



Roj: **STSJ CL 2482/2016 - ECLI:ES:TSJCL:2016:2482**

Id Cendoj: **09059330012016100126**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2016**

Nº de Recurso: **61/2015**

Nº de Resolución: **130/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **EUSEBIO REVILLA REVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CASTILLA-LEON SALA CON/AD**

**BURGOS**

**SENTENCIA: 00130/2016**

**OTROS ASUNTOS CONTENCIOSO Num.: 61/2015**

**Ponente D. Eusebio Revilla Revilla**

**Secretario de Sala: Sr. Ruiz Huidobro**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE**

**CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS**

**SECCION 1ª**

**SENTENCIA Nº. 130 / 2016**

**Ilmos. Sres.:**

**D. Eusebio Revilla Revilla**

**D. José Matías Alonso Millán**

**Dª. M. Begoña González García**

En la ciudad de Burgos, a diez junio de dos mil dieciséis.

En el recurso contencioso administrativo número 61/2015, interpuesto por la mercantil Iniciativas Eólicas Castellanas, S.A., representada por el procurador D. César Gutiérrez Moliner y defendida por letrado, contra la Orden de 25 de marzo de 2.015 de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por dicha mercantil contra la Resolución del Director General del Medio Natural de 16 de octubre de 2.015 que autoriza la modificación del Pliego de Condiciones de la Concesión de Uso privativo en los Montes de Utilidad Pública de Burgos nº 62 "la Pedraja", nº 60 "La Carrascosa", nº 9 "Casa Olalla" y nº 8 "Aciosa", sitios en el T.M. de Villafranca Montes de Oca y Cerratón de Juarros; ha comparecido como parte demandada la Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada y defendida por el letrado de la misma, en virtud de la representación y defensa que por Ley ostenta.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso administrativo ante esta Sala con fecha 5 de junio de 2.015. Admitido a trámite el recurso, se reclamó el expediente administrativo; recibido, se confirió



traslado al recurrente para que formalizara la demanda, lo que efectuó en legal forma por medio de escrito de fecha 11 de enero de 2.016, que en lo sustancial se da por reproducido y en el que terminaba suplicando se dicte sentencia por la que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto se anule la resolución recurrida dejando sin efecto la modificación de la autorización administrativa a la que se ha hecho alusión, todo ello con imposición de costas a la parte que se opusiera a estas pretensiones.

**SEGUNDO.-** Se confirió traslado de la demanda por termino legal a la parte demandada quien contestó a la misma mediante escrito de fecha 24 de febrero de 2016, oponiéndose al recurso solicitando la inadmisión del curso o, subsidiariamente, la desestimación del mismo, con expresa imposición de costas a la parte actora.

**TERCERO.-** No recibíéndose el pleito a prueba y verificado el trámite de conclusiones, se ha señalado el presente procedimiento para votación y fallo el día 9 de junio de 2.016, lo que se ha llevado a efecto. Se han observado las prescripciones legales en la tramitación de este recurso.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla, Magistrado integrante de esta Sala y Sección

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso jurisdiccional la Orden de 25 de marzo de 2.015 de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por dicha mercantil contra la Resolución del Director General del Medio Natural de 16 de octubre de 2.015 que autoriza la modificación del Pliego de Condiciones de la Concesión de Uso privativo en los Montes de Utilidad Pública de Burgos nº 62 "la Pedraja", nº 60 "La Carrascosa", nº 9 "Casa Olalla" y nº 8 "Aciosa", sitios en el T.M. de Villafranca Montes de Oca y Cerratón de Juarros.

Dicha Resolución de 16 de octubre de 2.015, confirmada en alzada acuerda: <<Autorizar la modificación del Pliego de Condiciones que rige la concesión de uso privativo, aprobada por Resolución de 24 de agosto de 2.006 de la Dirección General del Medio Natural, de la siguiente manera:

En el punto 4º donde decía:

*"Dicho canon será revisable anualmente según el porcentaje de actualización de la tarifa eléctrica de aerogeneradores, que se publica anualmente en el Real Decreto de Actualización de Tarifas Eléctricas; y se actualizará conforme se aprueben aplicaciones de superficie ocupada o modificaciones de la potencia instalada".*

Debe decir:

"Dicho canon se revisará conforme en base al índice de Precios al Consumo (IPC) de los 12 meses anteriores">>.

**SEGUNDO.-** Frente a sendas resoluciones y contra dicha modificación se alza la parte actora para solicitar su anulación por considerarla contraria a derecho y radicalmente nula, y ello con base en los siguientes motivos de impugnación:

1º).- Inexistencia tanto en el art. 15.2 de la Ley 43/2003 de Montes como en el Reglamento de Montes aprobado por el Decreto 485/1962 que rigen la autorización de ocupación temporal del monte de utilidad pública de prerrogativas para la modificación unilateral de la fórmula de revisión de precios del canon de ocupación; es decir, que no se puede utilizar unas prerrogativas que no se tienen para alterar lo pactado cuando no le conviene, sobre la base de la defensa de un supuesto interés público.

