



Roj: **STS 3812/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:3812**

Id Cendoj: **28079130032013100210**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **09/07/2013**

Nº de Recurso: **492/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil trece.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 1/492/2.012, interpuesto por SOL SOLET ENERGÍA SOLAR, S.C.; MORELLA ENERGÍA SOLAR, S.L.; MORELLA ENERGÍA SOLAR DOS, S.C.; FOTOSOLAR DE MORELLA, S.L.; ENERGÍA SOLAR DEL MAESTRAZGO, S.L.; ALTERNATIVES ENERGETIQUES MORELLA, S.L.; MORELLA ENERGÍA SOSTENIBLE, S.L.; MORELLA ENERGÍA SOLAR TRES, S.C.; GEGYDOVA, S.L.; TELEASIS LEVANTE, S.L.; MORELLA SUNLIGHT 2, S.L.; BADENES PARRILLA, S.L.; MIGUESOL INVERSIONES, S.L. y D. Belarmino , representados por el Procurador D. Ludovico Moreno Martín, contra la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

Es parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 26 de febrero de 2.011 la representación procesal de los demandantes interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional recurso contencioso-administrativo ordinario contra la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, la cual había sido publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre de 2.010. Habiéndose turnado el recurso a la Sección Cuarta de dicha Sala, el Secretario judicial dictó diligencia de ordenación de 3 de marzo de 2.011 teniendo por interpuesto el mismo.

SEGUNDO .- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se entregó el mismo a la parte actora para formular la correspondiente, lo que ha verificado mediante escrito, al que acompaña documentación, y en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia en virtud de la cual se acuerde anula la Orden impugnada en lo que respecta al apartado 3 del Anexo III, que trata sobre las tarifas de las instalaciones del subgrupo b.1.1., por no resultar ajustado a derecho. También solicita que, dado que se impugna indirectamente el Real Decreto 1565/2010, se plantee cuestión de ilegalidad de dicha disposición, conforme a lo dispuesto en los artículos 27.1 y 123 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que debe considerarse indeterminada la cuantía del recurso, y solicita que se acuerde el recibimiento a prueba del mismo, expresando los puntos de hecho sobre los que la misma debería versar, así como la realización del trámite de conclusiones escritas.

TERCERO .- Previa audiencia a las partes y del Ministerio Fiscal, en fecha 7 de septiembre de 2.011 la Sección cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó auto declarando su incompetencia para conocer del recurso y ordenando remitir las actuaciones, previo emplazamiento de los



litigantes, al Tribunal Supremo, junto con la correspondiente exposición razonada, para que resuelva sobre la competencia.

Recibidas las actuaciones en esta Sala, se ha tramitado la cuestión de competencia número 67/2.011, finalizando ésta por auto de la Sección Primera de fecha 17 de mayo de 2.012 que declara la competencia de la Sala para conocer del recurso, a cuya Sección Tercera se remiten las actuaciones para su tramitación.

CUARTO .- Tras convalidarse las actuaciones practicadas, se ha dado traslado de la demanda a la Administración demandada, presentando el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola, en el que tras las alegaciones oportunas suplica que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas. Mediante otrosí solicita que se acuerde el recibimiento a prueba, expresando en qué debería consistir.

QUINTO .- En decreto de 4 de octubre de 2.012 la Secretaria judicial ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada, dictándose seguidamente auto el día 16 del mismo mes acordando el recibimiento a prueba del mismo, formándose a continuación con los escritos de proposición de prueba presentados por la demandante y por la Administración demandada los correspondientes ramos, procediéndose a la práctica de las admitidas.

SEXTO .- Finalizada la fase probatoria, se ha concedido a las partes plazo por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones, que han evacuado, declarándose a continuación conclusas las actuaciones por resolución de 21 de enero de 2.013.

SÉPTIMO .- Por providencia de fecha 20 de marzo de 2.013 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 25 de junio de 2.013, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

Los recurrentes impugnan la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por razones tanto procedimentales como substantivas. En cuanto al procedimiento de aprobación de la disposición impugnada, los actores objetan que la Orden no cuenta con memoria económica (fundamento de derecho primero de la demanda), lo que supondría una infracción del artículo 24 de la Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre). En cuanto a las objeciones materiales, se aduce la infracción de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica (fundamento segundo); y la vulneración de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley del Sector Eléctrico (Ley 54/1997, de 27 de noviembre), por discriminación respecto a la energía solar fotovoltaica (fundamento tercero).

