



Roj: **STS 1616/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1616**

Id Cendoj: **28079130032015100121**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **01/04/2015**

Nº de Recurso: **132/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Abril 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/ 132/2013 , interpuesto por ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES DE ENERGÍAS RENOVABLES (APPA), representada por la Procuradora D^a.Cecilia Díaz Caneja, 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; y el Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia en nombre y representación de IBERDROLA SA.

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 la Asociación de Productores de Energías Renovables (APPA), 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.- La Asociación de Productores de Energías Renovables APPA 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.- Declare la nulidad y/o anulabilidad de la Orden IET/221/2013 impugnada por los defectos de procedimiento y vicios de fondo alegados, dejándola sin efecto; y
- 2.- Declare la inaplicación para este, y cualquier otro asunto en que surgieran, del Real Decreto 1565/2010, del Real Decreto-ley 14/2010, de la Ley 15/2012 y del Real Decreto-Ley 2/2013, en la medida en que son contrarios al Derecho Europeo, a la Constitución y a la legalidad ordinaria.

Mediante primer otrosí digo, manifiesta que la cuantía se estima en indeterminada. En el segundo otrosí digo, solicita el recibimiento a prueba. Y en el tercer otrosí digo, interesa el trámite de conclusiones escritas.

Por cuarto otrosí digo, interesa de la Sala se eleve Cuestión de Inconstitucionalidad del R.D-ley 2/2013 y del R.D-ley 20/2012. En quinto otrosí digo, propone las cuestiones que considera oportunas si la Sala albergase dudas sobre la interpretación del derecho nacional con el Derecho Europeo y se viera obligado a elevar Cuestión Prejudicial.

CUARTO.- El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda en fecha 20 de septiembre de 2013, en el que suplicó se dictase sentencia por la que se desestime el recurso. En primer otrosí digo, si



la Sala abrigase dudas sobre la constitucionalidad del R.D-ley 2/2013, de 1 de febrero, considera necesario el planteamiento de Cuestión Previa de Inconstitucionalidad. De igual forma en el segundo otrosí digo, considera necesario el planteamiento previo de Cuestión Prejudicial, con traslado a las partes para que aleguen sobre su pertinencia y contenido. En el último otrosí digo, considera que la cuantía del recurso es indeterminada.

Por su parte, Iberdrola SA, suplica a la Sala dicte sentencia por la que desestime el recurso interpuesto. Mediante primer otrosí digo solicita el trámite de conclusiones. Por segundo otrosí digo considera que la cuantía del recurso debe reputarse como indeterminada.

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

Por Auto de 12 de noviembre de 2013 se acuerda la practica de prueba.

SEXTO.- Señalado para votación y fallo el día 24 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, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

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. - La Asociación de Empresas de Energías Renovables (APPA) En su escrito de 11 de julio de 2014, suplica se eleve cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o dicte sentencia estimatoria de sus pretensiones.

El Abogado del Estado en su escrito de 10 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 16 de septiembre de 2014, la Sala acordó:

<<QUEDE EN SUSPENSO la tramitación del presente recurso 1/132/2013 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.>>

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. Teniéndose por caducadas a las demás partes personadas.

DÉCIMO .- Se señaló para votación y fallo de este recurso el día 17 de marzo de 2015, fecha en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales.

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La Asociación de Productores de Energías Renovables (APPA) impugna en este recurso 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, en el suplico de la demanda interesa que se declare: 1) la nulidad o anulabilidad de la Orden IET/221/2013 impugnada por los defectos de procedimiento y vicios de fondo alegados, dejándola sin efecto; 2) la inaplicación para este, y cualquier otro asunto en que surgieran, del Real Decreto 1565/2010, del Real Decreto-ley 14/2010, de la Ley 15/2012 y del Real Decreto-Ley 2/2013, en la medida en que son contrarios al Derecho Europeo, a la Constitución y a la legalidad ordinaria.

La Asociación recurrente sostiene que la Orden IET/221/2013 objeto del presente recurso constituye la concreta aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 2/2013, el Real Decreto-ley 20/2012, y las disposiciones precedentes con rango de ley, y solicita el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de los citados Real Decreto-ley.

Finalmente indica <<si la Sala albergara dudas sobre la interpretación del derecho nacional con el derecho europeo, se solicita que se eleve al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial>> en los términos que se proponen en el otrosí quinto de la demanda.

En esencia, la mayor parte de las alegaciones han sido formuladas en términos análogos y rechazadas en diversos recursos dirigidos contra la misma Orden aquí impugnada. En consecuencia y en aplicación del principio de unidad de doctrina, reiteramos ahora al rechazar dichas alegaciones las razones expresadas en sentencias previas, en particular las dictadas el 16 y 18 de marzo de 2.015 en los recursos ordinarios 1/118/2.013 y 1/123/2.013 .

