



<http://civil-mercantil.com/>

TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Sentencia de 13 de enero de 2014

Rec. n.º 357/2012

SUMARIO:

Energía eléctrica fotovoltaica. Impugnación de nuevos peajes de acceso a las redes de distribución. Reducción de la tarifa regulatoria privada. *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. No puede, pues, 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. La apelación a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima ha de ser tratada no desde la óptica de los cambios que se produzcan sobre una sola de las medidas de fomento sino en relación con el conjunto de ellas, esto es, con el marco regulatorio jurídico-económico aprobado por las autoridades españolas en favor de este sector de las energías renovables. El análisis «reducido» o fragmentario no permitiría, entre otras cosas, tomar en la debida consideración las eventuales «compensaciones» que, en el seno de aquel conjunto de reglas favorables, pudieran haberse introducido mediante la ampliación de determinados componentes favorables a cambio de la reducción o limitación (en este caso, meramente temporal) de otros. 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 sistema público de fijación de aquellas. La práctica eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a la tarifa regulada, 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.*

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 9.3, 24, 31.3, 33.3, 86.1, 131.1 y 134.7.

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 27.3 y 51.2.



<http://civil-mercantil.com/>

RDL 14/2010 (corrección del déficit tarifario del sector eléctrico), art. 1, disps. adic. primera, trans. primera y segunda y final primera.

RD 661/2007 (producción de energía eléctrica en régimen especial), arts. 2, 21, 22 y 36.

RD 1565/2010 (producción de energía eléctrica en régimen especial), art. 1.10.

Orden ITC/3353/2010 (peajes de acceso y tarifas y primas de instalaciones del régimen especial en 2011), art. 7.3 y Anexo III.

Orden IET/3586/2011 (peajes de acceso y tarifas y primas de instalaciones del régimen especial en 2012), art. 7.4.

PONENTE:

Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Enero de dos mil catorce.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número 1/357/2012, interpuesto por el Procurador Don Guillermo García-San Miguel Hoover, en representación de las mercantiles SOLGRID 1, S.L.U., SOLGRID 2, S.L.U., SOLGRID 3, S.L.U., SOLGRID 4, S.L.U., SOLGRID 5, S.L.U., SOLGRID 6, S.L.U., SOLGRID 7, S.L.U., SOLGRID 8, S.L.U., SOLGRID 9, S.L.U., JOKITY GESTIÓN INMOBILIARIA, S.L.U., ALBEDO 39, S.L.U., PROMOJOKITY, S.L.U., ENERSUNTEC 2, S.L. e INVERSORA ENERGÉTICA VALENCIANA, S.L.U., con asistencia de Letrado, contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, la Orden ITC/619/2011, de 18 de marzo, por la que se corrigen errores de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, la Orden ITC/688/2011, de 30 de marzo, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2011 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, la Orden ITC/1068/2011, de 28 de abril, por la que se modifica la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, e IET/3586/2011, de 30 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial. Han sido partes demandadas la



<http://civil-mercantil.com/>

ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, y las entidades mercantiles ENDESA, S.L., representada por la Procuradora Doña María del Rosario Victoria Bolívar y OMI-POLO ESPAÑOL (OMIE), representada por el Procurador Don Eduardo Codes Pérez-Andújar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Procurador Don Guillermo García-San Miguel Hoover, en representación de las mercantiles SOLGRID 1, S.L.U., SOLGRID 2, S.L.U., SOLGRID 3, S.L.U., SOLGRID 4, S.L.U., SOLGRID 5, S.L.U., SOLGRID 6, S.L.U., SOLGRID 7, S.L.U., SOLGRID 8, S.L.U., SOLGRID 9, S.L.U., JOKITY GESTIÓN INMOBILIARIA, S.L.U., ALBEDO 39, S.L.U., PROMOJOKITY, S.L.U., ENERSUNTEC 2, S.L. e INVERSORA ENERGÉTICA VALENCIANA, S.L.U., interpuso con fecha 24 de febrero de 2011, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recurso contencioso-administrativo contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, ampliado a las Órdenes ITC/619/2011, de 18 de marzo, por la que se corrigen errores de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, la ITC/688/2011, de 30 de marzo, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2011 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, a la ITC/1068/2011, de 28 de abril, por la que se modifica la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, e IET/3586/2011, de 30 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

Segundo.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó Auto de fecha 7 de julio de 2011, en el que acuerda declararse incompetente para conocer del recurso y remitir las actuaciones a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Tercero.



<http://civil-mercantil.com/>

Recibidas las actuaciones en este Tribunal Supremo, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo dicta Auto de fecha 23 de febrero de 2012 , cuya parte dice literalmente:

« 1º.- Declarar la competencia de esta Sala para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Solgrid 1, S.L.U.", "Solgrid 2, S.L.U.", "Solgrid 3, S.L.U.", "Solgrid 4, S.L.U.", "Solgrid 5, S.L.U.", "Solgrid 6, S.L.U.", "Solgrid 7, S.L.U.", "Solgrid 8, S.L.U.", "Solgrid 9, S.L.U.", "Jokity Gestión Inmobiliaria, S.L.U.", "Albedo 39, S.L.U.", "Promojokity, S.L.U.", "Enersuntec 2, S.L." e "Inversora Energética Valenciana, S.L.U." contra la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

2º.- Remitir las presentes actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, para que continúe la tramitación ante la misma del citado recurso contencioso-administrativo.

3º.- Poner esta resolución en conocimiento de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y

4º.- Notificar la presente resolución a las partes personadas . » .

Cuarto.

Por providencia de 30 de mayo de 2012, se acuerda, de conformidad con lo solicitado por la representación procesal de los recurrentes, la ampliación del presente recurso a las Órdenes ITC/619/2011, de 18 de marzo, por la que se corrigen errores de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, ITC/688/2011, de 30 de marzo, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2011 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, ITC/1068/2011, de 28 de abril, por la que se modifica la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, e IET/3586/2011, de 30 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

Quinto.

En su escrito de demanda, presentado el 11 de febrero de 2013, la representación procesal de las mercantiles SOLGRID 1, S.L.U., SOLGRID 2, S.L.U., SOLGRID 3, S.L.U., SOLGRID 4, S.L.U., SOLGRID 5, S.L.U., SOLGRID 6, S.L.U., SOLGRID 7, S.L.U., SOLGRID 8, S.L.U., SOLGRID 9, S.L.U.,

<http://civil-mercantil.com/>

JOKITY GESTIÓN INMOBILIARIA, S.L.U., ALBEDO 39, S.L.U., PROMOJOKITY, S.L.U., ENERSUNTEC 2, S.L. e INVERSORA ENERGÉTICA VALENCIANA, S.L.U., recurrentes, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo con los documentos y copias que se acompañan, teniendo por interpuesto el RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO que se indica, y a mi por personado y parte en la representación que ostento, entendiéndome conmigo las sucesivas diligencias; tenga asimismo por formulada demanda, y previo planteamiento de las cuestiones prejudiciales de infracción de derecho comunitario y de infracción de la Constitución Española solicitadas por Otrosí de este escrito, dicte en su día SENTENCIA por la que, estimando el recurso interpuesto, haga los siguientes pronunciamientos:

- 1) Declare la nulidad de pleno derecho del Real Decreto 1565/2010 aquí impugnado, en particular de su artículo Primero, apartado Diez , en cuanto a la reducción que opera del plazo de retribución primada de la energía fotovoltaica en el caso de las instalaciones del tipo b.1.1.
- 2) Declare la nulidad de pleno derecho de los preceptos contenidos en las disposiciones aprobadas en desarrollo de la disposición, particularmente de la Orden ITC/3353/2010, de la Orden ITC/688/2011, de la Orden ITC/1068/2011, de la Orden IET/3586/2011, en cuanto a la traslación del régimen retributivo implantado por el Artículo 1, apartado Diez, del Real Decreto 1565/2010 , y por el artículo 1, apartados 4 y 5 , Disposición Adicional Primera, apartados 1 y 2 , Disposición Transitoria Primera y Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto-Ley 14/2010 , que se realiza en el artículo 7.3 y en el Anexo III, apartado 3, de la Orden originariamente impugnada; y declare nulos asimismo y sin efecto los actos administrativos dictados en su ejecución que afecten a las actoras del recurso o se concreten a las instalaciones de producción de energía fotovoltaica de las que son titulares.
- 3) Reconozca, como situación jurídica individualizada de las demandantes, su derecho a ser mantenida, en el caso de las señaladas instalaciones de producción de energía fotovoltaica de su titularidad, la retribución primada que les reconocía el artículo 36 del Real Decreto 661/2007 antes de la modificación instrumentada por el Real Decreto 1565/2010 ejecutado, y a su abono con cargo al sistema eléctrico, en los términos que derivan de la regulación que era antes aplicable.

Por Primer y Segundo Otrosí interesa se plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo a dictar su sentencia.

Por Tercer Otrosí, considera la cuantía de este recurso como indeterminada.



<http://civil-mercantil.com/>

Por Cuarto Otrosí interesa el recibimiento de los autos a prueba.

Por Quinto Otrosí solicita se sirva admitir la prueba propuesta y acordar su práctica.

Por Sexto Otrosí pide trámite de conclusiones. » .

Sexto.

El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito presentado el 19 de febrero de 2013, en el que tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito con su copia se sirva admitirlo, teniendo por contestada la demanda, dictándose sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas.

Por Otrosí solicita el recibimiento del recurso a prueba. » .

Séptimo.

Por Decreto de la Secretaria Judicial de 14 de mayo de 2013, se resolvió tener por caducado el trámite de contestación a la demanda a los codemandados OMI-POLO ESPAÑOL, S.A. (OMIE) y ENDESA, S.A., y considerar indeterminada la cuantía de este recurso contencioso-administrativo.

Octavo.

