala considera que no ha lugar a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Aquella doctrina puede entenderse sintetizada en los términos que el propio Tribunal lo ha hecho mediante la Sentencia constitucional número 100/2012 (refrendada por la más reciente Sentencia de 5 de marzo de 2015 , asimismo del Pleno) en los siguientes términos:

"[...] Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que el principio de irretroactividad de las Leyes consagrado en el art. 9.3 de la Constitución concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión (SSTC 27/1981, de 20 de julio, F. 10 ; 6/1983, de 4 de febrero, F. 2 ; 150/1990, de 4 de octubre, F. 8 ; 173/1996, de 31 de octubre, F. 3 ; y 90/2009, de 20 de abril , F. 4), a saber, que la «restricción de derechos individuales» ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (SSTC 42/1986, de 10 de abril F. 3 ; y 90/2009, de 20 de abril , F. 4). Y es también doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (SSTC 126/1987, de 16 de julio, F. 11 ; y 116/2009, de 18 de mayo , F. 3), aun cuando, eso sí, protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, F. 8 ; 182/1997, de 28 de octubre, F. 11 ; y 90/2009, de 20 de abril , F. 4)."

DUODÉCIMO. - Aunque la noción de "derechos individuales" a la que se refiere el artículo 9.3 de la Constitución (cuya categoría no es equiparable a los "derechos adquiridos" como límite frente al legislador según la Sentencia constitucional 27/1981 y sucesivas) tenga algunos contornos imprecisos, es unánime el rechazo a parificar aquéllos con las meras expectativas de situaciones en curso de consolidación.

Admitiendo en hipótesis -y a los meros efectos de la presente controversia- que los titulares de instalaciones de producción de energía renovable tuvieran un "derecho individual", en los términos del referido artículo 9.3 de la Constitución , a percibir la retribución regulada, la cuantificación precisa de ésta no se produce, para cada período (que puede ser trimestral, semestral o anual), sino cuando el titular de la potestad reglamentaria aprueba la Orden correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto 661/2007 . Hasta ese momento gozan de la expectativa de que su retribución se vea actualizada conforme a un determinado índice de revalorización (que puede ser el IPC o el IPC subyacente), pero no han incorporado aún el "derecho" a la cantidad actualizada.

En el caso de autos es claro que, para el año 2013, antes del Real Decreto-ley 2/2013 ninguna Orden Ministerial había establecido aún el importe de la retribución actualizada, lo que precisamente llevará a cabo la Orden IET/221/2013 a partir de 1 de enero de 2013. Hasta entonces lo que podría subsistir como "derecho" incorporado al patrimonio de sus destinatarios era tan sólo el correspondiente a las concretas tarifas y



primas del año 2012, que habían agotado su eficacia a 31 de diciembre de 2012. No existía, en suma, una situación "agotada", "consolidada", "perfeccionada" o "patrimonializada" -por emplear los adjetivos usualmente utilizados a estos efectos en la jurisprudencia- que haya sido revertida *in peius* con efecto retroactivo.

Los titulares de las instalaciones de generación de energía eléctrica en régimen especial tenían, repetimos, la expectativa - conforme al artículo 44 del Real Decreto 661/2007 - de que en el año 2013 se produciría una revalorización de aquellas tarifas y primas, pero no aún el derecho a percibir la actualización en un determinado porcentaje, derecho que sólo se concreta a partir de la aprobación de la Orden (trimestral, semestral o anual) de peajes y tarifas para cada uno de los sucesivos períodos del año, en este caso del 2013.

El retraso -de pocos días- en la aprobación y publicación de la Orden de peajes y tarifas respecto a la fecha a la que se retrotraen sus efectos no es, obviamente, deseable pero tampoco era desconocido en el sector. Por no citar sino un ejemplo cercano, la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, por la que se establecieron los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2012 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 26 de abril de dicho año, surtiendo efectos desde el primer día de ese mismo mes.

