



Roj: **STS 3254/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3254**

Id Cendoj: **28079130032017100329**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **14/09/2017**

Nº de Recurso: **835/2015**

Nº de Resolución: **1382/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 14 de septiembre de 2017

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo núm. **835/2015**, interpuesto por **D. Mariano , D<sup>a</sup> Benita y DIRECCION000 C.B.** , representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María Esther Centoira Parrondo y bajo la dirección letrada de Don José Manuel Burgos Pérez, contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Se ha personado como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- En fecha 31 de julio de 2014 la representación procesal de **D. Mariano , D<sup>a</sup> Benita y DIRECCION000 C.B.** . interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, la cual mediante auto de fecha 30 de octubre de 2014 se inhibió del recurso, acordando su remisión a esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, que se declaró competente por auto de 9 de abril de 2015 .

**SEGUNDO**.- Esta Sala, por diligencia de ordenación de 16 de junio de 2015, tuvo por interpuesto el recurso y por personado al recurrente, acordó su publicación en el Boletín Oficial del Estado y hallándose en esta Secretaría el expediente administrativo y comprobados hechos los emplazamientos previstos legalmente, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda.

**TERCERO**.- Solicitada por la parte recurrente ampliación del expediente administrativo y una vez completado por la Administración demandada, presentó en fecha 25 de septiembre de 2015 escrito formalizando su demanda en el que expuso los motivos que luego se expondrán y suplicando a la Sala dicte sentencia, previos los oportunos trámites, por la que se estime el presente recurso y declare la nulidad de la Orden IET 1045/2014 por no ser conforme a derecho, con el pronunciamiento sobre costas que corresponda con arreglo al artículo 139 LJ .

Solicita se fije la cuantía en indeterminada, el recibimiento del pleito a prueba y el trámite de conclusiones.

**CUARTO** .- De dicha demanda se dió traslado a la Administración demandada, habiendo presentado el Abogado del Estado escrito en fecha 10 de noviembre de 2015 contestándola en el que, tras realizar las alegaciones oportunas, suplica que resuelva este proceso mediante sentencia que inadmita el recurso o, subsidiariamente, lo desestime. Con costas. Acompaña a su escrito como documentos anejos: el informe de



IDAE sobre metodología aplicada para la definición de instalaciones tipo en la Orden 1045/2014 en general y en particular respecto del área hidroeléctrica.

Mediante otrosíes se opone al recibimiento del pleito a prueba solicitado por el recurrente, considera que no es necesaria vista, pero no se opone a conclusiones por escrito y se fije la cuantía en indeterminada.

**QUINTO** .- Por decreto de fecha 15 de diciembre de 2015, se fijó la cuantía del proceso en indeterminada.

**SEXTO**.- El Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, comunica la existencia de un expediente ante la Comisión Europea de examen preliminar de ayudas del Estado -Nº de asunto SA. 40348.2014 N- y que dicho expediente se ha extendido al régimen de retribución de las energías renovables anterior al vigente, por lo que solicita la suspensión de la tramitación procesal del recurso a resultas de la decisión que en su momento adopte la Comisión Europea.

La parte recurrente, por escrito presentado el 12 de febrero de 2016, se opone a la suspensión interesada por la Administración del Estado.

Mediante providencia de 15 de junio de 2016 -por error aparece como de fecha 2015- se procedió a requerir a la Administración del Estado la aportación de copia de la comunicación estatal a la Comisión Europea sobre inicio del procedimiento de examen preliminar y régimen de retribución de las energías renovables.

Aportada la documentación requerida a la Administración del Estado, y oída la recurrente que se opone a la suspensión, por auto de 29 de abril de 2016, la Sala acordó no haber lugar a la suspensión del procedimiento que propugnaba la Administración.

**SÉPTIMO**.- Por auto de 18 de mayo de 2016 se acordó el recibimiento del pleito a prueba, rechazando la práctica de los medios de prueba reseñados en el mismo y admitiendo la práctica de las periciales solicitadas en los términos acordados en esta resolución.

La parte recurrente interpuso recurso de reposición contra el anterior auto, del que se dio traslado al Abogado del Estado que se opuso al mismo, resolviéndose por auto de 27 de junio de 2016 estimar el recurso y admitir y practicar las pruebas solicitadas en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta resolución y tal y como fue solicitada por la parte recurrente en el otrosí de su demanda, con el resultado que obra en autos.

**OCTAVO**.- Declarado terminado y concluso el período de proposición y práctica de prueba concedido, se concedió por la Sala a la parte recurrente el plazo de diez días a fin de presentar su escrito de conclusiones sucintas, trámite que fue evacuado mediante su escrito en fecha 10 de enero de 2017, del que se dió traslado a la parte recurrida que presentó sus conclusiones en fecha 26 de enero de 2017. Quedando las actuaciones conclusas y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

**NOVENO**.- Por providencia de 8 de febrero de 2017, se acordó oír a las partes sobre la incidencia en el presente procedimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015 . El Abogado del Estado y la parte recurrente formularon sus respectivas alegaciones.

**DÉCIMO**.- Por providencia de 17 de febrero de 2017 se dió traslado a la parte recurrente para que alegase lo que a su derecho convenga sobre la procedencia de admitir el documento, notificación a los miembros del Parlamento Europeo petición 2520/2014, formulando sus alegaciones al respecto mediante escrito presentado en fecha 21 de febrero de 2017.

**DECIMOPRIMERO**.- Se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 12 de septiembre de 2017, en que tuvo lugar su celebración.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Los recurrentes indican en su escrito de interposición que D. Mariano y D<sup>a</sup> Benita , esposos, son titulares, para su sociedad gananciales, de una concesión en el río Cuervo de la Confederación Hidrográfica del Tajo, de fecha 2 de agosto de 2.007 y de la explotación de una minicentral hidroeléctrica fluyente (sólo puede aprovechar el caudal concesional que lleve el río Cuervo en cada momento después de dejar el caudal ecológico, por no ser posible almacenar agua para turbinarla después), de 350 kw de potencia, en Solán de Cabras, Beteta (Cuenca). La concesión se explota bajo la comunidad de bienes establecida a efectos fiscales, denominada DIRECCION000 C.B.



Y versa sobre las instalaciones tipo (IT-00682).

**SEGUNDO.-** La parte actora formula en su demanda las pretensiones de nulidad de la Orden IET 1045/2014, que sustenta en los siguientes motivos:

Primero.- Nulidad por falta de competencia del Ministerio para dictar la Orden Ministerial impugnada por falta de rango suficiente.

Segundo.- Nulidad de la Orden Ministerial impugnada por ser contra legem.

Tercero.- Falta de motivación. Arbitrariedad.

**TERCERO.-** En los apartados que siguen abordaremos los motivos de impugnación formulados en la demanda, que antes hemos enunciado, y como algunas de las cuestiones que se suscitan son sustancialmente coincidentes con las planteadas por diversos recurrentes en otros procesos seguidos ante esta misma Sala contra las mismas disposiciones que ahora se impugnan, les daremos respuesta reiterando consideraciones que hemos expuesto en esas otras ocasiones, entre otras muchas, en las sentencias dictadas en los recursos 536/2014 , 564/2014 , 637/2014 , 643/2014 , 650/2014 , 651/2014 , 654/2014 , 694/2014 , 704/2014 y 787/2014 , y en especial, en los recursos 473/2014 , 545/2014 , 543/2014 , 544/2014 , 547/2014 , 548/2014 , 616/2014 , 674/2014 , 777/2015 y 853/2015 , algunas también dictadas para minicentrales hidroeléctricas, como es el caso.

Por lo demás, es necesario reseñar que por sentencia de esta misma Sala y Sección de 15 de junio de 2016 se ha desestimado el recurso núm. 496/2014 interpuesto por los hoy recurrentes 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, a cuyos fundamentos de derecho nos remitimos con carácter general.

**CUARTO.-** Como preámbulo a lo que luego recogeremos -y reiterando lo que hemos dicho en ocasiones anteriores- debe partirse de que el nuevo régimen retributivo instaurado se basa en la fijación de unos parámetros estándar que pivotan en torno a una "instalación tipo", separándose así del anterior régimen basado en una retribución por "prima" y una rentabilidad razonable calculada sobre los costes de inversión reales en que se hubiese incurrido, por lo que la utilización de unos valores estándar de la inversión y de los costes estándar de explotación es uno de los pilares en torno al que gira el nuevo sistema retributivo diseñado en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013 por remisión al mismo. Desde esta perspectiva, ningún reproche puede dirigirse a la Orden por el hecho de que utilice tales valores estándar o medios y prescinda de las inversiones reales de cada una de las instalaciones, pues con ello no hace sino cumplir con el mandato legal que se le encomendó, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme diversidad de instalaciones existentes que se agrupan por criterios homogéneos, elaborarlos partiendo de la premisa de que se trata de una instalación "eficiente y bien gestionada". A tal efecto, el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico , tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2013, ya disponía que el cálculo de la retribución específica debe establecerse en relación con unas instalaciones tipo con referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, tomando en consideración los "ingresos estándar" por la venta de la energía generada valorada al precio de mercado de producción, los "costes estándar de explotación" y el "valor estándar de la inversión inicial".

