



Roj: **STS 2654/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2654**

Id Cendoj: **28079130032016100201**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **01/06/2016**

Nº de Recurso: **752/2014**

Nº de Resolución: **1277/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **PEDRO JOSE YAGÜE GIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 1 de junio de 2016

Esta Sala ha visto constituida por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 1/ 752/14, interpuesto por CERANOR SA, representada por el Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández Novoa y la asistencia letrada de D. Francisco Javier San Martín Rodríguez, D.Gerard Pérez Olmo y D. Israel Gómez-Caro, contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones, 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. Pedro Jose Yague Gil

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Dictado Real Decreto 413/2014, de 6 de junio por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de energías renovables, cogeneración y residuos, fue publicado en el BOE de 10 de junio. Y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos, fue publicada en el BOE de 20 de junio.

**SEGUNDO** .- La representación procesal de CERANOR SA, mediante escrito de 10 de septiembre de 2014, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto y la Orden ITC mencionadas. La Sala tuvo por interpuesto el recurso y por personado al recurrente, procediéndose a reclamar el expediente administrativo correspondiente.

**TERCERO.-** Recibido el expediente administrativo, y concedido plazo para formalizar la demanda, CERANOR SA, la formalizó mediante escrito de 25 noviembre de 2014, en el que expuso los siguientes motivos:

1º de la vulneración que sufren los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima con el nuevo régimen normativo de aplicación. Declaración de nulidad de la DA 8ª del RD 413/14 y de la Orden IET /1045/14. El sistema de refacturación supone una retroactividad máxima vulnerando las exigencias de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, que solo habilitarían para una retroactividad de carácter mínimo.

2º de la medida cautelar que solicitó esta parte al interponer recurso contencioso-administrativa contra el RD 413/14 y Orden IET/1045/14 y posible vulneración del art.24 CE . Nulidad de la DT 8ª del RD . Art.12.1 LJCA .

Suplicando a la Sala dicte sentencia en la que, estimando los motivos de en el art.139 LJCA se declare la Nulidad de la DT 8ª del RD 413/14, y de la Orden IET /1045/14. Se solicita el recibimiento a prueba (documental, pericial y testifical).



**CUARTO.-** El Abogado del Estado en su escrito de 2 de mayo de 2015, de contestación a la demanda, suplicó se dictase sentencia por la que sea inadmitido, y en su defecto, desestimando el recurso interpuesto contra el RD 413/14 y contra la Orden IET/1045/14, al ser los mismos plenamente conformes a derecho, con imposición de las costas a la recurrente de. Se opone al recibimiento a prueba y de forma subsidiaria se admita como prueba el documento aportado en la pieza de medidas cautelares.

**QUINTO.-** Mediante Decreto de 12 de mayo de 2015, se fija la cuantía como indeterminada.

**SEXTO.-** Abierto el período de prueba y practicada la admitida y declarada pertinente, se acordó el trámite de conclusiones escritas, que fue evacuado por CERANOR SA y el Abogado del Estado.

**SÉPTIMO** .- Se señaló para votación y fallo el día 17 de noviembre de 2015 y con suspensión del plazo para dictar sentencia, por providencia de 21 de diciembre de 2015, se acordó oír a las partes sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, del siguiente tenor literal:

«1º.- Inconstitucionalidad de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio , y de la disposición final tercera de la ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico -puestas ambas en relación con lo establecido en el artículo 30 de la ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , según redacción dada a este precepto por el artículo 1 del propio Real Decreto-ley 9/2013 , y con el artículo 14, apartados 4 y 5, de la citada Ley 24/2014 - por cuanto la aplicación del nuevo régimen retributivo específico a las instalaciones preexistentes puede resultar vulneradora del artículo 9.3 de la constitución en cuanto se refiere a los límites a la retroactividad de las normas y a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

2º.- Inconstitucionalidad de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio , así como de la disposición transitoria tercera del propio Real Decreto-ley 9/2013 y de la disposición transitoria sexta de la ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , por cuanto tales normas, de un lado, establecen la entrada en vigor inmediata del nuevo régimen retributivo específico sin fijar un régimen transitorio; y, de otra parte, generan un periodo de incertidumbre -desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley hasta la promulgación de las disposiciones de desarrollo (Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y Orden IET/1045/2014, de 15 de junio)- durante el cual las empresas quedan abocadas a desarrollar su actividad sin conocer el régimen jurídico y retributivo que les va a ser de aplicación también en ese período intermedio. Tal regulación puede resultar vulneradora del artículo 9.3 de la Constitución en cuanto se refiere a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Todo ello sin perjuicio de lo que más adelante pueda acordarse sobre un posible planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.»

**OCTAVO** .- El Abogado del Estado formuló alegaciones sobre las diversas cuestiones propuestas y muestra su disconformidad a plantear las cuestiones de inconstitucionalidad. Por su parte la recurrente alegó la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por parte del Tribunal.

**NOVENO** .- La Administración del Estado al amparo del artículo 271.2 LEC aportó en su escrito de 13 de enero de 2016 al procedimiento la STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, dictada en el Recurso 5347/2013 , oyéndose a las partes sobre la incidencia en el presente procedimiento.

**DÉCIMO** .- El Abogado del Estado solicitó la incorporación al recurso de la Resolución del Ministerio de Industria, Energía y Turismo de 18 de enero de 2016 -que resuelve la subasta convocada-, que acompañó con su escrito de fecha 1 de febrero de 2016, por ser de fecha posterior a su escrito de conclusiones. La parte recurrente se opone a la incorporación solicitada.

**UNDECIMO** .- El Abogado del Estado en contestación a los diversos traslados conferidos, manifiesta que la Sala debería "declarar la pérdida de objeto del incidente abierto para el eventual planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad en este proceso; o en su defecto, a los efectos de resolver en tal incidente que no ha lugar a tal planteamiento", y en todo caso, a los efectos de resolver lo suplicado en su contestación a la demanda.

La parte recurrente el 9 de febrero presenta sus alegaciones manifestando que no identifica "razones para atribuir una especial incidencia a la citada STC 270/2015 sobre buena parte del argumentario jurídico y probatorio desplegado por esta parte en sus extremos escritos de demanda, conclusiones y alegaciones varias presentadas en relación con los puntos objeto de debate en este pleito" y manifiesta en cada apartado esgrimido por la Administración del Estado, que la STC "no debería tener absolutamente ninguna influencia en esta cuestión". Respecto al documento correspondiente a la subasta alega que "no se percibe la relevancia de la citada documentación aportada en este momento por la administración demandada".

El Ministerio Fiscal, en su informe de 29 de febrero de 2016, realiza alegaciones sobre los traslados conferidos, y concluye



« En virtud de todo ello, a los efectos del artículo 35 LOTC y dentro del ámbito de legitimación que le corresponde, esta Fiscalía considera que las normas con rango de ley a las que se refiere esa Excm. Sala en su providencia de traslado son -con los matices señalados en el cuerpo de este escrito- aplicables al caso, y en la medida en que son efectivamente aplicables su validez constitucional es también sin duda relevante para el fallo, en el sentido de que su eventual declaración de conformidad a la Constitución impediría una resolución estimatoria de las pretensiones del actor, mientras que su declaración de inconstitucionalidad podría permitirla.

Pero a la vista de la STC 270/2015, de 17 de diciembre, no halla esta Fiscalía fundamento suficiente para sostener una duda acerca de la inconstitucionalidad de dichas normas, abstracción hecha de los efectos singulares que su aplicación puedan haber producido en determinados supuestos, o incluso del juicio de constitucionalidad o legalidad que esa Excm. Sala pudiera efectuar respecto de las disposiciones de rango inferior a la ley o actos de aplicación que son objeto de impugnación directa en el presente procedimiento, y sobre cuya conformidad a Derecho no corresponde pronunciarse a este Ministerio.

Por lo expuesto, el Fiscal entiende que NO ES NECESARIO plantear la cuestión de inconstitucionalidad.»

**DUODÉCIMO** .- El Abogado del Estado aportó al procedimiento un documento del Parlamento Europeo en el que se rechaza una solicitud de la Asociación Nacional de Productores e Inversores de Energías Renovables (ANPIER) en la que se pedía que abriera una investigación a España por el cambio regulatorio de los apoyos a las renovables. La Administración del Estado pone de manifiesto que el mencionado documento indica "no procede tomar ninguna acción legal contra España porque la reforma eléctrica es una recomendación del propio Consejo, en línea con las Directrices de ayudas de Estado de la comisión y la elección de los sistemas de apoyo a las RES es una competencia de cada EEMM para poder cumplir con los objetivos 2020 y no hay ninguna limitación en la Directiva 28/2009/CE".

Oídas las partes, la recurrente consideró que el documento aportado de contrario es "absolutamente irrelevante a los efectos de resolver el recurso objeto de este procedimiento" por lo que considera que no concurren los requisitos previstos en la LEC para que el mismo deba ser incorporado a los autos.

Quedaron unidos ambos escritos, estándose al señalamiento acordado.

