

NOTA INFORMATIVA SOBRE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA TERCERA, DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS NÚM. 564/2014, 650/2014 Y 787/2014

Con fecha 31 de mayo de 2016 la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado tres sentencias desestimatorias de sendos recursos promovidos contra 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 contra 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.

En estos tres recursos, y en otros con un contenido similar que han sido examinados simultáneamente por la Sala, se había discutido la adecuación a Derecho del Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 desde una triple perspectiva: la de su legalidad como tales normas reglamentarias; la de la inconstitucionalidad de las normas con rango de Ley en que se basan y de las que son desarrollo; y la disconformidad con el Derecho de la Unión Europea del bloque normativo constituido por esas normas con rango de Ley, el tan citado RD 413/2014 y sus normas inferiores de desarrollo.

Pues bien, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha acordado, por mayoría de sus componentes, desestimar los recursos por las razones que se explican a continuación.

En primer lugar, apunta la Sala que las normas reglamentarias impugnadas no definen *ex novo* un régimen jurídico que no estuviese ya establecido en todos sus elementos básicos por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (régimen luego asumido y completado por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico). Por eso –puntualiza el Tribunal Supremo-, las alegadas infracciones de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad, por el cambio del modelo retributivo y su aplicación a las instalaciones ya existentes, deben referirse a las normas con rango de ley que dichos reglamentos desarrollan; y ocurre que el Tribunal Constitucional, en una serie de sentencias que parten de la 270/2015, de 17 de diciembre, analizó precisamente la adecuación a la Constitución del Real Decreto Ley 9/2013, y descartó la pretendida vulneración de aquellos principios.

Por las mismas razones se rechaza que se hubiera producido una utilización indebida de la vía del Real Decreto-ley para la aprobación de la reforma introducida por el Real Decreto-ley 9/2013, al haber sido tal planteamiento desestimado por el Tribunal Constitucional.

También con base en las razones dadas por el Tribunal Constitucional se desestiman los motivos de impugnación que, *primero*, ponían en cuestión la tramitación procedimental urgente del Real Decreto 413/2014, y *segundo*, denunciaban la supuesta vulneración, en dicho procedimiento, del derecho a la participación regulado en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Apunta, en este sentido, el Tribunal Supremo que la tramitación por vía de urgencia, con el correspondiente acortamiento del plazo para el trámite de audiencia, venía decidida por una norma con rango legal, que, por lo demás, resulta coherente con la apreciación de urgencia que llevó al uso de la vía del Real Decreto-ley; pudiéndose decir lo mismo con relación a la tramitación de la Orden Ministerial que se elaboró de forma paralela con la del Real Decreto. Por lo demás, añade el Tribunal Supremo, las alegaciones que los interesados formularon en ese breve plazo no fueron ignoradas, pues la “Memoria del análisis del impacto normativo del proyecto de Orden” que obra en el expediente se refiere con algún detenimiento a ellas.

Desestima igualmente la Sala el recurso desde la perspectiva de la alegada infracción del principio de irretroactividad. Recuerda una vez más el Tribunal Supremo que el Tribunal Constitucional ya ha descartado que el Real Decreto-Ley 9/2013 incurriese en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución. Con base en las declaraciones del Tribunal Constitucional, rechaza la Sala Tercera del Tribunal Supremo que los reglamentos impugnados hayan incurrido en tal retroactividad, toda vez que el nuevo régimen retributivo se inició en la fecha de la entrada en vigor de la norma que lo instituye, el Real Decreto-ley 9/2013, y no anula ni modifica las retribuciones pasadas, sino que proyecta sus efectos a partir de su entrada en vigor. Matiza el Tribunal Supremo que, ciertamente, para el cálculo de los parámetros retributivos se toman en consideración las retribuciones ya percibidas en el pasado, proyectando el nuevo modelo retributivo desde el comienzo del funcionamiento de las instalaciones; pero esta previsión tan solo implica que la rentabilidad razonable que tienen derecho a percibir los titulares de estas instalaciones se calcula sobre toda “su vida útil regulatoria” sin tener que devolver las cantidades ya percibidas en el pasado.

