

# Denuncia ante la Comisión Europea contra el Reino de España por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

Asunto: El exceso de compensación mediante Costes de Transición a la Competencia es una Ayuda de Estado incompatible con el mercado interior



Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

[www.nuevomodeloenergetico.org](http://www.nuevomodeloenergetico.org)

@NuModEnergetico // #PlataformaNME

## **Estructura de la Denuncia:**

- I. **Introducción**
- II. **Resumen**
- III. **Hechos**
- IV. **Fundamentos de Derecho**
- V. **Epílogo**
- VI. **Anexos**

## I. INTRODUCCIÓN

1. Mediante el presente escrito, la Plataforma por un Nuevo Modelo Energético, con domicilio a efectos de notificaciones en Vía Augusta 10, 3º, 08006 Barcelona, teléfono +34 93 519 33 93, correo electrónico [pietholtrop@holtropslp.com](mailto:pietholtrop@holtropslp.com) y [danielperez@holtropslp.com](mailto:danielperez@holtropslp.com); insta a la Comisión Europea a incoar un procedimiento de investigación de ayudas de estado contra el Reino de España en el que se declare que se han otorgado -y se siguen otorgando- ayudas de Estado ilegales y se ordene al Reino de España que inicie los pasos para su recuperación.
2. La Plataforma por un Nuevo Modelo Energético es una entidad que aúna 377 organizaciones y 3.475 personas que apuestan por un cambio del modelo energético, basado en cuatro pilares esenciales: (1) al ahorro energético; (2) las energías renovables; (3) la eficiencia energética; (4) la soberanía energética.
3. La Plataforma por un Nuevo Modelo Energético está representada por los letrados D. Piet Marco Holtrop y D. Daniel Pérez Rodríguez, del despacho de abogados Holtrop S.L.P. y por el ingeniero D. Jorge Carmelo Morales de Labra.

## II. RESUMEN

4. La forma en que se llevó a cabo el cierre del sistema español de compensación a las empresas eléctricas con activos de

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

generación de energía eléctrica cuyas inversiones se habían producido antes del cambio normativo retributivo operado por la Ley del Sector Eléctrico 54/97 LSE en su Disposición Transitoria Sexta - que creó *ex novo* el concepto retributivo denominado "Costes de Transición a la Competencia (en adelante CTC)" con objeto de no lesionar expectativas legítimas generadas en las normas derogadas sobre la recuperación de las inversiones en los activos de generación existentes- ha vulnerado doblemente la normativa europea sobre ayudas de estado.

5. Por un lado, el Reino de España ha sobrecompensado a las empresas beneficiarias de los CTC, al no exigirles la devolución del exceso de CTC que les fueron pagados entre 1997 y 2006 por ser propietarias de activos con derecho a CTC y ello a pesar de que la Comisión Nacional de la Energía advirtió al Gobierno de la sobrecompensación que se había producido respecto de lo establecido de manera imperativa en la Ley del Sector Eléctrico y del informe emitido por la Abogacía del Estado en la misma dirección. Tal sobrecompensación va más allá del objetivo fijado en la Ley del Sector Eléctrico y autorizado por la Comisión Europea y, por ello, constituye una ayuda de estado incompatible con el mercado interior (artículo 107 TFUE).
  
6. Por otro lado, el Reino de España está permitiendo que las instalaciones beneficiarias de los CTC continúen recibiendo los precios íntegros de mercado en el periodo post-CTC, a pesar de que las inversiones ya han sido económicamente amortizadas gracias a los CTC pagados del modo previsto en la mencionada Ley del Sector Eléctrico y a que sus costes operativos son mucho menores que los ingresos que obtienen por los mencionados precios que les son reconocidos como remuneración según la

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

normativa vigente. Al no establecer mecanismos de compensación al sistema eléctrico por parte de las centrales que han sido económicamente amortizadas con cargo al sistema eléctrico, se está confiriendo a esas empresas una ventaja competitiva contraria al mercado interior.

### III. HECHOS

7. El sistema eléctrico español experimentó a finales de 1997 un cambio radical, pasando de ser un sector completamente regulado (Marco Legal Estable) a un mercado pretendidamente liberalizado, en cumplimiento de la Directiva 96/92/CE, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas para el mercado interior de la electricidad. Con el nuevo sistema, el precio de la electricidad ya no se determina por ley, sino mediante mecanismos de oferta y demanda, que en el caso español, como en muchos otros Estados Miembros, se instrumenta a través de un sistema de casación marginalista.
8. Esto hizo que todas aquellas instalaciones existentes y en funcionamiento con anterioridad al cambio de sistema, y que tenían garantizada una determinada retribución que les permitiera recuperar su inversión a través de la venta de kWh a un determinado precio<sup>1</sup>, se encontraron con que, al depender ahora el precio del kWh de un nuevo sistema que combina conceptos de remuneración regulada con otros de mercado,

---

<sup>1</sup> El régimen jurídico que garantizaba dicha retribución es el del Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, por el que se determina la tarifa eléctrica de las empresas gestoras del servicio y la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional.

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

perdían la garantía de recuperación de sus costes de inversión, contrariamente a lo que sucedía con el sistema imperante en el momento en que construyeron sus instalaciones de generación. Debe tenerse en cuenta, además, que las inversiones en instalaciones de generación de energía eléctrica se suelen caracterizar por tener costes hundidos, de forma que necesitan un marco legal estable para poder recuperar su inversión.

9. Es por esto que el Reino de España consideró que era preciso compensar de alguna forma a esas instalaciones, para permitir de esa forma que recuperaran sus inversiones realizadas bajo el régimen jurídico anterior. El mecanismo jurídico mediante el cual se articuló dicha compensación es el de los Costes de Transición a la Competencia.
  
10. El señalado instrumento se reguló en la Disposición Transitoria 6ª de la Ley 54/1997, y se basaba en reconocer, año a año durante un plazo máximo de 10 años a contar desde el 1 de enero de 1998, una **asignación fija adicional** a los ingresos por mercado a cada una de las empresas afectadas hasta alcanzar una cuantía máxima autorizada (inicialmente, 11.951 millones de EUR). Los cálculos se hicieron bajo la hipótesis de que el precio percibido por las centrales a través de mecanismos de mercado sería de 36,06 EUR/MWh (por entonces, en divisa local, 6 pesetas/kWh), de modo que en cada ejercicio se presupuestaba una cuantía prevista de CTC que se añadía sobre el resto de costes del sistema (incluida la generación a 36,06 €/MWh) para determinar la tarifa final a pagar por los consumidores. De esta forma, la cuantía fija de CTC efectivamente cobrada cada año dependía del precio del mercado, dado que se liquidaba a las centrales la diferencia entre el importe recaudado a través de la tarifa eléctrica y los cobros que las centrales realmente habían percibido cada

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

año. Es más, la ley establecía que, al final de cada año, si el precio cobrado a través del mercado por cada una de las centrales afectadas estuviera por encima del precio previsto, el exceso se consideraría CTC cobrados de tal forma que los ingresos de las instalaciones con derecho a CTC nunca acabarían ingresando una cantidad ni superior ni inferior a la suma de su producción valorada a 36,06 EUR/MWh. De esta manera, la Ley del Sector Eléctrico garantizaba a los inversores la recuperación de sus inversiones, fuera cual fuera el precio del mercado, y a los consumidores la estabilidad de los costes de la electricidad producida por esas instalaciones.

