



Ref.: A.G. INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO 11/07

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por el Sr. Secretario General de la Energía del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en relación con los efectos del Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio, sobre las compensaciones a determinadas sociedades titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica por los denominados costes de transición a la competencia. En relación con dicha consulta, y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

Comienza el escrito de consulta refiriéndose a las razones que motivaron el reconocimiento de unas compensaciones económicas por los "costes de la transición a la competencia" (en adelante, CTC) a determinadas sociedades titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica en la disposición transitoria sexta de la Ley 54/97, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de la liberalización en la actividad de generación que introdujo la citada norma.

El mencionado escrito alude, a continuación, a las normas que han regulado las compensaciones por los CTC desde la redacción inicial de la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997, pasando por la reforma introducida en la citada disposición por el artículo 107 de Ley 50/1998, de 30. diciembre, vigente hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2001, de 2 febrero, que la modifica y que da lugar a la Ley 9/2001, de 4 junio, hasta su supresión como consecuencia del Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio.

CORREO ELECTRÓNICO:
consultas@dsja.mjc.es

C/AYALA, 5
28001 MADRID
TEL: 91 390 47 55
FAX: 91 390 47 03



La consulta se refiere exclusivamente a los conocidos como costes de transición a la competencia tecnológicos y tiene por finalidad conocer el criterio de este Centro Directivo sobre las siguientes cuestiones:

"1. Si, pese a la supresión de los CTC's por el Real Decreto-Ley 7/2006, cabría liquidar los saldos positivos o negativos a 30 de junio de 2006 de cada una de las empresas afectadas.

2. Si, en el caso de que se produjera dicha liquidación y resultara que algunos agentes han percibido cantidades superiores a la máxima atribuida inicialmente, cabría exigir a estos agentes la devolución de estos excesos".

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 1 -

El artículo 1, apartado 16, del Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio, ha suprimido la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico en la redacción dada a la misma por la Ley 9/2001, de 4 de junio. La Exposición de Motivos del citado Real Decreto-Ley justifica la supresión de dicha norma que regulaba las compensaciones por los denominados costes de transición a la competencia de las sociedades productoras de energía eléctrica atendiendo a que su mantenimiento generaba efectos nocivos en la fijación de los precios de la electricidad y a que su objetivo ha sido cumplido al haberse amortizado la casi totalidad de las inversiones (la Exposición de Motivos se refiere al "alto grado de amortización de las inversiones"); menciona también como causa que justifica la supresión de la referida disposición transitoria la circunstancia de que las cifras iniciales estaban ya obsoletas.

Como se relata en el escrito de consulta, la existencia de los denominados costes de transición a la competencia con el objeto de facilitar la liberalización del mercado eléctrico se reconoce inicialmente por la disposición transitoria sexta de



la Ley 54/1997, modificándose la redacción del precepto como consecuencia de la reforma introducida en la citada disposición por el artículo 107 de Ley 50/1998, de 30 diciembre; la última reforma, previa a la supresión por el Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio, vino dada por el artículo 1 de Ley 9/2001, de 4 junio, consecuencia, a su vez, del Real Decreto-Ley 2/2001, de 2 febrero.

De acuerdo con la última redacción de la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997 –apartado 1–, "se reconoce la existencia de unos costes de transición al régimen de mercado competitivo, previsto en la presente Ley, de las sociedades titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica que a 31 de diciembre de 1997 estuvieran incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, sobre Determinación de la Tarifa de las Empresas Gestoras del Servicio. En consecuencia, se reconoce a dichas sociedades el derecho a percibir una compensación por tales costes".

Como se tendrá ocasión de analizar con detalle más adelante, la Ley establece un importe base global de dichos costes, en valor a 31 de diciembre de 1997 que nunca podrá superar 1.736.778 millones de pesetas, descompuesto en un valor máximo de 1.441.502 millones de pesetas en concepto de costes de transición a la competencia tecnológicos y un valor máximo de 295.276 millones de pesetas en concepto de incentivos al consumo de carbón autóctono a que hace referencia el párrafo primero de la disposición transitoria cuarta, en la que se incluyen 49.267 millones de pesetas correspondientes al incentivo a la tecnología GICC.

Las compensaciones por los CTC han sido percibidas por sus beneficiarios en función del régimen que en cada momento ha estado vigente. Así, hasta la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley 50/1998, de 30 diciembre, eran percibidas –conforme desarrollaban los artículos 9 y siguientes del Real Decreto 2017/1997 que 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– mediante la percepción de una retribución fija, expresada en



pesetas por kWh, que se calculaba como la diferencia entre los ingresos medios obtenidos por estas empresas a través de la tarifa eléctrica y la retribución reconocida para la producción en el artículo 16.1 de la Ley 54/1997; por su parte, el artículo 18 del Real Decreto citado preveía la autorización de Planes de Financiación Extraordinarios con cargo a la denominada asignación específica de la retribución fija (aprobado el año 2001 para el caso de la empresa Elcogás). En el periodo de vigencia de la redacción de la disposición transitoria sexta introducida por la Ley 50/1998 una parte de las compensaciones por CTC se recibían, además, mediante la afectación a tal fin, a partir del día 1 de enero de 1999, de un porcentaje de la facturación por venta de energía eléctrica a los consumidores del 4,5 por 100. El sistema previsto en el citado Real Decreto 2017/1997 vuelve a regir desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2001, de 2 de febrero, hasta la supresión de las compensaciones por CTC.

