

## **La motivación del preámbulo del Real Decreto-ley 14/2010.**

### **Alcance del control judicial**

Constituye un principio básico de nuestro Ordenamiento el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho (cfr. arts. 103 y 106 CE) y, en consecuencia, al control de los tribunales. La evolución del contencioso-administrativo en nuestro país, es la lucha por eliminar las zonas de la actuación administrativa exentas de control jurídico, la lucha contra las inmunidades del poder.

El legislador de la LJCA 1998 ha sido consciente de que este principio (de «verdadera cláusula regia del Estado de Derecho» lo califica en su Exposición de Motivos) que, por un lado, hace inviable cualquier ámbito de la actuación de los poderes públicos inmune al control judicial y, por otro, exige, correlativamente, articular un sistema de pretensiones que garantice la posibilidad de obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de los mismos, cualquiera que sea su forma de manifestación.

En consecuencia, la LJCA ha generalizado el campo de la actividad sometida a control, que no sólo se extiende a los actos administrativos, sino que abarca también la inactividad material y las vías de hecho y excluye toda referencia a los actos políticos como actos exentos de control; el pretendido carácter político de un acto de Gobierno no es un presupuesto de admisibilidad, sino que forma parte de la cuestión de fondo, a decidir en la sentencia definitiva.

Ningún obstáculo debe existir para que, en un caso de recortes de la retribución a la generación eléctrica mediante fuentes renovables, los tribunales controlen el concepto «esfuerzo compartido», que es un concepto jurídico indeterminado y, como tal, admite una única solución justa. Para ese margen de apreciación de que dispone el Gobierno, suele aceptarse la amplia extensión que existe hasta el límite que representa la irracionalidad o la ostensible equivocación.

Dice la STS 19 mayo 1987 (RJ 5815), que verificada la realidad de los hechos, la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá «a valorar si la decisión discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integre su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico, y más concretamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad, que aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas». Tal acto viciado no expresará nunca que el fin que le anima es distinto al legítimo y por tal motivo, el mayor problema que comporta es la prueba de la divergencia de los fines, que nunca podrá ser plena.

De manera muy esquemática y resumida, podríamos sintetizar que el fin que anima al RDL 14/2010 es la reducción del déficit de tarifa mediante un «esfuerzo compartido» de los agentes del sector. No podría ser de otro modo ya que un esfuerzo no compartido o desigual implicaría una ilícita discriminación. Pero ¿Cuánto de verdad existe en esto?. Para responder a esta pregunta analizaremos algunos de los hechos expuestos en el preámbulo de dicha norma.

## La caída de la demanda de energía eléctrica

*El impacto de la crisis global que atraviesa la economía española ha supuesto una significativa caída de la demanda de energía eléctrica...*

Para clarificar la evolución de la demanda de energía eléctrica podemos analizar la siguiente tabla.

### Evolución de la demanda

Año	GWh	Δ Anual (%)	Δ Anual corregido <sup>(*)</sup> (%)
2006	255.015	3,1	4,2
2007	262.528	2,9	4,2
2008	265.281	1,0	0,8
2009	251.966	-5,0	-4,8
<b>2010</b>	<b>259.940</b>	<b>3,2</b>	<b>2,9</b>

[\*] Por los efectos de laboralidad y temperatura.

Fuente: Red Eléctrica de España. El sistema eléctrico español. Avance del informe 2010.

La conclusión que puede sacarse a la vista de los datos anteriores es que durante el año 2009 se produce una significativa caída de la demanda que es en buena parte compensada por una subida durante el año 2010 en el que la energía demandada (259.940 Gwh) supera la media de los 4 años precedentes (258.697 Gwh). Por lo tanto, el año 2010, aquel en que la norma se dicta, no es un año de caída de la demanda de energía eléctrica sino que, por el contrario, es un año de recuperación de la caída que se había producido en el año anterior.

