



Roj: **STS 4474/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4474**

Id Cendoj: **28079130032017100499**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **18/12/2017**

Nº de Recurso: **796/2014**

Nº de Resolución: **2013/2017**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

##### **Sentencia núm. 2.013/2017**

Fecha de sentencia: 18/12/2017

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 796/2014

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/12/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Procedencia:

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Transcrito por: MDC

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 796/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

##### **Sentencia núm. 2013/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pedro Jose Yague Gil, presidente

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. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 18 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo núm. **796/2014**, interpuesto **DESIMPACTE DE PURINS CORCÓ, S.A.**, representado por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel Heredero Suero, con la asistencia letrada de D.<sup>a</sup> Coral Yáñez Cañas, 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.

Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**.

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

### 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 **DESIMPACTE DE PURINS CORCÓ, S.A.**, 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.

Recibido el expediente administrativo, y concedido plazo para formalizar la demanda, se solicitó ampliación del mismo.

**TERCERO.-** Con fecha 5 de noviembre de 2014 se recibió comunicación del Tribunal Constitucional en el que se ponía en conocimiento de la Sala la admisión a trámite del conflicto positivo de competencia núm. 5958/2014, promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra diversas disposiciones del Real Decreto 413/2014.

Oídas las partes, y no siendo el mismo objeto del presente recurso, se acordó la continuación del trámite.

**CUARTO.-** Recibido la ampliación del expediente administrativo, concedido plazo para formalizar la demanda, que la representación procesal de **DESIMPACTE DE PURINS CORCÓ, S.A.**, formalizó por escrito en fecha 18 de mayo de 2015, en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y solicitó a la Sala que, previos los trámites legales que correspondan, dicte en su día sentencia en la que, de conformidad con lo alegado en el cuerpo de este escrito, estime las pretensiones de esta parte y declare:

- 1) la nulidad del Real Decreto 413/2014 en su totalidad por contravenir el artículo 24 de la Ley del Gobierno ;
- 2) la nulidad de la Orden 1045/2014 en su totalidad por vulnerar el principio de jerarquía normativa;
- 3) subsidiariamente al apartado 2) anterior, la nulidad parcial de la Orden 1045/2014 en (i) su Anexo II en lo relativo al valor de la Rinv y del Ro aplicable a la categorías IT- 01412 a IT-01427y (ii) en todos los parámetros de su Anexo VIII referentes a las categorías de instalaciones de tratamiento de purines (en particular las categorías IT-01412 a IT- 01427) o, (iii) subsidiariamente al apartado (ii) los parámetros relativos al valor asignado a la "inversión estándar inicial" y a "otros ingresos de explotación" de dichas categorías;
- 4) todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada y previo planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 9/2013.

Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que debe considerarse que la cuantía del recurso es indeterminada, y solicita que se acuerde el recibimiento a prueba del recurso, expresando los puntos de hecho sobre los que la misma debería versar y proponiendo los medios que los que intentaría valerse, así como que se realice el trámite de conclusiones escritas; igualmente por otrosí solicita el planteamiento de cuestión de



inconstitucionalidad respecto del artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2013 y de los apartados 4 a 8 del artículo 14 y de la disposición final tercera de la Ley 24/2013 .

**QUINTO.-** El Abogado del Estado en su escrito de 23 de abril de 2015, comunica a esta Sala la existencia de un expediente ante la Comisión Europea de examen preliminar de ayudas del Estado -Nº de asunto SA. 40348.2014 N- y que dicho expediente se ha extendido al régimen de retribución de las energías renovables anterior al vigente, por lo que el Abogado del Estado solicita la suspensión de la tramitación procesal del recurso a resultas de la decisión que en su momento adopte la Comisión Europea.

La parte recurrente, se opone a la suspensión interesada por la Administración del Estado.

Se procedió a requerir a la Administración del Estado la aportación de copia de la comunicación estatal a la Comisión Europea sobre inicio del procedimiento de examen preliminar y régimen de retribución de las energías renovables.

Aportada la documentación requerida a la Administración del Estado, y oída la recurrente que se opone a la suspensión, por auto de fecha 17 de julio de 2015, la Sala acordó no haber lugar a la suspensión del procedimiento que propugnaba la Administración.

**SEXTO.-** El Abogado del Estado se opuso a la demanda con su escrito en fecha 3 de julio de 2015 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia por la que 1) lo inadmita en su totalidad; 2) Subsidiariamente, lo inadmita parcialmente respecto de las pretensiones de anulación de los valores de las categorías IT-01412 a 01422 y 01424 a 01427 de los Anexos II y VIII de la Orden IET/1045/2014; 3) En su defecto, lo desestime. Con costas.

Mediante los correspondientes otrosíes solicita se fije la cuantía tal y como autoriza el artículo 40 de la LJCA ; que acompaña informes del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) sobre Metodología General para la definición de instalaciones tipo de la Orden 1045/2014, sobre Metodología específica para la definición de instalaciones tipo de la Orden 1045/2014 área cogeneración e Informe sobre planta de tratamiento y reducción de purines de porcino, información sectorial y costes energéticos de producción; el recibimiento a prueba, así como que se acuerde la realización de conclusiones por escrito, al no considerar necesaria la celebración de vista.

**SÉPTIMO.-** Mediante decreto de 1 de septiembre de 2015, se fija la cuantía como indeterminada y por auto de 26 de octubre de 2015 se acordó el recibimiento del pleito a prueba, con el resultado que obra en autos.

**OCTAVO.-** Declarado terminado y concluso el período de proposición y práctica de prueba concedido y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concedió por la Sala a la parte recurrente el plazo de diez días a fin de presentar su escrito de conclusiones sucintas, trámite que fue evacuado mediante su escrito en fecha 13 de noviembre de 2015, del que se dió traslado a la parte recurrida que presentó sus conclusiones en fecha 2 de diciembre de 2015.

**NOVENO .-** Por providencia de 18 de abril de 2016, se concedió a las partes plazo de alegaciones sobre la incidencia en el presente procedimiento de la STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, dictada en el recurso núm. 5347/2013 . La parte recurrente presentó alegaciones y el Abogado del Estado realizó las suyas y aportó al procedimiento dicha sentencia.

**DÉCIMO.-** El Abogado del Estado mediante escrito presentado en fecha 5 de abril de 2016 aporta copia de documento en el que se constata que el Parlamento Europeo ha rechazado una solicitud de la Asociación Nacional de Productores e Inversores de Energías Renovables (ANPIER) en la que le pedían que abriera una investigación a España por el cambio regulatorio de los apoyos a renovables, en concreto, petición nº 2520/2014.

Dado traslado del documento aportado por el Abogado del Estado a la parte recurrente, esta presentó escrito en fecha 5 de mayo de 2016 realizando las alegaciones que estimó oportunas.

**DECIMOPRIMERO.-** Se acordó señalar, para deliberación y fallo de este recurso, el día 12 de diciembre de 2017 en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de DESIMPACTE DE PURINS CORCÓ, S.A. tiene por objeto la pretensión de que se declare la nulidad de pleno derecho del 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, así como de la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo 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 y subsidiariamente la nulidad parcial de la Orden 1045/2014 en (i) su Anexo II en lo relativo al valor de la Rinv y del Ro aplicable a la categorías IT-01412 a IT-01427y (ii) en todos los parámetros de su Anexo VIII referentes a las categorías de instalaciones de tratamiento de purines (en particular las categorías IT-01412 a IT-01427) o, (iii) subsidiariamente al apartado (ii) los parámetros relativos al valor asignado a la "inversión estándar inicial" y a "otros ingresos de explotación" de dichas categorías.

En su demanda explica la parte recurrente que es titular de una planta de tratamiento de purines de porcino ubicada en el municipio de de Santa María de Corcó (Barcelona).

Destaca la recurrente la singularidad y especificidad que se ha reconocido a las plantas de tratamientos de purines.

El recurso contencioso-administrativo se fundamenta, en primer término, en la infracción del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , debido a las irregularidades producidas en la tramitación del procedimiento de elaboración del Real Decreto 413/2014, en relación con la Memoria de análisis del impacto normativo, que no contiene evaluación alguna sobre el impacto económico de la propuesta de norma reglamentaria, y los defectos advertidos en el cumplimiento del trámite de audiencia.

Se aduce, en segundo término, se pretende que se declare la nulidad de pleno derecho del Anexo II y del Anexo VIII de la Orden IET/1045/2014 fijados para la IT-01423 por por contravenir el artículo 13 del Real Decreto 413/2014 al no corresponder a los de una "empresa eficiente y bien gestionada".

En tercer término, se pretende que se declare la nulidad de pleno derecho de los valores del Anexo II y del Anexo VIII de la Orden IET/1045/2014 en lo relativo al cálculo de la inversión inicial fijada para la IT-01423 por vulneración del artículo 13.2 y el apartado 8 de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 413/2014 en tanto que el valor de inversión fijado no es el estándar de las plantas de tratamiento y valorización de los purines.

En cuarto término, se solicita se declare la nulidad de pleno derecho de los valores del Anexo II para la IT-01423 y del Anexo VIII de la Orden 1045/2014 en lo relativo al cálculo de los ingresos de explotación fijados para la IT-01423 por vulneración del art 14.7 de la Ley 24/2013 y el artículo 24.2 del Real Decreto 413/2014 .

También se alega, en el cuerpo del escrito de demanda, que las normas impugnadas infringen la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Se solicita de esta Sala del Tribunal Supremo que plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto del artículo 1 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, y de los apartados 4 a 8 del artículo 14 y de la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, de Sector Eléctrico .

En relación con el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, respecto del Real Decreto-ley 9/2013, se aduce un vicio de inconstitucionalidad de carácter formal, consistente en la infracción del artículo 86 de la Constitución española , por no concurrir el presupuesto habilitante «de extraordinaria y urgente necesidad» establecido en dicho precepto constitucional.

En relación con los vicios de inconstitucionalidad de carácter material imputados al Real Decreto-ley 9/2013 y a la Ley 24/2013, se denuncia la infracción de los principios de irretroactividad, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y seguridad jurídica, enunciados en el artículo 9.3 de la Constitución .

**SEGUNDO.-** Antes de examinar las cuestiones que plantea la demanda, debemos pronunciarnos sobre las causas de inadmisibilidad del recurso que opone el Abogado del Estado, para quien el recurso es inadmisibile por falta de jurisdicción, o al menos lo son parte de sus pretensiones porque si bien la parte actora intenta aparentar que su recurso se dirige contra las normas de rango reglamentario que recurre, en rigor lo que pretende en que la Sala predetermine el régimen aplicable a la recurrente, yendo más allá de los pedimentos propios del recurso contencioso-administrativo contra una disposición de carácter general.

La causa de inadmisibilidad -como ha dicho reiteradamente esta Sala en recursos análogos interpuestos contra las mismas disposiciones- no puede ser acogida, pues aunque sea cierto que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET 1045/2014 se dictaron en desarrollo y aplicación de las normas con rango legal que cita el Abogado del Estado, el RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, sin embargo el recurso contencioso administrativo se dirige, con toda claridad, contra las citadas normas reglamentarias, que de conformidad con el artículo 25.1



de la LJCA constituyen una actividad administrativa impugnabile ante esta jurisdicción, que debe pronunciarse por tanto sobre las pretensiones anulatorias de las disposiciones reglamentarias deducidas en la demanda.

**TERCERO.**- En el examen de las alegaciones o motivos de la demanda, que hemos resumido en el FD primero, seguiremos el orden siguiente: en primer lugar analizaremos los motivos formales sobre el procedimiento de elaboración del Real Decreto, conforme al artículo 24 de la Ley 50/1997, luego las cuestiones relativas a la infracción del principio de igualdad, después las alegaciones relativas a la aplicación retroactiva de la disposición impugnada y del RD 413/2014, luego las relacionadas con la valoración inadecuada de los costes de inversión, los ingresos, los costes de explotación y la energía autoconsumida y, finalmente, sobre el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

**CUARTO.**- Como hemos dicho en sentencia de 23 de marzo de 2017 -recurso núm. 690/2014- sobre el motivo de impugnación fundamentado en la infracción del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, por irregularidades supuestamente producidas en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio:

<<El primer motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso contencioso-administrativo, sustentado en que en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, se ha infringido el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, no puede ser acogido.