11. El Real Decreto 2017/1997 desarrolló el régimen jurídico de los CTC (artículos 9 a 19) y estableció dos tipos de costes: costes de transición a la competencia tecnológicos y retribución al carbón autóctono. Esta denuncia se centra solamente en los primeros. Según el Anexo III de dicha norma, se establecía un reparto de esas compensaciones para cada una de las empresas beneficiarias, de la siguiente forma: 51,2% para Endesa<sup>2</sup>, 27,1% para Iberdrola, 12,9% para Unión Fenosa, 5,7% para Hidrocantábrico y 3,10% para Elcogas. Por tipo de instalaciones, un 50% correspondería a plantas de energía nuclear, un 31% a térmicas y un 19% a hidráulicas.
12. El artículo 107 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificó la regulación de los CTC, y estableció un nuevo mecanismo de cobro, según el cual el 80% de la cuantía a abonar por los CTCs tecnológicos se financiaba directamente mediante un porcentaje del 4,5% de la facturación por venta de energía eléctrica a los consumidores, mientras que el 20% restante seguía liquidándose por diferencia. De esta forma, la mayor

---

<sup>2</sup> Para ENDESA o empresas que con posterioridad fueron adquiridas por ENDESA.

### Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

parte de CTC pasaron a cobrarse con independencia del precio de mercado. Pero ante la posibilidad de que este sistema originara una sobre retribución a las empresas generadoras, la propia ley estableció que en ningún caso el nuevo sistema podría originar retribuciones superiores a la cuantía máxima autorizada por la Ley del Sector Eléctrico y que en caso de hacerlo *"el Gobierno establecerá el procedimiento que asegure la compensación procedente, en su caso, a los consumidores"*. La ley 50/1998, además, redujo el importe máximo de los CTC tecnológicos en un 20% de la cuantía pendiente de liquidar a esa fecha, a la vez que habilitó la posibilidad de que los titulares originales cedieran sus derechos de cobro por CTC a terceros mediante su titulización financiera.

13. No obstante, tras la generación de importantes déficits económicos en el sistema eléctrico, derivados de la drástica subida del precio del mercado eléctrico en el año 2000, el Real Decreto-ley 2/2001, de 2 de febrero, por el que se modifica la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 54/1997 y determinados artículos de la Ley 16/1989, anuló la recaudación de CTC vía cuota del 4,5% volviendo al sistema original de liquidación por diferencias. Asimismo, dicho Real Decreto-ley previó algunas novedades adicionales: (1) se excluyó expresamente de la contribución del pago de CTC a las importaciones de energía eléctrica procedentes de otros Estados Miembros; (2) se extendió el derecho de cobro de CTC a las sociedades que adquirieran los activos con derecho a CTC con posterioridad a la entrada en vigor de los mismos a la vez que se establece que las plusvalías que, en su caso, se hubieran podido obtener en la transmisión por venta de estos activos serán consideradas CTC cobrados (nótese que en septiembre de 2001 Endesa vendió a Enel su filial Viesgo, que era propietaria de activos con derecho de cobro de CTC, por

#### Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

más de 2.000 millones de EUR con plusvalías estimadas en un orden de magnitud de 1.500 millones de EUR); (3) se amplió el periodo máximo de cobro de CTC hasta el 31 de diciembre de 2010.

14. Finalmente, el Real Decreto-ley 7/2006, de 23 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el sector energético, **eliminó los CTC**. Según el Preámbulo de dicha norma, los CTC ya no tenían sentido, porque: (1) "generan **distorsiones en los precios de mercado al ser integrados en las estrategias de oferta**"; (2) "han quedado obsoletas las hipótesis sobre las que se basaron los cálculos de los CTC"; (3) "los informes disponibles revelan un **alto grado de amortización** de las instalaciones afectadas".
15. Sorprendentemente, el Real Decreto-ley 7/2006 se limitó a derogar la disposición legal que estableció el derecho de cobro de CTC **sin proceder a su liquidación**, a pesar de que, como se ha citado, la ley estableció en su momento la obligación de devolver las cantidades cobradas en exceso. Tampoco se estableció una minoración de la retribución para la etapa post-CTC a pesar de que si, tal y como reconocía la propia ley, el conjunto de las centrales afectadas ya estaban amortizadas en un alto grado, era evidente que la participación de las mismas en el mercado mayorista de electricidad sin condicionantes especiales iba a causar importantes distorsiones y una clara ventaja competitiva respecto de las nuevas centrales que no habían gozado de tal tratamiento.
16. Es relevante a estos efectos conocer que, según los cálculos efectuados por la Comisión Nacional de Energía, se produjo una importante sobrecompensación a las empresas beneficiarias de los CTC. En efecto, según un informe de ésta fechado el 23 de

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

febrero de 2007 y al que solo se ha podido tener acceso a través de informaciones periodísticas y, más tarde, a través de procedimientos judiciales, "no solo se habrían recuperado los CTC a 1/7/2006 sino que incluso **las cantidades cobradas por encima de lo establecido serían de 3.396 millones de euros**". El desglose era el siguiente:

Grupo	Liquidación CTC a 01/07/2006 (miles de EUR)
Endesa	-1.562.695
Viesgo	-434.034
Cantábrico	-155.936
Iberdrola	-1.159.733
Unión Fenosa	-275.208
Elcogas	191.932
<b>Total</b>	<b>-3.395.674</b>

17. La Comisión Nacional de Energía estimaba que la única empresa que a la fecha de supresión de los CTC no había cobrado más del importe máximo autorizado era Elcogas. Se trata de una empresa que posee únicamente la titularidad de una planta de generación de energía eléctrica mediante la tecnología experimental de ciclo combinado mediante gasificación de carbón (nacional), gas natural y coque, para la que los cálculos de la CNE establecían una liquidación positiva de casi 192 millones de EUR.
  
18. El 16 de marzo de 2007, el Gobierno aprobó un plan de viabilidad excepcional para Elcogas, con efectos retroactivos precisamente desde la fecha de desaparición de los CTC (1 de julio de 2006). El 21 de enero de 2009 el Gobierno emitió una nota de oficio a la Comisión Nacional de Energía dándole instrucciones de liquidar las cantidades mensuales correspondientes al Plan de Viabilidad de Elcogas hasta que se

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

llegara al saldo cero de los Costes de Transición a la Competencia que según datos de la Comisión, ascendían a 192 millones de EUR. En cumplimiento de lo anterior, la Comisión paralizó desde su liquidación número 11 de 2009 los pagos en concepto del plan de viabilidad de Elcogas, lo que generó un litigio que llegó finalmente al Tribunal de Justicia de la UE, estimándose que la medida constituía una ayuda estatal (asunto *Elcogas S.A.*, EU:C:2014:2314). Hemos de entender, por tanto, que Elcogas finalmente **sí recuperó los CTC**, por lo que cabe considerar que, además de los ingresos post-CTC que hayan percibido las centrales correspondientes, la liquidación actual de los CTC alcanzaría los **3.587,607 millones de EUR** con el siguiente reparto:

Grupo	Liquidación CTC a 01/07/2006 (miles de EUR)
Endesa	-1.562.695
Viesgo	-434.034
Cantábrico	-155.936
Iberdrola	-1.159.733
Unión Fenosa	-275.208
<b>Total</b>	<b>-3.587.607</b>

19. La ausencia de previsión expresa en el Real Decreto-ley 7/2006 sobre la exigencia de la devolución de los CTC cobrados en exceso generó dudas al propio Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, lo que motivó una consulta legal a la Abogacía del Estado (Número de referencia 11/07). Las preguntas formuladas en dicha consulta fueron las siguientes:

*"Si, pese a la superación de los CTC 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.*

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

*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”.*

20. La Abogacía del Estado emitió su respuesta la consulta el día 5 de marzo de 2008 (se adjunta como DOCUMENTO 1), y en ella concluye que:

*“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.**”*

*A la visa 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”.*

21. En resumen, la Abogacía del Estado concluía que la sobrecompensación concedida en concepto de CTC a las

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

beneficiarias del sistema podía recuperarse, ya que constituía un enriquecimiento injusto, y que existía de plazo hasta el 23 de junio de 2010 para recuperar esas sumas.

