



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

*Sentencia 66/2016, de 21 de enero de 2016
Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª)
Rec. n.º 515/2012*

SUMARIO:

Responsabilidad patrimonial de la Administración. Inexistencia. Instalaciones fotovoltaicas. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha decidido desestimar los recursos contenciosos-administrativos interpuestos por las empresas fotovoltaicas por las que se reclamaba del Estado por responsabilidad patrimonial por la modificación de su sistema retributivo en el año 2010. Responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de actos reglamentarios y legislativos, al modificar el régimen retributivo de las instalaciones fotovoltaicas imponiendo determinadas obligaciones técnicas, un peaje por el uso de la red de transporte y limitando la retribución mediante tarifa a determinadas horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones. Se considera que no cabe hablar de la causación de un daño antijurídico cuando nos encontramos ante unas instalaciones con una vida útil de 30 años, periodo temporal lo suficientemente extenso para compensar la limitación retributiva, habiéndose establecido, en definitiva un régimen especial con una rentabilidad del 8% anual, ventaja patrimonial que excluye que nos encontremos ante un daño antijurídico y real.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 86.1.
Ley 2/2011 (Economía Sostenible), disp. final cuadragésima cuarta.
RDL 14/2010 (medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico), disps. adic. primera y trans. primera.
RD 1565/2010 (regula y modifica determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial).

PONENTE:

Doña María del Pilar Teso Gamella.

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: CUARTA

S E N T E N C I A

Sentencia N.º: 66/ 2016

Fecha de Sentencia: 21/01/2016

REC.ORDINARIO(c/a) Recurso Núm.: 515 / 2012



www.civil-mercantil.com

Votación: 21/10/2015

Ponente: Excma. Sra. D^a. María del Pilar Teso Gamella

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. D^{ña}. María Josefa Oliver Sánchez

Escrito por: CGR

Nota:

Responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de actos reglamentarios y legislativos, al modificar el régimen retributivo de las instalaciones fotovoltaicas imponiendo determinadas obligaciones técnicas, un peaje por el uso de la red de transporte y limitando la retribución mediante tarifa a determinadas horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones.

No concurren los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, ni pueden calificarse como antijurídicas lo que no son sino cargas generales impuestas por las disposiciones reglamentarias o legales correspondientes.

La existencia de un daño indemnizable debe contemplarse en relación con la totalidad de la vida útil de las instalaciones (fijada en treinta años), siendo así que la prueba pericial practicada en las actuaciones ha puesto de manifiesto que la disminución de ingresos derivada de la limitación de la retribución a las horas equivalentes de funcionamiento ha sido compensada mediante disposiciones posteriores, lo que permite afirmar que la actividad de producción de electricidad a través de este régimen especial ofrece una rentabilidad razonable, que excluye que el daño sea real y antijurídico.

REC.ORDINARIO(c/a) Num.: 515/2012

Votación: 21/10/2015

Ponente Excma. Sra. D^a.: María del Pilar Teso Gamella

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. D^{ña}. María Josefa Oliver Sánchez

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: CUARTA

Excmos. Sres.: Presidente:

D. Segundo Menéndez Pérez

Magistrados:



www.civil-mercantil.com

D^a. María del Pilar Teso Gamella
D. José Luis Requero Ibáñez
D. Jesús Cudero Blas
D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Enero de dos mil dieciséis. Visto por la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo el recurso contencioso administrativo núm. 515/2012 interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Javier Hernández Berrocal, en nombre y representación de la sociedad "Francisco Parque Solar S.L.U.", contra el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 22 de marzo de 2013, por el que se desestiman las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por los daños y perjuicios causados a sus instalaciones de producción de electricidad procedente de energía solar fotovoltaica por la entrada en vigor del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, y de la Ley 2/2011, de 4 de marzo

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La representación procesal de la sociedad " Francisco Parque Solar S.L.U." interpuso ante esta Sala, recurso contencioso- administrativo contra la desestimación presunta de las peticiones que dirigió al Consejo de Ministros por los daños y perjuicios causados a sus instalaciones de producción de electricidad procedente de energía solar fotovoltaica por la entrada en vigor del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, y de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, recurso que fue posteriormente ampliado a la resolución expresa desestimatoria dictada por el Consejo de Ministros con fecha 22 de marzo de 2013.

Segundo.

En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, a través del escrito presentado en fecha de 15 de abril de 2013, en el que, después de alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideró aplicables, terminó suplicando "condene a la Administración demandada al pago de la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del cambio de régimen jurídico de las instalaciones solares fotovoltaicas a la suma total de CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CATORCE EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (49.314,72)"

Tercero.

De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado quien, en nombre y representación de la Administración demandada, contestó a la misma mediante escrito presentado el 25 de julio de 2013 en el que, tras los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, suplicó la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada.



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

Concluido el proceso, se señaló para la votación y fallo del recurso la audiencia del día 21 de octubre de 2014, dictándose providencia posterior, de 20 de noviembre de 2014, en la que, con suspensión del plazo para dictar sentencia, se acordó la práctica de diligencia final consistente en prueba pericial, que debería ser realizada conjuntamente por ingeniero industrial especialista en electricidad y por licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales, a efectos de determinar la rentabilidad de las instalaciones del recurrente en los distintos periodos de tiempo relacionados en aquella providencia.

Quinto.

Designados por insaculación los dos peritos, aceptado el cargo por éstos y efectuado el informe pericial, se ratificaron en el mismo, a presencia de actora y demandada, mediante acto público de 29 de junio de 2015 y se efectuaron por las partes las alegaciones a la prueba pericial en sesión pública de 1 de diciembre de 2015.

Sexto.

El estudio del presente recurso ha concluido en la sesión del 12 de enero de 2016, en la que se deliberó y votó el mismo con el resultado que ahora se expresa.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. María del Pilar Teso Gamella , Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 22 de marzo de 2013 por el que se desestiman las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que se solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios irrogados a sus instalaciones de producción de electricidad procedente de energía solar fotovoltaica por la entrada en vigor del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, y de la Ley 2/2011, de 4 de marzo.

El presupuesto esencial en el que se sustenta la reclamación es sustancialmente coincidente con el que ampara la pretensión de los recurrentes en los procedimientos seguidos ante esta misma Sección bajo los números 507/2012, 563/2012, 841/2012 y 627/2012, que han sido tramitados conjuntamente por la Sala desde el señalamiento acordado para el 14 de octubre de 2014 y respecto de los que se ha practicado la prueba pericial que, como diligencia final, fue acordada mediante providencia de 20 de noviembre de 2014. Se sostiene en tales recursos, en efecto, que el marco regulatorio aplicable a las instalaciones de producción de electricidad procedente de la energía solar fotovoltaica que determinó, en su momento, la decisión empresarial de promover, construir y explotar instalaciones de tal naturaleza fue modificado de manera imprevisible por posteriores normas reglamentarias o legales, provocando determinados daños (calificados como antijurídicos) que se concretan en una " pérdida del valor actual de las instalaciones " (recursos núms. 627/2012 y 841/2012), o en una " reducción o pérdida de su rentabilidad " (recurso núm. 507/2012), o en una " privación de los



www.civil-mercantil.com

derechos retributivos de la instalación, con reducción de su rentabilidad " (recurso núm. 515/2012) o, en fin, en una pérdida " del derecho de los productores a percibir una retribución incentivada durante toda la vida útil de su instalación " (recurso núm. 563/2012).

El enjuiciamiento de tales pretensiones exige, por tanto, describir con carácter previo la evolución del régimen jurídico de la producción de electricidad fotovoltaica desde que los recurrentes pusieron en funcionamiento sus diferentes instalaciones, habida cuenta que la responsabilidad patrimonial se imputa, en todos los casos, a las modificaciones normativas que han tenido lugar con posterioridad a aquel momento.

