

El Supremo confirma que las eléctricas asuman el déficit tarifario, al dominar el sector y haberse beneficiado de los CTCs

Autor: **Comunicación Poder Judicial**

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias que confirman que las cinco grandes eléctricas de España deben financiar el déficit tarifario, al ser las principales del mercado español y haberse beneficiado en el pasado de la compensación de los llamados Costes de Transición a la Competencia.

El pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal rechaza en estas resoluciones los recursos interpuestos por Endesa y Gas Natural, y confirma las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional el pasado enero. Las sentencias han tenido como ponente al [magistrado Pablo Lucas \(recurso de Endesa\)](#) y a [Nicolás Maurandi \(recurso de Gas Natural\)](#).

En ellas, el Supremo descarta que se hayan vulnerado los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 y 24 de la Constitución.

Las eléctricas recurrieron a este procedimiento especial contra la liquidación realizada en mayo de 2012 por la Comisión Nacional de la Energía (CNE) que imponía una serie de obligaciones a pagar a las compañías.

Estas obligaciones están incluidas en la disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997. Establece que, cuando los ingresos del sistema eléctrico sean inferiores a los costes, la CNE realizará liquidaciones esa deuda a las cinco eléctricas, aplicando unos porcentajes de reparto para cada una.

El Supremo falla que dicha disposición no vulnera la Constitución Española. Está justificada la obligación de financiar el déficit: persigue un fin legítimo, es funcional, adecuada y no comporta una diferencia de trato desproporcionada.

El Alto Tribunal considera que la razón por la que se ha impuesto la obligación a unas empresas es, sencillamente, “la de que son las principales del sector eléctrico. O sea, la misma que justificó en su momento que se les reconociera el derecho a percibir la compensación por los CTC”, los llamados Costes de Transición a la Competencia (CTCs).

Las compañías son: Iberdrola, Hidroeléctrica del Cantábrico, Endesa, Eon España y Gas Natural. Les corresponden, según la ley, los siguientes porcentajes en caso de saldo negativo: 35,01%, 6,08%, 44,16%, 1% y 13,75%, respectivamente.

Dichos porcentajes coinciden con los establecidos para compensar a las mismas empresas por los CTCs, mecanismo de compensación vigente entre 1997 y 2006.

Representan la práctica totalidad del mercado

Las cinco empresas representan la práctica totalidad del mercado. La aportación que se les exige “consiste en un adelanto de determinadas cantidades para financiar los desajustes en las liquidaciones de las actividades reguladas del sistema eléctrico del que forman parte esencial”, por lo que, “en la medida en que cooperan para alcanzar ese objetivo, también actúan en su propio provecho”.

El Supremo rechaza también un tercer motivo de casación, que las empresas basaban en el Derecho de la Unión al prohibir las discriminaciones. Para ello, las compañías esgrimían como contraste la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Federutility* y que está referida a la financiación del bono social.

El Alto Tribunal resuelve que mientras allí las empresas obligadas deben soportar la carga que se les impone con el bono social, aquí, en la disposición recurrida por las eléctricas, “se trata solamente de un

adelanto a título de préstamo a largo plazo, acompañado del consiguiente derecho a la devolución con sus intereses, sin perjuicio del recurso a la titulización”.

El Supremo condena a Endesa y Gas Natural a pagar las costas del proceso, que ascienden a 50.000 y 35.000 euros, respectivamente.

Se adjuntan las sentencias del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo fechadas el 18 de noviembre de 2013. Han tenido como ponentes al magistrado [Nicolás Maurandi, en el recurso de casación número 843/2013 interpuesto por Gas Natural](#), y [Pablo Lucas Murillo de la Cueva, en el recurso de casación 848/2013 promovido por Endesa](#).



TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo PLENO

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 18/11/2013 **RECURSO CASACION** **Recurso Núm.:** 843/2013 **Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimatoria **Votación:** 04/11/2013

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 4
Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén **Secretaría de Sala :** 101 **Escrito por:** FGG

Nota:

La disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997 no vulnera el artículo 14 de la Constitución.

La imposición de la obligación de financiar el déficit de tarifa a sociedades mencionadas en ese precepto está justificada.

No es término válido de comparación la obligación de financiar el bono social ni, por tanto, es aplicable la solución seguida por la sentencia de la Sección Tercera de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010).

Num.: 843/2013 **Votación:** 04/11/2013 **Ponente Excmo. Sr. D.:** Nicolás Maurandi Guillén **Secretaría Sr./Sra.:** 101

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PLENO

SENTENCIA

Excmos. Sres.: **Presidente:** D. José Manuel Sieira Míguez
Magistrados:

D. Mariano de Oro-Pulido y López D. Ricardo Enríquez Sancho D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Pedro José Yagüe Gil

D. Rafael Fernández Montalvo D. Manuel Vicente Garzón
Herrero D. Segundo Menéndez Pérez D. Manuel Campos
Sánchez-Bordona D. Nicolás Maurandi Guillén D. Pablo Lucas
Murillo de la Cueva D. Eduardo Espín Templado D. José
Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat D. Rafael Fernández
Valverde Da. Celsa Pico Lorenzo D. Octavio Juan Herrero
Pina D. Emilio Frías Ponce D. José Díaz Delgado D. Eduardo
Calvo Rojas

D. Luis María Díez-Picazo Giménez D. Joaquín Huelin
Martínez de Velasco Da. María del Pilar Teso Gamella D. Juan
Carlos Trillo Alonso D. José Antonio Montero Fernández Da.
María Isabel Perelló Doménech D. Carlos Lesmes Serrano D.
José María del Riego Valledor D. Wenceslao Francisco Olea
Godoy D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo D. Diego
Córdoba Castroverde D. José Juan Suay Rincón D. Ramón
Trillo Torres D. Vicente Conde Martín de Hijas D. Manuel
Martín Timón D. Jesús Ernesto Peces Morate D. Juan Gonzalo
Martínez Micó

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil
trece.

Visto por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo,
constituida por los señores arriba anotados, el recurso de
casación que con el número 843/2013 ante la misma pende
de resolución, interpuesto por GAS NATURAL SGD, S.A.,
representada por la Procuradora doña Pilar Iribarren
Cavallé, contra la sentencia de 30 de enero de 2013 de la
Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
de la Audiencia Nacional (dictada en el recurso núm.
12/2012).

Habiéndose personado como partes recurridas la
ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO,
representada y defendida por el Abogado del Estado; E.ON
ESPAÑA S.L., representada por la Procuradora doña María
Jesús Gutiérrez Aceves; ENDESA S.A., representada por
el Procurador don Manuel Lanchares Perlado; y habiendo

intervenido también el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

1o Se rechazan las causas de inadmisibilidad invocadas por la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal.

2o Se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de GAS NATURA SGD SA contra la resolución reseñada en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, debemos declarar y declaramos que es conforme a Derecho, confirmándola.

3o Se hace imposición de costas a la parte demandante".

El posterior Auto de 8 de febrero de 2013 de la Sala de instancia rectificó determinados errores materiales advertidos en la sentencia, siendo su Fundamento de Derecho Segundo el siguiente:

"Antecedente de Hecho Quinto. 4o, donde dice "En concreto Iberdrola SA lleva catorce años participando del sistema", debe decir "En concreto la actora GAS NATURAL SDG, SA lleva catorce años participando del sistema.

Antecedente de Hecho Quonto. 5o.E, donde dice "lo que alcanza al ejercicio 2011 para el que se garantiza la recuperación del desajuste temporal de 201", debe decir "lo que alcanza al ejercicio 2012 para el que se garantiza la recuperación del desajuste temporal de 2011".

Fundamento de Derecho Décimo Sexto 4o, donde dice "lo que se deduce de otros pleitos promovidos por la actora", debe decir "lo que se deduce de otros pleitos".

Fundamento de Derecho Décimo Séptimo, donde dice "por la que se estima la demanda de la actora" debe decir "por la que se estima la demanda".

El mismo Auto, en su parte dispositiva, señala:

"Corregir los errores materiales advertidos en la Sentencia dictada en estos autos en los términos del Fundamento de Derecho Segundo de este Auto".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la representación de la GAS NATURAL SGD, S.A. se promovió recurso de casación y la Sala de instancia lo tuvo

por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la representación de la parte recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación que, tras expresar los motivos en que lo apoyaba, terminaba así:

"SUPLICA A LA SALA que por presentado este escrito, lo admita, teniendo por COMPARECIDA y PERSONADA a mi representada ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, así como por INTERPUESTO recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala en fecha 30 de enero de 2013 y notificada el pasado 5 de febrero de 2013, en el procedimiento de protección de derechos fundamentales 12/2012, seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y por sus trámites, dicte resolución por la que case y anule la Sentencia recurrida, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley 29/98, resuelva el recurso contencioso en conformidad con lo solicitado por esta parte en su escrito de demanda.

(...).

PRIMER OTROSÍ DICE, que para el caso de que la Sala considere a efectos de estimación del recurso de casación y del recurso contencioso administrativo, no procede inaplicar la Disposición Adicional 21.2 de la Ley del Sector Eléctrico, se solicita el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, todo ello en relación a la posible contradicción existente entre la Disposición Adicional 21.2 de la Ley del Sector Eléctrico, y el artículo 3.1 y 3.2 de la Directiva 2009/72/CE.

Subsidiariamente a lo anterior, y para el caso de que la Sala no considere procedente el planteamiento de la referida cuestión prejudicial, en el supuesto de no proceder a una directa inaplicación, se solicita el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 163 de la Constitución, en relación a la posible incompatibilidad de la Disposición Adicional 21.2 de la Ley del Sector Eléctrico, con el artículo 14 de la Constitución Española.

En su virtud,

SUPLICA A LA SALA, tenga por realizadas las anteriores manifestaciones a sus efectos, y por solicitado, en defecto de la inaplicación de la Disposición Adicional 21.2 de la Ley del Sector Eléctrico que se interesa en las actuaciones, planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en defecto de ello, de cuestión de inconstitucionalidad ante el tribunal Constitucional, en los términos interesados en el presente escrito”.

CUARTO.- La ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO se ha opuesto al recurso de casación pidiendo su desestimación y la imposición de las costas a la recurrente.

QUINTO.- El MINISTERIO FISCAL ha presentado alegaciones en las que sostiene que procede

"dictar sentencia declarando NO HABER LUGAR al recurso de casación deducido por GAS NATURAL SDG, SA., con pérdida del depósito e imposición de las costas a la parte recurrente, de conformidad con lo que dispone el artículo 139.2 LJCA".

SEXTO.- La Diligencia de Ordenación de 6 de septiembre de 2013 declaró caducado el trámite de oposición concedido a E.ON ESPAÑA S.L. y ENDESA S.A.

SÉPTIMO.- Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 4 de noviembre de 2013.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SUMARIO.- I.- El proceso de instancia y la parte recurrente en la actual casación. (pág. 6). II.- La sentencia recurrida: su delimitación de la cuestión de fondo en la denunciada vulneración del artículo 14 de la Constitución y sus argumentos para rechazar este motivo de impugnación (pág. 13). III.- Los razonamientos de la sentencia recurrida para rechazar la también denunciada vulneración del artículo 24 de la Constitución (pág. 23). IV.- Los cuatro motivos de casación del recurso de GAS NATURAL (pág. 25). V.- La oposición del Abogado del Estado (pág. 34). VI.- Las alegaciones del Ministerio Fiscal y su solicitud de que se declare no haber lugar al recurso de casación (pág. 43). VII.- Sobre el procedimiento y la pretensión de inaplicación del Derecho interno (pág. 50). VIII.- Consideraciones iniciales sobre los motivos de casación primero, segundo y tercero (pág. 52). IX.- Es cognoscible la razón de la imposición de la obligación de financiar el déficit de tarifa a la recurrente y a las demás empresas relacionadas por la disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997 (pág. 56). X.- La justificación de la imposición a GAS NATURAL de la obligación de financiar el déficit de tarifa que la sentencia pone de manifiesto no infringe su derecho a la igualdad (pág. 59). XI.- La obligación de financiar el déficit de tarifa no guarda relación con la de financiar el bono social y tampoco es trasladable aquí en el sentido que defiende la recurrente la doctrina sentada por

el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Federutility (pág. 62). XII.- Cuarto motivo de casación (pág. 66). XIII.- Costas (pág. 66).

PRIMERO.- El proceso de instancia y la parte recurrente en la actual casación.

El proceso de instancia, seguido por los trámites del procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, fue iniciado por GAS NATURAL, S.D.G. S.A. (GAS NATURAL) Su recurso contencioso administrativo impugnó la liquidación provisional 3/2012 efectuada por la resolución de 17 de mayo de 2012 de la Comisión Nacional de la Energía (CNE). Esa liquidación provisional era a cuenta de la definitiva y corresponde al

periodo de facturación del 1 de enero al 29 de febrero de 2012, en concepto de diferencia provisional a cuenta para la financiación del déficit tarifario e imponía a dicha mercantil la obligación de pagar 81.200.660,38 € en aplicación de lo establecido en la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 54/1997, de 27 de Noviembre, del Sector Eléctrico [LSE].

La disposición adicional que acaba de mencionarse, en su redacción vigente y aplicable a los hechos litigiosos --la anterior a la modificación operada por los Reales Decretos-Leyes 29/2012, de 28 de diciembre y 9/2013, de 12 de julio-- decía así:

"Disposición adicional vigésima primera. Suficiencia de los peajes de acceso y desajustes de ingresos de las actividades reguladas del sector eléctrico.

1. A partir del 1 de enero de 2013, los peajes de acceso serán suficientes para satisfacer la totalidad de los costes de las actividades reguladas sin que pueda aparecer déficit "ex ante". La eventual aparición de desviaciones transitorias por desajustes en los costes o ingresos reales respecto a los que sirvieron de base para la fijación de los peajes de acceso en cada período, dará lugar a que las tarifas de acceso del período siguiente al de la aparición de dicho desajuste temporal se modifiquen en la cuantía necesaria para su ajuste.

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 arrojará un saldo negativo, éste será liquidado por la Comisión Nacional de Energía en las liquidaciones mensuales aplicando los siguientes porcentajes de reparto:

"Iberdrola, SA": 35,01 por 100. "Hidroeléctrica del Cantábrico, SA": 6,08 por 100. "Endesa, SA": 44,16 por 100. "EON España, SL": 1,00 por 100. "GAS Natural S.D.G., SA": 13,75 por 100.

Estos porcentajes de reparto así como la lista de empresas obligadas 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 período 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.

2. Hasta el 1 de enero de 2013, las disposiciones por las que se aprueben los peajes de acceso reconocerán de forma expresa los déficit de ingresos que, en su caso, se estime que puedan producirse en las liquidaciones de las actividades reguladas en el sector eléctrico.

Asimismo, se entenderá que se producen desajustes temporales, si como resultado de las liquidaciones de las actividades reguladas en cada período, resultara un déficit de ingresos superior al previsto en la disposición por la que se aprobaron los peajes de acceso correspondientes. Dicho desajuste temporal se reconocerá de forma expresa en las disposiciones de aprobación de los peajes de acceso del período 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 arrojará un saldo negativo, éste será liquidado por la Comisión Nacional de Energía en las liquidaciones mensuales aplicando los siguientes porcentajes de reparto:

"Iberdrola, SA": 35,01 por 100. "Hidroeléctrica del Cantábrico, SA": 6,08 por 100. "Endesa, SA": 44,16 por 100. "EON España, SL": 1,00 por 100. "GAS Natural S.D.G., SA": 13,75 por 100.

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 período 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.

3. Si el importe del desajuste temporal definido en los apartados 1 y 2 no fuera conocido en el momento de la aprobación de la disposición por la que se aprueban los peajes de acceso del período siguiente, en dicha disposición se reconocerá de forma expresa, incluyendo los intereses que pudieran devengar, los importes que, en su caso, se estimen vayan a ser financiados.

Se habilita a la Dirección General de Política Energética y Minas para modificar dichos importes por los realmente financiados por cada una de las empresas, cuando se disponga de la información de la liquidación 14 del ejercicio correspondiente.

La diferencia entre los importes reconocidos con la información de la liquidación 14 y los resultantes de la liquidación definitiva del correspondiente ejercicio, tendrán la consideración de coste o ingreso liquidable del sistema del ejercicio en que se produzca.