Con el alcance que se analizará más adelante, el apartado 3 de la disposición transitoria sexta, en la redacción dada por la Ley 9/2001, preveía que "si el coste medio de generación a que se refiere el artículo 16.1 de la presente Ley de cada una de las sociedades titulares de instalaciones de generación resultara anualmente superior a 6 pesetas por kWh, este exceso se deducirá del citado valor actual, estableciéndose anualmente por el Ministro de Economía las nuevas cantidades y porcentajes de costes de transición a la competencia que corresponderán a cada una de estas sociedades".

- II -

El sistema de compensación por los CTC fue, desde su creación, transitorio, con una vigencia limitada en el tiempo y cuya concreta determinación fue variando según las diferentes disposiciones legales que lo regularon.

En la redacción vigente en el momento de su derogación, la Ley 9/2001 disponía la vigencia del sistema –apartado 2 de la disposición transitoria sexta– "hasta el 31 de diciembre de 2010". No obstante, se añadía seguidamente que "si



las condiciones del mercado lo hacen aconsejable, una vez cumplidas las condiciones y compromisos establecidos en esta disposición transitoria, el Gobierno podrá anticipar la fecha señalada en este apartado".

Es decir, la Ley remitía al criterio del Gobierno la terminación anticipada de estas compensaciones cuando sus objetivos hubieran sido cumplidos, tal y como ha hecho efectivamente el Real Decreto-Ley 7/2006.

Sin embargo, y enlazando con la primera de las cuestiones planteadas en la consulta, el citado Real Decreto-Ley 7/2006 guarda silencio sobre si procede liquidar los saldos globales por cada empresa de las compensaciones por los CTC desde la entrada en vigor de la Ley 54/1997 hasta su supresión.

El silencio del Real Decreto-Ley 7/2006 admite, en principio, dos interpretaciones:

La primera de ellas consiste en entender que la supresión de las compensaciones por los CTC no exige ninguna operación ulterior de liquidación de las cantidades percibidas por los operadores eléctricos de manera que los posibles saldos pendientes a favor o en contra de dichos operadores quedarían cancelados.

Una segunda interpretación, más razonable, postula en favor de la necesidad de establecer una liquidación global de los saldos pendientes.

Apoya esta segunda interpretación el hecho de que las compensaciones por los CTC fueron limitadas a una cantidad máxima global tanto por la disposición de creación –la Ley 54 de 1997– como por sus posteriores modificaciones en 1998 y 2001. Las compensaciones por los CTC se liquidaban para cada empresa con los ingresos procedentes de los consumidores y repercutidos en sus facturas con carácter anual conforme a las reglas de cálculo determinadas en la Ley 54/1997 y en el Real Decreto 2017/1997 salvo el intervalo



de vigencia de la Ley 50/1998 en que se siguieron las normas establecidas por esta disposición.

La previsión normativa que establecía la necesidad de respetar una cantidad máxima en concepto de compensaciones por CTC más allá de los devengos y liquidaciones anuales (que deben considerarse a cuenta de la liquidación final) justifica que, suprimidos los CTC, proceda comprobar si las cantidades efectivamente entregadas conforme a los criterios normativamente establecidos han superado respecto de cada empresa el máximo previsto.

A mayor abundamiento, cabe también argumentar que de la previsión normativa que habilitaba al Gobierno para anticipar la fecha señalada como plazo máximo de duración de las compensaciones por los CTC se deduce que la ley contempla las compensaciones por los CTC en su globalidad, de modo que si se cumplen los objetivos de la ley y sus compromisos puede anticiparse su supresión; ello implica que, junto con las liquidaciones anuales de las compensaciones, debe existir una liquidación global y definitiva que permita determinar si las cantidades entregadas superan el máximo previsto legalmente, lo cual sólo puede conocerse al final del periodo de vigencia.

- III -

Finalmente, aunque el Real Decreto-Ley no prevea expresamente la liquidación de las compensaciones por los CTC, es lo cierto que tampoco la impide; dicha liquidación resulta, además, apoyada por los principios generales del Derecho que impiden el enriquecimiento injusto y establecen la devolución del cobro de lo indebido.

En efecto, en el caso de que las empresas hubieran percibido unas cantidades en concepto de CTC superiores a la máxima establecida, se apreciaría en dicho hecho un enriquecimiento injusto o sin causa, enriquecimiento sin causa que, aunque no haya sido sancionado expresamente como prohibido y contrario a



Derecho en los textos positivos del ordenamiento jurídico sino hasta fechas recientes, y aun así en normas muy concretas o sectoriales (art. 10.9 del Código Civil), sin perjuicio de que lo haya sido en otras épocas (Código de las Partidas 7.34.17), constituye, según construcción doctrinal y jurisprudencial que por su reiteración resulta innecesaria su cita, un principio general del Derecho, con el valor y función propia de tal calificación, cuya conculcación da lugar a la apreciación de infracción jurídica, debiendo señalarse, por lo demás, que el enriquecimiento injusto no requiere la existencia de mala fe, negligencia o acto ilícito por parte del enriquecido, siendo suficiente el hecho objetivo de haber obtenido una ganancia indebida o sin causa (vid., por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1955 y 31 de marzo de 1992)".

Ahora bien, este Centro entiende que en el presente caso resultan aplicables, por su alcance más específico, los preceptos del Código Civil (CC) que sancionan el cobro de lo indebido en los artículos 1895 y siguientes.

