



Roj: **STS 5547/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5547**

Id Cendoj: **28079130032013100313**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **08/11/2013**

Nº de Recurso: **44/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Noviembre de dos mil trece.

**VISTO** por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso contencioso- administrativo número 1/44/2012 , interpuesto por ENDESA GENERACIÓN SA, representada por el Procurador D.Manuel Lanchares Perlado, contra la Orden ITC/3127/2011, de 17 de noviembre, por la que se regula el servicio de disponibilidad de potencia de los pagos por capacidad y se modifica el incentivo a la inversión a que hace referencia el Anexo III de la Orden ITC/2794/2007, de 27 de setiembre por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre de 2007.

Se hav personado como recurridos el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACION DEL ESTADO; la Procuradora D<sup>a</sup> Helena Fernandez Castan, en representación de ELCOGAS SA; el Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, en representación de IBERDROLA SA; la Procuradora D<sup>a</sup> Adela Cano Lantero, en representación de la ASOCIACIÓN PRODUCTORES INDEPENDIENTES DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN RÉGIMEN ORDINARIO; el Procurador D. Luis Fernando Alvarez Wiese, en representación de GAS NATURAL SDG SA; el Procurador D. Carlos Mairata Laviña, en representación de HIDROELÉCTRICA DEL CANTABRICO SA; el Procurador D. Eduardo Codes Perez-Andujar, en representación de OMI-POLO ESPAÑOL SA (OMIE); y la Procuradora D<sup>a</sup> Maria Jesús Gutierrez Aceves, en representación de E.ON GENERACIÓN SL.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Dictada la Orden ITC/3127/2011, de 17 de noviembre, por la que se regula el servicio de disponibilidad de potencia de los pagos por capacidad y se modifica el incentivo a la inversión a que hace referencia el Anexo III de la Orden ITC/2794/2007, de 27 de setiembre por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre de 2007 (BOE de 18 de noviembre de 2011), la representación procesal de ENDESA SA, mediante escrito de 17 de enero de 2012 interpuso recurso contencioso- administrativo ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, que fue Admitido a trámite con el número 44/2012.

**SEGUNDO.-** La representación procesal de la demandante, mediante escrito de 10 de mayo de 2012, formalizó su escrito de demanda, en el que expuso el siguiente fundamento jurídico-material:

ÚNICO. Planteamiento de los motivos de nulidad del acto administrativo impugnado. Objeto del recurso: ilegalidad del art. 2 de la Orden 3127/2011 por cuanto establece una discriminación contraria al ordenamiento jurídico respecto a la tecnología nuclear a la hora de acceder a los incentivos de pagos por capacidad.

(i) En qué consiste la discriminación alegada en este recurso que recae sobre las centrales de generación de energía que utilizan la tecnología nuclear.

(ii) Existencia de un precedente idéntico en que esa Digna Sala resolvió la ilegalidad de la normativa anterior a la ahora recurrida, por incurrir en el mismo vicio de ilegalidad que ahora se denuncia respecto a la Orden 3127/2011.

(iii) Interdicción de la discriminación tecnológica.



(iv) Existencia de falseamiento de la competencia al deber dejado fuera del listado de centrales susceptibles de acceder al incentivo de pagos por capacidad a las centrales nucleares.

(v) Contravención de la norma legal que regula las subvenciones.

(vi) Contravención por la Resolución recurrida de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

Terminando por suplicar a la Sala dicte sentencia por la cual anule parcialmente el art. 2 de la Orden 3127/2011 en cuanto a la no inclusión por el mismo en el listado de las centrales que pueden prestar el servicio de disponibilidad a medio plazo a las centrales nucleares, de modo que obligue a la Administración a proceder a incluir a dicha tecnología dentro del ámbito de aplicación de los incentivos regulados en la Orden ITC/3127/2011.