4. No obstante, para los años 2009, 2010, 2011 y 2012, el déficit de ingresos previsto en la disposición por la que se aprobaron los peajes de acceso correspondientes no será superior a 3.500 millones de euros, 3.000 millones de euros, 3.000 millones de euros y 1.500 millones de euros respectivamente.

Asimismo, los desajustes temporales de liquidaciones del sistema eléctrico que se produzcan en 2010, hasta una cuantía máxima de 2.500 millones de euros, tendrán la consideración de déficit de ingresos del sistema de liquidaciones eléctrico para 2010, que

generará derechos de cobro que podrán ser cedidos por sus titulares al Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico.

5. Los 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. 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.

Los pagos que realice la Comisión Nacional de Energía necesarios para satisfacer los derechos de cobro tendrán consideración de costes permanentes del sistema y se recaudarán a través de los peajes de acceso hasta su satisfacción total.

Para la financiación de dichos déficits, los derechos de cobro correspondientes 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, según lo contemplado en la disposición adicional quinta de la Ley 3/1994 de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, siendo de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 926/1998 de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización. La constitución del Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico requerirá el informe previo favorable del Ministerio de Economía y Hacienda.

El activo del fondo de titulización estará constituido por:

a. Derechos de cobro generados y no cedidos a terceros por los titulares iniciales del derecho hasta 10.000 millones de euros a fecha de 31 de diciembre de 2008. El precio de cesión de dichos derechos y las condiciones de cesión de los mismos se determinará por real decreto, a propuesta conjunta de los titulares de los Ministerios de Industria, Turismo y Comercio y de Economía y Hacienda.

b. Los derechos de cobro a que dé lugar la financiación de los déficits generados desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, cuyas características, así como precio y condiciones de cesión, se establecerán por real decreto, a propuesta

conjunta de los titulares de los Ministerios de Industria, Turismo y Comercio y de Economía y Hacienda.

6. El pasivo del fondo de titulización estará constituido por los instrumentos financieros que se emitan a través de un procedimiento competitivo que se regulará por real decreto, a propuesta conjunta de los titulares de los Ministerios de Industria, Turismo y Comercio y de Economía y Hacienda.

7. La sociedad gestora del fondo de titulización será designada por la Comisión, que a estos efectos se cree, dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio que la presidirá. Dicha Comisión estará compuesta por representantes del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y del Ministerio de Economía y Hacienda. En atención a la naturaleza de la función asignada a la Comisión, esta podrá contar con el asesoramiento técnico de la Comisión Nacional de Energía y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por las especiales condiciones de experiencia y conocimientos que concurren en tales organismos.

La designación, por la Comisión, de la sociedad gestora deberá realizarse de acuerdo a los principios de objetividad, transparencia y publicidad, y entre

sociedades gestoras que cuenten con profesionales de reconocida y probada experiencia en la materia.

En su organización y funcionamiento, la Comisión se regirá por lo establecido en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y reglamentariamente se establecerá su composición en cuanto a número de miembros y rango jerárquico.

La extinción de esta Comisión se producirá automáticamente una vez alcanzado el fin para el que fue creada.

8. Asimismo, para cubrir eventuales desfases de tesorería entre ingresos y pagos del fondo de titulización, por acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se podrá constituir una línea de crédito en condiciones de mercado.

9. Al amparo de lo establecido en el artículo 114 de la Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria, se autoriza a la Administración General del Estado,

hasta el 31 de diciembre de 2013, a otorgar avales en garantía de las obligaciones económicas exigibles al Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico, derivadas de las emisiones de instrumentos financieros que realice dicho Fondo con cargo a los derechos de cobro que constituyan el activo del mismo:

Los importes máximos para el otorgamiento de los avales a que se refiere el apartado serán los que determinen las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

El otorgamiento de los avales deberá ser acordado por la Ministra de Economía y Hacienda, de acuerdo con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y sólo podrá efectuarse una vez constituido el fondo.

De producirse la ejecución del aval frente a la Administración General del Estado, ésta se subrogará, respecto de los importes ejecutados por cualquier concepto, en todos los derechos y acciones que tuvieran reconocidos los acreedores frente al Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico.

En el caso de ejecución de los avales a que se refiere este apartado, se autoriza a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera para que pueda efectuar los pagos correspondientes a la ejecución de los avales mediante operaciones de tesorería con cargo al concepto específico que se fije a tal fin. Con posterioridad a la realización de dichos pagos, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera procederá a la aplicación definitiva al presupuesto de gastos de los pagos realizados en el ejercicio, salvo los efectuados en el mes de diciembre, que se aplicarán al presupuesto de gastos en el primer trimestre del año siguiente".

Los derechos fundamentales cuya vulneración adujo GAS NATURAL para justificar el especial cauce procesal elegido fueron los reconocidos por los artículos 14 y 24 de la Constitución. Y la pretensión ejercitada en la demanda fue que se declarara la vulneración de tales derechos fundamentales, se inaplicaran tanto la disposición adicional vigésimo primera de la LSE como la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se aprueban determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social; y se restituyesen a la recurrente los 81.200.660,38 € más sus intereses.

En Otrosí, para el caso de que no se considerara procedente inaplicar la disposición adicional vigésima primera de la Ley 57/1997, se pidió que se planteara cuestión prejudicial para que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decidiera si ese precepto vulnera o no la prohibición de discriminación establecida en el Derecho Europeo y, subsidiariamente a esta petición, que se planteara cuestión de inconstitucionalidad sobre esa disposición por infringir el artículo 14 de la Constitución.

La Sala de la Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso- administrativo. Para ello, primero rechazó las causas de inadmisibilidad opuestas por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado; y luego razonó que la actuación impugnada no incurrió en las infracciones de derechos fundamentales que habían sido invocadas para apoyar la pretensión deducida en la demanda.

El actual recurso de casación lo ha interpuesto también GAS NATURAL y lo apoya en los motivos que más adelante se expondrán y analizarán.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida: su delimitación de la cuestión de fondo en la denunciada vulneración del artículo 14 de la Constitución y sus argumentos para rechazar este motivo de impugnación.

Ante todo, es menester dejar constancia de que la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional reproduce en la sentencia ahora recurrida los términos de las que dictó el 19 de diciembre de 2012 en los recursos 1, 2 y 3/2012. Explica que lo considera preferible porque, si bien en este caso no se suscitan todas las cuestiones entonces planteadas, sí se afronta el mismo problema principal y entonces se hizo un enjuiciamiento más completo del mismo.

Hecha esa precisión, añadiremos que la mejor comprensión de la controversia suscitada por el recurso de casación hace aconsejable exponer, en primer lugar, de qué manera delimita la sentencia de instancia la cuestión de fondo, es decir, la alegada vulneración del artículo 14 de la Constitución, y cuáles son las ideas esenciales que le llevan a rechazar que haya tenido lugar.

(A) Su fundamento cuarto acota inicialmente esa infracción en los siguientes términos:

"(...) lo que se ventila en autos es si el sistema de financiación del llamado déficit tarifario es contrario al artículo 14 de la Constitución en cuanto que la Disposición Adicional 21a LSE en relación con la Disposición Transitoria 1a del RD-ley 6/2009, de 30 de abril, impone a ciertas empresas del sector eléctrico, entre ellas la actora, que lo financien con arreglo al sistema que se expondrá más abajo. En concreto a la actora se le asigna el 13,75% como porcentaje de reparto en esa financiación".

"El acto impugnado tiene directa cobertura en esos preceptos con rango formal de ley, luego como no se plantea motivo de impugnación propio ni se atribuye motivo de inconstitucionalidad a ese acto impugnado --la liquidación en sí--, lo que se plantea es la constitucionalidad de la norma de cobertura".

(B) A continuación, completa esa delimitación en el fundamento quinto declarando que carecen de relevancia para el enjuiciamiento que ha de hacerse la importancia económica del litigio, el aquietamiento anterior de la actora al sistema ahora cuestionado y la causa u origen del déficit tarifario (pues este último se basa en una decisión de política económica, en general, y energética, en particular,

cuyo error o acierto es indiferente al pleito). Y señala, asimismo, que son materias de legalidad ordinaria, ajenas por ello al procedimiento especial elegido, estas tres : (i) si con la decisión controvertida se incumple la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, (artículo 18) en lo relativo a la suficiencia de la tarifa; (ii) si el porcentaje asignado se ajusta al peso de la recurrente en el mercado; y (iii) la deslegalización de los elementos básicos de la prestación obligatoria que pueda haber sido impuesta (ya que una posible infracción del artículo 31.3 de la Constitución estaría fuera del ámbito que para el procedimiento especial define su artículo 53.2).

(C) Más adelante (fundamento séptimo), explica el orden que va a seguir en el enjuiciamiento y las razones del mismo. Dice así, la sentencia:

"(...) se determinará ante todo si las normas de cobertura de la obligación de pago concretada en el acto aquí impugnado, infringen el artículo 14 de la Constitución. En caso negativo, no hay nada más que plantearse y sólo en caso afirmativo o, al menos, de

duda, habría que determinar si lo procedente es el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad o si cabe que tales normas se inapliquen conforme a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 3a, de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010); para esto, a su vez, habría que hacer un juicio previo sobre la incidencia del Derecho comunitario, bien para aplicarlo directamente o para plantear una cuestión prejudicial".

(D) Posteriormente, efectúa las precisiones siguientes antes de hacer el definitivo pronunciamiento sobre la existencia o no de la denunciada vulneración del artículo 14 de la Constitución:

(i) Recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad y destaca que no excluye un trato desigual si concurre una razón objetiva y razonable que lo justifique; además, afirma que en idénticos términos está formulado ese principio general en el Derecho de la Unión Europea y que la invocación de ese precepto de la Constitución comporta la carga de aportar un término de

comparación válido y que, desde este esquema, el enjuiciamiento se ciñe a la razonabilidad de la diferenciación a través de este triple análisis: la legitimidad del fin de la norma, la funcionalidad de la diferenciación para esa legítima finalidad y su proporcionalidad (fundamento octavo).

(ii) Concreta el concepto de déficit de tarifa, diciendo inicialmente que es la insuficiencia del precio pagado por el consumidor para cubrir costes agregados a la parte regulada de la tarifa de la luz; y añade, a continuación, que en términos normativos es: "la diferencia entre la recaudación por las tarifas reguladas que fija la Administración y que pagan los consumidores por sus suministros regulados y por las tarifas de acceso que se fijan en el mercado liberalizado y los costes reales asociados a dichas tarifas" (preámbulo del Real Decreto-Ley 6/2009) (fundamento noveno).

(iii) Y hace una referencia al origen del déficit y al momento de su aparición, diciendo que, tras la entrada en vigor de la Ley 54/1997 y hasta 2001, no fue significativo; que lo fue a partir de 2007 porque el coste de la energía previsto en las tarifas integrales fue inferior al resultante del mercado; y que fue desde 2007 cuando pasó a ser estructural según el preámbulo del Real Decreto Ley 13/12, de 30 marzo) (fundamento décimo).

(E) Después, la sentencia (fundamento undécimo) resalta que el trato diferente dispensado a la actora se debe a que las empresas obligadas a financiar el déficit de tarifa son las mismas que percibieron la compensación por los costes de transición a la competencia (CTCs) y señala que tanto la Abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal han centrado en este dato su oposición a la demanda. Sustenta esa apreciación desde la consideración de la secuencia de normas que han jalonado la evolución de la regulación en la materia. Evolución, observa, que expuso la demandante y no cuestionaron ni la Administración demandada ni el

Ministerio Fiscal. Los hitos de esa evolución que seguidamente señala son los siguientes:

1o Que primero la Resolución de la Dirección General de Energía de 28 de marzo de 2000, y luego ya la OM 21 de noviembre de 2000 y la Orden ECO/1588/2002, de 12 de junio, imputaban el déficit a los perceptores de los derechos derivados de los CTCs, entre los que figuraba no la demandante, pero sí UNIÓN ELECTRICA FENOSA, SA en consonancia con el Anexo III del RD 2017/1997, de 26 de diciembre (artículo 16). En concreto, tales Órdenes fijaban un orden de precedencia y en caso de que los costes superasen a los ingresos previstos se aplazaba el pago de los CTCs.

2o El RD 1432/2002, de 27 de diciembre, que estableció como coste permanente el desajuste de ingresos de las actividades reguladas anterior a 2003, preveía que hasta 2010 ese coste se incluiría en la tarifa, con expresa remisión al régimen antes señalado; además la asignación de tal desajuste se distribuyó entre las empresas que contribuyeron al desajuste de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas, de acuerdo con los porcentajes que fijaba en el Anexo y en el que figuraba la actora (artículo 4.9).

3o El RD-ley 5/2005, de 11 de marzo, modificó el Anexo I.9 del RD 2017/1997 referido a la retribución fija, y volvía a identificar las empresas a las que se les asigna un porcentaje que sería liquidado por la CNE en las liquidaciones mensuales en caso de saldo negativo. Entre ellas figura UNIÓN ELÉCTRICA FENOSA SA con un 12,84% (artículo 24).

4o Cancelada en junio de 2006 la compensación por los CTCs, por RD-ley 7/2006 de 23 de junio, se apoderó al Gobierno para fijar límites máximos anuales de incremento en la tarifa media que aprobase, los costes a considerar y apoderaba al Ministro para establecer los sujetos que deberán aportar financiación. Posteriormente el RD 1634/2006, de 29 de diciembre, inaugura el sistema de fijación ex ante del déficit, introduce el sistema de subasta y la cesión de los derechos de cobro. En la Disposición Transitoria 8a preveía que hasta que no se realizasen las subastas, se aplicaría el artículo 24 del RD-ley 5/2005.

5o La Orden ITC/2334/2007, de 30 de julio, desarrolló el RD 809/2006, en cuanto al derecho de cobro por la financiación del déficit del ejercicio 2005. En lo que ahora interesa, en su artículo 6 relaciona las empresas titulares del derecho de cobro y su régimen de cesión. En esa relación figura de nuevo UNIÓN ELÉCTRICA FENOSA SA con un 12,84%.

6o El RD-ley 6/2009, que modifica la Disposición Adicional 21a LSE, en su Disposición Transitoria 1a de nuevo se remite al artículo 24 RD-ley 5/2005 así como a la identificación de las empresas financiadoras del déficit, entre las que ya figura la actora con un porcentaje de 0'91% y mantiene el 12'84% a UNIÓN FENOSA GENERACIÓN SA.

7o Esto se mantiene en el RD 437/2010, de 9 de abril, por el que se regula el régimen de titulización de los derechos de cobro de las empresas financiadoras que sustituye al de subastas. También en esta norma reglamentaria figuran las empresas financiadoras -entre ellas la actora- como titulares del derecho de cobro.

8o En definitiva, tales previsiones se han mantenido en las sucesivas reformas de la Disposición Adicional 21 LSE efectuadas por el RD-ley 6/2010, de 9 de abril y por el RD-ley 14/2010, de 23 de diciembre. Hay que precisar que una vez producida la absorción por la actora de UNIÓN FENOSA GENERACIÓN SA, el RD-ley 6/2010 modifica la Disposición Adicional 21a y es por lo que se le asigna ya un porcentaje de reparto de 13'75%.

9o Respecto de esta fusión por absorción, el poder general para pleitos aportado por la actora con su escrito interponiendo el presente recurso, va acompañado de una certificación del Registro Mercantil de Barcelona de 17 de octubre de 2009 en el que consta (punto 4o) que producida esa fusión, con disolución sin liquidación de las

absorbidas, se transmitió en bloque su patrimonio a la actora que adquirió así "a título de sucesión universal, todos los derechos y obligaciones" de las absorbidas".

(F) Luego, la sentencia recurrida (fundamento duodécimo) califica la obligación impuesta de financiar el déficit de tarifa como una prestación patrimonial fundada en lo establecido en el artículo 31.3 de la Constitución. A ello añade que es una prestación atípica de naturaleza no tributaria y dice, también, que debe entenderse en la lógica del actual sistema eléctrico, caracterizado, entre otras cosas, porque

"la LSE contempla el sector eléctrico como "necesariamente regulado" por el carácter esencial que para la economía implica el suministro eléctrico, por incidir en la competitividad de la economía nacional y en la evolución de otros sectores de la industria y por entender que el transporte y la distribución de la electricidad constituye un monopolio natural. Ese poder regulador se plasma en potestades normativas, de policía, tarifarias, etc. que vinculan a las entidades concernidas en una relación de sujeción especial con la Administración".