El artículo 1895 del CC dispone que "cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla"; existen otros preceptos en el mismo cuerpo legal que contemplan supuestos concretos del pago de lo indebido, como son el artículo 1085, relativo al pago de deudas hereditarias; el 1126, sobre pago anticipado de obligaciones a plazo; el 1158, sobre reclamación de lo pagado por cuenta de otro; los artículos 1162 a 1165, referentes al pago de las obligaciones que en estos preceptos se mencionan; el artículo 1756, sobre pago de intereses no estipulados, y, finalmente, el 1842, referido al pago por fiador ignorándolo el deudor principal que repite el pago.

El cobro de lo indebido representa, pues, una fuente de relaciones obligatorias que el CC encuadra –siguiendo la terminología histórica– entre los denominados "cuasi contratos" (cfr. artículo 1887).

La persona que realiza un pago indebido, bien porque la deuda era inexistente, bien porque ya estaba pagada, o porque, aun existiendo, se hace el



pago a quien no es el acreedor, dispone de acción (la *condictio indebiti* del Derecho Romano) para recuperar lo indebidamente pagado, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el CC, a saber:

a) El *indebitum*, es decir, la ausencia de la *causa solvendi*, al pagar algo que no se debía. Este requisito se daría en el presente caso si las empresas hubieran percibido más de lo debido conforme a la citada disposición transitoria

Según el inciso primero del artículo 1900, "la prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho", por lo cual se deberá acreditar este extremo.

b) El error en el pago, al que hace referencia el reiterado artículo 1895 y desarrollan los artículos 1899 y 1901.

Aunque la prueba del error corresponde a quien paga, según dispone el artículo 1900 ("... también corre a su cargo la del error con que lo realizó, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame"), esta prueba se mitiga por lo que dispone el propio artículo 1900 al decir que "en este caso (si el demandado negara haber recibido la cosa), justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió".

Finalmente, a tenor del artículo 1901, "se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada", sin que en el presente caso pudiera alegarse por las empresas la excepción del inciso final de dicho artículo ("pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa"), porque en ningún caso puede presumirse que la Administración pretendiera realizar una liberalidad en favor de las empresas, ni que concurriera causa alguna para duplicar el pago.



Como consecuencia de todo lo anterior, y según se deduce del mencionado artículo 1895 del CC, las empresas deberían devolver lo indebidamente recibido.

No puede, por el contrario, entenderse que las empresas actuaran de mala fe al recibir y retener el pago indebido. Por ello no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1896, según el cual "el que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el Interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere".

Más bien resulta aplicable el artículo 1897, que contempla el caso contrario de aquel que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, que "sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta, y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo".

A la vista de los preceptos citados, la doctrina afirma que en los artículos 1896 y 1897 el parentesco de la *indebiti solutio* (pago de lo indebido) con la proscripción del enriquecimiento injustificado y con el derecho a la reparación del daño se resuelve de la siguiente manera: la buena fe del *accipiens* (el que cobró) atrae la *indebiti solutio* al área del enriquecimiento sin causa; la mala fe la relaciona con el resarcimiento de daños; desde el punto de vista de las consecuencias, el *accipiens* de mala fe debe devolver lo indebidamente percibido en su totalidad y con intereses, mientras que el *accipiens* con buena fe sólo debe restituir aquello en que se hubiera enriquecido.

En el presente caso, como se trata de capitales, las empresas que recibieron el pago indebido no deberán abonar los intereses legales, que no son moratorios (y, por lo tanto, no se aplica el artículo 1108 del CC que precisa de requerimiento para su devengo), sino sancionatorios de la mala fe.



Por lo tanto, y como conclusión sobre este extremo, aunque el Real Decreto-Ley 7/2006 no haya dispuesto expresamente la liquidación de las cantidades que en concepto de CTC han sido entregadas a las compañías eléctricas desde el momento en que entró en vigor la disposición transitoria de la Ley 54/1997 hasta el 25 de junio de 2006, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley, la propia configuración del sistema unida a los principios generales del Derecho citados que prohíben el enriquecimiento injusto y el cobro de lo indebido permiten que pueda procederse a la liquidación de dichas cantidades.

- IV -

Podría plantearse si, desde el punto de vista procedimental, las cantidades que han sido abonadas a las empresas eléctricas por medio de las liquidaciones que realizaba la Comisión Nacional de Energía según el Real Decreto 2017/1997 han dado lugar a algún tipo de acto declarativo de derecho (en favor de las citadas empresas) cuya modificación exigiría la utilización de alguno de los procedimientos de revisión de oficio previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El sistema de compensación de la Ley 54/1997, concretado en el Real Decreto 2017/1997, preveía la realización de unas liquidaciones anuales y la fijación, también con carácter anual, de una cifra máxima actualizada de la cantidad que se podía percibir en concepto de compensaciones por los CTC. Según se informa en el escrito de consulta, en algunos ejercicios no se han llevado a cabo dichas previsiones. Sin embargo, ello no es obstáculo para que, una vez concluida la vigencia del sistema, se calcule, conforme ordena la ley, tanto el importe global máximo de compensación y que se determine si este importe ha sido o no rebasado, atendiendo para ello a los ingresos obtenidos por las compañías. A tales efectos, las liquidaciones de las compensaciones por CTC que la Comisión Nacional de Energía ha ido realizando desde sus inicios deben entenderse a cuenta de la liquidación final. Apoya este criterio, entre otros



argumentos, el artículo 10, *in fine*, del Real Decreto 2017/1997 cuando dispone que "en el caso de que el importe a liquidar por retribución fija en un año supere el importe máximo establecido en la disposición que apruebe la tarifa para el año correspondiente, el exceso se aplicará a disminuir el importe global de la retribución fija pendiente".

