

**Sección del Tribunal Constitucional****TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**255** *Sala Segunda. Sentencia 196/2016, de 28 de noviembre de 2016. Recurso de amparo 354-2014. Promovido por Endesa, S.A., en relación con la liquidación provisional de las actividades reguladas del sector eléctrico correspondiente al ejercicio de 2012, practicada por la Comisión Nacional de Energía y las Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que desestimaron la impugnación contra la misma. Supuesta vulneración del derecho a la igualdad: préstamo forzoso exigido a las empresas dedicadas principalmente a la producción de energía eléctrica en régimen ordinario y destinado a cubrir desajustes temporales en las liquidaciones de las actividades reguladas (STC 167/2016).*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta; don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez y don Antonio Narvárez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 354-2014, promovido por Endesa, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado y asistida por los Abogados don Félix Plasencia Sánchez, don José Antonio Rodríguez Álvarez y don Jaime Almenar Belenguer, contra: i) la resolución de la Comisión Nacional de Energía, de 12 de abril de 2012, por la que se practicó la liquidación provisional núm. 2-2012 de las actividades reguladas del sector eléctrico; ii) la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 30 de enero de 2013, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo núm. 9-2012 interpuesto contra la citada resolución; y iii) la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Pleno), de 18 de noviembre de 2013, que desestimó el recurso de casación núm. 848-2013 presentado contra la Sentencia de instancia. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado, el Ministerio Fiscal y la entidad Endesa, S.A. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del Tribunal.

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 20 de enero de 2014, el Procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de Endesa, S.A., interpuso un recurso de amparo contra las resoluciones referidas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son los siguientes:

a) Endesa, S.A., interpuso un recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Energía que aprobó la liquidación provisional núm. 2 de las actividades reguladas del sector eléctrico del ejercicio 2012 (en lo sucesivo, liquidación 2-2012), por la que se establecía una obligación de abono de 93.031.339 euros a cargo de Endesa, S.A., en concepto de financiación del déficit de tarifa, conforme a lo

previsto en la disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico (LSE, en lo que sigue). La demandante sostenía que, al imponer la carga de financiación del déficit de tarifa exclusivamente a las cinco empresas del sector que señala la norma (entre ellas Endesa, S.A.), se lesiona el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido por el art. 14 CE.

b) Tramitado dicho recurso ante la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con el núm. 9-2012, fue desestimado por la Sentencia de 30 de enero de 2013, declarando la resolución impugnada ajustada a Derecho, al compartir las razones esgrimidas por la Administración, según la cual la selección de las cinco empresas financiadoras se justificaba en el hecho de haber sido perceptoras en el pasado de los costes de transición a la competencia.

c) Contra la referida Sentencia la sociedad mercantil demandante interpuso un recurso de casación (núm. 848-2013), aduciendo la vulneración del art. 14 CE y de los principios de imprescriptibilidad, irrenunciabilidad, indisponibilidad y permanencia de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la igualdad.

d) Por Sentencia de 18 de noviembre de 2013 el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. Acogiendo la argumentación de la Sentencia de instancia, compartida por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, la Sala razonó que la obligación impuesta a la recurrente, junto a otras cuatro empresas eléctricas, se fundamentaba en que se trata de operadores dominantes del sector, que fue precisamente el motivo de que se les reconociera en su momento el derecho a percibir la compensación por los costes de transición a la competencia. En contra de lo alegado por la empresa, según la cual la justificación aportada por la Administración y el Ministerio público para la selección de un número determinado de entidades obligadas era fruto de una elaboración ex post facto, el Tribunal Supremo consideró justificada la decisión del legislador, debido a la posición singular de Endesa, S.A., en el sector eléctrico español y, en particular, en la coincidencia en los porcentajes con los que se benefició de las compensaciones por los costes de transición a la competencia, una vez tenidas en cuenta las operaciones que le llevaron a hacerse con otras empresas que también accedieron en su día a las mismas. A lo anterior la Sala añade que las empresas obligadas no son ajenas a la creación del déficit, que es consecuencia de un sistema del que se han beneficiado; que son grupos de empresas integrados verticalmente, con presencia en todos los subsectores de actividad; y que su singular posición va acompañada de una especial solvencia y capacidad para asumir la obligación impuesta.

3. La demanda de amparo se fundamenta en un único motivo: la vulneración del derecho de la sociedad demandante a la igualdad de trato sin discriminación (art. 14 CE), achacable a la liquidación 2-2012; ahora bien, como este acto administrativo se dictó en aplicación de la disposición adicional vigésima primera LSE, en la redacción vigente en aquel momento, entiende que la infracción deriva directamente de la inconstitucionalidad de dicha norma legal.

La especial trascendencia constitucional del recurso se justifica por la demandante con apoyo en cuatro razones: i) la vulneración del derecho fundamental que se denuncia proviene de la ley, en particular, de la disposición adicional vigésima primera LSE; ii) el asunto suscitado trasciende del caso concreto y plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica; iii) el recurso plantea nuevos problemas o facetas de un derecho fundamental susceptible de amparo; y iv) la contradicción de la doctrina que ahora se recurre con la expuesta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012, sobre el «bono social».