En la sentencia de esta Sala de 22 de julio de 2016 (RCA 500/2014), ya rechazamos este mismo motivo de impugnación con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos que reproducimos:

«En lo que respecta a la falta de evaluación económica en la memoria de impacto normativo, es preciso reconocer que la justificación dada por la Administración sobre la imposibilidad de concretar dichos efectos hasta la elaboración de la Orden de desarrollo (la Orden ITC 1045/2014, posteriormente aprobada) y, además, la dificultad de cuantificar con suficiente rigor los efectos reductores del coste de la retribución de las empresas de renovables, cogeneración y residuos es razonable y no puede ser descartada. En efecto, la elaboración de previsiones requería sin duda, en primer lugar, la fijación de las instalaciones tipo, efectuada por la referida Orden, que permitiera la aplicación del nuevo sistema. Y es también poco discutible que la proyección de los parámetros retributivos sobre la generalidad de las instalaciones afectadas suponía sin duda elaborar unas previsiones de un alto grado de incertidumbre.

Tales circunstancias hacen que la omisión de una evaluación económica por parte de la memoria de impacto normativo no pueda considerarse una infracción determinante de la anulabilidad del Real Decreto 413/2014 impugnado.

En cuanto a la vulneración que se alega del trámite de audiencia en la tramitación de las disposiciones reglamentarias impugnadas, comenzaremos señalando que las razones dadas por el Tribunal Constitucional en las sentencias que acabamos de reseñar en el apartado anterior llevan a considerar también justificada la tramitación urgente del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

Por otra parte, conviene recordar que el trámite de audiencia aparece contemplado con carácter general en el artículo 24.1, apartados b/, c/ y d/, del que resulta que el plazo del trámite de audiencia ha de ser " *un plazo razonable* " nunca inferior a quince días hábiles (a salvo de la matización que el mismo precepto añade). Es innegable que la razonabilidad del plazo guarda relación con la mayor o menor complejidad de la normativa de que se trate, de manera que la duración el trámite de audiencia pueda ser distinta según venga referido a regulaciones de escasa entidad o a disposiciones normativas extensas y técnicamente complejas.

En este caso, sin embargo, fue el propio Real Decreto-ley 9/2913 (disposición adicional 2<sup>a</sup>) el que estableció que las alegaciones en trámite de audiencia y posterior informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deberían producirse en el plazo mínimo de quince días señalado en la Ley del Gobierno.

Por ello, siendo comprensible el desacuerdo de los interesados con la brevedad del plazo que tuvieron para formular alegaciones durante el procedimiento de elaboración del que luego sería Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, al tener éste por objeto una regulación reglamentaria de considerable extensión y complejidad, lo cierto es que su tramitación por vía urgencia, con el correspondiente acortamiento del plazo para el trámite de audiencia, venía decidida por una norma con rango legal, que, por lo demás, resulta coherente con la apreciación de urgencia que llevó a la utilización de la vía del Real Decreto-ley, que, como hemos visto en el apartado anterior, se ha considerado suficientemente justificada en las STC 270/2015, de 17 de diciembre, y 61/2016, de 17 de marzo.

Consideraciones similares pueden hacerse con relación a la tramitación de la Orden Ministerial que se elaboró de forma paralela con la del Real Decreto. La propuesta de Orden se remitió para informe a la CNMC interesando que la Comisión diera audiencia a los interesados a través del Consejo Consultivo



de la Electricidad; lo que efectivamente se llevó a efecto, dándoles un plazo de veinte días hábiles para alegaciones. Y aunque puede objetarse que también en este caso el plazo resultaba demasiado ajustado, dada la complejidad de la regulación, hemos de remitirnos a las razones expuestas con relación a la tramitación urgente del Real Decreto. Por lo demás, no puede decirse que las alegaciones que los interesados formularon en ese plazo fuesen luego enteramente ignoradas o cayesen en el vacío, pues la "Memoria del análisis del impacto normativo del proyecto de Orden" que obra en el expediente se refiere con algún detenimiento a las alegaciones formuladas en este trámite de audiencia llevado a cabo a través del Consejo Consultivo de Electricidad (páginas 225 y siguientes de la citada Memoria)». >>.

**QUINTO.**- Esta Sala se ha pronunciado con anterioridad sobre alegaciones similares a las formuladas en la demanda, que consideran que la Orden IET/1045/2014 infringe los principios de igualdad y de prohibición de la retroactividad, en sentencias de 19 de diciembre de 2016 (recurso 598/2014 ), 21 de diciembre de 2016 (recurso 581/2014 ), 23 de enero de 2017 (recurso 574/2014 ), 16 de febrero de 2017 (recurso 671/2014 ) y 23 de febrero de 2017 (recurso 689/2014 ), entre otras muchas.

Para la parte recurrente las disposiciones de la Orden IET/1045/2014 infringen el principio de igualdad al tratar dos supuestos claramente distintos, como lo son las instalaciones de tratamiento de purines y otras instalaciones de cogeneración, como si fueran supuestos iguales, cuando no existe razón para ello.

Para examinar esta alegación resulta oportuno partir de que conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, «*el principio constitucional de igualdad no consagra "un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual" [ STC 69/2007, de 16 de abril , FJ 4, en relación con el principio de igualdad del art. 14 CE ; en el mismo sentido, SSTC 117/2006, de 24 de abril , FJ 2 c); 257/2005, de 24 de octubre, FJ 4 ; 231/2005, de 26 de septiembre, FJ 5 ; 104/2005, de 9 de mayo, FJ 3 ; 156/2003, de 15 de septiembre, FJ 3 ; 88/2001, de 2 de abril, FJ 3 ; 21/2001, de 29 de enero, FJ 2 ; 181/2000, de 29 de junio, FJ 11 ; 36/1999, de 22 de marzo, FJ 4 ; 211/1996, de 17 de diciembre, FJ 4 ; y 308/1994, de 21 de noviembre , FJ 5]*»

El motivo no puede ser prosperar en los términos planteados en la demanda, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá sobre la falta de correspondencia de los parámetros fijados en la Orden IET/1045/2014 con la situación real de las instalaciones de tratamiento de purines, por no reflejar la realidad de los ingresos, costes e inversiones de dichas plantas.

Alega la parte recurrente en su demanda que la Orden IET/1045/1014 incurre en retroactividad propia, al fijar unos parámetros basados en unos ingresos, costes y gastos desajustados de la realidad de la planta, pues de facto está removiendo hechos pasados, por lo que la parte recurrente va un paso más allá y solicita la nulidad también del Anexo XIII del RD. 413/2014, por haber incluido en el cálculo del valor del activo neto de la planta ingresos percibidos legítimamente en el pasado, para retraerlos de la retribución futura por vía de compensación, es decir, por compensar a futuro el exceso de beneficios cobrados en el pasado, en la medida en que estos sobrepasen el nuevo concepto de rentabilidad, mediante la compensación a futuro, considerando que como la Orden impugnada retrotrae sus efectos, no solo debe ajustarse a la Ley 55/1997 en su redacción aplicable desde el 14 de julio de 2013, sino también a la normativa derogada.

Tampoco pueden ser acogidos los argumentos relativos a la infracción del principio de prohibición de retroactividad, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, reiterada en las sentencias 270/2015 , 19/2016 , 29/2016 , 30/2016 y 61/2016, de 17 de marzo , en las que se descartó la vulneración del indicado principio por las normas del RD-ley 9/2013, de 12 de julio, que estableció las bases del nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, desarrolladas por el RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, señalando 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.

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 las disposiciones ahora impugnadas no incurren en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE , pues carecen de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, en el sentido de que no anulan, ni modifican ni revisan las retribuciones pasadas, percibidas por los titulares de instalaciones de energía renovables bajo la vigencia del régimen del RD 661/2007, sino que proyectan 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 toman 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.

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.

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»*.

**SEXTO.-** Abordaremos seguidamente los motivos de impugnación formulados en la demanda relacionados con la valoración inadecuada de los costes de inversión, los ingresos, los costes de explotación y la energía



autoconsumida de la instalación de la parte recurrente, y como algunas de las cuestiones que se suscitan en dichos motivos son sustancialmente coincidentes con las planteadas por diversos recurrentes en otros procesos seguidos ante esta misma Sala, en los que también se cuestiona el tratamiento que se dispensa en la Orden IET/1045/2014 a las plantas de tratamiento de purines, les daremos respuesta reiterando consideraciones que hemos expuesto en esas otras ocasiones, entre otras, en las sentencias de 20 de junio de 2016 (recursos 428/2014 y 485/2014), 7 de julio de 2016 (recurso 429/2014), 26 de julio de 2016 (recursos 504/2014 y 508/2014), 19 de septiembre de 2016 (recurso 505/2014), 14 de noviembre de 2016 (recursos 431/2014 y 509/2014), 15 de marzo de 2017 (recurso 691/2014), 16 de marzo de 2017 (recurso 430/2014), 23 de marzo de 2017 (recurso 497/2014), 24 de abril de 2017 (recurso 535/2014) y 11 de octubre de 2017 (recurso 709/2014), en particular nos ajustamos a estas dos últimas por la similitud de los motivos alegados.

Las citadas sentencias de esta Sala siguen los razonamientos expuestos en la sentencia de 20 de junio de 2016, recaída en el recurso 485/2014, promovido por la Asociación de Empresas para el Desimpacto Ambiental del Purín (ADAP), que integra a empresas que dedican parte de su actividad a la solución de los problemas ambientales creados por los purines mediante la instalación de plantas de tratamiento, y en ellas estimamos que asiste la razón a la parte recurrente cuando señala que en las sucesivas normas reguladora del régimen retributivo especial o primado dictadas en desarrollo del artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico -esto es, el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo y el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo- se ha venido reconociendo la singularidad y especificidad de las plantas de tratamiento del purín con relación a las restantes instalaciones de cogeneración.

El origen de las instalaciones de tratamiento de purín se encuentra en las normas de Derecho comunitario europeo dirigidas a combatir la contaminación de las aguas, y, en concreto, en la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura (Directiva de nitratos), y en el Reglamento (CE) nº 1069/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009 por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales y los productos derivados no destinados al consumo humano y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1774/2002 (Reglamento sobre subproductos animales, conocido también como Reglamento SANDACH).

Por el incumplimiento de las referidas normas del ordenamiento comunitario el Reino de España fue condenado en diversas ocasiones por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea) (sentencias de 1 de octubre de 1998 -TJCE 1998\233-; 13 de abril de 2000 -TJCE 2000\81-; y 8 de septiembre de 2005 -TJCE 2005\260-).

La reacción se produjo mediante el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración, que introdujo un nuevo tipo de instalación de producción de energía eléctrica que recibiría una retribución regulada con cargo al sistema eléctrico en atención a ser una instalación de generación medioambientalmente beneficiosa. Ello dio lugar al diseño y construcción de plantas de tratamiento de purines de porcino mediante cogeneración, las primeras de las cuales empezaron a operar en el año 1999 (datos extraídos del informe de 13 de diciembre de 2013 de la Subsecretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, que obra en el expediente).

La singularidad de las instalaciones de tratamiento de purines de porcino se mantuvo en el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, cuyo artículo 2 las incluía, dentro de la categoría d/, en el grupo d.1, referido específicamente a "instalaciones de tratamiento y reducción de purines de explotaciones de porcino de zonas excedentarias". Y en la disposición adicional primera del citado Real Decreto 436/2004 se establecía que *"El régimen económico de estas instalaciones tendrá en cuenta especialmente su contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, al ahorro de energía primaria y a la eficiencia energética, y tendrá en cuenta los costes de inversión en que hayan incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en los mercados de capitales"*.