Por último, y como argumento de tipo finalista, debe tomarse en consideración la razón de ser de estas compensaciones que no es otra que la de facilitar, en un mercado competitivo, la amortización de activos e instalaciones planificados con arreglo a un marco legal distinto. Este es el único sentido de las compensaciones que se fijan por Ley en una cantidad global máxima y cuyo pago corresponde a los consumidores; este fin justifica que, una vez que el sistema ha finalizado, deba poder comprobarse su ejecución.

En consecuencia, no cabe hablar de que las liquidaciones hasta ahora practicadas constituyan cada una de ellas actos declarativos de derechos que no puedan alterarse en la liquidación final.

- V -

Relacionado con la cuestión anterior, se suscita la relativa al momento en que la Administración puede determinar la liquidación global de las compensaciones por los CTC, momento a partir del cual comenzará, a su vez, a discurrir el plazo de prescripción de los eventuales derechos de reembolso de las compensaciones reconocidas en exceso.

Este Centro Directivo entiende que, de acuerdo con lo expresado anteriormente y dado que la liquidación de las compensaciones por los CTC debe ser forzosamente global, contemplando todos los ejercicios en que dicho sistema ha estado vigente, y que hasta su terminación no pueden realizarse los cálculos finales al no disponerse de todos los datos necesarios, el *dies a quo* del plazo de prescripción se sitúa en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 7/2006.



En efecto, sólo al final del funcionamiento del sistema puede disponerse del resultado global y acumulado de las diversas magnitudes que lo componen, especialmente si se tiene en cuenta que, tal y como está configurado legalmente, la liquidación final exige comprobar si se ha superado o no la cifra máxima global actualizada prevista en la disposición transitoria sexta para lo cual son insuficientes las liquidaciones anuales que hasta entonces hayan podido practicarse.

Siendo éste el momento inicial del cómputo del plazo de prescripción, la determinación de cuál sea este plazo se encuentra vinculada a la naturaleza jurídica de las compensaciones por los CTC.

Como indica el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 junio 2001, fundamento jurídico octavo, la naturaleza de las compensaciones por los CTC es compleja:

"En el debate sobre la naturaleza jurídica de la compensación por los CTC se han utilizado prácticamente todas las categorías jurídicas imaginables: aquella compensación ha sido calificada, indistinta o sucesivamente, de justiprecio por una expropiación legislativa (tesis central de la demanda); de indemnización derivada de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria (esto es, como un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado legislador en los términos del artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común); como prestación patrimonial de derecho público, de las previstas en el artículo 31 de la Constitución; como un verdadero tributo o, más en concreto, como un impuesto material que grava a los consumidores de electricidad; como una exacción parafiscal; y, finalmente, como una ayuda, subsidio o subvención gratuitamente dispensada por el Estado".

Pues bien, de todas estas opciones, el Alto Tribunal, en el fundamento jurídico décimo de la sentencia citada (si bien con el carácter de *obiter dicta*), ha calificado las compensaciones por los CTC como una prestación patrimonial de carácter público establecida por Ley como exige al artículo 31.3 de la Constitución.



Así, afirma en la referida sentencia el Tribunal Supremo "... que, si se entendiera que la compensación por los CTC equivale a la creación de una prestación patrimonial pública de carácter coactivo (pues, desde luego, puede afirmarse que en la sociedad actual el consumo de electricidad es objetivamente indispensable para satisfacer las necesidades básicas y, en ese mismo sentido, el pago del suministro eléctrico no es 'voluntario'), el único límite que a este género de prestaciones impone el artículo 31 de la Constitución es que se establezcan 'con arreglo a la Ley', como aquí ha ocurrido...".

Confirma la naturaleza jurídico-pública de las compensaciones de que se trata el artículo 21 del Real Decreto 2017/1997 cuando dispone que las liquidaciones que determine la CNE derivadas del citado Real Decreto –entre las que se encuentran las compensaciones por los CTC– podrán ser objeto de recurso ordinario ante el Ministro de Industria, Turismo y Comercio en el plazo de un mes.

Este Centro Directivo comparte el criterio expresado por el Tribunal Supremo y seguido posteriormente por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional sobre la referida naturaleza jurídica de prestación patrimonial pública de las compensaciones por los CTC. Ello determina que el plazo aplicable a la prescripción del derecho a practicar la liquidación global sea, conforme dispone el artículo 15.1.a) de la Ley General Presupuestaria, el de 4 años contados desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 7/2006.

- VI -

La siguiente cuestión que se plantea consiste en la determinación de los criterios que deben utilizarse para calcular la liquidación global de las compensaciones por los CTC a la vista de las previsiones establecidos por la Ley respecto de los denominados CTC "tecnológicos", así como para comprobar si las diferentes empresas han superado o no la cantidad máxima de compensaciones que por este concepto preveía la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997.



Para ello procede interpretar los criterios establecidos en la Ley. En efecto, aunque el fundamento de las compensaciones por los CTC responde a la finalidad de posibilitar la amortización de las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes antes de la nueva regulación del mercado eléctrico introducida en el año 1997, determinada por la Ley tanto la cantidad máxima a percibir como la fuente de financiación y las reglas de liquidación, debe estarse a la evolución de estas magnitudes y no al hecho real de la amortización de las referidas instalaciones, lo que exigiría la utilización de criterios que no se encuentran recogidos en la norma.