22. Asimismo, en sucesivos informes de años posteriores, la Comisión Nacional de Energía advirtió de la necesidad de recuperar las sobrecompensaciones abonadas en concepto de CTC. Por ejemplo, en el Informe 33/2009 sobre la propuesta de Orden Ministerial por la que se revisan las tarifas de acceso eléctricas a partir del día 1 de enero de 2010 (DOCUMENTO 8), se decía:

*“Adicionalmente, la CNE recuerda que ha remitido los informes solicitados por la DGPEyM para conocer el grado de amortización de los activos de generación según el RD 1538/1987 y el saldo pendiente de CTC’s a diferentes fechas de realización de dichos informes, para el periodo 1998-2005. No obstante, **hasta la fecha no se ha realizado una liquidación final de los costes de transición a la competencia**”*

23. Resulta escandaloso que el Gobierno optara por no recuperar las cuantías abonadas como sobrecompensación a ciertas empresas eléctricas. Por esta razón, esta Plataforma<sup>3</sup> presentó una denuncia ante la Fiscalía Especial contra la Corrupción solicitando una investigación formal sobre las razones que motivaron este comportamiento. A pesar de que la Fiscalía ha decidido archivar el procedimiento por no apreciar conductas delictivas tipificables penalmente, el mismo ha permitido

---

<sup>3</sup> “La Fiscalía investiga a Industria por perdonar 3.000 millones a eléctricas”, Rafael Méndez y Manuel Altozano, *El País*, 16 de noviembre de 2014, disponible en línea: [http://economia.elpais.com/economia/2014/11/15/actualidad/1416071455\\_967695.html](http://economia.elpais.com/economia/2014/11/15/actualidad/1416071455_967695.html)

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

conocer algunos hechos relevantes, tales como que, como consecuencia del informe de la Abogacía del Estado citado, el Ministerio llegó a elaborar un borrador de Orden Ministerial (DOCUMENTOS 2 y 3) para recuperar el exceso pagado en concepto de CTC, que, aunque nunca fue ni tan siquiera sometido al perceptivo trámite de información pública, sí fue filtrado a las eléctricas, que respondieron con 14 informes de distintos despachos de abogados defendiendo la ilegalidad de la orden propuesta. Además, los entonces responsables ministeriales han llegado a declarar que ante la previsible litigiosidad derivada de la aprobación de la propuesta de Orden "*parecía razonable valorar un eventual pacto con las empresas eléctricas*". Este proceso coincidió en el tiempo con las "negociaciones" que se mantuvieron de cara a la aprobación del que finalmente fue el Real Decreto-ley 6/2009, cuya aportación principal por parte de las empresas eléctricas –que no fue desinteresada, dado que la ley incluyó disposiciones que, por el contrario, les favorecía notablemente– fue la financiación del bono social eléctrico, cuyo importe anual era del orden de 150 millones de EUR anuales, significativamente inferior al saldo de CTC, y que en cualquier caso finalmente no fue de aplicación, dado que las afectadas lo recurrieron ante los Tribunales de Justicia nacionales y obtuvieron sentencia firme a su favor.

24. Debe añadirse además que el Gobierno del Partido Popular, que tomó posesión en diciembre de 2011, intentó reactivar el asunto de la sobrecompensación de los CTC, elevando una nueva consulta a la Abogacía del Estado. En su contestación (DOCUMENTO 4), el Abogado del Estado considera que la acción ha prescrito desde el punto de vista del derecho nacional, pero no descarta la posibilidad de acudir al Derecho Europeo para exigir la devolución. Así, el Abogado del Estado señala que (página 11):

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

*“si llegase a hacerse patente que las cantidades abonadas en concepto de compensaciones por CTC a las distintas mercantiles beneficiarias han superado el importe que, en estricta aplicación del mecanismo legalmente establecido (atendida, en particular, la disminución ligada a la evolución del precio de mercado de la electricidad), correspondería, **podría la Comisión concluir que dichas eventuales cantidades indebidamente percibidas constituyen una ayuda nueva que no habría sido oportunamente notificada** (y por tanto, una ayuda ilegal en los términos del artículo 1.f) del Reglamento 659/1999) **o, eventualmente, una ayuda aplicada de manera abusiva**, en los términos del artículo 1.g). Y, en consecuencia, podría acordar la apertura de un nuevo proceso de investigación formal (...)”*

25. En conclusión, el Abogado del Estado abrió la puerta a la posibilidad de recuperar la sobrecompensación utilizando la vía del Derecho Europeo. No obstante, esta parte no tiene constancia de que hasta el momento se haya producido intento alguno en ese sentido por parte del Reino de España.
  
26. Por todo ello, y al margen de las responsabilidades civiles o penales que pudieran derivarse sobre el asunto y que podría constituir el mayor caso de corrupción de la historia de España por razón de cuantía, si bien escapan del ámbito de aplicación del Derecho Europeo, interesa a esta Plataforma la recuperación de las cuantías abonadas en exceso en concepto de CTC y de las ganancias inmerecidas obtenidas en el periodo post-CTC, motivo por el cual se presenta la actual denuncia ante la Comisión Europea.

#### IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Fundamento Primero: la no exigencia de devolución de la sobrecompensación obtenida mediante los CTC es una ayuda de estado incompatible que debe ser devuelta**

##### 1) Introducción

27. La compensación mediante CTC fue un instrumento jurídico empleado en diversos países de la Unión Europea al verse obligados a introducir un sistema de mercado en sus sectores de generación de electricidad.<sup>4</sup> El propio artículo 24 de la Directiva 96/92/CE preveía la posibilidad de establecer un régimen transitorio para facilitar la adaptación al nuevo sistema regulatorio.

28. España fue uno de los países que solicitó la posibilidad de un régimen transitorio a efectos de la mencionada Directiva, para poder abonar los CTC a las plantas de generación que fueron construidas bajo un sistema no liberalizado (Marco Legal Estable), pero éste resultó rechazado, porque la Comisión consideró que los CTC no constituían una excepción a efectos del artículo 24, sino que tendrían que ser examinados bajo la lupa de las ayudas de Estado (Decisión de la Comisión de 8 de julio de 1999, relativa a la solicitud presentada por el Gobierno español de un régimen transitorio con arreglo al artículo 24 de la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, 1999/797/CE). España

---

<sup>4</sup> Entre otros, Austria, Bélgica, Grecia, Países Bajos, Luxemburgo, Portugal, España, Reino Unido, Hungría e Italia hicieron uso de este mecanismo.

### Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

recurrió dicha Decisión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero finalmente, el asunto fue archivado (C-369/99).