Por lo demás, la regulación contenida en el Real Decreto 436/2004 introduce una nota que refuerza la vinculación de esta clase de instalaciones con la finalidad medioambiental, pues su rendimiento se mide por el volumen de purines tratado; y si no se cumple el objetivo señalado en el anexo-I del propio Real Decreto, la instalación pierde el derecho a la prima e incurre en causa de revocación de la autorización como instalación de producción de energía eléctrica en régimen especial (disposición adicional primera del Real Decreto 436/2004).





Esa especificidad de las plantas de tratamiento de purines también se mantuvo 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 si bien esta norma delimita temporalmente el acogimiento de estas instalaciones al régimen retributivo de tarifa regulada, para el que establece un periodo transitorio máximo de quince años (disposición transitoria segunda.1), tal limitación temporal no se establecía respecto de la opción de precio de mercado más prima. Y, en todo caso, se mantiene en el Real Decreto 661/2007 la exigencia de tratamiento de un volumen de purines determinado, so pena de incurrir en causa de revocación de la autorización como instalación de producción en régimen especial (disposición transitoria segunda.3 del Real Decreto 661/2007).

La secuencia normativa que acabamos de reseñar pone de manifiesto que, además de por las características propias de las plantas de tratamiento de purines en el plano puramente industrial o tecnológico, el reconocimiento normativo de su singularidad, con el consiguiente reflejo en el régimen retributivo, venía determinado en gran medida por su contribución a la mejora del medio ambiente, por tratarse de instalaciones concebidas y construidas con el objetivo específico de resolver problemas medioambientales del sector agropecuario; siendo esta significación medioambiental la que llevó a decidir que el sistema eléctrico asumiese no sólo la compensación de los costes suplementarios de la producción de electricidad por esta vía -finalidad propia del régimen retributivo especial o primado- sino también los costes propios del proceso de tratamiento de purines.

Estas consideraciones, junto a los datos reflejados en la prueba pericial, permiten anticipar unas primeras conclusiones referidas a la situación existente con anterioridad a la reforma iniciada por el Real Decreto-ley 9/2013:

1/ Las sucesivas regulaciones contenidas en el Real Decreto 2818/1998, el Real Decreto 436/2004 y el Real Decreto 661/2007 han reconocido a las plantas de tratamiento de purines de porcino una singularidad y un tratamiento diferenciado con respecto a las restantes instalaciones de cogeneración.

2/ Esas sucesivas regulaciones caracterizaban a las instalaciones de tratamiento de purines por su finalidad medioambiental, subordinando la percepción de la prima con cargo al sistema eléctrico al efectivo tratamiento del purín.

3/ Los datos y cuadros comparativos expuestos en el informe pericial ponen de manifiesto que, sea por la singularidad propia de estas plantas y su significación medioambiental, sea en atención a sus mayores costes de inversión y de explotación, o por la concurrencia conjunta de todos esos factores, lo cierto es que en las tres normas reglamentarias a las que nos estamos refiriendo -Real Decreto 2818/1998, el Real Decreto 436/2004 y el Real Decreto 661/2007- la retribución a las plantas de purines era superior a la de las instalaciones de cogeneración en sus distintas clases y categorías.

**SÉPTIMO.-** Es sabido que 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, introdujo un nuevo régimen retributivo específico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos que deroga el que venía previsto en el Real Decreto 661/2007.

El nuevo régimen es asumido y completado por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y desarrollado luego por el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

La parte demandante no cuestiona el cambio normativo introducido por Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, y tampoco el desarrollo reglamentario llevado a cabo por el Real Decreto 413/2014, salvo en el aspecto que se refiere a su aplicación retroactiva que ya hemos analizado. Y ello -explica la recurrente- porque lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 8, del Real Decreto 413/2014 pone de manifiesto, de un lado, que la nueva regulación sigue contemplando a las plantas de tratamiento y reducción del purín como instalaciones de producción de energía eléctrica distintas a las de cogeneración; y, de otra parte, que el Real Decreto 413/2014 continúa exigiendo el tratamiento de purín como condición para la percepción de la retribución específica de las plantas de cogeneración. Aspectos ambos que van en línea de continuidad con los regímenes regulatorios anteriores, que antes hemos reseñado, y que no merecen reproche alguno según la demandante.

No cabe excluir que el legislador y el titular de la potestad reglamentaria arbitren en el futuro medidas, por la vía regulatoria que estimen adecuada, para que no sea el sistema eléctrico quien sufrague los costes propios del proceso de tratamiento de purines. Pero en el momento actual debemos atenernos al régimen jurídico vigente, que, como acabamos de señalar, sigue incluyendo las plantas de tratamiento y reducción del purín entre las instalaciones de producción de energía eléctrica que puede acogerse al régimen retributivo específico; y continúa exigiendo a tales instalaciones el tratamiento de purín como condición para la percepción de dicha retribución específica.



Partiendo de esa premisa, lo que se cuestiona en la demanda es la fijación de los parámetros retributivos llevada a cabo en la Orden IET/1045/2014, que según la parte actora es contraria a derecho por las siguientes razones: i/ La retribución fijada en la Orden contraviene el principio legal de suficiencia de la retribución para las plantas de tratamiento del purín dado que la fijada no permite cubrir ni siquiera los costes de explotación, haciendo que las instalaciones de este tipo sean inviables (todas las plantas de purines existentes han cesado en su actividad). ii/ El principio de "empresa eficiente y bien gestionada" no ha sido respetado, pues no es asumible un sistema de parámetros según el cual todas las empresas del sector resultarían ineficientes o mal gestionadas; y lo que sucede es que se han aplicado unos parámetros que podrían ser adecuados para las instalaciones de cogeneración pero que desde luego no lo son para las plantas de tratamiento de purines. iii/ Los parámetros sobre ingresos, costes e inversiones que fija responderán, en su caso, a los estándares propios de la cogeneración, pero en modo alguno reflejan la realidad de los ingresos, costes e inversiones de las plantas de tratamiento de purines, como pone de manifiesto la prueba pericial, de donde se deriva que la Orden IET/1045/2014 no ha creado una verdadera instalación tipo de las plantas de tratamiento de purines.

Pues bien, desde ahora queda anticipado que el planteamiento de la demandante debe ser acogido. Veamos.

**OCTAVO.-** Cuando en otros procesos hemos examinado alegaciones en las que se denunciaba con carácter general la falta de justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014 -pueden citarse, entre otras, sentencias de esta Sala dictadas en los recursos 631/2014, 641/2014 y 783/2014-, hemos reseñado diversos fragmentos de la exposición de motivos de la Orden IET/1045/2014, de la memoria de impacto normativo de la citada Orden, así como del informe sobre la propuesta de la Orden emitido el 3 de abril de 2014 por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia, donde se ofrecen explicaciones sobre la utilización de valores promedio o estándar apegados a la realidad histórica de las instalaciones. Sin embargo, la prueba practicada en este proceso ha venido a acreditar que, en el caso de las plantas de tratamiento de purines, los parámetros fijados en la Orden IET/1045/2014 no se corresponden con las características de esa clase de instalaciones, ni con su realidad histórica.

Como dijimos en la citada sentencia de 24 de abril de 2017 -recurso 535/2014-:

«Hemos de precisar en este punto que en la sentencia de esta Sala de 20 de junio de 2016, cuyos razonamientos seguimos, examinamos el informe pericial sectorial acompañado por ADAP a su demanda, elaborado por Bluecap Management Consulting y firmado por D<sup>a</sup> Francisca y D. Teodosio, y en el presente recurso la parte recurrente ha acompañado con su demanda el mismo informe pericial (documento 3 en formato CD), más otro informe (documento 2 en papel), firmado también por los citados autores, que singulariza las conclusiones del informe pericial sectorial al caso de la empresa recurrente, por lo que reiteramos ahora la valoración que efectuamos en nuestra precedente sentencia en relación con el dictamen pericial aportado por ADAP.

La prueba pericial sectorial, consistente en el informe emitido por D<sup>a</sup> Francisca, Ingeniero Industrial, y D. Teodosio, Economista, que han examinado los datos reales (cuentas anuales) de 26 de las 29 plantas de purines que han operado en España desde el año 1999, pone de manifiesto, dicho aquí de forma resumida, los siguientes puntos en los que se aprecia esa falta de correspondencia de los parámetros fijados en la Orden IET/1045/2014 con la situación real de las instalaciones:

- Coste de inversión: La inversión asignada por la Orden es sistemáticamente inferior a la real, pues los valores reales de inversión se sitúan entre un 6% y un 134% por encima de los fijados en la Orden (en caso de no considerar las plantas que consumen biogás, los valores de inversión se situaron entre un 6% y un 92% por encima de los asignados).

- Costes de explotación: Hasta el año 2012 los valores asignados por la Orden son sistemáticamente inferiores a los costes de explotación reales de las plantas. Así, en 2012 los costes reales medios eran de 26'36 €/MWh bruto (24'55 €/MWh bruto si se eliminan de la muestra las plantas con biogás), magnitud sensiblemente inferior al parámetro establecido en la Orden, que oscila entre 19'05 y 20'69 €/MWh). En 2013 los costes de explotación se incrementan sustancialmente, como consecuencia de la introducción de un impuesto sobre la producción de energía eléctrica, hasta alcanzar los 34'41 €/MWh bruto (32'08 €/MWh bruto si se excluyen de la muestra las plantas con biogás) en tanto que los parámetros de la Orden se sitúan entre 32'30 y 35'98 €/MWh bruto, con lo que pasan a estar en línea con los costes reales de las plantas.

- Ingresos por venta de electricidad y otros ingresos de explotación: Los parámetros de la Orden se encuentran, en términos generales, en línea con los valores reales de las plantas en lo que se refiere a ingresos por venta de electricidad, si bien no se ha tenido en cuenta en la comparación el año 2013 porque los ingresos reales de ese ejercicio (recogidos en las cuentas anuales) reflejan a posteriori el impacto del nuevo marco regulatorio definido en 2014. Donde se aprecia una sensible diferencia es en lo relativo a "otros ingresos de explotación", pues en este punto los ingresos reales de las plantas son sistemáticamente inferiores a los asignados en la



Orden IET/1045/2014 y prácticamente se reducen a la venta del abono resultante del proceso de tratamiento del purín. Así, en 2012 los ingresos medios reales, sin considerar derechos de CO<sub>2</sub>, son de 2'23 €/MWh bruto (1'01 €/MWh bruto si se excluyen de la muestra las plantas con biogás), mientras que los valores de la Orden se encuentran entre 35.35 y 37'68 €/MWh bruto, al incluir, como partida más significativa, los ingresos por venta de calor útil.

- Autoconsumo (consumo por la propia planta de la energía eléctrica necesaria para hacer funcionar los sistemas, maquinaria y equipos auxiliares, y que, por tanto, no puede ser vendida): Los autoconsumos reales de las plantas de tratamiento de purines son sistemáticamente superiores a los asignados en la Orden IET/1045/2014. En concreto, la media de autoconsumo real en el periodo 2017-2013 es del 7'58% (7'60% si se eliminan de la muestra las plantas con biogás) mientras que el autoconsumo atribuido por la Orden es del 4'6%.

Esta falta de correspondencia entre los parámetros fijados en la Orden IET/1045/2014 y la situación real del autoconsumo las instalaciones, afecta a la columna de la IT- 01422 relativa a la "relación electricidad exportada/electricidad bruta", que parte de un autoconsumo de las plantas inferior al real y, por tanto, refleja una venta al mercado de energía superior a la que en realidad han podido vender.

