



Roj: **STS 2724/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2724**

Id Cendoj: **28079130052018100307**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **10/07/2018**

Nº de Recurso: **4665/2016**

Nº de Resolución: **1177/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 1.177/2018**

Fecha de sentencia: 10/07/2018

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 4665/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 4665/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 1177/2018**

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Cesar Tolosa Tribiño

En Madrid, a 10 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo que con el número 4665/2016 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador D. Eduardo Moya Gómez, en nombre y representación de las sociedades "ACAPITAL COGENERACIÓN S.L." y "**MONFORTE** DE ENERGÍA, S.L.", que han sido defendidas por el letrado don Manuel Sáez Giménez, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de febrero de 2016 desestimatorio de la reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Ha sido parte demandada el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Por la representación procesal de las sociedades "ACAPITAL COGENERACIÓN S.L." y "**MONFORTE** DE ENERGÍA, S.L." se interpuso recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de febrero de 2016, desestimatorio de la reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial, como consecuencia de los cambios legislativos operados en materia de regulación del marco tarifario y retributivo de la cogeneración, que hicieron inviable la instalación de una planta de cogeneración de energía. El recurso fue admitido por la Sala, motivando la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se puso a disposición del procurador D. Eduardo Moya Gómez, para que, en la representación que ostenta, formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días, lo que verificó con el oportuno escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala: <<[...] dicte sentencia estimatoria de esta demanda en la que se declare la nulidad de actuación impugnada, y se declare la responsabilidad del estado legislador y el derecho de mis mandantes a la percepción de la cantidad de SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS NUEVE EUROS CON SETENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO (639.409,78.-euros) como cuantía indemnizatoria, con los correspondientes intereses legales devengados desde el momento en que tal responsabilidad debió ser reconocida por la Administración. Todo ello con expresa imposición a la Administración demandada del pago de las costas del presente procedimiento contencioso administrativo; y con todos los pronunciamientos accesorios que correspondan.>>

**SEGUNDO.**- Dado traslado del escrito de demanda a la parte contraria, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, presentó escrito interesando que la Sala <<[...] dicte sentencia por la que desestime el recurso y se impongan las costas a las recurrentes. Con lo demás que sea procedente.>>

**TERCERO.**- Por Auto de 15 de diciembre de 2016 se acordó el recibimiento a prueba del presente recurso, y practicada la prueba admitida con el resultado obrante en las actuaciones, se acordó sustanciar el pleito por conclusiones sucintas, concediéndose a las partes el término sucesivo de diez días, cumplimentándose dicho trámite por la representación procesal de las sociedades mercantiles y por el Abogado del Estado con el resultado que puede verse en las actuaciones.

**CUARTO.**- Y declaradas conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 3 de julio de 2018, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO. Objeto del recurso. Fundamentos de la pretensión.-**

Se interpone el presente recurso contencioso administrativo número 4665/2016 por la representación procesal de las sociedades "ACAPITAL COGENERACIÓN S.L." y "**MONFORTE** DE ENERGÍA, S.L.", contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de febrero de 2016 desestimatorio de la reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial del Estado legislador. El mencionado acuerdo impugnado traía causa de la instancia presentada en nombre de la mercantil recurrente, presentada en fecha 8 de mayo de 2014 ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en la que se reclamaban los daños y perjuicios que se decían se le habían ocasionado por los << *cambios legislativos operados en materia de regulación del marco tarifario y retributivo de la cogeneración, a resultas de los concretos instrumentos normativos*>> a los que se hacía referencia en dicho escrito.



En apoyo de dicha reclamación se hacía constar que la recurrente se había constituido con la finalidad de << proceder a la inversión y operación de una planta de cogeneración en la finca e instalaciones de la empresa Euroserum Ibérica, S.L., ubicada en el municipio de **Monforte de Lemos** (Lugo)... la finalidad de la instalación de cogeneración consistía en que la energía producida por la planta (vapor y agua caliente) sería vendida a Euroserum Ibérica, a la vez que se exportaría la electricidad generada a la red eléctrica, la cual se acogería al régimen especial de productores de energía eléctrica establecido por el Real Decreto 661/2007 y su modificación por el R.D. 1565/2010, circunstancia ésta absolutamente fundamental para acometer la inversión y para la viabilidad económica del proyecto...