(G) Otra precisión previa que la sentencia de la Audiencia Nacional efectúa, antes de pronunciarse sobre la vulneración denunciada del artículo 14 de la Constitución (fundamento décimo tercero], es la de que la opción de plantearla por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales conlleva estas

consecuencias: que no se cuestiona la legitimidad de la imposición de la obligación de financiar el déficit sino que recaiga en la recurrente y no en otras entidades o empresas.

(H) Su primera respuesta contraria a la denunciada infracción del principio de igualdad la justifica la sentencia recurrida (fundamento décimo cuarto) con el argumento -- contrario a lo sostenido por la recurrente-- de que no son términos comparables los referidos a (i) otros sectores productivos, (ii) otros sectores energéticos y (iii) las entidades financieras. La razón principal de la que se sirve la Sala de instancia estriba en que el sector eléctrico es un sistema regulado y, por ello, es razonable que la obligación de financiar el déficit se imponga a quienes son operadores y agentes de ese sistema regulado y no a quienes forman parte de otros sectores con regulación propia.

Razonabilidad que ve reforzada a la vista de que esos sectores no energéticos ya contribuyen como

consumidores a la financiación del déficit porque lo destinado a cubrirlo es un coste permanente del sistema.

Y, por lo que en concreto hace a las entidades financieras, declara que: (i) la implicación o no de las mismas no deja de ser sino una opción de lege ferenda; y (ii) que pueden involucrarse en la legítima opción de financiar el déficit --si bien no por imposición normativa-- mediante el régimen de titulización de los derechos de cobro.

(I) La segunda respuesta a la denuncia de vulneración de la igualdad la explica la sentencia de instancia descartando que el resto de las empresas del sector eléctrico puedan ser un válido término de comparación (fundamento décimo quinto). Para ello, precisa, en primer lugar, que la obligación discutida se impone a las empresas del sector eléctrico que son matrices de las generadoras en régimen ordinario, y no se impone a las generadoras de régimen especial, a las transportistas y las distribuidoras.

Tras esas precisiones, desarrolla las nueve razones que, en su criterio, justifican como razonable ese distinto trato establecido para la aquí polémica financiación. Pero, de ellas, la más significativa es la séptima, que consiste en: (i) señalar que la imposición de la prestación controvertida recae sobre las matrices de los principales grupos empresariales del sector eléctrico, cuyas empresas actúan verticalmente integradas en dicho sector en las actividades de generación, distribución y comercialización; y (ii) afirmar que tal imposición no es arbitraria, injustificada o desproporcionada, por presumírseles mayor solvencia y capacidad para la asunción de la obligación que se les impone.

Las nueve razones mencionadas las expresa la Sala de instancia así:

1o Es cierto que las normas de cobertura ahora cuestionadas en este pleito, al designar a las empresas financiadoras, no las tienen como causantes del déficit; se trata, más bien, de una designación que, como se ha visto, se viene arrastrando a lo largo de la secuencia normativa ya expuesta. La causa actual del déficit se identifica normativamente en esa opción de política tarifaria que consiste en la contención del incremento de la tarifa eléctrica.

2o Cosa distinta es que esas empresas financiadoras fuesen enteramente ajenas en su origen. En ese momento originario la obligación se imponía a las principales generadoras de régimen ordinario que obtenían mayores ingresos por el incremento de los precios. Así de la OM 21 de noviembre de 2000 (punto 1o) y de la Orden ECO/1588/2002 (punto 1o) antes citadas, se deduce que la financiación del déficit originario se relacionó con la percepción de CTCs. Se dice así en los puntos 1o de ambas Órdenes que en caso de haber déficit de ingresos en las actividades reguladas "este se imputará a los perceptores de derechos de compensación según la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997 ..." y en los respectivos puntos 5o que "las cantidades descontadas a cada empresa a los efectos de cubrir el déficit de ingresos de las actividades reguladas de un año, serán tenidas en cuenta..." para calcular los CTCs.

3o Esto se confirma en el informe 12/2000 la CNE a lo que luego sería la OM de 21 de noviembre de 2000. En él ya se indicaba que con la fórmula de reparto del déficit se pretende "... que aporten más aquellas empresas que más se han beneficiado de unos precios de mercado elevados, los que han contribuido en gran medida a la formación del déficit y que, además, son las que han recuperado los CTC's con mayor rapidez".

4o Esa idea se mantiene en posteriores informes de la CNE, por ejemplo en el 16/2002 a lo que luego sería el ya citado RD 1432/2002, y que con cita de la Memoria justificativa de lo que en ese momento era proyecto del RD señala que si "la causa del déficit es por "precios de mercado elevados artificialmente", parece evidente que la parte del déficit que se hubiese originado por este motivo, no debe trasladarse al consumidor en ningún caso, al margen de otras actuaciones que dieran realizarse"; es decir, identifica a las generadoras como causantes de ese déficit inicial.

5o La Orden ECO/1558/2002, fue confirmada por esta Sala, Sección 6a en Sentencias de 20 de enero de 2004 y 9 de diciembre de 2005 (recursos 1026/2000 y 640/2002, respectivamente). En la primera se desestima el recurso y en lo que aquí interesa basta constatar la vinculación de la obligación de cubrir el déficit que pudiera producirse con el aplazamiento en el pago de los CTCs. En el segundo recurso la recurrente --Viesgo Generación SL-- atribuía a esa Orden que le imponía ex novo la obligación de financiar el déficit tarifario y que se obligaba a las sociedades con derecho a percibir los CTCs a sufragar el déficit tarifario proporcionalmente.

6o Lo expuesto debe relacionarse con el hecho de que se trata de los principales grupos empresariales en el sector eléctrico. Así a otros efectos ajenos a este pleito, pero no indiferentes en lo que hace a la valoración de la relevancia en tal sector, es significativo que la CNE por resolución de 16 de febrero de 2006 --confirmada por sentencia de esta Sala, Sección 8a, de 2 de octubre de 2008 (recurso 546/2006)-- haya considerado a algunos grupos --entre ellos al Grupo UNION FENOSA (UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN y UNIÓN FENOSA GENERACIÓN SA)-- como operadores principales y operadores dominantes a los efectos del artículo 34 RDley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en el sector eléctrico; la ahora demandante fue incluida en la relación de operadores a efectos del sector gasístico.

7o Hay que entender, por tanto, que ese juicio sobre la funcionalidad del trato diferenciado conduce a que no resulte arbitrario, injustificado ni desproporcionado --en cuanto al hecho de imponerles la prestación patrimonial, no el porcentaje asignado-- que a las matrices de los principales grupos empresariales, que actúan como empresas verticalmente integradas (generación en régimen ordinario y especial, distribución y comercialización) se les imponga tal obligación al presumírseles mayor solvencia y capacidad para su asunción.

8o Que la obligación de pago se imponga a la actora como matriz de un grupo empresarial y no a otras empresas de su grupo no implica un trato discriminatorio a los efectos de la cognición de este pleito pues el término de comparación, al margen de la personalidad jurídica de cada empresa, no se predicaría respecto de un tercero. Tal imposición a la matriz cobra sentido pues al tratarse de un grupo de empresas hay que entender que diseña estrategias en el conjunto de esos segmentos antes indicados (cf. artículo 14.2 LSE).

9o El resto de los concernidos en el sistema eléctrico no quedan al margen en el objetivo de paliar el déficit. Así, por ejemplo, en el ámbito del régimen especial de generación se ha visto la reducción de primas a las energías renovables, lo que han confirmado las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3a, Sección 3a, de 12 de abril de 2012 (recursos 35 y 40/2012 y otras posteriores); también que por RD-ley 1/2012, de 27 de enero, se hayan suspendido los procedimientos de preasignación de retribución y se supriman incentivos para nuevas instalaciones de cogeneración y renovables o que, en definitiva y en otros sectores -- combustibles sólidos-- se reduzcan para el consumo de carbón nacional".

(J) La sentencia recurrida dice después (fundamento décimo sexto) que hay un objetivo legítimo que justifica la imposición de la obligación de financiar el déficit e insiste en que se ha hecho recaer en las empresas más significativas por suponer en ellas mayor capacidad para soportar la prestación en un régimen regulado. Además, considera que conducen a ese mismo resultado los siguientes argumentos:

"(1o) Es cierto que para identificar a las concretas empresas financiadoras no hay una razón expresa plasmada en memorias económicas o justificativas de los distintos anteproyectos o proyectos normativos y de haberla, no se han aportado; tampoco se deduce de la exposición de motivos o del articulado de tales normas. Es más, en sede parlamentaria es cierto que un diputado cuestionó esa falta de justificación en el debate de convalidación del RD-ley 5/2005, y así expresamente lo apunta la demandante (Diario de Sesiones 2005, VIII Legislatura, 81, 7 de abril de 2005, página 3940).

2o En 2006 se extinguen los CTCs pero el déficit se mantiene y va en aumento pasando a ser estructural lo que tras la liberalización fue coyuntural, ideándose los sistemas de financiación antes expuestos. Pues bien, de los distintos hitos de esa secuencia normativa se deduce que las empresas financiadoras desde el primer momento estaban identificadas y se fijó un sistema de interrelación entre los titulares de los CTCs y los obligados a cubrir el déficit tal y como se deduce de los puntos 1o y 5o de las Órdenes de 21 de noviembre de 2000 y ECO/1588/2002.

3o Al imponerse la obligación de pago a las empresas más relevantes del sector eléctrico, se cumple el criterio de proporcionalidad; además se trata de empresas que han intervenido en los trámites de audiencia y alegaciones, tanto ante la Administración como ante la CNE, sin que conste que discrepasen de su inclusión como financiadoras. Incluso en un Voto particular un Consejero de la CNE alude a las negociaciones de las mismas con el Gobierno respecto de lo que luego fue el RD 1432/2002 (cf. Voto al Informe 16/2002).

4o Cabe así deducir que las discrepancias de esas empresas serían, por ejemplo, por la fijación de un límite máximo anual al incremento de tarifa (así lo hace constar el Consejo de Estado en su dictamen 3616/2002 a lo que luego fue el RD 1432/2002), lo que se deduce de otros pleitos promovidos por la actora (cf. Sentencia

Tribunal Supremo, Sala 3a, Sección 3a de 22 de marzo de 2006, recurso 24/2004); o la cuantificación del reparto, de lo que se hace eco la CNE en su informe 8/2003 al proyecto de Orden de desarrollo del RD 1432/2002, en el que deja constancia de que se desconoce "la metodología de cálculo de los porcentajes de reparto, así como la justificación o motivación".

5o La consecuencia de lo dicho es que, en un procedimiento de tutela de derechos fundamentales en los que se invoca el artículo 14 de la Constitución, no es de recibo el demandante alegue al cabo de los años falta de justificación de un trato distinto, en definitiva, arbitrariedad, cuando, al menos desde el año 2000 ha sido objeto de ese trato sin que haya cuestionado la razón de su inclusión.

6o Tal aquietamiento, como ya se dijo, en nada impide recurrir el acto que ha impugnado, pero afecta a que sea atendible su motivo de impugnación. Hay que entender que la discrepancia surge ahora más bien por problemas en el proceso de titulización, luego de cesión de sus derechos de cobro; por las rebajas en la valoración de este activo por parte de agencias de rating o por la rebaja en la fiabilidad del aval del Estado, incluso rumores de quita, todo lo cual puede dificultar su acceso a la financiación".

7o Por último hay que añadir que tal y como se ha expuesto en el anterior Fundamento 11.9o, la fusión y consiguiente absorción por la actora de UNIÓN FENOSA SA y UNIÓN FENOSA GENERACIÓN, SA hace que lo expuesto sobre el origen de la financiación del déficit y su relación inicial con la percepción de CTCs se extienda a la ahora en cuanto que se subroga en las obligaciones de las absorbidas".

(K) Continúa la Sala de instancia indicando [fundamentos décimo séptimo y décimo octavo] que no es aplicable la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010) sobre el bono social que reconoció el derecho de las empresas al reintegro de lo abonado para su financiación.

Apunta al respecto, primero, que la invocación de esa sentencia se hace por estas dos razones: porque aprecia un trato discriminatorio carente de justificación para las empresas obligadas ex lege a financiar el bono social; e inaplica una norma con rango de ley en virtud de los

principios de supremacía y efecto directo del Derecho de la Unión Europea.

Después, dice que las conclusiones de esa sentencia no son aplicables porque en el déficit de tarifa ya se ha visto que hay razones que explican la imposición de la prestación patrimonial forzosa y, en el caso del bono social, no se advirtieron razones que la justificaran.

(L) Y declara más adelante (fundamento décimo noveno) que no es aplicable la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril 2010 (en el asunto C 265/08, Federutility).

Lo explica así:

"Lo que allí se ventilaban eran obligaciones de servicio público; más en concreto, la compatibilidad con la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, por la fijación de precios de referencia en el suministro de gas natural, de forma que el precio resultante no es el de mercado. Tal Sentencia se refiere, por tanto, a una cuestión distinta de la que se plantea en autos pues lo que se suscita es si la Administración puede fijar tales precios en un momento en que se supone que debe jugar la libertad de oferta y demanda; no se plantea, por tanto, a quien se impone una obligación de pago y si se invoca el principio de no discriminación es porque se relacionan las condiciones en que tal fijación es admisible dentro de la específica regulación del gas".

TERCERO.- Los razonamientos de la sentencia recurrida para rechazar la también denunciada vulneración del artículo 24 de la Constitución.

Los razonamientos de la sentencia recurrida con los que rechaza la también denunciada vulneración del artículo 24 de la Constitución (fundamentos vigésimo, vigésimo primero y vigésimo segundo) son los siguientes:

"En cuanto a la infracción del artículo 24.1 de la Constitución, tal motivo de impugnación cabe abordarlo de dos formas.

Por una parte, se reproduce lo ya dicho --y a favor de la actora-- en cuanto a la admisibilidad del presente recurso por el procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

En segundo lugar si el acto impugnado, por su carácter provisional y a cuenta de

una liquidación definitiva, conculca el derecho a la tutela judicial efectiva. Es este aspecto el que ahora interesa pues, aun cuando de forma confusa se invoca tal motivo de impugnación, no cabe obviamente alegarlo respecto de este concreto procedimiento.

(...) El artículo 24.1 en su doble contenido es predicable de la actuación de los tribunales de Justicia y sólo lo es a la Administración si ejerce su potestad sancionadora en cuanto al derecho a la no indefensión.

Ahora bien, cabría invocarlo fuera del ámbito sancionador en su primera proposición si la Administración impide u obstaculiza el acceso de los administrados a los tribunales o bien hace ilusoria dicha tutela. Desde esta perspectiva lo que plantea la actora es una cuestión de principio: viola el artículo 24 que sean irrecurribles los actos provisionales o de trámite. Sin embargo su irrecurribilidad en un procedimiento ordinario no es por decisión administrativa, sino como consecuencia del sistema normativo de liquidación puesto en relación con la LJCA y la doctrina jurisprudencial arriba invocada.

(...) Cosa distinta de lo expuesto sería que la Administración demorase la liquidación definitiva indefinidamente, lo que podría tratarse de una inactividad material que persiguiese mantener una situación de irrecurribilidad; si ese fuera el fin desviado perseguido con tal demora, sí que se conculcaría el artículo 24, sin olvidar que siempre cabría plantear una posible inactividad material en sí recurrible. Sin embargo ese no es el caso presente aparte de que, fuera de esa hipótesis, la tutela judicial se obtiene en cuanto se aprueba la liquidación definitiva, luego siempre cabe la posibilidad de acudir a los tribunales y, en un procedimiento ordinario, plantear cuestiones que lleven al control plenario --no sumario como ahora-- de actos como el ahora impugnado".

CUARTO.- Los cuatro motivos de casación del recurso de GAS NATURAL.

Los enuncian y desarrollan los ordinales quinto a octavo del escrito de interposición del recurso, y todos ellos se formalizan por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

(A) El primer motivo (ordinal quinto del escrito de interposición) denuncia la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, regulado en el artículo 14 de la Constitución, en virtud de la errónea aplicación e interpretación de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2006 (asunto C-313/04) y de 16 de diciembre de 2008 (asunto C-127/07) que, en el

criterio de la recurrente, la sentencia recurrida realiza en la valoración que lleva a cabo acerca de la existencia de discriminación.