Mediante primer otrosí digo, solicitó el recibimiento a prueba y señaló los puntos de hecho sobre los que debía versar la prueba. En el segundo otrosí digo, interesa el trámite de conclusiones. En tercer otrosí digo, fija la cuantía en indeterminada. Por cuarto otrosí digo, interesa el recibimiento a prueba. Y por último en quinto otrosí digo, propone prueba pericial.

**TERCERO.-** El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda en fecha 19 de junio de 2012, en el que suplico dicte sentencia por la que la desestime íntegramente la demanda, conformando la disposición impugnada, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas.

**CUARTO.-** Elcogas SA presentó escrito de 27 de junio de 2012, manifestando que no va a contestar a la demanda.

Hidroeléctrica del Cantábrico SA, formuló escrito de contestación a la demanda, suplicando dicte sentencia por la que desestime en su integridad el recurso contencioso-administrativo.

**QUINTO.-** Mediante decreto de 25 de julio de 2012, se fijó la cuantía del recurso en Indeterminada.

Por Auto de 18 de septiembre de 2012, se acordó el recibimiento del pleito prueba, y en el mismo auto se tuvo por practicada la misma, abriéndose el plazo para conclusiones.

**SEXTO.-** Presentaron escrito de conclusiones, la recurrente Endesa SA, el Abogado del Estado que da por reproducido los hechos y fundamentos de derecho del escrito de contestación a la demanda; e Hidroeléctrica del Cantábrico SA, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno corresponda.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 15 de febrero de 2013, observándose no haberse anunciado la interposición del recurso en el Boletín del Estado, se acordó su publicación, constanding una copia del BOE de 21 de febrero de 2013, unido a las actuaciones.

**OCTAVO.-** Se señaló para votación y fallo el día 29 de octubre de 2013, fecha en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** "Endesa, S.A." impugna en su demanda el artículo 2 de la Orden ITC/ 3127/2011 del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 17 de noviembre por la que se regula el servicio de disponibilidad de potencia de los pagos por capacidad y se modifica el incentivo a la inversión a que hace referencia el Anexo III de la Orden ITC/ 2794/2007, de 27 de setiembre por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre de 2007.

En el suplico de la demanda se solicita que anulemos parcialmente el artículo 2 de la mencionada Orden 3127/2011 " en cuanto a la no inclusión por el mismo en el listado de las centrales que pueden prestar servicio de disponibilidad a medio plazo a las centrales nucleares ", y añade, " de modo que obligue a la Administración a proceder a incluir a dicha tecnología dentro del ámbito de aplicación de los incentivos regulados en la Orden ITC 3127/2011 ".

El artículo 2 recurrido establece lo siguiente:

<< Art.2. *Ámbito de aplicación.*

*Este servicio será de aplicación a las instalaciones térmicas de producción de energía eléctrica de régimen ordinario inscritas en la Sección Primera del Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía*



*Eléctrica, que pudieran no estar disponibles en los períodos de punta del sistema a falta de la retribución por este concepto, al ser tecnologías marginales del mercado diario, es decir, las centrales de fuel-oil, las centrales de ciclo combinado y las de carbón. Asimismo, será de aplicación para las instalaciones hidráulicas de bombeo puro, bombeo mixto y embalse.*

*Quedarán excluidas del ámbito de aplicación de la presente orden aquellas instalaciones a las que se apliquen la prima que se establece en los artículos 45 y 46 y en la disposición adicional sexta del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, así como las centrales hidráulicas fluyentes.>>*