Por Auto de 21 de mayo de 2013, se acuerda recibir el proceso a prueba. Admitir y declarar pertinente la prueba pericial propuesta y, antes de acordar su práctica, dar traslado a la contraparte para que, en el plazo común de cinco días, conforme a lo dispuesto en el artículo 60.6 de la LJCA , solicite aclaraciones o alegue lo que estime oportuno. Asimismo, se acuerda que procede declarar pertinente la prueba propuesta por el Abogado del Estado, y reclamar a la Sección 4ª de esta Sala, testimonio de la prueba pericial evacuada por el IDAE en el recurso 1/62/2011, a los efectos del artículo 61.5 de la Ley Jurisdiccional , formándose las correspondientes piezas separadas de prueba con testimonio de dicho Auto.

Noveno.

Practicadas las pruebas propuestas y admitidas, por diligencia de ordenación de 3 de julio de 2013, se declara terminado y concluso el periodo de proposición y práctica de prueba concedido; unir a los autos las practicadas y, no estimándose necesaria la celebración de vista



<http://civil-mercantil.com/>

pública, se concede al representante procesal del actor el plazo de diez días para que presente escrito de conclusiones, lo que efectuó el Procurador Don Guillermo García-Sanmiguel Hoover, en escrito presentado el 4 de julio de 2013, en el que tras alegar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que por medio de este escrito se tengan por presentadas las conclusiones sucintas a que se refiere el artículo 64 de la vigente Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa LJCA y en su día se dicte Sentencia en los términos solicitados en el suplico del escrito de demanda formulado por nuestra parte. » .

Décimo.

Por diligencia de ordenación de 8 de julio de 2013, se otorga el plazo de diez días a la parte demandada para que presente sus conclusiones, lo que efectúa el Abogado del Estado por escrito presentado el 16 de julio de 2013, en el que tras manifestar lo que consideró oportuno, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito con su copia se sirva admitirlo, teniendo por formuladas conclusiones. » .

Undécimo.

Por diligencia de ordenación de 5 de septiembre de 2013, se tiene por caducado el trámite de conclusiones al resto de las partes que no han presentado escrito y se declaran concluidas las actuaciones, quedando pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

Duodécimo.

Por providencia de fecha 22 de octubre de 2013, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 8 de enero de 2014, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Sobre el objeto y el planteamiento del recurso contencioso-administrativo.*

El recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de las mercantiles SOLGRID 1, S.L.U., SOLGRID 2, S.L.U., SOLGRID 3, S.L.U., SOLGRID 4, S.L.U., SOLGRID 5, S.L.U., SOLGRID 6, S.L.U., SOLGRID 7, S.L.U., SOLGRID 8, S.L.U., SOLGRID 9,



<http://civil-mercantil.com/>

S.L.U., JOKITY GESTIÓN INMOBILIARIA, S.L.U., ALBEDO 39, S.L.U., PROMOJOKITY, S.L.U., ENERSUNTEC 2, S.L. e INVERSORA ENERGÉTICA VALENCIANA, S.L.U., tiene por objeto la pretensión de que se declare la nulidad de pleno derecho del artículo primero, apartado diez, 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, así como de los preceptos aprobados en aplicación de la referida disposición reglamentaria contenidos en la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial; en la Orden ITC/619/2011, de 18 de marzo, por la que se corrigen errores de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, en la Orden ITC/688/2011, de 30 de marzo, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2011 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, en la Orden ITC/1068/2011, de 28 de abril, por la que se modifica la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, y en la Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

Asimismo, se postula que se reconozca, respecto de las instalaciones de producción de energía eléctrica fotovoltaica de su titularidad, el derecho a ser mantenida en el cobro de la retribución primada que reconocía el artículo 36 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, antes de su modificación por el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, con cargo al sistema eléctrico.

En aras de una adecuada comprensión del objeto del recurso contencioso-administrativo, procede transcribir íntegramente el contenido de las disposiciones impugnadas y de las normas que inciden en la resolución de la controversia planteada:

El artículo primero del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, bajo la rúbrica «Modificación del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial», en el apartado diez, establece:

« Diez. En la tabla 3 del artículo 36, se suprimen los valores de las tarifas reguladas indicadas para las instalaciones de tipo b.1.1, a partir del año vigésimo sexto.» .

El artículo 7, apartado 3, de la Orden ITC 3353/2010, de 19 de noviembre, prescribe:

« 3. De acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1 y en la disposición transitoria décima del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo , por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, se procede a la actualización anual de las tarifas, primas y en su caso límites superior e inferior, para su aplicación a partir del 1 de enero de 2011, de las instalaciones de los subgrupos a.1.3 y a.1.4, del grupo a.2, de las instalaciones de la categoría b), de las instalaciones de la disposición transitoria décima y de las instalaciones de los grupos c.1, c.3 y c.4. En los apartados 1 a 4 el anexo III de esta orden figuran las tarifas, primas y en su caso límites superior e inferior, que se fijan para las citadas instalaciones . » .

El apartado 3 del Anexo III de la referida disposición, en relación con las tarifas, primas y límites para las instalaciones de la categoría b) del artículo 2 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo , de las instalaciones b.1.1, estipula:

Tarifa regulada Prima Límite Límite

Grupo Subgrupo Potencia Plazo c/kWh de referencia Superior Inferior

c/kWh c/kWh c/kWh

P < 100 kW primeros 28 años 47,5597

b.1.1 100 kW < P < 10 MW primeros 28 años 45,088

b.1 10<P<50 MW primeros 28 años 24,8138

primeros 25 años 29,0916 27,43,12

37,1483 27,4353

b.1.2 a partir de entonces 23,2731 21,9449

El artículo 7, apartado 4, de la Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre, prescribe:

« 4. De acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1 y en la disposición transitoria décima del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo , se procede a la actualización anual de las tarifas,

<http://civil-mercantil.com/>

primas y en su caso límites superior e inferior, para su aplicación a partir del 1 de enero de 2012, de las instalaciones de los subgrupos a.1.3 y a.1.4, del grupo a.2, de las instalaciones de la categoría b), de las instalaciones de la disposición transitoria décima y de las instalaciones de los grupos c.1, c.3 y c.4. En los apartados 1 a 4 del anexo IV de esta orden figuran las tarifas, primas y en su caso límites superior e inferior, que se fijan para las citadas instalaciones .».

El artículo 36 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo , en su versión original, disponía:

« Las tarifas y primas correspondientes a las instalaciones de la categoría b) será la contemplada en la tabla 3, siguiente.

Se contempla, para algunos subgrupos, una retribución diferente para los primeros años desde su puesta en servicio .».

El artículo 36 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo , tras las modificaciones referidas, en lo que concierne a la determinación de las tarifas y primas para instalaciones de la categoría b.1, estipula:

« Las tarifas y primas correspondientes a las instalaciones de la categoría b) será la contemplada en la tabla 3, siguiente.

Se contempla, para algunos subgrupos, una retribución diferente para los primeros años desde su puesta en servicio.

Grupo Subgrupo Potencia Plazo Tarifa Prima de Límite Límite

regulada referencia superior inferior

c/kWh c/kWh c/kWh c/kWh

b.1 b.1.1 P<100kW primeros 30 años 44,0381

100 kW primeros 30 años 41,7500

10 primeros 30 años 22,9764

La disposición final primera del Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre , procedió a la modificación del artículo 36 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo , en el siguiente sentido:

« Se modifica la tabla 3 del artículo 36 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo , por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, sustituyendo,

<http://civil-mercantil.com/>

para las instalaciones de tipo b.1.1, las referencias en el plazo a los primeros 25 años por los primeros 30 años . » .

La disposición adicional primera del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre , bajo la rúbrica «Limitación de las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas», prescribe:

« 1. Las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica tendrán derecho, en su caso, a percibir en cada año el régimen económico primado que tengan reconocido, hasta alcanzar el número de horas equivalentes de referencia, tomando como punto de inicio las 0 horas del 1 de enero de cada año.

2. Las horas equivalentes de referencia para estas instalaciones, en función de la zona solar climática donde se ubique la instalación, de acuerdo con la clasificación de zonas climáticas según la radiación solar media en España establecidas en el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, serán las siguientes:

Tecnología

Horas equivalentes de referencia/año

Zona I Zona II Zona III Zona IV Zona V

Instalación fija.

Instalación con seguimiento a 1 eje

Instalación con seguimiento a 2 ejes 1.232 1.362 1.492 1.632 1.753

1.602 1.770 1.940 2.122 2.279

1.664 1.838 2.015 2.204 2.367

A estos efectos se define el número de horas equivalentes de funcionamiento de una instalación de producción de energía eléctrica como el cociente entre la producción neta anual expresada en kWh y la potencia nominal de la instalación expresada en kW.

3. La Comisión Nacional de Energía aplicará la limitación de horas que se establece en esta disposición a las liquidaciones de primas correspondientes a las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica. Asimismo aplicará la limitación que se establece en la disposición transitoria segunda a las liquidaciones que se refieran a las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica acogidas al régimen económico establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo . Para

<http://civil-mercantil.com/>

ambos casos, podrá recabar la información que precise de los titulares de las instalaciones y de los órganos competentes para la autorización de las mismas.

4. Se habilita al Gobierno a modificar mediante real decreto lo dispuesto en el apartado 2, para adecuarlo a la evolución de la tecnología .».

La disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre , bajo la rúbrica «Limitación de las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas hasta el 31 de diciembre de 2013», establece:

« No obstante lo dispuesto en la disposición adicional primera, hasta el 31 de diciembre de 2013 las horas equivalentes de referencia para las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica acogidas al régimen económico establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo , por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, serán las siguientes:

Tecnología Horas equivalentes

de referencia/año

Instalación fija

Instalación con seguimiento a 1 eje

Instalación con seguimiento a 2 ejes 1.250

1.644

1.707

El artículo 1, apartados cuatro y cinco del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre , dispone:

« Cuatro. El párrafo f) del artículo 26.2 pasa a ser párrafo g) y el párrafo f) queda redactado de la siguiente forma:

«f) Contratar y abonar el peaje que corresponda, ya sea directamente o a través de su representante, a la empresa distribuidora o transportista a la que esté conectado por verter la energía a sus redes.»

