

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

LA CONGELACIÓN DE LAS TARIFAS ELÉCTRICAS NO ENCUENTRA CALOR EN EL TRIBUNAL SUPREMO

Ana Isabel Mendoza Losana

*Profesora contratada doctora de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha
Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo*

En sendos autos de 2 y 8 de marzo de 2012, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estima la solicitud de medidas cautelares de Iberdrola y Endesa en los recursos de impugnación de la Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre, que establece los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial y obliga al Ministerio de Industria, Energía y Turismo a revisar los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica para el primer trimestre de 2012.

1. Autos de revisión de tarifas eléctricas

Las compañías eléctricas Iberdrola y Endesa interpusieron recursos contencioso-administrativos contra la Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre, que establece los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial. En dos autos de fecha 2 y 8 de marzo de 2012 (dictados en los recursos de Iberdrola y Endesa, respectivamente), con idéntico razonamiento jurídico, el Tribunal Supremo estima parcialmente la solicitud de medidas cautelares. Constatada la insuficiencia de la Orden IET/3586/2011 por no haber reconocido el importe del desajuste temporal estimado para el ejercicio 2011 ni el importe real de la anualidad para la recuperación del déficit estimado en el ejercicio 2012, partidas de costes que han de ser cubiertas con cargo a los peajes de acceso de 2012, el TS declara que, de modo cautelar y en tanto se dicte sentencia, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo ha de complementar la fijación de los peajes de acceso establecidos por la orden

impugnada hasta el punto en que con ellos se sufraguen en su integridad los costes de las actividades reguladas correspondientes a las dos partidas reseñadas (importe del desajuste temporal estimado para el ejercicio 2011 y el importe real de la anualidad para la recuperación del déficit estimado en el ejercicio 2012). La medida tiene carácter retroactivo y exige la revisión de los peajes con efectos desde el 1 de enero de 2012, lo que conllevará un incremento de las tarifas eléctricas de último recurso, que son las abonadas por la mayoría de los consumidores.

2. Precedentes

Dentro de la secuencia trimestral de disposiciones que establecen los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de la energía eléctrica, la Orden IET/3586/2011, sucede en el tiempo a la Orden ITC/2585/2011, de 29 de septiembre, por la que se revisaron los peajes de acceso, se establecieron los precios de los peajes de acceso supervalle y se actualizaron determinadas tarifas y primas de las

instalaciones del régimen especial a partir de 1 de octubre de 2011.

Mediante tres autos dictados el 20 de diciembre de 2011 (JUR 2012\449; JUR 2012\451 y JUR 2012\450), la misma sala suspendió la eficacia de parte (art. 1.2) de esta orden en la medida en que disponía la reducción de los "términos de facturación de energía activa" aplicable a los peajes 2.OA y 2.ODHA, respecto de los anteriormente fijados. En atención a dichos autos, el Ministerio revisó las tarifas con carácter retroactivo, generándose cierta polémica en torno a la interpretación de la fecha de eficacia de la medida cautelar (23 de diciembre de 2011, fecha de notificación de los autos *versus* 1 de octubre de 2011, fecha de comienzo del trimestre afectado por la orden impugnada). La Resolución de 30 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, establece el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar en el periodo comprendido entre el 23 y el 31 de diciembre de 2011, ambos inclusive y en el primer trimestre de 2012, pero no se descarta que la sentencia definitiva obligue a la revisión desde el 1 de octubre de 2011.

La misma sala ha dictado ya varias sentencias por las que se anula parcialmente la Orden ITC/1732/2010, de 28 de junio, por la que se revisaron los 1491 peajes de 1493 accesos a partir de 1 de julio de 2010 y que tenía como efecto la "congelación" de las tarifas abonadas por los consumidores. Se trata de las sentencias de 31 de octubre de 2011 (JUR 2011\393225), de 4 y de 16 de noviembre de 2011 (JUR 2011\393226 y JUR 2011\404908, respectivamente).