2º).- Que la modificación de la fórmula de la revisión del canon de ocupación es contraria a derecho porque ha sido adoptada de manera manifiestamente arbitraria e infringe los principios rectores de la actuación administrativa previstos en el art. 3.1 de la Ley 30/1992, y porque la fórmula de indexación adoptada ha sido prohibida mediante Ley 2/2015, de desindexación de la economía española, y ello es así por lo siguiente:

a).- Porque no concurre circunstancias que justifique la modificación de la fórmula de revisión de los precios del canon, porque la Administración tiene plena capacidad para determinar el índice numérico correspondiente a la revisión de las retribuciones reguladas por los parques eólicos, y ese índice representa la evolución de los ingresos percibidos por los parques eólicos, exactamente igual que determinaba el índice numérico en la modificación de las tarifas aprobadas para los parques eólicos cuando esas retribuciones reguladas tenían esa denominación.

b).- Porque para justificar dicha modificación no cabe esgrimir una pretendida defensa de un interés público supuestamente perjudicado, ni tampoco cabe esgrimir la inexistencia de una solución alternativa formulada por la actora porque si hubo esa alternativa y la misma ha sido rechazada con argumentos irracionales ya que la propuesta formulada por la actora conserva el criterio de revisión basado en la variación de las



retribuciones del parque eólico, ingresos que son regulados, determinados y modificados periódicamente mediante disposiciones generales según lo dispuesto en el art. 14 de la LSE .

c).- Porque la nueva fórmula impuesta, la indexación al IPC, no puede considerarse como una fórmula que pretenda la defensa del interés público por cuanto que resulta ser una fórmula que ha sido ilegalizada por la Ley 2/2015; es verdad que esta ley entró en vigor cinco días después de dictarse la Orden impugnada pero el contenido de dicha Ley revela que la fórmula de revisión basada en la indexación al IPC no era un índice adecuado, como así lo venía manifestando con reiteración la parte demandante, y como así resulta del Preámbulo del RD-Ley 2/2013, anterior a dicha Orden, que pone de manifiesto que el IPC había dejado de guardar relación con la evolución de los precios de la electricidad.

d).- Porque el propio art. 79.3 de la LCSP limita el uso de las prerrogativas administrativas cuando estas pudieran afectar a las fórmulas de revisión de los precios, ya que en otro caso se infringiría los principios de confianza legítima, de buena fe y de seguridad jurídica a que se refiere también el art. 3.1 de la Ley 30/1992 .

e).- Porque en realidad la Administración lo que quiere es desvincularse de la fórmula de revisión pactada porque resulta que las retribuciones de los parques eólicos en lugar de incrementarse se ha reducido.

3º).- Y que la revisión del canon de ocupación a que se refiere el presente recurso mediante la aplicación de la variación del IPC cae de lleno en el ámbito objetivo de la prohibición dispuesta en la Ley, porque se trata de una revisión de un valor monetario, el canon de ocupación, en cuya determinación interviene la Dirección General del Medio Natural que es sector público según el art. 3.1 del TRLCSP. Y esa prohibición aunque es posterior en el tiempo, lo que hace es constatar la total falta de idoneidad de su aplicación tal y como se puso de manifiesto en el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 16.10.2014.

**TERCERO.-** A dicho recuso se opone la Administración demandada esgrimiendo los siguientes motivos:

1º).- Que el recurso es inadmisibile en aplicación del art. 45.2.d) de la LJCA por no haberse acompañado ni haber acreditado el cumplimiento de los requisitos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación.

2º).- Que ciñéndose la controversia a qué índice debe aplicarse para actualizar el canon por la ocupación de montes de utilidad pública, tras haberse suprimido el porcentaje de actualización de la tarifa eléctrica de Aerogeneradores que se publicaba anualmente en el RD de actualización de Tarifas Eléctricas, señala los siguientes argumentos:

a).- Que encontrándonos en el caso de autos ante una ocupación de los montes referidos mediante una concesión demanial ( art. 15.4 de la Ley 43/2003 , y teniendo por ello la Administración la potestad de modificar los términos de la concesión, siendo esta facultad discrecional, es por lo que considera que no es atendible la pretensión de anulación formulada pues la parte demandante al no haber acreditado que el índice de actualización introducido sea arbitrario o no se ajuste a los elementos reglados referidos en el art. 69 de la Ley 3/2009 , y referidos al establecimiento del canon o prestación mínima pero no a su actualización.

b).- Que la fijación como criterio de actualización del IPC se presenta en el supuesto de autos como una elección plenamente racional, adecuada y en modo alguno rechazable a la luz de las alegaciones de la demandante, siendo plenamente legítima dentro de la discrecionalidad que en este ámbito se reconoce a la Administración demandada. Y no es inadecuada porque no se ciña a la revisión de retribuciones de los parques eólicos, toda vez que de acudir a lo dispuesto en el art. 69 de la Ley 3/2009 la variación del precio de la energía no es el único criterio aplicable sino que también deben tenerse en cuenta el valor de los terrenos afectados, a los daños y perjuicios causados y al beneficio esperado con la utilización que si guarda relación con el precio de la energía. Y la elección del IPC no viene impedido por el contenido de la Ley 2/2015, primero porque es de fecha posterior, segundo porque no tiene efectos retroactivos y tercero porque se mantiene para determinados ámbitos.

c).-Y que la alternativa propuesta por la demandante carece de fundamento y es inadecuado, ya que frente a la certeza de las tarifas eléctricas cuya fijación se realizaba anualmente y que han sido suprimidas, dicha parte pretende que ese IPC se sustituya por la incertidumbre de unas estimaciones a futuro que pueden coincidir o no con la evolución real.