Precisamente en relación con la Orden IET/843/2012 y con el Real Decreto-ley 13/2012 que aquella desarrollaba, en nuestra sentencia de 30 de diciembre de 2012 (recurso 416/2012.) excluimos que se hubiera producido un supuesto de retroactividad constitucionalmente prohibida. El reproche de la asociación de empresas eléctricas entonces demandante era que los apartados 1 y 2 del artículo 5 del Real Decreto-ley 13/2012 aplicaban de modo retroactivo una merma a la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica, en concreto durante el primer trimestre de 2012, "cuando durante ese periodo se había ya devengado la retribución resultante del régimen vigente con anterioridad a dicha entrada en vigor", lo que justificaría, siempre en su opinión, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Rechazamos el planteamiento de la cuestión tras afirmar que "[...] se podría, en hipótesis, haber producido una aplicación retroactiva "expropiatoria" de las retribuciones ya devengadas por la actividad de distribución de energía eléctrica durante el primer trimestre del año 2012 si el Real Decreto-ley 13/2012 se hubiese limitado a reducir aquéllas con eficacia para el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2012 y obligado a sus perceptores al reintegro del exceso. No es esa, sin embargo, la medida adoptada en el artículo 5 del citado Real Decreto -ley pues su contenido se refiere a todo el ejercicio 2012, modificando a estos efectos y para todo ese período completo el régimen retributivo hasta entonces vigente [...]"

Este planteamiento es igualmente aplicable al presente supuesto. Aun cuando fuesen dejados sin efecto por normas posteriores, el Real Decreto-ley 2/2013 y el artículo 8 de la Orden IET/221/2013 lo que hicieron fue fijar el nuevo coeficiente de actualización en principio para toda la anualidad de 2013, a partir del 1 de enero de este año, de modo que con arreglo a él se calculasen las liquidaciones sucesivas -obviamente, aun no giradas, tampoco las de enero- de las retribuciones correspondientes a ese año. No hay en las normas objeto de litigio ninguna medida de reintegro de retribuciones ya percibidas, sino mero ajuste de las que ni aún se habían concretado ni podían haberlo sido pues, como ya hemos afirmado, no fue hasta la publicación de la Orden IET/221/2013 cuando se precisó el importe actualizado de los peajes, tarifas y primas que regirían para el año 2013.

DECIMOTERCERO.- La jurisprudencia constitucional sobre la interpretación del artículo 9.3 de la Constitución que podríamos considerar más próxima a la cuestión objeto del presente litigio es la dictada sobre leyes de contenido tributario en las que concurría igualmente la disociación entre el ámbito temporal de vigencia y el ámbito temporal de eficacia. De dicha jurisprudencia destacaremos dos sentencias que podrán servir de pauta para este litigio, sobre la base de que más que juicios *a priori* sobre el binomio eficacia retroactiva de la norma/ automatismo de su inconstitucionalidad, se deben apreciar las circunstancias singulares de cada caso para obtener las consecuencias a que haya lugar.

A) En la Sentencia constitucional número 126/1987, cuyos fundamentos jurídicos 9 a 13 exponen las razones para llegar a esta conclusión, el Tribunal Constitucional, pese a considerar que tenía eficacia retroactiva el gravamen complementario de la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar, implantado por la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983, de 29 de junio, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria (en la medida en que los elementos constitutivos del hecho imponible -incluida su dimensión temporal- comenzaron a producirse antes de la entrada en vigor de la aquella Ley), confirmó la constitucionalidad del precepto legal cuestionado.

Lo hizo afirmando, por un lado, que "el hecho imponible no se había realizado íntegramente en ese momento y los efectos jurídicos no se habían agotado [por lo que] nos encontramos ante un supuesto de retroactividad de grado medio"; y, por otro lado, a la vista de "las circunstancias específicas que concurren en el presente caso", de las que el propio tribunal destacaba, entre otras, que la Disposición adicional sexta "se limita [...] al



período impositivo en que la ley se aprueba, y [...] responde al intento de adecuar la presión tributaria del sector en cuestión al resto de las modalidades de juego, a fin de lograr una mayor justicia tributaria y aminorar las distorsiones que venían produciéndose entre ellas".