SEGUNDO.- La demanda deducida por la Asociación de Productores de Energías Renovables contra la Orden IET/221/2013 se inicia con la <<exposición del marco normativo y jurisprudencial de conjunto>> tras lo cual se estructuran los argumentos impugnatorios en dos distintos bloques en los que se plantean respectivamente <<cuestiones de Derecho Nacional>> y <<cuestiones de Derecho Europeo>>.

En el primero de estos bloques se suscitan las siguientes alegaciones:

A) Inconstitucionalidad de la Orden de Peajes por ser ejecución de un Real Decreto-ley que regula materias de competencia reglamentaria y cuantificación de las tarifas reguladas para cada tecnología de régimen especial.

Argumenta la Asociación en los dos primeros apartados que la Orden Ministerial impugnada es ejecución directa y desarrolla una norma con rango legal, cual es el Real Decreto-Ley 2/2013. En la tesis de la demandante, tal modo de proceder del Gobierno, modificando, mediante un Real Decreto-Ley lo que es materia reglamentaria, presenta objeciones de legalidad. Reconoce la entidad actora que de acuerdo con una consolidada jurisprudencia constitucional no existe en nuestro sistema una reserva de reglamento, ahora bien -continúa- las materias a las que se refiere el Real Decreto-ley son de orden reglamentario como resulta del rango normativo con el que hasta la fecha se había regulado esta materia y el propio Real Decreto-Ley confirma al habilitar otra vez a la Administración la regulación de la materia. Con ello se logra, además de escapar al control de la jurisdicción contenciosa, impedir que el administrado, directo perjudicado, acceda a la justicia, con vulneración así de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE . Respecto a la cuantificación de las tarifas reguladas para cada tecnología del régimen especial, aduce que el cambio del IPC se ha realizado por el Real Decreto-ley 2/2013 y al ser esta una norma con rango de Ley, genera los siguientes problemas de constitucionalidad: a) imposibilidad de los ciudadanos de impugnar de modo directo la norma y, con ello, violación de derecho de defensa de los mismos; b) restricción de los motivos de impugnación de la norma que quedan reducidos a los dimanantes de la eventual inconstitucionalidad de la misma en función de su rango normativo; y c) necesidad de recurrir al procedimiento indirecto de plantear la eventual elevación por parte del juzgador de instancia de una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

El motivo no puede ser acogido. Como hemos declarado reiteradamente frente a alegaciones similares, y como la propia Asociación recurrente reconoce 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 fuerza de ley incorpore preceptos que hasta entonces figuraban en una disposición general de rango reglamentario. El Real Decreto-ley puede, pues, establecer medidas distintas de las que antes figuraban en un Real Decreto modificando por sí mismo el contenido de este último hasta entonces aplicable. La "decisión" del legislador de urgencia que establece ese nuevo contenido, en sustitución del precedente, no es susceptible de control jurisdiccional por esta Sala.



La entidad recurrente invoca que las modificaciones ulteriores respecto a las normas reglamentarias que son objeto de modificación por este real decreto-ley puedan, a su vez, efectuarse por normas del rango reglamentario correspondiente a la norma en que figuran. El fenómeno es similar al de aquellas leyes propiamente dichas u otras disposiciones normativas con fuerza de Ley que autorizan de modo excepcional, según su propio tenor, la modificación ulterior de su contenido por vía reglamentaria, sin que esta medida (sobre los perfiles jurídicos de los fenómenos deslegalizadores existe una cierta polémica en la que no es necesario ahora entrar) obste al carácter legal del mandato originario y a la exclusividad de su enjuiciamiento a cargo del Tribunal Constitucional. 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.

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 asociación 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 .

B) Inexistencia de urgente necesidad del artículo 86 CE y consiguiente inconstitucionalidad de la Orden en cuanto es ejecución del Real Decreto-ley 2/2013.

En el desarrollo argumental de este motivo la asociación aduce que no concurre el presupuesto de la urgente necesidad a la que se refiere el artículo 86 CE . Pues bien, la respuesta a ésta cuestión ha sido ya 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 . En la mencionada Sentencia (fundamento jurídico sexto) el Tribunal Constitucional 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.

C) Defectos formales de la tramitación de la Orden e insuficiente justificación de las medidas adoptadas y de informes, dictámenes y autorizaciones que pongan de manifiesto el <<acierto y la legalidad del proyecto>> .

