

Recientes desarrollos jurisprudenciales en el sector de las energías renovables

Luis Gil Bueno

Socio del Área de Administrativo y Regulatorio de Gómez-Acebo & Pombo

Como es conocido, el Tribunal Supremo español ha venido considerando conformes a derecho las medidas adoptadas por el Gobierno relativas a las sucesivas modificaciones llevadas a cabo entre los años 2010 y 2013 en relación con el régimen jurídico y financiero aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica mediante tecnologías renovables, cogeneración y residuos. Sin embargo, recientes pronunciamientos del alto tribunal (o, al menos, razonamientos incluidos en los votos particulares de algunas sentencias recientes) han venido a modificar o matizar en parte esta tendencia, bien cuestionando la legalidad de determinados aspectos de las recientes reformas, bien reconociendo el derecho de los particulares a ser resarcidos por determinados daños producidos por las correspondientes normas (responsabilidad patrimonial del Estado legislador).

Estas sentencias o, en su caso, votos particulares, adquieren relevancia en cuanto nos ayudan a comprender los límites, no siempre bien definidos, que no se pueden sobrepasar al llevar a cabo cambios regulatorios en este importante sector de la economía (o, en general, en cualquier otro sector regulado).

1. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador por suspensión de los procedimientos de preasignación

En diciembre del 2015, el Tribunal Supremo dio comienzo a una interesante corriente jurisprudencial consistente en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por el daño causado a promotores de instalaciones de producción de energía eléctrica (inicialmente, instalaciones de cogeneración, si bien en fechas más recientes se

ha extendido este reconocimiento del derecho al resarcimiento a otras tecnologías, como la fotovoltaica) por la suspensión —que luego se demostraría que era eliminación— de los procedimientos de preasignación de instalaciones que se llevó a cabo por el Real Decreto Ley 1/2012.

Esta jurisprudencia se inicia con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de diciembre del 2015 (RJ 2015\5416) en la que, a pesar de

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

rechazarse la pretensión indemnizatoria del demandante, por no concurrir —a juicio del tribunal— perjuicio indemnizable en el caso de autos, se establecen los criterios que permiten al alto tribunal determinar en sentencias posteriores tanto la procedencia o improcedencia de la indemnización como su cuantía.

Como se ha señalado anteriormente, el Real Decreto Ley 1/2012, de 27 de enero, suspendió los procedimientos de preasignación de retribución, suprimiendo asimismo los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos. La cumplimentación de estos procedimientos de preasignación constituía, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, para la tecnología fotovoltaica, y en el Real Decreto Ley 6/2009, de 30 de abril, para el resto de las tecnologías, uno de los requisitos para que las instalaciones del por aquel entonces llamado «régimen especial» (renovables, cogeneración y residuos con una potencia instalada inferior a 50 MW) adquirieran el derecho a percibir la retribución incentivada correspondiente.

Contra dicha suspensión los demandantes plantearon la correspondiente petición de responsabilidad patrimonial del Estado legislador ante el Consejo de Ministros, petición que fue desestimada (primero por silencio administrativo y posteriormente de forma expresa), y contra esta desestimación interpusieron el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo.

Pues bien, en la citada sentencia considera el Tribunal Supremo que la suspensión de los procedimientos de preasignación de forma sorpresiva y sin que se hubieran alcanzado los objetivos de potencia instalada fijados en la legislación y anunciados en instrumentos de carácter programático (como el Plan de Acción 2008-2012 de la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España o el Plan de Acción Nacional de Energías Renovables 2011-2020) implicaba una vulneración del principio de confianza legítima, vulneración con la que se cumple el requisito

de antijuricidad que, junto con los de existencia de un daño real, efectivo y evaluable económicamente y la relación de causalidad entre la aprobación de la norma y dicho daño, configuran el presupuesto de la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

En cuanto al daño indemnizable, entiende nuestro Tribunal Supremo que no alcanza al lucro cesante, entendido como la retribución incentivada dejada de percibir como consecuencia del no acceso al régimen retributivo primado derivado de la suspensión de la preasignación —puesto que ni el derecho a poner en funcionamiento la instalación ni el de vender la energía a una determinada tarifa venían dados por la preasignación de la instalación—, y, en cuanto al daño emergente, su resarcimiento queda limitado al importe de los gastos directamente vinculados a la solicitud de inscripción en el Registro de Preasignación (como pueden ser, por ejemplo, los derivados de la constitución y el mantenimiento de los avales requeridos para acceder a dicho registro).