3º).- Y que con la introducción del IPC como criterio de actualización la Administración demandada no va contra sus propios actos, toda vez que la modificación del pliego se ha debido a un cambio legislativo que ha suprimido un índice como la tarifa eléctrica de aerogeneradores.

**CUARTO.-** Planteado en dichos términos el presente recurso, procede en primer lugar enjuiciar la causa de inadmisibilidad esgrimida por la Administración demandada con ocasión de la cual denuncia que el recurso es inadmisibile en aplicación del art. 45.2.d) de la LJCA por no haberse acompañado ni haber acreditado



el cumplimiento de los requisitos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación. Dicha causa de inadmisibilidad es rechazada por la parte actora por entender que se ha aportado a los autos, a requerimiento de esta Sala, no solo certificación que comprende el Acuerdo del Consejo de Administración de la entidad actora en el que se resuelve interponer el presente recurso sino que además con posterioridad se ha aportado copia de los estatutos de la mercantil actora en los que se reflejan las facultades reconocidas a dicho órgano de Administración.

Procede rechazar mencionada causa de inadmisibilidad por cuanto que la parte actora sí ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 45.2.d) de la LJCA por cuanto dicha parte, a lo largo de la tramitación del presente procedimiento, con ocasión del requerimiento formulado por esta Sala y de la alegación de inadmisibilidad formulada en el escrito de contestación a la demanda, ha aportado los documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a sus estatutos, ya que se ha aportado certificado del Secretario del Consejo de Administración de la mercantil actora "Iniciativas Eólicas Castellanas, S.A." de fecha 3 de junio de 2.015 en el que se reseña que el Consejo de Administración en reunión de 3 de junio de 2.015 adoptó en el ámbito de sus competencias la decisión de interponer el presente recurso, recurso que fue presentado ante esta Sala el día 5.6.2015, y porque también se ha aportado en un momento posterior copia de los Estatutos de dicha entidad de los que se infiere que corresponde a dicho Consejo de Administración entre sus facultades, según resulta de su art. 24, la de instar y promover juicios, expedientes y recursos ante las dependencias, órganos y jurisdicciones que se mencionan.

**QUINTO.-** Y entrando ya en el examen del fondo del asunto, por la parte actora se impugna la modificación del Pliego de Condiciones de la Concesión de Uso privativo en los Montes de Utilidad Pública de Burgos nº 62 "la Pedraja", nº 60 "La Carrascosa", nº 9 "Casa Olalla" y nº 8 "Aciosa", sitios en el T.M. de Villafranca Montes de Oca y Cerratón de Juarros, y ello por introducir como sistema de revisión del canon, en lugar del inicialmente contemplado en dicho Pliego, la aplicación del IPC de los doce últimos meses. Y la parte actora con base en esta impugnación solicita que se anule la resolución impugnada dejando sin efecto dicha modificación porque se muestra contrario a la introducción de ese concreto sistema de revisión mediante la aplicación de la referencia del IPC en sustitución del inicialmente previsto; y sobre todo se muestra contrario a la introducción de esta nueva fórmula porque la considera arbitraria e inadecuada ya que se ha desvinculado de las variaciones que experimenta el precio de la producción de electricidad al que estaba conectada en la autorización administrativa cuando fue dictado el acto, y también la considera esta nueva fórmula inadecuada e ilegal porque se ampara en un índice que la Ley 2/2015, de 30 de marzo de 2.015, de desindexación de la economía española ha desechado del ordenamiento jurídico.

Considera por ello que incluso resultaba innecesario suprimir esa fórmula de actualización inicialmente aprobada en el año 2.006, ya que a su juicio hubiera sido posible su adecuación conceptual a la nueva designación de la retribuciones reguladas para la producción de parques eólicos, y que ello no hubiera impedido el poder concretar un índice que permita determinar la variación de estas retribuciones entre periodos determinados para su aplicación al canon de ocupación con la finalidad de actualizarlo; insiste además dicha parte en la ilegalidad de dicha modificación, no solo porque desconoce y rechaza de forma indebida la alternativa propuesta por la actora, sino porque además esa modificación se adopta y se justifica en el uso o aplicación de unas prerrogativas que no existen y con base en una hipotética defensa del interés público que no es tal. A dichos motivos se opone la Administración demandada considerando que la adopción del IPC como criterio de revisión del canon no solo es una decisión racional y adecuada, sino que además su adopción se justifica en la discrecionalidad que en este ámbito se reconoce a la Administración demandada, amén de que la modificación impugnada viene justificada por el cambio legislativo operado en este sector.