En el motivo impugnatorio se afirma que ni la memoria justificativa (documento 01.3 del expediente administrativo) ni la memoria de impacto normativo (documento 03.3), explican suficientemente la oportunidad ni necesidades del texto propuesto exigidas por el art. 24.1 de la mencionada Ley del Gobierno . Por lo demás, continúa la demanda- no se hallan en el expediente administrativo más que afirmaciones genéricas y sin concreción a la problemática que se pretende regular que no pueden ser tenidas como una justificación de la norma propiamente dicha, sin que pueda sostenerse que de la documentación obrante en el expediente surja, tras el correspondiente razonamiento lógico, la constatación de que la norma recurrida es acertada a los fines perseguidos y conforme a la legalidad del ordenamiento jurídico en el que ha de insertarse.

El reproche no puede ser acogido porque la Memoria justificativa y la de impacto normativo que figuran en el expediente administrativo exponen de manera suficiente en el apartado 1 la <<oportunidad de la propuesta>>, haciendo referencia a la necesidad de la norma (1.1) así como a los objetivos perseguidos (1.2) exponiendo así las razones determinantes de la Orden. En fin, la Orden impugnada no hace, 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".

Así pues, una vez que el propio Real Decreto-ley 2/2013 impone, de modo imperativo, las medidas entre las que se incluye 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. En lo que se refiere a la medida relativa a la aplicación del "IPC subyacente" para el primer semestre del año 2013- ya había sido sugerida con anterioridad, durante el año 2012, por la institución específicamente responsable del Estado en materia de energía la Memoria del Análisis de impacto normativo de la Orden por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, se contiene una referencia específica al Real Decreto-ley de 1 de febrero, a los efectos de determinar la revisión de dichos conceptos retributivos, en los siguientes términos:

« En el artículo 8 se efectúa la revisión de los precios y tarifas regulados en virtud de lo previsto en el 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 o actualizaciones trimestrales para el primer trimestre de 2013, según corresponda, de las tarifas, primas, límites superior e inferior y determinados complementos, de las instalaciones recogidas en el mismo. En la revisión de dichos precios y tarifas, se han considerado los efectos introducidos por la aplicación del Real Decreto-ley, de 1 de febrero, por el que se adoptan medidas de ajuste en determinados costes del sistema eléctrico . » .

Asimismo, cabe poner de relieve que la aplicación de "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".

En fin, la asociación recurrente podrá, obviamente, discrepar del contenido de aquellas Memorias y calificar de insuficientes las justificaciones que ofrece, pero su contenido permite concluir que se trata de documentos en los que se exponen las razones y objetivos de las medidas que se incorporan. Ello implica rechazar, como sostiene la recurrente, que se haya omitido las prescripciones de orden formal preceptivas en la fase de elaboración de las disposiciones generales, tal como exige el artículo 24.1 a) de la Ley 50/1999 , de manera que el motivo ha de ser rechazado.

D) Defecto formal en la tramitación de la Orden, por la ausencia de Dictamen del Consejo de Estado.

La Asociación recurrente invoca que la Orden de peajes impugnada tiene una parte que innova derechos y obligaciones. En concreto, el artículo 8 de la misma no se limita a variar el valor numérico de las tarifas, primas y demás conforme a los procedimientos establecidos con anterioridad, sino que, en aplicación de lo dispuesto por el art. 1 del RD-L 2/2013 -que la Orden recurrida ejecuta- cambia la base del IPC sobre la que actualizar las tarifas (variación IPC sin tener en cuenta impuestos y productos alimentarios no elaborados y sin aplicar reducción porcentual alguna), criterio éste último que, por su novedad, no ha pasado control de legalidad alguno por parte del Consejo de Estado.

Tampoco esta objeción puede tener favorable acogida. Como hemos indicado la Orden impugnada incorpora las medidas incluidas en el Real Decreto-ley y no contiene innovaciones normativas propias que determinen de forma preceptiva la intervención y el dictamen del Consejo de Estado. La Orden Ministerial incluye las concretas previsiones del previo Real Decreto- ley 2/2013, sin que con arreglo a nuestra jurisprudencia, sea exigible el dictamen del Consejo de Estado al que se refiere el artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (por todas, STS 9 de mayo de 2013, RC 600/2011).



E) Violación de los derechos de cobro. Se aduce al respecto que la Disposición Adicional Octava de la Orden recurrida, sobre el << Desajuste temporal de liquidaciones del sistema eléctrico 2012 >> dispone:

<<Los derechos de cobro del déficit de ingresos del sistema de liquidaciones generados por los desajustes temporales en el ejercicio 2012 que se pongan de manifiesto en la liquidación 14 de dicho ejercicio, podrán ser cedidos por sus titulares al fondo de titulización al que se refiere la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, de acuerdo a la normativa de aplicación.