29. Siguiendo las indicaciones de la Comisión Europea, después de que varias denuncias fueran presentadas, y a pesar de que unos 2.000 millones de EUR de ayudas ya habían sido concedidos, España informó a la Comisión Europea sobre el sistema de compensación de los CTC, el cual fue finalmente autorizado (Ayuda de Estado NN/49/99 - España). Las razones de dicha autorización fueron dos: por un lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acababa de dictar sentencia en el asunto PreussenElektra (EU:C:2001:160), adoptando un concepto restrictivo de intervención del Estado en relación con el sector eléctrico, que hizo que la Comisión tuviera dudas sobre las implicaciones de tal sentencia en el caso español en lo concerniente a la existencia de recursos estatales. Por otro lado, la Comisión consideró que los CTC españoles podrían ser una ayuda de estado justificada por el artículo 107.3.c, en la medida en que se buscaba fomentar la actividad de producción de energía eléctrica e inicialmente parecía que los CTC estaban diseñados de forma que se garantizara que no pudiera producirse una sobrecompensación.
30. En cualquier caso, la Comisión Europea afirmó en dicha Decisión que los CTC cumplían sin lugar a dudas tres de los cuatro requisitos para la existencia de una ayuda de estado: (1) el régimen de los CTC confería una ventaja a ciertas empresas (párrafo 53); (2) el régimen de los CTC era susceptible de afectar el comercio entre los Estados miembros (párrafo 54); y (3) podría implicar un falseamiento de la competencia (párrafo 54).

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

31. No existe razón alguna por la cual la Comisión Europea pudiera cambiar de criterio a este respecto en el caso de una sobrecompensación por los CTC, por lo que el análisis se centrará en: demostrar por qué se considera que en la sobrecompensación otorgada a ciertas compañías eléctricas sí que mediaron recursos estatales; demostrar que la ayuda estatal no está justificada por el artículo 107.3.c. TFUE; y demostrar que aún es posible ordenar la recuperación de las ayudas incompatibles.

### 2) Sobre el concepto de recursos estatales

32. El artículo 107, por lo que al presente requisito se refiere, hace alusión a: *"ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier fórmula"*.

33. Como es sobradamente conocido, el Tribunal de Justicia de la Unión ha optado, en términos generales, por una concepción amplia y flexible del concepto de fondos estatales, de forma que no sólo incluye subvenciones directas del Estado, sino que cubre (*Iride SpA*, EU:T:2009:33, aptdo.25):

*"todos los medios económicos que las autoridades públicas pueden efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio del Estado."*

34. Asimismo, en el asunto *Italia c. Comisión*, (EU:C:1974:71), el TJUE aclaró a ese respecto:

#### Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

*“que por nutrirse los fondos de que se trata de cotizaciones obligatorias impuestas por la legislación del Estado y, por estar como demuestra el presente caso, gestionados y distribuidos conforme a dicha legislación, han de considerarse como fondos estatales en el sentido del artículo 92, aun cuando sean administrados por organismos distintos de la autoridad pública”*

35. Si bien es cierto que en el caso concreto de PreussenElektra, al tratarse de una obligación de compra de energías renovables a precios mínimos por encima de mercado impuesta a empresas privadas suministradoras de energía, el TJUE estimó que no se cumplía el requisito que ahora se analiza (PreussenElektra, aptdo.59), en muchos otros asuntos relacionados con el sistema eléctrico, el TJUE (por ejemplo, sentencia Essent Netwerk Noord BV, EU:C:2008:413, aptdo.75; Iride SpA, aptdo.28) y la Comisión Europea (por ejemplo, Decisión 2009/609/CE, de 4 de junio de 2008, relativa a la ayuda estatal C 41/05 concedida por Hungría mediante los Contratos de Compra de Electricidad) sí que han considerado que se cumplía dicho requisito.
36. En particular, resultan relevantes, a los efectos presentes, dos pronunciamientos recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que versan sobre ayudas de Estado y sistema eléctrico.
37. El primero de ellos es el asunto Association Vent de Colère! Fédération nationale, C-262/12, sentencia EU:C:2013:851, en el que el TJUE considera que constituye intervención estatal o mediante recursos estatales un:

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

*“mecanismo de compensación íntegra de los sobrecostes impuestos a las empresas en virtud de una obligación de compra de la electricidad de origen eólico a un precio superior a su precio de mercado, cuya financiación recae en los consumidores finales”.*

38. A pesar de que el mecanismo puesto en marcha en Francia podría parecer, *prima facie*, similar al analizado en el caso alemán, lo cierto es que existen algunas diferencias que sirven al TJUE para concluir que, a diferencia de lo sucedido PreussenElektra, en el caso francés sí que se produjo una intervención mediante fondos estatales. En particular, los elementos diferenciadores son: (1) las cantidades destinadas a compensar los sobrecostes de la obligación de compra recaen en los consumidores finales (aptdo.22); (2) el importe de la contribución es fijado anualmente por Orden Ministerial (aptdo.23); (3) se establece una sanción administrativa si un consumidor no paga la contribución (aptdo.24); (4) principio de cobertura íntegra de la obligación de compra por parte del Estado francés, si las contribuciones de los consumidores no fueran suficientes (aptdo.26); (5) los fondos se centralizan en la *Caisse des dépôts et consignations*, que es una persona jurídica de Derecho Público (aptdos. 28-33).
39. Si analizamos el caso de la sobrecompensación por parte de España en relación con los CTC, fácilmente se podrá concluir que los CTC fueron pagados por todos los consumidores por diferencias, por exceso de precio sobre los 36 EUR/MWh y vía tarifa cuando el precio era igual o inferior a 36 EUR/MWh (base de cálculo de la compensación) en aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 6ª de la Ley del Sector Eléctrico y su normativa de desarrollo; que el importe

#### Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

de los CTC vía tarifa se fijó anualmente en una Orden de tarifas<sup>5</sup>; que resultaba obligatorio contribuir a esos costes; que en caso de que se produjeran desequilibrios, la diferencia entre ingresos y costes del sistema eléctrico sería reconocida y avalada por el Estado (razón por la cual, existe un déficit de tarifa titulizado); y que en dicho proceso intervenía la Comisión Nacional de Energía (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia). Por tanto, las cantidades abonadas en exceso como CTC constituyen un claro ejemplo de intervención del Estado.

40. Por si hubiera alguna duda al respecto, el TJUE se ha pronunciado recientemente sobre el caso concreto español (asunto *Elcogas S.A.*, EU:C:2014:2314), en relación con un coste permanente del sistema que, como se ha visto, está muy relacionado con los CTC: el de los planes de viabilidad extraordinarios para aquellas sociedades titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica con especiales dificultades financieras.
41. El TJUE considera que la medida es imputable al Estado, ya que fue establecida y regulada por Ley (aptdo. 23). Por lo que se refiere a los fondos estatales, el TJUE constata que los peajes de acceso con los que se financian los CTC son fijados anualmente por Orden Ministerial (aptdo.27) y que las cuantías se reparten y distribuyen por la CNE, organismo de naturaleza estatal (aptdo.29). Por ello, el Tribunal diferencia el mecanismo de los planes de viabilidad de la situación en *PreussenElektra* y considera que el instrumento de apoyo conferido a Elcogas constituye una ayuda de Estado.

---

<sup>5</sup> Por ejemplo, para el año 1998, se aprobó el Real Decreto 2010/1997; el Real Decreto 2821/1998, para 1999 o el Real Decreto 2066/1999 y así sucesivamente.

### Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

42. Pues bien, no cabe duda alguna de que, el mecanismo de los CTC, en tanto que mecanismo creado por el Estado (Ley 54/1997), cuyas tarifas son fijadas por el Estado anualmente, entra también, *mutatis mutandi*, dentro del concepto intervención estatal mediante fondos estatales.

### 3) Sobre la posible justificación del artículo 107.3.c

43. Una vez aclarado que la sobrecompensación otorgada en concepto de CTC constituye una ayuda de estado, es preciso analizar si dicha ayuda de estado puede ser considerada como compatible con el mercado interior, por concurrir alguna de las causas de justificación del artículo 107 TFUE.