(L)a planta de cogeneración que se proyectaba era de 7,034 MW con el montaje de un motor Wartsila 16V 34 SG de 16 cilindros en V, que conllevaba una inversión aproximada de 5,5 millones de euros por todos los conceptos...

(P)or tratarse de una planta de 7,03 MW, el precio de venta de la electricidad a la red eléctrica prácticamente no se beneficiaría de ningún tipo de bonificación tarifaria (complemento de prima por eficiencia), pero sí de la garantía de exportación a la red de toda la energía eléctrica producida.

La situación jurídica creada con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 9/2013, que desincentiva la adopción de medidas de ahorro energético por parte de los consumidores, al incrementar los peajes de acceso contribuyendo a desligar el precio de la energía de su nivel de consumo, convierte en inútil la inversión realizada... a pesar de haber puesto todos los medios y llevado a cabo correctamente todas las actuaciones preparatorias para el buen fin del proyecto, razón por la cual el mismo ha sido abandonado con el consiguiente perjuicio económico derivado de la pérdida por los costes asumidos hasta la fecha, además de toda la ganancia proyectada y dejada de obtener por el citado cambio normativo...>>

A la vista de esos presupuestos se consideraba que los cambios normativos que se habían realizado en la materia de cogeneración, comportan que se ha incurrido en responsabilidad del Estado Legislador, conforme a la normativa y jurisprudencia que se considera procedente, lo que genera el derecho de la recurrente a la indemnización de los daños y perjuicios que se reclaman en dicha solicitud y que se fijan en la cantidad de 639.409,78 €.

A la vista de la mencionada reclamación, se inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial con fundamento en actuación del Estado Legislador, siguiéndose los trámites oportunos, entre ellos el informe del Consejo de Estado –en sentido contrario a la declaración de responsabilidad–, que concluye con el acuerdo del Consejo de Ministros que se recurre en este proceso, en el que se declara que no procedía el reconocimiento de la indemnización reclamada por la recurrente.

A la vista de la decisión de la Administración, se interpone el presente recurso en su impugnación, reclamándose la procedencia de la responsabilidad exigida, conforme se suplica en la demanda, fundándose dicha responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por la aprobación y aplicación del Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (1), del 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 (2), y 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 (3).

Sostiene la parte recurrente que las citadas normas han implantado un nuevo régimen retributivo respecto de las instalaciones de energía eléctrica por cogeneración que modifica los parámetros de cálculo anteriores y suprime la prima o subvención a percibir por los titulares de este tipo de instalaciones, que ocasionan un daño antijurídico que ha de ser indemnizado. Considera la recurrente que el nuevo sistema se aplica retroactivamente, pues se aplica no sólo a las futuras instalaciones que surjan tras ese cambio normativo, sino también a las que ya se encuentran en funcionamiento. Se vulnera, por tanto, la seguridad jurídica, y también la confianza legítima, ya que se llevaron a cabo unas inversiones en la creencia de que el régimen retributivo se mantendría durante la vida útil de la instalación.

La Abogacía del Estado se opone a la pretensión estimando que los fundamentos del acuerdo impugnado son procedentes y, conforme a ello, procede la desestimación de la demanda.

#### **SEGUNDO. Doctrina de la Sala. Desestimación del recurso.-**

Las cuestiones que plantea el recurso ya han sido resueltas por esta Sala en numerosas sentencias en las que contemplando escritos de demanda análogos al rector de los presentes autos, se ha llegado a la conclusión desestimatoria de las pretensiones indemnizatorias formuladas.



Valga al respecto la cita de las sentencias de 25 de enero, 15 de febrero y 25 de mayo de 2017, seguidas en la más reciente sentencia 393/2018, de 12 de marzo, dictada en el recurso contencioso administrativo 165/2016, y la sentencia 667/2018; de 24 de abril, dictada en el recurso contencioso-administrativo 4693/2016, a la que seguimos, en la que siguiendo la Jurisprudencia emanada de sentencias anteriores que se citan, llegan en efecto a la solución desestimatoria de los recursos formulados.

Pues bien, por razones de seguridad jurídica y unidad de doctrina, anunciamos ya la desestimación del presente recurso remitiéndonos a la fundamentación de la sentencia citada en primer lugar.