Es interesante poner de manifiesto que, si bien la mayor parte de las sentencias reconocedoras de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la suspensión de los procedimientos de preasignación se refieren a instalaciones de cogeneración, el Tribunal Supremo también ha aceptado la concurrencia de este instituto en relación con otras tecnologías: así, la Sentencia del Tribunal Supremo 1734/2016, de 20 de abril, considera que dicha responsabilidad surge incluso con relación a los promotores de instalaciones fotovoltaicas afectados por la suspensión. Razona el tribunal que, pese a que en este caso el objetivo inicial de potencia que instalar plasmado en el Real Decreto 661/2007 había quedado ampliamente superado, la actuación posterior de la Administración, consistente en el establecimiento anual de cuotas de potencia que instalar al amparo del Real Decreto 1578/2008 y los anteriormente citados instrumentos programáticos, fundamentó una confianza legítima de continuidad del régimen de preasignación que se vio frustrada por la suspensión de aquél derivada del Real Decreto Ley 1/2012.

2. Anulación de los parámetros retributivos contenidos en la Orden IET/1045/2014 aplicables a las instalaciones de purines

En la Sentencia de 20 de junio del 2016, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (rec. de casación 485/2014), el tribunal anula, por no considerarlas ajustadas a derecho, ciertas previsiones de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, relativas a los parámetros retributivos aplicables a las instalaciones de generación de energía eléctrica a partir de purines de porcino.

El recurso contencioso-administrativo fue interpuesto por la Asociación de Empresas para el Desimacto Ambiental del Purín (ADAP), asociación patronal de un sector que se vio especialmente afectado por la aprobación del régimen retributivo contenido en la Orden IET/1045/2014 (de acuerdo con la información disponible, todas las instalaciones de tratamiento de purines cesaron su actividad cuando se tuvo conocimiento de la retribución aplicable de acuerdo con el contenido definitivo de la orden).

Considera acreditado el tribunal que los parámetros retributivos fijados por el regulador —concretamente, el coste de inversión inicial, los costes de explotación, «otros ingresos de explotación» y autoconsumo— son sistemáticamente inferiores a los reales, posiblemente por haberse reproducido los calculados para las instalaciones de cogeneración, desconociendo las singularidades que presentan las instalaciones de tratamiento de purines. Esta incorrecta fijación de los parámetros retributivos resulta especialmente destacable, según la sentencia, en cuanto a la atribución por la orden de un ingreso por venta de «calor útil» o energía térmica, puesto que «la venta de calor útil resulta impedida por la propia normativa reguladora, pues, como ya vimos, las plantas de tratamiento de purines deben destinar la energía térmica al secado del purín, lo que excluye su destino para otros usos» (FJ 7).

En definitiva, esta incorrecta fijación de parámetros retributivos para las plantas de tratamiento de purín conllevaba el que las instalaciones tipo establecidas en la Orden IET/1045/2014 para esta tecnología no permitían a las instalaciones reales la obtención de una rentabilidad razonable, vulnerándose por ello el principio legal de suficiencia de retribución contenido antes en el artículo 30.4 de la Ley 54/1997 (en su redacción dada por el Real Decreto Ley 9/2013) y actualmente en el artículo 14 de la vigente ley del Sector Eléctrico (Ley 24/2013, de 26 de diciembre), declarando en consecuencia la sentencia la «nulidad de los anexos II y VIII de la Orden IET/1045/2014 en la parte referida a las instalaciones de tratamiento y reducción del purín en cuanto a los valores y parámetros relativos a costes de inversión y de explotación, así como en la ponderación de otros ingresos de explotación y del autoconsumo» (FJ 8) e imponiendo a la Administración la obligación de aprobar los nuevos parámetros en el plazo máximo de cuatro meses.

3. Impugnación del desarrollo reglamentario del régimen jurídico y retributivo aplicable a las instalaciones de generación de energía eléctrica mediante tecnologías renovables, cogeneración y residuos

Y para concluir, interesa hacer una breve referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en relación con las impugnaciones del desarrollo reglamentario del régimen jurídico y retributivo aplicable a las instalaciones de generación de energía eléctrica mediante tecnologías renovables, cogeneración y residuos, llevado a cabo por el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y por la Orden IET/1045/2014.

Ambas disposiciones reglamentarias fueron objeto de recurso por varios cientos de titulares de instalaciones afectadas (además de por diversas asociaciones representativas de intereses en diversos sectores afectados por la norma), habiendo acordado la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo examinar de forma conjunta y concordada los

recursos cuyo conocimiento correspondía a dicha sección.

Con carácter general, las sentencias dictadas por la citada Sección Tercera¹ presentan idéntica estructura: un fallo desestimatorio, adoptado por los votos a favor de cuatro magistrados que componían la mayoría de la Sala, y dos votos particulares de los restantes tres magistrados, sustancialmente coincidentes en su disconformidad con la opinión mayoritaria reflejada en el fallo.