44. A estos efectos, es preciso señalar que no concurre ninguna de las eximentes cualificadas del artículo 107.2<sup>6</sup>, sino que la única posible justificación de los CTC es la prevista en el artículo 107.3.c, que postula que:

*"podrán considerarse compatibles con el mercado interior (...) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común."*

45. En la Comunicación relativa a la metodología de análisis de las ayudas estatales vinculadas a costes de transición a la competencia, de 25 de julio de 2001, la Comisión Europea decía que:

---

<sup>6</sup> Así lo estimó ya la Comisión Europea en el apartado 73 de su Decisión sobre los CTC

#### Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

*“las ayudas destinadas a compensar los costes de transición a la competencia pueden en principio beneficiarse de la exención prevista en la letra c) del apartado 3 del artículo 87 si facilitan el desarrollo de algunas actividades económicas sin alterar las condiciones de los intercambios en una medida contraria al interés común.”*

46. Ahora bien, esa exención no se da de forma incondicionada, sino que se han de cumplir una serie de criterios que la Comisión enuncia en esa misma comunicación. En particular, procede resaltar lo siguiente:

*“La ayuda deberá servir para compensar costes de transición a la competencia elegibles **claramente determinados e individualizados**. La ayuda no podrá superar en ningún caso el importe de los costes de transición a la competencia elegibles.”*

47. Esa idea de individualización de costes para evitar sobre retribuciones juega un papel esencial a la hora de estimar la compatibilidad de los CTC con la normativa europea de ayudas de estado. Así, en el apartado 88 de la Decisión de la Comisión en el procedimiento NN 49/99, se señalaba que:

*“La Comisión considera por tanto que la suma de los CTC tecnológicos no sobrestima la realidad de las sumas invertidas por las empresas, y que la evaluación a tanto alzado adoptada por la Ley española y descrita en el apartado 30 de la presente decisión está corroborada por los cálculos central por central transmitidos por las autoridades españolas a la Comisión”.*

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

48. A este respecto, la Comisión Europea señalaba que (aptdo.94):

*“La forma de pago “por diferencias” de los CTC tecnológicos asegura que **no podrá abonarse cada año a cada empresa una cantidad superior al valor de los costes hundidos correspondientes a dicha empresa en dicho año**, tal y como evaluados por las autoridades españolas según el método descrito en el apartado 30”<sup>7</sup>.*

49. Y también se daba importancia a lo siguiente (aptdo. 93):

*“El régimen prevé reducir la suma de los CTC tecnológicos percibidos por la sociedad vendedora en una cantidad igual a la diferencia entre el precio de venta y el valor inicialmente calculado por las autoridades españolas”.*

50. Y más importante aún, a los efectos que nos ocupan (aptdo.98):

*“El pago de las ayudas tiene en cuenta la evolución del precio de mercado de la electricidad. Si dicho precio es superior a 6 pesetas por kWh, la suma de las ayudas para cada empresa beneficiaria **se disminuye ex post de los beneficios que resulten de la diferencia entre este precio y el precio objetivo de 6 pesetas por kWh**. Esta disminución puede llegar hasta la anulación de las ayudas. Por el contrario, las ayudas no se aumentarán ex post si el precio de mercado de la*

---

<sup>7</sup> De hecho, la Comisión Europea encargó un Informe a la consultora OXERA sobre el modo de cálculo y las hipótesis técnicas de los CTC españoles

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

*electricidad disminuye por debajo de 6 pesetas por kWh.”*

51. En otras palabras, **si España no hubiera previsto un mecanismo de corrección ex post para adaptar la retribución por los CTC a la evolución del precio de mercado, es muy probable que la Comisión Europea no hubiera calificado la medida de compatible con el mercado interior.**
  
52. Pues bien, como ya se ha explicado, el sistema español de los CTC terminó finalmente generando una sobrecompensación, porque **los mecanismos de corrección de los CTC ex post no funcionaron correctamente.** Ello se explica porque el precio medio de la electricidad fue durante muchos de los años durante los cuales se devengaron los CTC superior al precio previsto en los cálculos iniciales, lo que ocasionó una retribución que superaba la necesaria para amortizar la instalación y obtener un beneficio industrial razonable. El problema viene del hecho de que, por razones que se desconocen, **no se exigió devolución alguna por parte del Reino de España.**
  
53. El resultado de esta decisión implica que el Reino de España ha compensado en concepto de CTC a ciertas empresas eléctricas por una cuantía que **va más allá de lo necesario para compensar los costes no recuperables por el conjunto de instalaciones de generación existentes en el momento de entrada en vigor de la Ley del Sector Eléctrico de 1997 y que no puede estar justificada por el objetivo de facilitar el desarrollo de determinadas actividades.** Lo único que esa sobrecompensación genera es una ventaja competitiva para determinadas empresas, que obtienen una compensación por

#### Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

costes no recuperables cuantiosamente superior a lo estimado por el Reino de España en los estudios que realizó.

54. En definitiva, al sobrecompensar a determinadas instalaciones mediante el mecanismo de los CTC, el Reino de España ha otorgado ayudas de estado incompatibles con el Derecho Europeo y en concreto con el artículo 107 TFUE, que no tienen causa de justificación alguna.

#### 4) Sobre la recuperación de la ayuda

55. Una vez demostrado que España ha otorgado ayudas de Estado incompatibles, procede analizar si corresponde que la Comisión ordene al Reino de España que inicie los trámites para obtener la recuperación de la ayuda.
56. A estos efectos, resultan relevantes los artículos 14 y 15 del Reglamento 659/1999, del Consejo, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del TFUE.
57. Según se desprende de dicho articulado, al adoptar una decisión de ayuda de estado ilegal e incompatible, la Comisión ordenará también que el Estado miembro recupere las ayudas. Habiéndose demostrado en los apartados anteriores que estamos ante una ayuda de estado incompatible, quedaría ahora por ver si procede decidir que se ordene la devolución, para lo que se deben cumplir dos requisitos: (1) que la exigencia de la devolución no sea contraria a un principio general del Derecho Europeo; (2) que el plazo de que dispone la Comisión Europea para exigir de la devolución no haya prescrito.

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

58. Por lo que se refiere a la primera, no plantea especiales problemas en el presente caso, ya que la sobrecompensación constituye un **cobro de lo indebido o unas ganancias inmerecidas**, tal como afirma la propia Abogacía del Estado (Documento 1, páginas 7 y ss.). Por lo tanto, **no cabe invocar el principio de confianza legítima o el de seguridad jurídica**, en un caso en el que **se han obtenido cantidades que no correspondía cobrar** (véase a estos efectos la Opinión de la Abogada General Kokott en el asunto *Iberdrola y otros*, EU:C:2013:191, aptdo. 99). Las empresas afectadas conocían la cuantía que les tocaba cobrar, y por lo tanto, podrían perfectamente asumir que esas cantidades les serían exigidas, más aún a la vista del mencionado informe de la Abogacía del Estado y del hecho de que encargaran contra informes para discutir la legalidad de la exigencia de la devolución (que no la sobrecompensación en sí misma).
59. Tampoco cabría argumentar que ya ha prescrito el plazo nacional para exigir la ayuda de estado. Procede recordar, a estos efectos, lo afirmado por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la UE, en su sentencia *Lucchini SpA*, EU:C:2007:34, aptdos. 62-63:

*"(...) la apreciación de la compatibilidad de medidas de ayuda o de un régimen de ayudas con el mercado común es competencia exclusiva de la Comisión, que actúa bajo el control del juez comunitario. Esta regla se impone en el ordenamiento jurídico interno a consecuencia del principio de la primacía del Derecho comunitario. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones formuladas que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una disposición de Derecho nacional que*

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

pretende consagrar el principio de autoridad de la cosa juzgada, como el artículo 2909 del Código Civil italiano, **cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario,** y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una decisión firme de la Comisión."