Decíamos en esa sentencia y reiteramos lo siguiente:

<<[SEGUNDO].- El cambio en el sistema de retribución

El enjuiciamiento de tales cuestiones debe tomar como punto de partida, a modo de consideración preliminar, el contraste entre el régimen jurídico anterior, previsto en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y el establecido en el Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio ya citado, que en su disposición derogatoria única 2.a) deroga el anterior Real Decreto 661/2007.

El citado *Real Decreto 661/2007*, al amparo del que se realizó la inversión, tenía como finalidad, a tenor de su preámbulo, impulsar este tipo de instalaciones de cogeneración, además de las energías renovables, mediante incentivos económicos. Desde el punto de vista de la retribución, la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial preveía la posibilidad de que su régimen retributivo se complementara mediante la percepción de una prima en los términos reglamentariamente establecidos. Para su determinación podían tenerse en cuenta factores como el nivel de tensión de entrega de la energía a la red, la contribución a la mejora del medio ambiente, el ahorro de energía primaria, la eficiencia energética y los costes de inversión en que se haya incurrido.

El marco económico establecido en dicho real decreto de 2007 desarrolla los principios recogidos en la *Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico*, garantizando a los titulares de instalaciones en régimen especial una retribución razonable para sus inversiones y a los consumidores eléctricos una asignación también razonable de los costes imputables al sistema eléctrico, si bien se incentiva la participación en el mercado, por estimarse que con ello se consigue una menor intervención administrativa en la fijación de los precios de la electricidad, así como una mejor y más eficiente imputación de los costes del sistema, en especial en lo referido a gestión de desvíos y a la prestación de servicios complementarios. Se mantiene, por tanto, un sistema análogo al contemplado en el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, en el que el titular de la instalación puede optar por vender su energía a una tarifa regulada, única para todos los periodos de programación, o bien vender dicha energía directamente en el mercado diario, en el mercado a plazo o a través de un contrato bilateral, percibiendo en este caso el precio negociado en el mercado más una prima.

Acorde con lo expuesto, en el artículo 24 se ofrecía, en definitiva, 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; 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.

El régimen descrito es objeto de alguna modificación destacable, entre otros, 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*; por 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*; y por el Real Decreto Ley 1/2012, de 27 de enero, *por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica, a partir de cogeneración, fuentes de energías renovables y residuos*; y, en fin, la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, *de medidas fiscales para la sostenibilidad energética*.

El sistema que alumbra el *Real Decreto Ley 9/2013*, por lo que hace al caso, elimina la diferencia entre el régimen ordinario y el régimen especial de producción de energía eléctrica. Establece un único sistema que se basa en la retribución en atención a la participación en el mercado. Si bien para asegurar una "rentabilidad razonable" se prevé un régimen específico que únicamente resulta de aplicación cuando la retribución de mercado no permita cubrir costes a una empresa *eficiente y bien gestionada*.

Este cambio se funda en las características del sistema eléctrico español que genera un déficit tarifario que, con el paso del tiempo, se ha convertido en estructural, como expresa la exposición de motivos del Real Decreto Ley 9/2013, debido a que los costes reales asociados a las actividades reguladas y al funcionamiento del



sector eléctrico resultan superiores a la recaudación por los peajes que fija la Administración y que pagan los consumidores. Por ello, entre otras razones, se habilita al Gobierno para aprobar un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos. Así, se modifica el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico para introducir los principios concretos sobre los que se articulará dicho régimen, al objeto de acotar el margen de actuación del Gobierno en el desarrollo de los regímenes retributivos para estas instalaciones. Este " *se basará en la percepción de los ingresos derivados de la participación en el mercado, con una retribución adicional que, en caso de resultar necesario, cubra aquellos costes de inversión que una empresa eficiente y bien gestionada no recupere en el mercado*", según declara la citada exposición de motivos del Real Decreto Ley de 2013. En este sentido, conforme a la jurisprudencia comunitaria, se entenderá por empresa eficiente y bien gestionada aquella empresa dotada de los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, cuyos costes son los de una empresa eficiente en dicha actividad y considerando los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la realización de sus funciones. El objetivo es garantizar que no se tomen como referencia los elevados costes de una empresa ineficiente. De esta manera se pretende la cobertura de los costes adicionales de estas instalaciones respecto de las del resto de tecnologías en el mercado.

