

I. DISPOSICIONES GENERALES

TRIBUNAL SUPREMO

12038 *Auto de 2 de septiembre de 2014, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que complementa la Sentencia de 23 de mayo de 2014.*

En el recurso contencioso-administrativo número 415/2012, promovido por ENDESA, S.A., la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo ha dictado Auto de fecha 2 de septiembre de 2014, que complementa la Sentencia dictada por dicha Sala de fecha 23 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

Segundo.

Pues bien, las indicadas previsiones, en particular la establecida en el apartado 5 del artículo 267 LOPJ, resultan aplicables al presente proceso en el que aún cuando se ha dado respuesta a las pretensiones deducidas en el suplico de la demanda en el que se interesó la declaración de nulidad del artículo 3 y anexo II de la Orden IET/843/2012 y otros aspectos sobre los peajes de acceso, la Disposición Adicional Octava y el derecho a la indemnización y a la devolución de ciertas cantidades, extremos sobre los que nos hemos pronunciado en la Sentencia dictada el 23 de mayo de 2014 en sentido desestimatorio, con remisión a las precedentes Sentencias de 30 de diciembre de 2013 (recursos 416 y 403 /2012), es lo cierto que en su extenso planteamiento argumental y ya en el folio 86 «Endesa» basaba parte de su alegato de invalidez del artículo 3 y el anexo II de la Orden IET/843/2012 derivada a su vez de la invalidez de los artículos 11 y 12 del Real Decreto 13/2012, de 30 de marzo, como así se recogió en el fundamento jurídico primero de la Sentencia.

No obstante, es cierto, como señala ahora Endesa, que en la fundamentación jurídica de nuestra Sentencia en la que desestimamos *in integrum* la impugnación y las pretensiones deducidas y rechazamos el planteamiento que giraba en torno a la inconstitucionalidad del Real Decreto 13/2013, no nos referimos de forma expresa a las concretas alegaciones sobre la invalidez de los artículos 11 y 12 del Real Decreto 13/2012, de 30 de marzo, incluidas en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo de la demanda que cuenta con más de ciento cincuenta folios.

Esta alegación consistía en que el artículo 11 del Real Decreto ley 13/2012 reduce en un 10 % con carácter excepcional para el año 2012, el volumen máximo previsto para dicho año en la resolución de 30 de diciembre de 2011, de la Secretaria de Estado de Energía, en relación al mecanismo de resolución de restricciones por garantía de suministro. Considera la sociedad recurrente que la inconstitucionalidad de dicha previsión resulta ante todo de la vulneración de la interdicción de la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales a la vez que adicionalmente añade que la medida es inválida al vulnerar el principio de derecho español y comunitario de confianza legítima, y aduce que se encuentran ya suscritos los correspondientes contratos de adquisición firme del carbón autóctono correspondientes a todo el ejercicio 2012.

Respecto al artículo 12 del Real Decreto-ley 13/2012 aduce «Endesa» que dicho precepto reduce en un 10 % tanto el importe del incentivo a la inversión en capacidad a largo plazo como el incentivo a la inversión medioambiental, reducción que es contraria al principio de interdicción de la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales en la medida que al aplicarse al conjunto del año 2012 reduce de hecho la retribución asociada a la prestación de servicios correspondientes.

Pues bien, las razones que expusimos en nuestra Sentencia para rechazar la invocación de inconstitucionalidad de los artículos 5, y 3 del Real Decreto-ley 13/2012 resultan trasladables a las medidas incorporadas en los artículos 11 y 12 del mismo Real Decreto-ley. En este sentido, no advertimos que la reducción del 10 % del volumen

máximo para 2012 contemplado en la resolución de la Secretaria de Estado de 30 de Diciembre de 2001, en relación al mecanismo de resolución de restricciones por garantía de suministro resulte contrario al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos, pues tal rebaja no se dispone para un determinado y singular período anterior, sino que se predica de forma «excepcional» para el ejercicio 2012 en su totalidad. Se podría considerar que se produce una aplicación retroactiva de esta medida respecto a las cantidades ya devengadas durante el primer trimestre de 2012, esto es al período anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley –como subraya la entidad recurrente–, si el Real Decreto-ley 13/2012 se hubiera limitado a reducir las retribuciones al periodo que corresponde al 1 de enero al 31 de marzo, pero la medida incluida en el artículo 11 del mencionado Real Decreto-ley tiene un distinto alcance y contenido pues se refiere a todo el ejercicio 2012 modificando a estos efectos y para todo el período completo el régimen de retribución anteriormente vigente.