Poco cabe decir respecto del contenido del fallo de las sentencias apoyado por la mayoría de la Sala: además de rechazar las pretensiones específicas planteadas por los demandantes en los distintos procedimientos, en síntesis el tribunal considera que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 no adolecen de retroactividad contraria al artículo 9.3 de la Constitución ni infringen los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, toda vez que las normas enjuiciadas no dejan de ser meros desarrollos de previsiones contenidas en normas de rango legal que han sido expresamente consideradas constitucionales por el Tribunal Constitucional (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 270/2015, 19/2016, 29/2016, 30/2016 y 61/2016, todas ellas resolviendo impugnaciones del Real Decreto Ley 9/2013). Además, en aquellos recursos en los que se había alegado la insuficiencia de motivación, se rechaza también este argumento, por considerar que la Orden IET/1045/2014 se encuentra suficientemente motivada en cuanto a los elementos tenidos en cuenta para la fijación de los distintos parámetros que integran la denominada «retribución específica».

Sin embargo, resultan extraordinariamente interesantes los votos particulares discrepantes emitidos por don Eduardo Espín Templado y

por don Eduardo Calvo Rojas (voto discrepante este último al que se adhiere doña Isabel Perelló Domenech), que coinciden en apartarse de la opinión mayoritaria (recordemos que por un único voto), por considerar que el mecanismo retributivo tal y como ha quedado configurado en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 no venía predeterminado ni por el Real Decreto Ley 9/2013 ni por la Ley 24/2013.

Los magistrados disidentes consideran que, si bien tanto el Real Decreto Ley 9/2013 como la Ley 24/2013 pueden ser interpretados de conformidad con la Constitución —y así lo ha hecho el Tribunal Constitucional—, «el desarrollo que ha efectuado el Gobierno del nuevo modelo retributivo mediante el real decreto y orden impugnados proyecta la aplicación del nuevo modelo hasta un extremo de retroactividad que lo hace incompatible con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima» (voto particular de don Eduardo Espín Templado).

Ello es así porque, conforme a los votos particulares, la referencia a la «vida útil regulatoria» de las instalaciones a la que se refiere el nuevo régimen retributivo contenida en la Ley 24/2013 podría perfectamente interpretarse como *la vida útil regulatoria restante en el momento de la entrada en vigor del nuevo régimen retributivo*, sin tener que desplegar, por tanto, sus efectos retroactivamente. El desarrollo reglamentario habría incurrido, por ello, en un vicio de retroactividad prohibida al tomar en consideración la vida total de la instalación *desde su puesta en marcha*, la cual tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo régimen.

Adicionalmente, los votos particulares de los magistrados Calvo Rojas y Perelló Domenech consideran, en relación con la adecuada

¹ Entre otras: STS 1419/2016, STS 1436/2016, STS 1259/2016, STS 1271/2016, STS 1276/2016, STS 1267/2016, STS 1264/2016, STS 1277/2016, STS 1265/2016, STS 1310/2016, STS 1330/2016, STS 1272/2016, STS 1399/2016, STS 1426/2016, STS 1467/2016, STS 1266/2016, STS 1522/2016, STS 1578/2016, STS 1260/2016, STS 1268/2016, STS 1295/2016, STS 1334/2016, STS 1280/2016, STS 1265/2016, STS 1278/2016, STS 1335/2016, STS 1279/2016, STS 1281/2016, STS 1318/2016, STS 1523/2016, STS 1282/2016, STS 1273/2016, STS 1261/2016, STS 1269/2016, STS 1579/2016, STS 1437/2016, STS 1274/2016, STS 1353/2016, STS 1417/2016, STS 1373/2016, STS 1374/2016, STS 1375/2016, STS 1315/2016, STS 1336/2016, STS 1283/2016, STS 1376/2016, STS 1389/2016, STS 1580/2016, STS 1581/2016, STS 1354/2016, STS 1755/2016, STS 1331/2016, STS 1316/2016 y STS 1476/2016 (todas ellas de la Sección Tercera de la Sala Tercera).

justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014, que no consta en el expediente administrativo la elaboración —ni por los servicios técnicos de la Administración ni por ningún otro tercero— de estudio técnico alguno que permitiese fundamentar las soluciones y valores adoptados, lo que impide su necesaria verificación y fiscalización.

En consecuencia, todos los magistrados disidentes consideran que tanto el Real Decreto 413/2014 como la Orden IET/1045/2014 deberían haber sido declarados nulos por incurrir en retroactividad prohibida y por vulnerar los

principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, entendiéndose además, dos de ellos, que la nulidad de la orden debería haberse declarado también por carecer de justificación técnica los parámetros aplicados para la determinación del régimen retributivo.

En definitiva, si bien es cierto que el fallo mayoritario ha consagrado la validez de las normas impugnadas, el hecho de que dicha validez haya sido declarada «por la mínima» pone de manifiesto que los límites de la retroactividad prohibida y de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no son cuestiones pacíficas, al menos en el ámbito de la energía.