

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO CONSECUENCIA DE ACTOS REGLAMENTARIOS Y LEGISLATIVOS. INSTALACIONES FOTOVOLTAICAS

(Comentario a la STS de 18 de noviembre de 2015)¹

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF*

EXTRACTO

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

Palabras claves: responsabilidad patrimonial de la Administración, inexistencia e instalaciones fotovoltaicas.

Fecha de entrada: 04-02-2016 / Fecha de aceptación: 23-02-2016

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (Selección de jurisprudencia de Derecho administrativo del 1 al 15 de febrero de 2016).

En el presente comentario nos vamos a hacer eco de una primera sentencia muy esperada, a la que seguirán otras muchas, con relación a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial solicitadas por numerosas personas físicas y jurídicas que en su momento decidieron acometer instalaciones de producción de electricidad procedente de energía solar fotovoltaica sobre la base de su atractiva retribución, y que vieron como en el año 2010 por parte del Gobierno de la nación, con el fin de adoptar una medida tendente a corregir el endémico déficit tarifario de la energía eléctrica, disminuyó de manera drástica esta retribución. Ni que decir tiene que muchos de los instaladores y titulares de esta tipología de energía eléctrica se vieron abocados al cierre, pues los elevados costes de instalación resultaban muy gravosos y no se compensaban con la nueva modalidad retributiva.

En el supuesto que vamos a examinar nos encontramos con una mercantil instaladora de pequeño tamaño que decidió reclamar del Consejo de Ministros aproximadamente 50.000 euros de indemnización por los daños y perjuicios generados por el nuevo marco regulatorio aplicable a las instalaciones de producción de electricidad procedente de la energía solar fotovoltaica que determinó, en su momento, la decisión empresarial de promover, construir y explotar instalaciones de tal naturaleza y que fue modificado de manera imprevisible por posteriores normas reglamentarias o legales, provocando daños que la entidad califica como antijurídicos, atendida la importante reducción de rentabilidad de las instalaciones, normas tales como 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, el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Resulta ocioso poner de manifiesto que el Consejo de Ministros desestimó tal reclamación, decidiendo la afectada interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, recurso que ha dado como resultado una interesante sentencia, a la que seguirán otras muchas (salvo que los recurrentes desistan de sus recursos) dando respuesta a pretensiones similares a la aquí resuelta.

A fin de centrar adecuadamente la cuestión, el Tribunal Supremo expone el marco normativo que supuso y provocó la instalación de numerosas plantas de producción de energía fotovoltaica

y que se sitúa de manera decisiva en el año 2007, cuando el gobierno socialista de entonces dictó un real decreto, concretamente el 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, reglamento en el que se ofrecía a los titulares de las instalaciones dos posibilidades de venta de la energía producida: bien ceder la electricidad al sistema a través de la red de transporte o distribución, percibiendo por ella una tarifa regulada, única para todos los periodos de programación, expresada en céntimos de euro por kilovatio/hora, tarifa que se situó en 44,0381 euros/kWh los primeros 25 años de vida útil de la instalación y a partir del año 26 y para el resto de vida útil de la misma en 35,2305 euros/kWh; o vender la electricidad libremente en el mercado, a través del sistema de ofertas gestionado por el operador de mercado, del sistema de contratación bilateral o a plazo o de una combinación de todos ellos.

Este atractivo sistema retributivo fue objeto de una sustancial disminución por el citado Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, que como medida principal preveía la supresión del derecho al cobro de la tarifa regulada a partir del año vigésimo sexto –plazo ampliado a 28 años y finalmente a 30 por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible– desde la inscripción de la instalación. La situación se torna aún más oscura para los instaladores por la previsiones contenidas, primero, en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 14/2010, que disponía que las instalaciones solo tendrán derecho a percibir en cada año el régimen retributivo que tengan reconocido hasta alcanzar un número máximo de horas de funcionamiento, y que se fijan en función la zona solar climática donde se ubique la instalación, y segundo en la disposición transitoria primera del propio real decreto-ley, que establece un peaje a abonar por los productores de energía eléctrica, que los transportistas y distribuidores aplicarán a los productores que estuvieren conectados a sus redes un peaje de acceso de 0,5 euros/MWh.