1. Desde la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, se han aprobado determinados y sucesivos incentivos de apoyo a la generación con energías renovables (el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración o el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial), hasta llegar, por lo que ahora interesa, al Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

2. En el artículo 24 de este último Real Decreto se ofrecía a los titulares de las instalaciones dos posibilidades de venta de la energía producida: bien ceder la electricidad al sistema a través de la red de transporte o distribución, percibiendo por ella una tarifa regulada, única para todos los períodos de programación, expresada en céntimos de euro por kilovatio-hora; o vender la electricidad libremente en el mercado, a través del sistema de ofertas gestionado por el operador de mercado, del sistema de contratación bilateral o a plazo o de una combinación de todos ellos. La tarifa retributiva regulada (consistente, según el artículo 25, " en una cantidad fija, única para todos los periodos de programación, y que se determina en función de la categoría, grupo y subgrupo al que pertenece la instalación " y aplicable a la totalidad de la energía eléctrica neta producida por la correspondiente instalación) se estableció inicialmente para la tecnología fotovoltaica en 44,0381 euros/kWh los primeros 25 años de vida útil de la instalación y a partir del año 26 y para el resto de vida útil de la misma en 35,2305 euros/kWh.

3. El régimen descrito es objeto de una primera modificación a través del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, del que cabe destacar: a) La supresión del derecho al cobro de la tarifa regulada a partir del año vigésimo sexto (plazo ampliado a veintiocho años y finalmente a treinta por la ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible) desde la inscripción de la instalación; b) La modificación del concepto de " modificación sustancial de una instalación preexistente ", exigiendo a los equipos generadores determinadas características técnicas que antes no se requerían; c) La exigencia a las instalaciones que formen parte de una agrupación de que se adscriban a un centro de control de generación y, además, que envíen " telemedidas " al operador del sistema; d) La elevación del alcance técnico del seguimiento de consignas de tensión.

4. El Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, modifica el régimen descrito de manera que, a tenor de su disposición adicional primera, las instalaciones solo tendrán derecho a percibir en cada año el régimen retributivo que tengan reconocido hasta alcanzar un número máximo de horas de funcionamiento: el número de horas equivalentes de referencia que se fija en el propio Real Decreto-ley en función de la zona solar climática donde se ubique



www.civil-mercantil.com

la instalación, y que se definen como el cociente entre la producción neta anual expresada en kilovatios/hora y la potencia nominal de la instalación expresada en kilovatios.

5. Y en la disposición transitoria primera del mencionado Real Decreto-ley se establece que " a partir de 1 de enero de 2011, y en tanto no se desarrollen reglamentariamente los peajes que deben satisfacer los productores de energía eléctrica, los transportistas y distribuidores aplicarán a los productores que estuvieren conectados a sus redes un peaje de acceso de 0,5 EUR/ MWh vertido en sus redes o los valores que fije el Ministro de Industria, Turismo y Comercio dentro de los límites que se establezcan en su caso por la normativa de la Unión Europea ".

6. Por último, la disposición final cuadragésima cuarta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, habilita al Gobierno para modificar, respecto de las instalaciones que no se encontraran en funcionamiento a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 14/2010, las horas equivalentes de referencia para adecuarlas a la evolución de la tecnología y amplía de veintiocho a treinta años el plazo de percepción de la tarifa regulada para las instalaciones del tipo de las que ahora nos ocupan.

Segundo.

Deben analizarse, en primer lugar, los reproches de inconstitucionalidad que se imputan al Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, en el recurso núm. 563/2012 por cuanto, de prosperar tal motivo de impugnación, la Sala se vería obligada a plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, lo que, evidentemente, afectaría a todos los recursos más arriba relacionados.

Se imputa, en efecto, a dicho Real Decreto-ley la vulneración del artículo 86.1 de la Constitución (por no aportarse justificación suficiente que permita apreciar la existencia de extraordinaria y urgente necesidad), así como la infracción de los principios constitucionales de seguridad jurídica e irretroactividad, del derecho de igualdad ante la ley, del derecho a la tutela judicial efectiva (pues se impide a los afectados la impugnación directa ante los Tribunales de Justicia) y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La primera objeción (la improcedencia de la utilización de la figura del Real Decreto-ley) ha sido ya abordada y resuelta por el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 96/2014, de 12 de junio, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1603/2011 , interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia contra la disposición adicional primera, la disposición transitoria segunda y la disposición final primera del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre , por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

En la indicada sentencia se rechaza la vulneración del artículo 86.1 de la Constitución por cuanto, según se expresa en su fundamento jurídico séptimo, " el Gobierno ha aportado una justificación suficiente, que permite apreciar la existencia de la situación habilitante requerida por el art. 86.1 CE , y que las medidas incluidas en dicho Real Decreto-ley guardan una clara conexión de sentido con respecto a la situación de urgencia económica definida por aquél, que resulta constatable a la luz de los datos que se reflejan tanto en la exposición de motivos como en el debate de convalidación del Real Decreto-ley impugnado ".

Tampoco entendemos que la modificación operada por el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, al limitar el derecho a percibir la tarifa primada a las horas equivalentes de referencia, vulnere el principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución , pues tal limitación no implica, a nuestro juicio, una retroactividad que incida en efectos jurídicos ya producidos o en derechos ya consolidados.



www.civil-mercantil.com

Se señala en la demanda del recurso núm. 563/2012 que la modificación efectuada por el Real Decreto-ley constituye " al menos" un supuesto de retroactividad impropia o de grado medio, que no puede ser aceptable " por su imprevisibilidad y la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, y por lo desproporcionado de la medida ".

Conviene recordar a estos efectos lo que ya ha declarado esta Sala en pronunciamientos anteriores (relativos también a la modificación del régimen normativo aplicable a las empresas de producción de electricidad procedente de energía solar fotovoltaica), en los que se afirma que " no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso " (sentencia de la Sección Tercera de 12 de abril de 2012, recaída en el recurso núm. 40/2011 , reiterada posteriormente en otras).

Y esto es lo que sucede con el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, como también acontecía con el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, al que se refiere la sentencia citada: el derecho a percibir el régimen retributivo que las instalaciones tuvieran reconocido exclusivamente " hasta alcanzar un número máximo de horas de funcionamiento " solo se proyecta hacia al futuro, sin alterar, modificar o corregir, en modo alguno, el régimen primado que, en atención a la totalidad de la energía neta producida, ya fue percibido por el titular de la instalación en atención a la normativa anteriormente vigente.

Otra cosa será que esa modificación (que desenvuelve sus efectos, insistimos, " hacia delante ") haya producido, por vulneración de los principios de seguridad y confianza legítima, un daño que los interesados no tengan obligación de soportar, cuestión que incide de lleno en el instituto de la responsabilidad patrimonial, que más adelante analizaremos, pero que no integra en absoluto la retroactividad prohibida que se postula. Por lo demás, no puede defenderse con éxito que esta nueva regulación conculque el derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de utilizarse un instrumento normativo (el Real Decreto-ley) que no puede ser impugnado directamente ante los Tribunales por quienes tengan la condición de interesados. Aunque este argumento está escasamente desarrollado en la demanda del recurso núm. 563/2012, basta para rechazarlo con reiterar que el Tribunal Constitucional no ha encontrado tacha u objeción algunas, desde el punto de vista de su ajuste con el artículo 86.1 de la Constitución , en el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, a lo que cabría añadir que difícilmente puede hablarse de vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando el propio recurrente ha tenido ocasión de postular la inconstitucionalidad de aquella norma con fuerza de ley - interesando el planteamiento de la correspondiente cuestión- con ocasión de la impugnación del acto denegatorio de su acción de resarcimiento.

Tampoco, por último, pueden ser atendidos los restantes reproches de inconstitucionalidad que se aducen. Así:

1. La supuesta " discriminación en sentido negativo de la producción de energía fotovoltaica en relación con el resto de producciones de régimen especial " hubiera necesitado demostrar que estas otras producciones constituyen un término válido de comparación en cuanto responden a situaciones fácticas y jurídicas idénticas. Sin embargo, como ya señaló la sentencia de la Sección Tercera de esta Sala de 11 de octubre de 2012 (recurso núm. 117/2011), en relación con una alegación similar respecto del Real Decreto 1565/2010, " cada una de las tecnologías de régimen especial presenta sus propios rasgos, tecnológicos y económicos, que justifican tratamientos diferenciados y no necesariamente homogéneos ", añadiendo que " no hay obligación de armonizar o parificar ni las tarifas u otros elementos



www.civil-mercantil.com

retributivos regulados ni los períodos de percepción de todos ellos, pues los diferentes grupos, subgrupos y categorías previstos en el artículo 2 del Real Decreto 661/2007 siempre han tenido sus propias particularidades en materia retributiva ".