Sentada esta premisa, debe destacarse que la impugnación referida a la falta de motivación o justificación de la Orden se plantea en términos muy generales, alegando en esencia que la misma carece de los criterios en los que fundar los diferentes parámetros utilizados, lo que induciría a pensar que se fijaron de forma arbitraria, pero sin cuestionar de forma concreta qué variables o qué datos aplicados a las diferentes instalaciones tipo, y muy especialmente los que afectan a la recurrente, no son acertados o adecuados. Planteada la impugnación en estos términos no nos corresponde examinar cada uno de los datos utilizados para cada tecnología o instalación tipo. Ello no solo desbordaría el recurso tal y como ha sido formulado sino la propia capacidad de este Tribunal, ya que se establecieron casi 1500 instalaciones tipo. Bastará, en consecuencia, con determinar, también con carácter general, si al tiempo de elaboración de la Orden se utilizaron criterios objetivos y contrastables en los que fundar los elementos que se tomaron en consideración para fijar la retribución específica en sus variables fundamentales.

A tal efecto, no debe dejar de señalarse que el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (en lo sucesivo IDAE), organismo dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, encargó la realización de sendos informes a las entidades privadas Roland Berger Strategy Consultants SA (en lo sucesivo RBSC) y The Boston Consultin Group SL (en adelante BCG), para que valoraran y establecieran los estándares de costes de inversión y operación de las tecnologías de generación de electricidad que operaban en régimen especial en España, con la finalidad de que proporcionara los datos que servirían para fijar los parámetros retributivos de las instalaciones tipo que se adoptarían por la Orden impugnada. El informe de la empresa BCG no llegó



a elaborarse y el informe de la empresa RBSC es de fecha posterior (31 de octubre de 2014) a la aprobación de la Orden, por lo que los datos e información aportados por dicho informe no pudieron ser tomados en consideración para elaborar la Orden impugnada, lo que podría interpretarse como la ausencia de justificación técnica de los parámetros utilizados por la Orden impugnada al fijar las variables principales (coste estándar de la inversión y coste estándar de los costes de explotación entre otro) de las diferentes instalaciones tipo.

Pero esta conclusión no puede ser asumida, pues la ausencia de un informe elaborado por una empresa privada externa con el fin de servir de apoyo técnico al órgano administrativo encargado de dictar la norma reglamentaria no es una exigencia procedimental ni su ausencia condiciona la validez de dicha norma. A diferencia de otros informes preceptivos previstos para la elaboración de este tipo de normas reglamentarias, tales informes externos pueden ser solicitados para coadyuvar a la labor técnica de la Administración, ( artículo 82 de la Ley 30/1992 y artículo 24.1.b de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno ) pero son facultativos y no vinculantes ( artículo 83.1 de la ley 30/1992 ). El hecho de que la Administración inicialmente considerase conveniente elaborar un informe de estas características y que posteriormente prescindiese del mismo, tal vez por la conveniencia de aprobar lo antes posible los criterios técnicos que desarrollaban el nuevo régimen retributivo de este sector o por disponer de la información suficiente al respecto, no vicia de nulidad dicha norma, pues su existencia no era preceptiva para su tramitación, siempre que se alcance la conclusión de que la justificación de tales criterios puede obtenerse por otras vías.

El problema no se centra, por tanto, en determinar si se prescindió en la elaboración de la Orden de unos informes técnicos inicialmente encomendados a una empresa externa sino si la Administración justificó los criterios y los parámetros utilizados basándose en datos objetivos.

Con carácter general ha de señalarse que el Real Decreto 413/2014, tal y como establece el artículo 13 , encomienda al Ministro de Industria, Energía y Turismo la labor de fijar, mediante una Orden, la clasificación de las instalaciones tipo atendiendo a la tecnología, potencia instalada, antigüedad, sistema eléctrico y cualquier otra segmentación necesaria para la aplicación de régimen retributivo, y en su artículo 13 indica, a título enunciativo, los parámetros retributivos más relevantes para cada régimen retributivo específico, dedicando los artículos siguientes a fijar los criterios para la clasificación de las instalaciones tipo (artículo 14), la determinación de los periodos regulatorios (artículo 15), los criterios para calcular la retribución a la inversión y la retribución a la operación de la instalación tipo (artículos 16 y 17) y las correcciones de los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación como consecuencia del número de horas equivalentes de funcionamiento de la misma (artículo 21). De modo que ya en el Real Decreto se contienen unos criterios generales en los que fundar los criterios técnicos y retributivos en los que debería basarse la Orden.

Por otra parte, la exposición de motivos de la Orden IET/1045/2014 (apartado III), especifica aún más los criterios utilizados para el cálculo de la retribución: a) para la determinación del valor estándar a la inversión menciona los "equipos principales nuevos, así como el resto de equipos y sistemas electromecánicos, de regulación y control, equipos de medida y líneas de conexión, incluyendo su transporte, instalación y puesta en marcha, junto con la partida de ingeniería y dirección de obras asociadas, entre otras partidas"; b) respecto de los criterios para establecer los costes de explotación asociados a la generación eléctrica para cada tecnología distingue entre costes de explotación variables -enumerando a título enunciativo los costes de seguros, gastos de administración, gastos de representación en el mercado, coste de peaje de acceso a las redes de transporte y distribución...- y los costes fijos de explotación -entre los que cita los costes de alquiler de terrenos, gastos asociados a la seguridad de las instalaciones y el impuesto sobre bienes inmuebles de características especiales-; c) señala los criterios utilizados para el cálculo de las horas de funcionamiento - las horas anuales que han realizado las instalaciones según los datos publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia-; d) y finalmente identifica la fuente de la que se obtuvo la estimación del precio de mercado.

En definitiva, la Orden detalla los datos y elementos que toma en consideración para fijar las variables fundamentales para establecer la retribución específica de las instalaciones tipo y su clasificación.

Corresponde ahora analizar si en el proceso de elaboración de la Orden se explicitan y justifican los valores en los que se funda para fijar las principales variables que sirven para determinar la rentabilidad establecida en la Ley.

A tal efecto, resulta relevante el contenido del informe sobre la propuesta de la Orden, emitido el 3 de abril de 2014 por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia.

En dicho informe, por lo que respecta a los criterios de clasificación de las diferentes instalaciones tipo, se afirma "que el criterio elegido para realizar la clasificación por instalaciones tipo ha sido, con carácter general, el distinguir tantas categorías como circunstancias normativas históricas hayan existido y años hayan



transcurrido, pues en la nueva metodología retributiva es relevante la contabilización y descuento de flujos y costes habidos y previstos". Añadiendo que existe un "argumento de peso para haber seguido este criterio" consistente en "ofrecer un tratamiento que se ciña tanto como sea posible a la realidad económica, también dispar, que han vivido las instalaciones". Es más "los parámetros identificados para los ejercicios pasados en la fichas que para cada IT proporciona el anexo VII de la propuesta...responde al promedio calculado de datos históricos, correspondiente a las instalaciones reales que integran cada IT. Es decir, no se trata de estándares teóricos, cuyas características pudieran haberse inferido únicamente de documentación técnica o parámetros constructivos, sino de valores medios reales correspondientes a las instalaciones que integran cada IT". Y si bien entiende que se producen situaciones puntuales anómalas concluye que "En definitiva, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas, la clasificación empleada es, pese a su complejidad, posiblemente la más objetiva y probablemente también la más robusta; arroja valores esperables cuando una IT engloba un volumen de instalaciones tal que permite alcanzar un grado de representatividad suficiente o bien, cuando aun agrupando un número reducido de instalaciones...estas son muy parecidas entre sí". No cabe duda, por tanto, que los criterios clasificatorios tomados en consideración por la orden para establecer las diferentes instalaciones tipo están justificados en razones objetivas que son conocidas y, por lo tanto, contrastables permitiendo a la parte discutir la sujeción o no a tales criterios al tiempo de definir la instalación tipo en que se ubica su concreta instalación.

Por lo que respecta a la retribución a la operación y retribución a la operación extendida, el informe explica que el criterio de asignación es atribuírselo a aquellas instalaciones que necesitan de dicha retribución adicional en relación con los ingresos obtenidos por la venta de energía en el mercado para poder igualar los costes estimados de explotación por unidad de energía exportada, por lo que resulta razonable no asignarlo a instalaciones eólicas ni hidráulicas dado que sus costes variables son relativamente reducidos y concedérselo, en mayor o menor medida, a las restantes tecnologías. También en este punto se determina el criterio de asignación de esta retribución, permitiendo a la parte rebatir si resultaba procedente su inclusión en un caso concreto. Es más, el informe referido dirige en este punto alguna crítica respecto a los criterios empleados para elegir a alguna instalación tipo como receptora de esta retribución, suscitando dudas sobre la percepción de una retribución no justificada por alguna instalación pero sin cuestionar que se haya dejado de establecer la misma cuando resultaba procedente.