Estas cantidades tendrán la consideración de cuantías provisionales a cuenta de la cuantía definitiva que se determine según lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, en la redacción dada por el 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. >>

Considera la Asociación recurrente que la Disposición Adicional Octava de la Orden impugnada, que permite la titulización de los derechos de cobro de déficit de ingresos del sistema de liquidaciones generados por los desajustes temporales en el ejercicio 2012 en el importe que se ponga de manifiesto en la liquidación 14 de dicho ejercicio, implica una doble consecuencia:

a) Por un lado, vulnera el Real Decreto-Ley 29/2012 en cuanto al importe de los derechos titulizables, pues si esta norma los concretaba en los importes dimanantes de las Liquidaciones Definitivas publicadas por la CNE, la Orden recurrida los cuantificaba como los importes provisionales resultantes de la liquidación provisional 14/2012, que es un concepto nuevo y no guarda relación con lo anterior.

b) Y de otro lado, se infringe el Real Decreto-Ley 29/2012 en cuanto al plazo en que dicha titulación puede efectuarse, pues si éste lo cifraba a partir de la Liquidación Definitiva, la Orden recurrida lo hace depender de la mencionada liquidación provisional 14/2012, lo cual es una suerte de liquidación "anticipada" sin apoyo en la normativa de rango superior.

Pues bien, como ambas partes procesales reconocen, el Real Decreto ley 9/2013, de 12 de julio ha dado una nueva redacción al apartado cuarto de la Disposición Adicional Vigésimo Primera de la Ley del Sector Eléctrico al disponer que "los desajustes temporales de liquidaciones del sistema eléctrico que se produzcan (..) en 2012, en el importe de 4.109.213 miles de euros, tendrán la consideración de déficit de ingresos del sistema de liquidaciones eléctrico para 2010 y 2012, respectivamente, que generará derechos de cobro que podrán ser cedidos a los titulares del Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico, considerándose el importe para el año 2012 como definitivo a efectos de la cesión". Esta modificación implica que la alegación de la recurrente haya perdido su objeto y carezca ya de relevancia, en cuanto que el importe del desajuste temporal de 2012 cuyos derechos de cobro pueden ser cedidos al aludido fondo de titulización ha sido cuantificado en la propia norma sin referencia a la liquidación 14 ni a la liquidación definitiva.

F) Finalmente, en el último de los apartados de este bloque argumental, se aduce la vulneración del artículo 17.4 de la Ley del Sector Eléctrico .

Se argumenta que el artículo 17.4 de la LSE , en su redacción dada por el artículo 38 del RD-L 20/2012, de 13 de julio de 2012, estableció la necesidad de incluir un suplemento territorial sobre los peajes de acceso que cubra el sobrecoste generado por los tributos o recargos que sobre alguna de las actividades eléctricas puedan haberse establecido por parte de las Comunidades Autónomas:

"4. En caso de que las actividades o instalaciones destinadas al suministro eléctrico fueran gravadas, directa o indirectamente con tributos propios de las Comunidades Autónomas o recargos sobre tributos estatales, al peaje de acceso se le incluirá un suplemento territorial que cubrirá la totalidad del sobrecoste provocado por ese tributo o recargo y que deberá ser abonado por los consumidores ubicados en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma.

En el caso de que los tributos impuestos sean de carácter local y no vengán determinados por normativa estatal, al peaje de acceso se le podrá incluir un suplemento territorial que cubra la totalidad del sobrecoste provocado".

En el caso de que los tributos impuestos sean de carácter local y no vengán determinados por normativa estatal, a la tarifa de último recurso se le podrá incluir un suplemento territorial que cubra la totalidad del sobrecoste provocado. Por su parte, la disposición adicional decimoquinta el RD-L 20/2012, establece la necesidad de una normativa que desarrolle y ejecute las anteriores previsiones y por ello habilita al Ministerio de Industria, Energía y Turismo para que determine los concretos tributos y recargos a considerar:

" Disposición adicional decimoquinta. Suplementos territoriales de aplicación a peajes de acceso a tarifa de último recurso.



Se habilita al Ministro de Industria, Energía y Turismo a determinar, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, los concretos tributos y recargos que serán considerados a efectos de la aplicación del suplemento territorial a los peajes de acceso y tarifas de último recurso, de acuerdo con lo establecido en los artículos 17 y 18 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, así como los mecanismos necesarios para su gestión y liquidación".

Sin embargo -continúa la actora- <<contra todo pronóstico, (recuérdese que el primer borrador de Orden de peajes sí contemplaba los suplementos territoriales) la Orden de peajes recurrida -que tiene naturaleza de desarrollo reglamentario de la Ley del Sector Eléctrico- guarda completo silencio sobre el tema y no desarrolla la metodología, forma y plazos con que deban de imponerse esos suplementos territoriales>>. De esta manera se afirma- incumple el mandato de desarrollo recibido de la ley (de extremada urgencia, como hemos visto) dado que ésta no es ejecutable en sus propios términos en este aspecto.