**SEGUNDO.-** La tesis de la demanda es, en síntesis, que el citado artículo 2 introduce una discriminación contraria al ordenamiento jurídico en el acceso a los incentivos de pagos por capacidad. Considera que el precepto impugnado contraviene lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 17/2007, de 4 de julio, del Sector Eléctrico, al suprimir para las centrales de generación de electricidad que utilizan tecnología nuclear la retribución en concepto de pago por capacidad cuando, en su opinión, el criterio delimitador no estaba ni en la Ley ni en el Reglamento: se otorga la retribución a las centrales que menciona a las centrales de fuel oil, las de ciclo combinado y las del carbón, las hidráulicas de bombeo puro, de bombeo mixto y embalse, puesto que dichas centrales "pudieran no estar disponibles en los períodos de punta del sistema a falta de retribución por este concepto, al ser tecnologías marginales del mercado diario". Entiende la recurrente que este criterio no se justifica o motiva la exclusión, y no se indica la razón por la que las centrales nucleares no cumplen dicho criterio delimitador, pues tecnológicamente y operativamente las centrales nucleares funcionan en el mercado de forma similar al resto de las centrales mencionadas en la norma: aportan potencia firme como cualquier otra tecnología y si lo que se pretende con los pagos es aportar un incentivo a la disponibilidad, estas centrales cumplen perfectamente tal requisito. En su criterio, una norma no discriminatoria, hubiera sido aquella que, requiriendo un servicio determinado-la disponibilidad- hubiera dejado libertad a sus agentes para elegir con que tecnología prestar este servicio. La identificación de tecnologías, lo que hace es discriminar por razones tecnológicas e impedir a las que excluye que queden fuera para poder presentar siquiera ofrecer sus servicios de disponibilidad, siendo así lo que hace el artículo 2º es consagrar una discriminación inmotivada e ilegal consistente en dejar fuera del sistema de incentivos a una de las tecnologías competidoras en el mercado de producción de energía eléctrica: las centrales nucleares. En apoyo de su tesis cita la Sentencia de esta Sección Tercera de 28 de enero de 2009, dictada en el recurso número 37/2007, en la que apreciamos la existencia de discriminación respecto a la tecnología nuclear.

**TERCERO.-** Para un análisis del precepto mencionado, resulta necesario acudir a la normativa que ampara la Orden Ministerial ITC/ 3127/2011, de 17 de noviembre.

El artículo 16.1 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, antes de la modificación operada en la Ley 54/1997 por la Ley 17/2007), disponía lo que sigue:

<<1. La retribución de la actividad de producción incorporará los siguientes conceptos: [...] b) Se retribuirá la garantía de potencia que cada unidad de producción preste efectivamente al sistema, que se definirá tomando en consideración la disponibilidad contrastada y tecnología de la instalación, tanto a medio y largo plazo como en cada período de programación, determinándose su precio en función de las necesidades de capacidad a largo plazo del sistema.>>

Estando vigente el citado precepto que establecía la garantía de potencia para todas las empresas Endesa S.A. recurrió el Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la energía eléctrica a partir del 1 de enero de 2007. La Disposición Transitoria Séptima de este Real Decreto establecía que a partir del día 1 de enero de 2007 y hasta que se efectúe la revisión de los mecanismos de asignación y de los procedimientos de cobro y pago de garantía de la potencia, "no tendrán derecho al cobro por garantía de potencia las unidades de producción de energía eléctrica nuclear".

La Sentencia de esta Sección Tercera de 28 de enero de 2009, dictada en el recurso 37/2007, estimó el recurso deducido por Endesa S.A por considerar que esta exclusión de la tecnología nuclear contravenía el artículo 16.1 de la Ley del Sector Eléctrico mencionada al apreciar un trato discriminatorio al negar la retribución por garantía de potencia a las unidades de producción de energía eléctrica de origen nuclear en contra del taxativo mandato del artículo 16 de la Ley del Sector Eléctrico.

Dijimos en la Sentencia:

<<La interpretación del apartado b) que se acaba de transcribir permitía, ciertamente, modular el importe de este componente retributivo en función de determinados factores (nivel de disponibilidad, tecnología empleada, necesidades de capacidad a largo plazo) pero no autorizaba a suprimirlo para aquellas unidades de producción



que "efectivamente" aportaran al sistema eléctrico, en su conjunto, la garantía o disponibilidad de que va a contar con la potencia exigible para su buen funcionamiento.