Solicitan que se declare la nulidad de la Orden, en lo que respecta al apartado 3 del Anexo III que trata sobre las tarifas de las instalaciones del subgrupo b.1.1, por no resultar ajustado a derecho.

SEGUNDO .- Sobre los precedentes del caso.

Antes de examinar las concretas alegaciones formuladas en el presente recurso, hemos de hacer referencia a que esta Sala ha dictado ya numerosas sentencias en recursos dirigidos bien contra el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, bien contra la orden impugnada en el presente recurso, la ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, recursos ampliados en muchos casos respecto a ordenes posteriores modificadoras de la anterior o que reiteran determinadas previsiones de la misma. En unos y otros recursos se reiteran alegaciones semejantes, por cuanto los dirigidos contra la Orden ITC/3353/2010 y posteriores se fundan en gran parte en que aplican las previsiones del citado Real Decreto.

En el caso de los actores en el presente procedimiento, interpusieron asimismo otro contra el referido Real Decreto 1565/2010, que fue desestimado por Sentencia de 28 de septiembre de 2.012 (RCA 1/68/2.011). Como veremos, algunas de las quejas que se formulan en el presente recurso, fueron ya planteadas y rechazadas en la citada Sentencia.

TERCERO .- Sobre la exigencia de memoria económica.

Alegan los recurrentes que la Orden impugnada ha sido aprobada sin la elaboración de una memoria económica, lo que en su opinión vulnera la exigencia del artículo 24.1 de la Ley del Gobierno, e invocan jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que la ausencia de memoria económica determinaría la nulidad de la orden (aspecto formal) y de que la memoria ha de tener y respetar un contenido mínimo para que cumpla su finalidad (aspecto material).



Aduce el Abogado del Estado que la Orden impugnada no hace sino reproducir el Real Decreto 1565/2010 y participa de su justificación económica; y que, por otra parte, la Orden no es una disposición general, en lo que respecta al apartado recurrido, sin que le sea de aplicación, por tanto, el artículo 24 de la Ley del Gobierno, ya que se limita a establecer cantidades en función de los parámetros de la Ley del Sector Eléctricos y del Real Decreto 661/2008.

La alegación no puede prosperar. En reiteradas ocasiones hemos indicado que las ordenes ministeriales que carecen de contenido normativo y son única o sustancialmente un instrumento para aplicar otras disposiciones generales no están sometidas a las exigencias del artículo 24 de la Ley del Gobierno, por cuanto no pueden reputarse realmente, desde una perspectiva material, reglamentos en sentido propio; así, en tanto que se limitan a aplicar lo que disponen otras normas, no poseen contenido normativo que se incorpore de manera estable al ordenamiento jurídico sino que, con independencia de que adopten la forma de reales decretos u órdenes, no son sustancialmente sino medidas singulares.

Esto ocurre, por regla general, con las ordenes como la presente sobre revisión de peajes y otros conceptos, en las cuales, con periodicidad ahora trimestral, se actualizan los peajes y se adoptan una serie de decisiones sobre otros costes del sistema eléctrico (distribución, anualidades del desajuste de ingresos, servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, retribución del Operador del Mercado, etc.), pero no se altera la regulación del sistema establecida en sus aspectos básicos por la propia Ley del Sector Eléctrico y diversos reales decretos de desarrollo. No hay pues vulneración del artículo 24.1 de la Ley del Gobierno.

A lo anterior, ya suficiente como para descartar la queja, hay que añadir que, tal como indica el Abogado del Estado, las cuantías decididas mediante la Orden impugnada en los diversos conceptos suponen, en lo que se impugna por los actores, la aplicación de las modificaciones normativas adoptadas por el Real Decreto 1565/2010, de cuya justificación económica, por tanto, participan.

A este respecto, y como sea que también en el recurso que los actores dirigieron contra dicho Real Decreto (RCA 1/68/2.011) objetaron la insuficiencia de la memoria económica, conviene recordar que en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia de 28 de septiembre de 2.012 que puso fin a dicho procedimiento recogimos lo dicho a este respecto en la Sentencia de 26 de junio de 2.012 (RCA 1/566/2.010):

" **Cuarto.** - En el primer fundamento jurídico de la demanda (folios 28 a 36) la Asociación recurrente sostiene que se ha producido la vulneración del artículo 24.1.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno porque, en síntesis, faltaría la "justificación de las medidas incluidas en el Real Decreto 1565/2010 en el proceso de elaboración del mismo".