Pues bien, la controversia suscitada en este proceso reproduce en buena medida la planteada en el recurso contencioso- administrativo 102/2013, en el que esta Sala dictó Sentencia con fecha 11 de junio de 2014 .

En la referida Sentencia de 11 de junio de 2014 (recurso contencioso-administrativo 102/2013) declaramos que << el artículo 9.1 de dicha Orden IET/221/2013 no es conforme al ordenamiento jurídico en la medida en que no incluye entre los costes que han de sufragar los peajes de acceso para el año 2013 los suplementos territoriales a los que se refiere el apartado cuarto del artículo 17 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, según la redacción dada por el artículo 38 del Real Decreto-ley 20/2012, debiendo el Ministro de Industria, Energía y Turismo proceder a su inclusión en los términos que establece la Disposición adicional decimoquinta del citado Real Decreto-ley 20/2012 .>>

En la fundamentación de aquella Sentencia afirmábamos que la Orden impugnada incurre en una omisión contraria al ordenamiento jurídico al no haber respetado la Administración, en lo que se refiere al año 2013, las previsiones sobre los suplementos territoriales contenidas en el apartado cuarto del artículo 17 de la Ley 54/1997, según la redacción que le dio el Real Decreto-ley 20/2012, precepto por el cual a los peajes de acceso se debe añadir un suplemento territorial que cubra la totalidad del sobre coste provocado por aquellos tributos o recargos, suplemento que deben abonar los consumidores ubicados en las respectivas Comunidades Autónomas. Por tanto, la omisión en la Orden de este coste adicional para los sujetos que realizan aquellas actividades determina que en la sentencia de 11 de junio de 2014 se declare contrario a derecho su artículo 9.1 en ese punto.

Así las cosas, podría decirse que la controversia planteada ha quedado en buena medida privada de contenido, al haber sido ya declarado contrario a derecho el concreto apartado de la Orden IET/221/2013 que es aquí objeto de impugnación (artículo 9.1) y precisamente por la razón que esgrime la demandante, esto es, por no incluir el precepto entre los costes que han de sufragar los peajes de acceso para el año 2013 los suplementos territoriales a los que se refiere el apartado cuarto del artículo 17 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, según la redacción dada por el artículo 38 del Real Decreto-ley 20/2012 .

TERCERO .- En el segundo de los apartados en los que se estructura la demanda, que se constriñe a la <<vulneración del Derecho Europeo>> se hace una síntesis del derecho aplicable, se incluye un análisis del concepto de <<rentabilidad razonable>> y del efecto transversal del Derecho Europeo.

Comienza su exposición con la referencia al Real Decreto 1565/2010, al que se imputa la quiebra del principio de confianza legítima y la vulneración del principio de no discriminación. Seguidamente se aducen una serie de alegaciones dirigidas contra el Real Decreto-ley 14/2010, al que en términos similares, imputa la vulneración del principio de no discriminación -en distintas vertientes- y a la vulneración del principio de confianza legítima. Concluye esta primera parte del segundo bloque con referencias a la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, ley respecto a la cual se denuncia la violación del artículo 3.1, 13.1 d) y 16.2 de la Directiva 2009/28/CE, de energías renovables y la existencia de <<Ayudas de Estado>> contrarias a lo dispuesto en los artículos 107 y 108.3 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Tras dicha exposición se denuncian en la demanda una serie de alegaciones dirigidas ya al Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero y a la Orden IET 221/2013, objeto de impugnación en este recurso contencioso administrativo.

La totalidad de las alegaciones expuestas en la demanda, no se refieren propiamente a la Orden IET 221/2013 y al Real Decreto-ley 2/2013 sino a disposiciones precedentes de rango legal, contra las que aquélla dirige sus reproches. En concreto, critica la Asociación recurrente las medidas establecidas en el Real Decreto-ley 1565/2010 y en el Real Decreto-ley 14/2010, y denuncia la disminución de rentabilidad se produjo por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética.

Como ya hemos expresado en las últimas las Sentencias de 16 y 18 de marzo de 2015, en relación con esta misma Orden IET/221/2013 es cierto que se ha producido una serie de numerosas disposiciones, legislativas



o reglamentarias, que en poco tiempo han afectado al sistema eléctrico español modificando sucesivamente sus condiciones regulatorias. Modificaciones y sucesión de reformas cuyo juicio político, o económico, o de oportunidad y conveniencia no corresponde a los tribunales. Al margen de que respecto de algunas de aquellas disposiciones ya nos hemos pronunciado en Sentencias anteriores, no puede olvidarse que el objeto del presente recurso está limitado al examen de la validez de la Orden IET/221/2013. Si, para decidir acerca de la validez de la referida Orden es preciso dar respuesta a las alegaciones de la recurrente sobre el Real Decreto-ley 2/2013, nuestra respuesta se ceñirá a este en los fundamentos jurídicos siguientes. No cabe, pues, extender el alcance de esta concreta controversia procesal a todo el conjunto normativo que regula la retribución del sector eléctrico.