**[ TERCERO].-** Los precedentes a tener en cuenta

Antes de examinar los motivos de impugnación que se esgrimen en el escrito de demanda, debemos tener en cuenta, por su evidente conexión con este proceso, las siguientes resoluciones de este Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

**1 .-** La STC 270/2015, de 17 de diciembre , que desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra 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.

**2 .-** Las Sentencias de esta Sala Tercera (Sección Tercera), entre otras, de fecha 1 de junio de 2016, dictadas en los recursos contencioso-administrativos nº 493/2014 , nº 787/2014 , nº 657/2014 , nº 652/2014 , nº 564/2014 , nº 631/2014 , nº 660/2014 , nº 661/2014 , nº 654/2014 , nº 653/2014 , nº 682/2014 , nº 630/2014 , nº 783/2014 , nº 641/2014 , nº 649/2014 , nº 650/2014 , nº 427/2014 , nº 752/2014 , nº 472/2014 , nº 647/2014 y nº 651/2014 que desestimaron los recursos contencioso administrativos interpuestos 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.

**3 .-** Las Sentencias de esta Sala Tercera (Sección cuarta), todas de fecha 21 de enero de 2016, dictadas en los recursos contencioso-administrativos nº 563/2012 , nº 841/2012 , nº 627/2012 , nº 507/2012 y nº 515/2012 , que desestimaron los recursos interpuestos contra los acuerdos del Consejo de Ministros que desestimaron las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por los daños y perjuicios causados a sus instalaciones de producción de electricidad procedente de energía solar fotovoltaica, por la entrada en vigor del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, y de la Ley 2/2011, de 4 de marzo.

**[ CUARTO].-** La aplicación retroactiva de la norma

Nos corresponde, ahora sí, partiendo del cambio en el sistema retributivo y de lo declarado en las citadas sentencias, analizar las lesiones que la mercantil recurrente atribuye, y de las que hemos dejado constancia en el fundamento primero, a la denegación presunta, por el Consejo de Ministros, de la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado legislador formulada por el daño ocasionado tras el cambio regulatorio contenido en el bloque normativo integrado por el Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio, el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, antes citados.

En relación con la irretroactividad, conviene destacar que el límite expreso de la retroactividad, denominada *in peius*, de las leyes se circunscribe a las leyes *ex postfacto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, nada impide, a tenor del artículo 9.3 de la CE , al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere necesario, ya que de lo contrario se podrían producir situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico ( STC 49/2015, de 5 de marzo ), que impedirían dar respuesta a los problemas o dificultades aparecidas. En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional ( SSTC 42/1986, de 10 de abril , y 65/1987, de 21 de mayo ), al destacar que lo que prohíbe el citado artículo 9.3 de la CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya cerrados, ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad sólo es aplicable a los derechos que ya han sido consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los todavía pendientes, futuros, condicionados y expectativas, por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio , y 178/1989, de 2 de noviembre . De



modo que una norma es retroactiva, con lesión del artículo 9.3 de la CE , cuando incide sobre relaciones ya consagradas y afecta a situaciones terminadas y agotadas.

Por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida por el citado artículo 9.3 de la CE , las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso, según declara la STC 270/2015, de 17 de diciembre .

Los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica, en cogeneración, como la recurrente que tiene dos instalaciones (BP OIL 1 y BPOIL 2), en régimen primado, se encuentran sujetos a ese nuevo régimen retributivo desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, aunque quedara demorada hasta la aprobación de la norma reglamentaria (Real Decreto 413/2014, de 6 de junio), la concreta fijación de dicha retribución. Esta vinculación no comporta una lesión o compromiso de los derechos adquiridos, pues no afecta a los derechos patrimoniales previamente terminados, consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o a esas situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas.

