

Id Cendoj: 28079130032006100318
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 12/2005
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: CONTENCIOSO
 Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x **ENERGÍA** ELÉCTRICA x
- x SEGURIDAD JURIDICA x
- x REAL DECRETO x
- x CONSEJO DE MINISTROS x

Resumen:

Real Decreto 2351/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Octubre de dos mil seis.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 12/2005 interpuesto por "BECOSA ENERGÍAS RENOVABLES, S.A.", "BECOSA MORÓN, S.A.U." y "BECOSA FUENTE DE PIEDRA, S.A.U.", representadas por el Procurador D. Luciano Roch Nadal, contra el Real Decreto número 2351/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, "ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA" (UNESA), representada por la Procurador D^a. María Concepción Villaescusa Sanz, "HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.", representada por el Procurador D. Carlos Mairata Laviña, "IBEDROLA, S.A.", representada por el Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, "ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA", representada por la Procurador D^a. María Rosario Victoria Bolívar, y "PLATAFORMA EMPRESARIAL EÓLICA", representada por la Procurador D^a. Paz Santamaría Zapata.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Becosa Energías Renovables, S.A.", "Becosa Morón, S.A.U." y "Becosa Fuente de Piedra, S.A.U." interpusieron ante esta Sala, con fecha 23 de febrero de 2005, el recurso contencioso-administrativo número 12/2005 contra el *Real Decreto número 2351/2004, de 23 de diciembre*, por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico.

Segundo.- En su escrito de demanda, de 7 de junio de 2005, alegaron los hechos y fundamentos de Derecho que consideraron oportunos y suplicaron se dictase sentencia "en la que se estime el recurso y:

1º.- Declare la nulidad o anule el *artículo 6 del Real Decreto recurrido 2351/04*, en lo que se refiere a la actualización anual de las primas correspondientes al grupo D.2, manteniendo al respecto en cuanto al grupo D.2 lo dispuesto en el apartado 5 de la *disposición transitoria 2ª del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo*.

2º.- Declare la nulidad o anule el *artículo 8 del Real Decreto recurrido en lo que se refiere al nº 1, apartado e* (Grupo D.2 de potencia instalada superior a 10 MW pero igual o inferior a 25 MW: prima= f

$[(10/13) + (25-P) / 65]$ y mantenga la vigencia del apartado 4 *apartado e de la disposición transitoria 2ª del Real Decreto 436/1994, de 12 de marzo* ".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 14 de julio de 2005, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se declare la desestimación del recurso y se impongan las costas a la recurrente".

Cuarto.- Por providencia de 24 de octubre de 2005 se tuvo por caducados en el trámite de contestación a los recurridos "Unesa", "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U.", "Iberdrola, S.A.", "Endesa Distribución Eléctrica, S.A." y "Plataforma Empresarial Eólica".

Quinto.- No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones, por providencia de 13 de junio de 2006 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 17 de octubre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Las sociedades recurrentes impugnan en este proceso dos *artículos del Real Decreto 2351/2004, de 23 de diciembre*, por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico. En concreto, su impugnación se dirige contra dos preceptos del nuevo Real Decreto a través de los cuales se modifica el sistema de cálculo de las primas que fomentan la actividad de producción de **energía** eléctrica en régimen especial. Y así:

A) El *artículo 6*, impugnado, que se refiere a las instalaciones acogidas a la *disposición transitoria segunda del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo*, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de **energía** eléctrica en régimen especial, modifica el primer párrafo del apartado 5 de la disposición transitoria segunda de este último.

A resultas de la reforma, "las primas correspondientes a los grupos a.1, a.2, d.1, d.2 y d.3 se actualizarán anualmente por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, de acuerdo con la variación interanual de los tipos de interés, de la tarifa media o de referencia y del precio del gas" mediante la aplicación de una determinada fórmula matemática, distinta de la hasta entonces vigente, que no es necesario reproducir aquí en todos sus detalles. Baste decir que se introducen ciertos cambios en la ponderación de los factores incluidos en la fórmula polinómica que sirve para fijar las primas. Las recurrentes impugnan esta nueva fórmula en cuanto modifica las primas correspondientes a las instalaciones de **energía** renovables adscritas al grupo D.2

B) El *artículo 8*, impugnado, *modifica asimismo el apartado 4 de la disposición transitoria segunda del ya citado Real Decreto 436/2004*, al que da esta nueva redacción:

"Uno. Los párrafos e) y f) quedan redactados en los siguientes términos: «e Grupo d.2, de potencia instalada superior a 10 MW pero igual o inferior a 25 MW: prima= f. $[(10/13) + (25-P)/65]$.f) Grupo d.3, de potencia instalada superior a 10 MW pero igual o inferior a 25 MW: prima = g. $(40 - P)/30$ ».