2. El eventual criterio discriminatorio dispensado a los promotores como consecuencia de su " situación territorial " carece del más mínimo desarrollo argumentativo, pues ni siquiera se contiene alegación alguna en relación con la relevancia o irrelevancia de la ubicación geográfica de las distintas instalaciones o respecto de la presunta arbitrariedad en la determinación de las diferentes zonas climáticas. Las manifestaciones efectuadas respecto de la discriminación producida a una planta ubicada en la zona I respecto de otra situada en la zona V son puramente genéricas e inconcretas y, desde luego, no permiten a la Sala, con tan escasísima argumentación, efectuar un análisis sobre la supuesta quiebra del derecho a la igualdad.

3. Y en cuanto al carácter arbitrario de la " reducción de las retribuciones de los productores " por los " bandazos " en la regulación de la producción de energía de esta clase, o por la " imprevisión del Gobierno " y la " desproporción " de los efectos sobre los productores, nuevamente nos hallamos ante alegaciones puramente apodícticas, carentes de la más mínima justificación. Decir, en los términos propuestos en la demanda, que el Gobierno, al aprobar el discutido Real Decreto-ley, no perseguía otro propósito que el de perjudicar a los titulares de las instalaciones hubiera exigido correlativamente discutir, con unos mínimos razonamientos, la amplia argumentación contenida en el preámbulo de aquella norma, en el que se hace referencia expresa a la necesidad de acometer las " circunstancias sobrevenidas que han tenido una incidencia directa sobre la previsión de déficit tarifario del sistema eléctrico " y se señala que " teniendo en cuenta el ritmo de crecimiento de las instalaciones fotovoltaicas, y salvaguardando el principio de suficiencia de su retribución, por la especial incidencia que los desvíos en las previsiones de generación de esta fuente energética producen en el déficit tarifario, se establece con carácter general la posibilidad de limitar las horas equivalentes de funcionamiento con derecho al régimen económico primado que tengan reconocido". Ninguna crítica se efectúa en la demanda formulada en el recurso núm. 563/2012, en el apartado relativo a la supuesta infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad, a la justificación ofrecida por el Gobierno en aquel preámbulo. En cualquier caso, la " imprevisión " denunciada, los " bandazos " regulatorios o la " desproporción " de los efectos de los cambios legales son cuestiones que se incardinan de lleno en lo que constituye la pretensión esencial del demandante, que no es otra que la eventual responsabilidad patrimonial en que habría incurrido la Administración al irrogar los perjuicios que se aducen como consecuencia de la modificación del sistema regulatorio, pretensión que será analizada más adelante, abordando detalladamente aquellas cuestiones.

Tercero.

La parte actora en el presente procedimiento y, en términos sustancialmente idénticos, las demandantes en el recurso núm. 627/2012, responsabilizan a ciertos aspectos del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, de determinados perjuicios económicos que, a su juicio, han de reputarse antijurídicos en cuanto han exigido a los titulares de las instalaciones unos " desembolsos adicionales " que no eran en modo alguno previsibles a tenor de la normativa aplicable cuando obtuvieron su inscripción definitiva en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial.

Se refieren los actores a las obligaciones técnicas establecidas en aquella disposición reglamentaria, constituidas, fundamentalmente, por la necesidad de modificar la instalación para que cumpla con los requisitos de respuesta frente a huecos de tensión, por la obligatoria



www.civil-mercantil.com

incorporación de equipos de telemedida en tiempo real o que permitan recibir instrucciones del operador del sistema a través de un centro de control de generación o por la exigible adecuación de los equipos para el seguimiento de consignas de tensión.

Según se afirma en el escrito rector de aquellos dos procedimientos, tales medidas han sido sobrevenidamente impuestas a todas las instalaciones (incluidas las que ya estaban en funcionamiento), siendo así que nada hacía prever, cuando tuvo lugar la inscripción en el Registro, que las mismas fueran exigidas con posterioridad. Además, se penaliza su incumplimiento con la pérdida del derecho a percibir el incentivo y, sobre todo, no han sido compensadas con medida alguna para paliar los negativos efectos económicos producidos, concretados en las obras y en las adaptaciones de los equipos necesarias para cumplir con las obligaciones técnicas impuestas.

Sobre la conformidad o disconformidad a Derecho del establecimiento de estas nuevas exigencias técnicas se ha pronunciado ya esta Sala (Sección Tercera) en la sentencia de 19 de junio de 2011 (recurso núm. 62/2011), en cuyo fundamento jurídico sexto se señala lo siguiente:

"Aun cuando las características que han de reunir las plantas de producción de energía eléctrica mediante la utilización de tecnología solar fotovoltaica podrían, en teoría, sujetarse a menores exigencias si se consideraran aquéllas de modo individual, cuando la potencia acumulada por su expansión alcanza un determinado nivel a escala nacional es lógico que se prevean e impongan, tanto para las futuras como para las ya existentes, unos requisitos técnicos que, prudentemente, aseguren y faciliten la mejor gestión técnica del sistema eléctrico peninsular.

En este sentido, las modificaciones que introduce el ahora impugnado respecto del Real Decreto 661/2007 (esto es, las obligaciones de que las instalaciones o agrupaciones de instalaciones con potencia superior a 10 MW se adscriban a un centro de control; las que dispongan de una potencia instalada mayor a 1 MW hayan de enviar tele-medidas al operador del sistema en tiempo real; y las de potencia superior a 2 MW deban cumplir lo dispuesto en el procedimiento de operación P.O. 12.3, sobre requisitos de respuesta frente a huecos de tensión) estos nuevos requerimientos, decimos, suponen exigencias meramente técnicas que, a tenor del resultado de las pruebas, no incurren en arbitrariedad ni irrazonabilidad, antes al contrario contribuyen a la mayor seguridad (ligada también a la mejora de la previsibilidad de la demanda que ha de calcular el gestor del sistema, en el caso de la telemedida) y a la mejor gestión del sistema eléctrico español (en particular, la sujeción al procedimiento operativo trata de evitar riesgos de caídas del sistema).

A partir de esta premisa, las implicaciones económicas de los nuevos requisitos suponen, en efecto, ciertos gastos -que no se ha demostrado sean muy significativos en el conjunto de la inversión- a los titulares de las plantas pero se trata de una consecuencia inherente a la propia actividad de generación de energía eléctrica para su incorporación, en las debidas condiciones técnicas, al sistema eléctrico en su conjunto (...). En fin, respecto de las diferencias de trato respecto de la energía eólica, en la página 10 de su primer escrito de conclusiones

- al criticar el informe de Red Eléctrica de España sobre los requisitos técnicos- la Asociación demandante afirma que "no es afortunada la equiparación de la energía eléctrica de origen eólico y de origen fotovoltaico". No puede, en buena lógica, reivindicar después que se parifiquen ambas a unos efectos sí y a otro no, según su propia conveniencia".

A los razonamientos expuestos cabría añadir, para rechazar la pretensión resarcitoria relacionada con los desembolsos necesarios para adaptar las instalaciones a aquellas exigencias técnicas, lo siguiente:

1. No parece defendible, en una actividad tan intensamente intervenida como la que nos ocupa y en la que los titulares de las instalaciones tienen reconocidos unos incentivos que les permiten vender la energía a un precio superior al de mercado, que pueda negarse a la Administración la potestad para imponer determinadas exigencias de carácter técnico para garantizar el correcto funcionamiento del sistema y facilitar su mejor gestión.

2. Ni siquiera se combate, propiamente, la razonabilidad o la necesidad de las obligaciones técnicas establecidas en el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre. Es suficientemente ilustrativo que en el fundamento de derecho decimosegundo de la demanda se afirme expresamente que " esta parte no está cuestionando la necesidad de nuevas obligaciones técnicas adicionales para garantizar la seguridad y buen funcionamiento del sistema ", alegación que entra en abierta contradicción, a nuestro juicio, con la calificación como daños o perjuicios antijurídicos de los gastos en que debieron incurrirse para cumplir con tales obligaciones.