Como explicación de estas significativas discrepancias advertidas entre los valores reales de las plantas de tratamiento de purines y los establecidos en la Orden IET/1045/2014, el informe pericial señala que tales diferencias son debidas a que la Orden considera en realidad las inversiones, costes y autoconsumo de una planta de cogeneración, que en términos generales son sustancialmente menores a los de una planta de purines. Y si hay un apartado, como es el de los ingresos por venta de electricidad, en el que los parámetros de la Orden se corresponden en términos generales con los valores reales de las plantas, ello es debido -señala el informe- a que en ese concreto punto la Orden atribuye a las plantas de tratamiento de purines unos ingresos por venta de electricidad distintos y superiores a los de las instalaciones de cogeneración, porque, en efecto, la tarifa por venta de electricidad establecida en las sucesivas normas reguladoras -Real Decreto 2818/1998, Real Decreto 436/2004 y Real Decreto 661/2007- para las plantas de purines era sistemáticamente más alta que la que esas mismas normas establecían para las instalaciones de cogeneración; lo que suponía, por lo demás, un reconocimiento implícito en aquellas regulaciones de la singularidad de las plantas de purines, ya que la tarifa se fijaba en atención a sus mayores costes de inversión y/o explotación y para garantizar una rentabilidad razonable sobre la inversión realizada».

Análogas consideraciones cabe hacer a la vista de la documentación aquí aportada, esto es, los informes periciales también elaborados por Bluecap Management Consulting y suscritos por D<sup>a</sup> Francisca y D. Teodosio de fecha 9 de abril de 2015 ("*Análisis de los parámetros asignados por la Orden IET/1045/2014 a las plantas de purines*") y 14 de mayo de 2015 ("*Análisis de los parámetros de la Orden IET/1045/2014 y de su impacto en la planta de Desimpacte de Purins Corcó, S.A.*").

**NOVENO.-** Como también hemos dicho en los precedentes invocados, mención especial merecen las explicaciones del informe pericial sobre el valor asignado a "otros ingresos de explotación" y, en particular, a la estimación de ingresos por venta de calor útil. Tanto para las plantas de tratamiento de purines, como para las instalaciones de cogeneración convencionales, se computan dentro de esta partida unos ingresos por venta de calor útil (el que se genera mediante la combustión del gas natural), que en el caso de las plantas de purines se utiliza para la deshidratación y secado del purín; pero sucede que las plantas de purines no han recibido ningún ingreso por este concepto.

Esta ausencia de ingreso por venta de calor se explica en el informe pericial señalando que todas las plantas de tratamiento de purines -recuérdese, 26 de las 29 que ha operado en España desde 1999- se han construido en la modalidad "*llave en mano*", lo que significa que una empresa externa diseña las instalaciones, compra los equipos, lleva a cabo la construcción y montaje y pone en marcha la planta, incluyendo todos aquellos elementos necesarios para el correcto funcionamiento de la instalación, de manera que el propietario la recibe una vez que la planta ha superado un período de pruebas y una vez acreditado el cumplimiento de los valores de prestación garantizados, quedando normalmente la planta después en un período de garantía que suele ser de un año.

Este modo de ejecución "*llave en mano*" constituye una singularidad con respecto de las plantas de cogeneración que proveen de calor útil a procesos industriales asociados, pues en éstos lo habitual es que la industria hubiese comenzado a funcionar con anterioridad, abasteciéndose de calor con equipos convencionales (calderas), pasando sólo en un momento posterior a abastecerse de calor a través de una planta de cogeneración asociada (del mismo o de diferente propietario).

Las plantas de tratamiento de purines nacieron ya con una concepción unitaria de los procesos de generación de electricidad y de calor; apreciación que se corrobora por el hecho -accesorio, si se quiere, pero significativo- de que en aquellos contratos "*llave en mano*" la garantía para la devolución de la deuda venía dada por los



flujos de caja generados por el proyecto en su conjunto, estos es, tanto la actividad de generación eléctrica como cualquier otro posible flujo de caja.

La representación procesal de la Administración no niega que la Orden impugnada haya asignado a las plantas de purines valores y parámetros coincidentes con los de las instalaciones de cogeneración, pero considera que ello es ajustado a derecho. Lo explica la Abogacía del Estado señalando que las plantas de purines son también plantas de cogeneración; que para valorar los costes imputables a la producción de energía eléctrica es necesario cuantificar aquéllos que se destinan a un uso distinto, esto es, la producción de calor ( artículos 14.7.b de la Ley 24/2013 y 24.2 del Real Decreto 413/2014 ); que la legislación de ningún modo ha impedido llegar a acuerdos retribuidos con los ganaderos para el tratamiento de los residuos; y, en fin, que la decisión de no cobrar a los ganaderos por el tratamiento del purín fue del propietario de la planta de tratamiento pero no viene determinada por una "imposibilidad" que, en cualquier caso, no ha sido explicada.

Sin embargo, las razones que ofrece la Abogacía del Estado no nos parecen asumibles. En primer lugar, el informe pericial destaca el hecho de la localización de las plantas, pues encontrándose todas ellas en el campo, aisladas de otros centros industriales y de servicios, difícilmente podrían haber vendido la energía térmica para otros usos.

Pero, sobre todo, la venta del calor útil resulta impedida por la propia normativa reguladora, pues, como ya vimos, las plantas de tratamiento de purines deben destinar la energía térmica al secado del purín, lo que excluye su destino para otros usos. Esa singularidad, vinculada al propio origen de estas instalaciones, que nacieron por una exigencia medioambiental (hecho al que ya nos hemos referido), que ha sido mantenida en las sucesivas regulaciones -Real Decreto 2818/1998, Real Decreto 436/2004 y Real Decreto 661/2007- y persiste en la actualidad, según hemos visto, en la disposición adicional segunda, apartado 8, del Real Decreto 413/2014, en la que el cumplimiento del requisito de eficiencia energética exige el tratamiento del purín como condición para el mantenimiento del régimen retributivo.

Lo anterior lleva a considerar que en lo que se refiere a las plantas de tratamiento de purines, las actividades de generación de electricidad, generación de calor y tratamiento del purín, aun siendo conceptualmente diferenciables, han recibido desde el origen mismo de estas instalaciones un tratamiento jurídico y económico unitario, considerando en su régimen retributivo la totalidad de sus costes e inversiones como una realidad inescindible, lo que las diferencia y singulariza con respecto a las instalaciones convencionales de cogeneración.

**DÉCIMO** - Llegamos, por tanto, a la misma conclusión que en los recursos que anteriormente hemos citado, promovidos frente a la Orden IET/1045/2014 por la Asociación de Empresas para el Desimpacto Ambiental del Purín (ADAP), y por otras empresas titulares de instalaciones de tratamiento de purines.

La Orden IET/1045/2014 ha ignorado las singularidades de las plantas de tratamientos de purines, que desde su origen han venido siendo consideradas como instalaciones de producción de energía eléctrica distintas a las de cogeneración y estrechamente vinculadas al compromiso medioambiental de tratamiento y reducción de residuos; consideración ésta que se mantiene en el Real Decreto 413/2014 (disposición adicional segunda, apartado 8), que continúa exigiendo el tratamiento del purín como condición para la percepción de la retribución específica.

El hecho de que todas las instalaciones de tratamiento de purines existentes en España hayan cesado en su actividad no es por sí mismo una prueba determinante; pero tiene un indudable valor indicativo de las disfunciones que han generado los parámetros establecidos en la la Orden IET/1045/2014.

En efecto, la prueba pericial practicada ha puesto de manifiesto que, al equiparar las plantas de tratamiento de purines con las instalaciones convencionales de cogeneración, la Orden IET/1045/2014 ha asignado a aquéllas unos valores y parámetros que no se ajustan a la realidad, ni se corresponden con los estándares del sector, tanto en lo que se refiere a costes de inversión y de explotación como en lo relativo a otros ingresos de explotación (venta de calor útil) y ponderación del autoconsumo. Son aspectos todos ellos en los que la Orden impugnada debe ser considerada contraria a derecho, pues no se configura en ella una instalación tipo que posibilite la obtención de una rentabilidad razonable, contraviniendo el principio legal de suficiencia de la retribución para las plantas de tratamiento del purín ( artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, según redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y artículo 14 de la Ley 24/2013, de 26 de noviembre, del Sector Eléctrico ).

En atención a estas consideraciones, y dado que el tenor del suplico de la demanda planteada por la parte recurrente difiere en algo al de la demanda formulada por ADAP, debemos adecuar nuestro fallo a lo solicitado en este recurso, y en consecuencia procede acoger en lo sustancial las pretensiones i), ii) y iii) del suplico de la demanda, y declararse la nulidad de los Anexos II y VIII de la Orden IET/1045/2014, en la parte referida



a las instalaciones cuestionadas que integra a la planta de tratamiento y reducción del purín de la parte recurrente, en cuanto a los valores y parámetros relativos a costes de inversión y de explotación, así como en la ponderación de otros ingresos de explotación y del autoconsumo.

Ahora bien, más allá de las razones que hemos expuesto para sustentar el pronunciamiento anulatorio que acabamos de enunciar, no procede que hagamos ninguna precisión adicional sobre el contenido que deba darse a la regulación que sustituya a la que ahora se declara nula, pues si bien los datos recogidos en la prueba pericial practicada han venido a poner de manifiesto que los parámetros establecidos en la Orden impugnada no reflejan la realidad de las instalaciones de tratamiento de purines, no cabe atribuir al parecer de los peritos un grado tal de acierto y fijeza que permitiese afirmar que los valores que se recogen en su informe deban ser aceptados como los valores reales a tomar en consideración para la fijación de los parámetros.

Por otra parte, un pronunciamiento de esta Sala que determinase el contenido de la nueva regulación vulneraría lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa . Por ello nos limitábamos a señalar en los precedentes citados que la Administración debería aprobar los nuevos parámetros en el plazo de cuatro meses. Ahora no cabe desconocer que en fecha 17 de junio de 2017 fue publicado en el B.O.E. la Orden ETU/555/2017, de 15 de junio, *"por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines aprobadas por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y se actualizan para el semiperíodo 2017-2019"* que, en su caso, ha podido impugnar la recurrente.

**DECIMOPRIMERO.-** Finalmente, de lo expuesto en los precedentes razonamientos jurídicos, consideramos que no procede acoger la petición de que se plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en relación con el artículo 1 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, y los apartados 4 a 8 del artículo 14 y la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico .

En primer término, rechazamos que sea procedente plantear cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el Real Decreto-ley 9/2013, por vulnerar el artículo 86 de la Constitución , por no concurrir -según se aduce- el presupuesto habilitante de «extraordinaria y urgente necesidad» previsto en dicho precepto constitucional.

Esta Sala ha considerado que carece de base jurídica la imputación que se formula al Real Decreto-ley 9/2013, de ser inconstitucional, por dictarse sin que concurra el presupuesto habilitante de «extraordinaria y urgente necesidad» que exige el artículo 86.1 de la Constitución , en la medida -según se aduce- que los efectos económicos del Real Decreto-ley en el sector de la energías renovables, cogeneración y residuos no se manifestaron hasta un año después de su aprobación, una vez que el Tribunal Constitucional ha rechazado este reproche en su sentencia 270/2015, de 17 de diciembre (razonamientos 3 y 4 a los que nos remitimos).

Y, en segundo término, también descartamos que resulte pertinente plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de dichos preceptos, pues hemos desestimado -siguiendo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional expuesto en la citada sentencia 270/2015, de 17 de diciembre -, que dichas disposiciones, y singularmente las normas reguladoras de los parámetros aplicables para calcular la retribución específica de la actividad de producción a partir de fuentes de energía renovables, infrinjan los principios de seguridad jurídica, irretroactividad e interdicción de la arbitrariedad, enunciados en el artículo 9.3 de la Constitución , aunque dichas disposiciones determinen «el fin del régimen retributivo establecido en el Real Decreto 661/2007», desde el momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013.

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

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

**ESTIMAR** en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **DESIMPACTE DE PURINS CORCÓ, S.A.** 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, con los siguientes pronunciamientos:



1. Se declara la nulidad de los Anexos II y VIII de la Orden IET/1045/2014, en la parte referida a las instalaciones de tratamiento y reducción del purín, en cuanto a los valores y parámetros relativos a costes de inversión y de explotación, otros ingresos de explotación y autoconsumo asignados a las IT-01412 a IT-01427.
2. Se desestiman las demás pretensiones que formula la parte recurrente.
3. Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

---

### **VOTOS PARTICULARES**

#### **VOTO PARTICULAR**

que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo ordinario 1/796/2014.