Por consiguiente, cabe concluir sobre la inviabilidad de las alegaciones deducidas respecto al Real Decreto-ley 1565/2010, el Real Decreto-ley 14/2010 y la Ley 15/2012 y ello en la medida de que son normas con rango legal, respecto a las que este Tribunal Supremo carece de jurisdicción. El rechazo a la admisibilidad de recursos frente al contenido de los Reales Decretos-leyes es constante en esta Sala. De ello dan fe, los Autos de esta Sala de 25 de mayo de 2006 y 24 de enero de 2013, parcialmente transcritos o citados en el fundamento jurídico segundo de esta misma sentencia, los autos de 27 de abril de 2005 (recurso 8127/2003), 1 de julio de 2010 (recursos 256/2010 y 242/2010), 27 de septiembre de 2010 (recurso 347/2010), 19 de enero de 2012 (recurso 2937/2011) y 12 de abril de 2012 (recurso 4411/2011), entre otros. Siendo así que las vulneraciones esgrimidas en la demanda se imputan al efecto acumulativo de diversas y sucesivas medidas legislativas sobre la retribución de las instalaciones de régimen especial, planteamiento que no resulta viable en este recurso.

Como indicamos en la Sentencia de 27 de marzo de 2015 (Recurso número 108/ 2013) <<no siendo posible la impugnación ante esta Sala del Real Decreto-ley 2/2013, al estar excluido de la revisión jurisdiccional que corresponde al Tribunal Supremo, nuestra función quedaría reducida al planteamiento de una eventual cuestión de inconstitucionalidad o a la declaración de su inaplicabilidad si apreciásemos la disconformidad del Real Decreto-ley con el Derecho de la Unión Europea, tan sólo en la medida en que, de modo conjunto: a) los preceptos del Real Decreto-ley hayan sido incorporados a, o desarrollados en, una disposición general para cuyo enjuiciamiento seamos competentes; y b) la demanda ofrezca argumentos suficientes, tras exponer la relación precisa y directa entre la disposición general y el propio Real Decreto-ley, que justifiquen cualquiera de aquellos dos pronunciamientos, siempre que -lógicamente- sean compartidos por esta Sala>>.

Pues bien, a partir de estas premisas enjuiciaremos la pretensión actora tras analizar, en cada caso, la relación entre el Real Decreto-ley 2/2013 y la Orden IET/221/2013, única disposición general para cuyo enjuiciamiento somos competentes, a la luz de las alegaciones que sobre uno y otra se vierten en la demanda. Ciñéndonos así al objeto de impugnación del presente recurso, aun cuando la queja de la Asociación sobre los principios de seguridad jurídica y confianza legítima se formulan en el último bloque de la demanda relativo al derecho comunitario, la trataremos junto al examen de los principios en el ordenamiento interno, para mantener el esquema argumentativo que hemos desarrollado en nuestras precedentes sentencias.

Así pues, es oportuno que nos refiramos a la interpretación que la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2.009 (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 2.009, "[...] 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 2.007) una exención fiscal que según la normativa nacional anterior debía permanecer en vigor hasta el año 2.009.

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 2.012 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 2.013, 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 2.012 y principios del año 2.013, 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.

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 2.013, recurso número 1/308/2.012 , 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 2.013 (recurso 1/193/2.010) 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 2.012, recaída en el recurso 1/40/2.011 , 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 2.012 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.

CUARTO. - En lo que se refiere a las alegaciones que versan sobre la rentabilidad razonable, cabe hacer una serie de consideraciones. La Asociación recurrente aduce en su demanda que las diversas normas que han incidido en la remuneración de la producción fotovoltaica de energía eléctrica han supuesto una minoración cuantificada en un impacto del 27% sobre la facturación de 2.013. Ello implicaría, según la actora, que la mayoría de las sociedades titulares de instalaciones fotovoltaicas se encontraban en dicho ejercicio en una situación concursal. Para la recurrente dicha situación general supone por si misma una evidente vulneración del principio de rentabilidad razonable.

No es posible estimar la alegación, que se basa en consideraciones genéricas sobre el conjunto de las sociedades titulares de instalaciones fotovoltaicas, entre las que existen posiciones financieras muy distintas y respecto a las que la afirmación de que la mayoría de las sociedades "estandar" estarían en situación concursal no supone acreditar que la rentabilidad de la producción especial de este tipo infrinja el principio legal de rentabilidad razonable.