Cinco. El párrafo e) del artículo 30.1 pasa a ser el párrafo f) y el párrafo e) queda redactado de la siguiente forma:



<http://civil-mercantil.com/>

«e) Contratar y abonar el peaje que corresponda, ya sea directamente o a través de su representante, a la empresa distribuidora o transportista a la que esté conectado por verter la energía a sus redes» .».

La disposición transitoria primera del Real Decreto 14/2010, de 23 de diciembre , bajo la rúbrica «Peaje transitorio de acceso a las redes de transporte y distribución a satisfacer por los productores de energía eléctrica», prescribe:

« 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 . » .

La pretensión anulatoria de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, de la Orden ITC/619/2011, de 18 de marzo, por la que se corrigen errores de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, de la Orden ITC/688/2011, de 30 de marzo, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2011 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, de la Orden ITC/1068/2011, de 28 de abril, por la que se modifica la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, y de la Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, se fundamenta en que dichas disposiciones se dictan en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1, apartado diez, 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, que es nulo de pleno derecho por ser contrario al Derecho Comunitario, por vulnerar la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, así como los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima reconocidos en los Tratados y en el Protocolo de la Carta de la Energía, que impone la necesidad de dotar de seguridad y permanencia a las inversiones en energías renovables y la prohibición de adoptar medidas que afecten a las inversiones en energías renovables de efecto equivalente a la

<http://civil-mercantil.com/>

expropiación, así como el Protocolo número 1 adicional del Comercio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Se aduce que el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, infringe, asimismo, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que garantiza el ordenamiento jurídico interno.

En relación con 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, se alega específicamente que también se vulnera el principio de reserva legal tributaria y el marco limitativo establecido en la Constitución en relación con los decretos-leyes.

Con base en estos fundamentos jurídicos, la parte actora solicita que, con carácter previo a dictarse sentencia, se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al entender que las disposiciones impugnadas, así como 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, vulneran el Derecho Comunitario Europeo, y, singularmente, la libertad de establecimiento reconocida en el Tratado CE, así como se promueva cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, al sostener que los preceptos cuestionados del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, infringen los artículos 9.3 , 24 , 31.3 , 86.1 , 131.1 y 134.7 de la Constitución .

Segundo. *Sobre la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo aducida por el Abogado del Estado.*

La pretensión de que se declare la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, que formula el Abogado del Estado con base en la aplicación del artículo 51.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no puede ser acogida, pues no apreciamos que concurra el presupuesto establecido en dicha disposición legal de que la Sala hubiere desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme, ya que se invocan las sentencias de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 (RCA 40/2011), de 19 de abril de 2012 (RCA 62/2011) y de 26 de junio de 2012 (RCA 566/2010), que se pronunciaron sobre la impugnación 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, lo que evidencia que el objeto del recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos es parcialmente diferenciable del objeto de los recursos contencioso-administrativos referenciados.



<http://civil-mercantil.com/>

Esta conclusión jurídica sobre el rechazo de la pretensión de inadmisión del recurso contencioso-administrativo se revela conforme al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución , que comporta, según reitera el Tribunal Constitucional en la sentencia 30/2004, de 4 de marzo , como contenido esencial primario el de obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial una resolución razonada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, imponiendo al juez, para garantizar la concretización expansiva de este derecho fundamental, una interpretación razonable y no arbitraria de los presupuestos y cláusulas procesales, que no suponga una aplicación rigorista, excesivamente formal, o desproporcionada en relación con los fines que preserva el proceso, de modo que la declaración de inadmisión sólo puede fundarse, como en este supuesto, para respetar el principio de seguridad jurídica, en la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental, adoptada en la observancia de estos fundamentos hermenéuticos constitucionales.

Asimismo, esta conclusión es acorde con el derecho a un proceso equitativo, que garantiza el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , ratificado por España por Instrumento de 29 de septiembre de 1979, que constituye para los órganos judiciales una fuente interpretativa prevalente del derecho a la tutela judicial efectiva, de conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución , que exige que los órganos judiciales contencioso-administrativos, al examinar las causas de inadmisión, respeten el principio de proporcionalidad entre las limitaciones impuestas al derecho de acceso a un tribunal para que examine el fondo del recurso y las consecuencias de su aplicación. (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 1992 [Caso Geouffre de la Pradelle contra Francia] y 9 de noviembre de 2004 [Caso Sáez Maeso contra España]).

Tercero. *Sobre la pretensión de nulidad del artículo 7, apartado 3, y del Anexo III de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, y disposiciones regulatorias concordantes, así como del artículo primero, apartado diez, del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre , sustentada en la infracción de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009.*

La pretensión de que se declare la nulidad de pleno derecho del artículo 7, apartado 3, y del Anexo III de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, y disposiciones regulatorias concordantes, así como del artículo primero, apartado diez, 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



<http://civil-mercantil.com/>

especial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 27.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , que se fundamenta esencialmente en la vulneración de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, así como de los principios del Derecho Comunitario de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima, no puede ser acogida, en razón de los argumentos expuestos en las sentencias de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013 (RCA 188/2012 y RCA 252/2012), en las que descartamos que las modificaciones del régimen primado, aplicable a las instalaciones de la categoría b.1.1, derivadas de la aprobación 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, que supone un recorte en la retribución económica de la energía solar fotovoltaica, fueren contrarias al Ordenamiento Jurídico de la Unión Europea, y rechazamos que fuera procedente el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] Asimismo, cabe poner de relieve que la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, tampoco contiene preceptos cuya transposición por las autoridades nacionales obligue a extender más allá de 30 años la tarifa regulada ni impida una restricción sobrevenida (más bien, explicitada) respecto de las condiciones retributivas iniciales como es la que constituye objeto del litigio, una vez que -repetimos- en todo caso queda garantizada la retribución razonable de las inversiones efectuadas.

En cuanto al Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados, aprobados en nombre de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de la Comunidad Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica por la Decisión del Consejo y de la Comisión de 23 de septiembre de 1997, contienen, en efecto, disposiciones sobre la protección de las inversiones en esta materia. Respecto de ellas las Partes Contratantes han de fomentar y crear condiciones estables, favorables y transparentes para los inversores extranjeros y les aplicarán el principio de nación más favorecida o el trato que concedan a sus propios inversores, según el régimen más favorable.

Aunque admitiéramos a efectos meramente dialécticos que -como interesan los recurrentes- el Tratado fuese aplicable a los inversores españoles respecto de las decisiones adoptadas por el Gobierno español, lo que no se aviene con las disposiciones de aquél, lo cierto es que la protección de las inversiones extranjeras a la que se refiere su artículo 10 lo es contra



<http://civil-mercantil.com/>

"medidas exorbitantes o discriminatorias", calificativos que no consideramos adecuados a la mera restricción a 30 años del período de disfrute de la tarifa regulada, en las condiciones y por los motivos ya expuestos, medida que se aplica por igual a todos los productores fotovoltaicos afectados. Mucho menos puede calificarse de "nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación", en los términos del artículo 13 del Tratado.

Y aun cuando el Tratado promueve que las Partes Contratantes fomenten y creen "condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio", la nota de "estabilidad" debe entenderse referida al marco regulatorio en su conjunto, no a una medida aislada de las que lo componen, y tampoco puede interpretarse en el sentido de que suponga la absoluta petrificación del régimen inicialmente aprobado cuando, como aquí ocurre, ha habido cambio de circunstancias relevantes y motivos justificadores de la modificación regulatoria aplicada a la tecnología fotovoltaica. Las inversiones en esta tecnología siguen estando protegidas y fomentadas en España por un marco normativo sin duda favorable en su globalidad (además de tener la garantía del principio de rentabilidad razonable) incluso si la significación económica de alguna de las medidas ulteriores hubiera eventualmente implicado una muy limitada -y más bien hipotética, dada su eficacia plena para dentro de treinta años- disminución de las previsiones de beneficios calculados inicialmente.

Dicho lo cual, la Sala no aprecia que existan razones para someter al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial. No consideramos, en efecto, que la medida objeto de recurso pudiera ser contraria al Derecho de la Unión Europea, tanto si tomamos como referencias normativas de contraste los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima o el artículo 16 de la Directiva 2009/28/CE cuanto si se entendiera que la Carta Europea de la Energía y el Protocolo tienen aquella dimensión en virtud de la ya citada Decisión del Consejo y de la Comisión de 23 de septiembre de 1997 . » .

Al respecto, cabe advertir que la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, prevé como sistemas de apoyo y estímulo de las energías renovables, que pueden adoptar los Estados miembros, cualquier medida que promueva el uso de esta clase de energía, entre las que se incluyen las ayudas a la inversión, las exenciones o desgravaciones fiscales, las devoluciones de impuestos, los sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables, incluidos los que emplean los «certificados verdes», y los sistemas de apoyo directo a los precios, incluidas las tarifas reguladas y las primas, confiriendo un margen de apreciación a las autoridades nacionales para determinar cuáles son los instrumentos o

mecanismos de fomento más apropiados, atendiendo a las circunstancias de los diferentes mercados energéticos, para alcanzar dicho objetivo.