Advierte el Tribunal Supremo que, ciertamente, el legislador ha modificado el régimen retributivo de las instalaciones preexistentes, al establecer una llamada “rentabilidad razonable” que se contempla para el conjunto de la vida útil de la instalación, lo que permite tomar en consideración las retribuciones ya percibidas desde el comienzo del funcionamiento de dichas instalaciones, a los efectos de calcular las retribuciones futuras que tienen derecho a percibir al margen del mercado. Ahora bien, por mucho que tal modificación de la llamada “rentabilidad razonable” incida en situaciones jurídicas creadas antes

de la entrada en vigor de dicha norma y que siguen produciendo efectos, eso no implica una retroactividad prohibida, dado que la nueva metodología solo afecta al cómputo global de la rentabilidad que tienen derecho a percibir los titulares de estas instalaciones, pero no reviste incidencia alguna sobre las cantidades percibidas en el pasado. Apunta, en este sentido, el Tribunal Supremo que lo contrario supondría reconocer el derecho consolidado a percibir una determinada rentabilidad también para el futuro, petrificando el régimen retributivo ya existente, lo cual ha sido expresamente rechazado por el propio Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional.

Tampoco comparte el Tribunal Supremo la alegación de los recurrentes de que el Real Decreto impugnado atribuye a la retribución cobrada en el pasado la condición de “entregas a cuenta” y abre la posibilidad de devolución de la retribución previamente obtenida. Frente a estas consideraciones de los recurrentes, señala el Tribunal Supremo que el nuevo régimen retributivo establecido por el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013 precisaba de su desarrollo reglamentario que determinase los parámetros concretos para su aplicación efectiva a las distintas instalaciones de producción de energía eléctrica, por lo que la disposición transitoria 3ª del Real Decreto-ley 9/2013 previó la aplicación transitoria del régimen retributivo derogado hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo, es decir, hasta la aprobación del Real Decreto 413/2014 y Orden IET/1045/2014 (impugnados en estos recursos); de forma que el organismo encargado de la liquidación seguiría abonando hasta dicho momento de aprobación de las disposiciones reglamentarias de desarrollo, con carácter de “pago a cuenta”, los conceptos liquidables devengados por las instalaciones con arreglo al régimen anterior. Por tanto, no debe confundirse este pago a cuenta previsto en la transitoria 3ª del Real Decreto-ley 9/2013, limitado exclusivamente a ese periodo intermedio entre la entrada en vigor del Real Decreto-ley y la ulterior aprobación de las normas reglamentarias de desarrollo, con las retribuciones pasadas percibidas bajo la vigencia del Real Decreto 661/1997, que quedaron integradas en el patrimonio de los titulares de las instalaciones de forma definitiva y no resultaron afectadas por el nuevo régimen retributivo.

Puntualiza el Tribunal Supremo que la retribución de ese periodo intermedio o transitorio, durante el que los titulares de las instalaciones perciben un “pago a cuenta”, no incurre en retroactividad prohibida, como ha declarado el Tribunal Constitucional en la STC 270/2015, dado que el Real Decreto-ley 9/2013 produce efectos a partir de su entrada en vigor, y los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado quedan sujetos al nuevo régimen retributivo desde la entrada en vigor del mismo, sin perjuicio de que la cuantificación precisa de su retribución no se produzca hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente; y sin que dicha sujeción incida en derechos patrimoniales previamente consolidados e

incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya consumadas.

Rechaza el Tribunal Supremo que en el nuevo régimen retributivo pueda darse el caso de que algunas instalaciones tengan que devolver lo “cobrado de más”. Dicha hipótesis constituiría un supuesto de retroactividad prohibida, por afectar a derechos consolidados e integrados en el patrimonio del sujeto, pero semejante eventualidad no se da en el nuevo régimen retributivo, porque lo impide expresamente la disposición final 3ª, apartado 4, de la Ley 24/2013.

A continuación el Tribunal Supremo examina y rechaza las alegaciones de los recurrentes sobre la pretendida vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, debida –a juicio de aquellos- al hecho de que la Administración estableció un régimen de tarifa regulada durante la vida útil de la instalación y después, cuando ya estaba realizada toda la inversión, y de forma sorpresiva, lo revocó y lo sustituyó por otro régimen “de rentabilidad razonable” que les priva de una rentabilidad entre el 13% y el 30%, lo que constituye, a su juicio, una expropiación de unos derechos patrimoniales adquiridos en virtud de la normativa vigente en aquel momento, sin que exista ninguna medida compensatoria o indemnizatoria por este cambio normativo.

Tal planteamiento es, en efecto, rechazado por el Tribunal Supremo, ante todo porque el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre la cuestión al declarar que aquellos principios no resultan vulnerados por las modificaciones en el régimen retributivo llevadas a cabo por el RD-ley 9/2013 (norma a la que, según estas sentencias, se refieren, en realidad, las alegaciones de los recurrentes).