B) En la Sentencia constitucional 182/1997, de 28 de octubre, se abordó la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 28/1992, de 24 de noviembre de Medidas Presupuestarias Urgentes, por la que se modificaron las escalas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para 1992. El Tribunal Constitucional, enfrentado con una "elevación de las tarifas para el ejercicio 1992" que se había producido por la Ley 28/1992 en noviembre de dicho año, esto es, "casi vencido el período impositivo", consideró que, dado el "grado de retroactividad de la norma impugnada, la finalidad de la medida que aprobaba, las circunstancias excepcionales y urgentes que justificaban su adopción y lo limitado de su alcance", no se producía una vulneración del artículo 9.3 de la Constitución.

Atendió para pronunciarse en este sentido (fundamento jurídico 13 de la Sentencia) a los siguientes factores:

a) "la previsibilidad de la medida adoptada retroactivamente por la Ley 28/1992", antes de cuya aprobación los ciudadanos pudieron "tomar conciencia de la situación crítica de las finanzas del Estado (a saber, el crecimiento espectacular del déficit público durante el primer semestre del año) y de las medidas que se proponían para afrontarla con urgencia y rigor, así como de la posibilidad de que se efectuasen cambios en la legislación"; b) las "exigencias de interés público que fundamentan la medida adoptada por la Ley 28/1992, aunque ésta tenga incidencia negativa sobre la seguridad jurídica de los ciudadanos"; y c) el "alcance limitado de la medida adoptada. En efecto, la subida de los tipos de las escalas del IRPF establecida por el art. 2 de la Ley 28/1992, no alcanza, desde la perspectiva que ahora importa del efecto retroactivo y la seguridad jurídica, la "notable importancia" de las que se han producido en otras ocasiones".

Aplicando esta misma doctrina al presente supuesto de autos, y sobre la base de los fundamentos jurídicos anteriormente expuestos, no encontramos motivos suficientes para plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2013 por vulneración del artículo 9.3 de la Constitución.

Admitido el carácter retroactivo de aquel precepto, por anticipar su eficacia treinta y dos días antes de su publicación, la revalorización de las tarifas y primas conforme al nuevo índice de actualización ("IPC subyacente"): a) era una medida previsible, vistas las circunstancias del sector, el juicio del organismo regulador emitido en 2012 y la extrema urgencia en adoptar las soluciones que con ella se trataba de conseguir; b) tenía un alcance limitado, pues las diferencias entre los dos IPC -aun contribuyendo, obviamente, a la superación del déficit tarifario- no eran especialmente significativas; c) intentaba, al menos en parte, mitigar una cierta sobre-retribución del régimen especial que pudiera resultar de la aplicación del anterior IPC, en la medida en que incorporaba costes ajenos al propio sector; d) no incidía sobre derechos ya consolidados sino sobre las expectativas de actualización conforme a un determinado IPC; en fin, fue adoptada a la vista de la concurrencia de exigencias cualificadas de interés común, a las que se refiere la sentencia constitucional número 183/2014, de 6 de noviembre, que analizó el presupuesto habilitante del Real Decreto-ley 2/2013.

DECIMOCUARTO.- El resto de argumentos impugnatorios del contenido del Real Decreto-ley 2/2013 tampoco podrán ser acogidos.

A) El principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución) no resulta vulnerado ya que el artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2013 se aplica, con efectos desde el 1 de enero de 2013, a "todas las metodologías que, estando vinculadas al Índice de Precios de Consumo, rigen la actualización de las retribuciones, tarifas y primas que perciban los sujetos del sistema eléctrico por aplicación de la normativa sectorial". No incluye, pues, ninguna discriminación entre las diferentes tecnologías cuyas retribuciones, tarifas y primas requieran -según su propio sistema retributivo- la revalorización anual.