La demandante de amparo argumenta que la infracción del art. 14 CE se produce porque se impone una obligación extremadamente onerosa a un grupo de empresas de forma singularizada y nominativa, sin que tal selección de destinatarios concretos y no de otros en situación análoga presente una justificación objetiva y razonable. En este sentido, invoca como términos de comparación válidos que demostrarían la discriminación: i) por un lado, el resto de empresas del sector eléctrico, en particular las empresas titulares de activos de régimen especial, porque, a su juicio, si la financiación del déficit no se asume

por los presupuestos ni por los ciudadanos, debe recaer sobre el conjunto del sector, y no únicamente sobre las cinco entidades seleccionadas, resultando, además, que las productoras de régimen especial son especialmente responsables, por las primas que reciben, del déficit tarifario; y ii) en segundo lugar, otros sectores empresariales ajenos al eléctrico, ya que el déficit se ha producido por una decisión de política económica y su financiación puede hacerse descansar también sobre otros sectores que emplean la electricidad en sus procesos productivos y que se benefician de la contención de la tarifa eléctrica, que está en el origen del déficit.

A juicio de la demandante, no hay una justificación que explique la imposición a determinadas empresas de la obligación de financiar el déficit de la tarifa eléctrica. No hay en la ley, ni en sus antecedentes, y la que se ha aducido por la Administración, aunque acogida por los tribunales que han confirmado la resolución administrativa, no es objetiva ni razonable. En particular, la circunstancia de haber percibido los costes de transición a la competencia no puede fundamentar la obligación analizada, puesto que estos eran una compensación legalmente reconocida por la liberalización del mercado eléctrico y, por tanto, sin relación con déficit de tarifa. En todo caso, esa hipotética relación desapareció en 2005, cuando se empezó a designar nominativamente a las empresas obligadas, y, sin ningún género de dudas, a partir de 2006, puesto que el Real Decreto-ley 7/2006 suprimió el régimen de los costes de transición a la competencia. Tampoco puede admitirse que las obligadas se hayan seleccionado por ser causantes del déficit, pues este es consecuencia de la decisión legislativa de no trasladar a los consumidores el coste real de la energía.

La recurrente también estima infundadas el resto de razones aducidas. Así, en cuanto a la condición de operador dominante, afirma que se trata de un concepto legal, que lleva aparejadas determinadas restricciones, pero que no guarda relación alguna con el déficit ni con su financiación, siendo además una condición mutable. En cuanto al hecho de tratarse de un grupo integrado verticalmente, no se comprende por qué razón le cualifica para financiar el déficit frente a otros operadores no integrados. Por último, tampoco el criterio de solvencia es una razón válida, pues en 2011 había 36 empresas productoras de electricidad y solo se elige a cinco, a pesar de que entre el resto hay entidades españolas e internacionales de reconocida solvencia; y en otros subsectores, como el transporte, operan entidades como Red Eléctrica Española, S.A., que cotiza en el IBEX 35, y que también podría haber quedado sujeta a la carga de financiar el déficit.

Además, los porcentajes en que resultan obligadas no se corresponden ni con el peso en el sector, ni con su solvencia económica general, prueba de lo cual es que son prácticamente los mismos desde 2005. En particular, el porcentaje exigido a Endesa, S.A. es absolutamente desproporcionado en relación con su peso en el mercado, sin que tampoco se pueda justificar por participación en los costes de transición a la competencia puesto que el último porcentaje de reparto de estos atribuía a la entidad una cuota del 47,12 por 100, mientras que su porcentaje de financiación del déficit asciende al 44,16 por 100. En definitiva, según la empresa, todas las razones aducidas son un «puro ejercicio de voluntarismo».

La recurrente en amparo añade a lo anterior que su derecho a la igualdad también debe interpretarse a la luz del ordenamiento comunitario, con arreglo al cual la imposición de la carga de financiar el déficit es una obligación de servicio público de la Directiva 2009/72 (art. 3.2), lo que impide otorgar un trato diferenciado en situaciones comparables. Al hilo de este enfoque comunitario, abunda en el argumento de que la percepción de los costes de transición a la competencia en el pasado no puede fundamentar la imposición de esta obligación para el futuro. Agrega que la carga se impone a empresas como Gas Natural SDG, S.A., que no percibió costes de transición a la competencia, y, por contra, no se exige a Elcogás, S.A., que sí los cobró. Por último, alega que lo razonable en todo caso habría sido que el importe de la carga hubiera estado limitado a la cuantía de los costes de transición a la competencia recibidos.

En conclusión, ni aisladamente ni en su conjunto, las razones expuestas sirven para justificar la desigualdad de trato, por todo lo cual solicita que se anule la liquidación 2-2012 impugnada y se reconozca vulnerado el art. 14 CE, previa elevación de la cuestión al

Pleno, con base en lo dispuesto en el art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y planteando, en caso de que el Tribunal considerara dudosa la interpretación del principio comunitario de igualdad de trato, una cuestión prejudicial de conformidad con el art. 267 Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

4. Mediante providencia de 6 de noviembre de 2014 la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite del recurso de amparo por lo que, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, ordenó requerir atentamente al Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para que en el plazo de diez días remitieran, respectivamente, certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 848-2013 y al recurso contencioso-administrativo núm. 9-2012, tramitado por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, interesándose al propio tiempo el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en ese procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo deseaban, en el presente recurso de amparo.

5. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sección Tercera de la Sala Segunda de 26 de diciembre de 2014 se tuvo por personado y parte al Abogado del Estado y a los Procuradores doña Pilar Iribarren Cavalle en nombre y representación de Gas Natural SDG, S.A., y don Carlos Mairata Laviña en nombre y representación de Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. Asimismo, se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por los correspondientes órganos judiciales y se procedió, conforme a lo establecido en el art. 52.1 LOTC, a dar vista de las actuaciones por plazo común de veinte días a las partes y al Ministerio Fiscal, para que presentaran las alegaciones que estimasen pertinentes.

6. La representación procesal de Endesa, S.A., presentó su escrito de alegaciones en este Tribunal el 29 de enero de 2015, ratificándose en las alegaciones formuladas en su escrito de demanda.

7. El Abogado del Estado dio cumplimiento al trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en este Tribunal también el 29 de enero de 2015, por el que solicita que se desestime el recurso de amparo, por las razones que a continuación se sintetizan.

El representante de la Administración del Estado comienza señalando que, aunque la demandante critica la Sentencia impugnada por irracional y arbitraria, no invoca el art. 24.1 CE, lo que pone en evidencia que, a pesar de su argumentación, simplemente la considera no correcta, pero no carente de racionalidad. Y, tras recordar que las personas jurídicas son también titulares de derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la igualdad del art. 14 CE, matiza que, no obstante, existe una diferencia de intensidad en relación con las personas físicas.

A continuación, entra a valorar los términos de comparación ofrecidos por la recurrente, como elemento esencial para apreciar la vulneración del principio de igualdad, no sin antes recordar que la Administración ha negado la existencia de tales términos, tanto en el proceso ante la Audiencia Nacional como en la casación ante el Tribunal Supremo. En este sentido, considera que la apelación al resto de empresas de otros sectores económicos es una alegación genérica, que la doctrina constitucional niega como válida; en cuanto a las empresas eléctricas de régimen especial, alega que con su invocación la demandante está realmente criticando la opción legislativa sobre la financiación del déficit, pero sin recoger un término de comparación, a lo que añade que, desde 2010, la carga de reestructuración del sector eléctrico ha recaído de manera intensa en las empresas sujetas al régimen especial; de igual modo, entiende que la referencia al resto de empresas del sector eléctrico es genérica, sin concretar una situación singular equiparable a la de la demandante (empresa dominante, que cobró costes de transición a la competencia y es actor principal del sector eléctrico nacional).

Sostiene el Abogado del Estado que, a falta de un término válido de comparación, el juicio de igualdad se ha de llevar a cabo desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad. Y en este punto recuerda que nos encontramos ante una norma con rango legal, que goza de presunción de constitucionalidad, de acuerdo con la doctrina constitucional que cita. En este sentido, la medida enjuiciada debe enmarcarse en un entorno de grave crisis económica que obligó a dictar numerosos reales decretos-leyes para hacer frente al creciente déficit tarifario.

Para argumentar la justificación objetiva y razonable de la medida controvertida, se remite a la posición mantenida por la Abogacía del Estado ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, que ha sido acogida por ambos tribunales, por lo que no cabe sino insistir en el razonamiento de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de noviembre de 2013, aquí impugnada, y en los rasgos de Endesa, S.A., y de las otras cuatro obligadas que la Sentencia identifica como distintivos, sin olvidar, como hace el Tribunal Supremo, que «aunque el legislador hubiera podido optar por otra forma de afrontarlo [el déficit de tarifa]», la decisión política plasmada en la disposición adicional vigésima primera LSE descansa en unos hechos indubitados.

Por lo que se refiere a la invocación del derecho comunitario y a la calificación de la obligación impuesta como una obligación de servicio público a los efectos del art. 3.2 de la Directiva 2009/72, recuerda que el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que las cuestiones de aplicación del Derecho comunitario corresponden a los tribunales ordinarios, valorando esta aplicación solo desde la perspectiva del art. 24.1 CE, como se refleja en la STC 145/2012. Por tanto, el Tribunal solo podría cuestionar la Sentencia impugnada desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea si su razonamiento hubiera incurrido en arbitrariedad o irracionalidad, lo que no es el caso.

8. El Ministerio Fiscal presentó el 6 de febrero de 2015 su escrito de alegaciones en el que, tras exponer los antecedentes del asunto, analiza el contenido de la vulneración constitucional denunciada por la sociedad demandante de amparo, que debe enmarcarse en el art. 43 LOTC, puesto que se causó originariamente por un acto de la Administración, que las Sentencias impugnadas no han hecho sino confirmar.