En lo que concierne a la pérdida de retribución derivada de minorar, en términos absolutos, el cómputo de horas de producción de las instalaciones fotovoltaicas para los años 2011, 2012 y 2013, así como de referenciar las horas equivalentes a la potencia nominal de las instalaciones en función de la zona solar climática donde se ubiquen, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional primera y la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, cabe poner de relieve que tampoco entendemos que se defrauden o menoscaben los principios generales del Derecho de la Unión Europea de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima, por cuanto, aunque consideramos plausible, aún en un escenario de transición energética de carácter global, respetar las exigencias de estabilidad y precedibilidad del marco regulatorio energético, en aras de promover el desarrollo de las tecnologías de producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovables, que contribuyen a generar crecimiento económico y oportunidades de empleo, para hacerlas más eficientes y competitivas, así como garantizar la seguridad de las inversiones destinadas a favorecer la extensión de las energías renovables, como se infiere de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, estimamos que, dado el alcance de la modificación analizada, que, efectivamente, produce la disminución de las previsiones de los beneficios inicialmente calculados, según ha quedado acreditado por los dictámenes periciales aportados a las actuaciones, que demuestran los perjuicios económicos ocasionados derivados de la reducción del valor actualizado neto, respecto de las instalaciones fotovoltaicas de los recurrentes, no puede considerarse que se desnaturalice, sustancialmente, el régimen especial al que se acogen las instalaciones de producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovables, que gozan de beneficios económicos compensatorios específicos y singulares, derivados del reconocimiento del derecho a complementar su retribución con la percepción de una prima que garantice tasas de rentabilidad razonables, atendiendo, entre otros factores, a la sostenibilidad del propio sistema eléctrico, que, en este supuesto, justifica la introducción de dichas limitaciones horarias con el objeto de mitigar los sobrecostes.

En la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 25 de junio de 2013 (RCA 188/2012), descartamos que el principio orientador de la política energética de la Unión Europea, que determina la necesidad de los Estados miembros adopten medidas de apoyo a las energías renovables que permitan mantener la confianza de los inversores, fuera un criterio decisivo para cuestionar la disconformidad de las medidas regulatorias introducidas en 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, con el Derecho Comunitario, en la medida en que el

<http://civil-mercantil.com/>

principio de rentabilidad razonable obliga a tomar como referencia los beneficios previstos que se generen a lo largo de la vida útil de las instalaciones fotovoltaicas.

Como recordábamos en la sentencia de 12 de abril de 2012 (recurso 59/2011), "[...] el principio de rentabilidad razonable se ha de aplicar, en efecto, a la totalidad de la vida de la instalación, pero no como parece entender la parte en el sentido de que durante toda ella dicho principio garantice la producción de beneficios, sino en el sentido de que se asegure que las inversiones empleadas en la instalación obtengan, en el conjunto de la existencia de la misma, una razonable rentabilidad".

En dicha sentencia expusimos, en la misma línea, cómo entre los condicionamientos que habían de ser sopesados para dar respuesta a las alegaciones sobre la rentabilidad de las inversiones acometidas bajo el régimen del Real Decreto 661/2007 se encontraban "las previsiones y las magnitudes de la tarifa regulada" que dicho Real Decreto contemplaba. Previsiones y magnitudes que obedecían a una determinada estimación de los objetivos de potencia eléctrica derivada de fuentes de energías renovables (también para el grupo o categoría de instalaciones fotovoltaicas) y al cálculo de horas en que se aplicaría la tarifa regulada, todos ellos factores determinantes del Plan de Energías Renovables 2005-2010 al que aquel Real Decreto 661/2007 hacía referencia.

Si el tope se sobrepasaba, como en efecto ocurrió (basta a estos efectos la lectura del preámbulo del Real Decreto 1578/2008, con referencia a los datos proporcionados por la Comisión Nacional de Energía) pues el crecimiento de la potencia instalada experimentado por la tecnología solar fotovoltaica fue muy superior al esperado -de modo que en agosto de 2007 se superó el 85 por 100 del objetivo de potencia instalada fotovoltaica para 2010 y en el mes de mayo de 2008 se alcanzaron ya los 1.000 MW de potencia instalada-, si todo ello es así, repetimos, el sector en su conjunto no podía desconocer que la retribución establecida en el Real Decreto 661/2007 no podía ser sin más aplicable a todas y cada una de las instalaciones fotovoltaicas que, en su conjunto, habían incurrido en aquel "exceso".

En la Memoria sobre el impacto normativo que acompañaba a la propuesta del Real Decreto 1565/2010 se analizaba esta cuestión en términos que también serían subrayados por el Consejo de Estado al informar sobre aquélla: "El objetivo de potencia para esta tecnología (fotovoltaica) recogido en el Plan de Energías Renovables 2005-2010 era de 371 MW, y durante los años 2007 y 2008 se ha producido un crecimiento explosivo alcanzándose los 3.300 MW a final de 2008, como consecuencia del atractivo régimen económico del Real Decreto 661/2007, "es decir, se superó en casi 9 veces el objetivo previsto". Ello en un marco -el recogido en el Real Decreto 661/2007- en el que la tarifa regulada de estas instalaciones "era



<http://civil-mercantil.com/>

de 460 euros/MWh, casi 10 veces superior al del mercado, y mayor que el de cualquier otra tecnología del régimen especial".

Concluíamos, por ello, que "quedaba así justificada una restricción ulterior que, del mismo modo que se adoptó con la fórmula de la limitación temporal de la tarifa regulada en los términos ya expuestos, pudo haberse hecho mediante otras medidas de signo diferente. Y, una vez más, aquella restricción puede fijarse en atención a la situación del sector fotovoltaico en su conjunto, esto es, en atención al dato objetivo de que la potencia instalada antes del 29 de septiembre de 2008 era muy superior a la prevista y en cuya consideración se había calculado la retribución establecida en el Real Decreto 661/2007".

La imposición de nuevos peajes de acceso a las redes de distribución, derivada de lo dispuesto en el artículo 1, apartados cuatro y cinco, y en la disposición transitoria 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, no puede considerarse que vulnere los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, pues resulta evidente que el legislador y, en su caso, el Gobierno, tienen la potestad para establecer peajes por el uso de las redes de transporte y distribución, en términos de razonabilidad y proporcionalidad al servicio prestado, así como para fijar los criterios para su aplicación, cuyo abono corresponde a los productores de energía eléctrica en régimen especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 30.1 e) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

Cuarto. *Sobre la pretensión de anulación del artículo 7, apartado 3, y del Anexo III de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, y disposiciones regulatorias concordantes, así como del artículo primero, apartado diez, del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, sustentada en la vulneración de los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima.*

La pretensión anulatoria del artículo 7, apartado 3, y del Anexo III de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, y disposiciones regulatorias concordantes, así como del artículo primero, apartado diez, 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, sustentada en la infracción de los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución, basada en el argumento de que la reducción sustancial de la tarifa regulatoria primada, como consecuencia de la limitación de horas de producción, sin compensación mediante el incremento de dicha tarifa, frustra las legítimas expectativas de ingresos que el legislador y el Gobierno español habían garantizado para atraer la inversión destinada al desarrollo de las energías renovables, debe ser desestimada,

pues cabe poner de relieve, atendiendo a los criterios expuestos en las sentencias de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013 (RCA 188/2012 y RCA 252/2012), que dichos principios son principios generales del Derecho, cuya significación y alcance no se identifica con la garantía que para los ciudadanos supone la proscripción de las normas retroactivas en los estrictos supuestos ya descritos en el precedente fundamentado jurídico.

El análisis no puede hacerse sin recordar el marco en el que se insertan las medidas impugnadas y determinadas características del sistema de tarifa regulada, cuya limitación a treinta años y las previsiones de limitaciones horarias -tras la reforma ya dicha- son objeto de litigio.

A) En primer lugar, 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. No puede, pues, 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.

La apelación a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima ha de ser tratada no desde la óptica de los cambios que se produzcan sobre una sola de las medidas de fomento sino en relación con el conjunto de ellas, esto es, con el marco regulatorio jurídico-económico aprobado por las autoridades españolas en favor de este sector de las energías renovables. El análisis "reducido" o fragmentario no permitiría, entre otras cosas, tomar en la debida consideración las eventuales "compensaciones" que, en el seno de aquel conjunto de reglas favorables, pudieran haberse introducido mediante la ampliación de determinados componentes favorables a cambio de la reducción o limitación (en este caso, meramente temporal) de otros.

B) En segundo lugar, 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 sistema público de fijación de aquéllas.

La práctica eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a la tarifa regulada, 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 (con el respeto a unos mínimos de rentabilidad que en este momento no es el caso recordar).

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. Si éstas implican ajustes en otros muchos sectores productivos, con obvias dificultades para su actividad, no resulta irrazonable que aquéllos se extiendan también al sector de las energías renovables que quiera seguir percibiendo las tarifas reguladas en vez de acudir a los mecanismos de mercado (contratación bilateral y venta en el mercado organizado). Y ello tanto más ante situaciones de crisis económica generalizada y, en el caso de la energía eléctrica, ante el crecimiento del déficit tarifario que, en una cierta parte, deriva del impacto que sobre el cálculo de los peajes de acceso tiene la retribución de aquéllas por la vía de la tarifa regulada, en cuanto coste imputable al sistema eléctrico.

C) El régimen económico administrativamente fijado trata de fomentar la utilización de energías renovables incorporando medidas incentivadoras que, sobre no tener asegurada su permanencia sin modificaciones para el futuro, según acabamos de significar, 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.

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. 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. Por el contrario, aun cuando hablase -en su versión inicial- de un período "posterior" a los 25 años, bien puede entenderse que implícitamente marcaba como tope o término la fecha final de vida útil de las instalaciones fotovoltaicas, considerada en promedio, término que según la mayoría de las opiniones técnicas por entonces emitidas -de modo especial, según las estimaciones del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía- no excedía de treinta años (incluyendo en este plazo las operaciones adecuadas de mantenimiento preventivo y correctivo). Y no puede olvidarse que en el informe emitido por el órgano especializado en la regulación energética (la Comisión Nacional de Energía) sobre la versión no modificada del

Real Decreto 1565/2010 se reputaba que era procedente "la supresión de las tarifas de las instalaciones a partir del año 25 de su vida útil, lo que a juicio de la CNE parece coherente con la vida económica (amortización) y la retribución que ha recibido hasta entonces".