Para verificar el examen de estas cuestiones hemos de partir de las siguientes premisas:

1ª).- Que en el presente caso nos encontramos ante la ocupación de 49,0049 hectáreas concedida a favor de la mercantil actora "Iniciativas Eólicas Castellanas, S.A. en los Montes de Utilidad Pública de Burgos nº 62 "la Pedraja", nº 60 "La Carrascosa", nº 9 "Casa Olalla" y nº 8 "Aciosa", sitios en el T.M. de Villafranca Montes de Oca y Cerratón de Juarros, y que dicha ocupación se ha verificado en virtud de concesión y al amparo de lo previsto en el art. 15.4 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre de Montes, siendo dicha concesión autorizada y aprobada mediante Resolución de 24 de agosto de 2.006 de la Dirección General del Medio Natural de la Junta de Castilla y León.

Y no ofrece ninguna duda, pese a lo alegado por la parte actora, que estamos ante un régimen jurídico de concesión, como así resulta del citado artículo 15.4 de la Ley 43/2003 que prevé que la *"administración gestora de los montes demaniales someterá a otorgamiento de concesión todas aquellas actividades que impliquen una utilización privativa el dominio público forestal"*, como ocurre en el caso de autos en que dicha Dirección General mediante referida concesión autoriza a la mercantil actora a instalar y explotar en dichos montes de utilidad pública un parque eólico, utilizando por tanto dicha mercantil de forma privativa el referido dominio





público forestal. La existencia de la figura de la concesión administrativa para este caso también resulta de lo dispuesto en el art. 178 el Decreto 485/1962, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Montes, cuando dispone al respecto que: "*Los expedientes de ocupación o servidumbres pueden instruirse también por razón de obras o servicios públicos y como consecuencia, de concesiones administrativas de aguas, minas o de cualquier otra clase*". La existencia de la figura de la concesión administrativa también resulta de lo dispuesto en el art. 69 de la Ley 3/2009 que habla de "concesionario" para referirse a la persona que tiene que abonar al propietario del monte la correspondiente contraprestación o canon por el uso o utilización privativa del dominio público forestal. También se califica dicha figura como concesión, entre otras, por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ, Región de Murcia, de 3 de julio de 2015, por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Valladolid del TSCyL de 2.12.2013, solo que en el primer caso el uso del monte de utilidad pública lo era para la instalación de una antena de radiodifusión, y en la segunda sentencia se contempla la concesión minera de un monte de utilidad pública.

2ª).- Que la modificación que es objeto de impugnación, con la que se muestra disconforme la parte actora, no lo es del canon en su momento establecido y aprobado y que se contiene en el art. 4 del Pliego de Condiciones, sino que la disconformidad va referida tan solo al cambio de la fórmula utilizada para la revisión del canon, ya que mientras inicialmente se preveía como fórmula la aplicación del "*porcentaje de actualización de la tarifa eléctrica de aerogeneradores que se publica anualmente en el Real Decreto de Actualización de Tarifas Eléctricas*", en la modificación aprobada dicha fórmula ha sido sustituida por la aplicación del I.P.C., sustitución que se justifica por la Administración en el hecho de que el nuevo marco regulatorio del Sector Eléctrico ha eliminado el antiguo sistema de tarifas asociado a la producción, siendo sustituido por un sistema de ayudas por la que se pretende garantizar una "rentabilidad razonable" a la inversión

3ª).- También debemos tener en cuenta, sin dejar de reconocer las prerrogativas que la legislación y normativa sectorial aplicable contempla en este ámbito a la Administración autorizante de la concesión, que junto a esta prerrogativas y dicha normativa aplicable, la citada concesión administrativa de autos autorizada mediante Resolución de 24 de agosto de 2006 de la Dirección General del Medio Natural de la Junta de Castilla y León, viene regulada sobre todo por el contenido del Pliego de Condiciones Técnico Facultativas que figura como Anexo a dicha autorización. Y es verdad que en dicho Pliego se estableció un canon con su correspondiente actualización que fue aprobado por la mencionada Dirección General, pero que también fue aceptado y consentido dicho canon y su revisión por la entidad concesionaria. Por tanto el establecimiento de dicho canon y su revisión no solo genera obligaciones para el concesionario y derechos para los propietarios de los montes y la Administración Forestal gestora, sino que además del establecimiento de dicho canon y su revisión resulta la existencia de "un equilibrio económico" dentro de dicha concesión administrativa que debe mantenerse a lo largo de la vigencia de dicha concesión en los propios términos en que fueron considerados en el momento de otorgarse dicha concesión y de autorizarse la ocupación del citado monte. Y el mantenimiento del equilibrio económico en la citada concesión responde no solo al interés del concesionario sino también al interés general. Este mismo principio se encontraba expresamente previsto, para supuestos análogos, así para los contratos de concesión de obra pública tanto en el art. 241 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público como en el art. 258 del RD Legislativo 3/2011 por el que se aprueba el TRLCSP.

4ª).- Tampoco podemos desconocer a modo de premisa, que la fórmula primitiva aplicable para la revisión del canon se refería al "*porcentaje de actualización de la tarifa eléctrica de aerogeneradores, que se publica anualmente en el Real Decreto de Actualización de Tarifas Eléctricas*", de tal modo que la fijación de esta tarifa eléctrica e encontraba asociado al sistema de producción y a un régimen de incentivos económicos, todo lo cual ha sido financiado fundamentalmente por los consumidores de electricidad a través de la factura, si bien a partir del día 1.1.2013, una parte de estos costes para el fomento de las energías renovables se financian por los Presupuestos Generales del Estado con los ingresos derivados de los tributos incluidos en la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, como así resulta de la normativa aplicable a dicha cuestión y que viene integrada por la siguiente normativa:

a).- Por la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, modificada por la Ley 17/2007, que en su art. 17.1, establece que el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, dictará las disposiciones necesarias para el establecimiento de los peajes de acceso a las redes, que se establecerán con base en los costes de las actividades reguladas del sistema que correspondan, incluyendo entre ellos los costes permanentes y los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento.

b).- Por el Real Decreto 1202/2010, de 24 de septiembre, por el que se establecen los plazos de revisión de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, que en su artículo 2.1, establece que anualmente, el Ministro de Industria, Turismo y Comercio procederá, previos los trámites e informes preceptivos y los que se consideren oportunos, a la revisión de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica.



c).- Así, por el Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, en cuyo artículo 7 se fija la metodología de cálculo y revisión de las tarifas de último recurso, disponiendo al respecto que el Ministro de Industria, Turismo y Comercio dictará las disposiciones necesarias para el establecimiento de estas tarifas de último recurso, determinando su estructura de forma coherente con los peajes de acceso. A estos efectos el Ministro de Industria, Turismo y Comercio podrá revisar la estructura de los peajes de acceso de baja tensión para adaptarlas a las tarifas de último recurso y asegurar la aditividad de las mismas.

d).- Por el Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica y el Real Decreto 325/2008, de 29 de febrero, por el que se establece la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica para instalaciones puestas en servicio a partir del 1 de enero de 2008, definen los elementos que integran las redes de transporte y desarrollan el régimen retributivo aplicables a las mismas estableciendo la metodología de cálculo y revisión de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica. Y por el Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica, determina la forma de cálculo y revisión de la retribución de esta actividad.

e).- Al final mencionadas tarifas eléctricas se aprobaban y se concretaban en las correspondientes Ordenes, de la que son un ejemplo a título enumerativo la Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial y la Orden IET/221/2013, de 14 de febrero, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

5ª).- Sin embargo todo este sistema de tarifa eléctrica de aerogeneradores se ha visto modificado de una forma sustancial con el nuevo marco regulatorio constituido por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, el Real Decreto 413/2014, de 8 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

En este nuevo marco regulatorio lo que se pretende es articular las bases de un nuevo marco retributivo que permita a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, a las de cogeneración de alta eficiencia y residuos cubrir los costes necesarios para competir en el mercado en nivel de igualdad con el resto de tecnologías y obtener una rentabilidad razonable. Y así, establece que para el cálculo de la retribución específica se considerará para una instalación tipo, los ingresos por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado, los costes de explotación estándar necesarios para realizar la actividad y el valor de la inversión inicial de la instalación tipo, todo ello para una empresa eficiente y bien gestionada.

Las bases de este nuevo marco retributivo se han recogido en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, fundamentalmente en el artículo 14, concretando igualmente, los criterios y la forma de revisión de los parámetros retributivos para las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos con régimen retributivo específico.

Este nuevo marco jurídico y económico regulado en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, se ha plasmado, en primer lugar, en el citado Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y concretamente en su art. 12 el procedimiento para otorgar el régimen retributivo específico. Complementándose dicho marco con el contenido de la mencionada Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, que principalmente aprueba los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Así, con esta orden se completa el cambio de modelo de retribución de las energías renovables, de cogeneración y residuos y se da estabilidad financiera al sistema con carácter definitivo, al tiempo que se garantiza una rentabilidad razonable a las instalaciones. Estas instalaciones seguirán percibiendo unos ingresos adicionales al mercado hasta el final de su vida útil siempre que no hayan alcanzado esta rentabilidad.

Por tanto y como nos recuerda el propio Preámbulo de dicha Orden:

*"El Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, establece la metodología del régimen retributivo específico, que será de aplicación a las instalaciones que no alcancen el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que les permitan competir en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado obteniendo una rentabilidad razonable, referida a la instalación tipo que en cada caso sea aplicable. Este régimen retributivo se basa en la percepción de*



los ingresos derivados de la participación en el mercado, con una retribución adicional que, en caso de resultar necesario, cubra aquellos costes de inversión que una empresa eficiente y bien gestionada no recupere en el mercado.

Estas instalaciones podrán percibir durante su vida útil regulatoria, adicionalmente a la retribución por la venta de la energía valorada al precio del mercado, una retribución específica compuesta por un término por unidad de potencia instalada que cubra, los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, al que se denomina retribución a la inversión, y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de dicha instalación tipo, al que se denomina retribución a la operación.

Para el cálculo de la retribución a la inversión y de la retribución a la operación se considerarán para una instalación tipo, los ingresos estándar por la venta de la energía valorada al precio del mercado, los costes estándar de explotación necesarios para realizar la actividad y el valor estándar de la inversión inicial, todo ello para una empresa eficiente y bien gestionada, a lo largo de su vida útil regulatoria...".

6ª).- También se hace necesario recordar, porque a ello se refieren ambas partes, a la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía Española, publicada en el BOE de 31.3.2015, y que entró en vigor el día 1 de abril de 2015, es decir, seis días después de dictarse la resolución impugnada de fecha 25.3.2015. Y dicha Ley según su Preámbulo tiene por objeto lo siguiente:

"La indexación es una práctica que permite modificar los valores monetarios de las variables económicas, de acuerdo con la variación de un índice de precios a lo largo de un período. La indexación con base en índices generales, como el Índice de Precios de Consumo (IPC), aunque es una convención ampliamente extendida, no necesariamente está justificada, ni produce beneficios para el conjunto de una economía desarrollada como la española.

La práctica indexadora tiende a ser más generalizada en economías donde la inestabilidad macroeconómica, en particular una elevada inflación, erosiona el poder adquisitivo de los valores monetarios, de forma que se recurre a referenciar la evolución en el tiempo de tales valores a índices de precios como mecanismo de defensa.

Sin embargo, tal mecanismo genera efectos perversos. La indexación está en el origen de los denominados «efectos de segunda ronda». Cuando el precio de un bien o servicio aumenta, los índices de precios como el IPC suben, y esto supone un aumento automático en el precio de otros bienes simplemente porque están indexados a este índice. Ocurre así que un aumento del precio del petróleo o de un alimento encarece, debido a su impacto en el IPC, el precio de bienes cuyos costes de producción no tienen una conexión directa con esos dos bienes.

La indexación, por tanto, tiende a generar una inflación más elevada y favorece su persistencia en el tiempo, aun cuando desaparece la causa inicial que generó el incremento de precios. Una inflación elevada y persistente genera costes económicos: entre otros, desvirtúa la información que deben transmitir los precios, dificulta la concertación de contratos a largo plazo y deteriora la competitividad.

El correcto funcionamiento de un mecanismo de fijación de precios requiere que estos transmitan la información relevante respecto a los costes y la demanda. La inclusión de cláusulas de indexación supone en la práctica impedir que esto ocurra de forma eficaz. Los precios evolucionan al margen de la situación de estos factores en cada sector y pasan a hacerlo de forma homogénea en todos ellos, desvirtuando así la señal que ofrecen los precios relativos de unos bienes y servicios frente a otros.

Adicionalmente, la inflación erosiona la competitividad. El diferencial acumulado de inflación de España respecto a la zona euro aumentó considerablemente en la fase expansiva del ciclo económico, contribuyendo notablemente a la aparición de desequilibrios en la economía española.

(...)

A la luz de la necesidad de consolidar y avanzar en la recuperación de la competitividad; de evitar los efectos de segunda ronda; de las restricciones existentes al uso de políticas de demanda; y de la necesidad de contribuir a la equidad en la carga del ajuste, resulta imperativo acompañar las reformas estructurales en curso de un nuevo régimen basado en la no indexación de valores monetarios.

Este es precisamente el objetivo principal de esta Ley: establecer una nueva disciplina no indexadora en el ámbito de la contratación pública, que supone aproximadamente el 20 por ciento del Producto Interior Bruto, en los precios regulados y, en general, en todas las partidas de ingresos y de gastos de los presupuestos públicos. Se procede así a eliminar la regulación indexadora que, en buena medida, data de épocas con una inflación notablemente mayor. En los casos excepcionales en los que la revisión de valores monetarios sea indispensable, el objetivo de la Ley es eliminar los efectos de segunda ronda anteriormente mencionados, ligando



*la actualización de precios y rentas a la evolución de los costes pertinentes en cada situación, facilitando con ello una mayor flexibilidad y una mejor reacción de la economía española ante perturbaciones."*

Debemos recordar, según lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 3.1.a) de dicha Ley, que:

*"En todo caso, para la aplicación de lo dispuesto en esta Ley a las citadas revisiones de valores monetarios no será necesario que concurra un negocio o relación jurídica en el ámbito de dicho texto legal"* (se refiere al RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el TRLCSP).

**SEXTO.-** Con base en estas premisas, entramos a enjuiciar las cuestiones planteadas en el presente recurso por la parte actora. Y así en primer lugar, procede reseñar que la modificación aprobada, y aquí impugnada, no responde a una resolución caprichosa de la Administración Autonómica sino a una modificación relevante en el marco regulatorio del sector eléctrico, y sobre todo en el ámbito de las tarifas a aplicar en la producción y distribución de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, de tal modo que mientras en el anterior marco predominaba el denominado sistema de "tarifas y primas" mediante incentivos económicos a mencionadas instalaciones de producción de energía eléctrica, en el nuevo marco regulatorio lo que se pretende con el nuevo sistema retributivo de tales instalaciones es la estabilidad financiera del sistema al tiempo que se pretende garantizar una rentabilidad razonable a dichas instalaciones, y ello se pretende mediante un régimen retributivo que por un lado comprende la retribución por la venta de la energía valorada al precio de mercado, y que adicionalmente comprende una retribución específica que será de aplicación a las instalaciones que no alcancen el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que les permitan competir en nivel de igualdad con el resto de las tecnologías en el mercado obteniendo una rentabilidad razonable.