La alegación ha de ser rechazada. En el procedimiento de elaboración del Real Decreto se han recabado los informes pertinentes (incluidos los más relevantes, a cargo de la Comisión Nacional de Energía y del Consejo de Estado) y en la memoria sobre el impacto normativo que acompañaba a la propuesta de Real Decreto se analizaban las implicaciones económicas y se exponían las razones determinantes de aquélla.

La recurrente podrá, obviamente, discrepar del contenido de aquella memoria y calificar de insuficientes las justificaciones que ofrece, pero basta la lectura de su contenido para concluir que se trata de un documento en el que se exponen las razones, económicas y de otra naturaleza, de las medidas propuestas. Ello implica rechazar que se hayan omitido, hasta provocar la nulidad del Real Decreto, las prescripciones de orden formal preceptivas en la fase de elaboración de las disposiciones generales, tal como exige el artículo 24.1.a) de la Ley 50/1997. Así lo subrayaría también en su informe el Consejo de Estado." (Sentencia de 26 de junio de 2.012 -RCA 1/566/2.010 -, fundamento de derecho cuarto)

CUARTO .- Sobre los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

Trayendo causa el presente recurso de que la Orden 3353/2010 supone la aplicación de las medidas previstas en el Real Decreto 1565/2010 y habiendo dirigido los recurrentes ya estas objeciones en el referido recurso dirigido contra dicha disposición, debemos reiterar ahora las consideraciones mediante las que en aquella ocasión rechazamos tales quejas:

" **CUARTO.- Sobre la pretensión de anulación del apartado diez del artículo primero del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, sustentada en la vulneración de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e irretroactividad.**

El motivo de impugnación del apartado diez del artículo primero del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, sustentado en la infracción de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de confianza legítima, basado en los argumentos de que la modificación era completamente imprevisible, actuando la Administración en contra de sus propios actos de fomentar las fuentes de energía renovables mediante la fijación de tarifas y primas, debe ser desestimada, pues cabe poner de relieve, atendiendo a los criterios



expuestos en las sentencias de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 (RCA 35/2011 y RCA 40/2011), en las que sostuvimos que dichos principios son principios generales del Derecho cuya significación y alcance no se identifica con la garantía que para los ciudadanos supone la proscripción de las normas retroactivas en los estrictos supuestos ya descritos.

El análisis no puede hacerse sin recordar el marco en el que se insertan las medidas impugnadas y determinadas características del sistema de tarifa regulada, cuya limitación a treinta años -tras la reforma ya dicha- es objeto de litigio.

A) En primer lugar, la introducción de la tarifa regulada como mecanismo incentivador de las inversiones no es sino una más de las medidas de fomento auspiciadas por los poderes públicos en el marco de su política favorable a las instalaciones fotovoltaicas. No puede, pues, desligarse de otras de signo análogo como la prioridad en el acceso y la preferencia para participar en el mercado de la energía eléctrica, las subvenciones directas o indirectas a las instalaciones correspondientes, un eventual régimen tributario más beneficioso o las facilidades para la obtención de créditos y otras similares.

La apelación a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima ha de ser tratada no desde la óptica de los cambios que se produzcan sobre una sola de las medidas de fomento sino en relación con el conjunto de ellas, esto es, con el marco regulatorio jurídico-económico aprobado por las autoridades españolas en favor de este sector de las energías renovables. El análisis "reducido" o fragmentario no permitiría, entre otras cosas, tomar en la debida consideración las eventuales "compensaciones" que, en el seno de aquel conjunto de reglas favorables, pudieran haberse introducido mediante la ampliación de determinados componentes favorables a cambio de la reducción o limitación (en este caso, meramente temporal) de otros.

B) En segundo lugar, los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un "derecho inmodificable" a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, cuando ellos mismos han optado por no acudir al mercado (posibilidad que siempre les queda abierta) sino beneficiarse de un sistema público de fijación de aquéllas.

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.

C) El régimen económico administrativamente fijado trata de fomentar la utilización de energías renovables incorporando medidas incentivadoras que, sobre no tener asegurada su permanencia sin modificaciones para el futuro, según acabamos de significar, descansa en una serie de presupuestos implícitos que cualquier operador del mercado diligente -o que hubiera acudido a un asesoramiento previo de calidad- no podía desconocer.