Aún cuando en algunos casos singulares aquel período de referencia pudiera, en el futuro, excederse más allá de los 30 años, los correspondientes cálculos económicos oficiales de retribución deben atender a la media del conjunto, y de hecho aquél fue utilizado por buena parte de los operadores del sector en el marco de sus previsiones y proyectos de financiación. La restricción a los 30 años que finalmente ha prevalecido tras la modificación del Real Decreto 1565/2010 es, pues, coherente con lo que hemos denominado "presupuesto implícito" subyacente en el Real Decreto 661/2007.

D) En fin, otro de los condicionamientos -éste ya explícito- que, de manera muy destacada, ha de ser sopesado es que las previsiones y las magnitudes de la tarifa regulada que contemplaba el Real Decreto 661/2007 (artículos 21 y 22) obedecían a -y estaban limitadas por- una determinada estimación de los objetivos de potencia eléctrica derivada de fuentes de energías renovables (también para el grupo o categoría de instalaciones fotovoltaicas) precisada en el Plan de Energías Renovables 2005- 2010.

Si el tope se sobrepasaba, como en efecto ocurrió (basta a estos efectos la lectura del preámbulo del Real Decreto 1578/2008, con referencia a los datos proporcionados por la Comisión Nacional de Energía) pues el crecimiento de la potencia instalada experimentado por la tecnología solar fotovoltaica fue muy superior al esperado -de modo que en agosto de 2007 se superó el 85 por 100 del objetivo de potencia instalada fotovoltaica para 2010 y en el mes de mayo de 2008 se alcanzaron ya los 1.000 MW de potencia instalada-, si todo ello es así, repetimos, el sector en su conjunto no podía desconocer que la retribución establecida en el Real Decreto 661/2007 no podía ser sin más aplicable a todas y cada una de las instalaciones fotovoltaicas que, en su conjunto, habían incurrido en aquel "exceso".

En la Memoria sobre el impacto normativo que acompañaba a la propuesta de Real Decreto se analizaba esta cuestión en términos que también serían subrayados por el Consejo de Estado al informar sobre aquélla: "El objetivo de potencia para esta tecnología (fotovoltaica) recogido en el Plan de Energías Renovables 2005-2010 era de 371 MW, y durante los años 2007 y 2008 se ha producido un crecimiento explosivo alcanzándose los 3.300 MW a final de 2008, como consecuencia del atractivo régimen económico del Real Decreto 661/2007, "es decir, se superó en casi 9 veces el objetivo previsto". Ello en un marco -el recogido en el Real Decreto 661/2007- en el que la tarifa regulada de estas instalaciones "era de 460 euros/MWh, casi 10 veces superior al del mercado, y mayor que el de cualquier otra tecnología del régimen especial".



<http://civil-mercantil.com/>

Quedaba así justificada una restricción ulterior que, del mismo modo que se adoptó con la fórmula de la limitación temporal de la tarifa regulada en los términos ya expuestos, pudo haberse hecho mediante otras medidas de signo diferente. Y, una vez más, aquella restricción puede fijarse en atención a la situación del sector fotovoltaico en su conjunto, esto es, en atención al dato objetivo de que la potencia instalada antes del 29 de septiembre de 2008 era muy superior a la prevista y en cuya consideración se había calculado la retribución establecida en el Real Decreto 661/2007.

De nuevo no será necesario repetir lo que en relación con ambos principios y con sus perfiles jurídicos hemos expuesto en otras sentencias sobre esta misma materia. El valor de la "seguridad jurídica" no es oponible sin más a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta, por más que desde otras perspectivas (también desde la muy frecuentemente invocada, del favorecimiento de las inversiones) sea deseable una cierta estabilidad de los marcos reguladores de las actividades económicas. La seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho.

La concepción de la seguridad jurídica, enunciada en el artículo 9.3 de la Constitución, como freno a las modificaciones normativas es particularmente inapropiada en un sector como el de las energías renovables, que, precisamente por su novedad, requiere de ajustes sucesivos, en paralelo no sólo a la evolución de las circunstancias económicas generales, sino en atención a las propias características de la actividad. La evolución de la "curva de aprendizaje" y la progresiva "madurez" del sector fotovoltaico, como presupuestos que revelan una cierta indefinición inicial, han de tener una respuesta "paralela" en el tiempo de los poderes públicos, cuyas medidas iniciales podrán ser revisadas y modificadas al mismo ritmo de la evolución de aquél. La seguridad jurídica protege relaciones de este orden bajo el principio *rebus sic stantibus* pero, insistimos, no puede contraponerse como argumento invalidatorio frente a cambios relevantes en la base de las situaciones subyacentes, como en este caso ha ocurrido a la vista de la evolución de los acontecimientos desde el inicial Real Decreto 661/2007 hasta el Real Decreto 1565/2010 (y sus modificaciones inmediatas) que es objeto del presente litigio.

Incluso los perfeccionamientos técnicos y económicos pueden influir en la revisión de las decisiones iniciales. Por referirnos tan sólo a uno de los factores relevantes, una tarifa regulada que se calcula en el año 2007 sobre la base de que buena parte de las instalaciones fotovoltaicas tienen una determinada ratio de producción (derivada de una configuración técnica sin seguimiento solar) y, en consecuencia, un vertido al sistema de cierto número de kilowatios, podrá ser atemperada ulteriormente por el titular de la potestad reglamentaria (o tarifaria) si la muy rápida evolución de la tecnología fotovoltaica propicia, en los años



<http://civil-mercantil.com/>

siguientes, la implantación -o el cambio de los ya instalados- de sistemas con seguimiento solar a uno o a dos ejes, cuya consecuencia práctica inmediata es que aumenta en porcentajes muy significativos el número de horas de aprovechamiento de radiación solar y, por lo tanto, la producción vertida a la red cuyo exceso de coste es asumido por el conjunto de consumidores de electricidad.

Es lógico que ante esta -o cualquier otra- modificación tecnológica o ante cambios significativos del panorama económico con consecuencias inmediatas para el equilibrio del sistema, se revisen los parámetros iniciales determinantes, en magnitudes o en tiempo de disfrute, del cálculo de la tarifa regulada, y no puede oponerse a ello meramente el valor de la "seguridad jurídica". 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".

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 esta 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.



<http://civil-mercantil.com/>

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 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



<http://civil-mercantil.com/>

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.

Por ello, respecto del Dictamen del Consejo de Estado, por referirse a la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 9 de diciembre de 2009 (RCA 152/2007), que no sería invocable para rechazar la vulneración del principio de confianza legítima y el principio de seguridad jurídica, no puede ser compartida, en la medida en que se trata de un mero recordatorio de los pronunciamientos enunciados por este Alto Tribunal, en relación con el enjuiciamiento de las modificaciones normativas de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, en aras de reforzar la tesis de que no cabe realizar reproche alguno al proyecto del Real Decreto examinado, pues la variación de los inventivos económicos de las instalaciones ya autorizadas dentro de las pautas legales pueden adoptarse legítimamente en el marco de los «riesgos regulatorios».

Cabe, asimismo, referir que un Real Decreto no está blindado ante otro posterior de su mismo rango. De modo que el sistema de actualización y revisión de las tarifas, primas y complementos que estableció el artículo 44 del Real Decreto 661/2007 y concretó el artículo 36 del mismo Real Decreto para las instalaciones de categoría b) puede ser modificado por el Real Decreto 1565/2010, cuyas determinaciones no están sujetas al dictado del anterior. No existiendo entre ambos relaciones de jerarquía normativa mal puede afirmarse que el precepto contenido en un Real Decreto "vulnere" preceptos de otro del mismo rango: no los vulnera sino que los deroga o modifica, efecto jurídico obviamente distinto.

La medida regulatoria contenida en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre , que limita las horas equivalentes de las instalaciones fotovoltaicas hasta el 31 de diciembre de 2013, no se revela contraria a los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima, en cuanto, teniendo en cuenta el contexto económico en que se adoptan, y, particularmente, la evolución del sector energético, condicionado por el incremento del déficit tarifario, que pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema eléctrico, y la significativa disminución de la demanda de energía eléctrica, que ha propiciado la reducción de horas de funcionamiento de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen ordinario, no cabe duda de que no resulta irrazonable el designio del legislador de urgencia de introducir ajustes respecto del funcionamiento de las instalaciones de régimen especial, que tienen asegurada la venta de la energía producida mediante su entrada preferente en el sistema, aunque ello pueda incidir en las cuentas de resultados de sus titulares, según se ha acreditado en los dictámenes periciales aportados a las actuaciones.



<http://civil-mercantil.com/>

Quinto. *Sobre la pretensión de anulación del artículo 7, apartado 3, y del Anexo III de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, y disposiciones regulatorias concordantes, así como del artículo primero, apartado diez, del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, basada en la vulneración del principio de no confiscación, enunciado en el artículo 33.3 de la Constitución.*

La pretensión de anulación del artículo 7, apartado 3, y del Anexo III de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, y disposiciones regulatorias concordantes, así como del artículo primero, apartado diez, 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, sustentada en la vulneración del principio de no confiscación, enunciado en el artículo 33.3 de la Constitución, por su carácter materialmente expropiatorio, no puede ser acogida, de acuerdo con los argumentos expuestos en las sentencias de esta Sala jurisprudencial de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013 (RCA 188/2012 y 252/2012), en que rechazamos que la medida regulatoria establecida en la referida disposición pudiera calificarse de expropiatoria y lesionarse la garantía constitucional del derecho de propiedad, así como que violara el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero del Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Individuales, con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] Las consideraciones expuestas en los apartados anteriores bastarían para rechazar, en lo sustancial, la premisa en que se basan estos dos motivos impugnatorios. La limitación del período de tarifa regulada a 30 años no supone confiscación ni expropiación de derechos pues (además de que, insistimos, aquél era el límite temporal implícito en la regulación originaria) no implica suprimir la retribución debida a la generación de energía eléctrica procedente de instalaciones fotovoltaicas sino meramente equipararla, dentro de treinta años, a la percibida por el resto de productores de electricidad que la venden en el mercado. No se produce, pues, la confiscación ni la expropiación del derecho de propiedad (lo que hace estéril la apelación al Protocolo nº 1 adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales) ni de las expectativas de obtener una retribución razonable. » .

