

## Tribunal Supremo (TS)

*Publicado en Actualidad Jurídica Ambiental el 4 de octubre de 2018*

### [Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2018 \(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Ponente: César Tolosa Tribiño\)](#)

**Autora:** Dra. Lucía Casado Casado, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universitat Rovira i Virgili y Subdirectora del Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT)

**Fuente:** STS 2727/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2727

**Temas Clave:** Responsabilidad patrimonial; Régimen retributivo; Energía renovable; Irretroactividad; Seguridad jurídica; Confianza legítima

#### **Resumen:**

Esta Sentencia resuelve el recurso contencioso-administrativo formulado por la entidad mercantil Creaciones Avenida Alzira, S.L., contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de junio de 2017, mediante el cual se desestiman las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por las personas físicas y jurídicas que se relacionan en su Anexo I, en solicitud de indemnizaciones por los daños y perjuicios producidos como consecuencia de la entrada en vigor del [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, habiendo sido parte recurrida la Administración General del Estado.

Estas normas, como es bien sabido, supusieron un importante cambio en el régimen retributivo de las instalaciones de energías renovables y cogeneración, que, a juicio de la recurrente, origina responsabilidad patrimonial del Estado legislador por el daño ocasionado tras el cambio regulatorio. A estos efectos, la entidad recurrente, en su recurso, apela a tres argumentos: la lesión del artículo 9.3 de la Constitución, por entender que esta normativa se aplica de forma retroactiva; la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, por cuanto las decisiones adoptadas por el legislador, en su opinión, habían contravenido las perspectivas y esperanzas fundadas en sus propias decisiones anteriores; y la concurrencia de los requisitos exigidos para la concurrencia de responsabilidad patrimonial, en particular, la existencia de un daño antijurídico que el interesado no tiene el deber de soportar.

El Tribunal Supremo, apelando a su propia jurisprudencia emanada en Sentencias anteriores y también a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desestima el recurso formulado y, en consecuencia, las pretensiones indemnizatorias formuladas.

#### **Destacamos los siguientes extractos:**

“(…) 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 (...)

*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*” (FJ 4).

“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 la 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” (FJ 5).

“(…) 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.

(...) 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” (FJ 6).

“(...) 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” (FJ 7).

**Comentario de la autora:**

En esta Sentencia, el Tribunal Supremo vuelve a abordar una impugnación relacionada con 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 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, que introdujeron cambios importantes en el régimen retributivo de las instalaciones de energías renovables y cogeneración. En esta ocasión, no se trata del análisis de la impugnación directa de estas normas, ya realizado en el marco de otras Sentencias que han sido comentadas en *Actualidad Jurídica Ambiental*, sino de la desestimación de una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador formulada por una entidad mercantil afectada por la modificación del régimen retributivo en materia de energías renovables y cogeneración. No se aborda, sin embargo, una cuestión nueva, sino una problemática en la que el Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en Sentencias anteriores, algunas de las cuales también han sido objeto de comentario en esta Revista. Y tampoco es nuevo el pronunciamiento del Tribunal Supremo que, trayendo a colación la jurisprudencia constitucional (en particular, la Sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el [Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio](#)) y las Sentencias del propio Tribunal Supremo que resuelven los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y reiterando la doctrina ya sentada en otras Sentencias anteriores que resuelven recursos similares contra desestimaciones de reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por instalaciones de producción de electricidad procedentes de energías renovables, desestima el recurso y determina la inexistencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador derivada de la modificación de la normativa reguladora del régimen retributivo en materia de energías renovables y cogeneración. En su opinión, no se vulneran los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, por lo que el daño provocado no tiene la calificación de antijurídico, faltando así uno de los presupuestos básicos para la existencia de responsabilidad patrimonial.

No olvidemos, sin embargo, que paralelamente a esta ya consolidada jurisprudencia contencioso-administrativa, España ha perdido varios arbitrajes ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), del Banco Mundial, en relación con el nuevo marco regulatorio introducido y el cambio del régimen retributivo sobre las energías renovables a partir de 2010. Así, el CIADI, en varios casos, ha declarado que España ha violado el artículo 10 de la Carta de la Energía y ha estimado parcialmente las reclamaciones de los demandantes, condenando a España a pagar compensaciones por concepto de daños por el cambio acontecido en el marco legislativo español relativo al sector (128 millones de euros a la compañía británica Eiser Infrastructured Limited y su filial luxemburguesa Energía Solar Luxembourg; 65 millones de euros a Masdar; y 112 millones de euros a Antin).

**Documento adjunto:** 