Uno de esos condicionamientos implícitos es que las medidas de fomento (en este caso, la percepción de una muy favorable tarifa regulada) no pueden considerarse "perpetuas" o ilimitadas en el tiempo. No es razonable pensar que el Real Decreto 661/2007 garantizase la percepción de la tarifa regulada durante un período infinito, esto es, sin límite temporal alguno. Por el contrario, aun cuando hablase -en su versión inicial- de un período "posterior" a los 25 años, bien puede entenderse que implícitamente marcaba como tope o término la fecha final de vida útil de las instalaciones fotovoltaicas, considerada en promedio, término que según la mayoría de las opiniones técnicas por entonces emitidas -de modo especial, según las estimaciones del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía- no excedía de treinta años (incluyendo en este plazo las operaciones



adecuadas de mantenimiento preventivo y correctivo). Y no puede olvidarse que en el informe emitido por el órgano especializado en la regulación energética (la Comisión Nacional de Energía) sobre la versión no modificada del Real Decreto 1565/2010 se reputaba que era procedente "la supresión de las tarifas de las instalaciones a partir del año 25 de su vida útil, lo que a juicio de la CNE parece coherente con la vida económica (amortización) y la retribución que ha recibido hasta entonces".

Aún cuando en algunos casos singulares aquel período de referencia pudiera, en el futuro, excederse más allá de los 30 años, los correspondientes cálculos económicos oficiales de retribución deben atender a la media del conjunto, y de hecho aquél fue utilizado por buena parte de los operadores del sector en el marco de sus previsiones y proyectos de financiación. La restricción a los 30 años que finalmente ha prevalecido tras la modificación del Real Decreto 1565/2010 es, pues, coherente con lo que hemos denominado "presupuesto implícito" subyacente en el Real Decreto 661/2007.

D) En fin, otro de los condicionamientos -éste ya explícito- que, de manera muy destacada, ha de ser sopesado es que las previsiones y las magnitudes de la tarifa regulada que contemplaba el Real Decreto 661/2007 (artículos 21 y 22) obedecían a -y estaban limitadas por- una determinada estimación de los objetivos de potencia eléctrica derivada de fuentes de energías renovables (también para el grupo o categoría de instalaciones fotovoltaicas) precisada en el Plan de Energías Renovables 2005- 2010.

Si el tope se sobrepasaba, como en efecto ocurrió (basta a estos efectos la lectura del preámbulo del Real Decreto 1578/2008, con referencia a los datos proporcionados por la Comisión Nacional de Energía) pues el crecimiento de la potencia instalada experimentado por la tecnología solar fotovoltaica fue muy superior al esperado -de modo que en agosto de 2007 se superó el 85 por 100 del objetivo de potencia instalada fotovoltaica para 2010 y en el mes de mayo de 2008 se alcanzaron ya los 1.000 MW de potencia instalada-, si todo ello es así, repetimos, el sector en su conjunto no podía desconocer que la retribución establecida en el Real Decreto 661/2007 no podía ser sin más aplicable a todas y cada una de las instalaciones fotovoltaicas que, en su conjunto, habían incurrido en aquel "exceso".

En la Memoria sobre el impacto normativo que acompañaba a la propuesta de Real Decreto se analizaba esta cuestión en términos que también serían subrayados por el Consejo de Estado al informar sobre aquélla: "El objetivo de potencia para esta tecnología (fotovoltaica) recogido en el Plan de Energías Renovables 2005-2010 era de 371 MW, y durante los años 2007 y 2008 se ha producido un crecimiento explosivo alcanzándose los 3.300 MW a final de 2008, como consecuencia del atractivo régimen económico del Real Decreto 661/2007, "es decir, se superó en casi 9 veces el objetivo previsto". Ello en un marco -el recogido en el Real Decreto 661/2007- en el que la tarifa regulada de estas instalaciones "era de 460 euros/MWh, casi 10 veces superior al del mercado, y mayor que el de cualquier otra tecnología del régimen especial".

Quedaba así justificada una restricción ulterior que, del mismo modo que se adoptó con la fórmula de la limitación temporal de la tarifa regulada en los términos ya expuestos, pudo haberse hecho mediante otras medidas de signo diferente. Y, una vez más, aquella restricción puede fijarse en atención a la situación del sector fotovoltaico en su conjunto, esto es, en atención al dato objetivo de que la potencia instalada antes del 29 de septiembre de 2008 era muy superior a la prevista y en cuya consideración se había calculado la retribución establecida en el Real Decreto 661/2007.