Según se desprende de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, expuesta en la sentencia de 11 de febrero de 2010 (Recurso 30280/2003), «el artículo 1 del Protocolo nº 1 se compone de tres normas distintas: la primera regla, que figura en la primera frase del primer párrafo, es de carácter general y enuncia el principio del respeto de la propiedad, la segunda regla, que figura en la segunda frase del párrafo primero, abarca la privación de la propiedad y la sujeta a determinadas condiciones, la tercera regla, indicada en el segundo párrafo, reconoce que los Estados contratantes tienen derecho, entre otras cosas, a controlar el uso de



<http://civil-mercantil.com/>

los bienes de acuerdo con los principios de interés general. Las tres reglas no son, sin embargo, distintas en el sentido de hallarse desconectadas. La segunda y tercera reglas se refieren a casos particulares de injerencia en el derecho al disfrute pacífico de la propiedad y por lo tanto deben ser interpretadas a la luz del principio general enunciado en la primera regla».

Para determinar si una medida regulatoria adoptada por un Estado adherido al Convenio Europeo de Derechos Humanos lesiona el derecho de propiedad garantizado por el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero del CEDH es necesario analizar si la injerencia de las autoridades públicas, atendiendo a las circunstancias del caso, ha respetado el justo equilibrio que debe alcanzarse entre los intereses contrapuestos por los individuos y los intereses de la comunidad, lo que, en el supuesto enjuiciado, determina que no apreciemos la vulneración de este derecho fundamental, en cuanto las medidas regulatorias cuestionadas no tienen un carácter irrazonable y se corresponden con el interés público de preservar la sostenibilidad del sistema eléctrico.

Sexto. *Sobre la pretensión de anulación del artículo 7, apartado 3, y del Anexo III de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, y disposiciones regulatorias concordantes, así como del artículo primero, apartado diez, del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, basada en la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

La pretensión de anulación del artículo 7, apartado 3, y del Anexo III de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, y disposiciones regulatorias concordantes, así como del artículo primero, apartado diez, 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, sustentada en la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución, no puede ser acogida, pues no consideramos que el cambio de actitud del Gobierno, al modificar el régimen económico aplicable a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, persiga un objetivo involutivo contradictorio con el interés general, por no satisfacer adecuadamente la finalidad de reducción del déficit tarifario y por ser desproporcionado, ya que, siguiendo los criterios jurídicos expuestos en las precedentes sentencias de esta Sala jurisprudencial de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013 (RCA 188/2012 y 252/2012), cabe advertir que las medidas regulatorias adoptadas en el Real Decreto 1565/2010, de 10 de noviembre, y en el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, obedecen a una justificación razonable de evitar la perpetración de los efectos perjudiciales para la sostenibilidad del sistema de producción de energía eléctrica, derivados de decisiones anteriores, que han contribuido a incrementar el déficit tarifario, y tratan de distribuir equitativamente los efectos de la crisis económica, que

incide en las expectativas de negocio del sector energético, entre los productores del régimen ordinario y del régimen especial.

Al respecto, cabe señalar que en el Preámbulo 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, se ofrecen las razones que motivan las medidas regulatorias impuestas a los productores de energía eléctrica en régimen especial, en los siguientes términos:

« [...] En tercer lugar, y como se ha indicado en el apartado segundo, parece razonable que los productores de régimen especial realicen también una contribución para mitigar los sobrecostes del sistema, contribución que debe ser proporcional a las características de cada tecnología, a su grado de participación en la generación de esos sobrecostes y al margen existente en la retribución cuya rentabilidad razonable queda en todo caso garantizada. De este modo, con esta misma finalidad, se han venido aprobando en los últimos meses por el Gobierno medidas regulatorias dirigidas a los productores de energía eléctrica eólica, termosolar y de cogeneración.

Por ello, 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. De este modo se fijan expresamente dichos valores de referencia de acuerdo con los valores utilizados para el cálculo de su retribución establecidos en el Plan de Energías Renovables 2005-2010 y los reflejados en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, teniendo en cuenta la zona solar climática donde se ubique la instalación, de acuerdo con la clasificación de zonas climáticas según la radiación solar media en España establecidas en el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación. Paralelamente, y en aras a asegurar la razonabilidad de la retribución se amplía a 28 años para las instalaciones de tipo b.1.1, las referencias en el plazo a los primeros 25 años establecidas en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo . » .

Y, asimismo, resulta de interés reproducir la explicación que el Gobierno expuso ante el Congreso de los Diputados, en el trámite de convalidación del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, en relación con las reformas introducidas en el sector de la energía fotovoltaica:

« [...] nuestro sistema eléctrico. Señorías, el sector de la energía solar fotovoltaica era el único de los grandes sectores de las energías renovables que aún no había hecho un esfuerzo para



<http://civil-mercantil.com/>

ayudar a una reducción gradual y ordenada del déficit de tarifa, y no lo había hecho a pesar de su importante papel en los costes del sistema. Cabe recordar que el sector fotovoltaico absorbe el 40 por ciento del sobre coste del régimen especial, representando tan solo el 6 por ciento de la producción renovable y el 2 por ciento de la producción total del sistema eléctrico. En estas circunstancias y ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo con el sector fotovoltaico, pero siguiendo lo pactado con el resto de los sectores, eólico y termosolar, se propone limitar las horas de funcionamiento con derecho a tarifa de las plantas fotovoltaicas a partir de 2014, año en el que se pondrá en marcha un límite de horas equivalente al funcionamiento actual, límite que es aceptado por el sector. Ello no quiere decir que el resto de las horas no se remuneren; de hecho, la producción que exceda este umbral se venderá a precio de mercado mayorista, favoreciendo la competitividad. Y para el periodo 2011-2013, solo durante tres años, se limitan las horas con derecho a percibir la tarifa a las horas previstas en el Plan de Energías Renovables 2005-2010. Son las horas que estaban vigentes en 2007, cuando estos proyectos presentaron sus autorizaciones, calcularon sus rentabilidades y buscaron la financiación. Con esta limitación temporal se va a conseguir un ahorro de 740 millones de euros anuales durante el periodo 2011-2013. Es un esfuerzo razonable porque, como compensación, las plantas afectadas disfrutarán de tres años más de periodo con derecho a tarifa, que de esta forma pasa de veinticinco a veintiocho años. Por otra parte, también quiero significar que con esta medida estamos en línea con las acciones emprendidas en otros países como Francia, Alemania o la República Checa para abordar el incremento del coste de la energía fotovoltaica y garantizar la solvencia de nuestros sistemas eléctricos.

Señorías, este ajuste temporal no es retroactivo y no pone en riesgo la viabilidad de las instalaciones porque se mantiene un volumen importante de entrada de ingresos en los próximos tres años, con un flujo de caja de más de 2.000 millones de euros anuales. Además se compensa la disminución de los ingresos con los tres años adicionales del derecho a cobro de tarifa. Con esta compensación se permite, en aquellos casos que sea necesario, adaptar el perfil de los flujos de caja de forma que se mantengan en niveles razonables los ratios de cobertura de los proyectos. Somos conscientes de que ello puede exigir en algunos casos inyecciones de liquidez en los proyectos, algo que desde el Gobierno queremos facilitar, evitando que problemas coyunturales de liquidez generen problemas a unas inversiones que son solventes y rentables . » .

En este sentido, cabe significar que el interés público prevalente en la regulación del sector eléctrico es el de garantizar adecuadamente las necesidades de abastecimiento de energía eléctrica que requiere nuestro país, mediante la articulación de un mercado energético competitivo, eficiente y tecnológicamente desarrollado, y, asimismo, satisfacer el derecho de



<http://civil-mercantil.com/>

los consumidores al suministro eléctrico en condiciones equitativas, que constituye un elemento esencial del bienestar de nuestra colectividad social.

Séptimo. *Sobre la pretensión de anulación del artículo 7, apartado 3, y del Anexo III de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, y disposiciones regulatorias concordantes, así como del artículo primero, apartado diez, del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, sustentada en la vulneración del principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos.*

La pretensión de nulidad del artículo 7, apartado 3, y del Anexo III de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, y disposiciones regulatorias concordantes, así como del artículo primero, apartado diez, 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, sustentada en la vulneración del principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos, en cuanto procede a la modificación del periodo de percepción de la prima fijado en el Real Decreto 661/2007, que incide en el régimen económico de aquellas instalaciones que hubieren cumplido todos los requisitos establecidos con anterioridad al 29 de septiembre de 2008, y, en consecuencia, afecta a situaciones jurídicas completamente definidas con anterioridad, no puede ser acogida, siguiendo los criterios expuestos en las sentencias de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013 (RCA 188/2012 y RCA 252/2012), en las que sostuvimos que el concepto de "retroactividad prohibida" es más limitado que el de la mera "retroactividad", según sostiene la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ya 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.

A partir de esta premisa, una medida normativa como la impugnada en el presente litigio, cuya eficacia se proyecta no "hacia atrás" en el tiempo sino "pro futuro", a partir de su aprobación, no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida. La proyección hacia el futuro es particularmente destacable en este caso con sólo advertir que los efectos "reales" de la medida se producirán dentro de treinta años, momento hasta el cual se mantiene para los titulares de las instalaciones fotovoltaicas la tarifa regulada según sus términos originarios. Calificar de retroactivo en el tiempo algo que, aprobado hoy, no tendrá plena eficacia hasta dentro de treinta años es un ejemplo de uso inadecuado de aquel adjetivo. La retroactividad se produciría si la nueva norma obligase a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, pero no cuando se

limita a disponer que el cobro de éstas cesará dentro de treinta años. En rigor, ni siquiera podría calificarse de medida retroactiva y mucho menos si utilizamos este concepto jurídico en su acepción "propia".