Dos. Se añade un párrafo con la siguiente redacción: «El cálculo de las primas para las instalaciones de potencia inferior a los límites que se establecen en los párrafos a), b), c), d), e) y f) anteriores se realizará considerando como potencia instalada el límite inferior establecido en dichos párrafos».

Las recurrentes impugnan esta segunda modificación por cuanto, a su juicio, la prima atribuible a las instalaciones con más de 10 MW se reduce, en comparación con la derivada de aplicar el *Real Decreto precedente número 436/2004, al producirse "la elevación de 10 a 15 MW para tener derecho a recibir la prima íntegra"*.

Segundo.- En la demanda no se aduce que las modificaciones reglamentarias vulneren ninguna ley. Las recurrentes no alegan, en concreto, que dichas modificaciones infrinjan el *artículo 30 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre*, del Sector Eléctrico, a tenor del cual se regula el régimen retributivo de las instalaciones de producción de **energía** eléctrica en régimen especial. Como es bien sabido, dicho régimen ha de ajustarse a lo dispuesto en el apartado 1 del *artículo 16 de la Ley 54/1997* para los productores de **energía** eléctrica, completado con la percepción de una prima "en los términos que reglamentariamente se

establezcan" cuando se trate de los supuestos de instalaciones que el propio *artículo 30* precisa.

El citado *artículo 30* dispone que para la determinación de las primas se tendrá en cuenta el nivel de tensión de entrega de la **energía** a la red, la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, el ahorro de **energía** primaria y la eficiencia energética, y los costes de inversión en que se haya incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Las sociedades recurrentes, insistimos, no aducen que la modificación reglamentaria aprobada por el Real Decreto ahora impugnado vulnere dichos criterios. Su censura se basa tan sólo en que dicha modificación resulta contraria al *artículo 9.3 de la Constitución*, a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, y resulta viciada de arbitrariedad en la medida en que carece de motivación.

Tercero.- El recurso, planteado en estos términos, no puede ser estimado. Como bien afirma el Abogado del Estado, los titulares de las instalaciones de producción de **energía** eléctrica en régimen especial no tienen un "derecho inmodificable" a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las primas. Dicho régimen trata, en efecto, de fomentar la utilización de energías renovables mediante un mecanismo incentivador que, como todos los de este género, no tiene asegurada su permanencia sin modificaciones para el futuro.

Es cierto que en el caso que nos ocupa la fijación de las primas está sujeta a unas determinadas pautas normativas, según ya hemos expuesto, pero también lo es que el Consejo de Ministros puede, respetándolas, introducir variaciones cuantitativas en las fórmulas mediante las que se actualizan periódicamente las primas o en el cálculo de éstas. Si la modificación no se ha desviado de estas pautas legales -y, repetimos, no se ha alegado en contra la vulneración del *artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico*- *difícilmente* podrá ser considerada contraria a derecho.

No cabe oponer simplemente el valor de la "seguridad jurídica" a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta. Es verdad que las normas deberían dotar de una cierta estabilidad a los marcos reguladores de las actividades económicas (de hecho en el preámbulo del *Real Decreto 436/2004*, modificado por el que ahora se impugna, se afirmaba que "[...] esta nueva metodología para el cálculo de la retribución del régimen especial, por la seguridad y estabilidad que ofrece, debe contribuir a fomentar la inversión en este tipo de instalación"), pero también lo es que la seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho.