Constata, en este punto, el Tribunal Supremo que los recurrentes no han identificado ningún tipo de compromiso o de signo externo, dirigido a ellos por la Administración, en relación con la inalterabilidad del marco regulatorio vigente al tiempo del inicio de su actividad de generación de energía procedente de fuentes renovables. Tampoco el ordenamiento vigente en aquel momento podía considerarse –por sí mismo- un signo externo concluyente bastante para generar la confianza legítima, racional y fundada, de que el régimen retributivo entonces articulado no podía resultar alterado en el futuro, pues ninguna disposición garantizaba que la tarifa regulada fuera inmodificable.

Recuerda el Tribunal Supremo que la jurisprudencia uniforme viene señalando que las normas ordenadoras de la producción de energía eléctrica, a partir de fuentes renovables, garantizan a los titulares de estas instalaciones el derecho a una rentabilidad razonable de sus inversiones, pero no les reconocen un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el marco retributivo, siempre que se respeten las prescripciones de la Ley del Sector Eléctrico en cuanto a la rentabilidad razonable de las inversiones; como es el caso, a juicio de la Sala, desde el momento que el nuevo régimen jurídico de las energías

renovables mantiene una retribución regulada específica para las instalaciones que garantiza esa rentabilidad razonable.

Cierra en este punto su razonamiento el Tribunal Supremo señalando, con nueva remisión al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que la ponderación de las circunstancias económicas y financieras que atravesaba el sector eléctrico al tiempo de la aprobación de las normas cuestionadas permite concluir que no podía calificarse de inesperada la modificación controvertida.

Tampoco acoge el Tribunal Supremo el alegato de los recurrentes sobre vulneraciones de la Directiva europea 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. Los recurrentes entendían que la regulación impugnada restringe la utilización de fuentes de producción de energía renovable, en términos incompatibles con el Derecho europeo, pero el Tribunal Supremo no comparte tal planteamiento, al contrario, considera que el nuevo modelo preserva el fomento de esta tecnología, a la vez que garantiza la sostenibilidad económica global del sistema eléctrico; y en todo caso el Derecho europeo concede una amplia libertad a los Estados en la definición de las medidas de fomento sobre el sector.

Añade el Tribunal Supremo que no puede considerarse irrazonable que entre los derechos de los productores de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables no se establezca un tratamiento prioritario con carácter absoluto a la venta de energía a través del operador del sistema respecto de la energía procedente de otras fuentes, que pueda obstaculizar otros objetivos explicitados en la Directiva de que los usuarios accedan al servicio de suministro eléctrico a precios asequibles. Un acceso prioritario absoluto, con independencia de las condiciones económicas del mercado, supondría que el Estado estaría obligado a asumir el diferencial entre el precio ofrecido por los productores de energía renovable y el obtenido por su venta en el mercado, volviéndose a un régimen primado de toda la energía generada al precio fijado por dichos productores, lo cual socavaría la base misma del sistema regulatorio diseñado y haría inviable la sostenibilidad del sistema eléctrico, sin que tal exigencia venga impuesta por la normativa comunitaria

Finalizan estas sentencias su fundamentación jurídica rechazando las alegaciones de los recurrentes sobre la vulneración del principio de igualdad y no discriminación (artículo 14 de la Constitución). Critica la Sala que dichas alegaciones se han formulado de manera escueta, en términos genéricos y sin un desarrollo argumental mínimamente consistente.

Las sentencias tienen un voto particular firmado por 2 de los 7 magistrados que formaron la Sala, Eduardo Calvo e Isabel Perelló, que consideraban que tanto el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, como la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, deberían haber sido declarados nulos por incurrir en retroactividad ilícita y en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza

legítima, en cuanto la regulación que se contiene en tales disposiciones reglamentarias se proyecta retrospectivamente sobre la actividad que las instalaciones preexistentes habían desarrollado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio.

El voto particular argumenta que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 “pretenden reformular la realidad anterior a su entrada en vigor, proyectando sobre ella los mismos criterios y parámetros que se aplican a las instalaciones nuevas, incurriendo con ello en el grave defecto que los historiadores denominan “presentismo”, que consiste en juzgar el pasado con arreglo a información –o, como en este caso, con arreglo a una normativa- que no existía entonces. Y en el ámbito estrictamente jurídico, al que debe ceñirse este voto particular, supone, sencillamente, que la regulación reglamentaria tiene una decida voluntad de operar de manera retroactiva, porque, como he intentado explicar, la eficacia de la reforma no se proyecta únicamente hacia adelante en el tiempo sino también hacia atrás”.

-O-O-O-