En consecuencia, debe procederse conforme establece la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997, en la redacción dada por la Ley 9/2001, por ser la norma vigente en el momento de supresión de las compensaciones por CTC, siendo relevantes a estos efectos sus apartados 1 y 3 que disponen lo siguiente:

"1. Se reconoce la existencia de unos costes de transición al régimen de mercado competitivo, previsto en la presente Ley, de las sociedades titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica que a 31 de diciembre de 1997 estuvieran incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, sobre Determinación de la Tarifa de las Empresas Gestoras del Servicio. En consecuencia, se reconoce a dichas sociedades el derecho a percibir una compensación por tales costes.

El importe base global de dichos costes, en valor a 31 de diciembre de 1997, nunca podrá superar 1.736.778 millones de pesetas, descompuesto en un valor máximo de 1.441.502 millones de pesetas en concepto de costes de transición a la competencia tecnológicos y un valor máximo de 295.276 millones de pesetas en concepto de incentivos al consumo de carbón autóctono a que hace referencia el párrafo primero de la disposición transitoria cuarta, en la que se incluyen 49.267 millones de pesetas correspondientes al incentivo a la tecnología GICC.

(...)



3. Si el coste medio de generación a que se refiere el artículo 16.1 de la presente Ley de cada una de las sociedades titulares de instalaciones de generación resultara anualmente superior a 6 pesetas por kWh, este exceso se deducirá del citado valor actual, estableciéndose anualmente por el Ministro de Economía las nuevas cantidades y porcentajes de costes de transición a la competencia que corresponderán a cada una de estas sociedades".

Partiendo de estas previsiones legales, la determinación de la cifra máxima que en concepto de compensaciones por los CTC denominados tecnológicos pueden percibir las compañías eléctricas debería calcularse de la siguiente manera:

En primer lugar, procedería actualizar la cifra máxima correspondiente a las compensaciones por CTC tecnológicos establecida en la disposición transitoria sexta en la cantidad que resulte para cada compañía eléctrica en función de la distribución por porcentajes establecidos en el anexo III, también actualizado, del Real Decreto 2017/1997.

A esta cantidad habría que deducir, como establece la disposición transitoria sexta, el exceso, también actualizado que, a lo largo de los años de funcionamiento del sistema, cada empresa eléctrica ha percibido sobre el precio de 3,606 c€/kw/hora. El hecho de que, como se expresa en el escrito de consulta, no se haya calculado la cifra resultante anualmente como ordena la Ley no puede considerarse como un obstáculo que impida realizar este cálculo en el momento de la liquidación global.

Este Centro Directivo entiende que el exceso sobre el precio de 3,606c€/kw/hora opera a modo de cláusula de salvaguardia o corrección en la economía de la Ley 54/1997. En efecto, de la cantidad máxima establecida anualmente se deben deducir los ingresos obtenidos en el mercado cuando el precio de la energía supera los 3,606 c€/KW/hora. El resultado acumulado de este



método de cálculo durante los años en que ha estado vigente el sistema conducirá a la liquidación global del sistema de compensaciones por CTC.

El artículo 14 del Real Decreto 2017/1997 desarrollaba el criterio legal para calcular las liquidaciones anuales cuando disponía que:

*1. El importe base global máximo a 31 de diciembre de cada año de los diferentes componentes a que se refiere el punto precedente se calculará mediante la actualización del importe base global máximo correspondiente al 31 de diciembre del año precedente de acuerdo con el tipo de interés resultante de la media anual del MIBOR a tres meses o tipo de interés de referencia que lo sustituya.

2. El importe base global máximo a 31 de diciembre de cada año de los diferentes componentes, tanto en términos globales como para cada una de las empresas, será el resultado de realizar los siguientes cálculos:

a) Del importe máximo de la asignación general deberán deducirse los importes recuperados por tal concepto en el año. Igualmente, se deducirá del valor máximo, para cada empresa el importe correspondiente a los ingresos anuales medios obtenidos por cada una de las empresas generadoras en el mercado de electricidad que excedan de aquellos que se hubieran obtenido con un precio de generación de 6 pesetas/kWh, considerando entre éstos los conceptos definidos en el artículo 16.1 de la Ley 54/1997, del sector eléctrico".

El Real Decreto 2017/1997 ordena en el inciso subrayado que se deduzca del valor máximo anual actualizado del ejercicio anterior "el importe correspondiente a los ingresos anuales medios obtenidos por cada una de las empresas generadoras en el mercado de electricidad que excedan de aquellos que se hubieran obtenido con un precio de generación de 6 pesetas/kWh". La deducción no se realiza, por consiguiente, entre los ingresos percibidos y el exceso sobre el precio de generación, sino entre el valor máximo actualizado de compensaciones y los referidos excesos. Pues bien, estos cálculos anuales deben acumularse a la hora de liquidar globalmente el sistema durante su período de vigencia.



La deducción de la cifra global establecida como máxima por la Ley de las cantidades que excedan de 3,606 c€/kw/hora conducirá al resultado de una nueva cifra máxima que será más reducida que la fijada por el legislador. Ello determinará que el importe base global deba disminuirse en la cantidad correspondiente con lo que se obtendrá la nueva cantidad máxima que deberá servir de referencia para calcular si las percepciones recibidas en compensación por CTC han excedido o no el máximo legalmente establecido.

Una vez obtenida la cifra máxima conforme al criterio expuesto, deberá comprobarse si las cantidades efectivamente percibidas por las empresas superan o no dicha cifra.