En primer término reprocha el recurrente a la normativa cuestionada ser inconstitucional, pues obvia el principio general de irretroactividad de las normas contemplada en nuestra Constitución, pues la misma viene a afectar de manera sustancial al inicial sistema retributivo y de incentivos fijados para hacer atractiva la inversión en este tipo de instalaciones. Este argumento es rechazado de plano por el Tribunal Supremo, pues al margen de considerar que lo que invocan los actores no supone ni más ni menos que la petrificación de la normativa (cuestión a la que acudirémos posteriormente), es lo cierto que no nos encontramos ante un supuesto de retroactividad que tenga efectos jurídicos ya producidos o en derechos consolidados.

La recurrente imputa a la Administración una serie de perjuicios económicos que califica como antijurídicos en cuanto han exigido a los titulares de las instalaciones unos gastos adicionales que no eran en modo alguno previsibles a tenor de la normativa aplicable cuando obtuvieron su inscripción definitiva en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial, gastos que habría de acometer a fin de adaptar las instalaciones a las medidas previstas en la normativa descrita, además de por la rebaja de las rentabilidades de las instalaciones.

Pues bien, estos gastos y desembolsos a los que se obligan a los productores carecen de la relevancia que le otorgan los mismos, toda vez que el Tribunal Supremo, con remisión a una sentencia del 2011, los consideró ajustados a derecho, añadiéndose como argumento demoledor

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

Además, niega el Tribunal Supremo que nos encontremos ante unas medidas imprevisibles altamente gravosas para los productores, pues nos encontramos ante un sector, el eléctrico, que necesita su permanente adaptación a las necesidades de la sociedad, de manera que no cabe aceptar que nos encontremos ante unas previsiones inmutables en el tiempo al margen de las vicisitudes por las que atraviesa en cada periodo el sector eléctrico. Así, el Tribunal Supremo acuña la expresión «cargas colectivas del sector», ya que las nuevas exigencias técnicas de las plantas de producción han actuado con plena eficacia general sobre la totalidad del sector empresarial y económico que desarrolla su giro o tráfico empresarial en el ámbito de la producción de electricidad procedente de energías.

Igual suerte desestimatoria va a correr la pretensión de la actora de aducir el daño antijurídico que ha supuesto el cambio del régimen tarifario, razonado el Tribunal Supremo que en una anterior sentencia del año 2011 ya se pronunció de manera extensa sobre la conformidad a derecho de dicha novación de tarifas, pues el daño invocado no reviste las notas de actualidad y efectividad exigidas para que prospere una acción de responsabilidad patrimonial como la que se ejercita, pues es reiterada y conocida la jurisprudencia que señala que solo son indemnizables los daños *reales y actuales*, excluyéndose de esta forma los perjuicios futuros o simplemente hipotéticos.

Apunta el Tribunal Supremo un razonamiento que consideramos altamente expresivo de lo que ha supuesto en realidad el nuevo cambio tarifario y es que se afirma que el operador no ha sido privado de su derecho a vender la energía que produzca después de aquella fecha límite –30 años desde su inscripción–; podrá hacerlo en el mercado, sin que, desde luego, se pueda vislumbrar dato alguno que permita aventurar que la tarifa regulada dentro de esos 30 años vaya a seguir siendo tan extraordinariamente superior a ese precio de mercado que pueda obtenerse como la actualmente vigente.

Sigue el Tribunal Supremo desmontando los alegatos de la operadora, centrandolo ahora su atención en la previsión contenida en la ya citada disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 14/2010 que disponía que las instalaciones solo tendrán derecho a percibir en cada año el régimen retributivo que tengan reconocido hasta alcanzar un número máximo de horas de funcionamiento, y que se fijan en función la zona solar climática donde se ubique la instalación. Se alega por la actora que ello supone un cambio de las reglas de juego que ha alterado de manera absolutamente imprevisible la rentabilidad de las instalaciones, que recordemos se situaba de manera originaria en un tarifa regulada por la totalidad de la energía neta producida.