En este sentido, la expresada STC 270/2015 concluye, respecto de la constitucionalidad del expresado Real Decreto Ley 9/2013, en lo que se refiere al nuevo régimen retributivo, que " *En suma, conforme a la doctrina de este Tribunal, el art. 9.3 CE no contiene una prohibición absoluta de retroactividad que conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.3 CE ( STC 126/1987, de 16 de julio , FJ 11), ni impide que las leyes puedan afectar a derechos e intereses derivados de situaciones jurídicas que siguen produciendo efectos, pues no hay retroactividad proscrita cuando una norma regula pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor o cuyos efectos no se han consumado, ya que el legislador puede variar ex nunc el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución ( STC 227/1988, de 29 de noviembre , FJ 9).*

*El Real Decreto-ley 9/2013 tiene una vigencia inmediata y produce efectos a partir de su entrada en vigor. Los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado están sujetos a ese nuevo régimen retributivo desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, sin perjuicio de que la cuantificación precisa de dicha retribución no se produzca hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente, y sin que dicha sujeción conlleve una afectación desfavorable a los derechos adquiridos, desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas.*

*De este modo una medida normativa como la impugnada no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE , pues nos hallamos ante relaciones jurídicas no concluidas, cuya resistencia a la retroactividad de la ley es menor que en los supuestos de retroactividad auténtica, debiendo reconocérsele al legislador un amplio margen de libertad en la constatación de la concurrencia de circunstancias concretas y razones que pudieran ser discutibles en el debate político, pero que, desde el punto de vista constitucional, aparecen como suficientes para justificar la retroactividad impropia ante la que nos encontramos.*

*No estamos, en suma, ante una norma sancionadora o restrictiva de derechos, ni ante una regulación que afecte a una situación «agotada», consolidada, perfeccionada o patrimonializada -en los términos utilizados por nuestra jurisprudencia- que haya sido revertida in peius con efecto retroactivo, por lo que no concurre un supuesto de retroactividad constitucionalmente prohibida, y, en consecuencia, no se produce una vulneración del art. 9.3 CE".*

También la STS de 1 de junio de 2016 , que enjuició la legalidad del Real Decreto 413/2014, antes citada, declara que " *que la nueva regulación no obliga a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas existentes a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, en cuanto se limita a disponer la aplicación del nuevo régimen económico a las instalaciones existentes, atendiendo a un criterio legal explícito y objetivo, basado en la obtención de una rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida útil de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, por referencia a la instalación tipo que les permite cubrir las cuotas de inversión que se corresponden a una empresa eficiente y bien gestionada y competir en el mercado en un nivel de igualdad con el resto de tecnologías .->. Añadiendo que << criterios recogidos en la sentencia de esta Sala que cita la parte recurrente, de 25 de septiembre de 2012 (recurso 71/2011 ) , que reproduce el contenido de sentencias anteriores de 12 de abril y 19 y 26 de junio de ese mismo año , ( recursos 40/2011 , 62/2011 y 566/2010 ) , interpuestos contra el Real Decreto 1565/2010, nos llevan a estimar que el Real Decreto ahora impugnado no incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución española , pues carece de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, en el sentido de que no anula, ni modifica ni revisa las retribuciones pasadas, percibidas por los titulares de instalaciones de energía renovables bajo la vigencia del régimen del Real Decreto 661/2007, sino que el Real Decreto impugnado proyecta sus efectos a partir de la*



*entrada en vigor del nuevo régimen retributivo, instaurado por el Real Decreto-ley 9/2013, que sustituyó el anterior régimen retributivo."*

[QUINTO].- La confianza legítima y la seguridad jurídica

Respecto de la lesión de la confianza legítima, como trasunto de la seguridad jurídica, y con relevancia a los efectos sobre la antijuridicidad del daño, no podemos considerar que haya resultado lesionada, pues aunque es cierto que la Administración no puede adoptar decisiones que contravengan las perspectivas y esperanzas fundadas en sus propias decisiones anteriores, lo cierto es que en este caso las decisiones, sobre el cambio de regulación en el régimen retributivo de la producción de energía eléctrica, no se había generado esa necesaria confianza y certeza basada en la coherencia del comportamiento del Legislador y de la Administración, que desde luego no puede ser defraudada mediante una actuación sorprendente e inesperada.