Como cantidades que deben computarse entre las efectivamente percibidas como compensaciones por CTC procederá incluir el importe actualizado de las cantidades reconocidas a las compañías a lo largo del funcionamiento del sistema, bien se trate de las cantidades ingresadas según el Real Decreto 2017/1997 mediante la percepción de una retribución fija, expresada en pesetas por kWh, que se calculaba como la diferencia entre los ingresos medios obtenidos por estas empresas a través de la tarifa eléctrica y la retribución reconocida para la producción en el artículo 16.1 de la Ley 54/1997, bien se trate del importe con cargo a la asignación específica de la retribución fija que el artículo 18 del Real Decreto 2017/1997 preveía para los Planes de Financiación Extraordinarios (aprobado para el caso de la empresa Elcogás), bien finalmente y, bajo la vigencia de la redacción introducida por la Ley 50/1998, el porcentaje de la facturación por venta de energía eléctrica a los consumidores del 4,5 por 100.

Pues bien, una vez calculada la referida cantidad procederá comparar las cantidades efectivamente percibidas en concepto de compensaciones a los CTC y la cantidad máxima permitida por la Ley con la corrección o deducción antes mencionada, es decir, los excesos sobre los 3,606 c€/kw/hr.



Si la cantidad ingresada fuera superior a la determinada como máxima, la compañía eléctrica que se encuentre en dicha situación deberá devolver el exceso –sin intereses– hasta el límite de lo permitido

Si, por el contrario, la compañía sobre la que se realiza el cálculo no hubiera llegado a dicha cifra, el sistema legal no permite que se disminuya la cantidad percibida en concepto de compensación por CTC.

Las cantidades que pueden ser objeto de reintegro se limitan a la referida diferencia entre el valor máximo calculado en la forma indicada y las cantidades efectivamente percibidas. Este Centro Directivo no considera que exista base legal para exigir la devolución de las cantidades cobradas a los consumidores en exceso sobre los 3,606 c€/kw/hora. Estas cantidades sirven para calcular el máximo de compensaciones que por CTC pueden percibir las empresas en los términos antes expresados, pero, cumplida esta función, constituyen ingresos empresariales no vinculados a compensaciones por CTC. En el caso de que como consecuencia de estos excesos, las cuantía máxima a percibir por compensaciones por los CTC resulte negativa, la Administración carece de base legal para reclamar esa diferencia, pues no responde a ingreso alguno recibido por las empresas en concepto de compensación por los CTC.

- VII -

La Secretaría General de la Energía ha remitido como documentación complementaria al escrito de consulta una estimación de los pagos materiales efectuados a las empresas titulares de instalaciones generación en concepto de CTC tecnológicos en el período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 30 de junio de 2006. En el informe se distingue una parte en la que se explican los criterios seguidos para realizar la estimación y otra en la que mediante gráficos y cuadros se presentan los resultados.



En los gráficos se representan para cada empresa los siguientes datos, cuyo sentido se expone y precisa en la parte explicativa:

- a) Los cobros materiales se refieren a aquellos pagos efectivamente realizados a las empresas con cargo al sistema de liquidaciones, esto es: las Asignaciones General y Específica, los realizados vía cuota del 4,5% y el Plan de Financiación Extraordinario de Elcogás
- b) Los ingresos obtenidos en el mercado por cada empresa cuando el precio de la energía supera los 3,606c€/kWh en consideración anual y global se identifican como "excesos 6 ptas./kWh".
- c) Se refleja anualmente lo que se denomina como cobro máximo de cada empresa (término que se asimila a la cantidad máxima de compensaciones por CTC) que en el año n es el que resulta de minorar la cantidad máxima devengada por la empresa en el año n-1 por el importe de los ingresos obtenidos a través del mercado (por cualquiera de los modos de contratación) cuando los precios son superiores a los 3,606c€/kWh. A estos efectos, la energía generada se ha valorado al precio marginal del mercado de producción.
- d) Las plusvalías obtenidas por Endesa por la venta de los activos de Viesgo en el año 2001 se han considerado de forma análoga a los excesos sobre 3,606c€/kW, reduciendo el cobro máximo de Endesa.
- e) Todas las cantidades se actualizan a 31 de diciembre de cada año empleando el euribor.
- f) Se calcula la evolución en el período de vigencia del sistema de la cifra máxima devengada por cada empresa por CTC, asumiendo que los ingresos obtenidos en el mercado cuando el precio de la energía supera los 3,606c€/kWh reducen esta cifra máxima en la misma cuantía.



- g) Se menciona expresamente que se sigue la interpretación de que, cuando los cobros materiales recibidos por una empresa en el total del período hayan sido superiores a la cifra final de cobro máximo resultante para esa empresa, se podría exigir el reintegro de la diferencia entre ambas, sin que esta cantidad pueda en ningún caso superar los cobros materiales recibidos por dicha empresa en todo el período.
- h) La cantidad exigible se calcula para cada empresa como la diferencia entre los cobros materiales acumulados a 30/06/2006 y el cobro máximo al final de ese período, y resultará igual a cero cuando sea negativa (como es el caso de Elcogás). Cuando el cobro máximo final sea negativo, la cantidad exigible será igual a los cobros materiales.

Este Centro Directivo considera que la metodología de cálculo seguida en el informe se ajusta a la interpretación de la Ley que se entiende correcta de acuerdo con los argumentos antes expuestos, aunque obviamente no pueda pronunciarse sobre los cálculos y cifras en sí mismos considerados por no ser materia de su competencia.

