

## Retroactividad fotovoltaica: defenderse o sucumbir

Nadie podía imaginar hace solo unos años, que el sector solar fotovoltaico español atravesaría una situación como la actual. Cuando los instaladores y promotores fotovoltaicos proponían a sus clientes la compra de una instalación solar en el pasado reciente, su argumento principal era la seguridad jurídica: un Real Decreto de uno de los países más avanzados del mundo, como España, respaldaba su inversión. Mucho han cambiado las cosas en el corto periodo que va desde octubre de 2008 hasta hoy. Una incomprensible legislación adversa e incesante, viene a amenazar la inversión de los ya cerca de 60.000 titulares de plantas solares y a desprestigiar a todo un sector que se presumía iba a ser una de las puntas de lanza de la economía española.

**M**uchos de esos titulares son pequeños inversores. Tanto el RD 436/2004 como posteriormente el RD 661/2007, tenían precisamente como “público objetivo” inversores de reducida dimensión. En ellos siempre se primó la instalación pequeña por encima de la grande para la tecnología fotovoltaica. En definitiva, los inversores fueron “buscados” con ese perfil. De las 50.000 instalaciones puestas en marcha durante la vigencia de ambos Reales Decretos, las menores de 50 kW fueron nada menos que 27.000. Probablemente ese número tan elevado ha supuesto la mayor entrada de inversores en una actividad económica regulada jamás vista en un periodo de tiempo tan reducido.

### RD 1565/2010, o cómo se recortaron sus derechos al colectivo fotovoltaico

La limitación a 25 años de percepción de la tarifa regulada, impuesto por el RD 1565/2010 incide de forma radical en el concepto de renta futura, concepto que motivó en su día de manera determinante la decisión del pequeño inversor fotovoltaico.

La mayoría de los propietarios que ahora soportarán los recortes, no invirtieron guiados por rentabilidades uno, dos o tres puntos superiores a otras inversiones, lo hacían por la importancia que esa inversión representaría en su futuro. Su Gobierno se comprometía con ellos al pago de una tarifa durante toda la vida útil de la planta. Podría ello resumirse como “sacrificio ahora, para mejorar después las con-

diciones de vida en el futuro”.

Y no fue un “desliz” del regulador en la redacción de las normas, porque no solo un Real Decreto, –el RD 436/2004–, sino que otro posterior, –el RD 661/2007– tres años más tarde, vino a ratificar el mismo concepto de vida útil (técnicamente más de 35 años en la realidad en la mayoría de los casos para instalaciones fotovoltaicas).

Hechos como la duración de los contratos de alquiler de terrenos donde se asientan las instalaciones fotovoltaicas por un periodo de más de 35 años, confirman esa voluntad de permanencia de estas instalaciones. Contratos con compromisos que habrán de mantenerse a pesar del recorte de tarifa más allá del cierre de la propia planta, lo que agravará aún más los efectos de la medida retroactiva.

Otras obligaciones aparentemente inocuas contenidas en este RD, en este caso técnicas –como la obligación de responder

a huecos de tensión– para garantizar una pretendida calidad y seguridad del suministro eléctrico, suponen una carga económica importante para determinadas instalaciones, obligaciones para las que no se han fijado tampoco compensaciones.

### RDL 14/2010, o cómo devolver parte de los derechos recortados anteriormente, para recortar aún más

Estando todavía el sector “lamiéndose sus heridas”, discutiendo cómo hacer frente a la retroactividad del RD 1565/2010, se publica solo unas semanas más tarde, el día de Nochebuena de 2010, el RDL 14/2010.

Dos disposiciones, una la adicional 1ª, limitando “para siempre” las horas equivalentes de funcionamiento de las plantas fotovoltaicas y otra, la transitoria 2ª limitando adicionalmente la producción de las acogidas al RD 661/2007 de una forma particularmente severa en el periodo





2011-2013, vienen a poner patas arriba al colectivo fotovoltaico.

Con una estudiada pero burda maniobra legislativa, se utilizan los derechos recién usurpados a sus propietarios para “compensar” un nuevo recorte adicional: se ofrecen 3 años de tarifa regulada suprimidos “por las bravas” un mes antes, para recortar hasta un 30% la producción de las plantas durante los años 2011, 2012, y 2013.

No estamos en este caso ante una medida con efectos lejanos, sus consecuencias empezarán a notarse de forma inminente, en algunos casos en las próximas semanas. Llega por tanto en un momento muy temprano de la explotación de las plantas fotovoltaicas –en el tercero de un total de más de treinta años–, creando una sensación de quiebra de confianza y frustración de un importante número de inversores y

provocando un daño personal y moral importante cuando los pequeños inversores tienen escaso o ningún margen de maniobra para negociar con sus bancos, en un contexto además de crisis financiera.

La inicialmente aparente socialización de una actividad económica de base amplia, de un espíritu emprendedor con vocación medioambiental, queda ahora arrasado, cuando las arcas del Estado se ven precisamente vacías, entre otras razones, por la factura energética derivada de la dependencia exterior que paradójicamente quiere evitarse con el desarrollo de las energías renovables. No es éste el único contrasentido. Las plantas más eficientes que deberían tener su premio por el mejor aprovechamiento de equipos e instalaciones, son las que curiosamente se verán más penalizadas por el RDL 14/2010. Y para cerrar

esta lista de contradicciones, citar cómo en un momento donde España busca ser respetada financieramente en el exterior, se desprecia a inversores extranjeros creando con estas medidas, un descrédito internacional de impacto “poco calculado”.

El cuadro de la página anterior resume el efecto conjunto y simultáneo de RD 1565/2010, RDL 14/2010 y Ley 4/2011 de Economía sostenible. Esta última fijó definitivamente en 30 el número de años con derecho a tarifa regulada.

Este “cuadro lesivo”, produce en la práctica un daño real en el patrimonio del propietario solar. Aplicando el principio de prudencia valorativa invocado repetidamente por la legislación mercantil, y en base a la imagen fiel de la empresa, el daño es cierto, conocido y cuantificable y ha de registrarse en los estados financieros de la

explotación solar en el mismo momento de ser conocido. Si cualquier propietario, quisiera vender su instalación ahora, ésta valdría menos.

## La defensa contra la retroactividad

Para reclamar esa pérdida de valor, ese daño, cuando no se tiene el deber jurídico de soportarlo, existe en Derecho la posibilidad de interponer la Acción de Responsabilidad Patrimonial. Para ello, primero en vía administrativa ante el Consejo de Ministros y después, en caso de que la reclamación sea desestimada, en vía judicial ante el Tribunal Supremo, el titular fotovoltaico tiene la posibilidad de exigir una cantidad indemnizatoria independientemente de que la nueva normativa sea o no derogada en el futuro. La jurisprudencia admite como daños efectivos aquéllos que, aunque estén por venir, tengamos certeza de que ocurrirán.

Un año es el plazo que tienen los afectados desde la publicación de la nueva regulación para ejercer esta acción de responsabilidad y dado que el daño debe ser efectivo, individualizado y cuantificable y además la carga de la prueba corresponde al perjudicado, es necesario aportar un informe pericial. Pasado ese plazo, si las normas no fueran anuladas posteriormente, la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración ya no será posible.

Pero además para que la defensa sea eficaz y completa, el titular fotovoltaico no debe aquietarse ante las liquidaciones que le practique la CNE si en ellas, al haberse superado el límite de horas fijada en el RDL 14/2010, no se liquida la prima equivalente por todos los kWh producidos. Recordemos que un particular o las asociaciones fotovoltaicas no pueden solicitar la nulidad total o parcial de este Real Decreto Ley como lo hicieron con el RD 1565/2010, contra el que se presentaron múltiples recursos. Es necesario para defenderse, esperar que su efecto se manifieste en actos concretos como las referidas liquidaciones. Contra todos y cada uno de esos actos se deberá recurrir. En este caso será ante la Audiencia Nacional mediante un recurso contencioso-administrativo y el plazo aquí es mucho más corto, se dispondrá de dos meses para hacerlo. Será además en estos procedimientos cuando tendremos la



oportunidad de solicitar una cuestión de inconstitucionalidad que en todo caso, será potestad del Juez elevarla o no al Alto Tribunal. Porque confiar en que las Comunidades Autónomas mantengan los recursos contra el RDL 14/2010 presentados ante el Tribunal Constitucional, puede ser arriesgado habida cuenta de los giros tan frecuentes en los políticos, y máxime cuando nos acercamos como parece a cambios en el Gobierno central.

Aún siendo anulada la nueva regulación, ningún titular podrá evitar reclamar ante la Administración las liquidaciones efectuadas por la CNE con anterioridad, de ahí que mejor estar preparado desde ya para cualquier eventualidad.

Este escenario normativo, conforma un cuadro muy cercano a una estrategia "perversa" ideada para dificultar la Defensa de los inversores afectados, al combinar medidas retroactivas entrelazadas en normas de distinto rango, y desde luego caben serias dudas sobre si no existió intencionalidad cuando se buscaron inversores de pequeña capacidad económica para la energía fotovoltaica, inversores que tienen muy limitada su capacidad para defenderse, sobre todo si se aplican recortes súbitos de primas que merman brutalmente sus recursos económicos.

Pero el colectivo fotovoltaico tiene una herramienta poderosa de la que no disponen otras tecnologías. Es su número. Una adecuada batalla en todos los frentes de pequeños y medianos inversores, nacionales y extranjeros, en los medios y en los tribunales, ha dado ya algunos tímidos resultados y podrá traer algunos otros más importantes. Las acciones de Defensa en los tribunales son fundamentales para conseguir ese objetivo y los precios que ya hoy se ofrecen por ello, son muy asequibles, por debajo de una sexta parte de lo

que supondría ejercitar estas acciones en condiciones normales. Es el particular grano de arena que los despachos de abogados especializados están aportando a tanto sinsentido. No hay que olvidar además, que una respuesta contundente de todo el colectivo fotovoltaico, evitará la tentación del Gobierno de imponer nuevos recortes.

Para justificar tan alta densidad normativa fotovoltaica con medidas retroactivas, se ha esgrimido como razón, una elevada cifra del déficit de tarifa que, de todos es sabido, ha sido debido fundamentalmente a un fallo regulatorio del pasado.

Es de todo punto injusto, que para su reducción, deba ser el sector fotovoltaico el que sufra (en términos ponderados) el mayor impacto económico, cuando otras tecnologías más maduras o que implican una mayor degradación medioambiental, deberían ser las que soportaran mayor peso. Supone además un trato discriminatorio respecto al resto de las tecnologías renovables que el recorte de la vida útil de la instalación haya sido aplicado solo a la tecnología fotovoltaica; como discriminatorio resulta el esfuerzo que en el periodo 2011-2013 se le pide a esta tecnología respecto a lo negociado con otras como la eólica o termosolar con recortes mucho más asumibles. Defenderse contra tal arbitrariedad, tan desdeñable cuando se ejerce desde los poderes públicos, parece inexcusable.

No tiene sentido ahora retirar unos incentivos que iban a ser el motor del avance de la tecnología fotovoltaica y a los que el sector ha respondido devolviéndolos con creces. Hoy, el coste de una instalación es un 65% más barata de lo era en el año 2008. Los incentivos que se concedieron en su día, estaban justificados y no pueden ser ahora materia de revisión porque no hay razones objetivas que fundamenten ese cambio.

En cualquier caso, la simplista consideración de tecnología cara que se pretende atribuir a la fotovoltaica, busca un falso debate que no puede mantenerse si no se incluyen en el mismo conceptos como la verdadera internalización de los costes medioambientales y sanitarios o de seguridad que llevan aparejados las fuentes energéticas no limpias como las fósiles o la energía nuclear, y que permitan establecer "sin trampas" un verdadero comparativo de los costes reales de cada tecnología ◀◀