Tras reproducir el tenor literal de la disposición adicional vigésima primera LSE y traer a colación la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad, se centra en los dos términos de comparación invocados por la recurrente en amparo, a saber: i) las demás empresas que operan en el sector eléctrico; y ii) las empresas que actúan en otros sectores económicos distintos del eléctrico. Comienza rechazando de plano el segundo de los términos propuestos, pues no es posible aceptar que empresas cuya actividad es ajena a este sector puedan considerarse iguales u homogéneas a la recurrente. En cuanto a las restantes empresas eléctricas, la demanda no acredita la identidad de situación con Endesa, S.A., siendo así que, por ejemplo y por lo que concierne a las productoras eléctricas de régimen especial, estas ya han sido objeto de otras medidas legales encaminadas a superar el déficit estructural del sistema.

A continuación, la Fiscal pone de manifiesto, con cita de la STC 49/2008, que no es exigible al legislador que incorpore a la norma la explicación de los motivos tenidos en cuenta para su aprobación, siempre que estos se puedan identificar. Y examina, a renglón seguido, la justificación de la medida, encuadrándola previamente en el contexto de la regulación del mercado eléctrico y, en concreto, del reconocimiento de los costes de transición a la competencia. Así, enfatiza la conexión directa que existió en un primer momento entre la percepción de estos derechos y la obligación de cubrir el déficit, vínculo que quedó implícito en la regulación posterior, materializada en la redacción dada a la disposición adicional vigésima primera LSE por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, aplicable al caso enjuiciado. Añade que las diferencias entre el listado original de obligados y porcentajes y los recogidos en la disposición adicional vigésima primera LSE se explican por las operaciones societarias llevadas a cabo entre las empresas del sector.

Partiendo de lo anterior, la Fiscal aborda las razones aducidas por la Administración para justificar la imposición de la carga controvertida, y que el Tribunal Supremo hace suyas. Descarta, en primer lugar, que sean factores elaborados ex novo, sino que derivan



de datos reales y objetivos, que resultan de la propia sucesión de las normas reguladoras del sector eléctrico, particularmente de las referidas a la percepción de los costes de transición a la competencia. La condición de beneficiaria de estas compensaciones sirve como justificación objetiva aun habiéndose suprimido este régimen, debido a las retribuciones adicionales obtenidas por la recurrente y el resto de empresas obligadas. Y, al igual que en el régimen de los costes de transición a la competencia, la obligación de financiación se impone a las sociedades matrices de cada grupo empresarial, lo que ratifica la conexión entre ambas normativas. Además, este factor de singularización y el resto de los indicados deben valorarse en su conjunto, y no de forma aislada, como pretende la recurrente.

Por lo que concierne a la proporcionalidad de la medida, el Ministerio público destaca que no se trata de una obligación de pago definitiva, sino de un empréstito forzoso, con derecho a reembolso y al abono de un interés de mercado, pudiéndose además movilizar el préstamo mediante su titulización. No niega la Fiscal que el legislador pudiera haber optado por un sistema de financiación distinto e igualmente razonable, pero la decisión adoptada se enmarca en el margen de configuración que le corresponde. Y, en cuanto a la proporcionalidad de los porcentajes, la demandante no identifica el término de comparación con el que el porcentaje exigido daría lugar a una discriminación, debiendo reiterarse que las posibles diferencias entre los aplicados a los costes de transición a la competencia y los previstos en la disposición adicional vigésima primera LSE se deben a los procesos de reestructuración empresarial llevados a cabo. Es llamativa –puntualiza–, la referencia que hace la demandante a que el último porcentaje que le fue asignado en los costes de transición a la competencia fue el 47,12 por 100 mientras que la parte de déficit que se le imputa es de 44,16 por 100 (de lo que cabría colegir que en términos relativos ha sido mayor el beneficio derivado de las compensaciones que la carga de financiación reclamada). Y concluye, con base en lo expuesto, que existe una justificación objetiva, razonable y proporcionada del trato desigual.

Termina su escrito el Ministerio Fiscal refiriéndose a la invocación del Derecho de la Unión Europea que hace la demanda, recordando que no puede considerarse un canon autónomo de constitucionalidad, para negar, a continuación, que nos hallemos ante una obligación de servicio público en el sentido de la Directiva 2009/72 sino ante una prestación patrimonial pública no tributaria de las previstas en el art. 31.3 CE, por lo que no cabe invocar la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 referida al «bono social».

Por todo lo expuesto, concluye interesando que, sin acceder a la solicitud de la demandante de que se eleve la decisión al Pleno, con base en el art. 55.2 LOTC, ni de que se plantee una cuestión prejudicial ante el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, se dicte Sentencia por la que se desestime el recurso de amparo interpuesto por la citada entidad.

9. Mediante providencia de 29 de febrero de 2016 la Sala Segunda de este Tribunal acordó conceder a las partes personadas y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días, con arreglo a lo dispuesto en el art. 84 LOTC, para alegar lo que estimaran pertinente sobre la eventual pérdida de objeto del recurso de amparo.

Evacuando el trámite conferido, mediante escrito de 28 de marzo de 2016, el Abogado del Estado manifestó que coincidía con la pérdida de objeto del recurso, al haberse satisfecho la cantidad exigida a la recurrente, tal y como se acreditaba con la documentación que aportaba de la que se desprendía que la entidad recuperó las cantidades aportadas en el propio ejercicio 2012, por lo que no se devengaron intereses.