Por tanto de lo dicho se comprueba fácilmente que el sistema de tarifa eléctrica de aerogeneradores que se publicaba anualmente y al que se refería el punto 4 del Pliego de Condiciones técnico-facultativas ha desaparecido y por ello no era posible aplicar la revisión del citado canon haciendo aplicación del porcentaje de actualización de mencionada Tarifa, de ahí que se hiciera necesario modificar dicho Pliego para proceder a sustituir la fórmula de revisión del canon inicialmente prevista. Por tanto, la Administración demandada actúa de conformidad a derecho y respeta los principios de buena fe y confianza cuando inicia el trámite y procedimiento para verificar con audiencia de la parte actora la modificación del Pliego en dicho extremo. Y por otro lado, considera la Sala que no bastaba con mantener la fórmula de revisión inicialmente prevista para, acudiendo al nuevo sistema de retribución prevista en el nuevo marco regulatorio, de este modo proceder a actualizar y revisar el canon que debía abonar la entidad concesionaria. Y considera la Sala que la primitiva fórmula no permitía la revisión del canon por cuanto que el sistema retributivo previsto en el nuevo marco regulatorio es muy distinto al referido y contenido en la fórmula de la actualización de la tarifa eléctrica de aerogeneradores.

**SÉPTIMO.-** Se trata seguidamente de dilucidar si la nueva fórmula de revisión prevista en la modificación impugnada y consistente en la aplicación del IPC de los 12 meses anteriores es o no ajustada a derecho, si su contenido y aplicación respeta el equilibrio económico de la concesión, si su inclusión respeta la finalidad y objetivos previstos y pretendidos por la citada Ley 2/2015 de Desindexación de la economía española, si puede justificarse tal modificación en la defensa del interés público o si puede justificarse en las prerrogativas administrativas que en este ámbito pudieran reconocerse a la Administración que otorga dicha concesión.

La Sala considera que la facultad o prerrogativa administrativa que le reconoce la normativa aplicable a otorgar o denegar la concesión que fue objeto de la resolución administrativa de 24 de agosto de 2.006, también le autoriza y habilita para iniciar, tramitar y resolver sobre la modificación objeto del presente procedimiento y más aún cuando concurren causas justificadas ajenas a su actuación que han modificado el marco regulatorio de esta materia. Sin embargo considera este Tribunal que esta facultad o prerrogativa no ampara ni puede justificar sin más y por sí solo la elección de una fórmula de revisión en sustitución de la primitiva que no es posible ser aplicada por circunstancias jurídicas sobrevenidas. Es decir que la introducción de la aplicación de la fórmula del IPC como fórmula de revisión del canon no puede justificarse en la prerrogativa que en este ámbito pudiera corresponder a la Administración, ya que con dicho modo de proceder se podría estar vulnerando o quebrantando el equilibrio económico de la concesión, equilibrio que también se comprendía en la fórmula de revisión del canon contemplado en el punto 4 del Pliego. Por tanto, las prerrogativas que en este ámbito pudieran reconocer a la Administración no basta para justificar legalmente la introducción de esa nueva fórmula de revisión.

Y considera la Sala que tampoco las razones que esgrime la Administración demandada como de interés público bastan para justificar en derecho la elección de esta nueva fórmula de revisión. Es verdad que en el presente caso y por lo ya dicho se hace necesaria la revisión de la cláusula de actualización del canon y también es evidente que no ha sido responsabilidad de dicha Administración demandada la modificación legislativa





que justifica dicha revisión, como tampoco negamos que corresponda a dicha Administración defender los intereses generales de esta Comunidad Autónoma y de los bienes demaniales, e igualmente admitimos que la referencia del IPC ha sido o ha venido siendo el índice oficial de referencia y que por ello se ha venido utilizando en relación con la concesión de otros parques eólicos. Pero aun siendo ciertos mencionados extremos no se puede confundir el interés público con el hecho de mantener el valor monetario de la variable económica del canon, y menos aun cuando la "indexación" con base en índices generales, como el IPC, aunque es una convención ampliamente extendida, no está necesariamente justificada, ni produce beneficios para el conjunto de la economía desarrollada como la española, como así lo reconoce la Ley 2/2015 en su Preámbulo. Por tanto, la aplicación de dicha fórmula de revisión no puede justificarse en un supuesto "interés público" que no concurre al menos en los términos definidos y defendidos por la resolución impugnada. Es más, considera la Sala que es más interés público mantener el equilibrio económico de dicha concesión que pretender modificar los valores monetarios de canon de la concesión mediante la aplicación del IPC. Y es verdad que la citada LEY 2/2015 se ha publicado y ha entrado en vigor seis días después de dictarse la resolución impugnada y por ello no se aplica de forma directa, pero también es verdad que los objetivos y finalidades contempladas para dicha Ley eran plenamente conocidos por la Administración demandada desde mucho antes, y también en el ámbito del marco regulatorio del Sector Eléctrico, como lo refleja el contenido del RD Ley 9/2013, de 12 de julio, y su propia Exposición de Motivos.

Por tanto, debemos concluir que la elección de esta nueva fórmula de revisión no viene justificada ni en el ejercicio de determinadas potestades o prerrogativas ni tampoco en los términos en que define la Administración Pública el concreto interés público que manifiesta defender con la introducción de mencionada fórmula de revisión.