60. En cuanto al plazo europeo de prescripción, el Reglamento 659/1999 establece un **plazo de 10 años**, que "se contará a partir de la fecha en que se haya concedido la ayuda ilegal al beneficiario". Pues bien, en el presente caso, la ayuda no se confiere a partir del momento en que temporalmente se obtiene una sobrecompensación, sino **desde el momento en que esa sobrecompensación no es exigida a las compañías beneficiarias**, y por lo tanto "se consolida". A estos efectos, cabe entender que la ayuda se confiere desde el momento en que el Estado renuncia a exigir la devolución a esas compañías, hecho que se produce el día 23 de junio de 2010, cuatro años después de la publicación del Real Decreto-ley 7/2006. Por lo tanto, la Comisión Europea podría iniciar un procedimiento para constatar la ilegalidad de la ayuda e iniciar los trámites tendentes a ordenar su devolución hasta el 22 de junio de 2020. En definitiva, no puede considerarse que el periodo de recuperación de la ayuda haya prescrito.
61. Pero es que además, a lo largo de todos estos años, la Comisión ha realizado actuaciones encaminadas a esclarecer lo sucedido con los CTC en España, que constituyen a todas luces una **interrupción del plazo de prescripción**. Así, por ejemplo, en el marco el Expediente de Ayuda Estatal N 530/2009 - España: Plan de Viabilidad para la empresa ELCOGAS, la Comisión Europea realizó a España una serie de

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

preguntas, a las que esta parte no ha tenido acceso, pero que según la CNE (DOCUMENTO 5):

*“se refieren no solo a ELCOGAS, sino a todas y cada una de las empresas con derecho a la percepción de los costes de Transición a la Competencia (CTC’s); estas cuestiones versan sobre los saldos iniciales de CTC’s, las posibles modificaciones de los porcentajes de CTC’s que se produjeron al establecerse un plan de viabilidad de ELCOGAS, las cantidades percibidas en concepto de asignación general y específica, y el exceso de precio sobre las 6 Ptas/kWh.”*

62. Por todo ello, queda acreditado que la competencia de la Comisión Europea para ordenar la restitución de la ayuda incompatible aún no ha expirado, y que no existen principios generales del Derecho que impidan tal recuperación.

## Conclusión

63. En virtud de todo lo expuesto, se solicita a la Comisión Europea que inicie los trámites pertinentes para declarar la sobrecompensación por los CTC como una ayuda de estado ilegal e incompatible y que proceda a exigir a España que ordene su devolución.

**Fundamento Segundo: el mecanismo de los CTC permite una retribución post-CTC que constituye una ayuda de estado ilegal y no justificada**

**1) Introducción**

64. Además de sobre compensar por los CTC a ciertas compañías y de no exigir la devolución de estas cuantías, el sistema de los CTC puesto en marcha en España incurre en una asimetría incompatible con el Derecho Europeo de ayudas de estado.
65. Esto es así, porque el sistema español de los CTC, si bien autorizado por la Comisión Europea en su redacción de la Ley 54/1997 y del Real Decreto 2017/1997, ha sido aplicado de forma que se garantiza la amortización económica del conjunto de las centrales existentes a la entrada en vigor de la mencionada Ley 54/1997, pero **no se establece mecanismo alguno de compensación a favor de los consumidores** si, con posterioridad a la citada amortización, éstas siguen vendiendo energía en el mercado.
66. En aras de ilustrar con mayor claridad el argumento, se propone el siguiente ejemplo. Imagínese una instalación X para la que se prevé una compensación total (mercado + CTC) de 100 unidades monetarias. Según las previsiones de precio del mercado, se estableció que 80 unidades monetarias serían cubiertas vía mercado y 20 vía CTC. No obstante, como el precio de mercado fue más alto de lo esperado entre 1997 y 2006, la planta obtuvo 90 unidades monetarias vía mercado, más las 20 de los CTC. Por ello, se hace necesario exigir la devolución de 10 unidades monetarias de los CTC, para que la retribución total continúe siendo de 100. En la primera infracción denunciada, ya se vio que esa sobrecompensación

#### Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

no había sido exigida por el Gobierno, constituyendo una ayuda de estado ilegal e incompatible.

67. Pero lo que en este apartado se denuncia implica dar un paso más, y considerar que el mercado, con posterioridad a la derogación de los CTC, hubiera permitido obtener, a esa misma instalación, pongamos, 50 unidades monetarias de margen extraordinario debido a que ya no tiene imputación de amortización de la inversión inicial. En ese caso, sería necesario que esa instalación tuviera que devolver 50 unidades monetarias por mercado (fundamento 2º de la denuncia) y 20 por CTC (fundamento 1º), para que el mecanismo de los CTC fuera simétrico. Al ser una actividad que ha gozado de una garantía de recuperación de la inversión que no tienen las centrales (básicamente ciclos combinados de gas) construidas con posterioridad a 1998, **su retribución durante toda su vida útil debería estar regulada, al igual que sucede con las energías renovables**, por ejemplo. Sin embargo, lo que ha sucedido con la aplicación del sistema de los CTC en España es que se ha garantizado a las centrales la recuperación de la inversión y luego se las ha dejado participar en el mercado como si fueran nuevas y existiera libertad de entrada en las tecnologías de generación utilizadas: típicamente tecnologías hidroeléctrica y nuclear.

68. Piénsese, además, en los efectos que esto tiene para la libre competencia: una empresa titular de una nueva central de gas y que, a su vez, es titular de centrales beneficiarias de CTC, puede competir deslealmente con otra empresa que solo disponga de una central del primer tipo, aunque la estructura de costes de ésta sea exactamente igual a los de la nueva central de la primera: ambas empresas recibirán el precio marginal del mercado pero la primera tendrá un margen

### Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

mucho mayor. Podría incluso darse el caso de que el precio marginal fuera insuficiente para recuperar la inversión en las nuevas centrales y la primera empresa obtuviera globalmente beneficios mientras que la segunda se viera abocada al cierre por pérdidas.

69. Además, el mecanismo español de los CTC ha previsto un periodo máximo durante el cual pueden obtenerse los CTC, pero no un periodo máximo de cara a computar los ingresos totales que ha obtenido cada instalación. Siguiendo con el ejemplo anterior, el sistema de los CTC en España garantiza a la instalación X que entre 1997 y 2010 obtendrá 100 unidades monetarias y así podrá compensar sus costes más un beneficio industrial, pero no tiene en cuenta que una vez llegado el año 2010, esa planta puede seguir funcionando a mercado y obteniendo ingresos adicionales muy por encima de los costes operativos, incrementando enormemente la rentabilidad del proyecto. Esto implica que, al realizar la valoración de los CTC que correspondería cobrar a cada instalación, **no se ha tenido en cuenta la rentabilidad que se obtendrá durante toda la vida útil del proyecto**, sino sólo la que se percibirá hasta el 31 de diciembre de 2010. A ello hay que añadir que los CTC fueron cobrados en su totalidad por las empresas beneficiarias ya en el año 2005 y que posteriormente la retribución del conjunto de centrales que sirvieron de cálculo de la cuantía de CTC acreditados por cada empresa propietaria de parte de ese conjunto, se ha situado por encima de 36 EUR/MWh hasta 2010 y muy por encima de los costes remanentes que el conjunto puede acreditar a partir de 2010: costes de combustible, de mantenimiento y otros menores.