**DECIMOTERCERO** .- Se señaló para la reanudación de la deliberación y fallo de este recurso, el día 3 de mayo de 2016, habiéndose llevado a cabo la deliberación en sesiones sucesivas y examinándose de forma concordada los recursos 532/2014, 646/2014, 650/2014, 651/2014, 652/2014, 657/2014, 752/2014, 787/2014, 812/2014, 833/2014 y 850/2014 señalados para el día 3 de mayo de 2016; así como los recursos 472/2014, 524/2014, 527/2014, 530/2014, 564/2014, 628/2014, 642/2014, 649/2004, 661/2014, 710/2014, 763/2014, 783/2014, 787/2014 señalados para el día 10 de mayo de 2016; los recursos 493/2014, 625/2014, 630/2014, 631/2014, 636/2014, 637/2014, 641/2014, 647/2014, 653/2014 y 660/2014, señalados para el día 17 de mayo de 2016; los recursos 638/2014 y 658/2014 señalados para el día 19 de mayo de 2016; y los recursos 427/2014, 489/2014, 496/2014, 551/2014, 553/2014, 554/2014, 556/2014, 643/2014, 682/2014, 694/2014, 697/2014, 711/2014, 715/2014, 745/2014, 790/2014, 851/2014, 852/2014 y 854/2014 señalados para el día 24 de mayo de 2016.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil, en sustitución del ponente designado Excm. Sra. D<sup>a</sup> Maria Isabel Perello Domenech, que formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La representación procesal de Ceranor SA interpone el recurso contencioso administrativo número 752/2014, 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 y 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.

La parte actora explica en su demanda que es titular de dos fábricas cerámicas de última tecnología, que se dedican a la fabricación de materiales de construcción -productos de cerámica estructural para el sector constructivo-, sitas en León (Valencia de Don Juan), y cada una de ellas tiene integrada dentro de su proceso productivo una planta de cogeneración dimensionada para producir el 100% del calor y energía eléctrica necesarias para su funcionamiento, acogida el régimen económico del RD 661/2007 de tarifa regulada.

En su demanda, la parte recurrente en primer lugar denuncia que la revocación del régimen de tarifa estable, fijado por el RD 661/2007, vulnera los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, y solicita la nulidad



de la Disposición Adicional 8ª del RD 413/14 y la nulidad de la Orden IET/1045/14, manifestando que el sistema de refacturación supone una retroactividad máxima, cuando los principios de seguridad jurídica y confianza legítima habilitarían solo para una retroactividad de carácter mínimo.

Añadiendo en relación a la pieza de medidas cautelares, la posible vulneración del art. 24 CE y mostrando su discrepancia con el razonamiento empleado por la Sala para denegar la medida cautelar solicitada, entendiéndose que el recurso ante la Comisión Nacional de Energía de las diversas liquidaciones no es el correcto cauce a seguir para solventar la cuestión que ahora nos ocupa y evitar el perjuicio que ocasionaría la aplicación del nuevo sistema de retribución a todo el sector de la cogeneración en general

Suplicando a la Sala la Nulidad de la DT 8ª del RD 413/14, de 6 de junio, y de la Orden IET /1045/14, de 16 de junio.

**SEGUNDO.-** La solicitud de nulidad formulada en la demanda se fundamenta en la vulneración por el RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 de los siguientes preceptos y principios:

- 1) Los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, y prohibición de retroactividad, de los artículos 9.3 CE y 32.2 y 3 CE y 2.3 del Código Civil .
- 2) En relación con la medida cautelar, los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad, posible vulneración del artículo 24 CE .
- 3) En conclusiones y a la vista de la prueba practicada se incluyen una serie de consideraciones sobre la falta de motivación de la Orden IET y sobre otros extremos.

### **TERCERO.-Consideración general.**

Conviene empezar por afirmar que ni el Real Decreto 413/2014 ni la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/1045/2014, impugnados en este recurso, 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, que constituyen el objeto directo de este recurso, 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 de las disposiciones generales que se impugnan en este recurso, el 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.

Es por ello que los motivos de impugnación que aduce la parte recurrente, referidos a la infracción de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad por el cambio del modelo retributivo y su aplicación a las instalaciones ya existentes no puede imputarse directamente a las disposiciones generales ahora impugnadas, contra las que no se invoca en la demanda defecto alguno por extralimitación en la habilitación legal, sino que deben referirse a las normas con rango de ley que las disposiciones impugnadas desarrollan.

Sentada esta premisa, cobran especial relevancia los pronunciamientos del Tribunal Constitucional contenidos en sus sentencias 270/2015, de 17 de diciembre, 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 18 de febrero, 30/2016, de 18 de febrero y 61/2016, de 17 de marzo, en las que se analizó la adecuación a la Constitución del Real Decreto Ley 9/2013, y se descartó la pretendida vulneración de los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima que ahora invoca la parte recurrente.

Los pronunciamientos contenidos en tales sentencias constituyen la obligada referencia para abordar tales infracciones y sirven para descartar la necesidad de plantear una nueva cuestión de inconstitucionalidad sobre estas mismas infracciones.

#### **CUARTO.- Sobre el principio de retroactividad.**

Examinamos en primer lugar las alegaciones de la demanda relativas a la vulneración del principio de retroactividad.

La parte recurrente considera que el RD 413/2014 proyecta sus efectos hacia el pasado, pues para calcular la rentabilidad razonable aplicable se retrotrae a los costes de la inversión y a la vida útil de la instalación, lo que supone regular hacia atrás, ya que tiene en cuenta las primas ya recibidas, por lo que se trata de un supuesto de retroactividad prohibida, en el que la retribución cobrada en el pasado mermaría la del futuro, ya que tiene la condición de entrega a cuenta, y con el nuevo régimen puede darse el caso, como sucede con algunas instalaciones eólicas, que ya han percibido más que la rentabilidad razonable prevista en el Real Decreto, lo que supondría que tendrían que devolver lo cobrado de más, prueba evidente de que el RD 413/2014 incurre en retroactividad prohibida.

La sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015 -y las demás antes citadas- examinaron la cuestión de si el RDL 9/2013 incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE, al derogar de forma expresa el RD 661/2007, de 25 de mayo, que regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y al establecer un nuevo régimen retributivo para las instalaciones que estaban acogidas a dicho régimen especial.

Recuerda la sentencia del TC citada que el límite expreso de la retroactividad in peius de las leyes garantizado por el artículo 9.3 se circunscribe a las leyes sancionadoras y las restrictivas de derechos individuales, y que fuera de dichos ámbitos nada impide al legislador dotar a la ley de efectos retroactivos, pues lo contrario podría conducir a situaciones de petrificación del ordenamiento jurídico.



Efectúa la STC 270/2015 (FD 7º) las siguientes precisiones sobre el concepto de retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE :

*Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos ( SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3 , y 65/1987, de 21 de mayo , FJ 19), lo que se prohíbe en ese art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b ), y 178/1989, de 2 de noviembre , FJ 9], de forma que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del art. 9.3 CE cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas [ STC 99/1987 , FJ 6 b)], supuesto en el que la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. Por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.*

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

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

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

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

Las alegaciones de la demanda, que sostienen que las disposiciones impugnadas incurren en retroactividad prohibida, se basan en la cita de jurisprudencia de esta Sala, y en las consideraciones de que el RD impugnado atribuye a la retribución cobrada en el pasado la condición de entrega a cuenta, posibilitando supuestos en que titulares de instalaciones de energías renovables como la eólica tendrían que devolver "lo cobrado de más".

Tales alegaciones no pueden prosperar, en primer término, por la generalidad con la que se exponen, pues la parte recurrente se limita a señalar que el RD 413/2014 incurre en retroactividad prohibida, sin ninguna indicación ni concreción del precepto o grupo de preceptos de la disposición general impugnada que incurren en la infracción con que se denuncia.

El Real Decreto-ley 9/2013 acometió la revisión del marco regulatorio del sistema eléctrico, con diversas disposiciones, entre las que se encontraba la modificación del artículo 30.4 de la Ley 54/1997, que establece el nuevo régimen retributivo de las hasta entonces denominadas instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, sustituyendo la percepción de una prima por una retribución específica, cuyos principios deja determinados, con habilitación al Gobierno para su desarrollo reglamentario.



El RD-ley 9/2013, que fue publicado en el BOE el 13 de julio de 2013, entró en vigor, de acuerdo con su Disposición final décima, al día siguiente al de su publicación.

A su vez la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, estableció en su artículo 14.4 que los parámetros de retribución de la actividad de producción a partir de fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos, se fijarán teniendo en cuenta las circunstancias que detalla (situación cíclica de la economía, de la demanda eléctrica y de la rentabilidad adecuada), "por períodos regulatorios" que tendrán una vigencia de seis años, con la precisión que añade la Disposición adicional décima de la Ley 24/2013 de que, para las actividades a que nos venimos refiriendo de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, el primer periodo regulatorio se iniciará en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013.