Está fuera de discusión que la serie de disposiciones que describe la recurrente han supuesto una considerable disminución en la retribución de las instalaciones fotovoltaicas y, por ende, en su rentabilidad. Pero esta no es sólo consecuencia de la previsión regulatoria, sino que también depende de circunstancias específicas de la sociedades titulares, como lo es muy destacadamente su eventual endeudamiento para acometer las inversiones correspondientes. De la prueba practicada ante la Sala se deriva que si bien los cambios precitados, inclusive el cambio del IPC previsto en la Orden impugnada y el Real Decreto-ley del que es aplicación, han supuesto una reducción en la retribución y rentabilidad de las mismas, las instalaciones siguen disfrutando de rentabilidad positiva, al margen la financiación con la que las sociedades titulares acometieron la inversión. Como es evidente, en los casos en que dicha financiación superase determinado porcentaje, la rentabilidad pasaría a ser negativa, pero ello no se puede atribuir a la sucesiva modificación de la retribución, sino al riesgo empresarial asumido por dichas sociedades al acometer la inversión con un nivel de endeudamiento elevado dando por supuesto la inmodificabilidad de las retribuciones derivadas de la regulación existente en un determinado momento. Sin embargo y como hemos indicado en reiteradas Sentencias de esta Sala sobre el sistema eléctrico, no existe un derecho en un sistema regulado al mantenimiento de una determinada retribución, sino que los sujetos que invierten han de asumir el "riesgo regulatorio" como un riesgo empresarial que puede suponer la disminución de las retribuciones contempladas en un determinado momento.

Debe pues rechazarse la alegación de infracción del principio de rentabilidad razonable basado en consideraciones genéricas de resultados financieros de las empresas que se basan en asumir que la Administración debería asegurar una rentabilidad positiva con independencia del nivel de endeudamiento de las empresas, debido a que tal endeudamiento era general en las sociedades que acometieron tal inversión y conocido por la Administración.

Y en lo que respecta a la invocación de discriminación, la parte recurrente se limita a asegurar que no existe razón para el trato recibido, al que considera discriminatorio respecto a otras tecnologías, pero no pasa de expresar opiniones exentas de argumentación jurídica, sin justificar las afirmaciones que realiza ni fundamentar la pertinencia de las comparaciones entre distintos regímenes y tecnologías. Por un lado tanto el Real Decreto-ley 2/2013 como la Orden impugnada cuentan con la justificación que se ha expuesto en los fundamentos precedentes; por otro, en la jurisprudencia de esta Sala se ha explicado reiteradamente la improcedencia de efectuar comparaciones entre los regímenes aplicables a las distintas tecnologías.

Por lo demás y en relación con el principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución) hemos dicho también que no resulta vulnerado ya que el artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2013 se aplica, con efectos desde el 1 de



enero de 2.013, 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.

QUINTO .- Abordaremos acto seguido las alegaciones de la demanda que se refieren al 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) .>>



SEXTO .- 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 aquélla 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.

SÉPTIMO. - 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 un 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.

OCTAVO .- 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.

NOVENO .-En lo que se refiere a las consideraciones sobre el artículo 3 del Real Decreto-ley 2/2013 y sobre su Disposición adicional única debemos remitirnos al criterio de nuestras precedentes sentencias. Critica la demanda la eliminación *de facto* de la opción de retribución de mercado de producción más prima obligando a los productores eólicas a ser retribuidos mediante una tarifa regulada.

El preámbulo de la Orden ministerial IET/221/2013 admite que para su elaboración "se han considerado los efectos en los costes del sistema de las medidas introducidas por el Real Decreto-ley 2/2013 [...] en lo relativo a la sustitución del Índice de Precios de Consumo por el Índice de Precios de Consumo a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos y en lo relativo a los cambios introducidos en la opción de venta de la energía generada por las instalaciones del régimen especial".

Este reconocimiento no implica, sin embargo, que la Orden IET/221/2013 contenga en sí misma medida alguna que desarrolle el Real Decreto-ley 2/2013 sobre esta específica materia. Ello bien puede deberse a que, como afirma el Abogado del Estado, los preceptos del Real Decreto-ley 2/2013 (artículo 3 y Disposición adicional única) que imponen optar entre la tarifa regulada y la venta de la energía eléctrica en el mercado, marcando las fechas y las consecuencias de la opción, son autosuficientes, esto es, no precisan de ulterior complemento reglamentario. Que la Orden IET/221/2013 haya asumido los cálculos derivados de la aplicación del Real Decreto-ley no supone que ella misma desarrolle, en el nivel reglamentario que le es propio, el Real Decreto-ley 2/2013 en su integridad.