**PRIMERO** .- Sobre el sentido del presente voto particular.

Esta Sala ha examinado conjuntamente un amplio número de recursos contenciosos administrativos formulados contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014. Sin perjuicio de los argumentos específicos presentes en muchos de ellos, lo cierto es que en la mayor parte de los casos se plantean determinadas cuestiones que constituyen un núcleo común y esencial de la impugnación de ambas disposiciones.

La queja más destacada es la que imputa al Real Decreto y Orden citados incurrir en una retroactividad prohibida, vulnerando los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Esta alegación, formulada con algunas variaciones argumentales, pero con un núcleo esencial común, es la que en mi opinión debía haber sido estimada y la que justifica este voto particular, en respetuosa discrepancia con la opinión que ha resultado mayoritaria en la Sala.

En las demás cuestiones planteadas en los diversos recursos, como lo son algunas alegaciones específicas de derecho comunitario, la invocación de la Carta Europea de la Energía, la queja por la inseguridad jurídica originada por el lapso de un año desde la promulgación del Real Decreto-ley hasta la del Decreto y la Orden impugnados, la invocación del derecho a la propiedad privada garantizado por el artículo 33 de la Constitución, la supuesta falta de justificación técnica de la Orden y algunas otras alegaciones, estoy de acuerdo con la respuesta dada en las diversas sentencias de la Sala. No haré referencia pues a dichas cuestiones en el presente voto particular, que se limita por tanto a la referida alegación sobre el ilegítimo carácter retroactivo, con vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de las disposiciones impugnadas, respecto a la que coincido con el voto particular elaborado por la Magistrada Maria Isabel Perello Domenech.

Pese a lo que se arguye en muchos recursos, es preciso recordar que el carácter retroactivo de una norma no la hace necesariamente contraria a derecho. La Constitución, en su artículo 9.3, sólo excluye la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables y, en lo que aquí importa, de aquellas "restrictivas de derechos individuales", locución que el Tribunal Constitucional ha interpretado en reiteradas ocasiones como referida a derechos individuales y, en todo caso, que afecten a derechos consolidados en la esfera jurídica del ciudadano. Nada pues hay que impida, tanto al legislador como al titular de la potestad reglamentaria, dictar normas que afecten a relaciones jurídicas vivas en mayor o menor grado y que, consiguientemente, implican por propia definición un mayor o menor grado de retroactividad, en la medida en que afectan a relaciones que nacieron bajo una regulación y que quedan sometidas a las disposiciones que se dictan con posterioridad.

Esta Sala tiene ya una larga jurisprudencia en la que ha declarado la conformidad a derecho de normas dictadas en el sector de la electricidad y que modificaban la regulación de aspectos importantes del mismo, afectando a



relaciones jurídicas vivas, algunas de ellas referidas precisamente al mismo sector de las energías renovables de que ahora se trata.

En concreto, algunas de las sentencias en la materia que nos ocupa se han dictado respecto a disposiciones que fueron reduciendo de diversas maneras la retribución mediante primas a la generación de electricidad mediante energías renovables, pero que mantenían en esencia un sistema de retribución cuyo eje central era la electricidad producida; esto es, se remuneraba en función de la mayor o menor producción de electricidad de las empresas. Como es bien sabido, la evolución a la baja de las primas tenía su causa en el elevado coste de las mismas para el sistema eléctrico, debido a una errónea apreciación inicial por parte de la Administración de la potencia que se iba a instalar al amparo de un régimen primado sumamente beneficioso, coste que iba a contribuir de manera muy decisiva al creciente déficit del sistema eléctrico español. En todo caso, debe recordarse asimismo que la Ley del Sector Eléctrico siempre aseguró que la producción de energía eléctrica debía alcanzar una "remuneración razonable", concepto indeterminado que nuestra jurisprudencia fue acotando en algunos aspectos.

**SEGUNDO** .- El nuevo sistema retributivo implantado por el Real Decreto-ley 9/2013.

El Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, modificó la Ley del Sector eléctrico y cambió substancialmente el sistema de retribución de la producción de electricidad mediante fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Sin resultar necesario en este momento extenderme sobre el particular, baste poner de relieve que el sistema de retribución de las empresas de producción eléctrica de tecnologías basadas en dichas fuentes de energía pasa de basarse en la cantidad de energía producida a pivotar sobre el principio de que dichas empresas de producción eléctrica han de percibir una retribución razonable en función de los costes necesarios para el desarrollo de su actividad "por una empresa eficiente y bien gestionada" que les permita competir en el mercado eléctrico. A tal objeto, el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico (precepto referido en particular a la producción de energía en régimen especial) en su nueva redacción estipula que la retribución de la energía generada se basaba en la consideración "a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada" de los ingresos derivados de la venta de la misma en el mercado eléctrico, los costes de explotación y el valor standard de la inversión inicial.

El objetivo de tal sistema retributivo sería alcanzar "el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que posibiliten obtener una rentabilidad razonable por referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable". A su vez se definía la rentabilidad razonable, antes de impuestos, en el rendimiento medio en el mercado secundario de las obligaciones del Estado a diez años "aplicando el diferencial adecuado". Sistema luego asumido por la nueva Ley del Sector 24/2013, de 26 de diciembre.

Esto es, en síntesis, el objetivo del legislador (de urgencia primero y luego ordinario) es que las empresas de producción de electricidad mediante energías renovables, cogeneración y residuos pudiesen competir con las de tecnologías convencionales y obtuviesen además una rentabilidad razonable definida en la forma que se ha indicado.

Para ello el referido precepto legal anunciaba lo que luego se desarrollaría por el Real Decreto y Orden ahora impugnadas, y es que se establecerían una serie de "modelos o tipos" de empresa productora de electricidad mediante determinados parámetros técnicos, de forma que cada empresa recibiría la retribución correspondiente al tipo al que hubiera sido adscrita según sus características técnicas.

Pues bien, este sistema retributivo, que a diferencia de las anteriores modificaciones suponía un nuevo modelo, se habría de aplicar a las instalaciones existentes (disposición final segunda, primer párrafo, del Real Decreto-ley 9/2013), las cuales estaban sometidas previamente al régimen anterior. En ese sentido, el nuevo modelo tiene sin duda un carácter retroactivo, lo que no quiere decir -según lo indicado más arriba- que resulte contrario a derecho. Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en la misma disposición final segunda, segundo párrafo, "este nuevo modelo" -como literalmente se le califica-, ajustado a los criterios previstos en el artículo 30 de la Ley 54/1997 en la redacción dada por el propio Real Decreto-ley, "será de aplicación desde la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley".

Las previsiones de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013 son recogidas de nuevo por la disposición final tercera de la nueva Ley del Sector eléctrico de 2013. Así, en ella se reitera que el nuevo modelo se aplicará a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos que tuvieran retribución primada "a la entrada en vigor del Real Decreto-ley" y que será de aplicación "desde la entrada en vigor del mismo". Y añade dos previsiones de interés: por un lado, precisa más la rentabilidad razonable "a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación", estableciendo que el diferencial sobre el referido rendimiento medio de las obligaciones del Estado en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, sería de 300 puntos básicos; por



otro lado, establece en el apartado 4 que "en ningún caso podrá resultar de dicho nuevo modelo retributivo la reclamación de las retribuciones percibidas por el energía producida al 14 de julio de 2013, incluso si se constataste que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad".

**TERCERO** .- Alcance de la retroactividad del nuevo modelo en el Real Decreto-ley 9/2013 y en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014.

Como ya hemos visto, el nuevo modelo tiene una retroactividad relativa pero indiscutible -retroactividad impropia, en la terminología del Tribunal Constitucional en la Sentencia que luego se cita- en el sentido de que se aplica a las instalaciones ya en marcha con régimen primado a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, las cuales habían iniciado su actividad con un sistema retributivo completamente diverso.

Sin embargo, tanto el Real Decreto-ley como la Ley 24/2013 estipulan de manera expresa que el nuevo modelo se aplica a partir de la entrada en vigor del referido Real Decreto-ley. A mi juicio, y aquí radica la discrepancia fundamental con la posición mayoritaria en estos litigios, la cuestión esencial es cómo compatibilizar lo que ha establecido de manera incontestable el legislador, y es que el nuevo sistema se aplica **a partir de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013**, con el hecho, también indubitado, de que dicho nuevo modelo toma en consideración parámetros anteriores a dicha fecha, como lo son las inversiones realizadas en su momento y, sobre todo, la entera vida útil regulatoria de las instalaciones.

Pues bien, considero que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima debían haber llevado a esta Sala a interpretar la nueva regulación eléctrica y, en particular, el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014, en un sentido estrictamente ajustado a su aplicación sólo a partir de la mencionada fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013. Desdichadamente se ha dado plena prevalencia a consideraciones generales ajenas a la estricta interpretación de las normas en juego, como el interés del sistema eléctrico o la congruencia interior del nuevo sistema -consideraciones que en todo caso sin duda había que tener presentes-, por encima del interés legítimo de los sujetos del sistema que han operado en el mismo de conformidad con la regulación que el legislador había puesto en marcha y que ha modificado luego de forma drástica. En efecto, el desarrollo que el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014 han hecho del sistema instaurado por el Real Decreto-ley 9/2013 aplica el mismo con una retroactividad de grado máximo que no era exigida por ésta última disposición (pese a que la misma tuviera en cuenta parámetros anteriores a su entrada en vigor) y que, a mi entender, vulnera con claridad los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

En efecto, el desarrollo del nuevo modelo retributivo realizado por el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014 supone que el mismo se aplica a la entera vida regulatoria de cada instalación, esto es, no sólo *pro futuro*, sino desde la misma puesta en marcha de las instalaciones. De esta manera, la retribución de las instalaciones no se ajusta al nuevo sistema a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, sino que el sistema se aplica desde que las instalaciones comenzaron su vida regulatoria, prescindiendo por completo del sistema y criterios a los que había respondido la retribución anterior a dicha entrada en vigor, la cual es tratada en puridad como un pasado que no hubiera existido. En el desarrollo efectuado por el Real Decreto y la Orden impugnados, avalado por la Sentencia mayoritaria, el nuevo sistema, que habría de aplicarse por expreso e inequívoco imperativo legal a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, es proyectado al pasado y se aplica desde que las instalaciones comenzaron su andadura.

Así, de acuerdo con el nuevo sistema, cada instalación es adscrita a un modelo tipo según sus características técnicas, y se calcula su retribución de acuerdo con los parámetros establecidos en la Orden 1045/2014 para dicha categoría desde el comienzo de la vida regulatoria. De esta forma, si la retribución efectivamente percibida con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema es superior a la que según éste corresponde, tal exceso es compensado en la retribución que habrá de percibir tras la entrada en vigor del nuevo modelo. El único límite, tal como hemos señalado antes, es que si dicha retribución pasada excediera la que le hubiera correspondido hasta el momento de instauración del nuevo sistema o, incluso, la que hubiera de corresponderle a lo largo de toda la vida regulatoria, en ningún caso se le podrá reclamar la devolución de lo ya percibido (disposición final tercera de la Ley 24/2013). Pero, de acuerdo con el Real Decreto y Orden impugnados, ello no impide que la retribución a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2014 se minore -incluso hasta cero- de forma que a partir de dicha entrada en vigor una instalación sólo podrá percibir retribución de acuerdo con los parámetros de su tipo y hasta el máximo que le corresponda según el nuevo sistema proyectado sobre toda la vida regulatoria de tal instalación, pasada y futura.