Y, también, denuncia la infracción de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

La idea inicial desarrollada para sostener este motivo es que el pronunciamiento de la sentencia recurrida, contrario a apreciar la existencia de discriminación en el deber impuesto a la recurrente de sostener el déficit de tarifa, no se ajusta a la construcción legal y jurisprudencial del derecho a la igualdad que ha sido realizada tanto en el ordenamiento español como en el de la Unión Europea.

Señala la recurrente a este respecto que los parámetros bajo los cuales ha de realizarse el juicio de ponderación sobre la posible existencia o no de una actuación discriminatoria, con la consiguiente vulneración del artículo 14 de la Constitución, son estos: legitimidad del fin de la norma; funcionalidad de la diferenciación que haya sido establecida para alcanzar la legítima finalidad perseguida; y proporcionalidad.

Y añade que, si bien la sentencia enuncia acertadamente estos parámetros, después realiza en su enjuiciamiento una valoración que es claramente errónea según esos mismos parámetros.

Tras ese planteamiento argumental inicial, expone las siete notas que, según el recurso de casación, demostrarían esa errónea valoración (son los puntos 1o a 7o de este primer motivo de casación) y termina formulando unas conclusiones (punto 8o).

Los puntos correspondientes a dichas siete notas y a las conclusiones finales consisten, en esencia, en lo que

continúa:

(1o) El déficit de tarifa es una decisión que no incumbe a la recurrente ni a los otros grupos a los que se ha impuesto la obligación de su financiación. Se dice que así resulta de lo que sobre el concepto y origen del déficit razona la sentencia recurrida en su fundamento noveno.

(2o) La sentencia identifica (así lo dice GAS NATURAL), en el fundamento décimo, tres períodos distintos en la generación del déficit, con causas diferenciadas y consecuencias también distintas; y sus conclusiones de imponer a la recurrente la obligación de financiar el déficit son contrarias a esas causas porque todas ellas se corresponden con decisiones de la Administración.

Aduce en este sentido lo que la sentencia declara sobre que en el primer período (1997-2001) hubo un déficit poco significativo debido a errores de cálculo; en el segundo (2001-2007) el déficit se produjo porque el coste de la energía previsto en las tarifas integrales fue inferior al resultante del mercado; y en el tercero hubo déficit porque en las actividades reguladas los ingresos regulados han sido inferiores a sus costes reales.

Señala que la sentencia es explícita a este respecto cuando declara (fundamento quinto) que la generación del déficit en el momento presente se debe a una decisión de política económica general y energética, en particular.

Dice, así mismo, que la contradicción de la sentencia se demuestra cuando basa su pronunciamiento en los CTCs y esta es una figura que desapareció en junio de 2006, como reconoce en su fundamento undécimo, 4o.

Y arguye, también, que si el déficit considerado es el de 2007 carecen de sentido las alegaciones del Abogado del Estado sobre un supuesto aquietamiento a la obligación de financiación desde 2000.

(3o) La sentencia recurrida dice aplicar las mencionadas reglas de legitimidad, funcionalidad y proporcionalidad, pero prescinde de realizar, respecto de ellas, una valoración en términos de actividad jurisdiccional.

Aduce la recurrente para sostener el anterior aserto que la sentencia no entra en la causa de la generación del déficit, a pesar de que no puede prescindirse de esta cuestión para valorar los factores relativos a la legitimidad o no de la medida, a su funcionalidad y a su proporcionalidad.

Añade que, si se prescinde de las causas del déficit, es discutible que pueda llevarse a cabo una valoración de la legitimidad, además de ignorarse la jurisprudencia nacional y de la Unión Europea que exigen esa valoración en la aplicación del derecho a la igualdad y en los casos en que se invoca discriminación.

Y cita, en lo que declaran sobre esas tres reglas que se vienen mencionando, tanto la sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 julio, como las del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2008 (asunto C-127/07) y 11 de julio de 2006 (asunto 313/04).

Luego expone las tres razones por las que, según el recurso de casación, la sentencia recurrida se aparta de los pronunciamientos judiciales que acaban de citarse.

En primer lugar, porque el análisis de la legitimidad de la medida deja de hacerse cuando no se examina todo lo siguiente: la causa u origen del déficit; la valoración de si se incumple o no la Ley del Sector Eléctrico en cuanto a la suficiencia de la tarifa; y en qué medida la obligación de financiar el déficit impuesto a la recurrente contribuye a las finalidades que la sentencia recurrida declara para la regulación existente en la materia ("la garantía del suministro, de su calidad, de su continuidad, de su seguridad, de su acceso en condiciones de igualdad, etc.").

En segundo término, porque la afirmación de que los

sujetos regulados están sometidos a una relación de sujeción especial, además de pugnar con pronunciamientos de este Tribunal Supremo (que no identifica), omite que esos sujetos tienen un derecho al respeto del equilibrio financiero en la relación que mantienen con la Administración.

Y, en último lugar, porque proclamar las bondades de la finalidad de una regulación no significa asumir que toda medida regulatoria sea adecuada a esas metas, ni que haya de quedar exenta del correspondiente control judicial.

Más adelante dice que no es cierto que el déficit de tarifa sea una especie de "maldición divina" resultante de factores que estén fuera de control, ya que se produce por una diferencia entre la decisión de la Administración y la realidad.

Desde la premisa anterior, argumenta que valorar la infracción del artículo 14 de la Constitución exigía responder --y la sentencia no lo ha hecho-- a si resulta lícito que la fijación de una tarifa artificialmente baja por parte del Estado, generadora del déficit, lleve consigo obligarle a financiar ese déficit; y censura la declaración de la sentencia de instancia según la cual lo cuestionado no es tanto la legitimidad de la obligación de pago como a quien se impone.

El desarrollo final de este punto 3o insiste en que si se prescinde del análisis de las causas del déficit se deja de valorar la legitimidad de esa obligación de financiarlo cuya imposición es lo que aquí se combate; y, faltando esa valoración de la legitimidad, será complicado pronunciarse con fundamento sobre los otros factores referidos a la funcionalidad y proporcionalidad de la medida.

Completa lo que antecede diciendo que el problema no es buscar a toda costa un factor diferencial de los grupos a quienes se impone la obligación de financiar el déficit, y no

lo es porque las cuestiones son estas otras: si, en cuanto a la generación del déficit, las compañías o sectores con las que la recurrente pretende su comparación se encuentran o no en una situación equiparable; si la medida provoca un perjuicio a la recurrente en relación con esos sujetos; y si ese perjuicio tiene una justificación razonable y objetiva.

(4o) Respecto del juicio de funcionalidad y de la pretendida comparación con los otros sectores económicos, el recurso de casación rebate las razones por las que la sentencia niega que haya la identidad necesaria para efectuarla.

En lo que hace a las empresas ajenas al sector eléctrico, GAS NATURAL aduce que, una vez admitido por la sentencia de instancia que pueden financiar el déficit, no hay óbice jurídico para que tales empresas puedan ser un válido término de comparación.

Por lo que respecta a las demás empresas presentes en el sector eléctrico, básicamente dice que no se identifica ninguna razón objetiva que las diferencie de las que, como la recurrente, han resultado gravadas con la financiación del déficit, y dirige a la sentencia recurrida estos dos principales reproches: (i) que las razones históricas como pretendida justificación del trato desigual no son aceptables porque tomar en consideración la inicial vinculación con el sector eléctrico carece de soporte normativo y porque no puede establecerse una comunicación entre las causas históricas del déficit y aquéllas otras que lo han determinado en la situación actual, y es que entre 2000 y 2007 las normas, las causas y criterios de cálculo han variado; y (ii) que el volumen de los grupos afectados por la obligación de financiar el déficit tampoco aparece en ningún texto normativo como razón que justifique dicha obligación.

En relación con las empresas pertenecientes a sectores energéticos distintos censura GAS NATURAL a la sentencia por no facilitar un solo argumento para descartar

la comparación.

Y, sobre las entidades financieras, formula una doble crítica: (i) que la sentencia recurrida alude a la posibilidad de "lege ferenda" de involucrarlas en la financiación, pero no responde a la cuestión que le fue suscitada de si hay o no discriminación con ese sector; y (ii) que los propios argumentos de la sentencia recurrida conducen a conclusiones contrarias a las que sienta pues, si la obligación de financiar el déficit ha de afectar a los sujetos sometidos a este sector de regulación, entre ellos han de figurar incluidas las entidades financieras ya que fueron involucradas en esa financiación a través del proceso de titulización.

(5o) Insiste GAS NATURAL en la inexistencia de una justificación objetiva y razonable.

Invoca al respecto lo declarado por la sentencia sobre la ausencia de razones concretas para identificar a las empresas financiadoras en las memorias económicas y en los informes justificativos de los distintos anteproyectos y proyectos normativos y sobre que esa designación "se viene arrastrando de la secuencia normativa expuesta".

Y, desde tal premisa, alega que ello equivale a afirmar que es la inercia normativa la que encarna la justificación objetiva y razonable que ha de superar el juicio de funcionalidad, lo que debe ser rechazado.

(6o) Sobre el juicio de proporcionalidad llama la atención GAS NATURAL sobre el gravísimo impacto que le supone el concreto importe de la liquidación objeto del actual procedimiento; e invoca, también, lo que sobre la incidencia del déficit tarifario en las empresas eléctricas han manifestado los Reales Decretos- Leyes 6/2009 y 13/2012.

Y sobre esa base sostiene que no puede negarse razonablemente el evidente perjuicio que le irroga la imposición de la obligación de financiar el déficit de tarifa,

máxime cuando el propio Estado lo califica de "riesgo inasumible".

(7o) En cuanto a la vulneración del artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo aduce el escrito de interposición lo establecido por estos preceptos sobre la no discriminación de las empresas eléctricas en cuanto a derechos y obligaciones; y sobre que las obligaciones de servicio público que se impongan a las empresas eléctricas deberán no ser discriminatorias.

(8o) Conclusiones.

Aquí GAS NATURAL formula un resumen de todo lo anterior. Esto es, reitera que la sentencia no ha analizado debidamente lo referido a la legitimidad del fin de la norma y a la funcionalidad de la diferencia establecida en aras de esa

finalidad; que ha rechazado incorrectamente las comparaciones que fueron invocadas para combatir la funcionalidad del trato diferenciado que es objeto de controversia; y que tampoco son asumibles las razones desarrolladas por la sentencia para justificar la proporcionalidad de la medida impugnada por la recurrente.

(B) El segundo motivo (ordinal sexto del escrito de interposición) denuncia de nuevo la vulneración del principio de igualdad reconocido por el artículo 14 de la Constitución, que se considera infringido por la solución de la sentencia recurrida de considerar que la percepción de los CTCs como razón determinante de la carga de financiación del déficit es una justificación objetiva y razonable para el trato diferenciado padecido por la recurrente y las restantes empresas obligadas a financiar el déficit de tarifa.

Lo principalmente argumentado para apoyar este reproche es que esa vinculación con los CTCs establecida por la sentencia recurrida comporta una errónea interpretación de

la normativa aplicable y no contiene un solo elemento que permita justificar la objetividad y razonabilidad del trato diferenciado. Afirma GAS NATURAL que dicha solución seguida por la Sala de instancia incurre en varias contradicciones que permiten identificar las infracciones denunciadas en este motivo y, para ello, realiza los asertos y efectúa las consideraciones siguientes.

Nos dice que la sentencia, por un lado, declara que las razones del déficit de tarifa son diferentes antes y después de 2007 y, por el otro, responsabiliza del déficit a la Administración. Y sostiene que respecto de los asertos anteriores la sentencia incurre en estas contradicciones: (a) identificar como justificación razonable y objetiva del trato desigual una medida desaparecida en 2006, es decir, antes de la modificación de las causas y parámetros de la generación del déficit; (b) aludir a que las empresas afectadas no son ajenas al déficit; (c) afirmar que GAS NATURAL había estado sujeta a la financiación del déficit aun antes de la adquisición de FENOSA cuando jamás ha sido perceptora de CTCs; y (d) reconocer un dato que permite quebrar la vinculación de los CTCs con el sostenimiento del déficit: que GAS NATURAL se vio vinculado con una obligación de financiar aún antes de adquirir UNIÓN FENOSA cuando es un hecho notorio que jamás percibió compensación por los CTCs.

A partir de esas contradicciones denuncia luego una errónea interpretación por parte de la sentencia recurrida de la normativa que expresamente cita para identificar la relación entre el déficit y los CTCs (la Orden Ministerial de 21 de noviembre de 2000, la Orden ECO/1588/2002 y el Anexo III del Real Decreto 2017/1997, de 26 de noviembre).

E insiste en que los CTCs desaparecieron en 2006 y que la generación del déficit es anual.

(C) El tercer motivo (ordinal séptimo del escrito de

interposición) denuncia otra vez la vulneración del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución, que se habría producido por la inaplicación tanto de la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010) sobre el bono social, como de la que se sienta en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril de 2010 (Asunto C-265/08).

Respecto de esa sentencia de este Tribunal Supremo, referida al bono social, lo que aduce GAS NATURAL es lo siguiente: (a) que tanto en el caso examinado en esa sentencia como en este se trata de obligaciones de pago, de prestaciones patrimoniales impuestas normativa y nominativamente; (b) que no cabe oponer a la viabilidad de su impugnación el aquietamiento a la medida desde 2000 -- a diferencia de lo acontecido con el bono social, cuya impugnación se planteó contra la norma que procedió a su implantación-- pues ello pugna con la imprescriptibilidad e irrenunciabilidad de los derechos fundamentales y, además, es notorio el incesante y continuo agravamiento del déficit; y (c) que tampoco cabe esgrimir que en el caso del bono social no había justificación y sí en el de la obligación aquí controvertida, pues los argumentos expuestos por la sentencia recurrida para justificar la imposición de esta carga no guardan relación alguna con el contenido del déficit y con la finalidad y alcance de la normativa reguladora del mismo.

La argumentación frente a la inaplicación que hace la Sala de instancia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril de 2010 (Asunto C-265/08) es la que sigue.

Combate GAS NATURAL la apelación de la sentencia recurrida a la noción de servicio público para declarar que no son equiparables ambas situaciones, y para ello desarrolla estos argumentos: (a) que la propia sentencia recurrida califica la situación de los sujetos regulados de

sujeción especial; (b) que los parámetros de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son aplicables al actual caso litigioso porque en éste es mucho mayor el grado de inmisión en la esfera patrimonial del sujeto privado; (c) que no puede razonarse válidamente que los umbrales del Derecho de la Unión Europea sean mucho más estrictos para una situación de menor inmisión; y (d) que es reprochable el absoluto formalismo que significa invocar el concepto de servicio público para excepcionar una doctrina y jurisprudencia relevantes.

Y añade estas afirmaciones:

"las dos Sentencias, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se refieren a la imposición de una carga obligatoria respecto de sujetos privados que se ven por ello discriminados respecto de otros operadores económicos.

Que la carga recaiga en el concepto estricto de Servicio Público o no, a la hora de valorar si un gravísimo perjuicio se encuentra justificado, es sencillamente irrelevante".

(D) El cuarto motivo (ordinal octavo del escrito de interposición) reprocha a la sentencia recurrida la vulneración del artículo 24 de la Constitución.

Insiste la recurrente en que se ha producido una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque la Administración está demorando la aprobación de las liquidaciones definitivas --afirma, en este sentido, que no se ha llevado a cabo una liquidación definitiva desde la correspondiente a 2009-- y busca llegar a una situación de irrecurribilidad de su actuación.

Y para reforzar lo anterior afirma:

"Mi representada ha pagado más de 80 millones de euros como consecuencia de una liquidación que no se le permite recurrir hasta tanto no haya un acto definitivo que puede tardar en emitirse entre tres y cuatro años".

QUINTO.- La oposición del Abogado del Estado. El Abogado del Estado estructura su oposición analizando y

respondiendo

separadamente cada uno de los motivos de casación.

(A) Su oposición al primer motivo rebate los principales alegatos que la recurrente desarrolla para sostener ese básico reproche, realizado en este motivo, de que la sentencia recurrida no ha respetado, pese haberlos enunciado, los parámetros cuya ponderación resulta necesaria para determinar la existencia o no de una situación discriminatoria contraria al principio de igualdad.

En este sentido, indica, en primer lugar, que, aunque la recurrente no haya participado en las decisiones administrativas que han dado lugar al déficit de tarifa, tampoco es ajena a su existencia; y aduce a este respecto que el grupo societario encabezado por la recurrente ha realizado actividades que son retribuidas con cargo al sistema bajo diferentes conceptos, y que en el segundo período de generación del déficit (2001-2007) éste respondió a que el precio de la energía fue superior al inicialmente previsto y tal circunstancia benefició a la recurrente.

Combate, así mismo, la tesis de GAS NATURAL contraria a que se vincule la obligación de financiar el déficit de tarifa con el mecanismo de los CTCs y hace una remisión a lo que sobre esta cuestión desarrollará en la oposición al segundo motivo.

Rechaza igualmente el error que la recurrente imputa a la sentencia recurrida sobre la base de que esta, en su enjuiciamiento, ha hecho abstracción de la causa u origen del déficit tarifario.

Y señala con esta finalidad principalmente lo siguiente: (i) que tratándose del procedimiento especial de los derechos fundamentales está fuera de lugar discutir la cuestión de la compatibilidad de la cronicidad del déficit con los mandatos contenidos en la Ley del Sector Eléctrico; y (ii) que la

medida de imponer la obligación de financiar el déficit de tarifa a los perceptores de los

CTCs cumple con los estándares de enjuiciamiento que la jurisprudencia ha señalado para decidir si una diferencia de trato puede considerarse o no justificada.

En apoyo de esto último, se dice que es adecuada y proporcionada la decisión del legislador de imponer a los perceptores de las compensaciones por CTCs la obligación de subvencionar transitoriamente el déficit de tarifa y esto porque el presupuesto inicialmente considerado para esta compensación --que los precios del mercado, tras la liberación, harían imposible la cobertura de los denominados "costes hundidos"-- se manifestó erróneo toda vez que tales "costes hundidos" fueron suficientemente cubiertos durante el plazo transitorio previsto.

Finalmente, replica el alegato del recurso de que no hay una razón objetiva que diferencie a las empresas gravadas con la financiación del déficit de las restantes empresas del sector eléctrico, y subraya a este respecto que la sentencia expone con detenimiento cuáles son las razones en sus fundamentos undécimo a décimo sexto, cuyos términos, dice, deben reputarse plenamente acertados.

(B) La oposición al segundo motivo la sustenta el Abogado del Estado en la afirmación principal de que es plenamente acertada la vinculación entre las empresas perceptoras de los CTCs y las obligadas a financiar el déficit de tarifa, que la sentencia apreció para otorgar justificación objetiva y razonable a dicha carga controvertida.

Para explicar el juicio expresado en esa afirmación principal lo primero que hace el Abogado del Estado es exponer la radical alteración que ha habido en el marco legal aplicable en el sector eléctrico a partir de la Ley 54/1997 y subrayar que las compensaciones por CTCs

surgieron en el contexto que encarnó esa alteración.

Respecto de ella recuerda que antes de la Ley 54/1997 había un régimen conocido como "marco legal estable", consistente en que la actividad de generación eléctrica esta sometida a una intensa intervención administrativa que implicaba una planificación obligatoria y garantizaba una retribución suficiente

para recuperar las inversiones. Sobre ello, invoca como normas expresivas de dicho régimen anterior el Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre y la Ley 90/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional.

Dice, después, que ese primer régimen se vio radicalmente alterado por la Ley 54/1997 que abandonó en este sector eléctrico la noción de servicio público y la sustituyó por la garantía del suministro a todos los consumidores; y, por lo que hace a la actividad de generación de energía eléctrica, reconoció el derecho a la libre instalación y organizó su funcionamiento bajo el principio de libre competencia articulado a través de un mercado mayorista. En cuanto a la compensación por los CTCs añade que, efectivamente, surgieron en el contexto normativo que acaba de mencionarse, pues la reconoció y reguló la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997.

Más adelante subraya que esa previsión normativa sobre los CTCs partía de la presunción de que el transito a un modelo liberalizado iba a hacerse en condiciones que supondrían que el precio medio de generación de la energía fuera inferior al existente hasta ese momento y, en consecuencia, arbitraba una fórmula que pretendía compensar a las compañías que producían electricidad en 1997 con la diferencia entre la anterior tarifa eléctrica y el futuro precio esperado en el mercado liberalizado de la electricidad. Sobre este mecanismo establecido para la compensación de los costes de transición a la competencia

invoca cuanto declaró la sentencia de 11 de junio de 2001 de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Tomando como punto de partida todo lo anterior, el Abogado del Estado observa:

(1o) que el Estado no tenía la obligación de reconocer a las empresas de generación eléctrica el derecho a la compensación CTCs por el mero hecho de acometer la transición del sector eléctrico al mercado competitivo;

(2o) que todo proceso de liberalización de sectores hasta entonces cerrados a la competencia genera perjuicios para los operadores económicos preexistentes, pero no por ello existe la obligación de que el Estado asuma el pago de los derivados del cambio;

(3o) que desde 1986, en que España se adhirió a las Comunidades Europeas, las empresas que actuaban en regímenes cerrados eran conscientes de que había un cierto riesgo de que el mercado eléctrico se abriera a la competencia;

(4o) que el mecanismo de compensación de los CTCs partió de ese presupuesto de que el precio medio de generación de la energía iba a ser inferior al existente hasta ese momento y se señaló en 6 pts/kW (36,06 €/MWh) el precio ideal que permitiría la recuperación de las inversiones y que, por esta razón, se estableció como cláusula de salvaguarda que el eventual exceso en media anual sobre ese precio se deduciría del saldo pendiente; dándose la circunstancia de que en el período comprendido entre la entrada en vigor de la Ley 54/1997 y el Real Decreto-Ley 7/2006 se superó la barrera en todos esos ejercicios, salvo en los años 1998, 1999, y 2004; y

(5o) que todas esas circunstancias han determinado que las empresas sobre las que pesa ahora la financiación del déficit recibieran, durante el período de vigencia de la disposición transitoria sexta de la LSE, cantidades en

concepto de CTCs sobre la base de unos presupuestos que se revelaron erróneos.

Posteriormente, resalta que, tras las integraciones y adquisiciones producidas en el tiempo intermedio, las empresas obligadas a financiar el déficit de tarifa son las mismas a las que en su momento se abonó la compensación por CTCs; y dice que el déficit de ingresos de las actividades reguladas no fue contemplado en el Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por la razón de que dicho déficit no hizo su primera aparición hasta el ejercicio 2000. Y que eso es lo que explica que fuese la Orden de 21 de noviembre de 2000 la que estableció que, en el caso de la existencia de déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas, éste se imputara a los perceptores de derechos de compensación "según la disposición transitoria de la Ley 54/1997".

Luego recuerda que la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, estableció un mecanismo para la recuperación de las cantidades destinadas por tales empresas a la financiación del aludido déficit de ingresos, al establecer que se incluiría, como coste en la tarifa, la cuantía correspondiente para recuperar el

valor del déficit de ingresos; y esta previsión fue desarrollada por el Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre.

Completa lo hasta ahora expuesto con una recapitulación final en la que resume y subraya los principales asertos de esa exposición, insistiendo muy especialmente en que el hecho de que el Real Decreto-Ley 7/2006 pusiese término al mecanismo de compensación no impide que esa circunstancia siga ofreciendo justificación a la subsistente obligación de financiación del déficit. Y subraya a este respecto que los "costes hundidos" que dieron fundamento al mecanismo de los CTCs fueron suficientemente recuperados con la retribución de mercado obtenida

durante el período transitorio, de suerte que aquella compensación ha venido a determinar una sobre-retribución adicional, desligada de los presupuestos en que descansaba y que no ha sido objeto de corrección mediante una eventual liquidación final.

Termina esta oposición al segundo motivo de casación rebatiendo las objeciones de GAS NATURAL de que no fue perceptora de los CTCs, ni figuró en los Reales Decretos 2017/1997 y 1432/2002 y de que, pese a ello, le fue impuesta la obligación de financiar el déficit en la disposición transitoria primera del Real Decreto Ley 6/2009 cuando, al promulgarse esta última norma, la fusión con UNIÓN FENOSA todavía no se había consumado.

Para ello el Abogado del Estado esgrime lo que sigue:

(1o) La norma que es objeto de enjuiciamiento indirecto no es la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 6/2009, sino la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 54/1997 en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, por lo que el juicio de compatibilidad con el artículo 14 de la Constitución habrá de hacerse a la vista de ésta última.

(2o) La adquisición de cualquier activo de generación que tuviese asociado el derecho a la percepción de las compensaciones por CTCs determinaba la simultánea adquisición de tal derecho.

(3o) La fusión por absorción de UNIÓN FENOSA determinó que la recurrente se subrogara en todas las obligaciones y derechos que quedaron integrados en su patrimonio.

(4o) Siendo cierto que al promulgarse el Real Decreto-Ley 6/2009 no había culminado el proceso de adquisición de UNIÓN FENOSA por GAS NATURAL, no lo es menos que ese proceso ya había sido aprobado por la Comisión Nacional de la Competencia y que la recurrente tenía una participación relevante en el accionariado de esa sociedad.

(C) La oposición que frente al tercer motivo desarrolla el Abogado del Estado consiste en combatir la pretensión de la recurrente de que, para dar virtualidad al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución se debía haber inaplicado la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 54/1997 por ser contraria a la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE; y de que la Sala de la Audiencia Nacional debió seguir, para decidir esa inaplicación, la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala Tercera de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010), sobre el bono social, y la que se sienta en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril de 2010 [asunto C-265/08, Federutility].

Los argumentos que hace valer el Abogado del Estado en apoyo de dicha oposición son estos que continúan.

(1o) Es improcedente utilizar el Derecho de la Unión Europea como canon autónomo para decidir la constitucionalidad de normas o actos de las Administraciones Públicas.

Invoca para ello la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en el auto 80/2001; la STC 41/2002, de 21 de febrero; y la STC 136/2011, de 13 de febrero (fundamento 12o).

(2o) Son inaplicables al actual caso litigioso los artículos 3.1 y 3.2 de la Directiva 2009/72/CE y, por ello, es inaplicable también la sentencia de 7 de febrero de 2012 de esta Sala sobre el bono social.

Alega como idea principal que es improcedente la asimilación entre la financiación del déficit y la del bono social que defiende a recurrente para conseguir esa inaplicación que reclama de la disposición adicional

vigésimo primera de la Ley 54/1997 porque (i) el bono social, en el Real Decreto-Ley 6/2009, es configurado expresamente como una obligación de servicio público según lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, mientras que no existe ninguna previsión que otorgue tal condición a la obligación de financiación del déficit del sistema eléctrico; (ii) a falta de esa expresa definición, tampoco en dicha obligación de financiación del déficit del sistema eléctrico son apreciables las notas que caracterizan al concepto de servicio público definido en el artículo 2.2 de la Directiva 2009/72/CE; (iii) no son apreciables esas notas pues la obligación de financiar el déficit de tarifa no guarda relación con la "regularidad" y "seguridad" del servicio --ya que para la satisfacción de los costes de las actividades reguladas se podría haber instrumentado un sistema distinto-- y tampoco con las obligaciones de servicio público que pueden establecerse en relación con el precio de los suministros, dado que estas obligaciones están circunscritas a los clientes domésticos y pequeñas empresas y a los denominados consumidores vulnerables, según lo declarado en los considerandos 45 y 50 de la Directiva 2009/72/CE y lo establecido en su artículo 3.5.

(3o) De ser aplicables esos artículos 3.1 y 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, estos preceptos no habrían sido infringidos, pues el mandato de no discriminación contenido en ellos se refiere exclusivamente a la imposibilidad de dar un trato diferente a personas físicas y jurídicas por razón de su nacionalidad.

(4o) Subsidiariamente a lo anterior y, también, para el supuesto de que considerásemos aplicables esos artículos 3.1 y 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, afirma la imposibilidad legal de que esta Sala inaplique la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 54/1997 porque, aún aceptando que infringiera el mandato de no discriminación contenido en los mencionados artículos de la

Directiva, la valoración de tal supuesta infracción debería

efectuarse necesariamente por el Tribunal Constitucional.

Este argumento lo concreta o sustenta el Abogado del Estado en estos principales asertos: (i) tratándose de normas con rango de ley, su posible contradicción con la Constitución hace siempre obligado plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad; y (ii) si esas normas con rango de ley son simultáneamente disconformes al Derecho de la Unión Europea y a la Constitución, tampoco puede ser preterida esa obligación de planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

Se apoya para ello la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, del Pleno del Tribunal Constitucional, según la cual la cesión de competencias derivadas de la Constitución, al amparo de lo que establece su artículo 93, tiene límites que están referidos a "nuestras estructuras constitucionales básicas" y al "sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución". Y trae a colación, también, la sentencia de 22 junio de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto Melki y Abdeli).

(5o) Subsidiariamente, para el supuesto de que fueran atendidos ninguno de los argumentos precedentes, aduce la imposibilidad legal de que esta Sala haga inaplicación de la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 54/1997 por su supuesta incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, al ser necesario el previo planteamiento de cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Aquí el Abogado del Estado sostiene básicamente que, de no ser acogibles sus anteriores argumentos, esta Sala debería aceptar que, al menos, hay dudas razonables sobre la compatibilidad o conformidad con el Derecho de la Unión Europea de esa disposición adicional y, consiguientemente, concluir en la necesidad del previo planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de

Justicia de la Unión Europea al amparo de lo establecido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Apoya esta tesis en la doctrina Cilfit contenida en la sentencia de 6 de octubre de 1982 (asunto 283/1981) sobre los supuestos en que se dispensa de

ese planteamiento de cuestión prejudicial, por considerar que, dándose esas dudas razonables, el caso presente no es encuadrable en dichos supuestos.

Recuerda que la STC 78/2010 ha invocado esa doctrina Cilfit y, especialmente, subraya que la existencia de dudas razonables en el actual caso no puede quedar descartada en virtud de la doctrina sentada en la sentencia de 20 de abril de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C- 265/08, Federutility), pues entre el litigio actual y el resuelto por esta última sentencia no hay la más leve traza material de identidad.

(D) La oposición al cuarto motivo la inicia el Abogado del Estado con el alegato de que no cabe apreciar que la concreta liquidación impugnada sea expresión de una actuación administrativa impeditiva u obstructiva del acceso a la justicia porque, encuadrada en el contexto de un procedimiento reglado, el carácter provisional que presenta es una consecuencia necesaria de la estricta observancia de dicho procedimiento.

Y añade:

"(...) en la medida en que lo impugnado es la liquidación 3/2012, parece patente que no cabe afirmar que, al tiempo de interponerse el recurso que nos ocupa, se hubiera incurrido en demora alguna en lo que a la aprobación de la liquidación definitiva concierne. Si bien la recurrente advierte que se ha incurrido en retraso en la elaboración de las liquidaciones definitivas de años precedentes, lo cierto es que no impugna una liquidación provisional que se contraiga a tales ejercicios. Y no cabe sobre dicha base dar por sentado que parejo retraso vaya a producirse en la práctica de la liquidación definitiva de la liquidación de 2012".

Luego puntualiza que la demora denunciada en la práctica de las liquidaciones definitivas

"viene motivada por el hecho de no haberse aprobado aún los valores unitarios de inversión y de operación y mantenimiento para los sistemas insulares y extrapeninsulares, siendo así que, cuando tal desarrollo normativo pueda producirse, nada impedirá su práctica".

Y culmina el Abogado del Estado su exposición con esta afirmación:

"En todo caso, lo que queda claro es que no cabe hacer un juicio prospectivo sobre la liquidación definitiva de 2012 a la vista de lo ocurrido en ejercicios anteriores y, más aún, (...) no es la liquidación impugnada (ni la norma indirectamente cuestionada, a saber, la Disposición Adicional 21a de la Ley del Sector Eléctrico) la que, eventualmente, podría conculcar el derecho de acceso a la justicia de la actora (acceso que, en todo caso, ha podido obtener por el cauce del presente recurso, bien que con las limitaciones inherentes a un procedimiento de protección de derechos fundamentales) sino, en su caso, la eventual, futura e hipotética inactividad administrativa por la demora en la práctica de aquélla".

SEXTO.- Las alegaciones del Ministerio Fiscal y su solicitud de que se declare no haber lugar al recurso de casación.

El Ministerio Fiscal --que nos pide que no demos lugar al recurso de casación-- divide el discurso jurídico que desarrolla con esa finalidad en cinco apartados, dedicados, respectivamente, (1o) a realizar unas observaciones previas sobre el recurso; (2o a 5o) a contestar y rebatir lo planteado en cada uno de los motivos de casación; y (6o) a concretar sus conclusiones sobre que no hay razones para entender que la sentencia recurrida haya incurrido en vulneración de los artículos 14 y 24 de la Constitución ni tampoco para cuestionar la constitucionalidad de la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 54/1997.

(1o) Esas observaciones previas son las tres siguientes.

(A) El recurso de casación, para sostener su tesis principal de que no concurren los requisitos que según la doctrina constitucional permitirían advertir en esa polémica disposición adicional de la Ley 54/1997 un justificado trato

diferente, niega o sostiene una apreciación diferente de los hechos que la Audiencia Nacional consideró acreditados y agrega otros que ni siquiera se mencionan en la sentencia. No combate, sin embargo, la valoración probatoria efectuada en la instancia por ninguna de las posibilidades tasadas que la jurisprudencia de esta Sala tiene establecidas cuando en casación se quiere

impugnar el juicio de instancia sobre los hechos. Cita al respecto las sentencias de esta Sala de 3 de mayo de 2013 (casación 191/2006) y de 18 de febrero de 2013 (casación 3086/2010).

(B) Ha de rechazarse el discurso político de la recurrente (así lo califica el Fiscal) sobre el acierto o la oportunidad de determinadas decisiones, pues un recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo no es el lugar ni el momento para formularlo.

(C) En la instancia el Ministerio Público formuló una objeción procesal que no recibió respuesta en la sentencia recurrida, porque esta analizó y desestimó una cuestión de fondo a la que la vinculó estrechamente; y tal objeción era la referida a la improcedencia de formular en un proceso de derechos fundamentales un petitum basado directamente en el principio de efecto directo del Derecho de la Unión Europea y dirigido a obtener la inaplicación de normas del ordenamiento interno español que puedan ser incompatibles con él.

Tal objeción quedó imprejuizada al rechazar la sentencia esa cuestión de fondo a la que vinculó la procesal, pero se ha suscitado de nuevo ahora al insistir el recurso de casación en la inaplicabilidad de esa disposición adicional de la Ley 54/1997 por su supuesta incompatibilidad con las normas europeas. Por ello, el Ministerio Fiscal, siguiendo al Tribunal Constitucional, reitera su tesis de que debe rechazarse que, en el estricto ámbito de la discusión sobre la constitucionalidad de una norma de Derecho interno

español --único extremo que en el actual proceso puede enjuiciarse--, el canon de enjuiciamiento haya de venir condicionado o definido por el Derecho Europeo. Y defiende que es inevitable concluir, por ello, que el objeto procesal del litigio queda reducido a la posibilidad de que esta Sala eleve una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

(2o) El análisis del primer motivo de casación lo inicia el Fiscal subrayando que todos los argumentos del recurso puede resumirse en uno sólo: que no existe un vínculo especial entre la compañía recurrente y la razón de ser o el fin perseguido por la norma que establece su obligación de pago, por lo que es imposible --y yerra la sentencia de instancia al pretenderlo-- concretar un

fundamento razonable que justifique la imposición de esa obligación precisamente a la recurrente y no a otros sujetos de derecho.

A continuación, indica que antes del examen de ese argumento principal conviene fijar, como marco previo del debate, los términos de la doctrina constitucional sobre los parámetros de necesaria ponderación para decidir cuando las situaciones de desigualdad constituyen discriminación. Para ello cita y transcribe --en parte-- con esta finalidad las SSTC 200/2001, 33/2006 y 36/2011.

Una vez fijado exactamente el canon de constitucionalidad, precisa que, a su entender lo que procede es comprobar si la sentencia recurrida lo ha aplicado correctamente al examinar la norma legal cuestionada o si, por el contrario, hay dudas para entender que la misma no cumple dicho estándar constitucional. Y seguidamente responde y analiza las objeciones esgrimidas por la parte recurrente frente a la solución seguida por la sentencia recurrida en relación con la cuestión que acaba de apuntarse.

(A) Así, la replica a los argumentos del recurso

consistentes en que el déficit de tarifa es consecuencia de una decisión que no incumbe a la recurrente la efectúa el Fiscal en los términos que siguen. Resume el desarrollo que de este argumento se hace en el recurso de casación y, tras dicho resumen, el Fiscal reprocha al recurrente incurrir en el concreto error que imputa a la sentencia recurrida: omitir y eludir la argumentación jurídica sustantiva ofrecida por dicha sentencia y derivar el debate hacia un análisis histórico del origen y los motivos del déficit cuando, precisamente, el Tribunal a quo considera razonadamente que esa perspectiva no resulta pertinente a la hora de juzgar la legitimidad constitucional del sistema conforme al artículo 14 de la Constitución.

Y señala el Fiscal que, respecto de la cuestión atinente al fundamento constitucional de la obligación de financiar el déficit tarifario, lo que dice la Audiencia Nacional (fundamento duodécimo de la sentencia) es que se trata de una prestación encuadrable en el artículo 31.3 de la Constitución y, por tanto, es en el análisis de dicha norma donde hay que buscar la respuesta a la cuestión que plantea la parte recurrente.

Advierte luego el Fiscal que de ese artículo 31.3 CE no se desprende que una obligación como la aquí controvertida no pueda imponerse a determinadas empresas del sector eléctrico por el hecho de que no les sea imputable la causación del déficit. Y apunta que, de hecho, si se atiende a la propia naturaleza y razón de ser de la norma, nada impediría que al amparo de ese precepto constitucional pudiera establecerse una obligación, no ya de financiación, sino incluso de pago definitivo a cargo de dichas empresas, siempre y cuando la norma que lo hiciera tuviera rango de ley.

Por eso, en contra de lo que sostiene GAS NATURAL, prosigue el Ministerio Fiscal, la sentencia recurrida no incurre en defecto o error de motivación alguno, ni en contradicción, por el hecho de reconocer que "la causa u

origen del déficit tarifario no es relevante para apreciar la constitucionalidad de la obligación de financiación que se impone a la actora".

Dice, también, el Fiscal que, desde el momento en que la carga de financiar el déficit se impone como una prestación pública incardinable en el artículo 31.3 de la Constitución, el término de comparación, a la hora de determinar si hay o no una razón objetiva para que sean esas compañías eléctricas y no otros sujetos quienes la soporten, no tiene por qué establecerse forzosamente --frente a lo que parece sostener GAS NATURAL-- sobre la base de quién "tiene la culpa" de dicho déficit, ni tampoco atendiendo a que el sujeto obligado persiga en su actividad mercantil el mismo objetivo que pretende alcanzar el Estado o comparta su política.

Lo relevante, aclara, es que exista una vinculación de razonable proporcionalidad entre la obligación establecida por la norma y la finalidad perseguida por la propia norma, de modo que la carga impuesta no sea exorbitante en relación con ese fin: En cambio, la vinculación no necesariamente tiene que darse con el origen de la necesidad de la prestación.

Afirma, igualmente, el Ministerio Fiscal que, si se considerara procedente ahondar en el examen histórico pretendido por la actora, se debería recordar que ciertamente el tribunal sentenciador declara que el origen del déficit no es relevante para la decisión y que las empresas obligadas a financiar no son responsables de dicho déficit, pero no dice, frente a lo sostenido por la

recurrente, que no exista ningún nexo de unión entre el origen del déficit y las compañías que deben financiarlo.

Destaca el Ministerio Fiscal que sucede justamente lo contrario: la Audiencia Nacional, tras reconocer que las empresas no son las causantes del déficit, advierte que

cosa distinta es que fuesen enteramente ajenas a él. Y que desde el principio la obligación se impuso a las principales generadoras de régimen ordinario que obtenían más ingresos vía precios. A su vez, indica, que de la Orden Ministerial de 21 de noviembre 2000 y de la Orden ECO/1588/2002 se deduce que la financiación del déficit está relacionada con la percepción de compensaciones por los CTCs.

(B) Combate luego el Fiscal la pretensión del recurso de identificar como justificación objetiva y razonable del trato desigual una medida desaparecida en 2006: la compensación por CTCs. Y lo hace a través de unas ideas o afirmaciones que, en esencia, se pueden resumir en lo siguiente.

(i) Que la Audiencia Nacional no establece un vínculo jurídico entre el derecho de cobro de los CTCs y la obligación de financiar, ni una relación de causa-efecto entre la supuesta responsabilidad por la generación del déficit y la constitucionalidad de dicha obligación.

(ii) Que la sentencia recurrida comprueba unos datos históricos que permiten identificar a las empresas a las que se ha impuesto la obligación de financiar el déficit de tarifa y lo conecta con estos otros hechos: que las compañías financiadoras son operadores y agentes del sector regulado de la energía eléctrica; y que las afectadas por esa obligación ha sido caracterizadas por la CNE como operadores principales y operadores dominantes a los efectos del RD-Ley 6/2000.

(iii) Y que dicha sentencia descarta de forma explícita que esa vinculación histórica existente entre las grandes compañías eléctricas y la financiación del déficit constituya la fundamentación constitucional de su obligación actual, pues esa fundamentación la encuentra en el artículo 31.3 CE.

Llegados a este último punto, dice el Fiscal que

"conviene recordar la doctrina general del Tribunal Constitucional que establece que a la hora de determinar los criterios que justifican o exigen un trato diferencial de los distintos sujetos de derecho, el único límite infranqueable es que "los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas" (STC 49/2008. de 9 de abril), pero dentro de esos límites establecidos en la Constitución el Legislador "goza (...) de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática" (SSTC 167/1997, de 13 de octubre y 55/1998, de 16 de marzo), tratándose en definitiva de que la introducción de elementos de diferenciación se produzca "de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas" (STC 200/2001 de 4 de octubre). Ese amplio margen de configuración del trato justificadamente diferente y por tanto no discriminatorio abre un horizonte, a la hora de justificar tal diferencia, que es o puede ser mucho más amplio, como ya se ha apuntado, que el específico vínculo con el origen o la causa de la necesidad que se trata de subvenir".

Señala más adelante que en la sentencia hay una explicación de por qué se impone a la recurrente y a los otros cuatro grupos la obligación de financiar el déficit y es esta: siendo las empresas principales del sector y, por tanto beneficiarias últimas de su funcionamiento, tienen capacidad acreditada de subvenir esta necesidad.

Luego el Ministerio Público, tras recordar lo afirmado por la sentencia recurrida sobre que no es arbitrario, injustificado ni desproporcionado imponer la controvertida obligación a las matrices de los principales grupos empresariales, al presumirse en ellas mayor solvencia y capacidad para su asunción, realiza esta afirmación:

"el hecho de ostentar una posición históricamente relevante en ese sector económico, de haberse beneficiado directa o indirectamente, en todo o en parte (como se precisará más adelante) de la cobertura de los costes de transición hacia la competitividad, de ostentar una posición de dominio en un mercado que a largo plazo deberá devolverle sus aportaciones financieras con intereses cuya cuantía no podrá suponer desequilibrio o perjuicio alguno para sus resultados económicos, convierte a GAS NATURAL, como al resto de empresas "financiadoras", en beneficiaria neta (y de ninguna manera en "víctima", como pretende) de todo el sistema a largo plazo, lo que

justifica sobradamente, en términos de razonabilidad, el que haya sido elegida

para soportar transitoriamente la carga de financiar un déficit estructural del mercado en el que actúa y del que se beneficia --junto al resto de las obligadas-- más que ningún otro de los sujetos vinculados a él, incluidos --sobre todo-- los consumidores".

(C) La exposición siguiente la dedica el Ministerio Fiscal a responder a todo lo que en el recurso de casación se argumenta sobre el juicio de funcionalidad y sobre la comparación con otros sectores económicos.

Comienza diciendo que esa respuesta está en buena medida en sus consideraciones precedentes y que, por eso, se va a limitar a contestar las alegaciones del escrito de interposición que combaten los juicios comparativos de la sentencia recurrida. Rebate al respecto la crítica del recurso al rechazo de la sentencia de las comparaciones con las que pretendía demostrar el carácter discriminatorio de la polémica obligación de financiar el déficit. Y defiende el acierto de la solución de la sentencia porque: (a) las empresas ajenas al sector energético no son un válido término de comparación porque lo que juega en la medida cuestionada es el principio de proporcionalidad y, a su luz, nada obsta a la imposición de distintas formas de cumplimiento de una misma obligación en atención de la diferente capacidad y aptitud para el fin perseguido; (b) las restantes empresas del sector eléctrico tampoco son un aceptable término de comparación porque, en la fundamentación de la obligación de financiar el déficit, lo determinante no es la vinculación con su generación sino la posición de empresa dominante en el mercado eléctrico y, por ello, dotada de mayor capacidad e idoneidad para hacerla frente; (c) es rechazable la comparación con empresas pertenecientes a sectores energéticos distintos porque, siendo patente la diferencia entre ellas y las del sector eléctrico, es aplicable lo dicho en el apartado (a); y (d) tampoco es válida la comparación con las entidades financieras por los factores diferenciales que separan a estas de las eléctricas.

(D) Hay una posterior referencia del Ministerio Fiscal también a lo que el recurso argumenta sobre la desigualdad que supone la obligación de financiar por carecer de una justificación objetiva y razonable y sobre el juicio de proporcionalidad.

En lo que hace a lo primero, el Ministerio Público se remite a lo dicho antes sobre que haya sido la inercia normativa la única justificación ofrecida por la sentencia de instancia; y, por lo que se refiere a lo segundo, recuerda que está referido a la correspondencia que debe darse entre el esfuerzo financiero y la finalidad perseguida.

(E) Finaliza el Ministerio Fiscal sus alegaciones al primer motivo diciendo que la sentencia recurrida ofrece una justificación constitucionalmente fundada de la obligación de financiar el déficit sustentada en el artículo 31.3 de la Constitución y en la singular y específica posición dominante en el mercado de la energía de las empresas obligadas. Y afirma, además, que esa prestación pública viene compensada por la exigencia normativa de indemnidad económica, que se concreta en: (a) la restitución íntegra de las cantidades adelantadas, con los intereses que aseguren la cobertura del cien por cien del coste financiero de la obligación; y (b) la decisión de desplazar hacia las generaciones futuras esos costes.

(3o) Sobre el segundo motivo de casación --para el Fiscal centrado en negar que haber percibido la compensación por los CTCs sea una justificación objetiva del trato discriminatorio-- se remite a lo expuesto con anterioridad sobre esta cuestión e insiste especialmente en que la sentencia recurrida en ningún momento convierte ese hecho en justificación de la obligación de financiar el déficit impuesto a GAS NATURAL.

(4o) Por lo que respecta a las cuestiones suscitadas en el tercer motivo de casación, argumenta el Fiscal que la situación en la que se apoya y de la que trae causa el

sistema de financiación del déficit de tarifa es diferente de la que precedía al establecimiento *ex novo* del bono social, al que se refiere la actora.

De todos modos, no le parece en modo alguno irrazonable el matiz que hace el tribunal sentenciador al señalar que no es lo mismo, si de servicio público se trata, fijar precios de referencia en el suministro a los consumidores y las condiciones en que se hace con el resultado de alterar el juego de la oferta y la demanda, que determinar el modo de financiar el déficit procedente, en parte, de esa u otra política de tarifas. Son --nos dice-- planos incontestablemente distintos por la naturaleza de las decisiones, por su contenido, por las condiciones

requeridas para su adopción y por sus destinatarios, cuya capacidad para comprometer o afectar al servicio público evidentemente no es la misma.

(5o) Finalmente, por lo que respecta al cuarto motivo de casación, señala el Ministerio Fiscal que acierta la sentencia recurrida cuando llama la atención sobre la posibilidad de reaccionar en vía jurisdiccional contra la inactividad de la Administración y advierte que una tutela judicial preventiva como la que aquí se impetra no tiene cabida en nuestro sistema constitucional; máxime cuando semejante "lesión" se invoca en un recurso de casación contra una sentencia que ha rechazado las causas de inadmisibilidad basadas en el carácter no definitivo del acto impugnado, opuestas tanto por el Abogado del Estado como por la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

SÉPTIMO.- Sobre el procedimiento y la pretensión de inaplicación del Derecho interno.

Hemos de comenzar el examen de las pretensiones hechas valer por las partes por la cuestión procesal suscitada por el Ministerio Fiscal. Se trata de la relativa a la posibilidad de hacer valer en el proceso de protección

jurisdiccional de los derechos fundamentales la primacía del Derecho Europeo y la consiguiente inaplicación de la norma interna que lo contradiga.

Fueron dos, en efecto, las objeciones de naturaleza procesal que el Ministerio Fiscal planteó en la instancia. Una se refería a la inimpugnabilidad de un acto que no es definitivo --la liquidación provisional-- y otra a la mencionada primacía. Nos dice ahora que la sentencia se pronunció sobre la primera pero no sobre la segunda porque la Sala de la Audiencia Nacional la consideró íntimamente ligada al debate de fondo y los términos en que acabó resolviéndolo hicieron innecesario afrontar directamente este asunto. Por eso, a diferencia del relativo a la recurribilidad de la liquidación provisional del déficit de tarifa, vuelve a plantearlo.

Pues bien, sobre la primacía del Derecho de la Unión Europea y la idoneidad del procedimiento elegido por GAS NATURAL para hacerlo valer y acoger pretensiones de inaplicación del Derecho español, debemos señalar, en primer lugar, que no es incorrecto el camino seguido por la Audiencia Nacional. En efecto, tratándose, como se trataba de establecer si, efectivamente, GAS NATURAL había sido discriminada, es razonable deferir el eventual pronunciamiento sobre la procedencia o no de inaplicar el Derecho español al momento en que se hubiera alcanzado una respuesta afirmativa, ya que, de ser negativa, no habría ningún problema que resolver al respecto. Esa vinculación entre la cuestión procesal y la de fondo sigue existiendo en este momento y permite justificar que sigamos el mismo criterio.

No obstante y sin perjuicio de lo que se dirá después, cabe observar que GAS NATURAL ha promovido un procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales cuyo objeto es la tutela judicial efectiva, por un cauce preferente y sumario, de unos derechos de entre

los que dice el artículo 53.2 de la Constitución que pueden hacerse valer en él.

Por tanto, el parámetro con el que nos debemos mover para juzgar sobre la desigualdad que dice padecer es, esencialmente, el que nos ofrecen el artículo 14 de la Constitución y la jurisprudencia que lo ha interpretado.

Del mismo modo, ha de indicarse que la eventual infracción de ese precepto por una Ley o por una disposición con fuerza de Ley nos obligaría, de no ser posible una interpretación que la obviara, a plantear cuestión de inconstitucionalidad.

Esto no significa, sin embargo, que el Derecho de la Unión Europea no sea relevante pues, ciertamente, cuando -- como, en el seno de este procedimiento sucede-- el contraste se establezca entre la Constitución y la ley nacional y su aplicación, aquel Derecho servirá para establecer si la infracción denunciada --aquí la desigualdad injustificada de la que se queja la recurrente-- se ha producido o no. Es decir, operará como elemento de integración de nuestro ordenamiento jurídico.

OCTAVO.- Consideraciones iniciales sobre los motivos de casación primero, segundo y tercero.

El estudio de los motivos de casación primero, segundo y tercero debe hacerse conjuntamente porque los tres suscitan, desde distintas perspectivas,

esta misma cuestión: la vulneración del principio de igualdad por la norma de cobertura de la obligación impuesta de financiar el déficit (la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 54/1997). Y lo hacen, además, con alegatos que sólo en apariencia son diferentes.

Decimos que los alegatos son diferentes sólo en apariencia porque a lo que van dirigidos todos ellos es a combatir estos dos principales argumentos desarrollados por la

sentencia recurrida para rechazar la denunciada vulneración del principio de igualdad: (i) que la recurrente GAS NATURAL y los demás obligados a financiar el déficit de tarifa han tenido en el sector eléctrico una posición singular en relación con los demás agentes económicos y energéticos; y (ii) que hay una interrelación entre los perceptores de las compensaciones por los CTCs y los obligados a financiar el déficit de tarifa, dispuesta por las normas sucesivas que así lo han establecido en virtud de haberse revelado errónea la previsión de la que se partió en la Ley 54/1997 para establecer el régimen compensatorio.

Para decidir cuál de esas posiciones enfrentadas que mantienen los litigantes en relación con los dos argumentos principales de la sentencia recurrida que acaban de apuntarse conviene establecer unas consideraciones previas sobre las tres materias siguientes: (1o) los dos modelos que se han sucedido en el ordenamiento español en torno a la actividad de producción de energía eléctrica; (2o) la significación y la finalidad de la compensación o retribución fija de los costes de transición de la competencia; y (3o) la coincidencia entre los perceptores de la compensación por los CTCs y los obligados a financiar el déficit de tarifa, y la razón de esta coincidencia.

Y así se hace seguidamente.

(1o) Los dos modelos que se han sucedido en el ordenamiento español en torno a la actividad de producción de energía eléctrica.

Como bien señala el Abogado del Estado, antes de la Ley 54/1997 hubo un régimen del sector eléctrico conocido como "marco legal estable", en el que la generación eléctrica estaba sometida a una importante intervención administrativa caracterizada por estas dos notas: la sujeción a la planificación

obligatoria y la garantía de una retribución suficiente para la

recuperación de las inversiones.

Expresión importante de este primer modelo fue el Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, por el que se determinaba la tarifa eléctrica de las Empresas Gestoras del Servicio. Su preámbulo aludía al objetivo de proporcionar "un marco de referencia estable referido al sistema de ingresos de Empresas que suministran energía eléctrica" y, asimismo, señalaba que la "determinación de la tarifa eléctrica debe asimismo contemplar el principio de recuperación de activos fijos a lo largo de su vida útil". Y sus artículos 4 y 5, respectivamente, establecían que el coste total del servicio eléctrico se integraría por la adición, entre otros, de los costes derivados de la generación de energía eléctrica por las inversiones realizadas en instalaciones complejas especializadas y la manera de determinarlo.

Este modelo tuvo su continuidad en la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional. Su artículo 16.1.b) dispuso que, para la determinación de las tarifas que deberían satisfacer los usuarios del sistema integrado, el Gobierno establecería la retribución global y conjunta de las actividades de dicho sistema, conforme a un método que respondería, entre otros, a este principio: "los costes reconocidos para la actividad de generación incluirán costes de inversión (...)".

En fin, la Ley 54/1997 modificó el modelo, pues reconoció en la actividad de generación eléctrica el derecho a la libre instalación y organizó su funcionamiento bajo el principio de libre competencia a través de un mercado mayorista, tal como dice su exposición de motivos.

(2o) La significación y finalidad de la compensación o retribución fija de los costes de transición a la competencia.

Esta compensación fue establecida en la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 54/1997, cuya versión inicial fue objeto de sucesivas modificaciones --por la Ley

50/1998, de 30 de diciembre, por el Real Decreto-Ley 2/2001, de 2 de febrero, y por la Ley 9/2001, de 4 de junio-- hasta su supresión por el por el Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio.

Su reconocimiento --como señaló la sentencia de esta Sala de 11 de junio de 2001 (recurso 117/2000)-- partió del presupuesto de que el precio de generación de la energía iba a ser inferior al que había existido hasta ese momento, y se fijó en 6 pesetas/KWh (36,06/MWH) el precio ideal a partir del cual el mercado permitiría recuperar las inversiones. Fue, precisamente, esta determinación la que llevó a que se estableciese que, si el precio del mercado resultaba mayor a las 6 pesetas KW/H, los pagos compensatorios se reducirían.

Este mecanismo de los CTCs fue desarrollado por el Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento, que le dedicó su Capítulo IV (artículos 9 a 18) y relacionó en su Anexo III las empresas entre las que se repartiría la asignación general y los porcentajes correspondientes a cada una de ellas dentro de ese reparto, en estos términos:

"ANEXO III

Iberdrola, S.A. ENDESA Unión Eléctrica Fenosa,
S.A Compañía Sevillana de Electricidad, S.A Fuerzas Eléctricas
de Cataluña, S.A E. N. Hidroeléctrica del Ribagorzana, S.A.
Electra de Viesgo, S.A. Hidroeléctrica de Cataluña, S.A.
Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S.A. Hidroeléctrica del
Cantábrico, S.A. Elcogas, S.A.,

27,10 31,03 12,90 05,40 10,00 01,68 01,66 00,77 00,66 05,70
03,10"

(3o) La coincidencia entre los perceptores de la compensación por

CTCs y los obligados a financiar el déficit de tarifa, y la razón de esta coincidencia.

La coincidencia aparece en la secuencia normativa y de antecedentes consignada por la sentencia recurrida que antes fue reseñada. A ella nos remitimos, sin perjuicio de resaltar ahora, de entre sus hitos más significativos, los siguientes que revelan por qué se estableció esa coincidencia.

(A) Las primeras normas que imponen financiar el déficit de tarifa a los perceptores de las compensaciones por los CTCs son, a partir de la Resolución de 28 marzo de 2000 de la Dirección General Energía, la Orden del Ministerio de Economía de 21 de noviembre de 2000 y la Orden ECO 1588/2002. Ambas Órdenes establecen una precedencia en la repercusión del déficit y disponen que, de existir, se imputará a los perceptores de derechos de compensación según la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997 en su redacción modificada por el artículo 107 de la Ley 50/1998.

Importa destacar que el informe 12/2000 de la CNE al proyecto de lo que luego sería la Orden de 21 de noviembre de 2000 sobre el mecanismo de reparto del déficit, dice:

(i) que uno de sus objetivos es incluir en dicha financiación el exceso de precio de generación percibido por encima de las 6 pesetas KWh;

(ii) que con el anterior objetivo se pretende "que aporten más aquellas empresas que más se han beneficiado de unos precios de mercado elevados, los que han contribuido en gran medida a la formación del déficit y que, además, son las que han recuperado los CTC's con mayor rapidez".

(B) El Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio, llevó a cabo estas dos importantes modificaciones en la Ley 54/1997.

Por un lado, en el punto quince de su artículo 1, añadió en dicho texto legal la disposición adicional vigésima primera, que habilitaba al Ministro de Industria y Energía para que, en los periodos en que existiese déficit en las actividades reguladas, estableciera los sujetos que deberían aportar financiación y sus cuantías.

Por otro, en el punto 16 de ese mismo artículo 1, suprimió en dicha Ley 54/1997 su disposición transitoria sexta que contenía la regulación de los costes de transición a la competencia.

Y en su preámbulo incluyó estas declaraciones:

"La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, estableció un mecanismo general de retribución a la generación eléctrica basado en los precios de mercado y, en su disposición transitoria sexta, un mecanismo complementario y transitorio, los costes de transición a la competencia (CTCs), con el objetivo de facilitar la transición desde un entorno regulatorio planificado a uno competitivo en el que la recuperación de las inversiones dependería sólo de la rentabilidad de las mismas.

Sin embargo, el mecanismo de los CTCs ha devenido ineficiente, en primer lugar, porque generan distorsiones en los precios de mercado al ser integrados como determinantes en las estrategias de oferta; en segundo lugar, porque han quedado obsoletas las hipótesis sobre las que se basaron los cálculos de los CTCs al promulgarse la Ley; por último, los informes disponibles revelan un alto grado de amortización de las instalaciones afectadas. En suma, se trata de un mecanismo innecesario y distorsionador que requiere una urgente supresión, lo que se lleva a cabo mediante la derogación de la mencionada Disposición transitoria sexta".

NOVENO.- Es cognoscible la razón de la imposición de la obligación de financiar el déficit de tarifa a la recurrente y a las demás empresas relacionadas por la disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997.

El primer motivo de casación sostiene que la sentencia de

la Audiencia Nacional ha vulnerado el derecho a la igualdad que reconoce a GAS NATURAL el artículo 14 de la Constitución y el principio de no discriminación proclamado por el Derecho de la Unión Europea, hecho valer en las sentencias del Tribunal

de Justicia que invoca y traído expresamente al ámbito del sector eléctrico por la Directiva 2009/72/CE.

Tanto uno como otro, según la recurrente, proscriben el trato diferente a quienes se encuentran la misma posición, y esto es, precisamente, lo que hace la disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997 que se le ha aplicado, por ser esta una norma singular carente de explicación.

Y para la recurrente así ha de ser apreciado, en la medida en que al imponerle dicha disposición una obligación que no exige a otras empresas ajenas al sector eléctrico ni a todas las que forman parte de él, incurre en esas infracciones porque la desigualdad que comporta no cuenta con ninguna justificación objetiva y razonable.

Ahora bien, en contra de lo que sostiene GAS NATURAL, la obligación cuestionada sí reúne las notas de legitimidad, funcionalidad y proporcionalidad que le niega el escrito de interposición.

Es verdad que no contamos ni con una exposición de motivos de la Ley 54/1997, ni con un preámbulo del Real Decreto-Ley 6/2009 --el que estableció la redacción de su disposición adicional vigésima primera-- o del Real Decreto Ley 6/2010 --el que fija el texto que se ha aplicado a la actora- que nos ofrezcan una explicación de por qué son las empresas mencionadas en ella las llamadas a financiar el déficit de tarifa.

Y es igualmente cierto que dicha disposición impone una carga a grupos designados nominatim, como dice el escrito de interposición, ya que, insistimos, identifica las empresas

llamadas a la prestación patrimonial forzosa en que consiste la carga que les impone.

Sin embargo, empezando por esto último, hay que decir que la disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997 no puede ser calificada de prescripción legal ad personam, si éste es el dato que se quiere tomar en consideración para valorarla como discriminatoria e injusta, pues la materia por ella regulada es un aspecto concreto de la ordenación del sector eléctrico del que las empresas concernidas no sólo son sus principales protagonistas sino que, además, representan su práctica totalidad.

Por tanto, una vez descartada aquella calificación y no estando en discusión la necesidad de regular dicho sector, tampoco debe causar extrañeza,

a la vista de su composición, que el legislador acuda a determinaciones nominativas como la que nos ocupa, no por esa suerte de inercia que GAS NATURAL denuncia, sino, insistimos, por la propia configuración del mercado de la electricidad y el peso que en él tiene la actora.

Por otro lado, no es inhabitual ni causa de invalidez constitucional el silencio del legislador sobre las razones y propósitos que le han movido a establecer una determinada regulación. Debe señalarse que la voluntad del legislador es un criterio de interpretación de las normas jurídicas que puede ayudar a establecer el sentido de un precepto pero que no se confunde con la voluntad de la ley, al fin y al cabo la decisiva, y tras lo que acaba de aclararse procede afirmar que es difícil, cuando no imposible, que, en este caso, la recurrente ignore los motivos que llevaron a incluir en la Ley 54/1997 su disposición adicional vigésima primera en los términos conocidos.

La exposición que hemos hecho en el fundamento anterior pone de manifiesto una secuencia normativa en la que los distintos cambios que se han ido produciendo en el

ordenamiento del sector eléctrico han tenido como destinatarios --incluso, como referentes-- a los operadores dominantes en el sector eléctrico entre los que se encuentra GAS NATURAL. La recurrente es, en efecto, uno de los sujetos protagonistas del sector eléctrico español y, en cuanto tal, no cabe ni siquiera imaginar que desconozca las razones que están en el origen de esa disposición adicional.

En todo caso, las normas, dice el artículo 3.1 del Código Civil, se interpretan "según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas". Y la consideración de este conjunto de instrumentos conduce directamente a la conclusión de que la razón por la que se ha impuesto la obligación debatida a unos grupos de empresas y no a otros --del mismo o de otro ámbito-- es sencillamente la de que son los principales del sector eléctrico; o sea, la misma que justificó en su momento que se les reconociera el derecho a percibir la compensación por los CTCs.

Antes de avanzar en esta línea de consideraciones, hemos de resaltar ahora que cuanto hemos expuesto descarta que la omisión por el legislador de una explicación sobre el contenido de la disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997 implique o favorezca alguna suerte de indefensión para la recurrente.