3. Tampoco entendemos que pueda afirmarse que tales medidas ostenten la nota de imprevisibilidad que se defiende en las demandas, pues ello exigiría partir de un presupuesto de hecho que consideramos no concurrente: el de que la capacidad, los requisitos o los presupuestos técnicos de los que las distintas plantas industriales disponían cuando entraron en funcionamiento serían siempre suficientes para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema, con independencia de las nuevas necesidades que pudieran surgir en un mercado tan complejo como es el eléctrico. Nada había, en la regulación contenida en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que permitiera razonablemente pensar que las exigencias técnicas contenidas en esa disposición debieran permanecer inmutables, siempre y en cualquier circunstancia, para asegurar la eficacia, la seguridad o la adecuada gestión del sistema.

4. Nos hallamos, además, ante lo que cabe calificar como " cargas colectivas del sector " cuyo establecimiento no permite, según jurisprudencia reiterada, entender cumplido el requisito de la individualización del presunto daño o perjuicio producido. Y es que la modificación reglamentaria que nos ocupa -en el particular relativo a la imposición de las descritas exigencias técnicas- ha actuado con plena eficacia general sobre la totalidad del sector empresarial y económico que desarrolla su giro o tráfico empresarial en el ámbito de la producción de electricidad procedente de energías renovables. Estamos, en efecto, ante una " carga general ", toda vez que se impone a todas las empresas con el mismo objeto y que desarrollan su actividad en un sector sometido a intervención administrativa y que, además, ha sido calificada por esta Sala en la sentencia anteriormente mencionada como razonable y previsible.

En definitiva, debe rechazarse que el importe de los gastos efectuados para hacer frente a las citadas obligaciones técnicas constituya un daño antijurídico que deba ser indemnizado por la Administración.

Cuarto.

Se defiende también en la demanda -al igual que sucede en el recurso núm. 627/2012- que las modificaciones relativas al período máximo de aplicación de la tarifa regulada (supresión de la misma a partir del año vigésimo sexto en el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre y extensión posterior hasta los veintiocho años en el Real Decreto-ley 14/2010, de



www.civil-mercantil.com

23 de diciembre y hasta los treinta en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible) han provocado un daño que los interesados no tienen el deber jurídico de soportar y que se concretaría en la " pérdida de valor de las instalaciones fotovoltaicas ".

Recordemos que en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, se establecían para las instalaciones que únicamente utilicen la radiación solar como energía primaria mediante la tecnología fotovoltaica unas " tarifas reguladas" , expresadas en euros por kilovatios/hora, fijadas, en atención a su potencia, en una determinada suma durante los primeros veinticinco años y en otra distinta (e inferior en algo más de un 20%) " a partir de entonces ". En el artículo 1, apartado 10, del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre , se suprimen los valores de las tarifas reguladas a partir del año vigésimo sexto, plazo que se prolonga posteriormente a veintiocho y a treinta años en el Real Decreto-Ley 14/2010 y en la Ley 2/2011, respectivamente.

En la sentencia de este Tribunal (Sección Tercera) de 12 de abril de 2012 (dictada en el recurso núm. 40/2011) se abordó in extenso la legalidad de aquellas modificaciones, rechazando que las mismas infrinjan los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Se decía en dicha sentencia, por lo que ahora interesa, lo siguiente:

" (...) La limitación de la tarifa regulada o, en general, del régimen retributivo inicial con que había sido favorecido el conjunto del sector de energías renovables era previsible a la vista del curso de las ulteriores circunstancias, especialmente las económicas y técnicas, sobrevenidas después del año 2007, lo que basta para desvirtuar la apelación al principio de confianza legítima. No sólo era previsible sino que, como después afirmaría la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 14/2010, la necesidad de la introducción de ciertos cambios en el marco regulatorio, con consecuencias directas en el régimen retributivo, había sido asumida por el conjunto de los productores de energía eólica, termosolar y de cogeneración, esto es, por la mayor parte del sector de energías renovables, en cuanto contribución (y sacrificio de sus expectativas) razonable para 'mitigar los sobrecostes del sistema.

Si los operadores que actúan en régimen de libre mercado (organizado o por contratos bilaterales) habían visto reducidas sus retribuciones globales a causa de la caída de la demanda y la reducción de sus horas de funcionamiento, en especial los de ciertas centrales de generación, no había razones para que, de modo 'simétrico', los productores de régimen especial, favorecidos respecto de aquéllos en cuanto tenían asegurada la venta de la energía producida, a precio regulado, mediante su entrada preferente en el sistema, resultasen inmunes al cambio de circunstancias. En el año 2010 ésta fue, por lo demás, la tendencia generalizada en los países de la Unión Europea que contaban con sistemas públicos de apoyo a la tecnología fotovoltaica, obligados por las circunstancias a ajustar los incentivos para mitigar su incidencia en las respectivas economías.

(...) La previsibilidad, en concreto, de la limitación a 30 años del período de disfrute de la tarifa regulada para las instalaciones fotovoltaicas anteriores a septiembre de 2008 (que, por lo demás, ya hemos considerado implícita en la regulación originaria contenida en el Real Decreto 661/2007) era tanto más acentuada cuanto que ya se había fijado un período máximo de 25 años para las instalaciones fotovoltaicas posteriores a aquella fecha, por virtud del Real Decreto 1578/2008, antes citado. En él (artículo 11) se disponía que las instalaciones del grupo b.1.1 del artículo 2 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo (esto es, las instalaciones de tecnología fotovoltaica) que obtuvieran su inscripción definitiva en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial con posterioridad al 29 de septiembre de 2008 gozarían de la tarifa regulada durante 25 años.

Como con todo acierto destacaba el Consejo de Estado al emitir su informe preceptivo al proyecto del Real Decreto 1565/2010, esta dualidad de regímenes sobre unas instalaciones que a la postre son de la misma naturaleza y vierten la misma energía, con idéntico origen, a la



www.civil-mercantil.com

red eléctrica no deja de presentar inconvenientes. El Consejo de Estado, en efecto, llamaba la atención '[...] sobre otro aspecto en relación con la determinación de qué instalaciones deben soportar las consecuencias de la disminución de la retribución cuya necesidad se pone de manifiesto conforme se incrementan el número de instalaciones y se mejora la tecnología. Pues, a menudo, un entendimiento excesivamente rígido del principio de seguridad jurídica o una comprensión muy expansiva del principio de irretroactividad pudiera llevar a pensar que las consecuencias de tales ajustes deben recaer exclusivamente en las nuevas instalaciones frente a las ya establecidas y autorizadas, creando así situaciones con diferencias entre las instalaciones (en concreto, en las primas y tarifas a las que tienen derecho) que no siempre son fácilmente justificables'.

Pues bien, la desaparición de la tarifa regulada a partir del año 30 (lo que sigue implicando la subsistencia de un régimen temporal aún favorable para los recurrentes frente a los 25 años del resto de instalaciones fotovoltaicas ya dichas) podía calificarse de modificación normativa al menos previsible. La confianza legítima no padece por ello tanto menos cuanto que ni siquiera queda demostrado que la reducción de aquel período temporal implique que, en el momento de su plena efectividad (esto es, dentro de 30 años), los titulares de las instalaciones fotovoltaicas vayan a sufrir perjuicios reales. Bien pudiera darse el caso de que el precio de mercado de la energía eléctrica dentro de 30 años sea superior a la tarifa regulada -actualizada- que fijó en el año 2007 el Real Decreto 661/2007 y que el Real Decreto 1565/2010 continúa manteniendo, en cuya hipótesis (y no se puede sino hacer conjeturas sobre qué sucederá en el sector energético dentro de 30 años) aquellos productores, facultados como están para vender su energía en el mercado o por medio de contratos bilaterales, ningún daño económico sufrirían. No se descarta, en efecto, que antes de aquella fecha la rentabilidad de la inversión en instalaciones fotovoltaicas pueda ser satisfecha de modo adecuado por el precio de mercado, en paridad con otros sistemas de generación de energía eléctrica ".

Presupuesto lo anterior, es evidente que la pretensión resarcitoria que se anuda a estas modificaciones no puede prosperar. Es claro, en primer lugar, que el daño que se aduce (se califique como "pérdida de valor de la instalación" o como "reducción de su rentabilidad") no ostenta en modo alguno las notas de actualidad y efectividad exigidas para que prospere una acción de responsabilidad patrimonial como la que se ejercita en la demanda, pues es reiterada y conocida la jurisprudencia que señala que solo son indemnizables los daños reales y actuales, excluyéndose de esta forma los perjuicios futuros o simplemente hipotéticos.

Para acoger la tesis que sostienen los actores sería necesario efectuar un juicio de intenciones, puramente presuntivo (una verdadera "conjetura", en palabras de la sentencia parcialmente transcrita), en relación no solo con el precio de la energía dentro de treinta años, sino de las concretas circunstancias de las instalaciones que nos ocupan transcurrido tan extenso horizonte temporal. Y es que, como se sigue del régimen jurídico contenido en aquellas disposiciones, el operador no ha sido privado de su derecho a vender la energía que produzca después de aquella fecha límite; podrá hacerlo en el mercado, sin que, desde luego, dispongamos ahora de dato alguno que nos permita aventurar que la tarifa regulada dentro de esos treinta años vaya a seguir siendo tan extraordinariamente superior a ese precio de mercado que pueda obtenerse como la actualmente vigente.

Y requeriría también partir de un supuesto que, a juicio de la Sala, no concurre (ni concurriría cuando esas mismas instalaciones iniciaron su funcionamiento): que el régimen jurídico establecido en el Real Decreto 661/2007 se prolongara indefinidamente y que lo hiciera, además, en idénticos términos que los que expresamente fueron previstos en aquel momento. No entendemos, en efecto, que el citado Real Decreto contemple un régimen tarifario para siempre, ni tampoco que el Gobierno, en el ejercicio de la potestad reglamentaria que ostenta, o que el legislador, en uso de su potestad legislativa, no puedan adaptar o

www.civil-mercantil.com

modificar ese régimen para acometer las nuevas circunstancias (económicas, productivas, tecnológicas o de cualquier otra índole) que pudieran producirse en tan dilatadísimo espacio de tiempo.

En definitiva, no solo no apreciamos (como ya señaló la Sección Tercera de esta Sala en la sentencia citada) que la modificación temporal que analizamos vulnere los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, sino que, desde el punto de vista del instituto de la responsabilidad patrimonial, no puede afirmarse en modo alguno que el daño que se aduce reúna las características de efectividad y actualidad que permitirían calificarlo como indemnizable.

Quinto.

De acuerdo con la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre y del Real Decreto 1544/2011, de 31 de octubre, todas las instalaciones de generación, tanto de régimen ordinario como de régimen especial, tienen la obligación de pagar un peaje de 0,5 euros/MWh por el acceso a la red de distribución en función de la energía vertida para cada punto de conexión, pago que puede efectuarse directamente a la distribuidora o transportista a la que estén conectados o a través de su representante.

En la primera de aquellas disposiciones se justificaba la imposición de este peaje en los siguientes términos: " Dado que las instalaciones de generación, especialmente las de régimen especial, han experimentado un crecimiento significativo, se ha producido un incremento de las inversiones en las redes de transporte y distribución de energía eléctrica para poder evacuar la energía que vierten a las mismas. En el contexto actual de crisis y deficiencia tarifaria, queda justificado que los generadores contribuyan mediante el pago de peajes a los costes imputables a las inversiones que requieren, fijándose, en tanto no se desarrollen reglamentariamente los peajes que deben satisfacer los productores de energía eléctrica, los transportistas y distribuidores, un peaje de acceso de 0,5 EUR/MWh tomando como referencia el marco establecido al respecto por la normativa vigente de la Unión Europea " .

Consideran los recurrentes que el establecimiento de este peaje, inexistente en el régimen vigente cuando sus instalaciones entraron en funcionamiento, provoca un daño efectivo que no tienen el deber jurídico de soportar. Pero en ninguno de los recursos que la Sala ha deliberado conjuntamente se cuestiona la fundamentación ofrecida al respecto por el Real Decreto-ley citado o la motivación que lucen los acuerdos del Consejo de Ministros impugnados cuando hacen referencia a la necesidad, derivada de la introducción de la generación no gestionable, de sobredimensionar las infraestructuras de transporte para llevar la energía de un punto a otro y al acusado desarrollo de las redes que ha resultado imprescindible, circunstancias que hacen " necesario y equitativo que todos los generadores contribuyan mediante el pago de peajes a los costes imputables a las inversiones que requieren " .

Resulta esencial tener en cuenta, además, que el Reglamento (UE) 838/2010, de la Comisión, de 23 de septiembre de 2010 (publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea del día siguiente) establece que las tarifas de transporte medias anuales pagadas por los productores en cada Estado miembro se situarán, por lo que hace a nuestro país, " entre los 0 y los 0,5 EUR/MWh " , siendo así que el peaje previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre , respeta dicho rango.

Como sucedía con las obligaciones técnicas impuestas por el Real Decreto 1565/2010, nos hallamos aquí, nuevamente, ante cargas generales impuestas con plena eficacia sobre la totalidad del sector empresarial y económico que desarrolla su actividad en el ámbito que nos



www.civil-mercantil.com

ocupa, justificadas en los términos más arriba expuestos y cuya razonabilidad no ha sido, en puridad, discutida por la parte actora.

Por esa razón, difícilmente puede prosperar una acción resarcitoria amparada exclusivamente en la inexistencia de este peaje cuando las instalaciones obtuvieron su inscripción en el Registro público correspondiente. La alegación incide nuevamente en el mismo error al que ya hicimos referencia, consistente en la creencia de que el régimen establecido en su momento (todo él) permanecería inmutable, petrificado para los poderes con capacidad normativa, cualesquiera que fueran las circunstancias que pudieran sobrevenir en el futuro. Resulta, además, particularmente relevante la falta de crítica a la justificación ofrecida por el legislador al establecimiento de esta tarifa, o a la cuantía fijada, sobre todo si se tiene en cuenta que existe una norma del Derecho de la Unión Europea, publicada con anterioridad a la vigencia del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, en la que se recoge un peaje a los productores de la naturaleza del que nos ocupa y que se fija en un porcentaje que ha sido respetado por esta última disposición legal.

Sexto.

En todos los recursos que han sido deliberados conjuntamente por la Sala se señala por los demandantes que el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, al limitar el derecho a la retribución incentivada a las horas equivalentes de funcionamiento, ha alterado de manera absolutamente imprevisible las "reglas de juego" (recursos núms. 627/2012 y 841/2012), eliminando "la base de la rentabilidad de las instalaciones" (recursos núms. 507/2012 y 515/2012) mediante un "cambio sorpresivo de forma retroactiva que defraudó la confianza legítima de los afectados" (recurso núm. 563/2012).

Tales alegaciones se fundamentarían, resumidamente, en las siguientes proposiciones:

1. Desde que las instalaciones fueron inscritas en el Registro correspondiente, sus titulares adquirieron el derecho (previsto incondicionadamente en la normativa entonces vigente) a percibir una "tarifa regulada" por la totalidad de la energía neta producida.

2. Esa retribución incentivada estaba establecida, de manera asimismo incondicionada a tenor del Real Decreto 661/2007, en una suma fija, expresada en céntimos de euro por kilovatio-hora, durante los veinticinco primeros años de vida útil de la instalación y en otra cantidad, también fija aunque inferior a la anterior, a partir del año vigésimo sexto.

3. No estaba prevista la alteración de la expresada retribución pues, a tenor del artículo 44.3 del citado Real Decreto, las revisiones de la tarifa regulada y de los límites superior e inferior no podrían afectar a instalaciones en funcionamiento en el momento de la revisión.

4. Los interesados promovieron, construyeron y explotaron sus instalaciones en la confianza legítima de que la normativa entonces vigente les aseguraba un régimen retributivo como el descrito, pues ningún precepto legal o reglamentario permitía prever que tal régimen pudiera ser alterado con la brusca, inopinada y sorpresiva limitación contenida en el Real Decreto-ley 14/2010 (que ya no retribuye la totalidad de la energía neta producida, sino solo la correspondiente a las horas equivalentes de funcionamiento en atención a la potencia instalada y a la zona solar climática donde se ubique la instalación).

5. Este nuevo régimen tarifario altera radicalmente la relación jurídica preexistente (que vincula al productor de energía mediante tecnología fotovoltaica con la Administración que previamente incentivó esa actividad), sin que haya sido objeto de compensación, irrogando al productor un daño que ha de calificarse como antijurídico al vulnerarse palmariamente la situación de confianza que habían depositado los inversores en este tipo de instalaciones.



www.civil-mercantil.com

6. Ese daño estaría constituido por la drástica reducción de la rentabilidad de las correspondientes instalaciones, a la que ni siquiera puede calificarse desde la modificación como razonable, o por la pérdida de valor de la instalación misma (recursos núms. 627/2012 y 841/2012).

Séptimo.

Tanto la Administración, a través del acuerdo del Consejo de Ministros que se impugna, como su representante procesal, en el escrito de contestación a la demanda, rechazan que concurren los presupuestos necesarios para que prospere una acción de responsabilidad patrimonial por entender, sustancialmente, (i) que los titulares de las instalaciones, según jurisprudencia reiterada, no tienen un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado su régimen económico y (ii) que las nuevas medidas mantienen una rentabilidad razonable de este tipo de instalaciones.

Se señala, en efecto, que la limitación de horas equivalentes en función de las zonas climáticas a que alude el Real Decreto-ley estaba ya prevista en el Código Técnico de Edificación aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, y es, además, concorde con el Plan de Energías Renovables 2005-2010, añadiendo que la limitación se refiere a las horas con derecho a la retribución incentivada, no al funcionamiento de la instalación, que puede siempre percibir el precio de mercado durante el resto de horas.

Además, siempre según la Administración demandada, la limitación ha de entenderse compensada en la medida en que el legislador ha garantizado adecuadamente la razonabilidad de la retribución al prolongar a treinta años los valores aplicables a los primeros veinticinco años, añadiendo que, en todo caso, la rentabilidad de estas instalaciones sigue siendo extraordinariamente razonable, tras aquellas modificaciones, como señaló el Instituto para la Diversificación y el Ahorro de la Energía (IDAE) en el informe elaborado en el recurso núm. 64/2011, seguido ante la Sección Tercera de esta Sala.

Octavo.

Cuando esta misma Sala (Sección Tercera) analizó la legalidad de las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre (desde las dos sentencias de 12 de abril de 2012, dictadas en los recursos núms. 35/2011 y 40/2011, reiteradas después en otros pronunciamientos), sentó, en relación con el sistema de tarifa regulada previamente recogido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, determinados principios básicos que no pueden desconocerse, a nuestro juicio, a la hora de resolver la procedencia de la acción de responsabilidad patrimonial que ahora se ejercita. Tales principios son los siguientes:

1. La introducción de la tarifa regulada como mecanismo incentivador de las inversiones no es sino una más de las medidas de fomento auspiciadas por los poderes públicos en el marco de su política favorable a las instalaciones fotovoltaicas, que no puede desligarse de otras de signo análogo como la prioridad en el acceso y la preferencia para participar en el mercado de la energía eléctrica, las subvenciones directas o indirectas a las instalaciones correspondientes, un eventual régimen tributario más beneficioso o las facilidades para la obtención de créditos y otras similares.

2. Los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial " no tienen un 'derecho inmodificable' a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, cuando ellos mismos han optado por no acudir al mercado (posibilidad que siempre les queda abierta) sino beneficiarse de un



www.civil-mercantil.com

sistema público de fijación de aquéllas ", de manera que " la práctica eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a la tarifaregulada, sin competir en precios con el resto de agentes en el mercado, es de suyo una ventaja sobre los operadores del sector eléctrico sujetos a las vicisitudes de la libre competencia, ventaja cuyo reverso lo constituye precisamente, entre otras, la posibilidad de alteración de las medidas administrativas ante cambios de las circunstancias ulteriores".

3. Los agentes u operadores privados que renuncian al mercado, aunque lo hagan más o menos inducidos por una retribución generosa que les ofrece el marco regulatorio, sin la contrapartida de la asunción de riesgos significativos, " sabían o debían saber que dicho marco regulatorio, de carácter público, aprobado en un determinado momento, del mismo modo que era coherente con las condiciones del escenario económico entonces vigente y con las previsiones de demanda eléctrica realizadas entonces, no podía ulteriormente ser ajeno a las modificaciones relevantes de los datos económicos de base, ante las cuales es lógica la reacción de los poderes públicos para acompañarlo a las nuevas circunstancias ".

4. El régimen económico administrativamente fijado trata de fomentar la utilización de energías renovables incorporando medidas incentivadoras que descansa en una serie de presupuestos implícitos que cualquier operador del mercado diligente -o que hubiera acudido a un asesoramiento previo de calidad- no podía desconocer; y uno de esos condicionamientos implícitos es que " las medidas de fomento (en este caso, la percepción de una muy favorable tarifa regulada) no pueden considerarse 'perpetuas' o ilimitadas en el tiempo" , pues " no es razonable pensar que el Real Decreto 661/2007 garantizase la percepción de la tarifa regulada durante un período infinito, esto es, sin límite temporal alguno ".

5. Es lógico que la variación de la estimación de los objetivos de potencia eléctrica derivada de fuentes de energías renovables (incluidas las instalaciones fotovoltaicas) precisada en el Plan de Energías Renovables 2005-2010, las modificaciones tecnológicas aparecidas o los cambios significativos del panorama económico con consecuencias inmediatas para el equilibrio del sistema obliguen a revisar los parámetros iniciales determinantes, en magnitudes o en tiempo de disfrute, del cálculo de la tarifa regulada, de suerte que " el Gobierno, que fija inicialmente los estímulos o incentivos con cargo a toda la sociedad (pues son en definitiva los consumidores quienes los satisfacen), puede posteriormente, ante las nuevas circunstancias, establecer ajustes o correcciones de modo que la asunción pública de los costes se atempere hasta niveles que, respetando unos mínimos de rentabilidad para las inversiones ya hechas, moderen las retribuciones finales ".

Estas declaraciones, con las que coincidimos en su integridad, permiten extraer una primera e importante consecuencia: los titulares de las instalaciones fotovoltaicas que obtuvieron su inscripción al amparo del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, no adquirieron, ni incorporaron a su patrimonio, un derecho, perfecto e ilimitado, a percibir una " tarifa regulada " por la totalidad de la energía neta producida durante toda la vida de esa instalación en los términos que entonces establecía aquella disposición reglamentaria. No lo hicieron sencillamente porque no tenían un "derecho inmodificable" a que se mantuviera inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, pues era previsible, en los términos señalados por este Tribunal, que ese mismo régimen se modificara para atemperarlo a las circunstancias tecnológicas, económicas y de toda índole que pudieran producirse.

Esa posibilidad de variación del sistema, expresamente admitida por la Sala en las citadas sentencias en cuanto a la imposición de nuevas exigencias técnicas o en relación con el período máximo en que se aplicaría el régimen primado, entendemos que es también admisible respecto del alcance y extensión de la propia tarifa regulada. La previsión del Real Decreto de 2007 de que esa tarifa retribuyera la totalidad de la energía neta producida no



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

puede considerarse, en efecto, como una medida permanente e inmodificable, constitutiva, como se defiende, de un verdadero derecho adquirido por los titulares de las instalaciones fotovoltaicas.

Desde luego que ese carácter supuestamente inmodificable ex post facto no se desprende, sin más, de la circunstancia de que en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, se hiciera referencia al importe de la tarifa primada, para toda la energía neta producida, durante los veinticinco primeros años de actividad de la instalación y a la suma a la que ascendería esa misma tarifa a partir de entonces. Ni siquiera ese presunto mantenimiento, para siempre y ante cualesquiera circunstancias o eventualidades, se sigue indefectiblemente de lo dispuesto en el artículo 44.3 del Real Decreto citado, pues tal precepto no solo puede válidamente ser modificado por otro posterior con rango suficiente, sino que la tarifa no ha sido rebajada en cuanto a su cuantía en la nueva regulación, sino que se ha limitado su aplicación en relación con las horas equivalentes de referencia, concepto, por cierto, que ya estaba presente y era conocido desde la aprobación del Plan de Energías Renovables 2005-2010.

A lo anterior debe añadirse que la regulación contenida en el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, no impide a los interesados, desde luego, que la producción energética que supere aquellas horas de referencia pueda ser vendida en el mercado libre, siendo así que, como ya se dijo, ni siquiera disponemos de datos fiables que permitan afirmar que la correlación entre la retribución incentivada y la que pueda obtenerse mediante su venta libre en el mercado vaya a mantenerse en el futuro en los términos actualmente vigentes.

En definitiva, no compartimos el presupuesto en que se asientan todas las reclamaciones que se analizan, pues, insistimos, la forma, la cuantía, la extensión y la duración de los incentivos reconocidos a las instalaciones fotovoltaicas no pueden quedar petrificadas con aquella regulación inicial, sino que son susceptibles de las correspondientes adaptaciones a las nuevas circunstancias concurrentes, concretamente al desarrollo tecnológico y al nuevo escenario económico que ha incidido de lleno en las previsiones de demanda eléctrica que se tuvieron en cuenta originariamente, sin olvidar el conocido como "déficit tarifario", incrementado exponencialmente en los últimos años debido en parte a que los costes reales de las actividades reguladas y del propio funcionamiento del sistema eléctrico no pueden ser absorbidos por los peajes fijados por la Administración y que son satisfechos finalmente por los consumidores.

Lo que sí debe garantizarse por los poderes públicos, porque esa sí es una exigencia explicitada sin ambages por la legislación, es que las instalaciones ofrezcan a sus titulares una "rentabilidad razonable", concepto ya contemplado expresamente en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico (bajo la expresión "tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales" utilizada en su artículo 30), y concretado aún más en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, cuya disposición adicional primera establece que esa rentabilidad, para las instalaciones con derecho al régimen primado como las que ahora nos ocupan, "girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del presente real decreto-ley de las Obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos".

Entendemos, por tanto, que el daño irrogado a los titulares de las instalaciones por la limitación (a las horas equivalentes de funcionamiento) de la energía con derecho a la tarifa regulada solo podrá calificarse como antijurídico (y, como tal, indemnizable) si esa modificación ha determinado que tales instalaciones no sean razonablemente rentables.

Y ello pese al esfuerzo de alguno de los recurrentes por convencer a la Sala de la necesidad de prescindir de ese parámetro (el de la rentabilidad razonable) y reducir el debate



www.civil-mercantil.com

sobre la antijuridicidad del perjuicio a la comparación entre el beneficio obtenido con el régimen primado establecido en el Real Decreto de 2007 (abono mediante tarifa regulada de toda la energía neta producida) y el alcanzado tras la vigencia del Real Decreto-ley de 2010 (percepción de esa misma tarifa solo en atención a los horas equivalentes de referencia), pues para acoger dicha tesis deberíamos partir de un presupuesto (la intangibilidad del sistema establecido en el año 2007, con el consiguiente mantenimiento para siempre de una tarifa fija para toda la energía neta producida) que, como hemos razonado, no concurre en absoluto en aquella regulación.

A lo anterior cabría hacer dos matizaciones más.

La primera, que consideramos necesario determinar cuál sea el impacto del régimen previsto en el Real Decreto-ley 14/2010, desde el punto de vista de la rentabilidad de las correspondientes instalaciones, no solo respecto del período 2011 a 2013, al que se contraen las demandas, sino durante los treinta años a los que, en el sistema derivado de la ley de economía sostenible y normas posteriores, se extiende el derecho a la tarifa primada. Entendemos, en efecto, que la foto fija a la que se contraen las pretensiones de los recurrentes no resulta representativa de la rentabilidad ofrecida por cada una de las actividades: las instalaciones

-obvio es decirlo- se pusieron en funcionamiento con voluntad de prolongarse más allá de aquel período, por lo que parece razonable que sus beneficios deban contemplarse en la totalidad del horizonte temporal que el ordenamiento vigente tiene previsto, a lo que debe añadirse que esa más amplia determinación de su rentabilidad es la que resulta coherente con el fundamento de la acción de los actores, pues éstos sostienen con insistencia que el régimen primado derivado del Real Decreto de 2007 se garantizaba, a su juicio, durante toda la vida útil de la instalación, sin posibilidad de modificaciones o alteraciones en cuanto a los incentivos previstos.

La segunda, que es dudoso que pueda calificarse como daño efectivo la " pérdida de valor de las instalaciones " a la que se refieren los demandantes de los recursos núms. 627/2012 y 841/2012. Y es que dicho término (la pérdida de valor) no solo parece ir referido a la realización por el operador, en su momento, de una inversión simplemente especulativa, sino que parte de una pura e hipotética conjetura: la de que un tercero interesado en la adquisición de la instalación pagará menos por ella al comprobar que su rentabilidad ha decrecido en relación con la que obtenía en los comienzos de su puesta en funcionamiento. Pero es que, además, el cambio regulatorio no ha afectado al valor de las instalaciones , sino a la retribución obtenida por la venta de la electricidad. Dicho de otra forma, el valor relevante a los efectos de una hipotética transacción será el de la empresa o el negocio, que estará en función de parámetros diversos (su deuda o su gestión, entre otros), y no solo del precio de venta de sus productos. En cualquier caso, nada impide reconducir aquella calificación a lo que está en la base de la misma, que no es otra cosa que la apreciable merma en la rentabilidad que, a juicio de los recurrentes, habrían provocado las modificaciones descritas anteriormente.

Noveno.

Precisamente porque la determinación de la rentabilidad razonable de las instalaciones durante los treinta años a los que se prolonga el sistema de remuneración por tarifa constituía el verdadero nudo gordiano del debate, la Sala acordó, como diligencia final en todos los recursos que han sido deliberados conjuntamente, la práctica de prueba pericial para determinar el rendimiento de las instalaciones desde su puesta en funcionamiento, diferenciando los períodos concernidos (hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 14/2010, durante los años 2011 a 2013 y, previsiblemente, en los treinta años posteriores) y

concretando, además, la repercusión de la reducción de horas equivalentes de funcionamiento en esa misma rentabilidad.

De los dictámenes elaborados por los dos peritos (ingeniero industrial y economista) y del acto de ratificación, a presencia de la Sala y de los letrados de las partes, que tuvo lugar el 29 de junio de 2015 se desprende lo siguiente:

1. En la práctica totalidad de las instalaciones, su rendimiento se sitúa en el entorno del 8% anual durante los treinta años contemplados.

2. Aunque a corto plazo (en los años 2011, 2012 y 2013) se aprecia efectivamente una merma de los ingresos, ninguna de las instalaciones tiene un descenso apreciable de su rentabilidad si se contempla en la totalidad del período (minuto 10:26:40, en adelante, del acto de ratificación de la pericial).

3. Esa rentabilidad previsible se obtiene con independencia de la base contable de cada una de las empresas (financiación propia o ajena, titularidad o no del suelo, mayores o menores gastos de gestión, amortización más o menos acelerada) y permite obtener unos resultados uniformes, para cuya determinación los peritos han "sobrecargado" el coste de mantenimiento al objeto de poder efectuar la ampliación a treinta años de la actividad de las instalaciones (minuto 10:32 y siguientes de aquella ratificación).

4. A criterio de los profesionales que han emitido los informes, la solución adoptada por la normativa posterior al año 2013, constituida fundamentalmente por el Real Decreto 413/2014, de 16 de julio, es "francamente buena" (contestación a las preguntas de la Sala formuladas en el minuto 10:51:15 de aquel acto), pues "la rentabilidad supera el 8% en general tras las últimas medidas del Gobierno (...) al incluirse en las mismas los costes financieros" por cuanto "en el nuevo régimen se retorna lo que (las instalaciones) han perdido, modificando el sistema de pago y garantizando el abono de la inversión al contemplar los gastos financieros, de manera que prácticamente 'salva' cualquier posible pérdida" (minuto 11:08:05 en adelante).

5. No se pueden hacer "fotos fijas" (minuto 11:27), pues la instalación puede valer menos o ser más o menos rentable cuando se hace esa foto, pero es posible que al cabo de diez o más años se incremente ese valor o esa rentabilidad.

6. El beneficio de las instalaciones a las que se refiere el recurso núm. 627/2012 se sitúa, ciertamente, por debajo de aquel porcentaje (en torno a 300 puntos básicos menos). Pero ello no deriva del régimen legal (cuando la instalación entró en funcionamiento, en el período intermedio o con posterioridad), sino de los elevadísimos costes financieros de las instalaciones como consecuencia de la suscripción de un contrato financiero (un swap, para asegurar las fluctuaciones de los tipos de interés) cuya rentabilidad ha sido excepcionalmente perjudicial para el suscriptor (minuto 11:50 de la grabación del acto de ratificación), al punto de que llega a afirmarse por los peritos que era prácticamente imposible que la empresa -a tenor de aquellos costos- pudiera llegar a ser rentable.

Respecto de este último recurso procede efectuar determinadas aclaraciones. La Sala no pone en duda que la decisión de suscribir en el mercado un producto financiero de riesgo - como es el swap - sea legítima, como también lo es la de establecer para el gestor o propietario de la instalación una determinada retribución, más o menos elevada. Lo que no entendemos admisible, sin embargo, es que tales circunstancias resulten irrelevantes, como parece postularse por el letrado de la parte actora, a la hora de determinar los posibles beneficios de la actividad empresarial a tenor del marco regulatorio que estamos contemplando, pues es indudable que el rendimiento económico de la actividad empresarial estará también condicionado por unos costes financieros que, en el caso, han resultado considerablemente elevados a causa de lo que el propio letrado ha calificado, en el acto de ratificación de la prueba pericial, como "posible decisión empresarial desacertada". En otras



www.civil-mercantil.com

palabras, no resulta admisible imputar al marco regulatorio una disminución del beneficio de la actividad en la parte en la que esa merma es pura responsabilidad del promotor correspondiente y, por eso mismo, no cabe prescindir de esas específicas circunstancias a la hora de determinar el alcance de la rentabilidad durante la totalidad del horizonte temporal que contemplamos.

7. El dictamen pericial relativo al recurso núm. 841/2012 solo ha tenido en cuenta la situación de una instalación (AYPUNO), no de las otras dos a las que dicho recurso se contrae. Sin perjuicio de que la responsabilidad sobre la ausencia de esos dos dictámenes ha de imputarse a la propia parte actora (pues, como dijimos en el auto firme de

9 de octubre de 2015, dicha parte no suministró a los peritos los datos que éstos requirieron en su comparecencia de ratificación), es lo cierto que la rentabilidad ofrecida por la instalación respecto de la que se ha efectuado el informe, contemplada desde la perspectiva de los treinta años a la que nos referimos, se sitúa también en términos próximos a los más arriba mencionados (v. página 53 del dictamen, en la que se recogen unos porcentajes de rentabilidad del 6,90% hasta el 31 de diciembre de 2010, del 6,41% desde esa fecha hasta el 1 de enero de 2011 y del 7,32% a partir de esta última fecha).

Décimo.

Analizando, según las reglas de la sana crítica, los informes periciales a los que se ha hecho referencia, así como el resto del material probatorio del que se dispone podemos concluir que la pretensión ejercitada en el recurso no puede prosperar por la razón esencial de que el régimen jurídico que resulta de aplicación a las instalaciones que nos ocupan, contemplado en su conjunto y no solo en relación con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 14/2010 respecto de los años 2011, 2012 y 2013, no ha privado a las actividades desarrolladas de una rentabilidad razonable, único supuesto en el que, como señalamos en el fundamento de derecho octavo de esta sentencia, cabría hablar de antijuricidad.

Es cierto que los beneficios de todas estas instalaciones sufrieron una disminución en aquellos años (2011 a 2013) en relación con el período anterior y que esa reducción es consecuencia de la limitación de la retribución por tarifa a las horas equivalentes de funcionamiento. Pero ya hemos descartado, como también han sostenido los peritos en el acto de ratificación de sus dictámenes, que esa foto fija se constituya en el único elemento técnico y económico que debe contemplarse para analizar la pretensión de los demandantes.

Y lo que se sigue de esas completas y detalladas periciales es que aquellas mermas en la rentabilidad han sido compensadas (en terminología empleada por los propios autores de los dictámenes, como se sigue de sus manifestaciones en el minuto 11:00:40 y siguientes de su comparecencia de ratificación) por el régimen normativo derivado del Real Decreto 413/2014, de 16 de julio, y normas concordantes, que han ampliado a treinta años una garantía que asegura, al contemplar los gastos financieros, la rentabilidad a la que antes se ha hecho referencia, cuya cuantía solo puede ser calificada como efectivamente razonable.

Conviene, en todo caso, salir al paso de determinadas alegaciones (efectuadas por la parte actora en el recurso núm. 507/2012) según las cuales las instalaciones correspondientes fueron construidas para que prolongaran su vida útil exclusivamente durante veinticinco años, lo que determinaría que no pudieran beneficiarse de la extensión a treinta años establecida por la normativa que resulta de aplicación. Este argumento no permite alterar la conclusión expuesta por cuanto: a) Nada hay en el recurso que permita dar por acreditada tal afirmación, ni desde luego consta que las instalaciones correspondientes no puedan extender esa vida útil mediante los actos de reposición correspondientes; b) Aun aceptando dialécticamente tal aserto, lo cierto es que la reducción de la vida de la instalación a solo veinticinco años



www.civil-mercantil.com

constituiría una decisión empresarial que ni siquiera estaba condicionada por el régimen previsto en el Real Decreto de 2007, pues en el mismo se preveía también una tarifa para los años posteriores; c) Los peritos han afirmado que han contemplado, como un parámetro más para determinar la rentabilidad, los costes de mantenimiento y reposición, que se han tenido en cuenta como más gasto, y que, incluso, han "sobrecargado" el costo de mantenimiento para permitir la ampliación (minuto 10:32 y siguiente del acto de ratificación).

En resumen, si los operadores del sector no habían adquirido el derecho a obtener, para siempre, una determinada retribución por la producción de energía y si, fundamentalmente, el marco regulatorio que se sigue de las disposiciones más arriba señaladas no implica que la actividad empresarial correspondiente haya dejado de ser razonablemente rentable, forzoso será concluir que no cabe hablar, en puridad, de daño efectivo alguno y mucho menos podrá calificarse como antijurídico el perjuicio identificado en esos únicos años (2011, 2012 y 2013) a los que las partes contraen sus pretensiones resarcitorias.

Y si ello es así, esto es, si no puede hablarse de que las modificaciones normativas (tanto las reglamentarias, como las derivadas de la disposición con fuerza de ley analizada) hayan irrogado a los demandantes el daño efectivo y antijurídico que denuncian, es claro que no cabe apreciar la infracción de las normas del Derecho de la Unión Europea relativas a los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, pues no solo el sistema de tarifa previsto en el régimen del año 2007 no presentaba el carácter inalterable que se postula y era previsible su modificación, sino que, además, ni siquiera cabe identificar que concurra en las consecuencias de aquellas modificaciones el presupuesto esencial que debe sustentar una acción de responsabilidad patrimonial (el daño o perjuicio, efectivos y antijurídicos). Y por eso mismo, obvio es decirlo, tampoco cabe hablar de la confiscación de derechos a la que alguno de los recurrentes se refiere en su demanda.

Undécimo.

Procede, en atención a las razones expuestas, desestimar el recurso contencioso administrativo y declarar la conformidad a Derecho de la resolución recurrida.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de esta Jurisdicción no procede la imposición de costas al apreciarse por la Sala serias dudas de derecho en relación con la concurrencia de la totalidad de los requisitos necesarios para que prospere la acción de responsabilidad patrimonial instada, de manera que, como aquel precepto establece, actora y demandada deberán correr con las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, incluidos en éstas los honorarios de los peritos que efectuaron el dictamen ordenado por la Sala como diligencia final.

Por lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la sociedad "Francisco Parque Solar S.L.U.", contra el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 22 de marzo de 2013, por el que se desestiman las reclamaciones de



www.civil-mercantil.com

responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a sus instalaciones de producción de electricidad procedente de energía solar fotovoltaica por la entrada en vigor del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, y de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, declarando la mencionada resolución ajustada a Derecho, sin imposición de las costas procesales en los términos establecidos en el fundamento de derecho undécimo de esta sentencia.

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

Segundo Menéndez Pérez María del Pilar Teso Gamella
José Luis Requero Ibáñez Jesús Cudero Blas
Ángel Ramón Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D^a María del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.