Para responder a este motivo impugnatorio el Alto Tribunal acude a su doctrina contenida en las sentencias que dieron respuesta en su momento al cambio normativo, doctrina que se

resume en una idea fuerza o nuclear, y es que los titulares de las instalaciones fotovoltaicas que obtuvieron su inscripción al amparo del Real Decreto 661/2007 no adquirieron, ni incorporaron a su patrimonio un derecho, perfecto e ilimitado, a percibir una «tarifa regulada» por la totalidad de la energía neta producida durante toda la vida de esa instalación en los términos que entonces establecía aquella disposición reglamentaria. No lo hicieron sencillamente porque no tenían un «derecho inmodificable» a que se mantuviera inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, pues era previsible, en los términos señalados por este tribunal, que ese mismo régimen se modificara para atemperarlo a las circunstancias tecnológicas, económicas y de toda índole que pudieran producirse.

Además, los productores no pueden desconocer que la nueva forma de tarificación no les impide una vez superadas las horas de producción, que la electricidad sobrante pueda ser vendida en el mercado libre, de manera que resulta del todo incierto poder llegar a cuantificar el alcance del perjuicio patrimonial que se invoca.

Reitera el Tribunal Supremo una idea que les ha de quedar clara a los reclamantes, y es que los incentivos inicialmente reconocidos a las instalaciones fotovoltaicas no pueden quedar petrificadas, pues la evolución tecnológica y la situación económica que se vaya atravesando son factores muy a tener en cuenta en la manera de retribuir estas instalaciones, sin olvidar el conocido como *déficit tarifario*, que se ha incrementado de manera sustancial en los últimos años debido en parte a que los costes reales de las actividades reguladas y del propio funcionamiento del sistema eléctrico no pueden ser absorbidos por los peajes fijados por la Administración y que son satisfechos finalmente por los consumidores. Esto último es lo que interesadamente olvidan todos aquellos que hablan de la situación en que se ha dejado a los productores de esta tipología de electricidad, cuyo inicial sistema retributivo suponía un coste mayor, que al fin y a la postre era abonado por los consumidores al repercutir en sus facturas ese sobrecoste o incentivo.

En buena lógica, para no ser todo contrario a los intereses de los recurrentes, el Tribunal Supremo exige a los poderes públicos que en todo caso se les asegure a los productores de energía fotovoltaica una rentabilidad razonable, concepto que a juicio del Alto Tribunal no se ha lesionado por el cambio tarifario y de incentivos afirmado por los recurrentes, toda vez que para compartir dicho argumento, se debería partir de un presupuesto como es la intangibilidad del sistema establecido en el año 2007, con el consiguiente mantenimiento *para siempre* de una tarifa fija para toda la energía neta producida que, como se encarga de reseñar el Tribunal Supremo, no concurre en aquella regulación.

En este sentido resulta relevante las conclusiones a las que se llega en la prueba pericial practicada en el recurso, realizada por un ingeniero industrial y un economista expertos sobre la materia, a fin de mostrar a la sala si el nuevo régimen impuesto a las instalaciones fotovoltaicas, no resulta rentable para sus titulares. Pues bien, las conclusiones a las que llegan los peritos resultan decisivas para el devenir del recurso, pues afirman que con carácter general la rentabilidad de dichas instalaciones se sitúa en torno al 8% anual, durante los 30 años fijados, y que aun reconociendo que en el corto plazo de las anualidades 2011, 2012 y 2013 se habría producido un

descenso significativo de su rentabilidad, esta circunstancia se compensa apreciado la totalidad de los 30 años fijados en la nueva normativa, pues tal extensión temporal asegura una rentabilidad que denominan razonable.