DÉCIMO.- La justificación de la imposición a GAS NATURAL de la obligación de financiar el déficit de tarifa que la sentencia pone de manifiesto no infringe su derecho a la igualdad.

La recurrente reprocha con énfasis a la sentencia de la Audiencia Nacional que, en vez de aportar una justificación congruente con las exigencias de la doctrina del Tribunal Constitucional del trato desigual que se le ha deparado, acuda a hechos pasados o a datos extrajurídicos, como la

dimensión o volumen de los grupos empresariales afectados, y no a normas.

Le censura en este sentido, muy especialmente, que simultáneamente pasa por alto que GAS NATURAL es del todo ajena al déficit de tarifa y que, al imponerle la obligación de financiarlo, el precepto legal hace recaer en quienes, como ella, no han causado el problema la carga de una decisión de política general que, al ir dirigida a atajarlo en beneficio de todos, le produce un gran quebranto económico.

A su juicio, los razonamientos de los que aquélla se vale carecen de todo sustento objetivo, por lo que no sirven para legitimar el distinto rasero que se ha seguido con ella tanto respecto de las empresas ajenas al sector eléctrico y, en especial, de las instituciones financieras, como en relación con las del mismo que no han sido obligadas a financiar el déficit de tarifa. En su discurso, niega GAS NATURAL haber percibido en su día compensación por los CTCs y subraya que no es la causante del déficit. Además, señala la falta de proporción del sacrificio al que se le obliga.

Hemos de decir al respecto que las razones que pone de manifiesto la sentencia de la Audiencia Nacional no son un invento si por tal se tiene a su creación al margen de la realidad del sector eléctrico. No son fruto de la imaginación, ni consecuencia de una construcción teórica desentendida de los

hechos. Por el contrario, responden a la evolución experimentada por el sector eléctrico a partir de su ordenación por la Ley 54/1997 y descansan en los elementos de fondo que le caracterizan, todos los cuales llevan a identificar la muy singular posición que en él poseen los grupos de empresas sobre las que se ha hecho recaer la obligación de financiar el déficit de tarifa. Posición que ha tenido, como se ha visto, su correspondiente reflejo

normativo.

La constatación de la relevancia que GAS NATURAL -- comprensiva, obviamente de la que ha tenido UNIÓN FENOSA-- y las demás obligadas tienen en el sector eléctrico español recoge, pues, un dato objetivo, reconocido por la Comisión Nacional de la Energía, y no el resultado de una apreciación subjetiva del juzgador. Tal relevancia, por sus perfiles singulares, destaca a todas esas obligadas de las restantes empresas del sector eléctrico y, desde luego, de las que son externas a él, incluidas las entidades financieras.

El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal explican bien esa posición.

Siguiendo la exposición de éste último, cabe señalar que en las incluidas en la disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997, y sólo en ellas, coinciden estas circunstancias: (i) la secuencia normativa expuesta las presenta como sujetos cualificados de la configuración actual del mercado eléctrico cuyo origen está en el sistema de percepción de compensaciones por los CTCs; (ii) no son enteramente ajenas a la creación del actual déficit que es menester financiar, porque es consecuencia del funcionamiento de un sistema del que se han beneficiado y a cuya definición han contribuido; (iii) son los principales operadores del sector eléctrico y, en particular, GAS NATURAL es un operador dominante; y (iv) son grupos de empresas integrados verticalmente con presencia y actividad en la generación --tanto en el régimen ordinario como en el especial-- y en la distribución y comercialización de la energía eléctrica; y (v) su singular posición va acompañada por su solvencia y capacidad para asumir la obligación de financiar el déficit de tarifa.

Por tanto, aunque el legislador hubiera podido optar por otra forma de afrontarlo, ninguna dificultad hay en reconocer que la decisión política que ha plasmado en la

disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997 descansa en unos hechos indubitados de los cuales resulta sin dificultad la muy

singular posición de la recurrente y la diferencia que la distingue de los demás sujetos no obligados con los que ha buscado compararse para demostrar que está en la misma situación que ellos.

En definitiva, la justificación que ofrece la sentencia no es fruto de una elaboración *ex post facto* sino de una correcta apreciación de los hechos. Hechos, por otra parte, manifiestos para quien forma parte tan cualificada del sector eléctrico cuya indiscutible trascendencia puede ser erigida legítimamente en presupuesto para articular un mecanismo de financiación del déficit de tarifa como el que se ha ideado. Hechos, en definitiva, que no carecen de relevancia jurídica pues cualifican la diferente situación de las empresas a las que se refieren.

Además, a los efectos de la imposición de una prestación patrimonial forzosa de las previstas en el artículo 31.3 de la Constitución, conviene tener presente que entre los rasgos que la caracterizan no se cuenta el de la vinculación de la actuación previa del obligado a satisfacerla con la creación de las circunstancias que la hacen necesaria. Así, pues, carece de eficacia para desvirtuar la fundamentación de la sentencia la insistente alegación de GAS NATURAL sobre su falta de responsabilidad en la producción del déficit de tarifa.

En fin, también concurren a poner de relieve la racionalidad y razonabilidad de la obligación de financiar el déficit de tarifa, desde el punto de vista de la igualdad garantizada constitucionalmente, las características que rodean a esa obligación y, en definitiva, la indemnidad a largo plazo de las empresas obligadas. Observa, en efecto, la sentencia que su solvencia y capacidad para asumir la carga son señas que contribuyen a diferenciarlas de otros

operadores. Pues bien, esa nota relevante ha de entenderse también y de manera muy especial en relación con el mecanismo previsto por el legislador y desarrollado por el reglamento para compensarlas.

En efecto, la aportación que se les exige consiste en un adelanto de determinadas cantidades para financiar los desajustes en las liquidaciones de las actividades reguladas del sistema eléctrico del que forman parte esencial. Por tanto, en la medida en que cooperan para alcanzar ese objetivo también actúan en su propio provecho. Pero es que, además, al dar como dice la sentencia ese empréstito forzoso, las obligadas, GAS NATURAL entre ellas, se convierten en

acreedoras del sistema y en titulares del derecho a la recuperación no sólo de las sumas con las que hubieren contribuido sino, también, de "los intereses precisos para mantener el equilibrio patrimonial sin detrimento alguno", tal como han dicho las sentencias de la Sección Tercera de esta Sala de 16, 17 y 18 de marzo de 2011 (recursos 74, 73 y 77/2009), las cuales, por cierto, ninguna tacha de inconstitucionalidad apreciaron en la disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997.

Y, en este sentido, esa misma disposición adicional les ha reconocido la facultad de ceder los derechos de cobro correspondientes al Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico constituido al efecto. Fondo que ha sido objeto de diversas regulaciones, la última de las cuales es la que ha traído consigo el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan determinadas medidas para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

Estos últimos elementos inciden directamente en la proporcionalidad de la medida y relativizan la queja de GAS NATURAL sobre el impacto económico que se le causa.

En consecuencia, carece de razón la recurrente cuando

sostiene que la sentencia infringe el principio de igualdad reconocido constitucionalmente y, en cambio, hay que coincidir con dicho fallo en que la obligación de la que estamos hablando persigue un fin legítimo, es funcional y adecuada y no comporta una diferencia de trato desproporcionada.

UNDÉCIMO.- La obligación de financiar el déficit de tarifa no guarda relación con la de financiar el bono social y tampoco es trasladable aquí en el sentido que defiende la recurrente la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Federutility.

Insiste GAS NATURAL en el tercer motivo de casación en que la obligación de financiar el déficit de tarifa es igual que la contemplada en el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE respecto del bono social. Por eso, sostiene que se debe seguir en este caso el mismo criterio aplicado por la

Sección Tercera de esta Sala en su sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010) que, como sabemos, declaró inaplicables los preceptos del Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, y de la Orden ITC/1723/2009 que imponían a las empresas titulares de instalaciones de generación la obligación de financiar el bono social en los porcentajes que asignaban a cada una.

La financiación del bono social es una obligación de servicio público impuesta a las empresas eléctricas por el artículo 3 de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, mantenida con algunos cambios que ahora no son relevantes, por la posterior Directiva 2009/72/CE. Su razón de ser es la protección de los clientes vulnerables.

En el proceso en que se dictó esa sentencia se debatió sobre la ausencia de justificación de la imposición a unas determinadas empresas del sector de la generación de la

energía eléctrica de la obligación de financiar el bono social y se adujo que no se habían dado razones para limitarla solamente a ellas en vez de extenderla a todos los sectores empresariales que intervienen en el sector eléctrico, a la generalidad de los usuarios, a unas y otros, o a los presupuestos del Estado ya que se trata de una ayuda social.

No obstante, no se enjuició esa medida desde la perspectiva constitucional sino desde la que ofrece la Directiva 2003/54/CE, en particular su artículo 3.1 y 2 y su exigencia de respeto al principio de no discriminación. Y la sentencia de 7 de febrero de 2012, no encontrando una explicación que permitiera ofrecer una razón suficiente para justificar la opción escogida, llegó a la conclusión de que no está justificada. Por eso, situado el contraste con el Derecho Europeo y entendiendo en clara contradicción con él la normativa española, no consideró necesario plantear la cuestión prejudicial y procedió sin más a declarar inaplicables los preceptos que materializan el trato juzgado discriminatorio.

Sucede, sin embargo, que entre el litigio resuelto por esa sentencia y el que nos ocupa median diferencias sustanciales que impiden erigirla en término de contraste y, obviamente, seguir ahora la misma solución.

En primer lugar, la de financiar el bono social es una obligación de servicio público expresamente prevista por la Directiva 2003/54 y, luego, por la Directiva 2009/72/CE; mientras que la de financiar el déficit de tarifa no tiene esa naturaleza.

En segundo término aquella obligación es objeto de regulación por la Directiva, que señala los obligados, la finalidad y la manera de hacerla efectiva y, por el contrario, la que aquí nos ocupa no está prevista en ninguna norma europea que pueda, así, erigirse en parámetro para juzgar el Derecho interno.

En tercer lugar, precisamente porque la Directiva 2003/54/CE sentaba pautas concretas sobre la obligación de financiar el bono social pudo la sentencia de 7 de febrero de 2012 establecer el contraste con ellas de las disposiciones con fuerza de ley y reglamentarias que traspusieron en dicho extremo la Directiva. Sin embargo, ese juicio no es posible cuando de la financiación del déficit se trata porque falta el parámetro europeo.

Asimismo, mientras que allí las empresas obligadas deben soportar en su totalidad la carga que se les impone, aquí se trata solamente de un adelanto a título de préstamo a largo plazo, acompañado del consiguiente derecho a la devolución con sus intereses, sin perjuicio del recurso a la titulización.

En fin, en el caso del bono social, la sentencia no encuentra justificación, en el Real Decreto-Ley ni en el trámite de su convalidación parlamentaria, a que, entre las empresas eléctricas a las que se refiere el artículo 3 de la Directiva 2003/54/CE, se impusiera solamente a las que operan en el sector de la generación. Sin embargo, en este caso, las razones por las que se circunscribe la obligación de financiar el déficit de tarifa a unas determinadas empresas son suficientemente claros, según se ha explicado.

Por lo demás, la ya apuntada circunstancia de que la obligación impuesta por la disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997 prevé la forma de reintegrar a las obligadas de la carga económica que aquélla supone sirve, también, para privar de sentido al contraste que intenta el escrito de interposición cuando contrapone la solución seguida por la sentencia de la Sección Tercera de esta Sala de 7 de febrero de 2012 con la adoptada por la Sala de instancia y pretende demostrar la falta de lógica de esta última. Así, no se produce el desequilibrio que ve en tratar con mayor rigor una obligación menos importante -- la de financiar el bono social-- mientras que se aplica un

rasero menos estricto a la de muy superior entidad de financiar el déficit de tarifa.

En definitiva, no concurren las circunstancias para entender vulnerado el principio del Derecho de la Unión Europea recogido en la Directiva que prohíbe las discriminaciones, por lo que, al margen de la naturaleza del proceso entablado por GAS NATURAL y de las limitaciones que comporta, en ningún caso procedería promover la cuestión prejudicial.

No conduce a un resultado diferente la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril de 2010 (C-265/08) en el asunto Federutility porque no hay la identidad necesaria entre los supuestos enjuiciados aunque en ambos se discuta sobre igualdad y no discriminación. El Abogado del Estado explica bien por qué. No sólo se refiere a un sector distinto, el gasístico, sino que contempla un problema diferente al que estamos discutiendo pues guarda relación con las singulares características del mercado italiano del gas y con el juego que dentro de él podía jugar la imposición por la autoridad supervisora nacional, en concepto de obligación de servicio público, de precios de referencia para el suministro que las empresas debían incluir en sus ofertas a la clientela doméstica. La cuestión de la que se trataba era, tal como apuntaba en sus conclusiones el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, la de si la aplicación general e indiferenciada de la obligación de servicio público consistente en la inclusión de un precio de referencia en las ofertas comerciales de suministro de gas asegura o no el principio de igualdad ya que puede provocar disparidad de trato en los suministradores que, además, son mayoristas y los que no lo son, desde el momento en que los primeros podrían resarcirse del exceso de coste de la materia prima en las ventas a los segundos.

O sea, la controversia tenía que ver con la imposición de una misma obligación a los suministradores de gas con

independencia de su posición en el mercado. Justamente lo contrario de lo que sucede aquí, pues se reclama desigualdad por la diferenciación introducida por la Ley.

En todo caso, debe señalarse que la sentencia no apreció contraste entre la normativa italiana y la europea siempre que se dieran unas condiciones, en último extremo, vinculadas a la situación real del sector; y que llamó al juez nacional a indagar si era o no proporcionada desde el punto de vista de su duración, desde su incidencia en el precio ofrecido al cliente final y de si

beneficiaba efectivamente a las empresas con independencia de su dimensión y a los clientes finales.

Y, en particular, dice que podría ser discriminatoria si la carga financiera se hiciera recaer principalmente sobre algunas empresas; es decir, si la obligación indiferenciada, por no distinguir la condición de esos operadores, terminara perjudicando a los detallistas de gas.

Por tanto, en la medida en que la obligación de la que se discute aquí se impone solamente a cinco empresas en atención a su posición singular y diferenciada de las demás, es claro que no entra en contradicción con la doctrina de fondo de la sentencia de Luxemburgo.

En definitiva, procede desestimar los tres primeros motivos de casación.

DUODÉCIMO.- El cuarto motivo debe seguir la misma suerte que los anteriores. En efecto, la sentencia recurrida no lesiona el derecho de GAS NATURAL a la tutela judicial efectiva.

La práctica de la liquidación provisional impugnada en este proceso, correspondiente a un período de 2012, no impide a GAS NATURAL defenderse frente a la definitiva. De hecho lo está haciendo con este recurso contencioso-administrativo y, de darse la circunstancia de que la

Administración no procediera a la liquidación definitiva, el ordenamiento jurídico ofrece a la recurrente los medios necesarios para reaccionar frente a esa conducta, la cual nada tiene que ver, como destaca el Abogado del Estado, con los términos en que la disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997 impone la obligación de financiar el déficit de tarifa.

Y, ciertamente, nada le impide defenderse frente a las liquidaciones de años anteriores.

DECIMOTERCERO.- Hemos de desestimar, en consecuencia, este recurso de casación y, a tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se

aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 35.000 euros. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que no ha lugar al recurso de casación no 843/2013, interpuesto por GAS NATURAL, S.D.G, S.A. contra la sentencia dictada el 30 de enero de 2013 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y recaída en el recurso 12/2012, e imponemos a la recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

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

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Mariano de Oro-Pulido y López D. Ricardo Enríquez Sancho

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Pedro José Yagüe Gil

D. Rafael Fernández Montalvo

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Eduardo Espín Templado

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

Da. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frías Ponce

D. José Díaz Delgado

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Da. María del Pilar Teso Gamella

D. José Antonio Montero Fernández

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

D. Juan Carlos Trillo Alonso
Da. María Isabel Perelló Doménech
D. Carlos Lesmes Serrano
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D. José María del Riego Valledor
D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo
D. Diego Córdoba Castroverde
D. Ramón Trillo Torres
D. Manuel Martín Timón
D. Juan Gonzalo Martínez Micó
D. José Juan Suay Rincón
D. Vicente Conde Martín de Hijas
D. Jesús Ernesto Peces Morate

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.