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

70. Esta distorsión de la competencia fue advertida al Gobierno en numerosas ocasiones por parte de la Comisión Nacional de la Energía. Así, por ejemplo, en su Informe de 20 de mayo de 2008 sobre las tarifas para la segunda mitad del año 2008 (DOCUMENTO 9), la CNE señalaba:

*"El pasado 13 de mayo el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía (CNE) remitió al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (MITYC), en cumplimiento del mandato establecido en la Disposición adicional séptima del Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, por el que se ajustan las tarifas a partir del 1 de julio de 2007, el "Informe x/2008 sobre la propuesta de revisión de la tarifa eléctrica a partir del 1 de julio de 2008".*

*En la CONCLUSIÓN TERCERA del mencionado informe, la CNE muestra su preocupación en relación con los **altos precios del mercado de la electricidad** que, impulsados por el alza de los precios de los combustibles en los mercados internacionales, están poniendo de manifiesto una importante y sostenida divergencia con los costes de generación.*

*Los cambios producidos en el modelo regulatorio retributivo que nace con la Ley del Sector Eléctrico de 1997, han desconfigurado su coherencia interna y disminuido su capacidad para revelar los costes de generación. En particular, la aparición de los costes de los derechos de emisión de CO<sub>2</sub> y la cancelación en 2006 de la regulación de los CTC's, que garantizaba a las empresas generadoras la recuperación de los costes de las inversiones realizadas al amparo de la regulación derogada con la LSE, y a los consumidores la contención de los precios de la electricidad en caso de elevación de los precios de los combustibles fósiles, ponen de manifiesto, como se explicará más adelante, la apertura de una importante brecha entre los precios que determina el mercado para la generación de la electricidad y los costes de generar esa misma electricidad.*

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

La **principal responsabilidad** de esta brecha entre precios y costes del mix energético **recae en la generación de las centrales nucleares e hidroeléctricas cuyos costes son ajenos a los precios de los combustibles fósiles** y a los costes de las emisiones de CO<sub>2</sub> y **que se benefician**, sin embargo, **de los altos precios de los mercados que sólo alcanzan a revelar los costes marginales térmicos** (Fuel-Oil, Gas Natural y Carbón).

**Esta posición de ventaja de las tecnologías nuclear e hidroeléctrica** que les suministra, con el actual diseño de mercado, una alta retribución, **no es una posición o ventaja competitiva que pueda ser legitimada por los mercados**. La moratoria nuclear y el agotamiento (en términos significativos) de las posibilidades de desarrollo del parque hidroeléctrico, determinan la **inexistencia de libertad de entrada en estos segmentos tecnológicos** y con ello la **imposibilidad de que exista, de hecho, competencia real entre tecnologías y que nuevos entrantes puedan disputar los beneficios observados** (...) La cuestión, en términos cuantitativos, no es baladí: **ambas tecnologías aportan en conjunto, aproximadamente, el 40 % de la electricidad generada en España.**"

71. La ausencia de mecanismos de corrección (*gain-share*) de los ingresos durante el periodo post-CTC por parte del Real Decreto-ley 7/2006 supone que las instalaciones beneficiarias de los CTC estarían obteniendo una sobrecompensación contraria a la normativa europea de ayudas de estado.

### 2) Existencia de una ayuda de estado

72. En la sección 1) del Fundamento de Derecho Primero ha quedado acreditado que los CTC constituyen una intervención del Estado mediante fondos estatales. Tampoco cabe duda de que

#### Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

los CTC españoles afectan a los intercambios comerciales entre Estados miembros y pueden falsear la competencia.

73. Por lo que al criterio de favorecer a determinadas empresas o producciones se refiere, procede señalar que el sistema de los CTC no cumple con las exigencias de los criterios Altmark (EU:C:2003:415), al no establecer mecanismos de prevención de la sobrecompensación.
74. A estos efectos, resulta relevante tener en cuenta el caso del "Contrato por diferencia" establecido en el Reino Unido respecto de la central nuclear Hinkley Point C, y que constituye un instrumento muy similar a los CTC. En su Carta 2014/C 69/06 en el procedimiento de ayuda estatal SA.34947, Contrato de inversión para la nueva central nuclear de Hinkley Point C, la Comisión Europea señalaba (aptdos.137 y 138):

*"nothing in the Investment Contract seems to ensure that the compensation would be limited to that level of profit over the lifetime of the project. Depending on the evolution of wholesale electricity prices in the post-CfD period, NNBG's profits might be substantially higher than those resulting from the negotiated rate of return.*

*The Commission notes in this respect that while the Investment Contract will last for 35 years and should in principle cap NNBG's revenues to a certain level, **this leaves 25 years of operational life where NNBG will be receiving revenues corresponding to the price which it is able to earn from the market, without any correction**. It is impossible to forecast what levels of revenues, and hence of profits, NNBG will be able*

#### Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

*to make based on the HPC project as a whole, including the CfD and post CfD period. As a result, the CfD, should it be considered as a SGEI compensation mechanism, does not ensure that the compensation will not exceed a reasonable rate of return."*

75. Y en el párrafo 140 añade:

*"The terms of the Investment Contract communicated to the Commission do not contain a **correction mechanism that would take account of the effect of developments after the end of the CfD** in order to ensure that no overcompensation has taken place overall."*

76. Por ello, mediante dicha carta, la Comisión Europea decidió un procedimiento del artículo 108.2 del TFUE, para examinar en mayor detalle la medida relacionada con la central de Hinkley Point C.

77. Finalmente, en una Decisión de 08.10.2014, la Comisión aceptó la ayuda a la central nuclear de Hinkley Point, una vez se hubo previsto un mecanismo de corrección a partir del momento en que la central fuera amortizada, incluyendo el periodo post-sistema de apoyo (a partir del año 35). Así, en la Nota de prensa de 8 de octubre de 2014, IP/14/1093, se afirma que:

*"After the Commission's intervention the gains generated by the project will be better shared with UK consumers: as soon as the operator's overall profits (return on equity) exceed the rate estimated at the time of the decision, **any gain will be shared with the public entity granting the public support**; in addition,*

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

*the decision defines a second, higher threshold above which the public entity will obtain more than half of the gains. These **gains will be shared with UK consumers by a decrease in the price paid by the public entity to the operator** (the so-called "strike price"). An increase in the profit rate of only one percentage point, for example, will generate savings of more than GBP 1.2 billion (about €1.5 billion). This gain-share mechanism will be in place not only for the 35-year support duration as initially envisaged, but at the request of the Commission **for the entire lifetime of the project, namely 60 years.** Moreover, if the construction costs turn out to be lower than expected, the gains will also be shared.*

78. En definitiva, cabe concluir que los CTC, y la decisión de no establecer mecanismos de corrección para toda la vida útil de las instalaciones beneficiarias, constituye una intervención mediante fondos estatales que confiere una ventaja a ciertas empresas, que afecta a los intercambios comerciales y que amenaza con falsear la competencia.

### 3) Justificación

79. La interpretación seguida por el Reino de España del artículo 14 del Real Decreto 2017/1997 respecto de la cuantía máxima a percibir en concepto de CTC y la regulación establecida para el periodo post-CTC por el Real Decreto-ley 7/2006, hace que los CTC constituyan una ayuda de estado que no puede estar justificada.