De nuevo no será necesario repetir lo que en relación con ambos principios y con sus perfiles jurídicos hemos expuesto en otras sentencias sobre esta misma materia. El valor de la "seguridad jurídica" no es oponible sin más a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta, por más que desde otras perspectivas (también desde la muy frecuentemente invocada, del favorecimiento de las inversiones) sea deseable una cierta estabilidad de los marcos reguladores de las actividades económicas. La seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho.

La concepción de la seguridad jurídica, enunciada en el artículo 9.3 de la Constitución , como freno a las modificaciones normativas es particularmente inapropiada en un sector como el de las energías renovables, que, precisamente por su novedad, requiere de ajustes sucesivos, en paralelo no sólo a la evolución de las circunstancias económicas generales, sino en atención a las propias características de la actividad. La evolución de la "curva de aprendizaje" y la progresiva "madurez" del sector fotovoltaico, como presupuestos que revelan una cierta indefinición inicial, han de tener una respuesta "paralela" en el tiempo de los poderes públicos, cuyas medidas iniciales podrán ser revisadas y modificadas al mismo ritmo de la evolución de aquél. La seguridad jurídica protege relaciones de este orden bajo el principio *rebus sic stantibus* pero, insistimos, no puede contraponerse como argumento invalidatorio frente a cambios relevantes en la base de las situaciones subyacentes, como en este caso ha ocurrido a la vista de la evolución de los acontecimientos desde el inicial



Real Decreto 661/2007 hasta el Real Decreto 1565/2010 (y sus modificaciones inmediatas) que es objeto del presente litigio.

Incluso los perfeccionamientos técnicos y económicos pueden influir en la revisión de las decisiones iniciales. Por referirnos tan sólo a uno de los factores relevantes, una tarifa regulada que se calcula en el año 2007 sobre la base de que buena parte de las instalaciones fotovoltaicas tienen una determinada ratio de producción (derivada de una configuración técnica sin seguimiento solar) y, en consecuencia, un vertido al sistema de cierto número de kilowatios, podrá ser atemperada ulteriormente por el titular de la potestad reglamentaria (o tarifaria) si la muy rápida evolución de la tecnología fotovoltaica propicia, en los años siguientes, la implantación -o el cambio de los ya instalados- de sistemas con seguimiento solar a uno o a dos ejes, cuya consecuencia práctica inmediata es que aumenta en porcentajes muy significativos el número de horas de aprovechamiento de radiación solar y, por lo tanto, la producción vertida a la red cuyo exceso de coste es asumido por el conjunto de consumidores de electricidad.

Es lógico que ante esta -o cualquier otra- modificación tecnológica o ante cambios significativos del panorama económico con consecuencias inmediatas para el equilibrio del sistema, se revisen los parámetros iniciales determinantes, en magnitudes o en tiempo de disfrute, del cálculo de la tarifa regulada, y no puede oponerse a ello meramente el valor de la "seguridad jurídica". El Gobierno que fija inicialmente los estímulos o incentivos con cargo a toda la sociedad (pues son en definitiva los consumidores quienes los satisfacen) puede posteriormente, ante las nuevas circunstancias, establecer ajustes o correcciones de modo que la asunción pública de los costes se atempere hasta niveles que, respetando unos mínimos de rentabilidad para las inversiones ya hechas, moderen las retribuciones "finales".

La limitación de la tarifa regulada o, en general, del régimen retributivo inicial con que había sido favorecido el conjunto del sector de energías renovables era previsible a la vista del curso de las ulteriores circunstancias, especialmente las económicas y técnicas, sobrevenidas después del año 2007, lo que basta para desvirtuar la apelación al principio de confianza legítima. No sólo era previsible sino que, como después afirmaría la exposición de motivos del Real Decreto-ley 14/2010, la necesidad de la introducción de ciertos cambios en el marco regulatorio, con consecuencias directas en el régimen retributivo, había sido asumida por el conjunto de los productores de energía eólica, termosolar y de cogeneración, esto es, por la mayor parte del sector de energías renovables, en cuanto contribución (y sacrificio de sus expectativas) razonable para "mitigar los sobrecostes del sistema".