Por tanto, el nuevo régimen retributivo, que sustituye al basado en primas del RD 661/2007, comenzó su aplicación en ese primer periodo regulatorio de seis años, que se inició en la fecha de la entrada en vigor de la norma que lo instituye, el RD-ley 9/2013, y despliega sus efectos desde ese momento y hacia el futuro.

Por otra parte, los criterios recogidos en la sentencia de esta Sala de 25 de septiembre de 2012 (recurso 71/2011), que reproduce el contenido de sentencias anteriores de 12 de abril y 19 y 26 de junio de ese mismo año, (recursos 40/2011, 62/2011 y 566/2010), interpuestos contra el Real Decreto 1565/2010, nos llevan a estimar que el RD ahora impugnado no incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE, pues carece de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, en el sentido de que no anula, ni modifica ni revisa las retribuciones pasadas, percibidas por los titulares de instalaciones de energía renovables bajo la vigencia del régimen del RD 661/2007, sino que el RD impugnado proyecta sus efectos a partir de la entrada en vigor del nuevo régimen retributivo, instaurado por el RD-ley 9/2013, que sustituyó el anterior régimen retributivo.

Es cierto que para el cálculo de la rentabilidad razonable se toma en consideración las retribuciones ya percibidas en el pasado proyectando el nuevo modelo retributivo desde el comienzo del funcionamiento de las instalaciones, pero esta previsión tan solo implica que la rentabilidad razonable que tienen derecho a percibir los titulares de estas instalaciones se calcula sobre toda "su vida útil regulatoria" sin tener que devolver las cantidades ya percibidas en el pasado, como expondremos más adelante.

La modificación de la rentabilidad razonable prevista para la vida útil de una instalación incide, sin duda, en situaciones jurídicas creadas antes de la entrada en vigor de dicha norma y que siguen produciendo efectos, pero no implica una retroactividad prohibida, al no afectar a los derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados al patrimonio de los titulares de tales instalaciones, ni sobre situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas. Tan solo afecta al cómputo global de la rentabilidad que tienen derecho a percibir los titulares de estas instalaciones, sin incidencia alguna sobre las cantidades percibidas en el pasado. Lo contrario supondría reconocer el derecho consolidado a percibir una determinada rentabilidad también para el futuro, negando al legislador la posibilidad de establecer una rentabilidad global distinta para estas instalaciones a lo largo de toda su vida útil que se separase de aquella que ya venían percibiendo. Esta posibilidad implicaría petrificar el régimen retributivo ya existente, lo cual ha sido expresamente rechazado por este Tribunal y por el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas. Es más, este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar en su sentencia de 30 de mayo de 2012 (recurso 59/2011) y se reiteró en la sentencia de 19 de junio de 2012 (recurso 62/2011) que "*.... el principio de rentabilidad razonable se ha de aplicar, en efecto, a la totalidad de la vida de la instalación, pero no como parece entender la parte en el sentido de que durante toda ella dicho principio garantice la producción de beneficios, sino en el sentido de que se asegure que las inversiones empleadas en la instalación obtengan, en el conjunto de la existencia de la misma, una razonable rentabilidad. Lo cual quiere decir, como es evidente, que la previsión legal de que se asegure una rentabilidad razonable no implica la pervivencia de una determinada prima durante toda la vida de la instalación, pues puede perfectamente ocurrir que dichas inversiones hayan sido ya amortizadas y hayan producido una tal rentabilidad razonable mucho antes del fin de su período de operatividad. En consecuencia, no se deriva del precepto invocado que el régimen económico primado deba perdurar durante toda la vida de la instalación.*"

Estas mismas razones resultan trasladables al supuesto enjuiciado, en el que el legislador ha modificado el régimen retributivo de tales instalaciones estableciendo una rentabilidad razonable pero en el conjunto de la actividad útil de la instalación, lo que permite tomar en consideración las retribuciones ya percibidas desde el comienzo del funcionamiento de la misma, a los efectos de calcular las retribuciones futuras que tienen derecho a percibir al margen del mercado, sin que por ello se incurra en una retroactividad prohibida.

Se argumenta también que el RD impugnado atribuye a la retribución cobrada en el pasado la condición de entregas a cuenta y abre la posibilidad de devolución de "lo cobrado de más" en determinados casos, como los de las instalaciones eólicas, afirmación que tampoco es posible compartir por esta Sala.



El nuevo régimen retributivo establecido por el RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, precisaba de su desarrollo reglamentario que determinase los parámetros concretos para su aplicación efectiva a las distintas instalaciones de producción de energía eléctrica, por lo que la disposición transitoria 3ª del RD-ley 9/2013 previó la aplicación con carácter transitorio de los derogados RD 661/2007 y 1578/2008, hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo, es decir, hasta la aprobación del RD 413/2014 y Orden IET/1045/2014 impugnados en este recurso, de forma que el organismo encargado de la liquidación seguirá abonando hasta dicho momento de aprobación de las disposiciones reglamentarias de desarrollo, con carácter de "pago a cuenta", los conceptos liquidables devengados por las instalaciones con arreglo al régimen anterior.

Por tanto, no debe confundirse, este pago a cuenta previsto en la disposición transitoria 3ª del RD-ley 9/2013, que está limitado exclusivamente a ese periodo intermedio entre la entrada en vigor del RD-ley (el 14 de julio de 2013), y la aprobación de las normas reglamentarias de desarrollo, con las retribuciones pasadas percibidas bajo la vigencia del RD 661/1997, que quedaron integradas en el patrimonio de los titulares de las instalaciones de forma definitiva y no resultaron afectadas por el nuevo régimen retributivo.

La retribución de ese periodo intermedio o transitorio, durante el que los titulares de las instalaciones percibirán un "pago a cuenta", tampoco incurre en una retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE, como deja claro la STC 270/2015, que señala sobre esta cuestión que el RD-ley 9/2014 tiene una vigencia inmediata, pues produce efectos a partir de su entrada en vigor, y los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado quedan sujetos a ese nuevo régimen retributivo desde la entrada en vigor del citado RD-ley, sin perjuicio de que la cuantificación precisa de su retribución no se produzca hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente *"y sin que dicha sujeción conlleve una afectación desfavorable de los derechos adquiridos desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas."*

Finalmente tampoco puede compartirse que en el nuevo régimen retributivo pueda darse el caso de que algunas instalaciones, como considera la parte recurrente que sucede con las eólicas, tengan que devolver lo "cobrado de más".

Dicha hipótesis constituiría, sin duda, un supuesto de retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE, al afectar a *"derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto"*, como señalan las SSTC 99/1987, y otras muchas, entre ellas la STC 270/2015 de constante cita en este recurso, pero esa eventualidad invocada por la demanda no tiene cabida en el nuevo régimen retributivo, porque lo impide de forma expresa la disposición final tercera, apartado 4, de la Ley 24/2013, que establece 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 constatase que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad"* (la rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación, a que se refiere el apartado 3 de la misma disposición final tercera de la Ley 24/2013).

#### **QUINTO.- Sobre la infracción de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.**

Se alega también la vulneración del principio de seguridad jurídica y el de confianza legítima en cuanto protegen a los ciudadanos ante cambios legislativos que no sean razonables y previsibles y que destruyan su confianza en la permanencia de los efectos de la legislación vigente en un momento determinado, produciendo resultados lesivos y arruinando las expectativas ligadas a inversiones cuantiosas, que la Administración ha avalado e impulsado con su conducta. Por ello entiende que la revocación por el Real Decreto 413/2014 del régimen de tarifa estable que se fijó por el Real Decreto 661/2007 vulnera lo establecido en los artículos 9.3 y 32.3 y 3 de la Constitución y la doctrina constitucional que considera indemnizables las privaciones de derechos ciertos y efectivos, pues la Administración estableció un régimen de tarifa regulada durante la vida útil de la instalación y después, cuando ya estaba realizada toda la inversión, y de forma sorpresiva, lo revocó y lo sustituyó por otro régimen "de rentabilidad razonable" que les priva de una rentabilidad entre el 13% y el 30%, lo que constituye, a su juicio, una expropiación de unos derechos patrimoniales adquiridos en virtud de la normativa vigente en aquel momento, sin que exista ninguna medida compensatoria o indemnizatoria por este cambio normativo.

La citada STC 270/2015 (FD 7) inicia el examen de la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima por el RD-ley 9/2013, señalando que esta norma legal no es *"una norma incierta o falta de la indispensable claridad, pues cuenta con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados"*.