Como se deduce de lo expuesto, el nuevo sistema se aplica con una retroactividad plena y absoluta, en completa contradicción con la previsión legal de que el mismo ha de aplicarse a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013. Ciertamente es, como no podría dejar de ser, que el nuevo sistema se pone en marcha sólo una vez aprobado mediante la promulgación y publicación del Real Decreto-ley 9/2014 (lo cual es una mera tautología), pero el sistema en sí mismo se aplica como si hubiera estado en vigor desde el momento





de que cada instalación comenzó su vida regulatoria. A mi juicio, tal proyección retroactiva, prescindiendo de la aplicación *in tempore* del sistema vigente antes del citado Real Decreto-ley, como si el mismo no hubiera existido y siendo la nueva regulación manifiestamente más desfavorable para las instalaciones afectadas, es gravemente atentatoria a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que los ciudadanos y las personas jurídicas tienen en que se les respetará la aplicación efectuada de la legislación que existió en cada momento (fuera, claro, de una hipotética aplicación retroactiva de normas más favorables, sean o no de carácter sancionador).

Nótese que la aplicación retroactiva que se acaba de describir es algo completamente distinto a lo ocurrido en ocasiones anteriores y que hemos convalidado en jurisprudencia unánime de esta Sala. Así, esta Sala ha ratificado la rebaja de las primas, la disminución de horas primadas y otras modificaciones del sistema retributivo en vigor que ni alteraban éste de manera esencial ni se proyectaban al pasado. También hemos rechazado que fuese contrario a los principios de seguridad jurídica o confianza legítima el que se modificasen parámetros retributivos en el curso de un ejercicio no culminado todavía (en este caso, con algún voto particular en las sentencias más recientes).

Y debo insistir que la minoría discrepante de la Sala no pone en cuestión la legitimidad del cambio del sistema retributivo operado por el Real Decreto-ley 9/2014 y la Ley del Sector Eléctrico 24/2014, sino tan sólo su aplicación retroactiva proyectada hacia atrás en el tiempo hasta el comienzo de la vida regulatoria de las instalaciones por el desarrollo que del nuevo sistema han efectuado el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014. Esto es, a lo que supone ir más allá de una "retroactividad impropia".

**CUARTO** .- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el Real Decreto-ley 9/2013.

Debo reseñar en este voto particular, aunque sea con brevedad, la Sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, seguida por otras con la misma doctrina, por afectar directamente a la temática discutida en este voto particular. Como es sabido, dicha Sentencia (al igual que el voto particular concurrente) declaró que el Real Decreto-ley que instauraba el nuevo sistema no incurría en retroactividad prohibida ni conculcaba los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

Pues bien, lo sostenido en este voto particular no contradice la referida jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se pronuncia exclusivamente sobre el Real Decreto-ley 9/2013. En la Sentencia citada, el Tribunal Constitucional sostiene que "el principio de seguridad jurídica, entendido como certeza del ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación de derecho, no resulta afectado por los preceptos que son objetos del presente recurso de inconstitucionalidad [...]. No estamos ante una norma incierta o falta de la indispensable claridad, pues cuenta con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados."

Y más en relación con la perspectiva de los recursos contencioso administrativos que enjuicamos en esta jurisdicción, afirma en relación con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que

"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 una 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." (fundamento jurídico 7)

En relación con la alegación de irretroactividad incompatible con lo dispuesto en el 9.3 de la Constitución el Tribunal Constitucional ha dicho:

"c) Se alega, por último, que la regulación impugnada se limita a establecer los principios del nuevo régimen retributivo de producción de energía eléctrica en régimen especial, cuya concreción se deriva a un ulterior desarrollo reglamentario, disponiéndose expresamente que el real decreto de desarrollo será aplicable desde la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto-ley, lo que implicaría el establecimiento de una retroactividad incompatible con lo dispuesto en el art. 9.3 CE .

Conviene precisar a este respecto que, como ya se avanzó, el Real Decreto-ley 9/2013, viene a establecer un nuevo régimen retributivo para determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica; deroga expresamente el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, así como el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica. Pero, el nuevo sistema retributivo, iniciado por el Real Decreto-ley 9/2013 y asumido por la Ley 24/2013, requiere el necesario desarrollo reglamentario para la aplicación efectiva de dicho régimen retributivo a cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica, y, para resolver la situación de vacío reglamentario provocado por la derogación de los anteriores reglamentos, la disposición transitoria tercera del mismo, dispone que temporalmente serán de aplicación los derogados Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008, con carácter transitorio, hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo.

El desarrollo reglamentario de este nuevo régimen retributivo, previsto en la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013 y reiterado en la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector eléctrico, se ha llevado a cabo a través del 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 con ello ha cesado la aplicación del régimen transitorio previsto en la disposición transitoria tercera . Como ya afirmamos en las SST 96/2014, FJ 3 c) y 183/2014, FJ 2, "lo sucedido durante estos meses es que las instalaciones existentes han recibido los pagos procedentes de liquidaciones a cuenta del nuevo sistema, emitidas al amparo de ese régimen transitorio. Este fue previsto al objeto de mantener los flujos retributivos de las instalaciones, evitando los perjuicios que hubiera causado la demora en el desarrollo reglamentario. Una vez aprobadas las disposiciones normativas necesarias para la aplicación definitiva del nuevo régimen retributivo, se procederá a practicar una regularización correspondiente por los derechos de cobro o en su caso las obligaciones de pago resultantes de la aplicación del vigente sistema retributivo, con efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, tal y como establece su disposición final segunda ".

En definitiva, el Real Decreto-ley 9/2013 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" (tal y como establece su disposición final décima ), pero sus efectos, en lo relativo a las liquidaciones derivadas del nuevo régimen retributivo, se aplican a partir de la publicación del Real Decreto 413/2014, produciéndose una disociación temporal entre la vigencia inmediata de la norma y el ámbito temporal de eficacia, que tiene un efecto retroactivo.



Procede ahora recordar que el límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes que el art. 9.3 CE garantiza, se circunscribe a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, nada impide al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, ya que de lo contrario se podrían producir situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico (STC 49/2105, de 5 de marzo, FJ 4). 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, 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." (fundamento jurídico 7)

Conviene destacar que el Tribunal Constitucional se centra en la queja de que el Real Decreto-ley 9/2013 había establecido tan sólo los principios del nuevo sistema, el cual había sido desarrollado en realidad por el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, que habían aplicado dicho sistema retroactivamente desde la fecha de entrada en vigor del referido Real Decreto-ley. Hay que subrayar, por tanto, que una percepción tan limitada del problema de retroactividad suscitado por la implantación del nuevo modelo retributivo, es muy distinta a la aplicación retroactiva del nuevo sistema que da fundamento al presente voto particular.

Por lo demás, el voto particular del magistrado Xiol Rios -más enfocado a la problemática planteada en este voto particular- es coincidente con la posición mayoritaria, si bien echa en falta un tratamiento más pormenorizado del principio de confianza legítima. Así, entiende también que no se ha producido vulneración del citado principio, puesto que los cambios se insertan "en el marco de un proceso normativo que, como ya se ha expuesto anteriormente, tiene su arranque en el año 2.007", y que no afecta a "las legítimas expectativas de los interesados a las que en este concreto caso daba protección el principio de confianza legítima aparecen



vinculadas a la existencia de un sistema de incentivos estatales primados para este tipo de producción de la energía eléctrica, cuya concreción queda al desarrollo reglamentario, y que dicho sistema tuviera como objetivo conseguir unas tasas de rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales".

Y continúa

"En ese sentido, si bien no puede dudarse de que ha existido una modificación legislativa en el régimen de incentivos y de que se ha proyectado sobre inversiones decididas, realizadas y consolidadas al amparo de un diferente régimen legal, tampoco puede obviarse que, al margen de cuál era el desarrollo reglamentario de esa normativa legal y las esperanzas de rentabilidad de las inversiones que a su amparo podían albergarse -que por razones de competencia no pueden ser enjuiciadas en un proceso constitucional de estas características-, la normativa ahora recurrida en inconstitucionalidad venía provocada por la necesidad de satisfacer un interés público superior. A pesar de ello, se ha mantenido, en esencia, las expectativas legítimas generadas por la normativa legal reformada tanto en el sentido de dar continuidad a un sistema de incentivos como en el de subordinarlo a la obtención de una rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Por el contrario, no puede ser calificado como expectativa legítima ni, por tanto, pretenderse amparado por los operadores económicos con fundamento en el principio de confianza legítima, una vez garantizada esa rentabilidad razonable, el mantenimiento de una situación que implique unos niveles de rentabilidad sumamente elevados al margen del mercado y que puedan resultar contrarios a intereses públicos superiores."

El cambio de modelo retributivo, concluye el voto particular, no resultaba imprevisible ni "ha desatendido las expectativas de los operadores económicos que pudieron resultar afectadas."

Como puede observarse, la posición del Tribunal Constitucional se basa en definitiva en considerar que nos encontramos ante una modificación más del sistema retributivo de las energías renovables, que cuenta con una finalidad legítima que no podía calificarse de imprevisible ni deja de atender las legítimas expectativas de los operadores económicos.

Tal juicio resulta comprensible si el examen se circunscribe, como necesariamente ocurre con el Tribunal Constitucional, al Real Decreto-ley 9/2013 que es objeto de su consideración. Pues si bien se trata de un nuevo modelo retributivo y no de una mera modificación del sistema hasta entonces vigente, desde una perspectiva muy genérica no deja de ser un paso más en una evolución de la metodología retributiva de dichas instalaciones tendente a evitar el sobrecoste de las primas en el sistema eléctrico nacional.

Pero el sentido básico de este voto particular es subrayar que si bien el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2015 pueden ser interpretados de conformidad con la Constitución -tal como ha hecho el Tribunal Constitucional con la primera de dichas disposiciones-, el desarrollo que ha efectuado el Gobierno del nuevo modelo retributivo mediante el Real Decreto y Orden impugnados proyecta la aplicación del nuevo modelo hasta un extremo de retroactividad que lo hace incompatible con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

Por todo ello, discrepamos también de que la Sentencia mayoritaria se apoye para justificar su decisión en la posición adoptada por el Tribunal Constitucional.

**QUINTO** .- Sobre la predeterminación del desarrollo del nuevo modelo retributivo en el propio Real Decreto-ley 9/2013.

Finalmente, resta por justificar que el desarrollo efectuado por el Gobierno del nuevo modelo retributivo establecido en el Real Decreto-ley 9/2013 no estaba ya prefigurado en esta misma disposición. En efecto, según la posición que ha resultado mayoritaria, el hecho de que el Real Decreto-ley se refiera de manera expresa a la entera vida regulatoria de las instalaciones afectadas, a las inversiones iniciales de las mismas, o a la necesidad de tener en cuenta los ingresos percibidos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley, evidenciarían que ya en la definición del nuevo modelo por esta disposición estaría implícita su aplicación a toda la vida regulatoria de cada instalación, tal como ha sido desarrollado por el Real Decreto 413/2914 y la Orden 1045/2014.

En efecto, un sobreentendido de la Sentencia mayoritaria es que la regulación del Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013 -regulación declarada constitucional por el Tribunal Constitucional según se acaba de referir- contiene ya todos los elementos retroactivos que pudieran hallarse en las disposiciones impugnadas, lo cual lleva implícito que, aunque esta Sala hubiera entendido que el nuevo modelo pudiera resultar indebidamente retroactivo y contrario a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, nada hubiera podido decir a la vista del pronunciamiento de la jurisdicción constitucional especializada. Sin embargo y en mi opinión, como trato de justificar seguidamente, nada más lejos de la realidad.



En concreto, parece que serían tres incisos o aspectos de la regulación de rango legal los que podrían interpretarse en el sentido de que necesariamente el nuevo sistema retributivo ha de proyectarse también hacia el pasado por imponerlo las mencionadas normas de rango legal. El primero de ellos sería la definición por el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico de 1997, en la redacción que le ha dado el Real Decreto-ley 9/2013, de los elementos estipulados para el cálculo de la retribución específica; el segundo la definición de rentabilidad razonable dada en el apartado 3 de la disposición final tercera de la Ley del Sector Eléctrico 24/2013; y, finalmente, la ya mencionada previsión sobre no reclamación de retribuciones percibidas con anterioridad al 14 de julio de 2013 establecida por el apartado 4 de la citada disposición final.

a. Los elementos de la retribución específica.