El resultado global de estos cálculos a 30 de junio de 2006 conduce a los siguientes resultados:

- a) Algunas empresas (Endesa, Viesgo, e Iberdrola), tras la reducción de la cantidad máxima de compensaciones por CTC que les corresponde como consecuencia de la acumulación de los excesos anuales de la energía vendida sobre los 3,606c€/kWh, presentan un saldo negativo que se refleja como "cobro máximo f". Es decir, el sistema no sólo no reconocería ninguna cantidad como compensación, sino que, por efecto de los referidos excesos, la cifra resultaría negativa, lo que significa que dichas empresas no habrían devengado derecho a compensación por los CTC. Esto no obstante, de acuerdo con la regla de que el reintegro de la diferencia en ningún caso puede superar los cobros materiales recibidos por dicha empresa en todo el período, sólo se considera exigible la



cantidad correspondiente a la totalidad actualizada de los cobros materiales acumulados.

b) Para otras empresas (Hidrocantábrico y Unión Fenosa) la cantidad máxima de compensaciones por CTC al final de periodo es positiva; sin embargo, la cantidad que según este cálculo podrían recibir por este concepto es inferior a las cantidades percibidas a lo largo de la vigencia del sistema, por lo que procede que se devuelva la diferencia entre ellas teniendo derecho a conservar el resto.

c) Finalmente en el caso de la empresa Elcogas la cantidad máxima de compensaciones por CTC al final del periodo es positiva y, además, la cantidad efectivamente percibida no alcanza a dicha cifra. En este caso no se prevé ninguna devolución por parte de dicha empresa, ni tampoco la liquidación de cantidad adicional en la medida en que opera la supresión del sistema en el momento del cálculo, es decir, el 30 de junio de 2006, sin que puedan considerarse ingresos potenciales posteriores a tal fecha.

- VIII -

De la documentación que se acompaña al escrito de consulta se deduce que se suscita la duda de si las plusvalías obtenidas por Endesa como consecuencia de la venta de Viesgo Generación, SL el año 2001 deben computarse en el saldo de compensación por CTC de la empresa vendedora.

Esta cuestión se vincula a la interpretación que deba darse al apartado 5 de la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997, aplicable a la enajenación por parte de Endesa de Viesgo Generación, S.L. Establece el citado apartado que:

"5. En el caso de que las sociedades titulares procedieran a la venta de dichas instalaciones, se procederá a transmitir igualmente el derecho de cobro de los costes de transición a la competencia asignados a la



instalación o instalaciones de generación que se venden a la empresa adquirente, debiendo solicitar la empresa vendedora al Ministro de Economía la cuantía de los derechos de cobro por costes de transición a la competencia de la central o centrales objeto de la venta. Una vez efectuada la operación de venta e inscrito el cambio de titularidad en el Registro Administrativo de Producción del Ministerio de Economía, se procederá a deducir de la sociedad vendedora y acreditar a la sociedad compradora los saldos pendientes por los derechos de cobro de los costes de transición a la competencia.

Si en la venta de las instalaciones de producción a las que se reconoció costes de transición a la competencia, la sociedad vendedora obtuviera precios de venta de dichas instalaciones de producción superiores a los costes que se tuvieron en cuenta para el cálculo a 31 de diciembre de 1997 de los costes de transición a la competencia tecnológicos asignados a la misma y trasladados al momento de su transmisión, dicha diferencia será deducida del saldo pendiente de los derechos de costes de transición a la competencia de la sociedad vendedora.

El procedimiento detallado de cálculo de las diferencias de dichos valores será establecido por el Ministro de Economía.

Será de aplicación a las sociedades que hayan adquirido instalaciones de generación a las que se les hubiera reconocido costes de transición a la competencia la limitación establecida en el apartado tercero".

Esta cuestión fue abordada por la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2005 dictada en un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden del Ministerio de Economía de 13 de noviembre de 2002, por la que se establecían las nuevas cantidades y porcentajes provisionales de los costes de transición a la competencia tecnológicos a 31 de diciembre de 2001. La parte recurrente, Iberdrola, solicitaba que se declarase que, a efectos del cálculo de dichos porcentajes, correspondía practicar la deducción por plusvalías obtenidas en la venta de las centrales de generación incorporadas al patrimonio de Viesgo Generación, S.L.



Pues bien, la Audiencia Nacional se mostró favorable a tal pretensión que aborda en el fundamento jurídico sexto de la sentencia en los siguientes términos:

"Una vez obtenida dicha conclusión, es preciso acotar las consecuencias que, en este concreto litigio, ha de tener la misma: es decir, cómo debe llevarse a cabo la previsión legal de que 'dicha diferencia será deducida del saldo pendiente de los derechos de costes de transición a la competencia de la sociedad vendedora'.

Como solicita la actora, debe ordenarse a la Administración que dicte un acto administrativo por el que se de cumplimiento a esta exigencia legal, con los siguientes puntos de referencia: se tendrán en cuenta exclusivamente los precios superiores de venta de las instalaciones de producción a las que se reconoció costes de transición a la competencia.

El hecho de que los porcentajes que establece la Ley sean 'provisionales' no constituye un obstáculo para llegar a tal cálculo, teniendo en cuenta cual es el verdadero significado de esta 'provisionalidad'. En efecto, según resulta del informe de la Comisión Nacional de la Energía obrante en el expediente, los coeficientes son provisionales porque existen numerosas partidas incluidas en la memoria económica de la Orden impugnada que tienen carácter provisional: a) cobros de CTCs a cuenta de las liquidaciones del ejercicio 1998 y 1999 al no haberse completado la inspección de los ingresos y costes de estas liquidaciones; b) cobros de CTCs a cuenta de las liquidaciones de los ejercicios 2000 y 2001 repercusión del déficit y exceso de precio de estos años, al no haber tenido lugar ni la liquidación anual, ni las inspecciones ni el precio del mercado organizado de producción en el que se basa el exceso de precio sobre las 3, 6061 cent.euro/kWh es definitivo.