Por lo que respecta a los ratios de inversión estándar, en dicho informe se afirma que los reflejados en la propuesta se corresponden con los recopilados de instalaciones reales con motivo de la Circular 3/2005, de 13 de octubre, de la CNE, basada en la petición de información de inversiones, costes, ingresos y otros parámetros de las instalaciones de producción de electricidad en régimen especial y que se reflejan en los diversos informes públicos que menciona. Por lo que también en este punto es posible conocer los datos en los que se funda. Es más, el propio informe, tras efectuar un estudio comparado con los costes medios de inversión referidos a años concretos disponibles, concluye que "los resultados obtenidos de este análisis muestran que los valores de inversión que reconoce la Propuesta son, con carácter general, próximos o superiores en las IT#s consideradas a los datos disponibles en esta CNM", destacando algunas excepciones. Más específicamente, con relación a la tecnología solar fotovoltaica, afirma que los costes de inversión tomados en consideración por la Orden se compararon con los datos históricos disponibles por dicho organismo, que se materializan en diversos gráficos aportados a dicho informe, de los que se concluye que los costes de inversión estándar son, con carácter general, superiores o iguales a aquellos. Para concluir que "la reducción de la retribución no es atribuible con carácter general a la aplicación de ratios de inversión bajos. El ajuste retributivo se debe, pues, fundamentalmente al establecimiento de una tasa de rentabilidad aplicable a toda la vida útil regulatoria de cada instalación menor a la implícita en las primas y tarifas vigentes en el marco retributivo anterior al Real Decreto-ley 9/2013...".

Por todo ello, no se considera que la Orden impugnada carezca de la necesaria motivación o que se desconozcan los elementos tomados en consideración para fijar las distintas variables que conforman los parámetros fundamentales de la retribución específica de las instalaciones tipo.

**QUINTO.-** Dicho lo anterior, debe rechazarse la alegada "falta de competencia del Ministerio para dictar la Orden Ministerial impugnada por falta de rango suficiente". Basta decir, no solo que la misma ha sido ya reiteradamente examinada y convalidada por esta Sala (salvo en los aspectos concretos y puntuales que afectan a las instalaciones de purines, que no hace al caso) y, por otro lado, que la Orden no ha sido dictada por el Ministerio (en ese caso hubiera sido competente para su examen la Audiencia Nacional), sino por autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos al Ministro de Industria, Energía y Turismo y con la aprobación previa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, y de acuerdo con el Consejo de Estado.

Por lo demás, el rango de la Orden y su procedimiento de elaboración y aprobación ya han sido reiteradamente convalidados por las mencionadas sentencias de esta Sala. Y en cuanto a la pretendidamente indebida delegación del Real Decreto en la Orden Ministerial, ya se examinó en la citada sentencia de 15 de junio de 2016 -recurso núm. 496/2014 -.

**SEXTO.-** Continuando con los motivos de interdicción de arbitrariedad respecto a la determinación de las centrales hidroeléctricas tipo, cálculo de la rentabilidad razonable, y fijación de retribución específica a las centrales del grupo b.4.1 del año 1994 o anteriores.

Resulta relevante a estos efectos señalar la información proporcionada por la Memoria de impacto normativo de la Orden, en la que especifican los datos e informes tomados en consideración por tipos de tecnologías y el impacto económico por grupos de tecnologías. En concreto, para los Grupos b.4 y b.5 Centrales Hidroeléctricas:

«España tiene un elevado potencial hidroeléctrico, gran parte del cual ha sido ya desarrollado a lo largo más de un siglo, dando como resultado un importante y consolidado sistema de generación hidroeléctrica. En la actualidad, la tendencia por lo que respecta al desarrollo de nueva capacidad no es muy dinámica, con unos incrementos en la última década de entre 40-50 MW anuales. Aproximadamente, más del 80% de la potencia acumulada total fue instalada antes del año 2005.

A finales de 2013, la potencia acumulada total en España en el área hidroeléctrica (con régimen económico primado) era de 2.070 MW, distribuida en unos 1.410 MW de centrales hidroeléctricas cuya potencia instalada no sea superior a 10 MW (grupo b.4) y 660 MW de centrales hidroeléctricas cuya potencia instalada sea superior a 10 MW.

En total, existen unas 1.000 instalaciones hidroeléctricas con régimen económico primado, de las cuales más del 60% son instalaciones de potencia inferior o igual a 1 MW.

En el año 2012 el área hidroeléctrica ha percibido algo menos de 200 millones de euros en concepto de prima, aunque esta cifra varía sensiblemente en función de la hidraulicidad del año considerado. (...)

Desde el año 1998, las centrales hidroeléctricas con régimen económico primado se estima que habrán recibido un total de unos 5.879 millones de euros en concepto de primas más mercado de los cuales: habrán percibido unos 4.263 millones de euros en concepto de primas y unos 1.613 millones de euros de retribución por el mercado.

La cantidad de primas recibida hasta la fecha se estima que supone un 186% de la inversión total realizada por centrales hidroeléctricas con régimen primado en sus instalaciones energéticas (que se estima asciende a unos 2.296 millones de euros).

Desde 2014 hasta finalizar su vida útil regulatoria, se estima que las instalaciones hidráulicas supondrán un sobrecoste para el sistema eléctrico de unos 1.250 millones de euros (adicionales a los 4.263 millones de euros que han recibido ya de primas en el período 1998-2013), además de lo que perciban estas instalaciones procedentes del mercado en dicho período.

El nuevo Real Decreto subdivide el grupo b.4 en dos subgrupos:

- *Subgrupo b.4.1.* Centrales hidroeléctricas cuyas instalaciones hidráulicas (presa o azud, toma, canal y otras) han sido construidas exclusivamente para uso hidroeléctrico.

- *Subgrupo b.4.2.* Centrales hidroeléctricas que han sido construidas en infraestructuras existentes (presas, canales o conducciones) o dedicadas a otros usos distintos al hidroeléctrico.

Para el subgrupo b.4.1. se han definido 52 estándares, clasificados en función de la potencia: 26 estándares para las centrales de potencia inferior o igual a 1 MW y 26 estándares para las centrales de potencia superior a 1 MW y menor o igual a 10 MW, en función del año de autorización de explotación definitiva desde 1994, inclusive y hasta 2016. Para las instalaciones más antiguas a 1994, que permanezcan en servicio aunque hayan superado el periodo de vida útil regulatoria, se les asigna la instalación tipo del año 1994.

Para el subgrupo b.4.2. se han definido 52 estándares, clasificados en función de la potencia: 26 estándares para las centrales de potencia inferior o igual a 1 MW y 26 estándares para las centrales de potencia superior a 1 MW y menor o igual a 10 MW, en función del año de autorización de explotación definitiva desde 1994, inclusive y hasta 2016. Para las instalaciones más antiguas a 1994, que permanezcan en servicio aunque hayan superado el periodo de vida útil regulatoria, se les asigna la instalación tipo del año 1994. (...)

Los parámetros económicos más relevantes utilizados para caracterizar las instalaciones tipo asociadas al aprovechamiento de la energía hidroeléctrica son los siguientes:



· Vida útil regulatoria. Se ha considerado un valor de 25 años, en coherencia con los sistemas de referencia utilizados hasta la fecha por instituciones nacionales e internacionales y las características de los equipos ofrecidas por los fabricantes.

En la práctica, es previsible que algunas centrales hidroeléctricas pudieran mantener su operación más allá de la vida útil regulatoria considerada, dependiendo del estado de los equipos al final del período, con base en las actuaciones de mantenimiento realizadas.

· Valor estándar de la inversión inicial. Para la determinación de la inversión se han tenido en consideración, para cada año de puesta en funcionamiento, las partidas principales asociadas a la ejecución de la central hidroeléctrica: obra civil, grupos turbogeneradores y auxiliares, sistema eléctrico, control e interconexión, ingeniería de detalle y dirección de obra del proyecto.

- Para las centrales hidroeléctricas del subgrupo b.4.1. de potencia superior a 1 MW y menor o igual a 10 MW, los ratios de inversión utilizados varían en el rango [1.490 - 2.246] €/kW, dependiendo del año de puesta en marcha. Para las centrales hidroeléctricas del mismo subgrupo de potencia menor o igual a 1 MW, se ha considerado un incremento del 10% en el ratio de inversión respecto a los de potencia superior, de modo que varían en el rango [1.639 - 2.470] €/kW.