Como hemos expresado en nuestra sentencia de 10 de octubre de 2007 (recurso número 14/2006 ) al analizar este concepto retributivo, con él se incentiva que las centrales de generación estén en condiciones permanentes de asegurar sin interrupciones al sistema eléctrico una parte de la capacidad de suministro que la demanda de electricidad requiera. Objetivo y finalidad que, sin duda, cumplen las centrales de generación nuclear, proyectadas precisamente para garantizar al sistema eléctrico en su conjunto un suministro regular y prácticamente constante (a salvo los períodos de parada forzosa) de energía eléctrica. Pocas unidades de producción están, en efecto, tan preparadas como las nucleares para ofrecer "efectivamente" seguridad y continuidad al suministro de electricidad reuniendo las máximas condiciones de disponibilidad horaria y, en consecuencia, para satisfacer "las necesidades de capacidad a largo plazo del sistema", a las que se refiere el artículo 16.1 de la Ley 54/1997 .

Siendo ello así, ninguna razón existía (insistimos, en la situación normativa correspondiente a la fecha de aprobación del Real Decreto 1634/2006 objeto de este recurso) para negar a las unidades de producción de energía eléctrica de origen nuclear la retribución ahora a debate, en contra del taxativo mandato del artículo 16 de la Ley del Sector Eléctrico . La medida adoptada en la Disposición transitoria séptima del Real Decreto número 1634/2006 podría eventualmente ampararse (si es que se ajustara a él) en un cambio normativo del sistema mismo de garantía de potencia, como es el derivado de la sustitución de dicho sistema por el de "pagos por capacidad" definidos en el artículo 16 según la redacción que le ha dado la Ley 17/2007, de 4 de julio , pero no se atenía a las prescripciones de la legislación vigente a finales del año 2006.

La nueva Ley 17/2007 adaptó, en efecto, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y habilitó al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para "establecer una retribución en concepto de pago por capacidad en función de las necesidades de capacidad del sistema", en desarrollo de cuya habilitación se ha dictado la Orden ITC 2794/2007 de 27 de septiembre.

La aplicación de estos nuevos parámetros normativos que sustituyen a los precedentes no puede ser anticipada por el titular de las potestades reglamentaria y tarifaria en la forma en que lo ha hecho el Real Decreto objeto de recurso. La Disposición transitoria impugnada se dicta para contemplar la situación temporal de 2007 "hasta que se efectúe la revisión de los mecanismos de asignación y de los procedimientos de cobro y pago de la garantía de potencia", pero precisamente durante ese período temporal estaba vigente el artículo 16 de la Ley 54/1997 , cuya dicción no permitía, repetimos, excluir absolutamente de la retribución por garantía de potencia a las unidades de producción que, como las nucleares, la prestasen efectivamente al sistema. La eficacia del nuevo marco legal sobre la materia (cuya justificación debe encontrarse en las fundadas objeciones al mantenimiento de la garantía de potencia según los términos de la ley precedente) se produce tan sólo a partir de su entrada en vigor, no antes"

Actualmente, el artículo 16.1 de la Ley del Sector Eléctrico , en su redacción dada por la Ley 17/2007, dispone:

<< Art. 16.1

La retribución de la actividad de producción incorporará los siguientes conceptos:

a) La energía eléctrica negociada a través de los mercados diario e intradiario que se retribuirá sobre la base del precio resultante del equilibrio entre la oferta y la demanda de energía eléctrica ofertada en los mismos.

c) Adicionalmente el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio podrá establecer una retribución en concepto de pago por capacidad en función de las necesidades de capacidad del sistema.>>

Como puede comprobarse, la citada dicción configura los pagos por capacidad como un concepto retributivo de la actividad de producción de energía eléctrica que, a diferencia de lo que es estricta retribución de la energía, no tiene carácter necesario (como resulta de las expresiones "adicionalmente" y "podrá establecer") y que, de existir, sólo podrá cobrarse en función de las necesidades de capacidad del sistema. Es, a todas luces, un pago finalista, que tiene por objetivo asegurar que el sistema tendrá a su disposición la capacidad o potencia instalada necesaria para cubrir la demanda, asegurando así, en último extremo, la garantía del suministro.