## Las favorables condiciones climatológicas

*Desde la aprobación del citado Real Decreto-ley se han producido una serie de circunstancias sobrevenidas que han tenido una incidencia directa sobre la previsión de déficit tarifario del sistema eléctrico y que han determinado que los límites máximos de déficit ex ante establecidos en la anteriormente citada disposición adicional 21.<sup>a</sup> se hayan visto ampliamente superados. El impacto de la crisis global que atraviesa la economía española ha supuesto una significativa caída de la demanda de energía eléctrica mientras que, del lado de la oferta, han tenido una incidencia aspectos como la evolución del precio de los combustibles en los mercados internacionales durante este año 2010 o las favorables condiciones climatológicas que han llevado a mayor producción eléctrica desde fuentes renovables.*

En el cuadro adjunto se pueden observar la evolución de la energía total vendida, potencia total instalada y número total de instalaciones en el régimen especial que engloba al conjunto de fuentes de energía renovables.

	<b>A</b>	<b>B</b>	<b>C</b>	<b>D</b>
	<b>Total Energía Vendida (GWh)</b>	<b>Total Potencia Instalada (MW)</b>	<b>Total Nº Instalaciones</b>	<b>Horas equivalentes D = (A x 1000)/B</b>
<b>Año</b>				
2009	79,471	32,189	55,403	<b>2,469</b>
2010	81,395	33,607	57,404	<b>2,422</b>

Fuente: Columnas A, B, C, Comisión Nacional de la Energía. Informe mensual de ventas de energía del régimen especial. RÉGIMEN ESPECIAL DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN ESPAÑA. Fecha actualización: 26-ene-2011. Columna D, elaboración propia.

A la vista del cuadro anterior puede concluirse que, efectivamente, tal y como se indica en el preámbulo del RDL 14/2010, la cantidad de energía generada por fuentes renovables durante el año 2010, que ha sido de 81.395 Gwh, ha sido superior a la generada en el año 2009 que fue de 79.471 Gwh. Esto implica un aumento del 2,42%.

Sin embargo, un análisis mas detallado de los datos del cuadro anterior nos llevaría a concluir que tal aumento de la energía generada no ha sido una consecuencia de las favorables condiciones climatológicas sino de un aumento del número de instalaciones y de la potencia instalada. Tal circunstancia queda probada por el hecho de que las horas equivalentes, un claro indicador de las condiciones climatológicas, disminuyen en 2010 respecto a las de 2009.

Por otro lado, en modo alguno puede calificarse como sobrevenida a tal circunstancia ya que el fomento de las energías renovables y el aumento de su cuota en el mercado eléctrico constituyen un fin deseable y buscado, un objetivo nacional derivado de la política comunitaria en materia de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

En definitiva, el aumento de la energía generada durante el año 2010 a partir de fuentes renovables no solo era previsible sino que además era buscada y deseable y no tiene que ver con las condiciones climatológicas sino con un aumento del número de instalaciones y de la potencia instalada, todo ello consecuencias directas de la política de fomento nacional y comunitaria.

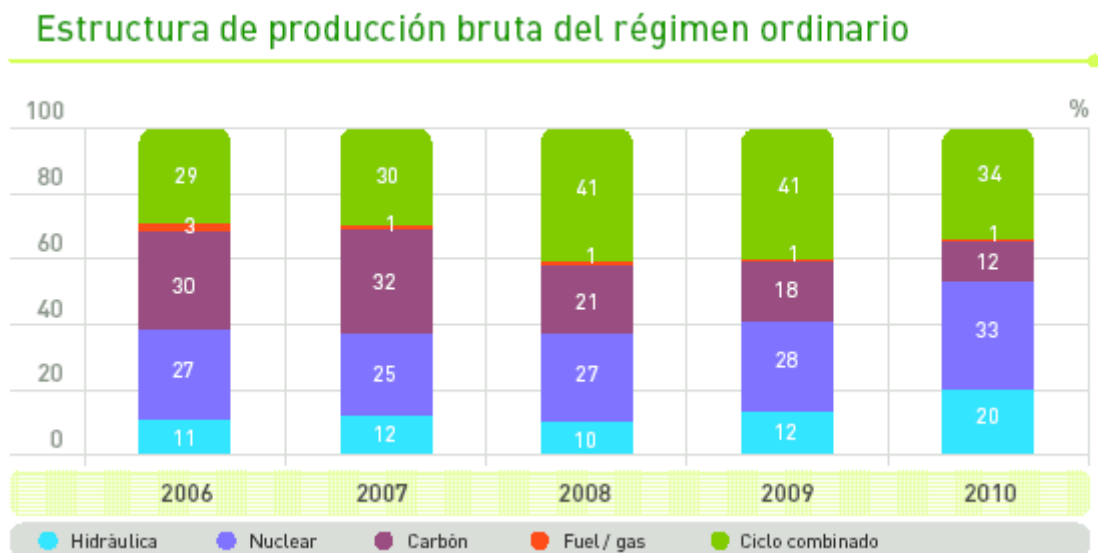
Al no haberse producido esas "favorables condiciones climatológicas", es evidente que tampoco se ha producido un aumento extraordinario o no previsto de los ingresos de los productores del régimen especial. Por tal razón no existe nada que justifique una limitación de tales ingresos mediante el establecimiento de límites de