En todo caso, y así lo hemos reiterado en anteriores ocasiones, no cabe equiparar a los efectos del artículo 14 de la Constitución el sistema retributivo de las instalaciones de producción de electricidad en régimen "ordinario" con las del entonces denominado "régimen especial", consistiendo precisamente este último en un conjunto de normas que contemplan de modo específico la situación singular de quienes, por propia voluntad, se han acogido a él en vez de al primero.

B) La actualización de las tarifas y primas conforme a un determinado IPC (el IPC subyacente) no es más, ni menos, restrictiva de la libertad de empresa que si se hubiera efectuado aplicando el IPC hasta entonces vigente. Si en la demanda se auspicia la aplicación de este último, en vez del IPC subyacente, lo es porque la recurrente considera válido el método de revalorización que contenía el Real Decreto 661/1997, con lo que implícitamente admite que se trata de un factor no dependiente de la libre voluntad de quien ejerce una actividad empresarial sino del titular de las facultades normativas en la materia, esto es, de un factor que se



integra, junto con otros, en el seno de un sistema retributivo regulado por los poderes públicos y no en un marco de contratación libre o de mercado.

Con la fijación oficial de índices correctores se trata de configurar una de las partidas aplicables a las retribuciones, tarifas y primas que se han de percibir por y según la decisión de los poderes públicos, no en virtud de mecanismos de mercado (precios). Quienes se acogen al régimen retributivo "especial" lo hacen precisamente en uso de su libertad para ejercer una actividad económica que, desde su inicio, saben que está sujeta a determinadas condiciones normativas. No pueden, ulteriormente, invocar su derecho a la libertad de empresa para permanecer dentro de un sistema de retribuciones reguladas acogiéndose a lo que les es más favorable y, a la vez, no asumiendo lo que de ellas le sea menos favorable.

DECIMOQUINTO.- Procede, pues, la desestimación del recurso. No ha lugar a la imposición de costas pues, a juicio de la Sala, las cuestiones objeto de litigio presentaban las suficientes dudas de derecho como para justificar que cada parte abone las costas causadas a su instancia (artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo número 1/ 112/2013, interpuesto por ÁBACO ENERGY SA, contra la Orden IET/ 221/2013, de 14 de febrero, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricado.- Pedro Jose Yague Gil Manuel Campos Sanchez-Bordona Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:23/03/2015

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA DE 23 DE MARZO DE 2015 (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 112/2013).

Puesto que la sentencia recaída en este proceso no hace sino reiterar la fundamentación de la sentencia de esta Sala de 16 de marzo de 2015 (recurso contencioso-administrativo 118/2013), luego mantenida en sentencias de 17 de marzo de 2015 (dos sentencias con esta fecha dictadas en los recursos 115/2013 y 127 (2013) y 18 de marzo de 2015 (recurso 123/2013), me remito aquí las consideraciones que he expuesto en los votos particulares que he formulado en esos otros casos, en los que expreso mi respetuosa discrepancia con lo razonado por la mayoría; en el bien entendido que las referencias que allí hago al ordinal de diversos fundamentos jurídicos se refieren a los de la sentencia de 16 de marzo de 2015 (recurso contencioso-administrativo 118/2013) cuyo contenido se reitera luego en las demás sentencias citadas.

Por las razones que he expuesto en esas ocasiones anteriores, y que ahora doy por reproducidas, considero que el hecho de que el artículo 1 del Real Decreto-ley 2/201, de 1 de febrero (y, como consecuencia de éste, la Orden IET/221/2013, de 14 de febrero), establezca un cambio del método de actualización de tarifas y primas *con efectos desde el 1 de enero de 2013* puede vulnerar el artículo 9.3 de la Constitución , por lo que considero que la Sala debería haber planteado cuestión sobre la posible inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, en ese concreto punto.

En Madrid a 23 de marzo de 2015.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia con su voto particular en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.