Por su parte, Endesa, S.A., se manifestó en contra de la pérdida de objeto, por medio de un escrito registrado el 29 de marzo de 2016, en el que argumentaba que, si bien había recuperado las cantidades anticipadas, no se había producido la reparación de los derechos vulnerados ni la satisfacción de los perjuicios soportados como consecuencia del préstamo forzoso exigido.

10. Por el Auto 97/2016, de 4 de mayo, la Sala Segunda acordó estimar justificada la causa de abstención formulada por el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, apartándole definitivamente del conocimiento del presente recurso y de todas sus incidencias.

11. Mediante el Auto de la Sala Segunda 100/2016, de 9 de mayo, se declaró que la efectiva recuperación de las cantidades anticipadas al sistema eléctrico no permitía concluir que el recurso de amparo hubiera perdido su objeto, puesto que lo solicitado por la recurrente era que se declarase inconstitucional la obligación que se le impuso, no el reconocimiento de su derecho a recuperar el préstamo forzoso realizado, que es inherente a tal figura y que, por otra parte, no resultaba controvertido; a lo que se añadía que la entidad recurrente había alegado que, como consecuencia del préstamo forzoso que le fue exigido, había experimentado una serie de perjuicios, cuya indemnización pretendía reclamar. Por todo lo cual, se acordó que el recurso no había perdido su objeto.

12. Por providencia de 22 de noviembre de 2016, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Energía que aprobó la liquidación 2-2012, de las actividades reguladas del sector eléctrico del ejercicio 2012, así como las resoluciones judiciales que la han confirmado, han vulnerado el derecho de Endesa, S.A., a la igualdad (art. 14 CE), en la medida en que la sociedad ha sido designada de forma nominativa para cubrir en un determinado porcentaje el denominado «déficit de tarifa», sin que resulte justificado que se le imponga esta carga a ella y no a otras empresas que se encuentran, a su juicio, en una situación comparable.

Tanto la Abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal interesan la desestimación del amparo, puesto que la norma con base en la cual se dicta la resolución administrativa se fundamenta en la situación singular de la demandante: empresa dominante, que cobró costes de transición a la competencia y es actor principal del sector eléctrico nacional, lo que constituye una justificación objetiva y razonable a efectos del art. 14 CE.

2. Aunque ninguna de las partes comparecidas ha puesto en duda la especial trascendencia constitucional de este recurso, que es requisito para su admisión de conformidad con el art. 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT) y, por consiguiente, de orden público procesal (entre otras, STC 113/2012, de 24 de mayo, FJ 2, y las allí citadas), exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, caso *Arribas Antón c. España*, § 46) obligan a explicitar el cumplimiento del mismo para hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal.

La demandante de amparo alega varias razones por las que el recurso revestiría la especial trascendencia constitucional exigible, entre ellas, que la vulneración denunciada proviene de la ley, que es uno de los supuestos específicamente contemplados en el fundamento jurídico 2 c), de nuestra STC 155/2009, de 25 de junio (que «la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general»).

En efecto, es una cuestión no controvertida que la liquidación impugnada se ha dictado en estricto cumplimiento de lo previsto en la disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico (LSE), por lo que la vulneración del art. 14 CE en que hubiera podido incurrir el acto administrativo derivaría directa y necesariamente de la citada norma legal, que es, cabalmente, el supuesto a que se refiere la STC 155/2009, FJ 2 c). Por consiguiente, el recurso reviste, efectivamente, la especial trascendencia constitucional.

3. Entrando en el fondo del recurso, debemos comenzar recordando que la disposición adicional vigésima primera LSE, bajo el encabezamiento «Suficiencia de los peajes de acceso y desajustes de ingresos de las actividades reguladas del sector eléctrico», establece un método para financiar los posibles desajustes en las liquidaciones de las actividades reguladas, lo que comúnmente se viene conociendo como «déficit de tarifa», entendido en sentido amplio como la diferencia entre los costes del sistema eléctrico y los ingresos obtenidos a partir de los precios regulados por el Estado. Pues bien, en la redacción aplicable *ratione temporis* (dada por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril), la citada norma dispone en su apartado 2 (referido a la cobertura de los desajustes hasta 1 de enero de 2013, que es lo relevante, puesto que se analiza una liquidación correspondiente a 2012), en lo que ahora estrictamente interesa, lo siguiente:

«Cuando por la aparición de desajustes temporales, el fondo acumulado en la cuenta específica a que se refiere el Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, abierta en régimen de depósito arrojara un saldo negativo, éste será liquidado por la Comisión Nacional de Energía en las liquidaciones mensuales aplicando los siguientes porcentajes de reparto:

Iberdrola, S. A.: 35,01 por ciento.  
Hidroeléctrica del Cantábrico, S. A.: 6,08 por ciento.  
Endesa, S. A.: 44,16 por ciento.  
EON España, S.L.: 1,00 por ciento.  
GAS Natural S.D.G, S.A.: 13,75 por ciento.

Estos porcentajes de reparto podrán ser modificados por real decreto, cuando se produzcan desinversiones significativas que afecten a las empresas en la actividad de distribución, cuando se produzcan cambios estructurales sustanciales en la actividad de generación que así lo justifiquen o como consecuencia de inversiones o desinversiones significativas en activos de generación.