La Disposición Adicional Sexta del Real Decreto 871/2007, de 29 de junio , por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007, determinó que a partir del 1 de octubre de 2007 entrara en vigor el nuevo sistema de pagos por capacidad que se regularía por Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio contemplando dos diferentes incentivos, uno destinado a promover la inversión y otro, destinado a promover la disponibilidad de las instalaciones existentes para el sistema eléctrico.

La Orden ITC/ 2794/2007 de 27 de septiembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre de 2007 modifica el mecanismo existente de garantía de potencia y desarrolla la nueva retribución



de pagos "por capacidad" en función de las necesidades de capacidad del sistema. Esta Orden desarrolla la previsión del art 16.1 de la Ley del Sector Eléctrico incluyendo bajo el concepto de pagos por capacidad dos tipos de servicios diferenciados, uno, destinado a promover la inversión en generación y otro destinado a promover la disponibilidad de las instalaciones existentes para el sistema eléctrico, que se exponen en su Preambulo.

En efecto, en el Preámbulo de la Orden mencionada ITC/ 2794/2007, de 27 de septiembre, fija los fundamentos y presupuestos normativos que informan la regulación del sistema de «pagos por capacidad» en sustitución de la «garantía de potencia», en los siguientes términos:

*« Por último, se modifica el actual mecanismo de «garantía de potencia», que es sustituido por los «pagos por capacidad» definidos en el artículo 16 de la Ley 54/1997 (modificado por la Ley 17/2007, de 4 de julio).*

*El sistema de «pagos por capacidad» se desarrolla bajo la premisa de que la demanda de energía eléctrica es inelástica y de que el mallado de la red no es perfecto; en consecuencia, el precio de la energía puede ser una señal insuficiente para garantizar la cobertura del suministro de electricidad.*

*En estas condiciones, la disponibilidad de potencia para el sistema eléctrico adquiere el carácter de «bien público» y precisa ser objeto de una retribución regulada responsable de asegurar el equilibrio entre la oferta y la demanda de energía a medio y largo plazo en todos los nodos de la red.*

*El nuevo concepto permite completar los actuales «servicios complementarios» destinados a asegurar la disponibilidad de potencia a corto plazo, con una serie de servicios de disponibilidad a medio y también a largo plazo, de forma que se superen las actuales deficiencias del sistema de «garantía de potencia».*

*En concreto, se pretende ligar la evolución de los incentivos a la inversión (disponibilidad a largo plazo) con un Índice de Cobertura conocido que aproxime la necesidad de potencia esperada en un horizonte temporal futuro para evitar la fluctuación discrecional de los pagos por este concepto.*

*Por otra parte, se pretende que en la definición del servicio de disponibilidad a medio plazo se discriminen temporalmente los períodos en los que es exigible y que las consecuencias de los incumplimientos sean suficientemente incentivadoras para evitarlos.*

*Bajo el concepto de Pagos por Capacidad, se incluyen ahora dos tipos de servicio claramente diferenciados:*

*Por un lado, el servicio de disponibilidad, que irá destinado a contratar capacidad de potencia en un horizonte temporal igual o inferior al año con aquellas tecnologías que, con mayor probabilidad, pudieran no resultar programadas en los períodos de demanda punta, bien porque su funcionamiento regular en el mercado de energía les impide recuperar los costes fijos (como podría ser el caso de las centrales térmicas de fuel), o bien porque se trata de tecnologías en las que la materia prima puede almacenarse a bajo coste con la existencia, no obstante, de un cierto nivel de incertidumbre respecto a la distribución concreta del volumen de acopio y de su distribución temporal, dependiendo, en consecuencia, la gestión de la materia prima (y, por tanto, la disponibilidad de la potencia) de un diferencial esperado entre costes de oportunidad a corto y medio plazo que, en caso de ser calculado por los titulares de las instalaciones con la información disponible, pudiera llegar a tener, estadísticamente, un valor positivo (tal como sería el caso de las instalaciones hidráulicas regulables).*

*Por otro lado, el incentivo a la inversión en capacidad a largo plazo irá destinado exclusivamente a promover la construcción y puesta en servicio efectiva de nuevas instalaciones de generación a través de pagos que facilitarán a sus promotores la recuperación de los costes de inversión .»*

En el Anexo III de la Orden ITC/ 2794/2007, de 27 de septiembre, incorpora la regulación de las condiciones de prestación de servicio de capacidad de potencia, los requisitos para participar en dicho procedimiento y el régimen retributivo de los pagos por capacidad.

En la Orden ITC/ 2794/2007 se define el servicio de disponibilidad como aquel que está destinado a contratar capacidad de potencia con aquellas tecnologías que pudieran no resultar programadas en los periodos de demanda punta, bien porque su funcionamiento regular en el mercado no les permite recuperar los costes fijos, o bien porque se trata de tecnologías en las que la materia prima puede almacenarse a bajo coste y su gestión depende del diferencial esperando entre los costes de oportunidad y sus ingresos.

La Disposición Derogatoria Única (apartado 1) de esta Orden ITC/ 2794/2007, ha sido analizada por esta Sección Tercera de la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo en las Sentencias de 4 y 22 de marzo de 2011 ( recursos 90 y 87/ 2009 ) en las que declaramos que la nueva regulación de los pagos por capacidad no era contraria a los principios de seguridad jurídica ni de igualdad.

Finalmente, la Orden ITC/ 3127/2011, aquí impugnada, desarrolla el incentivo a la disponibilidad y el momento de su aplicación, indica en su Preámbulo " en la actualidad, la inelasticidad de la demanda y el mallado



*imperfecto de la red hacen que el precio de la energía sea una señal insuficiente para garantizar la cobertura del suministro de la electricidad" , por lo que resulta necesario, atendido el carácter de bien público de la disponibilidad de la potencia, "que aquellas centrales de generación que son importantes para el sistema por su capacidad para adaptarse a las necesidades de demanda, dadas las restricciones existentes en capacidad de interconexión, y su capacidad para resolver la creciente producción de energía no gestionable, sean objeto de una retribución regulada".*

La Orden regula, pues, el servicio de disponibilidad destinado a garantizar la cobertura del suministro en períodos de demanda elevada, pero se restringe a las tecnologías marginales, en particular a las instalaciones térmicas, configurando unas retribuciones y exigiendo una disponibilidad mínima en los períodos de demanda punta.

El artículo 1 de la Orden recurrida dispone que es su objeto "desarrollar un tipo de producto, el servicio de disponibilidad a medio plazo, para aquellas instalaciones térmicas del régimen ordinario y aquellas otras que contribuyan rápidamente a la cobertura de las puntas de régimen ordinario en el sistema y que a falta de pagos por este concepto podrían dejar de estar disponibles", fomentando y manteniendo "las condiciones necesarias que sustentan la garantía de suministro en el corto y medio plazo al que hace referencia el anexo III de la Orden ITC/ 2794/2007, de 27 septiembre, por la que se revisan las tarifas a partir del 1 de octubre de 2007".

Y es su artículo 2º, que aquí se impugna, y en el que se excluye de su ámbito de aplicación a las centrales nucleares, -que no se mencionan- el que Endesa tacha de discriminatorio.

**CUARTO.-** Pues bien, expuestos los antecedentes del artículo 2º de la Orden impugnada , hemos de atender a los términos en los que se plantea el litigio, en los que se denuncia la discriminación de las centrales de tecnología nuclear en cuanto resulta excluida de las retribuciones por el servicio de disponibilidad, que, sin embargo, se reconoce para otro tipo de tecnologías. Para ello debemos analizar este concepto retributivo y su compatibilidad con el artículo 16.1 de la Ley del Sector Eléctrico que ampara y da cobertura a la Orden Ministerial y en fin, a la nueva regulación de pagos por capacidad.