3. Doctrina del Tribunal Supremo sobre la revisión de tarifas eléctricas

Las órdenes de revisión de tarifas eléctricas se suceden trimestralmente y se ha

convertido en un clásico su impugnación judicial. Cada orden de tarifas va acompañada de los subsiguientes recursos de las compañías eléctricas. De las diversas resoluciones (autos y sentencias) dictadas por el TS en estos procesos, se extraen las líneas que definen la posición del Alto Tribunal sobre esta cuestión y que bien podrían constituir un "recetario para la elaboración de una buena orden de revisión de tarifas":

- **Los peajes de acceso han de ser fijados conforme a criterios objetivos vinculantes.** En el actual marco normativo, la fijación de los peajes de acceso a las redes eléctricas está sometida a una serie de criterios objetivos que no son disponibles u opcionales para quienes han de dictar las correspondientes órdenes, sino de obligado cumplimiento. Afirma el TS que "el interés general, en cuanto criterio rector del otorgamiento de la tutela cautelar, se protege adecuando las decisiones singulares al marco legal y no viceversa" (Autos de 2 y 8 de marzo de 2012);
- **Los peajes de acceso han de cubrir los costes previstos legalmente.** Conforme al sistema vigente y a los efectos del cálculo de la tarifa de último recurso, ha de sumarse al coste de producción de energía eléctrica el importe de los peajes de acceso que cubren los costes de las actividades reguladas. Tales peajes de acceso deben ser calculados según parámetros objetivos que respondan precisamente a la estimación de los costes legalmente establecidos (autos de 20 de diciembre de 2011). Según el TS, no concurre esta exigencia en la Orden IET/3586/2011, pues "la fijación de los peajes de acceso establecidos no se corresponde, de modo manifiesto, con la debida estimación de los costes legalmente previstos que aquéllos deben cubrir".

La insuficiencia de los peajes de acceso para cubrir los costes de las actividades reguladas agrava el déficit tarifario en un sentido contrario al que se deriva de las reglas que han establecido tanto el Gobierno, mediante la aprobación de sucesivos Reales Decretos-ley a partir del 6/2009, como el Parlamento, mediante las modificaciones de la Ley 54/1997, del sector eléctrico.

- **Los peajes de acceso han de cubrir el déficit ex ante real.** Entre los costes de las actividades reguladas en el sector eléctrico que estima la Orden IET/3586/2011 figura el correspondiente al déficit ex ante de ingresos en las liquidaciones de aquellas actividades, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2012, por una cantidad de 1.500 millones de euros (artículo 3.3). Según declara el TS, la cifra se ajustaría, "en principio", a lo establecido en la ley del sector eléctrico (DA 21ª.4 Ley 54/1997). En efecto, dentro de la senda de reducción progresiva de los déficits ex ante cuya última expresión normativa fue el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, que estableció medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, la cantidad correspondiente al último año en que dicho déficit puede aparecer (2012) antes de su definitiva supresión en 2013 es de 1.500 millones de euros, cantidad que imperativamente ha de incluirse en las disposiciones por las que se aprueben los peajes de acceso. Sin embargo, considera el TS que esta cifra no se ajusta a las previsiones reales, ya que según la memoria del Ministerio de Industria, Energía y Turismo que acompaña al proyecto de orden y según el informe de la Comisión Nacional de Energía el déficit ex ante realmente previsto para el año 2012 es superior a la cifra de 1.500 millones de euros, lo que significa que

los peajes de acceso deben sufrir un incremento adicional al ya incorporado por la Orden IET/3586/2011. Sólo así se conseguirá no sobrepasar el límite máximo legalmente impuesto;

- **Los peajes de acceso han de cubrir las cantidades precisas para sufragar el desvío o desajuste temporal de las actividades reguladas del año anterior.** Según tiene declarado el TS, los desajustes temporales que resulten de las liquidaciones de las actividades reguladas de cada período, por exceder del déficit ex ante legalmente autorizado, han de ser objeto de un expreso reconocimiento en las disposiciones de aprobación de los peajes de acceso del período siguiente (STS de 31 de octubre de 2011, de 4 y 16 de noviembre de 2011). En realidad, se trata de una partida de déficit ex post que puede generarse por circunstancias coyunturales o por errores en las previsiones iniciales y que debe, en todo caso, ser recuperada por las empresas acreedoras a su cobro, precisamente con cargo a los peajes del ejercicio siguiente.

Constata el Tribunal que la orden de revisión de peajes de acceso para el primer trimestre del ejercicio 2012 no contempla esta partida (cantidades precisas para sufragar el desvío o desajuste temporal de las actividades reguladas de 2011), pese a que la Comisión Nacional de Energía ya había practicado determinadas liquidaciones mensuales correspondientes a 2011 a través de las cuales se ponía de relieve la existencia de aquellos desajustes. Era obligado incrementar los peajes de acceso del ejercicio siguiente (2012) para computar como coste de dicho año el importe de los referidos desvíos ocasionados en el año 2011, en la cuantía necesaria para que las empresas recuperasen las cantidades aportadas para

su financiación más sus intereses, obligación que la orden no satisface.

- **No se pueden reducir discrecionalmente los peajes de acceso (parte regulada de la tarifa eléctrica) para compensar el incremento del precio de la energía alcanzado en las subastas CESUR y evitar la subida de las tarifas de último recurso (congelación de las tarifas pagadas por los consumidores).** Ya en sus autos de 20 de diciembre, el TS rechazó de modo expreso que las órdenes de fijación de los peajes de acceso pudieran reducir éstos cuando tal disminución no se corresponda con la suma de los costes estimados de las actividades reguladas, incluida la incorporación de los de la tarifa de último recurso, derivados de la "subida" del precio de la energía fijado en las subastas correspondientes. Afirmó el TS que "... sólo mediante una modificación legislativa sería posible legitimar este género de decisiones que distorsionan el modelo de retribución establecido por la Ley 54/1997 y sus normas de desarrollo" e insiste en que "salvo una reforma normativa que lo autorice con carácter general, no cabe alterar el importe de los peajes, ignorando la existencia de partidas que obligatoriamente han de incorporarse a su cálculo, con la finalidad de 'contrarrestar' una eventual subida de los costes de producción de energía eléctrica" (STS de 31 de octubre, de 4 y 16 de noviembre de 2011 y autos de 20 de diciembre de 2011).

En los autos de marzo de 2012, las palabras del TS son aún más rotundas y no dejan lugar a duda sobre la práctica gubernamental basada en el incremento o reducción de los peajes de acceso en función del precio de la energía alcanzado en la subasta CESUR, a fin de conseguir que las tarifas finales

pagadas por los consumidores no resulten alteradas (congelación de tarifas). Afirmó el Tribunal que "por muy bien intencionadas que sean este género de decisiones 'compensatorias', [...] no tienen cabida en la actual regulación del sector eléctrico".

4. La difícil situación financiera de las eléctricas motiva un cambio de criterio sobre la adopción de medidas cautelares

Como se ha dicho, la impugnación de las sucesivas órdenes de tarifas por las compañías eléctricas y la correspondiente solicitud de medidas cautelares se ha convertido en todo un clásico. Hasta el 20 de diciembre de 2011, el TS había venido rechazando la suspensión cautelar de las órdenes impugnadas. Así en sus autos de 27 de julio, 14 y 22 de septiembre de 2010 se rechazaba la suspensión de la Orden ITC/1732/2010 por considerar que los eventuales perjuicios que de ella derivaban para los intereses de las empresas eléctricas demandantes, titulares de los correspondientes derechos de cobro, no ponían a dichas empresas en una situación financiera de difícil solución. Sin embargo, al resolver los recursos contra las últimas órdenes de tarifas (último trimestre de 2011 y primer trimestre de 2012), el criterio se invierte y el TS estima la solicitud de medidas cautelares. ¿Cuál ha sido el motivo justificante del cambio de criterio?

El propio Tribunal explica el porqué de su cambio. Al admitir la medida cautelar, se pretende evitar perjuicios económicos de imposible o muy difícil reparación que derivan de la acreditada insuficiencia de los peajes establecidos para cubrir los costes que con ellos deben sufragarse. En primer lugar, se constata la "manifiesta ilegalidad de la reducción de los peajes de acceso como mecanismo de compensación ante la subida de los precios de la energía

eléctrica resultantes de las subastas”, que ya ha sido declarada con carácter firme por la sala (STS de 31 de octubre, de 4 y 16 de noviembre de 2011). Por otro lado, “la reiteración de este género de medidas en sucesivas Órdenes ITC multiplica sus efectos perturbadores y agrava la cuantía del déficit cuyo pago se pospone, en contra de las previsiones legales, para ulteriores ejercicios”, situando a las eléctricas en una difícil situación financiera.