horas equivalentes con las que evitar que “cuanto más sol haga ó más viento sople, más cueste la electricidad”.

El hecho cierto es que las horas de sol o de viento son unas características climáticas fuera del control de los productores y que, como otros parámetros del clima, se comportan de manera aleatoria situándose en unos rangos estadísticamente conocidos. Nada ha cambiado que altere la cantidad de radiación que recibimos del sol y que permita justificar una modificación a peor del régimen retributivo de las instalaciones fotovoltaicas.

### **La situación asimétrica.**

*La situación coyuntural actual no ha tenido efectos simétricos en todos los sectores eléctricos: mientras el régimen ordinario (centrales tradicionales) ha visto reducidas sus horas de funcionamiento y sus ingresos por la caída de los precios del mercado mayorista, los productores de régimen especial se encuentran en una diferente situación debido a su régimen específico que les asegura la venta de la energía producida mediante su entrada preferente en el sistema.*



Fuente: Red Eléctrica de España. El sistema eléctrico español. Avance del informe 2010.

Una comparación de los datos de estructura de producción del régimen ordinario entre los años 2006-2009 y 2010, nos permite observar que se produce un notable aumento de la producción hidráulica y nuclear en detrimento del resto de tecnologías.

A la vista de los datos de producción de años anteriores, puede afirmarse que el año 2010 ha sido un año excelente para las centrales hidráulicas como consecuencia de las favorables condiciones climatológicas. También ha sido un buen año para la energía nuclear.

Lo notable es que las dos fuentes de energía citadas, es decir, hidráulica y nuclear son las que comparten unos menores costes de generación lo que implica que durante el año 2010 se han producido unas circunstancias en el régimen ordinario que provocan una sustitución de fuentes de energía caras por otras mas baratas, manteniendo todas ellas la misma titularidad. La consecuencia evidente es una

reducción en los costes de generación que tienen que soportar las compañías titulares de las instalaciones.

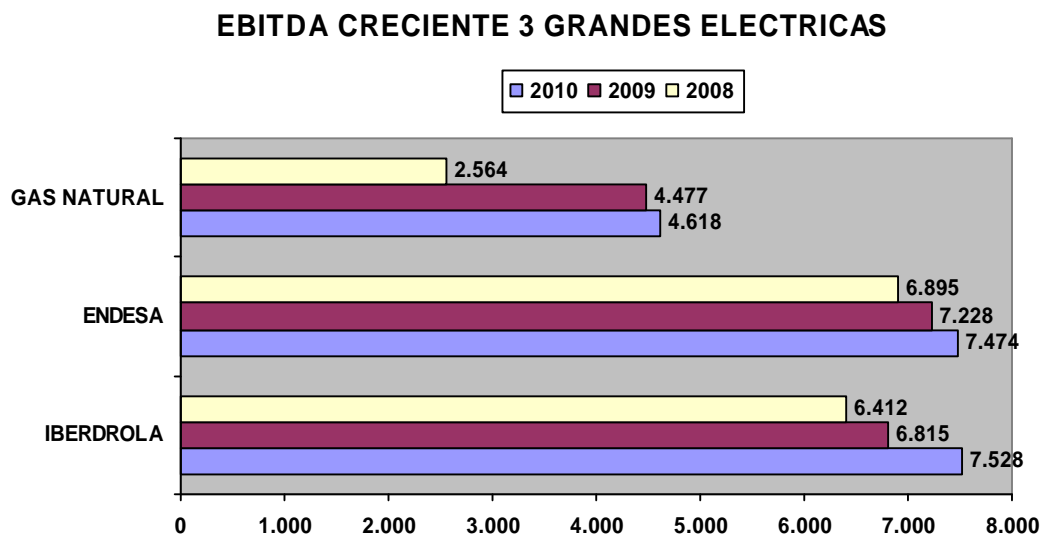
Por otro lado y analizando la partida de los ingresos y los precios de la electricidad podemos citar los siguientes párrafos:

- "El 2010 se caracterizó por un ligero aumento de los precios medios del mercado diario en la zona española respecto al 2009, si bien se registraron variaciones significativas de precios a lo largo del ejercicio" (Fuente: OMEL, Mercado de la electricidad. Informe anual 2010, página 43).
- "En el 2010 el precio medio final de la energía eléctrica en el mercado liberalizado fue de 45,13 e/MWh, superior al de 43,33 e/MWh registrado en 2009". (Fuente: OMEL, Mercado de la electricidad. Informe anual 2010, página 44).

Dichos párrafos contradicen de manera manifiesta que, tal y como se indica en el preámbulo del RDL 14/2010, los precios de la electricidad hayan bajado ya que, por el contrario, han subido.

Por tal motivo, si tenemos en cuenta las circunstancias concurrentes en el régimen originario de unos mayores precios de venta de la energía y unos menores costes de generación, solo cabe deducir un mejor resultado económico que, en modo alguno justifica una intervención asimétrica o desigual en detrimento de los resultados económicos del régimen especial.

La deducción efectuada anteriormente sobre los mejores resultados económicos del régimen ordinario puede ser confirmada mediante un análisis de los balances de las compañías titulares de las instalaciones. Dichos resultados, expresados en millones de euros, se muestran en la gráfica adjunta.



## El esfuerzo compartido.

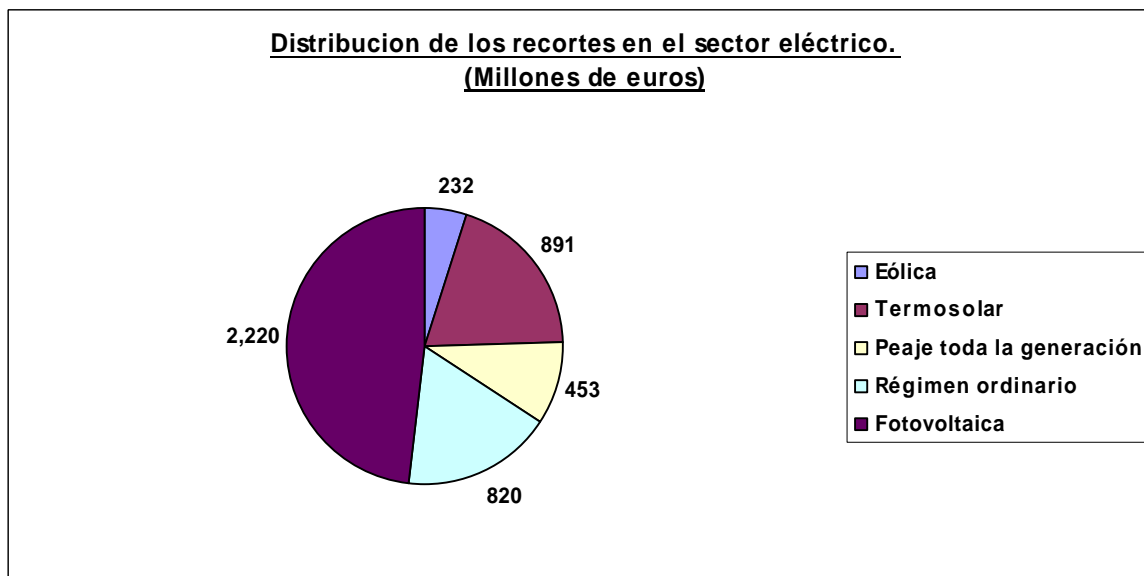
*Parece razonable que los productores de régimen especial realicen también una contribución para mitigar los sobrecostos del sistema, contribución que debe ser proporcional a las características de cada tecnología, a su grado de participación en la generación de esos sobrecostos y al margen existente en la retribución cuya rentabilidad razonable queda en todo caso garantizada*