La misma consideración es aplicable al principio de confianza legítima, creciente e indebidamente aducido como argumento descalificador de no pocas modificaciones normativas que algunos agentes económicos reputan más o menos perjudiciales para sus intereses. Aducen las recurrentes que sus inversiones en la actividad de producción de **energía** eléctrica de régimen especial se hicieron en un determinado momento "confiando en que la Administración no cambiará las condiciones jurídicas que fueron determinantes para que [...] decidieran construir las instalaciones", premisa de la que deducen que la minoración de las primas posteriores al *Real Decreto 2351/2004* respecto de las fijadas en el *Real Decreto 435/2004* sería contraria a aquel principio.

Tal razonamiento, referido a un mecanismo incentivador como es el de las primas en cuestión, no puede ser compartido. Mientras no sea sustituida por otra, la regulación legal antes reseñada (*artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico*) permite a las empresas correspondientes aspirar a que las primas incorporen en su fijación como factor relevante el de obtener "unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales" o, por decirlo una vez más con palabras del preámbulo del *Real Decreto 436/2004*, "una retribución razonable para sus inversiones". El régimen retributivo que analizamos no garantiza, por el contrario, a los titulares de instalaciones en régimen especial la intangibilidad de un determinado nivel de beneficios o ingresos por relación a los obtenidos en ejercicios pasados, ni la permanencia indefinida de las fórmulas utilizables para fijar las primas.

Del mismo modo que en función de factores de política económica de muy diverso signo (relativos al fomento de las energías renovables pero también a la planificación de las redes de los sectores de electricidad, además de otras consideraciones de ahorro y eficiencia energética) las primas e incentivos para la producción de **energía** eléctrica en régimen especial pueden aumentar de un año para otro, podrán también disminuir cuando esas mismas consideraciones así lo aconsejen. Siempre que, insistimos, se mantengan las variaciones dentro de los límites legales que disciplinan esta modalidad de fomento, el mero hecho de que la actualización o la significación económica de la prima ascienda o descienda no constituye de suyo motivo de nulidad ni afecta a la confianza legítima de sus destinatarios.

Las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de

electricidad en régimen especial, sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, son o deben ser conscientes de que éstos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades. Uno de los "riesgos regulatorios" a que se someten, con el que necesariamente han de contar, es precisamente el de la variación de los parámetros de las primas o incentivos, que la Ley del Sector Eléctrico atempera -en el sentido antes dicho- pero no excluye.

Por último, tampoco pueden compartirse las alegaciones que, en términos generales, contiene el sexto de los fundamentos de derecho de la demanda respecto a la supuesta "arbitrariedad" de las modificaciones introducidas por los *artículos 6 y 8 del Real Decreto* impugnado. El argumento de que estos cambios normativos carecen de motivación expresada en el texto publicado no es suficiente para considerarlos arbitrarios.

Por lo demás, en el preámbulo del *Real Decreto 2351/2004* puede leerse cómo el Consejo de Ministros "ha considerado la conveniencia de realizar algunas modificaciones para mejorar la operatividad de las instalaciones tipo b.1.2, en las primas correspondientes a los grupos a.1, a.2, d.1, d.2 y d.3 reguladas en el primer párrafo de la disposición transitoria segunda.5 del *Real Decreto 436/2004* [...] así como al precio de las primas a algunas instalaciones de los tipos a.1, a.2 y d.1 contenidas en el anexo VI del citado Real Decreto." Sin perjuicio de reconocer que, efectivamente, esta motivación que contiene el preámbulo del Real Decreto debería haber sido más completa, lo cierto es que en el procedimiento de elaboración de la norma constan los diversos informes (singulamente el de la Comisión Nacional de la **Energía** de 7 de octubre de 2004, emitido previa audiencia del Consejo Consultivo de Electricidad, en cuyas sesiones presentaron observaciones diversas entidades y asociaciones de productores en régimen especial) de cuyo contenido puede deducirse cuál era la finalidad y el sentido de las modificaciones propuestas respecto del precedente *Real Decreto 436/2004*.

Cuarto.- Procede, pues, la desestimación del recurso, sin que haya lugar a la imposición de costas al no concurrir temeridad o mala fe.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

No ha lugar al recurso contencioso-administrativo número 12/2005, interpuesto por "Becosa Energías Renovables, S.A.", "Becosa Morón, S.A.U." y "Becosa Fuente de Piedra, S.A.U." contra el *Real Decreto número 2351/2004, de 23 de diciembre*, por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Óscar González.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.