Desde la perspectiva del artículo 9.3 CE, que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las leyes que colisionan con derechos subjetivos de cualquier tipo es legítimo que el cálculo de las magnitudes de referencia se pueda reducir de forma «excepcional» para todo el ejercicio 2012 en el porcentaje indicado, pues aun cuando incide en los derechos de los productores de carbón autóctono, como en los derechos de los titulares de las centrales que compran aquél al precio fijado y perciben por la energía producida también al precio determinado administrativamente, no se advierte que las cantidades resultantes tras la medida reductora no sean suficientes para la adecuada retribución asociada a los conceptos reseñados considerados en la totalidad del período del 2012 que se contempla en la medida, pues nada se razona al respecto, salvo la mera alusión teórica de la afectación de la medida al período anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley.

El artículo 11 del Real Decreto-ley que analizamos, además, se encuentra precedido por la disposición adicional decimoquinta del Real Decreto-ley 20/2011 –que entró en vigor el 1 de enero de 2012– que precisamente modifica el período con que han de dictarse las resoluciones previstas en el anexo II.1 del Real Decreto 134/2010, de revisión de las magnitudes de referencia que pasan de tener un carácter anual a hacerse de forma trimestral, y en particular la resolución de la Secretaria de Estado de Energía de 30 de diciembre de 2011 en la que se fijaban las cantidades de carbón, el volumen máximo de producción y los precios de retribución de la energía para el año 2012 a aplicar en el proceso de resolución de restricciones por garantía de suministro. Posteriormente, se han dictado las resoluciones de 30 de marzo y 4 de octubre de 2012 de la Secretaria de Estado de Energía que fijaron las cantidades de carbón, volumen máximo de producción y los precios de retribución de energía para el segundo y tercer trimestre de 2012 sin que se adviertan divergencias en la primera de estas resoluciones correspondiente al segundo trimestre como pone de manifiesto el Abogado del Estado y sólo en la de octubre, referida al tercer trimestre, se aprecia una variación de las referencias, sin que nada se indique al respecto por Endesa en el escrito de conclusiones.

Tampoco apreciamos, por las razones expuestas, la quiebra del principio de confianza legítima en cuanto se justifican de forma suficiente las medidas en la Exposición de Motivos del Decreto-ley sin que pueda apelarse al carácter imprevisible siendo así que la reducción de la magnitud no afecta a ningún derecho «consolidado», siendo la revisión inmediata a la operada por la Orden ITC 3127/2011.

Finalmente, hemos de rechazar la vulneración constitucional en lo que se refiere al artículo 12 del mencionado Real Decreto-ley 13/2012. Este precepto se censura desde la misma perspectiva constitucional –la interdicción de la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos y el principio de confianza legítima– en cuanto introduce una reducción del 10 % tanto del importe del incentivo a la inversión por capacidad a largo plazo como el incentivo a la inversión medioambiental.

No cabe acoger tales alegaciones por razones similares a las expuestas en otras ocasiones, en las que enfatizamos el carácter modificable de las retribuciones primadas en régimen especial, doctrina que es también trasladable en su esencia y a los efectos que

aquí se debaten a los incentivos a los que se refiere el artículo 12 del Real Decreto-ley que se cuestiona. Debe añadirse a lo anterior que la definición del incentivo en términos anuales impide invocar ahora la existencia de un derecho consolidado que resulte afectado por la medida analizada que se adopta antes del transcurso del ejercicio anual, sin perjuicio de su específica incidencia en cuanto al devengo del primer trimestre. Y respecto a este período cabe reiterar que dado que el incentivo se define en términos anuales no se acredita que la suma resultante tras la minoración operada para todo el año 2012 no resulte una contraprestación suficiente a los efectos que se invocan en la demanda.

Finalmente, tampoco cabe apreciar la quiebra del principio de igualdad derivada de la reducción de la retribución de los pagos por capacidad, toda vez que los términos de comparación esgrimidos (los productores de electricidad frente a los consumidores acogidos al sistema de interrumpibilidad) no resultan idóneos a los efectos de articular el correspondiente juicio de igualdad, con arreglo a la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Tercero.

Las razones expuestas justifican que se estime procedente el complemento de sentencia solicitado, sin que se haga pronunciamiento alguno sobre las costas del presente incidente.

La Sala acuerda: Proceder al complemento de la sentencia de fecha 23 de mayo de 2014 recaída en el presente procedimiento, según lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho, sin que se haga pronunciamiento alguno sobre las costas del presente incidente.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.—D. Pedro José Yagüe Gil; D. Manuel Campos Sánchez-Bordona; D. Eduardo Espín Templado; D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat; D.^a María Isabel Perelló Doménech