Octavo. *Sobre la pretensión anulatoria del artículo 7, apartado 3, y del Anexo III de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, y disposiciones regulatorias concordantes, así como del artículo primero, apartado diez, del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, basada en la inconstitucionalidad del artículo 1, apartados 4 y 5, de la disposición adicional primera y de las disposiciones transitorias primera y segunda del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre.*

La pretensión anulatoria del artículo 7, apartado 3, y del Anexo III de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, y disposiciones regulatorias concordantes, así como del artículo primero, apartado diez, 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, fundamentada en la inconstitucionalidad del artículo 1, apartados 4 y 5, de la disposición adicional primera y de las disposiciones transitorias primera y segunda 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, debe ser rechazada, pues, conforme a los razonamientos jurídicos expuestos en las sentencias de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013 (RCA 188/2012 y 252/2012), descartamos que sea procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en relación con los referidos artículos del citado Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, ya que no consideramos que dichos preceptos sean contrarios a los artículos 9.3, 14, 24, 31.3, 40.1, 86.1, 131, 134.7, 138.1 y 139.1 de la Constitución, en cuanto apreciamos que las disposiciones analizadas no infringen los principios de seguridad jurídica, de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ni el derecho a la igualdad, ni el derecho a la propiedad privada, ni el principio de reserva legal en materia tributaria, ni el derecho a la tutela judicial efectiva, ni estimamos que, desde una perspectiva formal, se haya desbordado el marco limitativo de los Reales Decretos Leyes.

En este sentido, consideramos que no resulta atendible la queja de inconstitucionalidad formulada respecto de la decisión gubernamental de proceder a modificar el régimen económico del sector fotovoltaico mediante la aprobación del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, en cuanto se impide o dificulta -según se aduce- la impugnación ante los Tribunales Contencioso-Administrativos, en infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no resulta inapropiado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.1 de la Constitución, que se reformen aspectos sustanciales del régimen jurídico del sector eléctrico



<http://civil-mercantil.com/>

en caso de extraordinaria y urgente necesidad mediante la utilización del Real Decreto-ley con la finalidad de acomodar la normativa legal vigente a las nuevas circunstancias económicas y tecnológicas que condicionan la sostenibilidad del sistema eléctrico.

Desde esta perspectiva, no consideramos que las disposiciones transitorias primera y segunda del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, vulneren el marco limitativo establecido en el artículo 86.1 de la Constitución, para los Decretos-leyes, por regular situaciones de carácter transitorio relativas al régimen del sector fotovoltaico, pues sostenemos que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia 137/2011, de 14 de septiembre, no está vedado el Real Decreto-ley para regular elementos del régimen sustantivo no transitorio como elementos del régimen sustantivo transitorio, en cuanto no se ignore la prohibición de afectar a los derechos, deberes y libertades regulados en el Título I de la Constitución.

En la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013 (RCA 188/2013), ya hemos estimado la concurrencia del presupuesto habilitante, pues consideramos que la situación de urgencia puesta de manifiesto en el preámbulo del Real Decreto-ley (y más tarde explicada por el Gobierno en el curso del debate parlamentario de convalidación) justificaba hacer uso de este instrumento normativo, vistas las circunstancias en que se encontraba a finales del año 2010 la economía española, con una significativa disminución de la demanda de energía eléctrica a la par que un notorio incremento del déficit tarifario cuya corrección inmediata era ineludible. Podrá discutirse -y así sucede de hecho, pues hay argumentos en uno y otro sentido- hasta qué punto el sistema "primado" que retribuye de la generación de energía eléctrica en régimen especial tenía mayor o menor incidencia en el incremento de aquel déficit, pero es claro -y los sucesivos informes de la Comisión Nacional de Energía lo atestiguaban- que al menos una parte de dicho déficit era debida a aquel régimen retributivo.

El Gobierno afirma en el preámbulo del Real Decreto-ley 14/2010 que las instalaciones de régimen ordinario (las centrales tradicionales) habían visto reducidas sus horas de funcionamiento y sus ingresos por la caída de los precios del mercado mayorista, mientras que "los productores de régimen especial se encuentran en una diferente situación debido a su régimen específico que les asegura la venta de la energía producida mediante su entrada preferente en el sistema", lo que le llevará a la adopción de las medidas regulatorias objeto de crítica en este recurso.

Establecidas estas premisas, corresponde ya al ámbito de la política económica (de la que forma parte la política energética, cuya dirección también compete al Gobierno) el debate sobre la oportunidad y el acierto de las medidas singulares que se adopten para corregir



<http://civil-mercantil.com/>

aquella situación con carácter urgente. A ese mismo ámbito, más que al estrictamente jurídico, pertenece el análisis de la incidencia que la "situación coyuntural" de finales del año 2010 pudiera provocar en los diferentes subsectores eléctricos, y entre ellos el de las energías renovables, a fin de repartir entre unos y otros los efectos necesariamente restrictivos de las medidas de corrección precisas.

En lo que concierne a la censura de inconstitucionalidad que se formula a la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por implementar un régimen limitativo de las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas que se aplicará a partir del año 2014, estimamos que razones de coherencia legislativa promueven establecer tanto el régimen aplicable hasta el 31 de diciembre de 2013, como el que se prevé que entre en vigor con posterioridad a dicha fecha, por lo que carece de fundamento la alegación de que respecto de dicha disposición no concurre el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad, al no poder obviar el posterior trámite parlamentario de convalidación del Real Decreto-ley o su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

Asimismo, cabe poner de relieve que según dijimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 25 de junio de 2013 (RCA 188/2012), la incidencia que las Órdenes ministeriales impugnadas pudieran tener sobre las sociedades demandantes se limita al año 2011 y parte del 2012, período temporal al que no resulta aplicable la disposición adicional primera -de nuevo, para los titulares de instalaciones acogidas al régimen económico establecido en el Real Decreto 661/2007, como manifiestan ser las recurrentes- sino la Disposición transitoria segunda, de entrada en vigor inmediata.

También consideramos que carece de fundamento que pueda tacharse de inconstitucional la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por vulnerar el principio de reserva legal tributaria, por cuanto no estimamos que el peaje de acceso a las redes de transporte o distribución pueda caracterizarse de tasa.

En la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 25 de junio de 2013 (RCA 188/2012), sostuvimos que la extensión a todos los productores de energía eléctrica -y, por lo tanto, a los recurrentes- de la obligación de abonar los peajes con los que se remunera a las empresas distribuidoras o transportistas, precisamente por el uso de las redes a las que aquellos productores vierten su energía, es difícilmente contestable desde el punto de vista de su constitucionalidad. De hecho ni siquiera las tres Comunidades Autónomas que han impugnado ante el Tribunal Constitucional diversos preceptos del Real Decreto-ley 14/2010, en los términos ya dichos, oponen reparo o reserva alguna frente a esta medida.

<http://civil-mercantil.com/>

El artículo 1 del Real Decreto-ley 14/2010, al modificar el artículo 15 de Ley 54/1997 de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, dispone que la retribución de las actividades reguladas será financiada a través de los ingresos recaudados por peajes de acceso a las redes de transporte y distribución, y que estos peajes serán "satisfechos por los consumidores y los productores". El Real Decreto-ley extiende, pues, a los productores de energía eléctrica, tanto de régimen ordinario como de régimen especial, la obligación de satisfacer un peaje por el uso de las redes de transporte y distribución. Y en su Disposición transitoria primera fija el valor de 0,5 euros/MWh (y permite su ulterior modificación "dentro de los límites que se establezcan en su caso por la normativa de la Unión Europea") que es la cifra que figura en el Reglamento (UE) 838/2010, de la Comisión, de 23 de septiembre de 2010, sobre directrices relativas al mecanismo de compensación entre gestores de redes de transporte y a un planteamiento normativo común de la tarificación del transporte.

Los peajes de acceso deben necesariamente cubrir, al menos, los costes devengados por quienes usan las redes de transporte y de distribución. Entra no sólo dentro de la lógica del sistema eléctrico sino dentro del planteamiento normativo común a toda la Unión Europea (en lo que se refiere al transporte) que también los productores de energía eléctrica satisfagan estas cantidades, para cuyo cálculo el citado Reglamento (UE) 838/2010 utiliza como factor determinante precisamente la energía total que los productores inyecten anualmente en las redes de transporte. Constituye, por lo tanto, una legítima opción de política energética la de extender estos peajes -sin sobrepasar el tope máximo establecido por la Unión Europea en el citado Reglamento UE 838/2010- a todos los generadores de energía eléctrica, tanto si son en régimen ordinario como si lo son en régimen especial, y hacerlo por el uso de las redes de transporte y de distribución. No otra cosa dispone el Real Decreto-ley al modificar en este punto la Ley 54/1997.

El fundamento de la censura de los recurrentes se limita, en síntesis, a que el pago del peaje incide de modo negativo en sus cuentas de resultados y, por lo tanto, en la rentabilidad de sus inversiones. Y como parten de la premisa -aún cuando no lleguen a expresarla en estos términos- de que la situación jurídica configurada por el Real Decreto 661/2007 es prácticamente inmutable o inmodificable durante los treinta años siguientes (e incluso los posteriores), cualquier medida desfavorable que la altere quebrantaría los principios repetidamente invocados. Inmutabilidad que, en su tesis, se extendería incluso a las disposiciones ulteriores de carácter tributario -naturaleza que atribuyen a los peajes- que tampoco podrían incidir negativamente en los beneficios derivados del régimen retributivo del que gozaban según el Real Decreto 661/2007.

