

Id Cendoj: 28079130032007100068
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 11/2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x **ENERGÍA** ELÉCTRICA x
- x PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA x
- x NULIDAD ABSOLUTA (ACTO ADMINISTRATIVO) x

Resumen:

Real Decreto 2392/2004, de 30 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para el año 2005.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Marzo de dos mil siete.

En el recurso contencioso-administrativo nº 1/11/2005, interpuesto por las Entidades BECOSA **ENERGÍA** RENOVABLE, S.A., BECOSA MORON, S.A.U. y BECOSA FUENTE DE PIEDRA, S.A.U., representadas por el Procurador Don Luciano Rosch Nadal, con asistencia de letrado, contra el *Real Decreto nº 2392/2004, de 30 de diciembre*, por el que se establece la tarifa eléctrica para 2005; habiendo intervenido como partes demandadas la SOCIEDAD COOPERATIVA DE PRODUCTORES Y DISTRIBUIDORES DE ELECTRICIDAD EN ESPAÑA (CIDE), representada por la Procuradora Doña Mercedes Caro Bonilla y la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Boletín Oficial del Estado de fecha 31 de diciembre de 2004 se publicó el *Real Decreto 2392/2004, de 30 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para 2005*.

SEGUNDO.- Contra dicho Real Decreto se interpuso por las Entidades BECOSA **ENERGÍA** RENOVABLE, S.A., BECOSA MORON, S.A.U. y BECOSA FUENTE DE PIEDRA, S.A.U. el presente recurso contencioso-administrativo, formalizando la demanda mediante escrito presentado el 7 de junio de 2005, en el que suplicó a la Sala, tenga por formulada la demanda y dicte en su día sentencia en la que se estime el recurso, inaplique el *artículo 6 del Real Decreto 2351/04* en cuanto reforma el sistema de actualización anual de las primas a recibir por las empresas titulares de instalaciones del Grupo D.2 y declare la nulidad o anule el anexo IV del *Real Decreto impugnado 2392/04*, en cuanto fija para el año 2005 la prima a percibir por las instalaciones del Grupo D.2 y declare que tales primas para el año 2005, deben calcularse de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 30.2 del Real Decreto 2818/98* y por la *disposición transitoria 2ª apartado 5 del Real Decreto 436/04* y condene a la Administración a así ejecutarlo, interesando mediante otrosí se fije la cuantía de este recurso como indeterminada y que en el momento procesal oportuno sea abierto el trámite de conclusiones.

TERCERO.- Dado traslado a la parte demandada, ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, el Abogado del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito de fecha 12 de julio de 2005, en el cual, tras exponer los razonamientos que estimó pertinentes, solicitó se dicte sentencia por la que se declare la desestimación del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- Por providencia de fecha 13 de julio de 2005 se acordó dar traslado de la demanda a la parte personada, SOCIEDAD COOPERATIVA DE PRODUCTORES Y DISTRIBUIDORES DE ELECTRICIDAD EN ESPAÑA (CIDE), para que contestara a la misma, y transcurrido el plazo concedido para evacuar dicho trámite sin haberlo efectuado, por Auto de la Sala, de fecha 17 de noviembre de 2005 , se acordó fijar la cuantía de este recurso en indeterminada y proceder, en sustitución de la vista el trámite de conclusiones, que fue evacuado por la recurrente BECOSA ENERGÍAS RENOVABLES, S.A. y otras, en escrito de fecha 7 de diciembre de 2005, en el que manifestó se dicte sentencia en los términos interesados en el suplico de su escrito de demanda, interesando mediante otrosí la acumulación al presente recurso del que se sigue ante esta misma Sala bajo el nº 12/2005 , dictándose Auto, en fecha 13 de febrero de 2006 , acordando no haber lugar a la acumulación solicitada. Por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO mediante escrito de conclusiones, de fecha 18 de mayo de 2006, manifestó se dicte sentencia en los términos interesados en el suplico de su escrito de contestación a la demanda.

QUINTO.- Mediante providencia de fecha 26 de junio de 2006 se tuvo por decaído en su derecho a la recurrida SOCIEDAD COOPERATIVA DE PRODUCTORES Y DISTRIBUIDORES DE ELECTRICIDAD EN ESPAÑA (CIDE).

SEXTO.- Mediante providencia de fecha 24 de noviembre de 2006 se señaló para la votación y fallo del presente recurso contencioso administrativo el día 13 de marzo de 2007, en que tuvo lugar.

SÉPTIMO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Óscar González González, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las entidades recurrentes, titulares de instalaciones generadoras de **energía** térmica y eléctrica del Grupo D.2, acogidas al *Real Decreto 2818/98* , impugnan el *Real Decreto 2392/2004, de 30 de diciembre* , por el que se establece la tarifa eléctrica para el año 2005. En concreto solicitan la nulidad del Anexo IV, en cuanto fija para el año 2005 la prima a percibir por las instalaciones del Grupo D.2, y además piden que se declare que tales primas para el año 2005 deben calcularse de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 30.2 del Real Decreto 2818/98* , y por la *Disposición Transitoria 2ª, apartado 5 del Real Decreto 436/2004* .

Fundan su pretensión impugnatoria, en que el cálculo realizado conforme a la fórmula establecida por el *Real Decreto 2351/2004, de 23 de diciembre* , minorra en un 22,6% la prima respecto al año 2004, siendo así que si se hubiese calculado conforme al *art. 30.2 y la DT* mencionadas la disminución sólo hubiera sido del 0,977%.

A su juicio ello constituye una vulneración de la seguridad jurídica, la confianza legítima y buena fe, además de incurrir en arbitrariedad, teniendo en cuenta que se han realizado importantes inversiones bajo un marco jurídico, que al cambiar se modifica la posible rentabilidad que puede transformarse en pérdida, cambian las amortizaciones de tal forma que de haberse sabido de antemano ese cambio pudiera haberse decidido no realizar las inversiones ni construir las instalaciones.

SEGUNDO.- La impugnación se basa, por tanto, en la indebida aplicación de la fórmula que para calcular la prima se estableció en el *Real Decreto 2351/2004* , que igualmente fue impugnado con base en los mismos argumentos que ahora se invocan. Esa impugnación fue resuelta por sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2006 en sentido desestimatorio, por lo que los fundamentos en ella utilizados son reproducibles en esta ocasión para igualmente desestimar el recurso. Se dijo en esa sentencia que:

<<"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.

[...] 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 (singularmente 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* ">>.

TERCERO.- No procede hacer declaración de condena en costas, por falta de las *circunstancias previstas en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional* para su imposición.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar y, por lo tanto, DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo nº 1/11/2005, interpuesto por las Entidades BECOSA ENERGÍAS RENOVABLES, S.A., BECOSA MORON, S.A.U. y BECOSA FUENTE DE PIEDRA, S.A.U., contra el *Real Decreto 2392/2004, de 30 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para 2005*; sin expresa condena en costas.

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