Así es, el cambio de sistema retributivo que elimina la diferencia entre el régimen ordinario y el régimen especial de tarifa regulada, y establece un sistema que basa la retribución en función de la participación del mercado, aunque asegurando una "rentabilidad razonable", no fragua una fundada esperanza de lo que era razonable y coherente esperar. Y no lo hace, en atención a las características del ámbito sectorial en el que nos encontramos, pues la energía en general y, fundamentalmente, el sistema eléctrico en particular, han sido objeto de sucesivas reformas, a modo de ajustes, modulaciones, o cambios normativos de mayor o menor intensidad y calado, pero que tienen como común denominador el intento de equilibrar el sistema, que por razón de la crisis económica en el momento de dictarse el Real Decreto Ley 9/2013, y la evolución de las circunstancias en este sector, no se alcanzaban los objetivos perseguidos para el sistema eléctrico.

Las reformas sucedidas en este ámbito sectorial han sido numerosas e importantes, de modo que no podemos considerar, a los efectos de la confianza legítima, que un observador atento de tales modificaciones, como las que se recogen en la exposición de motivos del Real Decreto Ley 9/2013, pueda considerar que el sistema retributivo iba a permanecer inalterable durante la vida útil de la instalación. Ni tampoco que el apoyo a las energías renovables, en virtud de la Directiva 2009/28/CE que cita la recurrente, iba a comportar una petrificación del ordenamiento jurídico en este punto, ajeno a la evolución de la economía y de las desviaciones detectadas en el sistema eléctrico.

En definitiva, la confianza legítima requiere de la concurrencia de tres requisitos esenciales. A saber, que se base en signos innegables y externos (1); que las esperanzas generadas en el administrado han de ser legítimas (2); y que la conducta final de los poderes públicos resulte contradictoria con los actos anteriores, por resultar sorprendente e incoherente (3). Lo que no acontece en este caso teniendo en cuenta esa evolución de los sucesivos cambios, atendido el intenso dinamismo en este sector, sometido a una fuerte intervención administrativa, en situación de crisis económica general, y de crisis estructural del sistema eléctrico, para la resolución del déficit de tarifa. De modo que la panorámica sobre la evolución del sistema nos hubiera conducido precisamente a una conclusión contraria a la que postula el recurrente, por lo que no podemos considerar que el cambio normativo en el que basa el daño alegado haya sido sorprendente, inesperado o incoherente respecto de las decisiones normativas anteriores. En fin, los cambios del sistema retributivo no resultaban, en este sentido, imprevisibles, pues estaban fundados en exigencias derivadas del interés público, al adaptar la regulación a esa cambiante situación económica.

En palabras del Tribunal Constitucional *"los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no «permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente ( SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 13 , y 183/2014, de 6 de noviembre , FJ 3) ni, evidentemente pueden impedir la introducción de modificaciones legislativas repentinas, máxime cuando lo hace el legislador de urgencia ( STC 237/2012, de 13 de diciembre , FJ 6). En estos casos, es precisamente la perentoriedad de la reacción legislativa -cuya concurrencia en este caso ya ha sido examinada- la que abre la puerta a la injerencia del gobierno en la legislación vigente, al amparo del art. 86.1 CE » ( STC 81/2015, de 30 de abril , FJ 8). No sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con nuestra doctrina constante acerca de que la realización del principio de seguridad jurídica, aquí en su vertiente de protección de la confianza legítima, no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento (por todas, STC 183/2014, FJ 3), por lo que no cabe sino concluir que la regulación impugnada se enmarca en el margen de configuración del legislador, que tiene plena libertad para elegir entre las distintas opciones posibles, dentro de la Constitución" ( STC 270/2015, de 17 de diciembre ).*

Igualmente en las Sentencias de 1 de junio de 2016 hemos declarado *"En el artículo 1.2 y en la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio , por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, se define y configura el mecanismo incentivador de las energías renovables, que pivota en torno al concepto de retribución específica, que resulta aplicable, en virtud de la disposición adicional primera de la referida norma , a todas las instalaciones que a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, tienen derecho a un régimen económico primado, de modo que el juicio realizado*



por el Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad de dichas normas, conduce a rechazar que el Real Decreto 413/2014 vulnere los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida, al traer causa -en los extremos cuestionados en esta litis- de la regulación contenida en el referido Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013". Concluyendo "En fin, son muy numerosos los pronunciamientos de esta Sala sobre la inexistencia de un derecho inmodificable, en favor de los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, y a las sentencias ya citadas cabe añadir, entre otras, las SSTS de 13 de septiembre de 2012 (RCA 48/2011), 15 de octubre de 2012 (RCA 64/2011), 10 de diciembre de 2012 (RCA 138/2011), 29 de enero de 2013 (RCA 232/2012), 25 de junio de 2013 (RCA 252/2012), 1 de julio de 2013 (RCA 305/2012), 13 de enero de 2014 (RCA 357/2012), 3 de abril de 2014 (RCA 444/2014), y otras, que efectúan los siguientes razonamientos:

« [...] 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. » .