A los efectos de que las instalaciones de régimen especial a las que se dedica el artículo 30 de la Ley 54/1997 pudiesen competir en términos de igualdad con el resto de tecnologías, el apartado 4 de dicho precepto contempla una retribución específica respecto a la que se estipula lo siguiente:

"[...] Para el cálculo de dicha retribución específica se considerarán, para una instalación tipo, a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada:

- a) Los ingresos estándar por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción.
- b) Los costes estándar de explotación.
- c) El valor estándar de la inversión inicial.

"[...]"

Aunque ciertamente dicho tenor literal puede ser entendido tal como ha hecho el Gobierno, ello no es necesariamente así. En efecto, nada hay que impida interpretar tales parámetros tan solo **en relación con la vida regulatoria posterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley**. Esto es, la expresión "a lo largo de su vida útil regulatoria" muy bien puede entenderse referida a la vida regulatoria restante en el momento en que habría de comenzar a aplicarse el nuevo sistema retributivo. Y respecto a la inversión inicial contemplada en la letra c), no se comprende bien qué impide entenderla referida a la inversión no amortizada en el momento en que debería comenzar a aplicarse el nuevo modelo.

b. La definición de rentabilidad razonable por la Ley 24/2013.

El apartado 3 de la disposición final tercera de la Ley 24/2013 se refiere a la rentabilidad razonable, definida por el Real Decreto-ley 9/2013 en su modificación de los artículos 16 y 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico de 1997, en los siguientes términos:

"3. En los términos previstos en 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, para el establecimiento de ese nuevo régimen retributivo la rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, de las Obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos, todo ello, sin perjuicio de su ulterior revisión en los términos legalmente previstos."

De nuevo es preciso subrayar que esa referencia a la rentabilidad razonable "a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación" -inciso que no se contiene en las menciones a la rentabilidad razonable en los precepto de la Ley de 1997 modificados por el Real Decreto-ley 9/2013- **puede y debería entenderse referida a toda la vida regulatoria restante en el momento de comenzar la aplicación del nuevo modelo con la entrada en vigor del referido Real Decreto-ley 9/2013**.

c. La prohibición de reclamación de retribuciones ya percibidas.

Finalmente, el apartado 4 de la misma disposición final tercera de la Ley 24/2013 establece lo siguiente:

"4. 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 constatare que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad."

Se argumenta que el apartado transcrito toma en consideración como un todo la retribución recibida por una instalación a lo largo de su entera vida regulatoria desde el comienzo de su puesta en marcha, como lo evidencia que establezca la imposibilidad de reclamar cantidades percibidas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley, incluso aunque en dicha fecha "pudiera haberse superado dicha rentabilidad". Pero tal interpretación, al igual que las anteriores, opera sobre una manifiesta petición de principio, puesto que se da por supuesto que la aplicación del nuevo modelo se refiere a la vida regulatoria de las instalaciones desde su puesta en funcionamiento anterior al Real Decreto-ley 9/2014.



Sin embargo, entendida en su literalidad, la previsión es neutra en el aspecto que se discute (si el nuevo sistema debe o no proyectarse hacia el pasado), pues tan sólo excluye lo que expresa: que si las retribuciones pasadas fuesen superiores a las que corresponden a una instalación de acuerdo con el nuevo sistema en el total (aquí sí) de la vida regulatoria de una instalación, se le pudiese reclamar el exceso. Y a la inversa, el apartado puede entenderse también como una confirmación de la ruptura de modelo que se produce con la entrada en vigor del Real Decreto-ley: no se puede reclamar lo ya percibido de acuerdo con un sistema anterior, aunque dicha remuneración anterior suponga superar las retribuciones que pudieran derivar de la aplicación del nuevo a toda la vida regulatoria de la instalación.

En definitiva, entiendo que las previsiones de rango legal sólo son determinantes en el sentido adoptado por la mayoría si se da por supuesto lo que se quiere demostrar, esto es, si se parte de que el sistema sólo puede aplicarse desde el inicio de la vida regulatoria de las instituciones.

Reiteremos, por último, que si el Real Decreto-ley 9/2013 no ha incurrido en los vicios de inconstitucionalidad que se le imputa por los recurrentes -así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en un examen limitado a enjuiciar la constitucionalidad de dicha disposición- resultaba obligado interpretar tanto dicho Real Decreto-ley como el Real Decreto 413/2013 y la Orden 1045/2013 -interpretación de la legalidad cuya máxima responsabilidad corresponde a este Tribunal Supremo- en un sentido que no incurra en vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, como ocurre, a mi modesto entender, con la interpretación que ha resultado mayoritaria.

**SEXTO** .- Conclusión.

De conformidad con lo sostenido en el presente voto particular, considero que los recursos dirigidos contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014 en los que se les imputa a dichas disposiciones una retroactividad contraria a derecho por incurrir en la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima deberían haber sido estimados en parte en lo relativo a dicha alegación, con independencia de otras quejas y de las particularidades de cada recurso.

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

Eduardo Espin Templado

#### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 796/2014), AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> Maria Isabel Perello Domenech.

Por medio de este voto particular manifiesto mi respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria. **Suscribo los pronunciamientos anulatorio e indemnizatorio contenidos en los apartados 1/ y 2/ de la parte dispositiva de la sentencia, así como las razones en las que se fundan, pero entiendo que el pronunciamiento anulatorio debería haber sido más amplio** . Y ello porque discrepo de mis compañeros en dos puntos sustanciales de la controversia:

**A/** De un lado, no comparto los apartados de la fundamentación jurídica de la sentencia en los que se desestiman las alegaciones de la parte demandante sobre la eficacia la retroactiva del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

**B/** De otra parte, discrepo del criterio mayoritario en cuanto la sentencia considera suficiente la justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014.

Son aspectos en los que, a mi entender, el recurso contencioso-administrativo debería haber sido estimado, por las razones que ahora paso a exponer:

**PRIMERO.-** Comenzaré señalando que el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, que luego fueron desarrollados por las normas reglamentarias que son aquí objeto de controversia, introdujeron en el régimen retributivo específico para la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, un cambio normativo de trascendencia y calado muy superiores a los de otras modificaciones normativas anteriores, como fueron las introducidas en su día por el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, y el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, en relación con la retribución de actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial que hasta entonces venía regulada por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo.



Aquellos cambios introducidos en el año 2010, con ser importantes, no suponían sino la modificación de algunos aspectos del régimen especial entonces vigente, en particular en lo relativo al importe de la retribución y la extensión de la vida regulatoria de las instalaciones. Frente al limitado alcance de aquellas modificaciones normativas, lo que traen consigo el Real Decreto-ley 9/2013, la Ley 24/2013 y sus normas reglamentarias de desarrollo no es un nuevo conjunto de modificaciones "en" el sistema sino un verdadero cambio "de" sistema. La diferencia es importante.

Aquellas modificaciones introducidas en el año 2010 fueron enjuiciadas por este Tribunal Supremo en diferentes recursos -sirvan de muestra las sentencias de 12 de abril de 2012 (recurso contencioso-administrativo 40/2011), 12 de abril de 2012 (recurso 35/2011), 19 de junio de 2012 (recurso 62/2011), 24 de septiembre de 2012 (recurso 60/2011), 25 de septiembre de 2012 (recurso 71/2011), 26 de junio de 2012 (recurso 566/2010) y 26 de junio de 2013 (recurso 261/2013), entre otras- y en aquellas ocasiones esta Sala razonaba que el concepto de "retroactividad prohibida" es mucho más limitado que el de la retroactividad a secas; que no se incurría en retroactividad ilícita por el hecho de que para determinar rentabilidades futuras se tuviesen en cuenta las rentabilidades pasadas; que los cambios introducidos en el llamado régimen especial, en particular los que suponían un acortamiento de la vida regulatoria de las instalaciones o una pérdida de retribución, no incurrían en retroactividad prohibida por tratarse de medidas normativas cuya eficacia no se proyectaba "hacia atrás" en el tiempo sino "hacia adelante". En esas mismas sentencias se indica que los ajustes vinculados a la necesidad de reducir el déficit tarifario tampoco vulneraban los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima pues los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones; que la práctica eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a la tarifa regulada, sin competir en precios con el resto de agentes en el mercado, es de suyo una ventaja cuyo reverso lo constituye precisamente, entre otras, la posibilidad de alteración de las medidas administrativas ante cambios de las circunstancias ulteriores; y, en fin, que la limitación de la tarifa regulada o, en general, del régimen retributivo inicial con que había sido favorecido el conjunto del sector de energías renovables era previsible a la vista del curso de las ulteriores circunstancias, especialmente las económicas y técnicas, sobrevenidas después del año 2007.

Entiendo que todos aquellos razonamientos, referidos a las modificaciones introducidas en el año 2010, no son trasladables a las normas reglamentarias que han venido a desarrollar el cambio de sistema instaurado a partir del Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013; y, en contra del parecer de la mayoría de la Sala, considero que el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, incurren en retroactividad prohibida y vulneran los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

**SEGUNDO.-** Comparto el parecer de mis compañeros cuando señalan que los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional - STC 270/2015, de 17 de diciembre, cuya doctrina se reitera luego en las ulteriores SsTC 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 - han dejado zanjada en sentido desestimatorio la formulación de esos mismos reproches contra el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y la Ley 24/2013, de 26 de diciembre. Ahora bien, la asunción de que las citadas normas con rango legal no incurren en retroactividad prohibida ni vulneran los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, por haberlo declarado así el Tribunal Constitucional, no excluye que esos defectos o alguno de ellos puedan estar presentes en las normas reglamentarias de desarrollo que aquí se enjuician.

Es cierto que son normas de rango legal las que establecen las bases del régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos. Así, partiendo del propósito declarado de asegurar una "rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación", tales normas legales contemplan un régimen retributivo adicional por la venta de la energía generada por alguna de aquellas instalaciones "... compuesto por un término por unidad de potencia instalada que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo " - artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2013 (que da nueva redacción al artículo 30 de la Ley 54/1997) y artículo 14 de la Ley 24/2013, así como disposiciones finales 2ª del Real Decreto-ley 9/2013 y 3ª de la Ley 24/2013 -.

También son normas con rango de ley - disposiciones transitorias 3ª y derogatoria única del Real Decreto-ley 9/2013 y transitoria 6ª de la Ley 24/2013 - las que vinieron a establecer que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (en



nuestro caso, el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo), y que lo recibirían con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el mencionado desarrollo reglamentario.

Ahora bien, esos preceptos con rango de ley a los que acabo de aludir están muy lejos de agotar la regulación, pues únicamente enuncian las bases o directrices generales del nuevo sistema retributivo, remitiendo lo demás al ulterior desarrollo reglamentario. Y es precisamente este desarrollo -materializado en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014- el que, mediante las concretas determinaciones que incorpora, incurre en retroactividad prohibida y vulnera los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, sin que pueda afirmarse que estuviese necesariamente abocado a ello por las normas de rango legal de las que trae causa, pues éstas bien podrían (deberían) haber sido objeto de un desarrollo reglamentario que no incurriese en tales deficiencias. Veamos:

1/ La referencia que se hace en el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013 al concepto de "rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación" no predetermina la forma en que la actividad desarrollada por las instalaciones existentes antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 y la rentabilidad obtenida en ese período anterior han de incidir en el cálculo de la rentabilidad razonable *pro futuro*. Son las normas reglamentarias -Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014- las que deciden y regulan de forma detallada la forma en que debe ser ponderada esa actividad anterior; y lo establecen en unos términos que a mi entender incurren en retroactividad prohibida y vulneran los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Sucede que el tándem normativo constituido por el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 no se limita a tomar en consideración las rentabilidades que las instalaciones preexistentes habían obtenido hasta julio de 2013 para, teniendo en cuenta ese dato, establecer la rentabilidad razonable *pro futuro*. Lo que hacen las normas reglamentarias es enjuiciar toda la actividad pasada de las instalaciones preexistentes proyectando sobre ella la nueva normativa, como si hubiesen operado desde un primer momento sometidas a la nueva regulación.