Esta Sala jurisdiccional ha rechazado dicha premisa en las sentencias precedentes y hará lo propio en esta. Si en aquéllas, referidas a la impugnación del Real Decreto 1565/2010,



<http://civil-mercantil.com/>

mantuvimos que los principios invocados por las recurrentes no obstaban a que el titular de la potestad reglamentaria -dentro del respeto al límite de la "rentabilidad razonable" fijado por la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico- introdujera determinadas modificaciones en el régimen retributivo previsto por el Real Decreto 661/2007, tanto más deberemos confirmar que dichos principios no obstan a que el titular de la potestad legislativa (en este caso, ejercitada mediante un Real Decreto-ley más tarde convalidado por el Congreso de los Diputados) adopte medidas de orden general, tributarias o no tributarias, que incidan en él. Puede, pues, legítimamente decidir que todos los generadores de energía eléctrica, sin excepción, contribuyan mediante el pago de peajes a los costes imputables a las inversiones requeridas precisamente para que la energía que producen se transporte y distribuya.

Desde el punto de vista de la constitucionalidad de la medida, repetimos, y visto su alcance general (extensible al resto de la Unión Europea), no se advierte por qué de esta regla general deberían quedar excluidos los titulares de ciertas instalaciones de generación en régimen especial. El importe del peaje impuesto a los productores de energía mediante instalaciones fotovoltaicas es, por lo demás, no sólo idéntico al que se aplica al resto sino también mínimo (aproximadamente el uno por mil) en relación con el valor de la tarifa regulada que retribuye la producción de aquellas instalaciones: 0,5 euros por MWh de peaje frente a una tarifa regulada de 0,48874 euros por KWh, para instalaciones del subgrupo b.1.1 acogidas al Real Decreto 661/2007 de potencia inferior a 100 KW (Orden IET/3586/2011).

En lo que se refiere a la limitación horaria establecida por la Disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 14/2010 , exclusivamente para los años 2011, 2012 y 2013 y para las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica acogidas al régimen económico establecido en el Real Decreto 661/2007, no se discute que haya o pueda haber incidido negativamente en los beneficios empresariales de los recurrentes -y del sector fotovoltaico en general- durante los tres años de aplicación de aquélla.

Ahora bien, la perspectiva desde la que debe enfocarse la respuesta al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no queda condicionada por el importe de la disminución de beneficios durante aquel período, comparados con los de los precedentes o con los que figuraban en los cálculos de rentabilidad que los titulares de cada instalación habían realizado. Además de que los beneficios de la inversión han de ser examinados en su conjunto, considerando los treinta años de aplicación de la tarifa regulada (los demandantes admiten que durante los primeros años, y en función de las condiciones y tipos de interés de los préstamos que asumieron, en algunos casos por el cien por cien de la inversión, se producían rentabilidades negativas que sólo al cabo de los años ulteriores quedarían compensadas con las positivas), además de ello, decimos, las consideraciones que en anteriores sentencias

<http://civil-mercantil.com/>

hemos hecho sobre la noción de "rentabilidad razonable" siguen siendo aplicables a esta limitación temporal.

Pues bien, las consideraciones aplicables a la (después superada) restricción de años de disfrute de la tarifa regulada que contenía en su versión originaria el Real Decreto 1565/2010 son extensibles al cálculo de las "horas equivalentes" que incluye la Disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 14/2010 . Las previsiones del Plan de Energías Renovables 2005-2010 bajo cuyas premisas se plasmó el régimen retributivo del Real Decreto 661/2007 para las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica giraban en torno a unas horas de funcionamiento (1250 horas equivalentes al año para una instalación fija menor de 100 kW conectada a la red y 1644 horas equivalentes al año para una instalación menor de 100 kW con seguimiento a un eje) que son similares a las recogidas en la Disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 14/2010 . La "rentabilidad razonable" de dichas instalaciones acogidas al régimen económico creado por el Real Decreto 661/2007 no podía, pues, ni desvincularse de los objetivos previstos en el Plan de Energías Renovables 2005-2010 ni desconocer cuáles eran las previsiones de éste sobre las horas equivalentes de funcionamiento a partir de las cuales se calculaban los correspondientes valores retributivos.

Es posible que los inversores que se acogieron a dicho régimen retributivo hicieran sus propias previsiones de rentabilidad conforme a criterios no exactamente coincidentes con los del Plan, esto es, calculasen que las horas de funcionamiento de sus instalaciones iban a superar aquellas magnitudes y a partir de estos datos realizaran sus inversiones, con fondos propios o mediante préstamos. Tales previsiones singulares, sin embargo, no pueden ser determinantes de la rentabilidad que la Ley 54/1997 les garantizaba (y que el Real Decreto-ley 14/2010 asume en su preámbulo), como tampoco lo son los parámetros singulares utilizados en cada caso por cada uno de los inversores para la financiación de aquéllas.

No reputamos inconstitucional la limitación horaria que estamos analizando, en cuanto medida impuesta por norma con rango material de ley, a la vista de al menos cuatro circunstancias relevantes que permiten descartar los reproches de arbitrariedad y la infracción de los principios en que, a juicio de las sociedades recurrentes, ha incurrido el Real Decreto-ley 14/2010.

La primera es que, como ya se ha dicho, el número de horas equivalentes de referencia/año para las instalaciones fotovoltaicas hasta el 31 de diciembre de 2013 (que oscila desde 1250 hasta 1707 horas, en función de sus características técnicas) se atiene, según el preámbulo del Real Decreto-ley, a los valores que fueron utilizados para el cálculo de su retribución en el Plan de Energías Renovables 2005-2010 y determinaron los parámetros reflejados en el Real Decreto 661/2007. No puede afirmarse, pues, que los titulares de aquellas instalaciones se

hayan visto sorprendidos a posteriori por una limitación horaria que estaba en la base de la norma reglamentaria cuyo régimen retributivo reivindican, inalterado, para sí mismas.

La segunda es que las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica conservan su régimen específico en cuya virtud tienen asegurada la venta de la energía eléctrica producida mediante la entrada preferente en el sistema. No resultan afectadas, pues, por la caída de la demanda cuyas consecuencias para otros productores de energía eléctrica ha sido, inevitablemente, la de reducir las horas de funcionamiento de algunas de sus centrales o instalaciones.

La tercera es que la energía eléctrica generada en aquellas instalaciones fotovoltaicas por encima de los límites horarios reseñados puede ser vendida por sus productores en el mercado, obteniendo así la retribución -adicional a la tarifa regulada- que resulte del mecanismo libre de fijación de precios.

La cuarta, en fin, es que limitaciones horarias similares fueron aplicadas casi simultáneamente a la producción de energía eléctrica a partir de otras tecnologías renovables -solar termoeléctrica y eólica- por las mismas o análogas razones que en el Real Decreto-ley 14/2010 se aplicarían a la fotovoltaica. Baste a estos efectos la lectura del artículo 2 ("limitación de las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima equivalente o prima") del Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, para aquellas dos tecnologías. Las apelaciones que en su demanda hacen las recurrentes al principio de igualdad de trato entre las tecnologías renovables no tienen debidamente en cuenta esta realidad, expresiva de que la difícil situación económica general y la particular incidencia del incremento del déficit tarifario a finales del año 2010 (esto es, las causas determinantes de las restricciones impuestas por el Real Decreto-ley 14/2010) debían necesariamente tener repercusiones desfavorables para todos los agentes del mercado eléctrico.

Por los fundamentos jurídicos expuestos, no procede reconocer, como situación jurídica individualizada, el derecho de las mercantiles recurrentes a ser mantenidas en el régimen de retribución primada establecido en el artículo 36 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, antes de su modificación por el 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, en cuanto, aunque se haya acreditado, con base en el informe pericial elaborado por la Ingeniera Industrial Doña Ofelia, la producción de perjuicios económicos derivados de la minoración de ingresos previstos de la explotación de las plantas fotovoltaicas de las que son titulares, y de la reducción del valor actualizado neto contemplado en la inversión, como consecuencia de la aplicación de las disposiciones cuestionadas, al rechazarse que dichas prescripciones regulatorias sean disconformes a Derecho y no concurrir el



<http://civil-mercantil.com/>

presupuesto establecido en el artículo 71 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse todos los motivos de impugnación articulados, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de las mercantiles SOLGRID 1, S.L.U., SOLGRID 2, S.L.U., SOLGRID 3, S.L.U., SOLGRID 4, S.L.U., SOLGRID 5, S.L.U., SOLGRID 6, S.L.U., SOLGRID 7, S.L.U., SOLGRID 8, S.L.U., SOLGRID 9, S.L.U., JOKITY GESTIÓN INMOBILIARIA, S.L.U., ALBEDO 39, S.L.U., PROMOJOKITY, S.L.U., ENERSUNTEC 2, S.L. e INVERSORA ENERGÉTICA VALENCIANA, S.L.U., contra el artículo 7, apartado 3, y el Anexo III de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, y disposiciones regulatorias concordantes, así como contra el artículo primero, apartado diez, 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.

Noveno. Sobre las costas procesales.

De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

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

FALLAMOS

Primero.

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de las mercantiles SOLGRID 1, S.L.U., SOLGRID 2, S.L.U., SOLGRID 3, S.L.U., SOLGRID 4, S.L.U., SOLGRID 5, S.L.U., SOLGRID 6, S.L.U., SOLGRID 7, S.L.U., SOLGRID 8, S.L.U., SOLGRID 9, S.L.U., JOKITY GESTIÓN INMOBILIARIA, S.L.U., ALBEDO 39, S.L.U., PROMOJOKITY, S.L.U., ENERSUNTEC 2, S.L. e INVERSORA ENERGÉTICA VALENCIANA, S.L.U., contra el artículo 7, apartado 3, y del Anexo III de la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, y disposiciones regulatorias concordantes, así como contra el artículo primero, apartado diez, del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre , por ser conformes a Derecho.

Segundo.

No procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso- administrativo.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



<http://civil-mercantil.com/>

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 juzgado lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.

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.