Como hemos expuesto, Endesa Generación SA considera que la omisión de la cita de las centrales de tecnología nuclear del ámbito de aplicación del servicio de disponibilidad, carece de cualquier tipo de justificación objetiva y razonable, a tenor de la dicción del artículo 16.1 de la Ley del Sector Eléctrico , en su redacción por la Ley 17/2007.

Por su parte, el Abogado del Estado argumenta que la no inclusión de las centrales nucleares del servicio de disponibilidad resulta plenamente lógica y justificada por el propio objetivo pretendido con el concepto retributivo.

Pues bien, hemos de partir de que la retribución por el servicio de disponibilidad tiene por objeto, como indica la propia explicación contenida en su Preámbulo, la de dar entrada y evitar el cierre de las instalaciones que contribuyan a la fiabilidad del sistema, que cumplan las notas de flexibilidad y gestionabilidad, que se adapten a las necesidades de la demanda dando cobertura puntual a las necesidades del sistema, a lo que contribuyen las denominadas "centrales marginales" que son aquellas que tienen unos costes de inversión bajos y de operación altos, por utilizar combustible fósil.

La subsistencia de estas centrales marginales se considera en la memoria de la Orden, esencial para salvaguardar y garantizar la garantía de suministro, al presentar la característica de "gestionabilidad" frente a otro tipo de producción o generación eléctrica como las renovables que presentan unas diferentes características propias y específicas.

Las circunstancias de la demanda y el llamado "hueco térmico" (generación térmica descontada la producción renovable, la nuclear y la hidráulica) requieren la participación de centrales que se caracterizan por su flexibilidad, nota que, sin embargo, no concurre en las centrales de generación nuclear.

Las centrales nucleares presentan unas características propias, pues si bien suministran energía de base, no proporcionan de manera idónea la función que se pretende reforzar según la Orden, de dar respaldo al sistema. Por tal razón, que se expone en la memoria justificativa y que la CNE admite, aunque con ciertos críticas, las diferentes características de cada uno de los tipos de energía y su distinta retribución en el mercado determinan que se reconozca a las empresas mencionadas en el artículo 2 de la Orden la retribución o incentivo adicional para mantenerse en el mercado operativas y a ellos, responde el concepto analizado.

**QUINTO** .- Pues bien, a tenor del nuevo marco legal y con arreglo a los nuevos parámetros normativos que sustituyen a los precedentes contenidos en el artículo 16.1 de la Ley del Sector Eléctrico desarrollado en las ulteriores Ordenes Ministeriales que hemos reseñado, nada impide, en contra de lo que sostiene Endesa, excluir del incentivo de disponibilidad a las unidades de producción nuclear, atendiendo a las específicas



características de este tipo de producción y su distinta aportación al sistema de las centrales que se incluyen en el ámbito del artículo 2º de la Orden impugnada. La justificación expuesta en el Preámbulo de la Orden, en la Memoria explicativa y el contenido -crítico en ocasiones- del informe de la Comisión Nacional de la Energía excluyen la tacha de discriminación tecnológica que la recurrente imputa a la Orden impugnada. En estos documentos se identifican las carencias o *deficits* del sistema eléctrico español, se describe la actual coyuntura y se definen los singulares objetivos de los incentivos incluidos en el concepto de "pago por capacidad". Singularmente, se identifican las finalidades perseguidas con dichos incentivos por disponibilidad a medio plazo -que se define en el artículo 1 de la Orden- en función a la necesidades del sistema, como es hacer frente de forma rápida a la demanda de energía eléctrica en horas punta a través de un tipo de producción energética flexible que se adapte a la demanda puntual que se pretende cubrir a través de un tipo determinado de centrales de producción eléctrica, las térmicas, que son precisamente aquellas que presentan la característica de la flexibilidad -las centrales de fuel oil, las de ciclo combinado, de carbón, las hidráulicas de bombeo puro, de bombeo mixto y embalse- y que para evitar su desaparición o para asegurar su continuidad exigen una señal del mercado (dada la insuficiencia de precios en el mercado) que se configura como una retribución adicional a través del incentivo contemplado. La característica de flexibilidad que se intenta incentivar, para la consecución de la seguridad y fiabilidad del sistema, y, en fin garantizar el suministro, no concurre en las centrales con tecnología nuclear, que, dadas sus peculiaridades tecnológicas, no tienen capacidad para adaptarse a las variaciones de la demanda, esto es, no pueden modular su generación en función a las necesidades del sistema, y presenta, sin embargo, otras notas propias, como la aportación de estabilidad y disponibilidad a largo plazo al sistema, aspecto que no se contempla en la Orden recurrida.