*Los reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia han establecido con claridad que los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima no obstan a que el titular de la potestad reglamentaria, introduzca cambios y modificaciones en el régimen retributivo".*

[SEXTO].- La responsabilidad patrimonial: el daño antijurídico

Conviene tener presente, extrayendo consecuencias de lo anteriormente expuesto, que la responsabilidad del Estado legislador, como una variante de la responsabilidad patrimonial, se ha de asentar sobre un daño antijurídico, es decir, que el interesado no tenga el deber de soportar. De modo que si no se ha lesionado la confianza legítima y la seguridad jurídica, fácilmente se comprenderá que la conclusión es el que el daño no tendrá esa caracterización como antijurídico. En definitiva, este cambio en el régimen retributivo que alumbra el Real Decreto Ley 9/2013, y que proyecta sus efectos hacia el futuro, no ha ocasionado un daño que los interesados no tengan obligación de soportar. Dicho de otro modo, la falta de lesión de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, determina la ausencia de uno de los presupuestos básicos de la responsabilidad patrimonial.

La pretensión resarcitoria que se anuda a dicho cambio de sistema no puede prosperar, por tanto, porque en el daño que se aduce no concurren las notas de actualidad y efectividad exigidas para que prospere una acción de responsabilidad patrimonial como la que se ejercita en la demanda, 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.

El éxito del alegato de la parte recurrente sólo podría basarse en un juicio de intenciones, puramente presuntivo en relación no sólo con el precio de la energía en el futuro, sino de las concretas circunstancias de las instalaciones que nos ocupan transcurrido tan extenso horizonte temporal. Y es que, como declaramos en las sentencias de 21 de enero de 2016, antes citadas, el operador no ha sido privado de su derecho a vender la energía, podrá hacerlo en el mercado, sin que, desde luego, dispongamos ahora de dato alguno que nos permita aventurar, que la tarifa regulada dentro de unas décadas vaya a seguir siendo tan superior a ese precio de mercado como en años anteriores.

Y requeriría también partir de un presupuesto que, a juicio de la Sala, no concurre, que el régimen jurídico establecido en el Real Decreto 661/2007 se prolongara indefinidamente y que lo hiciera, además, en idénticos





términos que los que expresamente fueron previstos en aquel momento. No entendemos, en efecto, que el citado Real Decreto contemple un régimen tarifario *para siempre*, ni tampoco que el Gobierno, en el ejercicio de la potestad reglamentaria que ostenta, o que el legislador, en uso de su potestad legislativa, no puedan adaptar o modificar ese régimen para acometer las nuevas circunstancias (económicas, productivas, tecnológicas o de cualquier otra índole) que pudieran producirse en tan dilatadísimo espacio de tiempo.

En definitiva, no solo no apreciamos --como ya señaló la Sección Tercera de esta Sala en la sentencia citada-- que la modificación temporal que analizamos vulnere los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, sino que, desde el punto de vista del instituto de la responsabilidad patrimonial, no puede afirmarse en modo alguno que el daño que se aduce reúna las características de efectividad y actualidad que permitirían calificarlo como indemnizable.

Nos encontramos, por tanto, ante cargas generales impuestas con plena eficacia sobre la totalidad del sector empresarial y económico que desarrolla su actividad en el ámbito sectorial al que nos referimos, justificadas en los términos más arriba expuestos y cuya razonabilidad no ha sido, en puridad, discutida por la parte actora.

En definitiva, los titulares de las instalaciones de cogeneración, implantadas al amparo del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, 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 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.

La previsión del Real Decreto de 2007, en fin, respecto de que esa tarifa retribuyera la totalidad de la energía neta producida no puede considerarse, en efecto, como una medida permanente e inmodificable, constitutiva, como se defiende, de un verdadero derecho adquirido por los titulares de las instalaciones.