Señala la CNE que a su juicio es acertado emplear porcentajes provisionales y no hacer esperar el tiempo que requiere el acopio de todos los datos, y que los porcentajes provisionales se corregirán en el futuro.

En consecuencia, el carácter de «provisional se puede entender como una especie de 'adelanto' de la liquidación definitiva, en la que se realizarán ajustes, una vez comprobados los elementos tenidos en cuenta para el cálculo con carácter definitivo. En lo que afecta a este litigio, la



aplicación de la D.T.Sexta num. 5 debería reflejarse en consecuencia, en las liquidaciones provisionales pues esta diferencia es uno de los factores a tener en cuenta para su cálculo, al no distinguir la norma entre provisionales y definitivos cuando menciona el 'saldo pendiente'.

En cuanto a la inexistencia de procedimiento, puesto que la D.T. sexta señala que el Ministro de Economía aprobará el procedimiento para realizar la deducción, procedimiento que según señala la actora, no ha sido aprobado, tal ausencia no puede constituirse en causa de inaplicación de la Ley por la Administración, obligada a arbitrar los medios para cumplir la Ley.

De cuanto queda expuesto resulta la estimación del recurso, anulando la Orden Ministerial impugnada en el único extremo en que no realiza la deducción en el cálculo del porcentaje correspondiente a Endesa, SA del precio superior de venta de las instalaciones de producción a las que se reconoció costes de transición a la competencia".

Este Centro Directivo comparte el criterio seguido por la resolución judicial que se acaba de citar y, en consecuencia, entiende que la plusvalía obtenida por ENDESA por la venta de Viesgo Generación S.L. debe deducirse de las compensaciones por CTC que correspondieran a dicha empresa. La razón que justifica la previsión legal es, por otra parte, coherente con la naturaleza de las compensaciones por los CTC: el hecho de que una empresa consiga en el mercado plusvalías sobre los costes que se tuvieron en cuenta para el cálculo a 31 de diciembre de 1997 de los costes de transición a la competencia tecnológicos asignados a la misma revela que dichas compensaciones no fueron necesarias.

En virtud de todo lo expuesto la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico formula las siguientes



CONCLUSIONES

Primera.- Aunque el Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio, no haya dispuesto expresamente la liquidación de las cantidades que en concepto de Costes de Transición a la Competencia han sido entregadas a las compañías eléctricas desde el momento en que entró en vigor la disposición transitoria de la Ley 54/1997 hasta el 25 de junio de 2006, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley, la propia configuración del sistema expuesta en el cuerpo de este informe, unida a los principios generales del Derecho que prohíben el enriquecimiento injusto y el cobro de lo indebido permiten que pueda procederse a dicha liquidación para cada empresa.

Segunda.- A la vista de la naturaleza jurídica de las compensaciones por los costes de transición a la competencia como prestación patrimonial pública, el plazo aplicable a la prescripción del derecho a practicar la liquidación global para cada empresa es, conforme dispone el artículo 15.1.a) de la Ley General Presupuestaria, el de 4 años contados desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 7/2006.

Tercera.- Las cantidades que pueden ser objeto de reintegro se limitan a la diferencia entre el valor máximo calculado en la forma indicada en el cuerpo de este informe y las cantidades efectivamente percibidas por cada compañía eléctrica. No se considera que exista base legal para exigir la devolución de las cantidades cobradas a los consumidores en exceso sobre los 3,606 c€/kw/hora. En el caso de que como consecuencia de estos excesos, la cuantía máxima a percibir por compensaciones de costes de transición a la competencia por los resulte negativa, la Administración carece de base legal para reclamar esa diferencia, pues no responde a ingreso alguno recibido por las empresas en concepto de compensación por los referidos costes.

Cuarta.- Este Centro Directivo considera que la metodología de cálculo seguida en el informe de la Secretaría General de la Energía citado en el fundamento jurídico VII de este dictamen en el que se realiza una liquidación



global para cada empresa eléctrica del sistema de compensaciones por costes de transición a la competencia en el período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 30 de junio de 2006, determinando las cantidades en cada caso exigibles, se ajusta a la interpretación de la Ley que se entiende correcta, aunque obviamente no pueda pronunciarse sobre los cálculos y cifras en sí mismos considerados por no ser materia de su competencia.

Quinta.- A los efectos de la liquidación de las compensaciones por los repetidos costes atribuibles a la empresa Endesa, se entiende que la plusvalía obtenida por dicha empresa por la venta de Viesgo Generación S.L. debe deducirse de las compensaciones por los costes de transición a la competencia que le correspondieran.

Madrid, 5 de marzo de 2008.

EL ABOGADO GENERAL DEL ESTADO,

- Joaquín de Fuentes Bardají -

MINISTERIO DE JUSTICIA REGISTRO AUXILIAR A.Y. 5
Salida
0004 Nº. 200800016700 06/03/2008 12:34:06

SR. SECRETARIO GENERAL DE ENERGÍA
Ministerio de Industria, Turismo y Comercio
Paseo de la Castellana, 160
28046 - MADRID