Las empresas tendrán derecho a recuperar las aportaciones por este concepto en las 14 liquidaciones correspondientes al periodo en que se modifiquen las tarifas de acceso para el reconocimiento de dicho desajuste temporal. Las cantidades aportadas por este concepto serán devueltas reconociéndose un tipo de interés en condiciones equivalentes a las del mercado que se fijará en la orden por la que se aprueban los peajes.»

Todas las partes coinciden en calificar la obligación impuesta a las cinco entidades relacionadas como una «prestación patrimonial de carácter público» que hemos caracterizado como aquellas impuestas coactivamente, esto es, derivadas de una obligación de pago establecida unilateralmente por el poder público «sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla», siempre que, al mismo tiempo, «la prestación, con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe, tenga una inequívoca finalidad de interés público» (SSTC 185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 33; 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3, y 167/2016, de 6 de octubre, FJ 4).

En particular, la prestación impuesta consiste en un préstamo forzoso, en virtud del cual las mencionadas compañías deben efectuar un desembolso, que se cuantifica aplicando los porcentajes de reparto establecidos al saldo negativo de la cuenta de liquidación de los costes e ingresos regulados del sistema, teniendo «derecho a recuperar las aportaciones por este concepto ... [que] serán devueltas reconociéndose un tipo de interés en condiciones equivalentes a las del mercado que se fijará en la orden por la que se aprueban los peajes», tal y como disponen el apartado 2, último párrafo, y el apartado 5 de la disposición adicional vigésima primera LSE. El apartado 5, párrafo primero, de la citada norma añade que «[l]os déficit del sistema de liquidaciones eléctrico generarán derechos de cobro consistentes en el derecho a percibir un importe de la facturación mensual por peajes de acceso de los años sucesivos hasta su satisfacción» y que tales derechos de cobro «se podrán ceder a un fondo de titulización que se constituirá a estos



efectos y se denominará Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico». De hecho, en el incidente abierto sobre la posible pérdida sobrevenida del objeto de este proceso el Abogado del Estado acreditó que los derechos de cobro de la liquidación 2-2012 habían sido cedidos al citado fondo, por lo que la entidad recurrente ya había recuperado su importe.

Pues bien, en nuestra reciente STC 167/2016, de 6 de octubre, mediante la que se ha resuelto la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6599-2013, referida a la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, hemos analizado la obligación impuesta a 11 compañías generadoras de electricidad de asumir, en un determinado porcentaje, el coste de los planes de ahorro y eficiencia energética de los años 2011, 2012 y 2013. Dicha norma es similar a la que aquí resulta controvertida, tanto por su naturaleza (una prestación patrimonial de carácter público no tributaria), como por sus destinatarios (un número determinado de empresas del sector eléctrico), su carácter temporal y el contexto normativo en que se enmarca (la adopción de medidas para afrontar el déficit de la tarifa eléctrica), diferenciándose tan solo por el contenido de tal prestación, pues la prevista en el Real Decreto-ley 14/2010 es una contribución definitiva, mientras que la disposición adicional vigésima primera LSE regula un préstamo al sistema eléctrico y, por consiguiente, con derecho de reembolso.

Al igual que la obligación examinada en la STC 167/2016, la carga de anticipar unas cantidades para equilibrar el desajuste entre los costes e ingresos regulados debe situarse en el marco de la relación económica que los sujetos obligados mantienen con el Estado dentro de un sector necesaria e intensamente regulado como el eléctrico, status del que pueden surgir tanto derechos como cargas que asumir. A este equilibrio entre derechos y cargas también nos hemos referido al analizar otras actividades reguladas, como en la STC 83/2014, de 29 de mayo, en la que declaramos ajustada a la Constitución la deducción sobre la facturación mensual de las oficinas de farmacia introducida por el Real Decreto-ley 5/2000, de 23 de junio.

Junto a la similitud entre la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2010 y la disposición adicional vigésima primera LSE, interesa destacar que en la STC 167/2016 nuestro análisis se ha enfocado también desde el canon del art. 14 CE, por lo que, sin perder de vista la distinta naturaleza y efectos de cada proceso constitucional, las circunstancias aquí concurrentes hacen extensible, *mutatis mutandis*, el razonamiento contenido en dicha Sentencia al juicio de igualdad que debemos abordar en el presente proceso de amparo.

4. A partir de lo anterior, procede recordar que el principio de igualdad «en la ley» impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, luego para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (entre muchas otras, SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 255/2004, de 23 de diciembre, FJ 4; 10/2005, de 20 de enero, FJ 5; 295/2006, de 11 de octubre, FJ 5; 83/2014, de 29 de mayo, FJ 7, y 167/2016, FJ 5).

Conforme a nuestra doctrina sobre el art. 14 CE recién sintetizada, y comoquiera que lo propio del juicio de igualdad es su carácter relacional (por todas, STC 71/2016, de 14 de abril, FJ 3), para comprobar si la disposición adicional vigésima primera LSE observa dicho precepto, es preciso, en primer lugar, concretar si las situaciones que se pretenden comparar son iguales (juicio de comparabilidad); en segundo término, y una vez razonado que las situaciones son comparables, si concurre una finalidad objetiva y razonable que legitime el trato desigual de esas situaciones (juicio de razonabilidad, en clave de

legitimidad y funcionalidad para el fin perseguido); y, por último, si las consecuencias jurídicas a que conduce la disparidad de trato son razonables, por existir una relación de proporcionalidad entre el medio empleado y la finalidad perseguida, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (juicio de proporcionalidad).