**OCTAVO.-** Queda finalmente por dilucidar si la inclusión de mencionada fórmula de revisión respeta o no los mismos o similares términos y parámetros económicos tenidos en cuenta al otorgarse inicialmente la concesión, pero sobre todo al fijarse el canon y la fórmula de revisión prevista en el Pliego.

Y la Sala considera, que si bien no cabe apreciar arbitrariedad e infracción de los principios de buena fe y confianza legítima en el modo de actuar de la Administración cuando introduce dicha fórmula de revisión por referencia al IPC, sin embargo sí considera la Sala que la revisión mediante la aplicación del IPC no es la fórmula que más se ajusta y se adecua a los criterios y parámetros económicos que latía en la fórmula inicialmente prevista, y ello es así porque esta fórmula consistente en la revisión del canon mediante *"el porcentaje de actualización de la tarifa eléctrica de aerogeneradores, que se publica anualmente en el RD de Actualización de Tarifas eléctricas"* nada tenía que ver en su conformación y sus fines con la conformación y fines de la cláusula de revisión mediante el IPC; y a ello también debemos añadir que la propia Administración pretende para el futuro, como así nos lo recuerda el Preámbulo de la Ley 2/2015 *"una nueva disciplina no indexadora en el ámbito de la contratación pública"* al margen de la aplicación del IPC, de tal modo que la revisión periódica cuando se prevea expresamente *"no podrá realizarse en función de índices de precios o fórmulas que los contenga"*, tal y como así nos lo recuerda igualmente los arts. 4.1 y 5.1 de la citada Ley 2/2015, de tal modo que solo *"excepcionalmente, si estuviera motivada por la evolución de los costes, la revisión podrá realizarse en función de los precios individuales e índices específicos de precios que mejor reflejen dicha evolución de los costes, evaluados conforme al principio de eficiencia económica y buena gestión empresarial"* ( arts. 4.2 y 5.2 de dicha Ley ).

Por tanto en el presente como la fórmula de revisión introducida relativa a la aplicación del IPC de los 12 meses anteriores no responde a los criterios y parámetros económicos que se comprendía en la primitiva fórmula aprobada, y como quiera que también el propio Estado mediante la Ley 2/2015 pretende erradicar la práctica de la indexación con base en índices generales como es el IPC, es por lo que hemos de concluir que la introducción de esta nueva fórmula de revisión no es conforme ni se ajusta a derecho y tampoco respeta ni da cumplimiento al principio de equilibrio económico de la concesión en los términos que fueron considerados para su otorgamiento y que también previamente fueron aceptados y asumidos por el concesionario.

Así, la Sala considera por un lado, que es necesario modificar el Pliego para revisar la cláusula de actualización y/o revisión del canon y que a la Administración le asiste el derecho y la potestad de verificar dicha modificación, pero por otro lado también concluye que la introducción de la aplicación del IPC como cláusula de revisión no es ajustada a derecho por lo ya razonado y argumentado, y que dicha cláusula deberá ser sustituida por otra más específica y que sobre todo se haga eco por un lado del nuevo sistema retributivo en el marco del sector eléctrico referido a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y por otro lado que para determinar el índice actualizador aplicable para llevar a cabo la revisión del canon se tenga en cuenta mediante comparación las retribuciones percibidas en los sucesivos ejercicios por cada parque eólico; esa comparación nos puede ayudar a conocer la variabilidad en la retribución y el consiguiente índice de actualización.



**ÚLTIMO.-** No obstante la estimación del presente recurso contencioso-administrativo interpuesto, al apreciarse serias dudas de derecho en el enjuiciamiento del presente recurso, es por lo que la Sala Acuerda declarar que no procede, en aplicación del art. 139.1 de la LJCA, hacer expresa imposición de costas a ninguna de la partes por las causadas en el presente procedimiento en la presente instancia.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente:

## FALLO

1º).- Se rechaza la causa de inadmisibilidad esgrimida por la Administración demandada.

2º).- Se estima el recurso contencioso administrativo núm. 61/2015 interpuesto por la mercantil Iniciativas Eólicas Castellanas, S.A., representada por el procurador D. César Gutiérrez Moliner y defendida por letrado, contra la Orden de 25 de marzo de 2.015 de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por dicha mercantil contra la Resolución del Director General del Medio Natural de 16 de octubre de 2.015 que autoriza la modificación del Pliego de Condiciones de la Concesión de Uso privativo en los Montes de Utilidad Pública de Burgos nº 62 "la Pedraja", nº 60 "La Carrascosa", nº 9 "Casa Olalla" y nº 8 "Aciosa", sitios en el T.M. de Villafranca Montes de Oca y Cerratón de Juarros; y en virtud de dicha estimación se anula la resolución impugnada dejando sin efecto la citada modificación del mencionado Pliego, y todo ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes por las causadas en este procedimiento y en esta instancia.

Notifíquese la presente sentencia a las partes.

La presente resolución no es firme y contra la misma, en atención a su cuantía puede prepararse el recurso de casación ante esta Sala en el Plazo de los cinco días siguientes a su notificación.

Firme esta sentencia, devuélvase el expediente administrativo al Órgano de procedencia con certificación de esta resolución para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.