Si los operadores que actúan en régimen de libre mercado (organizado o por contratos bilaterales) habían visto reducidas sus retribuciones globales a causa de la caída de la demanda y la reducción de sus horas de funcionamiento, en especial los de ciertas centrales de generación, no había razones para que, de modo "simétrico", los productores de régimen especial, favorecidos respecto de aquéllos en cuanto tenían asegurada la venta de la energía producida, a precio regulado, mediante su entrada preferente en el sistema, resultasen inmunes al cambio de circunstancias. En el año 2010 esta fue, por lo demás, la tendencia generalizada en los países de la Unión Europea que contaban con sistemas públicos de apoyo a la tecnología fotovoltaica, obligados por las circunstancias a ajustar los incentivos para mitigar su incidencia en las respectivas economías.

La previsibilidad, en concreto, de la limitación a 30 años del período de disfrute de la tarifa regulada para las instalaciones fotovoltaicas anteriores a septiembre de 2008 (que, por lo demás, ya hemos considerado implícita en la regulación originaria contenida en el Real Decreto 661/2007) era tanto más acentuada cuanto que ya se había fijado un período máximo de 25 años para las instalaciones fotovoltaicas posteriores a aquella fecha, por virtud del Real Decreto 1578/2008, antes citado. En él (artículo 11) se disponía que las instalaciones del grupo b.1.1 del artículo 2 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo (esto es, las instalaciones de tecnología fotovoltaica) que obtuvieran su inscripción definitiva en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial con posterioridad al 29 de septiembre de 2008 gozarían de la tarifa regulada durante 25 años.

Como con todo acierto destacaba el Consejo de Estado al emitir su informe preceptivo al proyecto del Real Decreto 1565/2010, esta dualidad de regímenes sobre unas instalaciones que a la postre son de la misma naturaleza y vierten la misma energía, con idéntico origen, a la red eléctrica no deja de presentar inconvenientes. El Consejo de Estado, en efecto, llamaba la atención «[...] sobre otro aspecto en relación con la determinación de qué instalaciones deben soportar las consecuencias de la disminución de la retribución cuya necesidad se pone de manifiesto conforme se incrementan el número de instalaciones y se mejora la tecnología. Pues, a menudo, un entendimiento excesivamente rígido del principio de seguridad jurídica o una comprensión muy expansiva del principio de irretroactividad pudiera llevar a pensar que las consecuencias de tales ajustes deben recaer exclusivamente en las nuevas instalaciones frente a las ya establecidas y



autorizadas, creando así situaciones con diferencias entre las instalaciones (en concreto, en las primas y tarifas a las que tienen derecho) que no siempre son fácilmente justificables».

Pues bien, la desaparición de la tarifa regulada a partir del año 30 (lo que sigue implicando la subsistencia de un régimen temporal aún favorable para los recurrentes frente a los 25 años del resto de instalaciones fotovoltaicas ya dichas) podía calificarse de modificación normativa al menos previsible. La confianza legítima no padece por ello tanto menos cuanto que ni siquiera queda demostrado que la reducción de aquel período temporal implique que, en el momento de su plena efectividad (esto es, dentro de 30 años), los titulares de las instalaciones fotovoltaicas vayan a sufrir perjuicios reales. Bien pudiera darse el caso de que el precio de mercado de la energía eléctrica dentro de 30 años sea superior a la tarifa regulada -actualizada- que fijó en el año 2007 el Real Decreto 661/2007 y que el Real Decreto 1565/2010 continúa manteniendo, en cuya hipótesis (y no se puede sino hacer conjeturas sobre qué sucederá en el sector energético dentro de 30 años) aquellos productores, facultados como están para vender su energía en el mercado o por medio de contratos bilaterales, ningún daño económico sufrirían. No se descarta, en efecto, que antes de aquella fecha la rentabilidad de la inversión en instalaciones fotovoltaicas pueda ser satisfecha de modo adecuado por el precio de mercado, en paridad con otros sistemas de generación de energía eléctrica.

Por ello, respecto del Dictamen del Consejo de Estado, por referirse a la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 9 de diciembre de 2009 (RCA 152/2007), que no sería invocable para rechazar la vulneración del principio de confianza legítima y el principio de seguridad jurídica, no puede ser compartida, en la medida en que se trata de un mero recordatorio de los pronunciamientos enunciados por este Alto Tribunal, en relación con el enjuiciamiento de las modificaciones normativas de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, en aras de reforzar la tesis de que no cabe realizar reproche alguno al proyecto del Real Decreto examinado, pues la variación de los inventivos económicos de las instalaciones ya autorizadas dentro de las pautas legales pueden adoptarse legítimamente en el marco de los «riesgos regulatorios».

Cabe, asimismo, referir que un Real Decreto no está blindado ante otro posterior de su mismo rango. De modo que el sistema de actualización y revisión de las tarifas, primas y complementos que estableció el artículo 44 del Real Decreto 661/2007 y concretó el artículo 36 del mismo Real Decreto para las instalaciones de categoría b) puede ser modificado por el Real Decreto 1565/2010, cuyas determinaciones no están sujetas al dictado del anterior. No existiendo entre ambos relaciones de jerarquía normativa mal puede afirmarse que el precepto contenido en un Real Decreto "vulnere" preceptos de otro del mismo rango: no los vulnera sino que los deroga o modifica, efecto jurídico obviamente distinto.

Asimismo, cabe poner de relieve que la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, tampoco contiene preceptos cuya transposición por las autoridades nacionales obligue a extender más allá de 30 años la tarifa regulada ni impida una restricción sobrevenida (más bien, explicitada) respecto de las condiciones retributivas iniciales como es la que constituye objeto del litigio, una vez que -repetimos- en todo caso queda garantizada la retribución razonable de las inversiones efectuadas.

En cuanto al Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados, aprobados en nombre de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de la Comunidad Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica por la Decisión del Consejo y de la Comisión de 23 de septiembre de 1997, contienen, en efecto, disposiciones sobre la protección de las inversiones en esta materia. Respecto de ellas las Partes Contratantes han de fomentar y crear condiciones estables, favorables y transparentes para los inversores extranjeros y les aplicarán el principio de nación más favorecida o el trato que concedan a sus propios inversores, según el régimen más favorable.

Aunque admitiéramos a efectos meramente dialécticos que -como interesan los recurrentes- el Tratado fuese aplicable a los inversores españoles respecto de las decisiones adoptadas por el Gobierno español, lo que no se aviene con las disposiciones de aquél, lo cierto es que la protección de las inversiones extranjeras a la que se refiere su artículo 10 lo es contra "medidas exorbitantes o discriminatorias", calificativos que no consideramos adecuados a la mera restricción a 30 años del período de disfrute de la tarifa regulada, en las condiciones y por los motivos ya expuestos, medida que se aplica por igual a todos los productores fotovoltaicos afectados. Mucho menos puede calificarse de "nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación", en los términos del artículo 13 del Tratado.

Y aun cuando el Tratado promueve que las Partes Contratantes fomenten y creen "condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen



inversiones en su territorio", la nota de "estabilidad" debe entenderse referida al marco regulatorio en su conjunto, no a una medida aislada de las que lo componen, y tampoco puede interpretarse en el sentido de que suponga la absoluta petrificación del régimen inicialmente aprobado cuando, como aquí ocurre, ha habido cambio de circunstancias relevantes y motivos justificadores de la modificación regulatoria aplicada a la tecnología fotovoltaica. Las inversiones en esta tecnología siguen estando protegidas y fomentadas en España por un marco normativo sin duda favorable en su globalidad (además de tener la garantía del principio de rentabilidad razonable) incluso si la significación económica de alguna de las medidas posteriores hubiera eventualmente implicado una muy limitada -y más bien hipotética, dada su eficacia plena para dentro de treinta años- disminución de las previsiones de beneficios calculados inicialmente.

Dicho lo cual, la Sala no aprecia que existan razones para someter al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial. No consideramos, en efecto, que la medida objeto de recurso pudiera ser contraria al Derecho de la Unión Europea, tanto si tomamos como referencias normativas de contraste los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima o el artículo 16 de la Directiva 2009/28/CE cuanto si se entendiera que la Carta Europea de la Energía y el Protocolo tienen aquella dimensión en virtud de la ya citada Decisión del Consejo y de la Comisión de 23 de septiembre de 1997.

La pretensión de nulidad del apartado diez del artículo primero del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, sustentada en la vulneración del principio de irretroactividad, en cuanto, según se aduce, procede la modificación del periodo de percepción de la prima fijado en el Real Decreto 661/2007, que incide en el régimen económico de aquellas instalaciones que hubieren cumplido todos los requisitos establecidos con anterioridad al 29 de septiembre de 2008, y, en consecuencia, afecta a situaciones jurídicas completamente definidas con anterioridad, no puede ser acogida, siguiendo los criterios expuestos en las sentencias de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 (RCA 35/2011 y RCA 40/2011), en las que sostuvimos que el concepto de "retroactividad prohibida" es más limitado que el de la mera "retroactividad", según sostiene la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ya que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

A partir de esta premisa, una medida normativa como la impugnada en el presente litigio, cuya eficacia se proyecta no "hacia atrás" en el tiempo sino "pro futuro", a partir de su aprobación, no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida. La proyección hacia el futuro es particularmente destacable en este caso con sólo advertir que los efectos "reales" de la medida se producirán dentro de treinta años, momento hasta el cual se mantiene para los titulares de las instalaciones fotovoltaicas la tarifa regulada según sus términos originarios. Calificar de retroactivo en el tiempo algo que, aprobado hoy, no tendrá plena eficacia hasta dentro de treinta años es un ejemplo de uso inadecuado de aquel adjetivo. La retroactividad se produciría si la nueva norma obligase a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, pero no cuando se limita a disponer que el cobro de éstas cesará dentro de treinta años. En rigor, ni siquiera podría calificarse de medida retroactiva y mucho menos si utilizamos este concepto jurídico en su acepción "propia". (fundamento de derecho cuarto)

QUINTO .- Sobre la alegación de discriminación respecto a la energía fotovoltaica.

También esta alegación reitera la ya formulada en el referido recurso 1/68/2.011, en el que dimos la siguiente respuesta (fundamento jurídico quinto de la Sentencia de 28 de septiembre de 2.012), recogiendo lo ya dicho en Sentencias anteriores:

" **TERCERO**.- [...] También descartamos que la medida impugnada vulnere los principios de igualdad ante la Ley y de no discriminación, pues no compartimos el criterio de que supone una discriminación negativa de la tecnología fotovoltaica, en relación con el resto de tecnologías de régimen especial", a las que no se ha fijado una limitación de la duración del plazo de percepción de la retribución.

La desestimación de este argumento es obligada pues cada una de las tecnologías de régimen especial presenta sus propios rasgos, tecnológicos y económicos, que justifican tratamientos diferenciados y no necesariamente homogéneos. No hay obligación de armonizar o parificar ni las tarifas u otros elementos retributivos regulados ni los periodos de percepción de todos ellos, pues los diferentes grupos, subgrupos y categorías previstos en el artículo 2 del Real Decreto 661/2007 siempre han tenido sus propias particularidades en materia retributiva.

Del mismo modo que es diferente el importe de la tarifa regulada del que se benefician, según las tablas del artículo 36 del Real Decreto 661/2007, los titulares de las instalaciones fotovoltaicas del grupo b.1 (importe



que, como bien subraya el Abogado del Estado, es muy superior al del resto de las tecnologías de régimen especial) sin que esta desigualdad, que les favorece, sea calificada por los recurrentes de "discriminatoria", de ese mismo modo, consideramos que puede el titular de la potestad reglamentaria adoptar medidas sobre la duración del período de percepción disponiendo que sea distinto para unas y otras categorías o grupos y subgrupos de instalaciones de régimen especial.

Algo análogo podría decirse a la vista de la proporción en que cada una de las tecnologías de régimen especial participa en el conjunto de retribuciones a ellas asignadas: sería discriminatorio, de adoptar el punto de vista de los recurrentes, el hecho de que el porcentaje de las retribuciones correspondientes a la tecnología fotovoltaica excediera significativamente, como así ocurre, del porcentaje en que esta tecnología contribuye, respecto de otras, a la producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovables." (Sentencia de 12 de abril de 2.012 -RCA 1/35/2.011 -, fundamento de derecho tercero *in fine*)

SEXTO .- Conclusión y costas.

De acuerdo con las razones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho procede desestimar el presente recurso contencioso administrativo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , no procede la imposición de costas.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por Sol Solet Energía Solar, S.C.; Morella Energía Solar, S.L.; Morella Energía Solar Dos, S.C.; Fotosolar de Morella, S.L.; Energía Solar del Maestrazgo, S.L.; Alternatives Energetiques Morella, S.L.; Morella Energía Sostenible, S.L.; Morella Energía Solar Tres, S.C.; Gegydova, S.L.; Teleasis Levante, S.L.; Morella Sunlight 2, S.L.; Badenes Parrilla, S.L.; Miguerosol Inversiones, S.L. y D. Belarmino contra la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial. No se hace imposición de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-