El *iter* valorativo apuntado debe partir de la premisa, no discutida por las partes que han comparecido en este proceso, de que las cinco entidades incluidas en la norma que se juzga son –considerando las operaciones de concentración producidas y los subsiguientes cambios de denominación– los operadores tradicionales del mercado eléctrico español. Fueron estos operadores (entre ellos, la recurrente), que habían estado desarrollando su actividad bajo el denominado «marco legal estable», los que, ante la necesidad de adaptar el ordenamiento español a la Directiva 96/92/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, impulsaron a través de la «Asociación Española de la Industria Eléctrica», junto con el Ministerio de Industria y Energía, el «Protocolo para el establecimiento de una nueva regulación del sistema eléctrico nacional» suscrito el 11 de diciembre de 1996, y que precedió a la Ley del sector eléctrico de 27 de noviembre de 1997. Esta ley avanzó en la liberalización del sector para su adaptación al Derecho de la Unión Europea, proceso en el marco del cual se reconoció a tales operadores el derecho a percibir los costes de transición a la competencia, según el régimen incorporado a la disposición transitoria sexta de la ley. La exposición de motivos de la Ley del sector eléctrico (norma que estuvo en vigor, aun con múltiples modificaciones, hasta su sustitución por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre) resalta la importancia del referido acuerdo y de sus firmantes, cuando afirma: «El citado Protocolo, carente de la eficacia normativa de toda norma general, supuso la concreción de un diseño complejo y global de transición de un sistema intervenido y burocratizado a un sistema más libre de funcionamiento del sector. Supuso, asimismo, el acuerdo con los principales agentes económicos de la industria sobre una profunda modificación del sistema retributivo hasta ahora vigente y sobre el escalonamiento progresivo de las distintas etapas conducentes a la liberalización del mercado. El Protocolo se configuró, en definitiva, para que, considerado en toda su extensión, fuese elemento inspirador de un profundo proceso de cambio».

Es evidente que la obligación de financiar el déficit tarifario que se exige a las empresas mencionadas en la disposición adicional vigésima primera LSE entraña una diferencia de tratamiento frente a otros sujetos. Ahora bien, para valorar una posible transgresión del art. 14 CE es preciso dilucidar antes si tales sujetos constituyen un término válido de comparación respecto de las sociedades afectadas por la prestación. En este sentido, los términos de comparación propuestos por la demandante son: a) las empresas que operan en otros sectores de actividad económica; y b) las empresas del sector eléctrico que operan en otros subsectores, como el transporte, así como el resto de empresas generadoras aparte de las cinco obligadas.

a) La comparación con las empresas de otros sectores económicos debe rechazarse *a limine*, toda vez que la disposición adicional vigésima primera LSE es una norma propia de la regulación del sector eléctrico que hace frente a un problema específico del mismo, como es el desajuste entre sus ingresos y gastos regulados. Tal y como hemos indicado en la STC 167/2016, FJ 3, «el margen de configuración del legislador debe comprender la posibilidad de disponer, con base en criterios técnicos, económicos y de oportunidad, qué costes se imputan al sistema eléctrico (en última instancia, a los consumidores, que deberán hacer frente a ellos, antes o después), a las empresas del sector o de un subsector en particular, y a los presupuestos generales del Estado, es decir, tomar la decisión política sobre la distribución del esfuerzo necesario para contener el déficit de tarifa», conclusión que en tal pronunciamiento predicamos de las medidas para reducir el déficit, pero que es plenamente aplicable a la financiación del existente. No corresponde a este Tribunal valorar desde un punto de vista político o técnico el acierto de una determinada medida encaminada a reducir el déficit, como era la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2010, o a financiar el ya producido, caso de la disposición adicional vigésima primera LSE, pero parece indiscutible que los operadores de otros sectores económicos no se hallan en una situación comparable a la de las empresas

seleccionadas por la norma en cuestión, ya que estas actúan en un sector fuertemente intervenido como el eléctrico, con sujeción a un régimen definido de derechos y cargas, definido en la Ley del sector eléctrico y en la normativa de desarrollo, que no las sitúa en una posición asimilable, a los efectos que aquí importan, a la de otros ámbitos de la actividad económica.

b) Sugiere también Endesa, S.A., la comparación con otras empresas del sector eléctrico, ya sea la transportista (Red Eléctrica de España, S.A.), ya sean otras generadoras aparte de las cinco empresas financiadoras, aludiendo, sobre todo, a las titulares de instalaciones de régimen especial, receptoras de primas que han contribuido al incremento del déficit, pese a lo cual han resultado excluidas de la carga impuesta.