*Para ello se establecen un conjunto de disposiciones de tal forma que, todos los agentes del sector, contribuyan con un esfuerzo adicional y compartido a la reducción del déficit del sistema eléctrico.*

Para analizar ese “esfuerzo compartido” podemos partir de la información facilitada en nota de prensa por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en cuyo final se acompaña la siguiente tabla con un resumen de los ahorros conseguidos con las diferentes normas dictadas.

Medida	2011	2012	2013	Suma	%
Acuerdo eólica	51	65	116	<b>232</b>	5.0%
Acuerdo termosolar	451	304	136	<b>891</b>	19.3%
Peaje a la generación	148	151	154	<b>453</b>	9.8%
Bono Social	0	0	150	<b>150</b>	3.2%
Fotovoltaica (reducción horas)	740	740	740	<b>2,220</b>	48.1%
Planes de ahorro y eficiencia energética	270	250	150	<b>670</b>	14.5%
<b>TOTAL (millones de euros)</b>	<b>1,660</b>	<b>1,510</b>	<b>1,446</b>	<b>4,616</b>	<b>100.0 %</b>

Fuente: Columnas 1-4, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Nota de prensa 23 diciembre 2010. Columnas 5-6, elaboración propia.



Fuente: Elaboración propia a partir de la tabla anterior.

Resulta evidente a partir del gráfico anterior que la mayor parte de los recortes se cargan sobre el sector fotovoltaico que asume más del 48 % de los mismos. En contraste con lo anterior, el régimen ordinario, que cuenta con la mayor parte de la generación y facturación del sector eléctrico, solo asume un 17,8 % de los recortes, lo

que claramente evidencia que la actuación reguladora no ha tenido efectos simétricos en todos los sectores eléctricos al cargar de manera especial y discriminatoria contra el sector fotovoltaico, claro perjudicado de las medidas adoptadas.

### **Discordancia con la realidad**

El acto del Legislativo se revela arbitrario, aunque respetara otros principios del 9.3 cuando engendra desigualdad. Un criterio esencial de distinción entre arbitrariedad y discrecionalidad es la existencia o no de fundamentación. La decisión discrecional «*debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera*» (STS 29 noviembre 1985, RJ 5574).

La potestad de la Administración parte de unos hechos, cuya determinación no entra dentro de la discrecionalidad que se le reconoce (cfr. STS 12 diciembre 2000, RJ 2001/522) y, por lo tanto, son controlables por los tribunales. Estos hechos, que constituyen los presupuestos objetivos legalmente exigibles para que pueda realizarse por la Administración la consecuencia jurídica contemplada en la norma (cfr. STS 8 marzo 1993, RJ 1626), son tal como la realidad los exterioriza y no le es dado a la Administración prescindir de ellos, inventarlos o desfigurarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración (cfr. STS de 15 diciembre 1986, RJ 1987/1139).

Hemos visto que el preámbulo del RDL14/2010 recoge una serie de hechos falsos, dudosos o controvertidos como los siguientes:

- La caída de la demanda de energía eléctrica
- Las favorables condiciones climatológicas
- La situación asimétrica entre régimen ordinario y especial.
- El esfuerzo compartido al soportar los recortes.

Se intenta justificar con ellos que la evidente actuación no equitativa del Ejecutivo al repartir la carga de los recortes, responde a una situación preexistente en la que se ha perdido el deseable equilibrio económico entre los diferentes agentes del sector y que ese equilibrio se restablece mediante las medidas adoptadas. Pero lo cierto es que ese desequilibrio que se intenta corregir no existe y es una pura ficción que, como tal, debe ser fabricada apoyándose en unos hechos falsos, dudosos o tergiversados.