El Real Decreto y la Orden podrían haber establecido que a partir de la entrada en vigor de la reforma las instalaciones preexistentes quedasen incardinadas en alguna de las categorías de instalaciones que se contemplan, para aplicarles en lo sucesivo el régimen correspondiente a esa categoría de instalación. Pero lo que hace la regulación reglamentaria es algo mucho más complejo y, al mismo tiempo, ajeno a la realidad de las cosas, pues parte de la base -una base necesariamente ficticia y, por ello mismo, perturbadora- de que las instalaciones siempre estuvieron sujetas a la normativa que ahora se instaura, como si no hubiese existido una regulación anterior y toda la vida de la instalación hubiese sido un continuo homogéneo sometido *ex tunc* al nuevo régimen regulatorio.

Sólo así se explica que se proyecten sobre esas instalaciones preexistentes, sin diferenciar entre períodos de actividad anterior y posterior a la reforma, los criterios y parámetros establecidos en la nueva normativa. De este modo, no se toman en consideración los importes reales de las inversiones que se realizaron en su día, ni los datos reales de la actividad desarrollada en ese período anterior -horas de funcionamiento, costes de explotación, costes financieros, ingresos por venta de electricidad o por otros conceptos, etc.- sino los valores estándar que resultan de aplicar a toda la vida de la instalación los criterios y parámetros que se fijan ahora. Los cálculos realizados a partir de esos valores estándar -en lugar de los valores reales de cada instalación- conducen a que se consideren "irrazonables", por excesivas, las rentabilidades obtenidas en el pasado, lo que trae como consecuencia la minoración de las rentabilidades futuras a fin de que resulte -según la lógica del sistema- una "rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación". Y todo ello aunque los datos reales hubiesen podido demostrar que la instalación había llevado a cabo su actividad de manera eficiente y bien gestionada según las directrices que marcaba la regulación vigente en cada momento, que, por cierto, era la que permitía, o más bien determinaba, aquellas rentabilidades que ahora se reputan de excesivas.

Dicho de otro modo, el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 pretenden reformular la realidad anterior a su entrada en vigor, proyectando sobre ella los mismos criterios y parámetros que se aplican a las instalaciones nuevas, incurriendo con ello en el grave defecto que los historiadores denominan "presentismo", que consiste en juzgar el pasado con arreglo a información -o, como en este caso, con arreglo a una normativa- que no existía entonces. Y en el ámbito estrictamente jurídico, al que debe ceñirse este voto particular, supone, sencillamente, que la regulación reglamentaria tiene una decidida voluntad de operar de manera retroactiva, porque, como he intentado explicar, la eficacia de la reforma no se proyecta únicamente hacia adelante en el tiempo sino también hacia atrás.

2/ En estrecha relación con esa retroactividad ilícita a la que acabo de referirme, el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 incurren en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.





Tales reproches no pueden ser salvados en este caso mediante consideraciones del tipo de las que esta Sala expuso en las sentencias antes citadas, que enjuiciaron las modificaciones normativas introducidos en el año 2010. Ya he señalado que en el caso presente se trata de una reforma normativa de calado muy superior a la del 2010, pues la de ahora (año 2014) comporta un cambio global de sistema; y siendo ello así, lo cierto es que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 no contemplan ningún régimen transitorio o medida correctora para paliar o atemperar los efectos gravosos que la nueva regulación produce sobre las instalaciones que existían con anterioridad.

Tampoco cabe entender que el drástico cambio regulatorio introducido en el 2014 fuese previsible. Es cierto que ante la notoria necesidad de reducción del déficit del sistema eléctrico- señalada de manera expresa, además, en los diferentes cambios regulatorios habidos en los últimos años- y la propia situación económica general cualquier empresa gestionada de manera diligente podía y debía saber que habría de producirse un nuevo cambio normativo que comportaría una reducción de la retribución. Por lo demás, las sentencias del Tribunal Constitucional a las que antes me he referido - SsTC 270/2015, 19/2016, 29/2016, 30/2016, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016 - ya han declarado que el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, no vulneran los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Ahora bien, esta conclusión respecto de las normas con rango legal no es trasladable sin más a la regulación contenida en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, dado que el sistema retributivo específico, apenas enunciado en las normas de rango legal, ha quedado configurado en el Real Decreto y la Orden con un sesgo retrospectivo significativamente gravoso que no es, desde luego, el único desarrollo reglamentario que admitían aquellas genéricas previsiones legales y que, a mi entender, sí incurre en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Así, de ninguna manera resultaba previsible -no desde luego, cuando se realizó la inversión de las instalaciones preexistentes a la reforma, pero ni siquiera en fechas ya próximas a los cambios introducidos en el año 2014- que la modificación materializada y concretada en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 iba a suponer una alteración tan radical del sistema específico de retribución a las energías renovables y la cogeneración. Y menos previsible aún que ese desarrollo reglamentario fuese a tener el alcance retrospectivo al que antes me he referido, en el que los nuevos valores y parámetros se proyectan hacia atrás en el tiempo y se aplican a la actividad desarrollada desde el momento inicial de la instalación, de manera que la que había sido una actividad eficiente y bien gestionada -con arreglo a la regulación vigente en cada momento- pudiese dejar de tener esa consideración de manera retrospectiva, por aplicación de la nueva normativa reglamentaria.

La sentencia de la que discrepo señala que el ordenamiento vigente con anterioridad al Real Decreto-ley 9/2013 no albergaba en sí mismo un signo externo concluyente que fuese bastante para generar en la parte recurrente la confianza legítima, esto es, la creencia racional y fundada de que el régimen retributivo establecido en el Real Decreto 661/2007 no podía resultar alterado en el futuro, pues ninguna disposición del citado Real Decreto 661/2007 establecía que la tarifa allí regulada fuera inmodificable. Ahora bien, una cosa es que aquella tarifa fuese modificable y otra muy distinta que la nueva regulación materializada en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 haya venido a establecer, como he intentado explicar, no ya una reducción de la tarifa sino una regulación enteramente nueva del régimen retributivo que, además, enjuicia con los criterios y parámetros que ahora se establece toda la actividad desarrollada por la instalación desde su inicio.

**3/** La vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima concurre con singular intensidad en lo que se refiere al tratamiento que se dispensa al período -que resultó ser de casi un año- comprendido entre la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 y la aprobación de las normas reglamentarias de desarrollo, esto es, el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014.

Es cierto, ya lo he señalado, que tanto el Real Decreto-ley 9/2013 (disposición transitoria 3<sup>a</sup> y derogatoria única) como la Ley 24/2013 (disposición transitoria 6<sup>a</sup>) dejaron establecido que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, o Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, según los casos); y que recibirían esa retribución con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el desarrollo reglamentario. Sin embargo, es en el Real Decreto 413/2014 donde se materializa y concreta el alcance de aquella previsión legal; y lo hace la norma reglamentaria en términos que resultan vulneradores de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, pues determinó que las instalaciones hubiesen de operar "a ciegas", sin conocer el régimen regulatorio que sería de aplicación a su actividad no sólo en el futuro sino también el propio período transitorio.

Así, a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 las empresas tuvieron que decidir si continuaban o no la actividad de cada instalación sin conocer a qué régimen jurídico iba a quedar sometida ésta; y dado



que en aquel momento no era previsible, ya lo he señalado, que las normas reglamentarias de desarrollo vendrían a establecer una regulación con las características y el alcance retroactivo que antes he descrito, no es aventurado suponer que algunas o muchas de las empresas habrían procedido de un modo distinto, o incluso habrían decidido suspender su actividad, de haber conocido entonces que iban a quedar sujetas, también para ese período de intermedio de incertidumbre, a un régimen retributivo como el que luego establecerían el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014.

No resulta fácil imaginar una vulneración más palmaria del principio de seguridad jurídica que la que consiste en abocar a un sector económico tan altamente regulado como éste -producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos- a adoptar decisiones empresariales de considerable entidad, incluso la propia continuidad en el ejercicio de la actividad, sin conocer el régimen jurídico y económico que les va a ser de aplicación.

Por lo mismo, resulta claramente vulnerador del principio de confianza legítima el que la regulación reglamentaria finalmente aprobada no estableciese, ni siquiera para ese período intermedio, un régimen jurídico de transición que de alguna manera atenuase el rigor y la falta de seguridad que supone para las empresas el haber tenido que operar durante ese primer año en una situación de total ignorancia sobre la normativa que les iba a resultar de aplicación y, en definitiva, sobre la retribución que iban a percibir.

**TERCERO.**- Considero asimismo, en contra del parecer de la mayoría de la Sala, que la Orden IET/1045/2014 carece de toda justificación técnica, al no haber constancia de ningún informe o estudio que sirva de sustento a los parámetros de diversa índole que en dicha Orden se establece.

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

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

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

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

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

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

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



(...)

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

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

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

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

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

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

El encargo de tales informes se formalizó mediante contrato suscrito en virtud de resolución del Director General del IDAE de 28 de noviembre de 2013 (expediente de contratación con referencia nº 12643.01/13 del citado organismo). Y según se acaba de ver, la encomienda que allí se hacía a las consultoras Boston Consulting y Roland Berger consistía en la realización de sendos informes que llevasen a cabo la identificación y análisis de los valores y parámetros cuantitativos y cualitativos que habrían de configurar el nuevo modelo retributivo para las energías renovables, tarea habría de incorporar el análisis de los valores estándar históricos de las principales variables con impacto en el coste total de producción, la diferenciación entre las diversas tecnologías de régimen especial, el análisis también diferenciado según el tipo de coste (coste de inversión, coste de operación y mantenimiento, coste de combustibles, otros costes relevantes para cada tecnología), y distinguiendo asimismo según el año de puesta en operación.

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

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

Siendo ello así, la ausencia de ese soporte técnico no puede considerarse suplida por otros hipotéticos informes que se hubiesen llevado a cabo en el seno de la propia Administración, pues, sencillamente, no consta que existan. Resulta en este punto significativo que ni la propia Administración, ni su representante procesal, ni la mayoría de la Sala de la que discrepo hayan sabido indicar en qué lugar o apartado concreto del expediente administrativo podría encontrarse cualquier estudio que se hubiese realizado al efecto por los servicios técnicos de la Administración, pues la Abogacía del Estado sólo hace en algunos de sus escritos de alegaciones una genérica e inespecífica referencia a la "documentación técnica" que obra en el expediente, alusión que por su misma vaguedad y falta de concreción resulta inoperante. Y, desde luego, en contra del parecer de mis compañeros de Sala, no creo que pueda atribuirse esa virtualidad al informe que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia emitió con fecha 3 de abril de 2014 sobre la propuesta de Orden, como tampoco a la "Memoria del análisis del impacto normativo del proyecto de Orden".

En cuanto al informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin necesidad de destacar aquí las significativas reservas que en ese informe se formulan sobre la regulación que se proponía, baste señalar que, atendiendo a la finalidad de ese trámite y al propio contenido del documento emitido por la Comisión, no cabe considerar que dicho informe constituya la justificación técnica de la Orden IET/1045/2014. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia emite un parecer globalmente favorable -aunque



formulando objeciones en algunos aspectos- al proyecto de Orden, pero tal informe de ningún modo constituye, ni lo pretende, la justificación técnica de los valores estándar y parámetros que en la Orden se fijan.

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

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

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

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

**CUARTO.-** En definitiva, por las razones que he expuesto en los apartados anteriores considero que el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, deberían haber sido declarados nulos por incurrir en retroactividad ilícita y en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, en cuanto la regulación que se contiene en tales disposiciones reglamentarias se proyecta retrospectivamente sobre la actividad que las instalaciones preexistentes habían desarrollado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio.

Además, la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, debería haber sido declarada nula por carecer de justificación técnica los valores y parámetros de diversa índole que en ella se fijan como definidores del régimen retributivo para cada instalación tipo.

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

Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

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