Seguidamente, la indicada STC razona que el principio de seguridad y su corolario, el principio de confianza legítima, no resultan vulnerados por las modificaciones en el régimen retributivo llevadas a cabo por el RD-ley 9/2013, en la forma siguiente:





*El principio de seguridad jurídica, entendido como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación de derecho, no resulta afectado por los preceptos que son objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, ni se justifica en el texto de la demanda en qué medida tales preceptos pueden generar confusión o incertidumbre en su aplicación. No estamos ante una norma incierta o falta de la indispensable claridad, pues cuenta con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados.*

*El respeto de dicho principio, y su corolario, el principio de confianza legítima, es compatible con las modificaciones en el régimen retributivo de las energías renovables realizado por el Real Decreto-ley 9/2013, más aún -como sucede en el presente caso-, en un ámbito sujeto a un elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica.*

*Los cambios legislativos producidos no pueden ser cuestionados desde la óptica del principio de confianza legítima. Este principio no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes, máxime en el contexto en que se promulgó el Real Decreto-ley que ahora se enjuicia, es decir, de dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico. Los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de confianza legítima, no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad. Dicha estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general.*

*A este respecto, las medidas cuestionadas implican, ciertamente, una modificación respecto del régimen anterior, decisión que el legislador de urgencia adopta a la vista de la situación en la que se encontraba el sistema eléctrico. No cabe calificar de inesperada la modificación producida, pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía, hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. No cabe, por tanto, argumentar que la modificación del régimen retributivo que se examina fuera imprevisible para un "operador económico prudente y diligente", atendiendo a las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir un déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores.*

*El preámbulo del Real Decreto-ley determina que su objeto es evitar la "sobre-retribución" de determinadas instalaciones de régimen especial, sin que los principios invocados por los recurrentes -seguridad jurídica y confianza legítima- puedan constituir un obstáculo insalvable para que el titular de la potestad legislativa pueda introducir medidas de carácter general que impliquen una alteración de determinados aspectos del régimen retributivo anterior. Estamos pues ante una norma clara, que no genera duda sobre sus efectos, los presupuestos de hecho a los que se aplica o sus consecuencias jurídicas, por lo que, ni desde una vertiente objetiva ni desde una subjetiva genera incertidumbre sobre su alcance. En una situación de crisis económica generalizada, modificaciones análogas a la presente han sido llevadas a cabo en éste y en otros sectores económicos, que, además, están sometidos a una intervención administrativa más intensa, dada su incidencia en los intereses generales, como lo es la actividad de producción de energía eléctrica. Ello hace particularmente inviable la pretensión de que los elementos más favorables de su régimen económico estén investidos de una pretensión de permanencia e inalterabilidad en el tiempo, pues es precisamente la protección de esos intereses generales la premisa que obliga a los poderes públicos a adaptar su regulación al cambio de las circunstancias.*

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

*Aceptada la conformidad con los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima del nuevo régimen retributivo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, instaurado por*



el RD-ley 9/2013, debe resaltarse, en lo que se refiere a este recurso, que el escrito de demanda, a pesar de que se dirige contra las normas de desarrollo, el RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, sin embargo guarda silencio sobre la forma en que estas normas reglamentarias impugnadas vulneran los antedichos principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima, limitándose a referir las vulneraciones a la "revocación" del régimen retributivo anterior y su sustitución por uno nuevo, con olvido de que, como hemos repetido, esa "revocación" no es obra de las normas reglamentarias impugnadas en este recurso, sino de las disposiciones con rango legal que desarrollan.

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que tampoco cabe apreciar ninguna vulneración de tales principios por las disposiciones impugnadas, desde la perspectiva de la jurisprudencia elaborada por esta Sala.

El artículo 3.1 de la Ley 30/1992 sujeta la actuación de las Administraciones Públicas al respeto de los principios de buena fe y confianza legítima, y como señala la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, que introdujo estos principios al dar nueva redacción al citado artículo 3 de la Ley 30/1992, se trata de principios derivados del de seguridad jurídica, que venían siendo aplicados por la jurisprudencia contencioso administrativa, haciendo referencia el segundo a *"la confianza de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente."*

De acuerdo con la sentencia del TC 150/1990 y otras, así como con el voto particular concurrente de la STC 270/2015, el principio de seguridad jurídica *"protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles"*.

A su vez, la jurisprudencia de esta Sala, recogida en las sentencias de 10 de mayo de 1999 (recurso 594/1995), 6 de julio de 2012 (recurso 288/2011), 22 de enero de 2013 (recurso 470/2011) y 21 de septiembre de 2015 (recurso 721/2013), entre otras, señala que el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de seguridad jurídica y buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta *"que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones."*

Este principio de confianza legítima encuentra su fundamento último, de acuerdo con las sentencias de esta Sala de 24 de marzo de 2003 (recurso 100/1998) y 20 de septiembre de 2012 (recurso 5511/2009), *"en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y el deber de coherencia de dicho comportamiento"*, y en el principio de buena fe que rige la actuación administrativa, pues como afirma la sentencia de la Sala de 15 de abril de 2005 (recurso 2900/2002) y nuevamente la ya referenciada de 20 de septiembre de 2012, *"si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado."*

Ahora bien, la protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino que como indican las sentencias de esta Sala de 30 de octubre de 2012 (recurso 1657/2010) y 16 de junio de 2014 (recurso 4588/2011), se refiere a *"la creencia racional y fundada de que por actos anteriores, la Administración adoptará una determinada decisión"*, y como indican las sentencias de 2 de enero de 2012 (recurso 178/2011) y 3 de marzo de 2016 (recurso 3012/2014), tan solo es susceptible de protección aquella confianza sobre aspectos concretos, *"que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes"*.

En el presente caso desde luego no existe, o al menos no se invoca en la demanda, ningún tipo de compromiso o de signo externo, dirigido por la Administración a los recurrentes, en relación con la inalterabilidad del marco regulatorio vigente en el momento de inicio de su actividad de generación de energía procedente de fuentes renovables.

Tampoco estimamos que el ordenamiento vigente en aquel momento pudiera considerarse -por sí mismo- un signo externo concluyente bastante para generar en la parte recurrente la confianza legítima, esto es, la creencia racional y fundada, de que el régimen retributivo de la energía eléctrica que producía no podía resultar alterado en el futuro, pues ninguna disposición del RD 661/2007, al que estaban acogidas sus instalaciones, garantizaba que la tarifa regulada fuera inmodificable.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha sido constante a lo largo de los años al señalar, en la interpretación y aplicación de las normas ordenadoras del régimen jurídico y económico de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, que las mismas garantizan a los titulares de estas instalaciones el derecho a una rentabilidad razonable de sus inversiones, pero no les reconocen un derecho



inmodificable a que se mantenga inalterado el marco retributivo aprobado por el titular de la potestad reglamentaria:

Así, hace ya más de diez años, esta Sala señalaba, en la sentencia de 15 de diciembre de 2005 (recurso 73/2004), recaída en un procedimiento sobre la legalidad del RD 436/2004, de metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, que *"ningún obstáculo legal existe para que el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con que cuenta en una materia fuertemente regulada como la eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución siempre que se mantenga dentro del marco establecido por la LSE."* y en el mismo sentido, la STS de 25 de octubre de 2006 (recurso 12/2005), recaída en un recurso en el que se impugnaba el RD 2351/2004, de modificación del procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico, señalaba que el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico permitía a las empresas correspondientes aspirar a *"unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales"* o, a *"una retribución razonable para sus inversiones"*, sin que el régimen retributivo analizado garantice, por el contrario, a los titulares de instalaciones en régimen especial *"la intangibilidad de un determinado nivel de beneficios o ingresos por relación a los obtenidos en ejercicios pasados, ni la permanencia indefinida de las fórmulas utilizables para fijar las primas."*

Esta línea jurisprudencial ha continuado hasta nuestros días, en sentencias de este Tribunal de 20 de marzo de 2007 (recurso 11/2005), 9 de diciembre de 2009 (recursos 149/2007 y 152/2007), 12 de abril de 2012 (recurso 40/2011), 13 de septiembre de 2012 (recurso 48/2011), 15 de octubre de 2012 (recurso 64/2011), 10 de diciembre de 2012 (recurso 138/2011), 29 de enero de 2013 (recurso 232/2012), 29 de mayo de 2013 (recurso 193/2010) y de 16 de marzo de 2015 (recurso 118/2013), entre otras, en las que este Tribunal ha venido insistiendo, ante sucesivas modificaciones normativas, en que no era posible reconocer pro futuro a los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, un "derecho inmodificable" a que se mantenga inalterado el marco retributivo aprobado por el titular de la potestad reglamentaria, siempre que se respeten las prescripciones de la Ley del Sector Eléctrico en cuanto a la rentabilidad razonable de las inversiones.

A los criterios jurisprudenciales de esta Sala ha de añadirse, a fin de decidir si podía considerarse o no previsible el cambio normativo en el régimen retributivo de las energías renovables, la ponderación de las circunstancias económicas y financieras por las que atravesaba el sector eléctrico, examinadas por la sentencia del TC 270/2015, que estimó que no podía calificarse de inesperada la modificación de que tratamos, *"pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía, hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. No cabe, por tanto, argumentar que la modificación del régimen retributiva que se examina fuera imprevisible para un "operador económico prudente y diligente", atendiendo las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir el déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores"*.