- Para las centrales hidroeléctricas del subgrupo b.4.2. de potencia superior a 1 MW y menor o igual a 10 MW, los ratios de inversión utilizados varían en el rango [995 - 1.500] €/kW, dependiendo del año de puesta en marcha. Para las centrales hidroeléctricas del mismo subgrupo de potencia menor o igual a 1 MW, se ha considerado un incremento del 10% en el ratio de inversión respecto a los de potencia superior, de modo que varían en el rango [1.095 - 1.650] €/kW. (...)».

Pues bien, la recurrente se refiere a los datos tomados en consideración para el establecimiento de las instalaciones (IT) de la Orden IET/1045/2014, con especial referencia a la hidroeléctrica. Dice que con los documentos que obran en el expediente no es posible conocer los criterios tenidos en cuenta para la determinación de los parámetros retributivos.

La segmentación se ha hecho de acuerdo con los criterios del artículo 13.1 del Real Decreto 413/2014 : tecnología, potencia instalada, antigüedad, sistema eléctrico.

La recurrente cuestiona la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por entender que adolece de falta de la necesaria motivación, respecto a los parámetros aplicables a las instalaciones tipo con derecho a la percepción del régimen económico primado.

Para dar respuesta a esta alegación ha de partirse de que el nuevo régimen retributivo instaurado se basa en la fijación de unos parámetros estándar que pivotan en torno a una "instalación tipo", separándose así del anterior régimen basado en una retribución por "prima" y una rentabilidad razonable calculada sobre los costes de inversión reales en que se hubiese incurrido, por lo que la utilización de unos valores estándar de la inversión y de los costes estándar de explotación es uno de los pilares en torno al que gira el nuevo sistema retributivo diseñado en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013 por remisión al mismo. Desde esta perspectiva, ningún reproche puede dirigirse a la Orden por el hecho de que utilice tales valores estándar o medios y prescindiera de las inversiones reales de cada una de las instalaciones, pues con ello no hace sino cumplir con el mandato legal que se le encomendó, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme diversidad de instalaciones existentes que se agrupan por criterios homogéneos, elaborados partiendo de la premisa de que se trata de una instalación "eficiente y bien gestionada". A tal efecto, el art. 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico, tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2013, ya disponía que el cálculo de la retribución específica debe establecerse en relación con unas instalaciones tipo con referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, tomando en consideración los "ingresos estándar" por la venta de la energía generada valorada al precio de mercado de producción, los "costes estándar de explotación" y el "valor estándar de la inversión inicial".

No nos corresponde examinar cada uno de los datos utilizados para cada tecnología o instalación tipo. Ello no solo desbordaría el recurso tal y como ha sido formulado sino la propia capacidad de este Tribunal, ya que se establecieron casi 1500 instalaciones tipo. Bastará, en consecuencia, con determinar, también con carácter general, si al tiempo de elaboración de la Orden se utilizaron criterios objetivos y contrastables en los que fundar los elementos que se tomaron en consideración para fijar la retribución específica en sus variables fundamentales, para luego entrar a analizar las diferentes objeciones que opone a algunos de estos parámetros.

A tal efecto, no debe dejar de señalarse que el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (en lo sucesivo IDAE), organismo dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, encargó la realización de sendos informes a las entidades privadas Roland Berger Strategy Consultas SA (en lo sucesivo RBSC) y



The Boston Consultin Group SL (en adelante BCG), para que valoraran y establecieran los estándares de costes de inversión y operación de las tecnologías de generación de electricidad que operaban en régimen especial en España, con la finalidad de que proporcionaran los datos que servirían para fijar los parámetros retributivos de las instalaciones tipo que se adoptarían por la Orden impugnada. El informe de la empresa BCG no llegó a elaborarse y el informe de la empresa RBSC es de fecha posterior (31 de octubre de 2014) a la aprobación de la Orden, por lo que los datos e información aportados por dicho informe no pudieron ser tomados en consideración para elaborar la Orden impugnada, lo que podría interpretarse como la ausencia de justificación técnica de los parámetros utilizados por la Orden impugnada al fijar las variables principales (coste estándar de la inversión y coste estándar de los costes de explotación entre otros) de las diferentes instalaciones tipo.

Pero esta conclusión no puede ser asumida, pues la ausencia de un informe elaborado por una empresa privada externa con el fin de servir de apoyo técnico al órgano administrativo encargado de dictar la norma reglamentaria no es una exigencia procedimental, ni su ausencia condiciona la validez de dicha norma. A diferencia de otros informes preceptivos previstos para la elaboración de este tipo de normas reglamentarias, tales informes externos pueden ser solicitados para coadyuvar a la labor técnica de la Administración, ( art. 82 de la Ley 30/1992 y art. 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno ) pero son facultativos y no vinculantes ( art. 83.1 de la ley 30/1992 ). El hecho de que la Administración inicialmente considerase conveniente elaborar un informe de estas características y que posteriormente prescindiese del mismo, tal vez por la conveniencia de aprobar lo antes posible los criterios técnicos que desarrollaban el nuevo régimen retributivo de este sector, o por disponer de la información suficiente al respecto, no vicia de nulidad dicha norma, pues su existencia no era preceptiva para su tramitación, siempre que se alcance la conclusión de que la justificación de tales criterios puede obtenerse por otras vías.

El problema no se centra, por tanto, en determinar si se prescindió en la elaboración de la Orden de unos informes técnicos inicialmente encomendados a una empresa externa, sino si la Administración justificó los criterios y los parámetros utilizados basándose en datos objetivos.

Con carácter general ha de señalarse que el Real Decreto 413/2014, tal y como establece el artículo 13 , encomienda al Ministro de Industria, Energía y Turismo la labor de fijar, mediante una Orden, la clasificación de las instalaciones tipo atendiendo a la tecnología, potencia instalada, antigüedad, sistema eléctrico y cualquier otra segmentación necesaria para la aplicación de régimen retributivo, y en su artículo 13 indica, a título enunciativo, los parámetros retributivos más relevantes para cada régimen retributivo específico, dedicando los artículos siguientes a fijar los criterios para la clasificación de las instalaciones tipo (art. 14), la determinación de los periodos regulatorios (art. 15), los criterios para calcular la retribución a la inversión y la retribución a la operación de la instalación tipo (artículos 16 y 17) y las correcciones de los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación como consecuencia del número de horas equivalentes de funcionamiento de las misma (art. 21). De modo que ya en el Real Decreto se contienen unos criterios generales en los que fundar los criterios técnicos y retributivos en los que debería basarse la Orden.

Por otra parte, la exposición de motivos de la Orden IET/1045/2014 (apartado III) especifica aún más los criterios utilizados para el cálculo de la retribución: a) para la determinación del valor estándar a la inversión menciona los "equipos principales nuevos, así como el resto de equipos y sistemas electromecánicos, de regulación y control, equipos de medida y líneas de conexión, incluyendo su transporte, instalación y puesta en marcha, junto con la partida de ingeniería y dirección de obras asociadas, entre otras partidas"; b) respecto de los criterios para establecer los costes de explotación asociados a la generación eléctrica para cada tecnología, distingue entre costes de explotación variables -enumerando a título enunciativo los costes de seguros, gastos de administración, gastos de representación en el mercado, coste de peaje de acceso a las redes de transporte y distribución- y los costes fijos de explotación -entre los que cita los costes de alquiler de los terrenos, gastos asociados a la seguridad de las instalaciones y el impuesto sobre bienes inmuebles de características especiales-; c) señala los criterios utilizados para el cálculo de las horas de funcionamiento -las horas anuales que han realizado las instalaciones según los datos publicados por la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia-; d) y finalmente identifica la fuente de la que se obtuvo la estimación del precio de mercado.

En definitiva, la Orden detalla los datos y elementos que toma en consideración para fijar las variables fundamentales para establecer la retribución específica de las instalaciones tipo y su clasificación.

Corresponde ahora analizar si en el proceso de elaboración de la Orden se explicitan y justifican los valores en los que se funda para fijar las principales variables que sirven para determinar la rentabilidad establecida en la Ley.

A tal efecto, resulta relevante el contenido del informe sobre la propuesta de la Orden, emitido el 3 de abril de 2014 por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia.





En dicho informe, por lo que respecta a los criterios de clasificación de las diferentes instalaciones tipo, se afirma "que el criterio elegido para realizar la clasificación por instalaciones tipo ha sido, con carácter general, el distinguir tantas categorías como circunstancias normativas históricas hayan existido y años hayan transcurrido, pues en la nueva metodología retributiva es relevante la contabilización y descuento de flujos y costes habidos y previstos". Añadiendo que existe un "argumento de peso para haber seguido este criterio" consistente en "ofrecer un tratamiento que se ciña tanto como sea posible a la realidad económica, también dispar, que han vivido las instalaciones". Es más "los parámetros identificados para los ejercicios pasados en las fichas que para cada IT proporciona el anexo VII de la propuesta...responde al promedio calculado de datos históricos, correspondiente a las instalaciones reales que integran cada IT. Es decir, no se trata de estándares teóricos, cuyas características pudieran haberse inferido únicamente de documentación técnica o parámetros constructivos, sino de valores medios reales correspondientes a las instalaciones que integran cada IT". Y si bien entiende que se producen situaciones puntuales anómalas, concluye que "En definitiva, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas, la clasificación empleada es, pese a su complejidad, posiblemente la más objetiva y probablemente también la más robusta; arroja valores esperables cuando una IT engloba un volumen de instalaciones tal que permite alcanzar un grado de representatividad suficiente o bien, cuando aun agrupando un número reducido de instalaciones [...] estas son muy parecidas entre sí". No cabe duda, por tanto, que los criterios clasificatorios tomados en consideración por la orden para establecer las diferentes instalaciones tipo están justificados en razones objetivas que son conocidas y, por lo tanto, contrastables, permitiendo a la parte discutir la sujeción o no a tales criterios al tiempo de definir la instalación tipo en que se ubica su concreta instalación.

Por lo que respecta a la retribución a la operación y retribución a la operación extendida, el informe explica que el criterio de asignación es atribuírselo a aquellas instalaciones que necesitan de dicha retribución adicional en relación con los ingresos obtenidos por la venta de energía en el mercado para poder igualar los costes estimados de explotación por unidad de energía exportada, por lo que resulta razonable no asignarlo a instalaciones eólicas ni hidráulicas dado que sus costes variables son relativamente reducidos y concedérselo, en mayor o menor medida, a las restantes tecnologías. También en este punto se determina el criterio de asignación de esta retribución, permitiendo a la parte rebatir si resultaba procedente su inclusión en un caso concreto. Es más, el informe referido dirige en este punto alguna crítica respecto a los criterios empleados para elegir a alguna instalación tipo como receptora de esta retribución, suscitando dudas sobre la percepción de una retribución no justificada por alguna instalación, pero sin cuestionar que se haya dejado de establecer la misma cuando resultaba procedente.

Por lo que respecta a los ratios de inversión estándar, en dicho informe se afirma que los reflejados en la propuesta se corresponden con los recopilados de instalaciones reales con motivo de la Circular 3/2005, de 13 de octubre, de la CNE, basada en la petición de información de inversiones, costes, ingresos y otros parámetros de las instalaciones de producción de electricidad en régimen especial y que se reflejan en los diversos informes públicos que menciona. Por lo que también en este punto es posible conocer los datos en los que se funda. Es más, el propio informe, tras efectuar un estudio comparado con los costes medios de inversión referidos a años concretos disponibles, concluye que "los resultados obtenidos de este análisis muestran que los valores de inversión que reconoce la Propuesta son, con carácter general, próximos o superiores en las IT#s consideradas a los datos disponibles en esta CNMC", destacando algunas excepciones.

También resulta relevante a estos efectos analizar la información proporcionada por la memoria de impacto normativo de la Orden, en la que especifican los datos e informes tomados en consideración por tipos de tecnologías y el impacto económico por grupos de tecnologías.

Y finalmente procede añadir que resulta razonable tomar en consideración la fecha de puesta en funcionamiento de la instalación, al tratarse de un criterio objetivo y relevante para determinar la antigüedad de la misma, y aunque pudiera haberse optado por otra distinta, la opción elegida por la norma es objetiva y no puede considerarse irrazonable o arbitraria, siendo representativa del tiempo de funcionamiento efectivo de la instalación y, por lo tanto, de la antigüedad y características de sus equipos.

Por todo ello, no se considera que la Orden carezca de la necesaria motivación o que se desconozcan los elementos tomados en consideración para fijar las distintas variables que conforman los parámetros fundamentales de la retribución específica de las instalaciones tipo.

**SÉPTIMO.-** Sobre el pretendido tratamiento discriminatorio que se hace de las minicentrales hidráulicas en la Orden impugnada, reiteramos lo que también hemos dicho en sentencias anteriores.

Esta alegación no puede prosperar, dado que es una afirmación de hecho sin base probatoria y, aunque la recurrente expresa razones técnicas o económicas que pueden justificar el adecuado régimen retributivo de este tipo de instalaciones, sin embargo, no existen razones de legalidad para que tales tales opciones deban



prevalecer sobre el decidido por la Administración. Así frente a lo que resulta del expediente administrativo y en la documentación aportada por la Administración -y restantes informes y pruebas obrantes en las actuaciones-, reiteradamente convalidados por esta Sala en las sentencias mencionadas, no cabe atender a los informes periciales de los recurrentes, ni los emitidos por D. Pío y D. Jose Carlos que, por lo demás, no resultan concluyentes para desvirtuar la legalidad de la orden impugnada.

Por otra parte y tal como hemos afirmado en las numerosas sentencias recaídas ya sobre esta materia en recursos dirigidos contra la Orden ITC/1045/2014, aisladamente o junto con el Real Decreto 413/2014, no puede afirmarse que la citada Orden, única disposición impugnada en el presente recurso, carezca de motivación que justifique el modelo retributivo adoptado y los criterios técnicos y económicos en que se basa. Así, en la sentencia de 28 de junio de 2016 (RCA 1/499/2014 ) hemos dicho:

«[...] Cuestiona la demandante la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por entender que adolece de la necesaria motivación respecto a los parámetros aplicables a las instalaciones tipo con derecho a la percepción del régimen económico primado. El reproche parte de que en ella se fijan cientos de tablas sin explicar ni los valores utilizados ni la forma de calcular la rentabilidad establecida en la Ley. Se argumenta también que no existen informes con un análisis del mercado de las inversiones realizadas y sus condiciones reales en el momento en que se realizaron, por lo que los parámetros asignados por la Orden no han tenido en cuenta el coste real de la inversión limitándose a fijar un valor estándar.

Para dar respuesta a esta alegación ha de partirse de que el nuevo régimen retributivo instaurado se basa en la fijación de unos parámetros estándar que pivotan en torno a una "instalación tipo", separándose así del anterior régimen basado en una retribución por "prima" y una rentabilidad razonable calculada sobre los costes de inversión reales en que se hubiese incurrido, por lo que la utilización de unos valores estándar de la inversión y de los costes estándar de explotación es uno de los pilares en torno al que gira el nuevo sistema retributivo diseñado en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013 por remisión al mismo. Desde esta perspectiva, ningún reproche puede dirigirse a la Orden por el hecho de que utilice tales valores estándar o medios y prescindiera de las inversiones reales de cada una de las instalaciones, pues con ello no hace sino cumplir con el mandato legal que se le encomendó, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme diversidad de instalaciones existentes que se agrupan por criterios homogéneos, elaborarlos partiendo de la premisa de que se trata de una instalación "eficiente y bien gestionada". A tal efecto, el art. 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico , tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2013, ya disponía que el cálculo de la retribución específica debe establecerse en relación con unas instalaciones tipo con referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, tomando en consideración los "ingresos estándar" por la venta de la energía generada valorada al precio de mercado de producción, los "costes estándar de explotación" y el "valor estándar de la inversión inicial".

Sentada esta premisa, debe destacarse que la impugnación referida a la falta de motivación o justificación de la Orden se plantea en términos muy generales, alegando en esencia que la misma carece de los criterios en los que fundar los diferentes parámetros utilizados, lo que induciría a pensar que se fijaron de forma arbitraria, pero sin cuestionar de forma concreta qué variables o qué datos aplicados a las diferentes instalaciones tipo, y muy especialmente los que afectan a la recurrente, no son acertados o adecuados. Planteada la impugnación en estos términos no nos corresponde examinar cada uno de los datos utilizados para cada tecnología o instalación tipo. Ello no solo desbordaría el recurso tal y como ha sido formulado sino la propia la capacidad de este Tribunal, ya que se establecieron casi 1.500 instalaciones tipo. Bastará, en consecuencia, con determinar, también con carácter general, si al tiempo de elaboración de la Orden se utilizaron criterios objetivos y contrastables en los que fundar los elementos que se tomaron en consideración para fijar la retribución específica en sus variables fundamentales.

Con carácter general ha de señalarse que el Real Decreto 413/2014, tal y como establece el artículo 13 , encomienda al Ministro de Industria, Energía y Turismo la labor de fijar, mediante una Orden, la clasificación de las instalaciones tipo atendiendo a la tecnología, potencia instalada, antigüedad, sistema eléctrico y cualquier otra segmentación necesaria para la aplicación de régimen retributivo, y en su artículo 13 indica, a título enunciativo, los parámetros retributivos más relevantes para cada régimen retributivo específico, dedicando los artículos siguientes a fijar los criterios para la clasificación de las instalaciones tipo (artículo 14), la determinación de los periodos regulatorios (artículo 15), los criterios para calcular la retribución a la inversión y la retribución a la operación de la instalación tipo (artículos 16 y 17) y las correcciones de los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación como consecuencia del número de horas equivalentes de funcionamiento de las misma (artículo 21). De modo que ya en el Real Decreto se contienen unos criterios generales en los que fundar los criterios técnicos y retributivos en los que debería basarse la Orden.



Por otra parte, la exposición de motivos de la Orden IET/1045/2014 (apartado III) especifica aún más los criterios utilizados para el cálculo de la retribución: a) para la determinación del valor estándar a la inversión menciona los "equipos principales nuevos, así como el resto de equipos y sistemas electromecánicos, de regulación y control, equipos de medida y líneas de conexión, incluyendo sus transporte, instalación y puesta en marcha, junto con la partida de ingeniería y dirección de obras asociadas, entre otras partidas"; b) respecto de los criterios para establecer los costes de explotación asociados a la generación eléctrica para cada tecnología distingue entre costes de explotación variables -enumerando a título enunciativo los costes de seguros, gastos de administración, gastos de representación en el mercado, coste de peaje de acceso a las redes de transporte y distribución...- y los costes fijos de explotación -entre los que cita los costes de alquiler de terrenos, gastos asociados a la seguridad de las instalaciones y el impuesto sobre bienes inmuebles de características especiales-; c) señala los criterios utilizados para el cálculo de las horas de funcionamiento -las horas anuales que han realizado las instalaciones según los datos publicados por la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia-; d) y finalmente identifica la fuente de la que se obtuvo la estimación del precio de mercado.

En definitiva, la Orden detalla los datos y elementos que toma en consideración para fijar las variables fundamentales para establecer la retribución específica de las instalaciones tipo y su clasificación.

Corresponde ahora analizar si en el proceso de elaboración de la Orden se explicitan y justifican los valores en los que se funda para fijar las principales variables que sirven para determinar la rentabilidad establecida en la Ley.

A tal efecto, resulta relevante el contenido del informe sobre la propuesta de la Orden, emitido el 3 de abril de 2014 por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia.

En dicho informe, por lo que respecta a los criterios de clasificación de las diferentes instalaciones tipo, se afirma "que el criterio elegido para realizar la clasificación por instalaciones tipo ha sido, con carácter general, el distinguir tantas categorías como circunstancias normativas históricas hayan existido y años hayan transcurrido, pues en la nueva metodología retributiva es relevante la contabilización y descuento de flujos y costes habidos y previstos". Añadiendo que existe un "argumento de peso para haber seguido este criterio" consistente en "ofrecer un tratamiento que se ciña tanto como sea posible a la realidad económica, también dispar, que han vivido las instalaciones". Es más "los parámetros identificados para los ejercicios pasados en la fichas que para cada IT proporciona el anexo VII de la propuesta... responde al promedio calculado de datos históricos, correspondiente a las instalaciones reales que integran cada IT. Es decir, no se trata de estándares teóricos, cuyas características pudieran haberse inferido únicamente de documentación técnica o parámetros constructivos, sino de valores medios reales correspondientes a las instalaciones que integran cada IT". Y sin bien entiende que se producen situaciones puntuales anómalas concluye que "En definitiva, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas, la clasificación empleada es, pese a su complejidad, posiblemente la más objetiva y probablemente también la más robusta; arroja valores esperables cuando una IT engloba un volumen de instalaciones tal que permite alcanzar un grado de representatividad suficiente o bien, cuando aun agrupando un número reducido de instalaciones... estas son muy parecidas entre sí". No cabe duda, por tanto, que los criterios clasificatorios tomados en consideración por la orden para establecer las diferentes instalaciones tipo están justificados en razones objetivas que son conocidas y, por lo tanto, contrastables permitiendo a la parte discutir la sujeción o no a tales criterios al tiempo de definir la instalación tipo en que su ubica su concreta instalación.

En lo que se refiere a la retribución a la operación y retribución a la operación extendida, el informe explica que el criterio de asignación es atribuírselo a aquellas instalaciones que necesitan de dicha retribución adicional en relación con los ingresos obtenidos por la venta de energía en el mercado para poder igualar los costes estimados de explotación por unidad de energía exportada, por lo resulta razonable no asignarlo a instalaciones eólicas ni hidráulicas dado que sus costes variables son relativamente reducidos y concedérselo, en mayor o menor medida, a las restantes tecnologías. También en este punto se determina el criterio de asignación de esta retribución, permitiendo a la parte rebatir si resultaba procedente su inclusión en un caso concreto. Es más, el informe referido dirige en este punto alguna crítica respecto a los criterios empleados para elegir a alguna instalación tipo como receptora de esta retribución, suscitando dudas sobre la percepción de una retribución no justificada por alguna instalación pero sin cuestionar que se haya dejado de establecer la misma cuando resultaba procedente.

En cuanto a los ratios de inversión estándar, en dicho informe se afirma que los reflejados en la propuesta se corresponden con los recopilados de instalaciones reales con motivo de la Circular 3/2005, de 13 de octubre, de la CNE, basada en la petición de información de inversiones, costes, ingresos y otros parámetros de las instalaciones de producción de electricidad en régimen especial y que se reflejan en los diversos informes públicos que menciona. Por lo que también en este punto es posible conocer los datos en los que se funda.



Es más, el propio informe, tras efectuar un estudio comparado con los costes medios de inversión referidos a años concretos disponibles, concluye que "los resultados obtenidos de este análisis muestran que los valores de inversión que reconoce la Propuesta son, con carácter general, próximos o superiores en las IT's consideradas a los datos disponibles en esta CNM", destacando algunas excepciones. Más específicamente, con relación a la tecnología solar fotovoltaica, afirma que los costes de inversión tomados en consideración por la Orden se compararon con los datos históricos disponibles por dicho organismo, que se materializan en diversos gráficos aportados a dicho informe, de los que se concluye que los costes de inversión estándar son, con carácter general, superiores o iguales a aquellos. Para concluir que "la reducción de la retribución no es atribuible con carácter general a la aplicación de ratios de inversión bajos. El ajuste retributivo se debe, pues, fundamentalmente al establecimiento de una tasa de rentabilidad aplicable a toda la vida útil regulatoria de cada instalación menor a la implícita en las primas y tarifas vigentes en el marco retributivo anterior al Real Decreto-ley 9/2013..."

También resulta relevante a estos efectos analizar la información proporcionada por la memoria de impacto normativo de la Orden, en la que especifican los datos e informes tomados en consideración por tipos de tecnologías y el impacto económico por grupos de tecnologías. En concreto, para el subgrupo solar fotovoltaica se establecieron 578 estándares y se especifican los criterios utilizados para las instalaciones dependiendo de que se tratara de instalaciones acogidas al Real Decreto 661/2007 o al RD 1578/2008 y los datos e informes específicos que se tomaron en consideración al respecto (folio 73 de dicha memoria), los ratios de inversión adoptados, los gastos de explotación dependiendo del rango de potencia y de la tecnología de las instalaciones y los datos tomados en consideración para la fijación de las horas de horas equivalentes de funcionamiento. Es más, la memoria aclara, en respuesta a las cuestiones planteadas en el informe del CNMC y a las alegaciones (más de 600) presentadas por empresas y asociaciones del sector y por las Comunidades Autónomas, las razones que le llevan a aceptar o rechazar las mismas, lo que, en definitiva, implica exteriorizar los criterios o razones tomadas en consideración para aceptar determinados elementos de cuantificación. Sirva como ejemplo el hecho de que dicha memoria afirme que "ha revisado, con carácter general los valores de inversión y el resto de los parámetros retributivos de las instalaciones tipo incluida en los anexos de la orden, especialmente aquellos posibles errores puestos de manifiesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y por los interesados en el trámite de audiencia. Además, se ha mejorado la justificación de determinadas hipótesis que se han considerado en el nuevo modelo retributivo (como la fijación del precio del mercado previsto a futuro)".

Por todo ello, no se considera que la Orden carezca de la necesaria motivación o que se desconozcan los elementos tomados en consideración para fijar las distintas variables que conforman los parámetros fundamentales de la retribución específica de las instalaciones tipo.»

**OCTAVO.-** La parte recurrente considera discriminatoria la rentabilidad razonable. Esta cuestión es coincidente con la planteada por distintos recurrentes en otros procesos seguidos ante esta misma Sala, por lo que les daremos respuesta reiterando aquí consideraciones que hemos expuesto en nuestras sentencias antes referidas y complementando lo que hemos dicho en los fundamentos anteriores.

Conviene empezar por afirmar que ni el Real Decreto 413/2014, ni la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/1045/2014 que desarrolla aspectos técnicos del mismo, crean "ex novo" el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

El nuevo régimen retributivo, que deroga el previsto en el RD 661/2007, es introducido por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, régimen que es asumido y completado por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

En efecto, fue el Real Decreto-ley 9/2013, que modificó el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, el que introdujo los principios y las bases sobre las que se articula el nuevo régimen económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos. Y así se encargó de destacarlo la STC 270/2015, afirmando que fue el Real Decreto Ley 9/2013 el que «viene a establecer un nuevo régimen retributivo para determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica» posteriormente asumido por la Ley 24/2013.

Este régimen se basa en la retribución por la venta de la energía generada al precio del mercado, complementado con una retribución específica que permita a estas tecnologías competir en nivel de igualdad con el resto de las tecnologías en el mercado. Esta retribución específica complementaria debe permitir al titular de la instalación cubrir los costes de inversión y explotación y obtener una rentabilidad adecuada, si bien con referencia a una "instalación tipo" de una empresa "eficiente y bien gestionada".



Los elementos esenciales de este nuevo sistema ya se encontraban en el artículo 1 del Real Decreto-ley por el que se modifica el artículo 30.4 de la ley 54//1997, vinculando la retribución de estas instalaciones a la venta de energía valorada al precio de mercado, estableciendo una retribución específica por unidad de potencia instalada que comprenda los costes de inversión y los costes de explotación de una instalación tipo, aplicando la rentabilidad razonable "a lo largo de su vida útil regulatoria", y especificando que el cálculo de la rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado, que se concretó en un incremento de 300 puntos básicos (Disposición Adicional Primera).

Régimen que es asumido por la Disposición Final Tercera de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico por remisión a los criterios fijados por el Real Decreto-Ley 9/2013, añadiendo en su apartado cuarto, a modo de cláusula de cierre del sistema, que "En ningún caso podrá resultar de dicho nuevo modelo retributivo la reclamación de las retribuciones percibidas por la energía producida con anterioridad al 14 de julio de 2013, incluso si se considerase que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad".

Es cierto que este nuevo sistema retributivo requería el necesario desarrollo reglamentario que, respetando las bases y directrices fundamentales fijadas en dichas normas legales, completase el régimen jurídico para la aplicación efectiva a cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica. A tal efecto, la Disposición Final Segunda del RD-ley 9/2013 y la Disposición Final Tercera de la Ley 24/2013 encomendaron al Gobierno la aprobación de un Real Decreto que desarrollase ese régimen jurídico y económico, que finalmente se llevó a cabo a través del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y que se concretó en los aspectos más técnicos y de detalle por la Orden IET/1045/2014, de 16 de Junio.

Ahora bien, estas normas reglamentarias no introducen novedades en los elementos esenciales, ni puede entenderse que con ellas se defina un nuevo régimen jurídico desconocido o al menos imprevisible en su configuración final que no estuviese ya establecido en todos sus elementos básicos por las normas legales antes referidas. El cálculo de la retribución específica sobre parámetros estándar (costes de explotación y valor de la inversión) en función de las "instalaciones tipo" que se establezcan, o la proyección del nuevo modelo retributivo desde el comienzo del funcionamiento de las instalaciones y a lo largo de toda "su vida útil regulatoria" -con el límite de no tener que devolver las retribuciones ya percibidas que superasen la rentabilidad razonable fijada para cada una de las instalaciones tipo-, entre otras cuestiones, ya se contenían en dichas normas legales, por lo que el nuevo régimen retributivo ahora impugnado ni se crea ni se define por vez primera por las normas ahora impugnadas.

En definitiva, la modificación del régimen retributivo primado establecido por el RD 661/2007, no es obra del RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, que se limitan al desarrollo del nuevo régimen retributivo introducido por el RD-ley 9/2003 y por la Ley 24/2013, y la particular revocación o, más precisamente, derogación del RD 661/2007, fue establecida de forma expresa por la Disposición derogatoria única, apartado 2, del RD-ley 9/2013.

En consecuencia, procede rechazar el recurso contencioso-administrativo que se basa en la defensa de criterios alternativos a los empleados por la Administración en la caracterización y retribución del tipo de instalaciones de las que son titulares.

A los razonamientos anteriores debe añadirse, como ya anticipamos, la sentencia de 15 de junio de 2016 dictada en el recurso núm. 496/2014 interpuesto por los mismos recurrentes contra el Real Decreto 413/2014, a la que nos remitimos.

**NOVENO.-** No procede imponer las costas del proceso a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas (apartado 1 del artículo 139 citado).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: **Primero.-DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **D. Mariano, D<sup>a</sup> Benita y DIRECCION000 C.B.**, contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. **Segundo.-** Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso

## VOTO PARTICULAR

### TRIBUNAL SUPREMO

#### Sala de lo Contencioso-Administrativo

---

#### VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 835/2015), AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> Maria Isabel Perello Domenech.

Por medio de este voto particular manifestamos nuestra respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria en dos puntos sustanciales de la controversia suscitada en relación con la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio:

**A/** De un lado, no compartimos los apartados de la fundamentación jurídica de la sentencia en los que se desestiman las alegaciones de la parte demandante sobre la falta de justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014. En mi opinión, la Orden impugnada debería haber sido declarada nula por incurrir en el defecto que se le reprocha.

**B/** Consideramos, asimismo, que la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, lo mismo que el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, incurre en retroactividad ilícita y vulnera los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. Sin embargo, no desarrollaré aquí estos aspectos de mi discrepancia toda vez que se refieren a cuestiones que en este proceso concreto no han sido abordadas.

**PRIMERO.-** Centrándonos entonces en el aspecto señalado en el apartado A/, consideramos, en contra del parecer de la mayoría de la Sala, que la Orden IET/1045/2014 carece de toda justificación técnica, al no haber constancia de ningún informe o estudio que sirva de sustento a los parámetros de diversa índole que en dicha Orden se establece.

No pretendemos afirmar que la Administración hubiese debido ofrecer una detenida y pormenorizada explicación sobre la concreta cuantía asignada a todos y cada uno de los valores y parámetros que se fijan en la Orden. Ahora bien, partiendo de que la regulación reglamentaria de la retribución de las actividades de destinadas al suministro de energía eléctrica está sujeta a, entre otros, los principios de objetividad, transparencia y no discriminación ( artículo 14.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , y antes artículo 15.2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre ), entiendo que resultaba plenamente exigible una información razonada, respaldada por los correspondientes estudios o informes, acerca de la procedencia de los datos que se han manejado y de los criterios técnicos seguidos para la fijación de los parámetros, con explicaciones suficientes sobre la razón de ser de los valores estándar en los que se asientan aquellos parámetros.

El preámbulo de la Orden IET/1045/2014 únicamente hace un enunciado genérico de los aspectos o variables a los que responden los distintos parámetros; pero en ese preámbulo no se contiene -ni habría sido el lugar adecuado para ello- una justificación técnica mínimamente consistente. Por tanto, habrían de ser unos informes o estudios previos a la propia Orden los que proporcionasen el adecuado respaldo a sus determinaciones.

Que tales estudios técnicos resultaban necesarios es algo que no admite duda; y la propia Administración vino a reconocer esta necesidad pues, por medio del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) se recabó la asistencia especializada de consultoras externas.

En efecto, el IDAE encargó en noviembre de 2013 a las entidades The Boston Consulting Group S.L. y Roland Berger Strategy Consultants S.A. la prestación de asistencia especializada a la Administración mediante la realización de "...estudios que valoraran y establecieran los estándares de costes de inversión y operación de las tecnologías de generación de electricidad que operaban en régimen especial en España"; con el compromiso adicional por parte de la citadas empresas de prestar asistencia técnica en cualquier procedimiento judicial y/o arbitraje en los que fuera parte la Administración General del Estado en dicha materia.



El Pliego de Condiciones Técnicas publicado por el IDAE el 25 de julio de 2013 definía con claridad la finalidad y objeto de los informes que se encargaban. En la introducción de dicho Pliego de Condiciones se indica que „... dada la importante repercusión económica v social que tendrá la futura regulación el IDAE ha sido expresamente requerido por la Secretaría de Estado de Energía de ese Ministerio entre otras cuestiones, para la urgente realización de las trámites necesarios para la contratación (...) de un estudio que valore v establezca los estándares de costes de inversión e operación de las tecnologías de generación de electricidad que operan en régimen especial en España. Y es en ese contexto en el que se inscribe el servicio cuyas condiciones técnicas se describen en este pliego,. En cuanto al objeto y alcance del estudio cuya realización se externaliza, el mismo Pliego de Condiciones señala lo siguiente:

### << (...) 3. ALCANCE DEL SERVICIO

Se trata de realizar un estudio que valore y establezca los estándares de costes de inversión y operación de las tecnologías de generación de electricidad que operan en régimen especial en España (...)

El estudio llevará a calzo un análisis histórico, y de las necesidades de retribución futura para alcanzar una rentabilidad razonable, de los valores estándar de las principales variables que influyen en la determinación de los costes de producción y la rentabilidad de las centrales de producción de electricidad en régimen especial que permita la valoración y el contraste con fuentes externas de las hipótesis y modelos de rentabilidad y de retribución percibida elaborados por el IDAE para este tipo de instalaciones.

Para conseguir el objetivo del estudio se desarrollarán las siguientes líneas de trabajo:

1. Análisis de los valores estándar históricos de las principales variables con impacto en el coste total de producción de las tecnologías de generación de electricidad en régimen especial en España y contraste con las hipótesis de modelización y datos internos utilizados por el 10,1E-

· Por tecnología de régimen especial: solar termoeléctrica. fotovoltaica, eólica. cogeneración, mini hidráulica (instalaciones de hasta 10 MW) e hidráulica de mediana potencia (instalaciones de entre 10 ME y 50 MW), biomasa, biogás, combustión de residuos, y tratamiento de residuos.

· Por tipo de coste: coste de inversión, coste de operación v mantenimiento, coste de combustibles, otros costes relevantes para cada tecnología

· Por año de puesta en operación hasta 2013, de acuerdo con la capacidad instalada en cada año (...)>>

El encargo de tales informes se formalizó mediante contrato suscrito en virtud de resolución del Director General del IDAE de 28 de noviembre de 2013 (expediente de contratación con referencia nº NUM000 del citado organismo). Y según se acaba de ver, la encomienda que allí se hacía a las consultoras Boston Consulting y Roland Berger consistía en la realización de sendos informes que llevasen a cabo la identificación y análisis de los valores y parámetros cuantitativos y cualitativos que habrían de configurar el nuevo modelo retributivo para las energías renovables, tarea habría de incorporar el análisis de los valores estándar históricos de las principales variables con impacto en el coste total de producción, la diferenciación entre las diversas tecnologías de régimen especial, el análisis también diferenciado según el tipo de coste (coste de inversión, coste de operación y mantenimiento, coste de combustibles, otros costes relevantes para cada tecnología), y distinguiendo asimismo según el año de puesta en operación.

Pues bien, siendo tal la relevancia que la propia Administración atribuía a esa encomienda de asistencia técnica, sucede que la entidad Boston Consulting nunca llegó a emitir su informe, por resolución contractual del encargo. Y el informe de Roland Berger -que la Administración únicamente remitió a esta Sala después de ser requerida para ello en reiteradas ocasiones-, resulta ser de fecha 31 de octubre de 2014, esto es, cuatro meses posterior al Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, por lo que en ningún caso puede ser invocado ese documento como sustento o justificación técnica de la referida Orden.

Ciertamente, la ausencia de los informes cuya elaboración se había encomendado a las citadas empresas consultoras no constituye la omisión de un trámite preceptivo ni tiene por sí mismas relevancia invalidante. Pero pone de manifiesto que la Orden IET no cuenta que el sustento técnico que tales informes podían haberle proporcionado, sin que la Administración haya explicado por qué, habiendo considerado en su día que eran necesarios, decidió luego dictar la Orden sin contar con ellos.

Siendo ello así, la ausencia de ese soporte técnico no puede considerarse suplida por otros hipotéticos informes que se hubiesen llevado a cabo en el seno de la propia Administración, pues, sencillamente, no consta que existan. Resulta en este punto significativo que ni la propia Administración, ni su representante procesal, ni la mayoría de la Sala de la que discrepo hayan sabido indicar en qué lugar o apartado concreto del expediente administrativo podría encontrarse cualquier estudio que se hubiese realizado al efecto por los servicios técnicos de la Administración, pues la Abogacía del Estado sólo hace en algunos de sus escritos



de alegaciones una genérica e inespecífica referencia a la ,documentación técnica, que obra en el expediente, alusión que por su misma vaguedad y falta de concreción resulta inoperante. Y, desde luego, en contra del parecer de mis compañeros de Sala, no creo que pueda atribuirse esa virtualidad al informe que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia emitió con fecha 3 de abril de 2014 sobre la propuesta de Orden, como tampoco a la ,Memoria del análisis del impacto normativo del proyecto de Orden,.

En cuanto al informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin necesidad de destacar aquí las significativas reservas que en ese informe se formulan sobre la regulación que se proponía, baste señalar que, atendiendo a la finalidad de ese trámite y al propio contenido del documento emitido por la Comisión, no cabe considerar que dicho informe constituya la justificación técnica de la Orden IET/1045/2014. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia emite un parecer globalmente favorable -aunque formulado objeciones en algunos aspectos- al proyecto de Orden, pero tal informe de ningún modo constituye, ni lo pretende, la justificación técnica de los valores estándar y parámetros que en la Orden se fijan.

Algo similar sucede con la ,Memoria del análisis del impacto normativo del proyecto de Orden,, pues si bien en este documento se ofrecen algunas explicaciones sobre los criterios generales y metodología aplicados para fijar los parámetros que la Orden (entonces un mero proyecto) asigna a las distintas tecnologías e instalaciones tipo, lo cierto es que la Memoria dice muy poco, más bien nada, sobre los datos sobre los que se ha operado para la determinación de aquellos parámetros, en particular los utilizados para cifrar el valor estándar de la inversión inicial, los costes de explotación o las horas de funcionamiento de cada instalación tipo. Tan sólo en lo que se refiere a esto último -las horas de funcionamiento- la Memoria señala, sin entrar en detalle, que *... se han considerado las horas anuales reales que han realizado las instalaciones, según los datos publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* , (página 27 de la Memoria). Nada indica en cambio la Memoria sobre la procedencia, el grado de acomodo a la realidad y el sustento técnico de los datos y valores sobre los que han calculado los distintos parámetros asignados a cada instalación tipo.

Más bien al contrario, la propia Memoria admite que en el trámite de audiencia varias empresas y asociaciones habían pedido que se aportaran al expediente los informes y estudios que hubiesen realizado las empresas adjudicatarias del contrato de asistencia técnica al que antes me he referido. Sin embargo, lejos de explicar que aquellas consultoras adjudicatarias no habían presentado informe ni estudio alguno -este dato sólo fue conocido por los recurrentes ya en vía jurisdiccional- la Memoria se limita a señalar, de manera claramente elusiva, que *, la propuesta de Orden (...) se elaboró a partir de los estudios e informes finalizados y disponibles en el momento en que se remitió la propuesta (31.01.2014) para la evacuación del trámite de audiencia a través de la Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia, así como a la fecha de su remisión al Consejo de Estado (19.05.2014)* , (página 27, último apartado, de la Memoria). Pero no se indica, en ese ni en ningún otro apartado de la Memoria, cuáles son esos ,estudios e informes, a los que de manera genérica e innominada alude; ni, desde luego, en qué lugar del expediente administrativo se encuentran.

Todo ello nos lleva a concluir que los valores y parámetros de diversa índole que se fijan en la Orden IET/1045/2014 como definidores del régimen retributivo para cada instalación tipo carecen en realidad de una justificación técnica que sea conocida, contrastable y susceptible de fiscalización.

En fin, no cabe considerar que la ausencia de sustento técnico que se advierte en el expediente administrativo hayan podido quedar suplida o subsanada por los informes del IDAE que la Abogacía del Estado ha aportado en un buen número de los procesos que se tramitan antes esta Sala referidos al Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014. Tratándose de informes elaborados por el IDEA en fechas muy posteriores al Real Decreto y la Orden que aquí se examinan, constituyen en realidad un intento de justificar *a posteriori* los valores y parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014. Pero de acuerdo con la jurisprudencia es claro que no cabe atribuir a esos documentos ninguna virtualidad o eficacia sanadora del defecto señalado, pues, como señala la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2016 (recurso contencioso-administrativo 179/2014 , F.Jº 3º) << (...) *la motivación de una disposición administrativa como la impugnada debe proporcionarla la propia disposición, por sí misma o por su referencia al expediente administrativo tramitado al efecto, sin que impida o subsane la infracción del principio de transparencia del artículo 15 de la Ley 54/1997 , que hemos apreciado, la posterior explicación o justificación del acto dada por la Administración o por su representante en vía de recurso*>> .

**SEGUNDO.-** En definitiva, por las razones que hemos expuesto en el apartado anterior consideramos que la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, debería haber sido declarada nula por carecer de justificación técnica los valores y parámetros de diversa índole que en ella se fijan como definidores del régimen retributivo para cada instalación tipo.

Además, la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, debería haber sido declarada nula por incurrir en retroactividad ilícita y en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, en cuanto





la regulación que en ella se contiene se proyecta retrospectivamente sobre la actividad que las instalaciones preexistentes habían desarrollado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio. Pero, como indicamos al comienzo, el desarrollo argumental de este segundo aspecto de nuestra discrepancia con la mayoría de la Sala corresponderá hacerlo con ocasión de sentencias en las que se aborden las cuestiones relativas a la retroactividad de la Orden y a la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la Sentencia de la que se discrepa.

Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia y voto particular por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