En relación con el resto de empresas del sector eléctrico, como las dedicadas al transporte, debemos señalar, en primer lugar, que se trata de una actividad sometida a un régimen jurídico y económico diferente al de la producción, que constituye la principal actividad de los grupos a cuyas matrices se impone la prestación patrimonial de la disposición adicional vigésima primera LSE. Buena prueba de lo cual es que la Ley del sector eléctrico dedica un título independiente para ella (título VI «Transporte de energía eléctrica»), atendiendo a sus características diferenciales y a la necesidad de mayor regulación, dada su condición de monopolio natural, frente a la producción, subsector para el que, en contraste, se impulsa un régimen de competencia que no es posible en aquél. Por tanto, el régimen económico de las actividades de producción y de transporte no es igual, lo que impide la comparación entre los sujetos de uno y otro subsector.

En lo concerniente al subsector de la producción eléctrica, en especial las productoras de régimen especial, se debe partir de que en la Ley del sector eléctrico, aquí aplicable, el régimen ordinario de producción, a grandes rasgos, era el correspondiente a las instalaciones de generación que emplean tecnologías convencionales, es decir, el parque tradicional de producción eléctrica en España (que corresponde, en esencia, a las cinco empresas de la disposición adicional vigésima primera LSE), mientras que, de acuerdo con el art. 27.1 LSE, el régimen especial era fundamentalmente el aplicable a las instalaciones de producción con energías renovables, generación con residuos y cogeneración. En este sentido, tanto la Abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal sostienen que tampoco en este caso nos hallamos ante un término válido de comparación, puesto que la producción de electricidad en régimen ordinario y en régimen especial tienen una diferente ordenación en la Ley del sector eléctrico (capítulos I y II, respectivamente, del título IV), de acuerdo con criterios de política económica y medioambiental, que justifican un sistema de retribución propio para cada una.

Este Tribunal comparte dicho razonamiento, toda vez que el distinto régimen económico legalmente establecido impide considerar que ambas formas de producción se encuentren en situaciones iguales en los términos del art. 14 CE, de modo que los derechos y cargas no tienen que ser necesariamente los mismos para ambas modalidades. Dos ejemplos ilustrativos de las diferencias económicas entre ellas son el reconocimiento a las principales empresas de régimen ordinario de los llamados «pagos por capacidad», con base en el art. 16.1 c) LSE, así como de los costes de transición a la competencia, cuya percepción, como enseguida comprobaremos, singulariza definitivamente a las empresas obligadas en virtud de la disposición adicional vigésima primera LSE.

A la circunstancia de que los distintos agentes del sector con los que pretende compararse la recurrente operan bajo un régimen económico diferente al suyo, se suma el hecho de que una medida como la que estamos enjuiciando debe enmarcarse en el conjunto de disposiciones aprobadas para evitar que el déficit de tarifa pusiera en riesgo la sostenibilidad del sistema eléctrico. A las numerosas medidas adoptadas con tal finalidad hemos tenido ocasión de referirnos con cierto detalle en la ya citada STC 167/2016, FJ 3, llegando a la conclusión de que se «han dispuesto ajustes para todos los sujetos implicados en el sector eléctrico, tanto las empresas de los distintos subsectores que lo integran (productoras, transportistas, distribuidoras, comercializadoras, etc.), como para los consumidores y el conjunto de los contribuyentes», todo ello de acuerdo con la idea de esfuerzo compartido –no necesariamente idéntico–, que se puede encontrar en las

exposiciones de motivos de las normas aprobadas para reducir el déficit tarifario, como los Reales Decretos-leyes 14/2010, de 23 de diciembre; 20/2012, de 13 de julio, y 9/2013, de 12 de julio, entre otras.

Por consiguiente, a través de la sucesión de normas dirigidas a controlar y financiar el déficit de tarifa se han arbitrado medidas que han afectado a otros subsectores del sistema, minorando sus retribuciones (por ejemplo, para el caso del transporte, por los Reales Decretos-leyes 20/2012 y 9/2013, y para las instalaciones de generación en régimen especial, mediante los Reales Decretos-leyes 14/2010 y 9/2013); así como a los consumidores, con aumentos de tarifa, y al conjunto de los contribuyentes, imputando ciertas partidas de costes a los presupuestos generales del Estado o creando tributos específicos sobre el sector (Ley 15/2012, de 27 de diciembre).

De lo expuesto se desprende que la aplicación de una concreta medida, como la que aquí se examina, tan solo a los grupos eléctricos dedicados principalmente a la producción de electricidad en régimen ordinario, y no a las empresas dedicadas a otras actividades eléctricas o a las productoras que utilizan de forma primordial energías renovables y otras propias del régimen especial, no introduce una diferencia entre situaciones que puedan calificarse iguales, al menos por dos razones: i) el diferente régimen jurídico y económico aplicable a cada actividad, lo que conlleva distintos derechos y cargas, siguiendo la terminología de la STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3, y ii) el necesario enfoque de esta norma en el contexto de las adoptadas para contener el déficit de tarifa eléctrica, de suerte que a cada tipo de actividad se le han exigido ajustes, siendo legítimo que el legislador tenga en cuenta la diferente contribución de cada subsector para imponer solo a ciertos grupos la financiación del déficit.

En suma, no existe vulneración del art. 14 CE.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo núm. 354-2014 interpuesto por Endesa, S.A.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.