También en este sentido, el Preámbulo de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre del Sector Eléctrico destaca, como elemento determinante de la reforma del sector eléctrico en la que se enmarca, la acumulación durante la última década de desequilibrios anuales entre ingresos y costes que han provocado la aparición de un déficit estructural, llegando la situación de desequilibrio al punto de que *"la deuda acumulada del sistema eléctrico supere en el momento actual los veintiséis mil millones de euros, el déficit estructural del sistema alcanzase los diez mil millones anuales y la no corrección del desequilibrio introdujera un riesgo de quiebra del sistema eléctrico."*

Asimismo, entre las circunstancias concurrentes que justifican la reforma del régimen retributivo de las tecnologías de producción a partir de fuentes de energía renovable, cita el Preámbulo de la Ley 24/2013 su *"elevada penetración"*, que ha contribuido de forma notable en el camino de cumplimiento de los compromisos derivados del paquete Energía y Cambio Climático de la Unión Europea, que establece como objetivos para 2020 en nuestro país alcanzar un 20% de participación de las energías renovables en la energía primaria.

Todos estos elementos de ausencia de compromisos o signos externos concluyentes de la Administración en relación con la inalterabilidad del marco regulatorio, existencia de una jurisprudencia reiterada de este Tribunal que ha insistido en que nuestro ordenamiento no garantiza la inmutabilidad de las retribuciones a los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica renovable, la situación de déficit tarifario y de amenaza a la viabilidad del sistema eléctrico y el cumplimiento de los objetivos de participación de la energía renovable, impiden que el cambio operado en el régimen retributivo de las energías renovables pueda considerarse inesperado o imprevisible por cualquier operador diligente.



Por otro lado, y a los efectos de completar el examen sobre la vulneración del principio de confianza legítima que denuncia la demanda, debemos tener en cuenta el alcance del cambio en el régimen retributivo de las energías renovables.

El nuevo sistema retributivo de las energías renovables que instaura el RD-ley 9/2013 modificó el régimen anterior, que se caracterizaba por el reconocimiento de una prima o tarifa regulada, y lo sustituyó por la participación en el mercado, si bien el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, tras la modificación operada por el indicado RD-ley 9/2013, contempla el complemento de los ingresos procedentes del mercado con una retribución regulada específica que garantice a las instalaciones una rentabilidad razonable.

Por tanto, el nuevo régimen jurídico mantiene la medida de incentivo tradicional para la producción de energías renovables de garantizar una rentabilidad razonable, y esta garantía se dota de mayor seguridad, al incorporar su sistema de cálculo a una norma con rango de ley, ya que ahora el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, en la redacción dada por el RD-ley 9/2013, dispone dicha rentabilidad razonable *"girara, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado."*

En el caso de las instalaciones que, como la de la sociedad demandante, a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen retributivo tuvieron derecho a un régimen primado, ese diferencial fue fijado por la disposición adicional primera del RD-ley 9/2013 en 300 puntos básicos, sin perjuicio de su posible revisión cada dos años.

Para estas instalaciones existentes con régimen primado en la fecha de la entrada en vigor del RD-ley 9/2013, como el valor de las Obligaciones del Estado de referencia equivale a 4,398 por ciento, de acuerdo con la Memoria de la Orden impugnada, una vez sumados los 300 puntos establecidos como diferencial para el primer período regulatorio, la rentabilidad razonable establecida por el citado RD-ley es de 7,398 por ciento.

Por tanto, el nuevo régimen jurídico de las energías renovables mantiene una retribución regulada específica para las instalaciones que garantiza una rentabilidad razonable de las inversiones.

Por las razones expresadas, no estimamos que las modificaciones introducidas en el régimen retributivo de las instalaciones a que se refiere este recurso por el RD-ley 9/2013, la Ley 24/2013 y, en su desarrollo, el RD y la Orden IET impugnadas, hayan vulnerado los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

**SEXTO.-** A lo anteriormente razonado cabe añadir una serie de consideraciones jurídicas expuestas en las precedentes sentencias dictadas en los recursos señalados en los antecedentes.

Procede empezar por destacar que el hecho de que las últimas modificaciones legales, y muy especialmente por lo que ahora nos interesa la contenida en el Real Decreto-ley 2/2013, persiga introducir medidas para corregir los desajustes entre los costes del sector eléctrico y los ingresos obtenidos a partir de los precios regulados, no es incompatible sino que coadyuva a garantizar un sistema que permita el fomento de estas tecnológicas con un régimen primado y a la sostenibilidad económica del sistema eléctrico. Y así se puso ya de manifiesto en el Real Decreto 1578/2008 en el que se contenía una clara referencia a la necesidad de conciliar el propósito de fomento de la generación renovable con la contención de los gastos, afirmando que *"así como una retribución insuficiente haría inviables las inversiones, una retribución excesiva podrá repercutir de manera significativa en los costes del sistema eléctrico y desincentivaría la apuesta por la investigación y el desarrollo, disminuyendo las excelentes perspectivas a medio y largo plazo para esta tecnología"*.

No es posible contraponer el apoyo mediante ayudas a la generación renovable y la salvaguarda a la sostenibilidad financiera del sistema, cuando esta última es condición necesaria de la propia subsistencia de aquellas, pues carece de sentido diseñar un sistema de apoyo a estas tecnologías que sea insostenible financieramente y, por tanto, no resulte viable económicamente a medio y largo plazo.

De modo que si bien conforme a la Directiva 2009/28/CE los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a velar por el fomento de las energías renovables garantizando el acceso de la energía generada a la red, estableciendo unos objetivos globales nacionales en cuanto a la cuota de energía procedente de fuentes renovables, conforme a dicha norma no resulta obligado mantener inalterable un régimen de tarifas o primas sino que se concede una amplia libertad a los Estados en la definición de las medidas de fomento, (art. 3.3 de la Directiva) y en la definición de los sistemas de apoyo (art. 2.K de la Directiva) y, por lo tanto, para configurar el alcance de las medidas, instrumentos y mecanismos incentivadores de estas fuentes de energía, y establecer los sistemas de apoyo que estime coherentes con la sostenibilidad y eficiencia del sector eléctrico, con el fin de cumplir dichos objetivos.

Tampoco puede entenderse, con carácter general, que la modificación operada por el RD y la Orden impugnadas no esté orientada a apoyar la generación de energía renovable, pues dicha regulación está destinada a conceder una retribución adicional a la del mercado para *" cubrir los costes que permitan competir*





a las instalaciones en nivel de igualdad con el resto de las tecnologías en el mercado y que posibilite obtener una rentabilidad razonable con referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable", tal y como se expresa en el Preámbulo y art. 1 del RD-Ley 9/2013 y se reafirma en los artículos 16 y 17 del Real Decreto 413/2014 .

Por lo que respecta a la pretendida vulneración del art. 16.2 de la Directiva 2009/28/CE , referido a la regulación del régimen de despacho, debe partirse de que en el considerando 60 de la mencionada Directiva 2009/28/CE, se exponen la naturaleza y contenido del derecho de los productores de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables a acceder a la red y despachar prioritariamente la energía vertida:

«El acceso prioritario y el acceso garantizado para la electricidad procedente de energías renovables son importantes para la integración de las fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, de acuerdo con el artículo 11, apartado 2, y como desarrollo ulterior del artículo 11, apartado 3, de la Directiva 2003/54/CE . Los requisitos relativos al mantenimiento de la fiabilidad y la seguridad de la red y a la gestión de las interconexiones pueden diferir en función de las características de la red nacional y de su funcionamiento seguro. El acceso prioritario a la red da a los generadores de electricidad procedente de fuentes renovables de energía conectados la garantía de que podrán vender y enviar dicha electricidad conforme a las normas de conexión en todo momento, siempre que la fuente esté disponible. En caso de que la electricidad procedente de fuentes renovables de energía esté integrada en el mercado al contado, el acceso garantizado asegura que toda la electricidad vendida y con ayuda accede a la red, permitiendo el uso de un máximo de electricidad obtenida a partir de fuentes renovables de energía procedente de instalaciones conectadas a la red. No obstante, ello no implica obligación alguna para los Estados miembros de respaldar o introducir obligaciones de adquisición de energía procedente de fuentes renovables. En otros sistemas, se determina un precio fijo para la electricidad procedente de fuentes renovables, normalmente en combinación con una obligación de compra para el gestor de red. En este caso, ya se ha concedido el acceso prioritario.».

Por tanto, en razón de la naturaleza del mandato contenido en el artículo 16.2 de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 -cuya interpretación no puede descontextualizarse del resto de disposiciones de la norma comunitaria-, no consideramos que proceda declarar nulo el artículo 6.2 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio , que establece el régimen jurídico de la prioridad de despacho de las instalaciones de producción de energía eléctrica que utilicen fuentes de energía renovables «a igualdad de condiciones económicas en el mercado» - porque no estimamos irrazonable que entre los derechos de los productores de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables no se establezca un tratamiento prioritario con carácter absoluto a la venta de energía a través del operador del sistema respecto de la energía procedente de otras fuentes, que pueda obstaculizar otros objetivos explicitados en la Directiva de que los usuarios accedan al servicio de suministro eléctrico a precios asequibles. Un acceso prioritario absoluto, con independencia de las condiciones económicas del mercado, supondría que el Estado estaría obligado a asumir el diferencial entre el precio ofrecido por los productores de energía renovable y el obtenido por su venta en el mercado, volviéndose a un régimen primado de toda la energía generada al precio fijado por dichos productores, lo cual socavaría la base misma del sistema regulatorio diseñado y haría inviables la sostenibilidad del sistema eléctrico, sin que tal exigencia venga impuesta por la normativa comunitaria, pues el propio considerando de la Directiva antes transcrito destaca que "En caso de que la electricidad procedente de fuentes renovables de energía esté integrada en el mercado al contado, el acceso garantizado asegura que toda la electricidad vendida y con ayuda accede a la red, permitiendo el uso de un máximo de electricidad obtenida a partir de fuentes renovables de energía procedente de instalaciones conectadas a la red. No obstante, ello no implica obligación alguna para los Estados miembros de respaldar o introducir obligaciones de adquisición de energía procedente de fuentes renovables".

La regulación de prioridad de despacho establecida en el artículo 6.2 del Real Decreto 413/2014 impugnado constituye un desarrollo reglamentario del artículo 26.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , que dispone que «la energía eléctrica procedente de instalaciones que utilicen fuentes de energía renovables y, tras ellas, la de las instalaciones de cogeneración de alta eficiencia, tendrá prioridad de despacho a igualdad de condiciones económicas en el mercado, sin perjuicio de los requisitos relativos al mantenimiento de la fiabilidad y la seguridad del sistema, en los términos que reglamentariamente se determinen por el Gobierno», y que establece que «sin perjuicio de la seguridad de suministro y del desarrollo eficiente del sistema, los productores de energía eléctrica procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneraciones de alta eficiencia tendrán prioridad de acceso y de conexión a la red, en los términos que reglamentariamente se determinen, sobre la base de criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios».

Contrariamente a lo que propugna la defensa letrada de la mercantil recurrente, consideramos que el artículo 26.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , no contraviene la Directiva 2009/28/CE, por justificarse la limitación a la prioridad de despacho por razones imperiosas de interés general, en orden a coadyuvar a la sostenibilidad del sistema eléctrico español, por lo que no resulta incompatible con el Derecho



de la Unión Europea, no procediendo por ello plantear, en este extremo, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 6 de febrero de 2014 se expone que la principal finalidad del régimen jurídico establecido en el proyecto de Real Decreto que enjuiciamos en este recurso contencioso-administrativo, es que las instalaciones de producción energética a partir de fuentes de energía renovables puedan competir en un nivel de igualdad con el resto de tecnologías y obtener una rentabilidad razonable, lo que estimamos no resulta incompatible con los objetivos explicitados en la Directiva 2009/28/CE.

No estimamos que el Real Decreto 413/2014 vulnere la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo formulada en la invocada sentencia de 13 de enero de 2014, en que sostuvimos que, «aunque consideramos plausible, aún en un escenario de transición energética de carácter global, respetar las exigencias de estabilidad y predecibilidad del marco regulatorio energético, en aras de promover el desarrollo de las tecnologías de producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovables, que contribuyen a generar crecimiento económico y oportunidades de empleo, para hacerlas más eficientes y competitivas, así como garantizar la seguridad de las inversiones destinadas a favorecer la extensión de las energías renovables, como se infiere de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, estimamos que, dado el alcance de la modificación analizada, que, efectivamente, produce la disminución de las previsiones de los beneficios inicialmente calculados.

Como hemos expuesto, consideramos que un Estado miembro puede introducir cambios en la regulación del sistema de ayudas siempre que la modificación estuviera justificada por razones de interés general y no se desnaturalice sustancialmente el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones fotovoltaicas existentes asignadas al régimen especial, reconociéndoles el derecho a complementar los ingresos obtenidos por la venta de energía eléctrica en el mercado con la percepción de una retribución específica que les garantice tasas de rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida útil regulatoria de la instalación.

**SÉPTIMO.- Sobre la vulneración de los principios generales del Derecho Comunitario de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida.**

Y también en las anteriores sentencia de 1 de junio, se realizaban una serie de consideraciones sobre la vulneración de los principios generales del Derecho Comunitario de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida, que conviene ahora recordar.

Esta Sala considera que el enjuiciamiento que ha realizado el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, y confirmado en las ulteriores sentencias 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 18 de febrero, 30/2016, de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo, sobre la constitucionalidad del cambio normativo producido en la regulación de la retribución económica de las instalaciones de producción de energía eléctrica procedente de fuentes de energía renovables, introducido por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, que son objeto de desarrollo en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 impugnados en este recurso contencioso-administrativo, descartando que haya vulnerado los principios de seguridad jurídica y su corolario de confianza legítima, e irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, es plenamente trasladable para resolver el motivo de impugnación sustentado en el mencionado epígrafe de la demanda.

El estándar de protección de los principios generales del Derecho Comunitario de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad prohibida, que emana de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no difiere del aplicado por el Tribunal Constitucional español.

En efecto, estimamos que el significado constitucional del principio de confianza legítima, como principio integrador de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad enunciados en el artículo 9.3 de la Constitución, que ha aplicado el Tribunal Constitucional en las sentencias 270/2015, de 17 de diciembre, 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 18 de febrero, 30/2016, de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo, es plenamente acorde con su configuración como principio general del Derecho Comunitario Europeo, pues integra los elementos de previsibilidad razonable de la modificación de la norma regulatoria, así como el referente a su necesidad, por exigencias claras e inequívocas de interés general, que impide que el legislador o el titular de la potestad reglamentaria adopten medidas que defrauden en las legítimas expectativas de los destinatarios de la norma.

En ese sentido, cabe señalar que en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2015 (C.427/14), se sostiene que el principio de protección de la confianza legítima puede ser invocado por cualquier operador económico a quien una autoridad nacional haya inducido fundadas expectativas para la



aplicación de este principio, pero no resulta pertinente -afirma la sentencia- «cuando un operador económico prudente y diligente pudiera prever la adopción de una medida que afectara a sus intereses, no podría invocar tal principio si se adopta esa medida. Además, los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente, que pueda ser modificada en el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales (véase en especial la sentencia Plantanol, C-201/08 , EU:C:2009:539 , apartado 53)»

En el supuesto que enjuiciamos en este recurso contencioso-administrativo, la derogación del régimen primado establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y su sustitución por el nuevo sistema, basado en la percepción de la retribución específica, no puede calificarse de «inesperada» para los titulares de este tipo de instalaciones, tal como refiere el Tribunal Constitucional, ya que se debió a la excepcional situación en la que se encontraba el sector eléctrico, que arrastraba un déficit de tarifa que ponía en grave riesgo la sostenibilidad del sistema.

Debe, en este sentido, señalarse que para determinar si ha producido una violación del principio general del Derecho de la Unión Europea de protección de la confianza legítima, cabe tomar en consideración que el ajuste adoptado por el legislador de urgencia en el Real Decreto-ley 9/2013, procede analizar si las expectativas legítimas de los afectados han sido generadas por una regulación procedente del legislador, que contempla garantías precisas, incondicionales y coherentes con la normativa aplicable, que es susceptible objetivamente de suscitar esas expectativas en un operador diligente e informado, o bien es imputable a una normativa en que el mantenimiento de la situación jurídica preexistentes puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de los poderes públicos condicionada a la evolución de las condiciones económica.

Conforme a los parámetros de enjuiciamientos expuestos, esta Sala considera que la regulación contemplada en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, en desarrollo y concreción de las previsiones del Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, no constituyen una ablación de las expectativas legítimas de aquellos agentes u operadores económicos e inversores que decidieron beneficiarse del régimen primado establecido por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

A estos efectos, lo que resulta sustancial es que esta regulación les garantizaba un sistema de incentivos económicos de desarrollo de su actividad empresarial de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cuya determinación y corrección quedaba al desarrollo reglamentario, y que dicho sistema primado tenía como objetivo conseguir la tasa de rentabilidad razonable, con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales.

Esta Sala sostiene, además, que concurre en la normativa reglamentaria enjuiciada el presupuesto de interés público que legitima el cambio normativo derivado del Real Decreto-ley 9/2013, pues, tal como se refiere en la Exposición de Motivos de dicha norma, se justifica la necesidad imperiosa de adoptar una serie de medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, que obliga a revisar -ante la excepcional coyuntura de crisis económica- el marco regulatorio que permita mantener la sostenibilidad del sistema eléctrico, uno de cuyos pilares esenciales es la aprobación de un régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a puntos de fuentes de energía renovables existentes.

Por ello, cabe estimar que no procede el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo de lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en cuanto, a juicio de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no consideramos que la derogación del régimen primado y su sustitución por un mecanismo de incentivos de las energías renovables que garantiza una retribución razonable, sea contrario al Derecho de la Unión Europea, tanto si tomamos como referencia normativa de contraste los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima o el artículo 16 de la Directiva 2009/28/CE cuanto si se entendiera que la Carta Europea de la Energía y el Protocolo tienen aquella dimensión en virtud de la ya citada Decisión del Consejo y de la Comisión de 23 de septiembre de 1997.

Por todo ello procede rechazar este motivo.

La vulneración del Tratado sobre la Carta de la Energía que se invoca por el letrado defensor de la mercantil recurrente para cuestionar la legalidad del Real Decreto 413/2014, debido -según se aduce- a «la falta de seguridad jurídica en relación con la protección de las inversiones en el extranjero», al no prever una compensación equivalente «al justo valor de mercado de la inversión expropiada», no puede ser acogida.

Esta Sala, siguiendo los razonamientos expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 (recurso 40/2011 ) y de 11 de junio



de 2013 (recurso 259/2013 ), entre otras, no considera vulneradas las previsiones de dicho Tratado no solo por la dificultad de entenderlo aplicable a los inversores españoles respecto de las decisiones adoptadas por el Gobierno español, lo que no se aviene con las disposiciones de aquél, sino porque no se aprecia que nos encontremos ante los supuestos contemplados en los invocados artículos 10 y 13 del referido Tratado sobre la Carta de la Energía, pues la protección dispensada en dicho Tratado lo es a las inversiones extranjeras contra "medidas exorbitantes o discriminatorias", sin que el nuevo régimen retributivo establecido en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013, que desarrolla la norma reglamentaria impugnada, pueda merecer dicha consideración. Y sin que pueda calificarse de «nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o la expropiación», como más adelante analizaremos.

En efecto, el nuevo régimen se aplica a todos los productos de energía eléctrica que utilizan la tecnología fotovoltaica lo que disipa cualquier duda de trato discriminatorio. Y aun cuando el Tratado hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 promueve que las Partes Contratantes fomenten y creen "condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio", la nota de "estabilidad" debe entenderse referida al marco regulatorio en su conjunto, no a una medida aislada de las que lo componen, y tampoco puede interpretarse en el sentido de que suponga la absoluta petrificación del régimen inicialmente aprobado cuando, como aquí ocurre, ha habido cambio de circunstancias relevantes y motivos justificadores de la modificación regulatoria aplicada a la tecnología fotovoltaica. Las inversiones en esta tecnología siguen estando protegidas y fomentadas en España por un marco normativo sin duda favorable en su globalidad.

Asimismo, debemos dejar constancia de que en la sentencia constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, se rebate la tesis que se desarrolla en la demanda sobre que la no conservación del régimen primado establecido en el artículo 30 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de Sector Eléctrico , en su redacción originaria, y desarrollado en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, infringe la Carta de la Energía, al sostener que si bien es cierto que dicho Tratado contempla la necesidad de dotar de seguridad y permanencia a las inversiones en energías renovables y la prohibición de adoptar medidas que afecten a dichas inversiones con efectos equivalentes a la expropiación, lo que el recurrente pretende plantear en realidad que un Estado Contratante del referido Tratado no puede alterar el sistema de ayudas a los productores de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, lo cual no garantiza con carácter absoluto la norma convencional invocada.

El motivo de impugnación del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, basado en la infracción del artículo 1 del Protocolo Adicional Primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no puede prosperar.

Esta Sala rechaza la tesis que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente respecto de que la revocación del régimen de tarifa regulada, establecido en el Real Decreto 661/2007, del que era beneficiario por cumplir los requisitos legales, y su sustitución por el nuevo régimen retributivo del Real Decreto 413/2014, ha supuesto una expropiación de sus derechos, porque cabe poner de relieve que -como expondremos en el siguiente fundamento jurídico- la derogación del régimen primado como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, no supone una ablación de derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario de la normativa reglamentaria ni incide en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas.

Por último cabe añadir, que la derogación del régimen retributivo establecido por el RD 661/2007, se llevó a cabo por determinación expresa de la disposición derogatoria única, apartado 2. a) del RD-ley 9/2013, y no por el RD y la Orden IET impugnados en este recurso.

Sin perjuicio de lo anterior, no pueden compartirse las alegaciones de la parte recurrente, porque el concepto de expropiación que expresa el artículo 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa , citado como infringido en la demanda, requiere una privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, en el sentido de sustracción o ablación coactiva de bienes o derechos patrimoniales incorporados al patrimonio del expropiado, que no está presente en este caso, en el que la entidad recurrente mantiene la titularidad de la instalación de producción de energía eléctrica y las cantidades percibidas conforme al anterior régimen retributivo, incluso en el supuesto de que estas superasen la rentabilidad razonable fijada el conjunto de la vida útil de dicha instalación ( Disposición Final Tercera, apartado 4, de la Ley 24/2013 ).

Tampoco es posible entender que en los casos en los que se produce una modificación legal pueda considerarse como expropiatorio el establecimiento de un nuevo marco retributivo, ni expropiable la mera expectativa a seguir percibiendo idéntica retribución, al no existir un derecho adquirido a la inmutabilidad de las normas ni tampoco al mantenimiento de un determinado régimen retributivo pro futuro y de forma indefinida.





Las disposiciones impugnadas, se insiste que dictadas en desarrollo de una norma con rango de ley que derogó el régimen retributivo previsto por el RD 661/2007, constituyen una regulación de carácter general, de delimitación del derecho a la retribución de la producción de energía de fuentes renovables, que respeta el contenido esencial del derecho a la obtención de una rentabilidad razonable de la inversión, garantizado por el artículo 14.7 de la Ley 24/2013 y por el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, en la redacción dada por el artículo 1 del RD-ley 9/2013 y que por ello carece de naturaleza expropiatoria.

De acuerdo con lo razonado se desestima que las disposiciones impugnadas infrinjan los preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa invocados por la parte recurrente.

#### **OCTAVO.- Falta de motivación de la Orden en cuanto a los parámetros retributivos.**

Se cuestiona 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 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 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 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 Consultas SA (en lo sucesivo RBSC) y The Boston Consulting 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, ( 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 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 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 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.*

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 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...."*

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.

**NOVENO.-** La parte recurrente sostiene que la aplicación del RD 413/2014, conjuntamente con la Orden IET, es incompatible con la Ley 24/2013, pues resulta discriminatoria para el sector de la cogeneración, al que impide competir en igualdad de condiciones con otras tecnologías de generación eléctrica, ya que la aplicación efectiva de las normas impugnadas y los nuevos parámetros retributivos a las actividades de cogeneración, tiene por efecto que en modo alguno se garantice una rentabilidad razonable que permita competir en condiciones de igualdad con otras tecnologías operativas en el sector eléctrico.

La recurrente hace referencia a que injustificadamente se trata de forma idéntica situaciones claramente diferenciadas, refiriéndose a que las renovables no tienen que hacer frente al coste del combustible, y la cogeneración industrial tiene un coste elevado y recurrente por este concepto, aplicándose el mismo porcentaje de cobertura sin tener en cuenta este hecho. Manifiesta que con el porcentaje de cobertura actual, no se obtiene la rentabilidad razonable establecida en el RD 9/2013, lo que impide la subsistencia de la planta Ceranor, como se ha ocurrido en situaciones puntuales de tesorería muy críticas, como la de mediados de abril, en la que se tuvo que solicitar un aplazamiento para hacer frente al pago del impuesto de Generación Eléctrica del último trimestre del 2013, que aporta como documento nº 3.

Plantea que tras conocerse la nueva retribución definitiva en junio de 2014, las plantas de Ceranor no pueden corregir el haber estado funcionando desde julio de 2013 durante períodos en los que no se han cubierto los costes (ej. Febrero de 2014), viéndose obligada a devolver retribuciones a cuenta que la ocasionan pérdidas económicas. Apoya su razonamiento en el informe pericial aportado como documento nº 11, que analiza el impacto negativo y el perjuicio que la aplicación de la nueva normativa le generaría.

Sobre las cuestiones que plantea la parte recurrente en este apartado, debe señalarse que el RD-ley 9/2013, de 12 de julio, y posteriormente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, definen la rentabilidad razonable de las instalaciones de producción de energía eléctrica de fuente renovables por referencia a una instalación tipo o estándar que resulta aplicable en cada caso.

Así resulta del artículo 1, apartado dos, del RD-ley 9/2013, que modificó el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y del artículo 14.7 de la Ley 24/2013, que señalan que las instalaciones podrán percibir una retribución específica, que estará compuesta por un término por unidad de potencia instalada, que cubrirá los costes de inversión de una instalación tipo que no puedan ser recuperados por la venta de la energía, y un término a la operación que cubra la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de dicha instalación tipo.

Por tanto, en las normas de rango legal que el RD y la Orden IET desarrollan, la retribución razonable se desvincula de la situación particular de cada empresa productora de electricidad, es decir, de los concretos costes de inversión, ingresos por venta de energía y gastos de explotación de cada instalación, y de determina en atención a los datos correspondientes a una instalación tipo, que el artículo 1, apartado dos, del RD-ley 9/2013, y el artículo 14.7 de la Ley 24/2013 define como la correspondiente a la actividad de una empresa "eficiente y bien gestionada".

En cuanto a los rendimientos tenidos en cuenta para calcular la retribución a la operación de las plantas de cogeneración, que según la demanda están muy por encima de los rendimientos mínimos exigidos por el RD 661/2007, no puede estimarse que su determinación en la Orden IET impugnada sea contraria a las normas del RD-Ley 9/2013 y a la Ley 24/2013, que en ningún momento los referencia a los rendimientos mínimos del RD 661/2007 que cita la demanda, sino a los ingresos por la participación en el mercado de la instalación tipo que sea aplicable en cada caso.

Como explica la Memoria del Análisis del Impacto Normativo de la Orden IET impugnada (folio 51), que obra en el expediente, los parámetros de funcionamiento de las instalaciones tipo se formularon tomando como base "los datos reales medios declarados por los propios cogeneradores en sus estadísticas de funcionamiento a la CNMC", y esta forma de cálculo de los parámetros retributivos es plenamente conforme con el RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013 que, como hemos indicado, define la retribución razonable por referencia a una instalación tipo administrada por una empresa eficiente y bien gestionada.

Por lo que se refiere a las situaciones de tesorería negativa, propias de las instalaciones de cogeneración, por ser los costes superiores a los ingresos antes de la percepción de la retribución específica, que les impide competir en condiciones de igualdad con otras tecnologías de energías renovables como la solar y la eólica, debemos considerar que los rasgos específicos de cada tecnología sirvieron de base para establecer los diferentes grupos, subgrupos y categorías previstos en el artículo 2 del derogado RD 661/2007, con sus





propias particularidades en materia retributiva, como sucede también ahora en el RD 413/2014 y en la Orden IET impugnados en este recurso, que tienen en cuenta las diferentes tecnologías, junto con otros parámetros, para establecer las diferentes instalaciones tipo que determinan la retribución de las diferentes instalaciones, lo que impide aceptar la existencia de la discriminación normativa que invoca la parte recurrente, pues no se da un trato idéntico a situaciones diferentes.

Por el contrario, esta Sala ha declarado en numerosas ocasiones, entre otras en sentencias de 30 de marzo de 2012 (recurso 432/2010), 12 de abril de 2012 (recurso 40/2011) y 12 de diciembre de 2014 (recurso 5511/2011) que cada tecnología de producción de energía eléctrica, tanto las convencionales como las que utilizan fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, tiene su especificidad propia, pues cada una presenta sus propios rasgos, tecnológicos y económicos, por lo que un tratamiento diferenciado de una de ellas no supone, por sí mismo, un trato discriminatorio, y ese tratamiento diferenciado está presente en los parámetros retributivos de las distintas instalaciones tipo, fijados en la Orden IET impugnada, que tuvieron en cuenta distintos elementos en atención a los diversos criterios clasificatorios utilizados, uno de los cuales fue el de la tecnología de las instalaciones.

Por tanto, no podemos acoger la alegación que efectúa la parte recurrente de discriminación de la tecnología de cogeneración, en relación con otras tecnologías.

**DÉCIMO.-** También alega la parte recurrente, que el deficiente desarrollo reglamentario de las previsiones del RD-ley 9/2013 no permite dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 14.7 de la Ley del Sector Eléctrico, sobre la obtención por la instalación de cogeneración de una rentabilidad razonable.

A instancia de la parte recurrente se ha practicado prueba documental, testifical y pericial de AESIA ratificada por el Sr. Cecilio, que expuso sus conclusiones sobre el impacto económico que la Disposición Transitoria Octava del RD 413/2014 ha causado a la planta de cogeneración de Ceranor (que cita en la suma de 1.214.598? más IVA) que, afirma, es una planta eficiente y bien gestionada por su titular, a lo que se añade la declaración del Sr. Eliseo, y de la Sra. Lourdes, responsables técnicos -Director Técnico, y responsable del departamento de Administración, respectivamente- de Ceranor SA, y del Sr. Gerardo, Director General de ACOGEN, que exponen todos ellos sobre el impacto de la aplicación del nuevo régimen de retribución, la mencionada Disposición Transitoria citada, que cifra en 1,3 millones de euros, que demostrarían -según la parte- el grave perjuicio económico generado a CERANOR por el cambio de modelo retributivo, que no alcanzaría la rentabilidad razonable y que impediría a las empresas cogeneradoras la posibilidad de competir en condiciones de igualdad con otras tecnologías de generación eléctrica, con clara discriminación a este sector.

Sin embargo, ni el informe pericial ni la declaración de los testigos acreditan que hubiera ningún error en los parámetros utilizados por la Orden IET 1045/2014, impugnada en este recurso, para determinar la rentabilidad razonable de la Instalación Tipo correspondiente a la instalación de la parte recurrente, que era la de IT-01200 e IT-01201.

En dichas IT, incluidas en el Anexo VIII de la Orden IET impugnada, se fijó de forma concreta la retribución a la inversión en €/MW y la retribución a la operación en €/MWh, así como las condiciones de operación, que resultaban aplicables a la planta de cogeneración de la sociedad recurrente, sin que se haya acreditado error alguno en la determinación de estos valores de referencia, que de acuerdo con el artículo 14.7 de la Ley 24/1997, han de calcularse a partir del valor estándar de la inversión inicial y de los ingresos estándar por venta de energía y costes estándar de explotación, en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada.

Por tanto el informe documental aportado con la demanda muestra, con la reserva de que los cálculos proceden de la propia empresa recurrente, que la retribución que resulta para dicha sociedad de la aplicación del nuevo régimen retributivo es inferior a la que resultaría de la aplicación del régimen retributivo derogado, pero en nada cuestiona que la retribución que resulta del RD y Orden impugnados no sea conforme con la rentabilidad razonable que garantizan el RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013.

**DECIMOPRIMERO.- Solicitud de Medida Cautelar y posible vulneración del art. 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva).**

El segundo de los motivos de impugnación se refiere a la medida cautelar solicitada por la parte recurrente al impugnar el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET 1045/2014 y en él se denuncia la quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. La sociedad Ceranor, S.A, discrepa de los razonamientos jurídicos del Auto de esta Sala de 16 de octubre de 2014, que rechazó la adopción de la medida de suspensión interesada en relación con la Disposición Transitoria Octava del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio (y de las liquidaciones realizadas a cuenta), alegando que la Comisión Nacional de la Energía ha venido rechazando los recursos planteados por los distintos operadores contra las liquidaciones provisionales o a cuenta, al no



presentar dichas liquidaciones el carácter de impugnables por no ser actos que cierren la vía administrativa o produzcan indefensión que no pueda ser reparada ulteriormente, con cita de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 (RC 3.303/12), que confirma este criterio. Considera la parte que la decisión de esta Sala es errónea pues el recurso ante la Comisión Nacional de la Energía no es el cauce correcto para resolver la cuestión litigiosa y evitar el perjuicio que a la actora ocasionará la aplicación del nuevo sistema de retribución, y que «lo que realmente se precisa es que se declare la nulidad de las disposiciones impugnadas por contravenir los principios de seguridad jurídica y confianza legítima», argumentando, en fin, solo la existencia de un gran retraso por parte de la citada Comisión en el proceso de aprobación de las liquidaciones definitivas que hacen inútil la formulación de recursos contra las mismas.

Pues bien, las alegaciones referidas al Auto que rechazó la medida cautelar de suspensión no pueden ser acogidas, pues la disconformidad de la parte recurrente con la fundamentación jurídica del reseñado Auto dictado en la pieza de medidas cautelares, no solo resulta extravagante en la demanda, por referirse a una resolución dictada en la pieza de medidas cautelares, sino que debió de articularse a través del correspondiente recurso contra dicha resolución, sin que conste que se haya utilizado dicha vía procesal. Con la notificación del Auto de 16 de octubre de 2014 se indicó a la sociedad recurrente que cabía interponer recurso de reposición ante la Sala, sin que así lo hiciera, dejando firme el Auto, razón por la que no cabe ahora reabrir las cuestiones sobre la corrección de la decisión cautelar a través de un motivo impugnatorio de la demanda.

A lo anterior cabe añadir que no se ha generado la vulneración constitucional que se denuncia en la medida que la sociedad recurrente ha obtenido una resolución motivada y expresa sobre su petición cautelar, sin que se advierta ni acredite ningún tipo de indefensión material derivada del rechazo de la suspensión de la Disposición Transitoria Octava del Real Decreto 413/2014, pues la queja se ciñe a las consecuencias patrimoniales derivadas del nuevo régimen retributivo, que, como hemos manifestado en los anteriores fundamentos jurídicos, no resulta contrario a los principios de retroactividad, confianza legítima y seguridad jurídica.

#### **DECIMOSEGUNDO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no procede la imposición de las costas causadas en el presente recurso, al apreciarse que la controversia presentaba serias dudas de derecho.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de CERANOR SA, contra el Real Decreto 41 3/ 2014 de 6 de junio por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y 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. Sin expresa imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde