

## El Tribunal Supremo confirma los recortes a las retribuciones de las instalaciones fotovoltaicas

STS de 13 de enero de 2014 (JUR 2014/14099)

Ana Isabel Mendoza Losana

Profesora contratada doctora de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo

---

*Medidas como la limitación de horas de funcionamiento a precio regulado, la reducción a treinta años del período con derecho a tarifa regulada o la obligación de pago de peajes de acceso no son contrarias al Derecho comunitario ni a los tratados internacionales ni a la Constitución española, no vulneran el principio de seguridad jurídica y confianza legítima, no incurren en irretroactividad prohibida, no constituyen arbitrariedad de los poderes públicos, no tienen carácter confiscatorio y no lesionan derechos adquiridos por los titulares de instalaciones fotovoltaicas [SSTS 12 de abril de 2012 (RJ 2012\5275, RJ 2012\5775, RJ 2012\5788, RJ 2012\8866); 25 de junio de 2013 (RJ 2013\5644, RJ 2013\6461, RJ 2013\6725, RJ 2013\7149, RCA 188/2012 y RCA 252/2012); 26 de junio de 2013 (RJ 2013\6729); 1 de julio de 2013 (RJ 2013\6733) y 13 de enero de 2014 (JUR 2014/14099)].*

La sentencia del Tribunal Supremo de la sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de enero de 2014 (JUR 2014\14099) se une a otras que a lo largo de 2012 y 2013 han ido configurando la doctrina del Tribunal Supremo sobre las modificaciones del régimen de retribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, -vulgarmente conocidos como "recortes a las renovables"- [SSTS 12 de abril de 2012 (RJ 2012\5275, RJ 2012\5775, RJ 2012\5788, RJ 2012\8866); 25 de junio de 2013 (RJ 2013\5644, RJ 2013\6461, RJ 2013\6725, RJ 2013\7149, RCA 188/2012 y RCA 252/2012); 26 de junio de 2013 (RJ 2013\6729); 1 de julio de 2013 (RJ 2013\6733) y 13 de enero de 2014 (JUR 2014/14099)]. Expone este documento los diversos argumentos esgrimidos por el TS para desestimar el recurso.

### 1. NORMAS Y MEDIDAS IMPUGNADAS

El Tribunal Supremo resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por diversos titulares de instalaciones de producción de energía fotovoltaica (instalaciones del tipo b.1.1) acogidas al régimen especial regulado en el

Real Decreto 661/2007 (actualmente extinguido, sin perjuicio del régimen transitorio previsto en la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico), contra diversas normas adoptadas por el Gobierno a finales del año 2010. En particular, se valoran las medidas contenidas en 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 (se elimina la retribución reconocida conforme al RD 661/2007 a partir del año 26º de vida útil de la instalación, momento a partir del cual se percibirá el precio de mercado, si la instalación sigue en funcionamiento); 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**, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. En síntesis, este real decreto ley reconoce el derecho a percepción de tarifa regulada durante 30 años; fija las horas de funcionamiento con derecho a tarifa regulada desde su entrada en vigor y hasta

el 1 de enero de 2014 y limita las horas de funcionamiento con derecho a tarifa regulada en función de la zona en la que esté ubicada la instalación a partir de esta última fecha e impone a todos los productores (incluidos los productores acogidos al régimen especial) la obligación de retribuir peajes de acceso por el vertido de energía a las redes de transporte y distribución). Además se impugnan normas de rango inferior que dan cumplimiento a las dos anteriores: **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 (artículo 7.3 y Anexo III, apartado 3); Orden ITC/619/2011, de 18 de marzo, por la que se corrigen errores de la Orden ITC/3353/2010 y la Orden ITC/1068/2011, de 28 de abril, por la que se modifica la Orden ITC/3353/2010; **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; **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;

## **2. DESESTIMACIÓN DEL RECURSO: MODIFICACIÓN RAZONABLE, PREVISIBLE Y NO RETROACTIVA DEL RÉGIMEN DE RETRIBUCIÓN A LAS INSTALACIONES FOTOVOLTAICAS**

El TS declara que las modificaciones normativas que suponen una reducción de la retribución a las instalaciones de producción de energía fotovoltaica no son contrarios al Derecho comunitario, ni a los tratados internacionales de los que España es parte, no vulneran el principio constitucional de seguridad jurídica y confianza legítima, no incurren en irretroactividad prohibida, no constituyen arbitrariedad de los poderes públicos, no tienen carácter confiscatorio y no lesionan derechos adquiridos por los titulares de instalaciones fotovoltaicas.

Niega el Tribunal que los recurrentes ostenten un derecho a mantener la retribución primada que les reconocía el artículo 36 del RD 661/2007 en su redacción anterior al Real Decreto 1565/2010, con cargo al sistema eléctrico y declara que las modificaciones que suponen una reducción de sus cuentas de resultados resultan razonables dadas las circunstancias

de la economía en general y del sector eléctrico en particular (consecución de objetivos de potencia instalada, desbordamiento del déficit tarifario que amenaza la sostenibilidad del sector) y resultaban, -o debían resultar-, previsibles para un inversor informado o debidamente asesorado.

A pesar de afectar a instalaciones acogidas al régimen del RD 661/2007, se rechaza que las modificaciones incurran en retroactividad prohibida, lo que sólo ocurriría si obligaran a estos titulares de instalaciones a devolver total o parcialmente aquello que percibieron.

Se detallan a continuación algunos de los argumentos que conducen a estas conclusiones:

- 1.º Las modificaciones son conformes al Derecho comunitario.** La Directiva de Energías Renovables (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) permite a los Estados miembros definir las medidas de estímulo a las renovables pero no les obliga a adoptar medidas de transposición que extiendan más allá de treinta años la tarifa regulada ni impide una restricción sobrevenida de las condiciones retributivas iniciales, siempre que quede "garantizada la retribución razonable de las inversiones efectuadas".
- 2.º Las modificaciones no vulneran los tratados internacionales en los que España es parte.** El 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 disposiciones sobre la protección de las inversiones en esta materia, que obliga a las partes contratantes a fomentar y crear condiciones estables, favorables y transparentes para los inversores extranjeros y a aplicar el principio de nación más favorecida o el trato que concedan a sus

propios inversores, según el régimen más favorable. El TS cuestiona la aplicación de este Tratado a los inversores españoles respecto de las decisiones adoptadas por el propio Gobierno español, lo que no se aviene con las disposiciones del Tratado y considera que, en cualquier caso, la protección de las inversiones extranjeras a la que se refiere su artículo 10 lo es contra "medidas exorbitantes o discriminatorias", concluyendo que la mera restricción a 30 años del período de disfrute de la tarifa regulada no tiene carácter exorbitante o discriminatorio y "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.

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", pero 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 ocurre en el caso analizado, ha habido un cambio de circunstancias relevantes que justifica la modificación regulatoria. Entiende el Tribunal que 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".

La reducción de retribuciones inicialmente calculadas conforme al marco regulatorio vigente no siempre atenta contra los principios generales del Derecho de la Unión Europea de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima porque aunque resulta deseable mantener la estabilidad y precedibilidad del marco regulatorio (y

especialmente del energético) y garantizar la seguridad de las inversiones, una modificación que aminora los beneficios inicialmente calculados, "no puede considerarse que (...) 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".

### 3.º La previsibilidad de la modificación y la cláusula *rebus sic stantibus*.

En la sentencia comentada se esgrimen diversos razonamientos tendentes a demostrar que un inversor diligente o debidamente asesorado debería haber previsto que la (favorable) tarifa regulada en el RD 661/2007 no se iba a mantener *sine die* y que los titulares de instalaciones fotovoltaicas acogidos al régimen especial no tenían un "derecho inmodificable" o blindado a percibir dicha remuneración. El TS invoca la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para justificar la modificación del régimen retributivo previsto en el RD 661/2007. Varios elementos debería hacer prever (al inversor diligente) la necesaria modificación del régimen retributivo de las instalaciones fotovoltaicas:

- *Consecución de los objetivos de potencia instalada.* Ciertamente, las nuevas normas suponen una reducción de la rentabilidad de las inversiones esperada conforme al RD 661/2007, pero cuando se valora si esta reducción de la rentabilidad vulnera o no el principio de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima del artículo 9.3 de la Constitución se ha de considerar que las previsiones y magnitudes de la tarifa regulada previstas en dicho Real Decreto obedecían a una determinada estimación de los objetivos de potencia eléctrica derivada de fuentes de energías renovables y al cálculo de horas en que se aplicaría la tarifa regulada. Sobrepasado con creces el objetivo establecido, considera el TS que "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»<sup>1</sup>.

- *La crisis económica general justifica el giro normativo.* Los productores que no han aceptado los riesgos del mercado y deciden acogerse a la opción de tarifa regulada deben soportar los riesgos del cambio de normativa ante la severa modificación de las circunstancias económicas. Las palabras del TS no dejan lugar a dudas: “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”.

- *Condicionamientos implícitos de aplicación del régimen especial.* El fundamento del régimen económico regulado radica en la decisión de fomentar la utilización de energías renovables por lo que no cabe esperar su permanencia sin modificaciones para el futuro. Concurren unos condicionantes implícitos o explícitos que, según el Tribunal Supremo, “cualquier operador del mercado diligente -o que hubiera acudido a un asesoramiento previo de calidad- no podía desconocer”. Así, no es razonable pensar que el RD 661/2007 garantizase la percepción de la tarifa regulada durante un período infinito, esto es, sin límite temporal alguno. Por el contrario, según el TS, 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 (...) no excedía de treinta años”. Concluye el TS que “la restricción a los 30 años que finalmente ha prevalecido tras la modificación del Real Decreto 1565/2010 es, (...), coherente con lo que [se ha] denominado ‘presupuesto implícito’ subyacente en el Real Decreto 661/2007”.

A mayor abundamiento, considera el TS que la previsibilidad de la reducción a treinta años del período de disfrute de la tarifa regulada para las instalaciones fotovoltaicas anteriores a septiembre de 2008 era tanto más acentuada en cuanto ya el Real Decreto 1578/2008 había fijado un período máximo de veinticinco años para las instalaciones fotovoltaicas posteriores a aquella

<sup>1</sup> El objetivo de potencia para la 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, es decir, se superó en casi 9 veces el objetivo previsto y en el marco del Real Decreto 661/2007; la tarifa regulada de estas instalaciones era de 460 euros/MWh.

fecha. Así, el citado RD disponía que 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.

Por otra parte y aunque la sentencia no lo menciona expresamente como "condicionante implícito" también se refiere a la previsibilidad de la limitación del 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) que, según el preámbulo del Real Decreto Ley 14/2010, se atiende 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. Declara el TS que "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".

- *Evolución tecnológica.* También la evolución de la tecnología hacía previsible el cambio normativo. Así, 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 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.

- 4.º Consideradas en conjunto, las modificaciones del régimen retributivo no tiene carácter confiscatorio ni vulneran el derecho de propiedad.** Argumentaban los recurrentes que la limitación del período de tarifa regulada a 30 años vulneraba el principio de no confiscación, enunciado en el artículo 33.3 de la Constitución por su carácter materialmente expropiatorio. Como ya hiciera en sus sentencias de 25 de junio de 2013, el TS rechaza que esta medida pueda calificarse de expropiatoria y que lesione la garantía constitucional del derecho de propiedad, así como que viole el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero del Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Individuales. La limitación del período de tarifa regulada a 30 años no supone confiscación ni expropiación de derechos pues 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.

La reducción de la tarifa regulada (por limitación de las horas de funcionamiento) es sólo una de las posibles medidas de fomento de las energías renovables adoptadas por los poderes públicos, por lo que su eventual reducción ha de ser valorada en su conjunto en el marco de otros incentivos (prioridad en el acceso, preferencia para participar en el mercado de la energía eléctrica, subvenciones directas o indirectas a instalaciones, eventual régimen tributario más beneficioso o facilidades para la obtención de créditos). El impacto de los cambios no ha de ser valorado desde la óptica particular de cada uno de ellos sino considerando el conjunto de medidas, esto es, el íntegro marco regulatorio jurídico-económico aprobado para 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,

podrían haberse introducido mediante la ampliación de determinados componentes favorables a cambio de la reducción o limitación (en este caso, meramente temporal) de otros.

Aplicando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, expuesta en la sentencia de 11 de febrero de 2010 (JUR 2010, 41206), entiende el TS que no se vulnera el derecho fundamental a la propiedad, en cuanto las medidas regulatorias cuestionadas no tienen un carácter irrazonable y se corresponden con el interés público superior de preservar la sostenibilidad del sistema eléctrico.

**5.º La modificación del régimen retributivo no constituye arbitrariedad de los poderes públicos.** Consideraban los recurrentes que la modificación del régimen de retribución de las instalaciones de producción de energía fotovoltaica vulneraba el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. A juicio del Tribunal, el cambio normativo adoptado por el Gobierno no persigue un objetivo involutivo contradictorio con el interés general, sino que las nuevas medidas “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”.

**6.º La sostenibilidad del sistema eléctrico como interés público superior que justifica el cambio normativo.** La necesidad de preservar el interés público (sostenibilidad del sistema, garantía del suministro en condiciones equitativas) justifica e impide calificar como arbitrarias (art. 9.3 CE), confiscatorias o contrarias al derecho de propiedad (art. 33 CE y artículo 1 del Protocolo Adicional Primero del Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Individuales) las medidas que permiten mantener la retribución regulada aunque de forma temporalmente limitada y cuantitativamente reducida.

**7.º La modificación no incurre en «irretroactividad prohibida».** Los recurrentes argumentaban que las nuevas normas que modificaban el régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía fotovoltaica y en particular, la que reducía a treinta el periodo con derecho a retribución regulada vulneraban el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos, pues inciden 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. El TS reproduce la doctrina de sus sentencias de 25 de junio de 2013 y distingue entre “retroactividad prohibida” y la mera “retroactividad”. No entran en 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”. La norma proyecta su eficacia no “hacia atrás” en el tiempo sino “pro futuro”, a partir de su aprobación, no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida. 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. La retroactividad prohibida 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.

**8.º El uso del real decreto ley no vulnera el principios constitucionales.** En relación con el Real Decreto Ley 14/2010, se alega la vulneración del principio de reserva legal tributaria y el marco limitativo establecido en la Constitución en relación con los decretos leyes. El TS considera que no vulnera el marco limitativo establecido en el artículo 86.1 la regulación mediante este instrumento situaciones

de carácter transitorio relativas al régimen del sector fotovoltaico pues conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 137/2011) no está vedado el real decreto ley tanto 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 el caso concreto, concurre el presupuesto habilitante, la situación de extraordinaria y urgente necesidad (significativa disminución de la demanda de energía eléctrica y notorio incremento del déficit tarifario cuya corrección inmediata era ineludible para garantizar la sostenibilidad del sistema eléctrico) que obliga a modificar el régimen de retribución de las

instalaciones fotovoltaicas en cuanto “al menos una parte de dicho déficit era debida a aquel régimen retributivo”.

Por razones de “coherencia legislativa”, admite el TS que se acuda al real decreto ley para implementar un régimen limitativo de las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas que se aplicará a partir del año 2014 junto al régimen aplicable hasta el 31 de diciembre de 2013.

Tampoco se considera vulnerado el principio de reserva legal tributaria por imponer nuevos peajes mediante real decreto ley, por cuanto el peaje de acceso de transporte o distribución no puede calificarse como tasa.