80. El no establecimiento de mecanismos de limitación de ingresos en el periodo post-CTC no obedece a ninguna de las

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

razones previstas en el derecho primario para hacer que una ayuda estatal pueda ser compatible con el mercado interior. En concreto, no puede considerarse que se sea una medida destinada a facilitar el desarrollo de determinadas actividades, pues se trata en este caso de una retribución que está siendo obtenida por unas instalaciones que ya están amortizadas y que no es necesario, por tanto, desarrollar, una vez alcanzado el periodo post-CTC. Pero es que además, incluso si se aceptara esa finalidad, la medida no sería proporcionada, ya que al no tener en cuenta los ingresos a percibir durante toda la vida útil de la instalación se está permitiendo que se produzca una sobrecompensación, que implica que la ayuda va más allá de lo necesario a los efectos del artículo 107.3.c TFUE.

81. La regulación post-CTC, una vez que las instalaciones han sido amortizadas, debería únicamente asegurar unos ingresos que cubran los costes de operación más un beneficio industrial razonable, con el objetivo de que esas instalaciones puedan seguir produciendo energía eléctrica. Si no se establece esa limitación, se generarán *windfall profits* para un conjunto instalaciones a cuya amortización económica han contribuido todos los consumidores, y que sin embargo, una vez recuperadas las inversiones, no contribuyen a una reducción del precio para esos consumidores.
82. Esos *windfall profits* han sido también reconocidos por la Comisión Europea, en su Informe de 2012, Evaluación del programa nacional de reforma y del programa de estabilidad de España para 2012, Bruselas, 30.5.2012, SWD(2012) 310 final, página 26:

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

*“Una competencia insuficiente en el sector energético ha contribuido, al menos en parte, a la constitución del déficit tarifario al favorecer una compensación excesiva de algunas infraestructuras, tales como centrales nucleares y grandes centrales hidroeléctricas, ya amortizadas, o al mantener la concesión de subvenciones ineficientes y perjudiciales para el medio ambiente a las minas de carbón. Estas medidas no se han traducido en menores precios, por lo que obstaculizan el crecimiento económico”*

83. En conclusión, resulta probado que la obtención de un exceso de ingresos a lo largo de la vida útil de ciertas instalaciones no atiende a razones que puedan justificar esa ayuda de estado, y por lo tanto, la ayuda mencionada no es compatible con las normas del mercado interior.

### 4) Recuperación de la ayuda

84. Esta parte desconoce la cuantía total a la que asciende la ayuda, por lo que solicita a la Comisión que inicie las actuaciones necesarias para su estimación. En todo caso, es fácil concluir que existen indicios de que tal sobrecompensación ha existido. Así, si se consideró que con un precio de 36,06 EUR/MWh esas instalaciones podrían estar plenamente amortizadas para el año 2010, y que finalmente lo estuvieron en el año 2006, resulta evidente que **con un precio del mercado superior a los 36,06 EUR/MWh durante los años 2006-2010 y superior a los costes de operación acreditables a partir del año 2010** (véase Anexo III a la presente denuncia), **esas instalaciones están obteniendo cuantiosos beneficios**, pues sus ingresos están muy por

### **Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea**

encima de sus costes operativos, en especial en el caso de las centrales nucleares e hidráulicas.

85. La regulación del periodo post-CTC debería haberse establecido en 2006, momento en el que se constató mediante el Real Decreto-ley 7/2006 que, a pesar de estar económicamente amortizadas, la mayoría de las centrales afectadas estaban en condiciones de seguir produciendo energía. Por ello, no puede considerarse que hayan transcurrido aún 10 años desde que fue concedida la ayuda, por lo que la Comisión Europea aún es competente para declarar ilegal e incompatible la ayuda de estado a la que se ha aludido. Además, esos ingresos de mercado por falta de mecanismos de corrección siguen aún obteniéndose, ya que la mayoría de las centrales beneficiarias de los CTC se encuentran aún operativas.
86. Finalmente, en la medida en que, una vez más, estamos ante ganancias inmerecidas, o en palabras de la Comisión, una "compensación excesiva", no resulta posible invocar el principio de confianza legítima por parte de los beneficiarios de la ayuda de Estado ilegal e incompatible a efectos de la recuperación.

### **Conclusión**

87. Tal como se ha expuesto, el establecimiento de un sistema de compensación de los CTC que no tiene en cuenta el periodo de vida útil post-CTC de la instalación, constituye una ayuda de estado ilegal e incompatible y procede ordenar la devolución de la misma.

Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

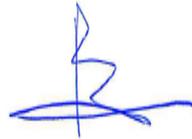
V. **EPILOGO**

Por favor, no duden en ponerse en contacto con nosotros para cualquier información o aclaración que pudiera necesitar la Comisión y su servicio jurídico.

Atentamente,



Piet Holtrop  
Abogado



Daniel Pérez  
Abogado

## Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

### VI. **ANEXOS:**

#### **ANEXO I: Listado de Documentación que se adjunta**

**Documento 1:** Informe del Abogado del Estado, don Joaquín de Fuentes Bardají, de 5 de marzo de 2008

**Documento 2:** Nota explicativa de la Orden por la que se establece el procedimiento para la liquidación definitiva de los Costes de Transición a la Competencia en el sector eléctrico

**Documento 3:** Orden por la que se establece el procedimiento para la liquidación definitiva de los Costes de Transición a la Competencia en el sector eléctrico (borrador)

**Documento 4:** Informe del Abogado del Estado, don José Ramón Mourenza Díaz, de 7 de junio de 2012

**Documento 5:** Contestación a la pregunta número 14 de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, a través de la remisión debidamente cumplimentados de los cuadros de los Anexos I y II adjuntos a la misma (Solicitud realizada por el Subdirector General de Energía Eléctrica de la DGPEM), de 2 de diciembre de 2009, Comisión Nacional de la Energía

**Documento 6:** Informe de la CNE en el que se analiza la incidencia del Real Decreto-Ley 7/2006 en los costes de transición a la competencia y su afectación a las distintas liquidaciones que están pendientes", de 19 de octubre de 2006

**Documento 7:** Informe de la Comisión Nacional de la Energía, Estimación CTC's tecnológicos, 23 de febrero de 2007

**Documento 8:** Informe 33/2009 de la CNE sobre la propuesta de Orden Ministerial por la que se revisan las tarifas de acceso eléctricas a partir del día 1 de enero de 2010 (páginas 3-4 especialmente)

**Documento 9:** Informe de la Comisión Nacional de la Energía, de 20 de mayo de 2008, sobre la propuesta de revisión de la tarifa eléctrica a partir de 1 de julio de 2008

Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

**ANEXO II. Listado de legislación española citada**

[Real Decreto 1538/1987](#), de 11 de diciembre, por el que se determina la tarifa eléctrica de las empresas gestoras del servicio

[Ley 40/1994](#), de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional

[Ley 54/1997](#), de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico

[Real Decreto 2017/1997](#), de 26 de diciembre, por el que se 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

[Ley 50/1998](#), de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

[Real Decreto-ley 2/2001](#), de 2 de febrero, por el que se modifica la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 54/1997 y determinados artículos de la Ley 16/1989

[Real Decreto-ley 7/2006](#), de 23 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el sector energético

Denuncia ante la Comisión europea por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

**ANEXO III. Precio medio anual de la casación del mercado diario en España (Datos de OMIE, sistema Mibel)**

<b>AÑO</b>	<b>EUR/MWh</b>
1998	25,06
1999	25,94
2000	30,57
2001	30,13
2002	37,40
2003	28,96
2004	27,94
2005	53,68
2006	50,53
2007	39,35
2008	64,43
2009	36,96
2010	37,01
2011	49,93
2012	47,23
2013	44,26
2014	42,13