No compartimos, en consecuencia, el presupuesto en que se asienta la reclamación pues, insistimos, la forma, la cuantía, la extensión y la duración de los incentivos reconocidos a las instalaciones de cogeneración no pueden quedar, como antes declaramos y ahora insistimos, petrificadas con aquella regulación inicial, sino que son susceptibles de las correspondientes adaptaciones y cambios a las nuevas circunstancias concurrentes, concretamente al desarrollo tecnológico y al nuevo escenario económico que ha incidido de lleno en las previsiones de demanda eléctrica que se tuvieron en cuenta originariamente, sin olvidar el conocido como "déficit tarifario", incrementado exponencialmente 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.

[SÉPTIMO].- La rentabilidad razonable

Ahora bien, lo que sí debe garantizarse por los poderes públicos, porque esa sí es una exigencia legalmente prevista, es que las instalaciones ofrezcan a sus titulares una "rentabilidad razonable", concepto ya contemplado expresamente en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico (bajo la expresión "tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales" utilizada en su artículo 30), y concretado aún más en el tan citado Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, cuya disposición adicional primera establece que esa rentabilidad, para las instalaciones con derecho al régimen primado como las que ahora nos ocupan, "girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del presente real decreto-ley de las Obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos".

Entendemos, por tanto, que el daño irrogado a los titulares de las instalaciones solo podrá calificarse como antijurídico y, como tal, indemnizable si esa modificación ha determinado que tales instalaciones no sean razonablemente rentables. Y si bien es cierto que los beneficios de todas estas instalaciones pueden haber sufrido una disminución, según el periodo temporal a considerar, y que esa reducción es consecuencia del cambio normativo operado, no obstante debe descartarse que las coordenadas concurrentes en el momento de la inversión constituyan el único elemento técnico y económico que debe contemplarse para analizar la pretensión de los demandantes.

De modo que si los operadores del sector no habían adquirido el derecho a obtener, *para siempre*, una determinada retribución por la producción de energía y si, fundamentalmente, el marco regulatorio que se sigue de las disposiciones más arriba señaladas no implica que la actividad empresarial correspondiente haya dejado de ser razonablemente rentable, forzoso será concluir que no cabe hablar, en puridad, de daño efectivo



alguno y mucho menos podrá calificarse como antijurídico. Téngase en cuenta que el informe pericial que aporta la recurrente parte de una disminución, sin más, de la retribución, y ello comporta, a juicio de la recurrente y ya hemos señalado por qué no podemos compartir dicha tesis, el daño indemnizable. Cifrando el daño y cuantificando su importe, en más de 89 millones de euros, por los daños hasta el año 2026, pues hasta ese momento debió de tener tarifa regulada.

En fin, el sistema de tarifa previsto en el régimen vigente en el año 2007 no presentaba el carácter inalterable que se postula y era no sólo previsible su modificación, sino que, además, ni siquiera cabe identificar que concurra en las consecuencias de aquellas modificaciones el presupuesto esencial que debe sustentar una acción de responsabilidad patrimonial, que el daño o perjuicio sea efectivo y antijurídico, y no basado en conjeturas e hipotéticos daños futuros.

En consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso administrativo>>.

### **TERCERO. Costas procesales.-**

La desestimación del presente recurso contencioso administrativo determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, la imposición de las costas del mismo a las recurrentes, si bien la Sala haciendo uso de las facultades reconocidas en el párrafo tercero del mencionado precepto y atendidas las circunstancias del caso, señala en cuatro mil euros (4.000 €), más IVA, la cantidad máxima a repercutir por todos los conceptos.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Desestimamos el presente recurso contencioso administrativo número 4665/2016, promovido por la mercantil "ACAPITAL COGENERACIÓN S.L." y "**MONFORTE** DE ENERGÍA, S.L.", contra el acuerdo del Consejo de Ministros mencionado en el primer fundamento, que se confirma por estar ajustado al ordenamiento jurídico; con imposición de las costas a las recurrentes, hasta el límite señalado en el último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Rafael Fernandez Valverde

Octavio Juan Herrero Pina Juan Carlos Trillo Alonso

Wenceslao Francisco Olea Godoy Cesar Tolosa Tribiño

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.