Al resolver el incidente cautelar, el TS tiene en cuenta no tanto las alegaciones de las partes como los informes preceptivos emitidos por la CNE en el procedimiento de aprobación de las órdenes impugnadas (informes 29/2011 y 39/2011) y en los que advierte de la magnitud de los riesgos que “para la sostenibilidad del sistema eléctrico” supone “utilizar la revisión de los peajes de acceso para compensar un posible aumento del coste de energía de la tarifa de último recurso” y se califica esta medida de contraria a los intereses generales. El Tribunal pone de manifiesto que las órdenes de tarifas impugnadas se apartan del criterio de este organismo que, sistemáticamente, advierte al Gobierno en sus informes sobre la necesidad de “utilizar las revisiones trimestrales en los peajes de acceso para corregir la senda de déficit y alcanzar cuanto antes la suficiencia, tal y como establece la normativa vigente” (autos de 20 de diciembre de 2011 y de 2 y 8 de marzo de 2012).

En el informe correspondiente a la propuesta de orden de tarifas del primer trimestre de 2012, la CNE había advertido de que la reducción de los peajes aumenta “la deuda del sistema, los costes de su financiación con el correspondiente impacto sobre los peajes de acceso futuros y [...] el esfuerzo necesario en el futuro para ajustar los peajes a los costes medios de actividades reguladas”, lo que pone de manifiesto la concurrencia de perjuicios de muy difícil

o imposible reversibilidad, perjuicios que se sobreponen a los inmediatos para las empresas eléctricas titulares de los correlativos derechos de cobro postergados.

Concurre además otra particularidad importante en las medidas cautelares interesadas por Endesa. La modalidad de cautela, solicitada con carácter principal e impuesta por el TS, no es la suspensión temporal de la eficacia de un determinado precepto de la orden impugnada, que sólo se pide con carácter subsidiario, sino la adopción de “medidas cautelares positivas” consistentes en que “se ordene” a la Administración del Estado la adopción de las medidas precisas para adecuar los peajes de acceso a los costes que deben sufragar.

5. Medidas rechazadas

Solicitaba también Endesa el incremento cautelar de la cuantía de las anualidades correspondientes a los déficits de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas en los años 2006 y 2008, fijadas en el artículo 3.1 de la Orden IET/3586/2011, en los términos que resultasen de la aplicación de un tipo de interés de mercado para establecer la cuantía de tales anualidades. La sala no considera que se pueda apreciar en fase cautelar la desviación de la Orden impugnada respecto de los tipos de intereses de cobro correspondientes a las anualidades para la recuperación del déficit de los años 2006 y 2008.

En las sentencias de 16, 17 y 18 de marzo de 2011 (RJ 2011\1768, 2011\1769 y 2011\2199), el TS afirmó que aquel interés debe asegurar la plena restitución de las cantidades adelantadas por las empresas, siendo insuficiente el previsto por el Real Decreto 485/2009. Pero también consideró que la fijación de un determinado coeficiente adicional que se añada al tipo (euribor a tres meses) plasmado en la Disposición adicional del Real

Decreto 485/2009 “corresponde al titular de la potestad reglamentaria, sin que esta Sala pueda sustituirle en sus específicas atribuciones de precisarlo” y que “al establecer dicho coeficiente diferencial, añadido al tipo del euribor a tres meses, el titular de la potestad reglamentaria no está obligado a suplir éste hasta el importe exacto de la media de tasa de interés aplicada a la financiación en su conjunto de las empresas eléctricas, tasa en cuya génesis

pueden haber incidido determinados factores (condiciones singulares del prestatario, entre otros) ajenos a los que corresponderían, en sí mismos considerados, a los derechos de cobro del déficit tarifario”. A tenor de estas razones, el TS no accede a la medida cautelar en lo que se refiere al tipo de interés aplicado para el cálculo de las anualidades destinadas a satisfacer los derechos de cobro correspondientes al déficit de los años 2006 y 2008.