A) No hay, repetimos, en la Orden IET/221/2013 desarrollo reglamentario del artículo 3 del Real Decreto-ley 2/2013, precepto que agota en sí mismo su eficacia al disponer que las instalaciones de régimen especial que opten por vender su energía en el mercado no podrán acogerse con posterioridad a la otra alternativa. Esta medida -carente de eficacia retroactiva, pues se aplica tan sólo a partir de su entrada en vigor, no hacia atrás en el tiempo- mantiene la posibilidad de optar entre la retribución "regulada" y la retribución de mercado y no requiere en cuanto tal un complemento que, en efecto, no contiene la Orden IET/221/2013.

B) Tampoco incorpora la citada Orden un nuevo desarrollo reglamentario de la Disposición adicional única del Real Decreto-ley 2/2013, apartado primero. Este último apartado condiciona por sí mismo el contenido de las futuras liquidaciones que la Comisión Nacional de Energía deberá girar a las instalaciones de régimen especial que hubieran vendido su energía entre el 1 de enero y el 2 de febrero de 2013 acogiéndose a la opción b) del artículo 24.1 del Real Decreto 661/2007. Lo hace disponiendo que les será "liquidada la prima [...] teniendo en cuenta la energía producida en ese periodo como si hubieran estado acogidas a la opción de venta del apartado a) del referido artículo". Para determinar si este precepto del Real Decreto-ley 2/2013 -de nuevo, directamente aplicable- incurre en irretroactividad prohibida sería preciso esperar, como mínimo, a que el contenido de la liquidación así girada fuera, para los titulares de las instalaciones, más desfavorable que el resultado de la



venta efectiva, en el mercado, de la energía producida durante aquel período. En su caso, será frente a aquellas liquidaciones cuando los afectados podrán interponer los recursos que estimen oportunos.

En último extremo no cabe olvidar que la retribución "real" finalmente devengable estará a resultas de lo que proceda por aplicación del nuevo "régimen retributivo específico" que establecen el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, y la Ley 24/2013, de diciembre, del Sector Eléctrico, régimen desarrollado por el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014. Aplicables como son estas nuevas normas a las instalaciones que a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 tuvieran reconocido un régimen económico primado, en ellas se utilizan ciertos parámetros retributivos que contemplan la vida útil de la instalación, entre los cuales se incluye alguno referido, de modo singular, a la compensación de "los costes de inversión que aún no hayan sido recuperados" hasta aquel momento.

C) Algo similar ocurre con la relación entre la Orden IET/221/2013 y la Disposición adicional única del Real Decreto-ley 2/2013, apartado segundo. En él se respeta la libertad de elección de los titulares de las instalaciones de régimen especial que ya estaban vendiendo su energía el 2 de enero de 2013 de acuerdo con la opción b) del artículo 24.1 del Real Decreto 661/2007 . Dichos titulares pueden, si así lo comunican a la Dirección General de Política Energética y Minas, permanecer en la referida opción b), con las modulaciones que el propio Real Decreto-ley establece y sin que puedan en ningún caso hacer uso ulterior de la facultad de optar entre los dos regímenes retributivos. Tampoco en este extremo, pues, la Orden IET/221/2013 desarrolla el Real Decreto-ley 2/2013.

Siendo todo ello así, no se dan las condiciones jurídicamente precisas para que esta Sala, al conocer de un recurso dirigido contra la Orden IET/221/2013, se pronuncie -por la vía del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o por la de su inaplicación ante la eventual disconformidad con el Derecho de la Unión Europea- sobre preceptos del Real Decreto-ley 2/2013 que aquella Orden ministerial no incorpora o desarrolla.

DÉCIMO.- Procede, pues, la estimación parcial del recurso, con arreglo a lo razonado. Sin que se den las condiciones jurídicamente precisas para que proceda el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial como se interesa en la demanda.

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).

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 67 a 73 de la Ley de esta Jurisdicción .

FALLAMOS

Primero. - Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo número 1/ 132/2013, interpuesto por ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES DE ENERGÍAS RENOVABLES (APPA), 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.

Segundo .- Declaramos la nulidad del artículo 9.1 de dicha Orden IET/221/2013 en la medida en que no incluye entre los costes que han de sufragar los peajes de acceso para el año 2013 los suplementos territoriales a los que se refiere el apartado cuarto del artículo 17 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , según la redacción dada por el artículo 38 del Real Decreto-ley 20/2012 , debiendo el Ministro de Industria, Energía y Turismo proceder a su inclusión en los términos que establece la Disposición adicional decimoquinta del citado Real Decreto-ley 20/2012 .

Tercero. - Desestimar el recurso en lo demás.

Cuarto .- No se imponen las costas de este proceso a ninguno de los litigantes.

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:01/04/2015

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA DE 1 DE ABRIL DE 2015 (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 132/2013).

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 a las consideraciones que expongo en los votos particulares que he formulado en esos otros casos, en los que manifiesto 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 2/2011, 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 1 de abril 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, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.