Existe una divergencia objetiva entre la realidad verdadera y aquella otra realidad no real que el Ejecutivo toma como punto de partida.

Indudablemente el fin de la norma no podía ser, por discriminatorio, un reparto desigual de las cargas y, por tal motivo, se inventa para justificarlo una situación previa de desequilibrio que en la realidad no existe. No existe caída de la demanda eléctrica que perjudique al régimen ordinario del mismo modo que tampoco existen unas favorables condiciones climatológicas que beneficien al régimen especial. El hecho objetivo, divergente con el manifestado, es que unas favorables condiciones de pluviosidad han favorecido una mayor cuota de energía generada por las centrales hidráulicas encuadradas en el régimen ordinario.

De igual modo, con alguna de las medidas adoptadas, como las limitaciones de las horas equivalentes de funcionamiento de las plantas fotovoltaicas, se intenta reparar una presunta situación irregular de exceso de rentabilidad de las plantas debida al clima cuando este no ha cambiado porque nada ha alterado, por ejemplo, la cantidad de radiación que recibimos del sol.

## **Desviación injustificada de los criterios generales del plan**

Dice el Art.16.2 de la Ley del Sector Eléctrico que *"Para la determinación de las tarifas o peajes y precios que deberán satisfacer los consumidores se establecerá reglamentariamente la retribución de las actividades con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios que incentiven la mejora de la eficacia de la gestión, la eficiencia económica y técnica de dichas actividades y la calidad del suministro eléctrico"*.

La clara discordancia con la realidad puesta de manifiesto en los apartados anteriores evidencia que las medidas se han adoptado careciendo de criterios objetivos que las sustenten.

Pero es que además se desvían del principio de no discriminación expuesto en la Constitución o en la misma Ley del Sector Eléctrico.

Para justificar esa evidente falta de respeto a los principios de igualdad, se hace un uso indiscriminado de conceptos de goma como la *"rentabilidad razonable o suficiente"* , presunciones como una supuesta rentabilidad excesiva o entramados de conceptos jurídicos indeterminados como una contribución *"que debe ser proporcional a las características de cada tecnología, a su grado de participación en la generación de esos sobrecostes y al margen existente en la retribución"* . De este modo, mediante dicho montaje argumental, se intenta hacer ver que cualquier trato discriminatorio que se observe en las medidas adoptadas está en el fondo justificado por un desequilibrio preexistente que se intenta remediar.

Aparentemente, una de las razones principales que motivan la promulgación del Real Decreto Ley 14/2010 es la corrección de una desviación no prevista en la norma inicial como es la generación de una mayor cantidad de energía por parte de las plantas con la consiguiente elevación indeseable de la rentabilidad de las mismas. Esta mayor rentabilidad es indeseable por sus negativas repercusiones sobre el déficit tarifario.

Pero la realidad es que no concurren tales circunstancias y entonces solo queda desnuda la discriminación. El recorte fotovoltaico alcanza los 740 millones de euros sobre un sector cuyos ingresos son de 2.800 millones, lo que equivale a una reducción de ingresos del 26 %. En contraste y a modo de ejemplo, el recorte eólico medio (2011-2013) alcanza los 77 millones de euros sobre un sector cuyos ingresos son del orden de 3.000 millones, lo que equivale a una reducción de ingresos del 2,56%, el mismo orden de magnitud que encontraríamos si efectuáramos las mismas cuentas con el régimen ordinario.

Esto equivale a que el sector fotovoltaico carga con unos recortes de ingresos 10 veces superiores a los que se aplican a otras tecnologías de generación eléctrica sin que las características de esta tecnología, a su grado de participación en la generación de los sobrecostes o al margen existente en la retribución, puedan justificar tal trato.

Es por ello que concurren en el caso una discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto y una paralela desviación injustificada de los criterios generales del plan, por lo que las medidas adoptadas en el RDL 14/2010 infringen el ordenamiento jurídico, y más concretamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad cuya vulneración resulta patente por la desigualdad que engendra.