En fin, las distintas características técnicas de las centrales comparadas, y la imposibilidad de las nucleares a adaptarse a las necesidades y variaciones de la demanda de energía eléctrica, frente a las centrales térmicas, que responden con flexibilidad y se adaptan a las indicadas variaciones, determinan que concurra una justificación objetiva a la exclusión de las centrales nucleares del ámbito de este incentivo que se configura en el artículo 1 de la Orden Ministerial para retribuir el servicio de disponibilidad a medio plazo que contribuya a la cobertura de las puntas del régimen ordinario en el sistema.

Y tampoco tal previsión contradice la dicción del artículo 16.1 de la Ley del Sector Eléctrico ni resulta equiparable al supuesto resuelto en nuestra Sentencia dictada en el recurso 37/2007 en el que apreciamos la existencia de discriminación en relación a las centrales nucleares, puesto que la doctrina en ella contenida se construye a partir de la anterior redacción del artículo 16.1 de la Ley del Sector Eléctrico que contemplaba únicamente los pagos en concepto de garantía de potencia sin que hubiera ninguna razón para excluir de dicho concepto a las centrales de tecnología nuclear, y dijimos " *cuya dicción (del artículo 16.1 del Sector Eléctrico) no permitía, repetimos, excluir absolutamente de la retribución por garantía de potencia a las unidades de producción que, como las nucleares, la prestasen efectivamente al sistema*". A diferencia de lo que sucede en la actualidad, en el que se ha pasado a la retribución por potencia a pagos "por capacidad" a los que responde el incentivo de disponibilidad definido en el artículo 1º de la Orden que en nada contradice el precepto legal, que contempla con amplitud la configuración del incentivo siempre ligado a las necesidades del servicio y con arreglo a lo previsto en la Disposición adicional Sexta del Real Decreto 871/2007, de 29 de junio y la Orden ITC / 2794/2007, de 27 de septiembre, que fija los fundamentos y presupuestos normativos que informan la regulación del sistema de «pagos por capacidad» en sustitución de la «garantía de potencia».

Sobre la Disposición adicional Sexta del Real Decreto 871/2007, de 29 de junio nos hemos pronunciado en la Sentencia de 24 de febrero y 28 de abril de 2009 , ( recursos 142/2007 y 140/2007 ) declarando su compatibilidad con el artículo 16.1 c) de la Ley del Sector Eléctrico y dijimos que "la ley admite el pago por capacidad como una potestad de la Administración, lo que otorga a ésta una gran capacidad para modular los requisitos y modalidades de dicho pago".

Y sobre la Disposición Derogatoria Primera de la Orden ITC/ 2794/2007, de 27 de septiembre, también nos hemos pronunciado en las Sentencias de 4 , 18 y 22 de marzo de 2011 ( recursos 90/2009 , 623/2009 y 87/2009 ) en las que consideramos ajustado a derecho el nuevo mecanismo de pagos por capacidad.

**SEXTO.** - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , no procede efectuar expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso contencioso- administrativo.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

**FALLAMOS**



**Primero.-** Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo número 1/44/2012, interpuesto por ENDESA GENERACIÓN SA, contra la Orden ITC/ 3127/2011, de 17 de noviembre, por la que se regula el servicio de disponibilidad de potencia de los pagos por capacidad y se modifica el incentivo a la inversión a que hace referencia el Anexo III de la Orden ITC/ 2794/2007, de 27 de setiembre por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre de 2007.

**Segundo.-** No efectuar expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricado.- **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENED