



Roj: **STS 255/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:255**

Id Cendoj: **28079130032018100035**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **05/02/2018**

Nº de Recurso: **855/2014**

Nº de Resolución: **160/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 160/2018

Fecha de sentencia: 05/02/2018

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

Número del procedimiento: 855/2014

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/01/2018

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.: 855/2014

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. 160/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech



D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 5 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo núm. **1/855/14**, interpuesto por la entidad **EGA-ASOCIACIÓN EÓLICA DE GALICIA**, representada por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Aguilar Fernández, con la asistencia letrada de D. Iñigo Muniozguren Martínez, contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones, a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Se ha personado como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dictada 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 EGA-ASOCIACIÓN EÓLICA DE GALICIA mediante escrito presentado en fecha 22 de septiembre de 2014, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden IET mencionada. 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, la recurrente solicitó ampliación del mismo.

TERCERO.- El Abogado del Estado en su escrito presentado en fecha 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.

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

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

CUARTO.- Tras varias ampliaciones del expediente administrativo, se dio traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, lo que verificó por escrito presentado en fecha 22 de diciembre de 2015, en el que expuso los motivos que luego se expondrán y suplica a la Sala que acuerde:

«se dicte sentencia conforme venga a decretar la nulidad de 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, sobre la base de los argumentos expuestos en el presente escrito de demanda, todo ello con imposición de costas a la Administración demandada».

En otrosíes, solicita el recibimiento del pleito a prueba (Documental-documentación del escrito de demanda, oficios al IDAE, Boston Consulting Group SL, Roland Berger Strategy Consultants SA, y a la Administración; Testifical de BCG y RBSC), y el trámite de conclusiones escritas.

QUINTO.- El Abogado del Estado se opuso a la demanda con su escrito presentado en fecha 9 de febrero de 2016 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala:

«tener por contestada la demanda y, en su momento, dictar sentencia por la que la inadmitida o, subsidiariamente, la desestime en su integridad, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso a la parte actora de las costas incurridas».



Por otrosí solicita que se fije la cuantía en indeterminada, el recibimiento del recurso a prueba respecto a los puntos de hecho que concreta en su escrito y proponiendo los medios que consideró oportunos y la realización de conclusiones por escrito. Finalmente, solicita se deniegue la admisión y práctica de las pruebas propuestas en los puntos 2, 3, 4, 5 y 6 del otrosí tercero de la demanda.

Acompaña con su escrito de contestación los siguientes documentos elaborados por el IDAE, de fecha 17 de junio de 2015, "Introducción y Metodología general utilizada para la definición de instalaciones tipo de la Orden IET/1045/2014" y "Metodología para la definición de instalaciones tipo de la Orden IET/1045/2014, Área Eólica".

SEXTO.- Fijada la cuantía del procedimiento como indeterminada, por auto de 31 de marzo de 2016 se acordó el recibimiento del pleito a prueba, no admitiendo las documentales 1 a 4 y las testificales 5 y 6 propuestas por la recurrente en el escrito de demanda y admitir y declarar pertinente la documental propuesta por el Abogado del Estado consistente en los informes que adjunta.

Por auto de 19 de mayo de 2016, se acordó estimar el recurso de reposición interpuesto por la parte recurrente contra el auto de 31 de marzo de 2016, en el sentido de admitir la prueba por esa parte solicitada y que había sido inadmitida por este último auto.

SÉPTIMO.- 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.

OCTAVO.- Declarado terminado y concluso el período de proposición y práctica de prueba concedido, y no estimándose necesaria la celebración de vista, 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 20 de julio de 2017, del que se dió traslado a la parte recurrida que presentó sus conclusiones en fecha 5 de septiembre de 2017.

NOVENO.- Por providencia de 7 de septiembre de 2017, se concedió a las partes el plazo común de diez días para que formularan alegaciones sobre la incidencia sobre la incidencia que pueda tener en el presente procedimiento la sentencia del Tribunal Constitucional STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015 y se acordó oír a las partes dentro del mismo plazo a fin de que pudiesen alegar lo que a su derecho convenga sobre la procedencia de admitir el documento presentado por Abogado del Estado mediante escrito en fecha 5 de abril de 2016, 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.

El Abogado del Estado formuló sus alegaciones sobre la incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional en este recurso por escrito presentado en fecha 14 de septiembre de 2017. Y la parte recurrente mediante su escrito presentado en fecha 21 de septiembre de 2017 realizó igualmente sus alegaciones sobre esa sentencia y también sobre la incidencia de las cuestiones suscitadas en la comunicación de la Abogacía del Estado al Parlamento Europeo en la petición nº 25020/2014.

DÉCIMO.- Mediante providencia de 23 de octubre de 2017 se acordó señalar para votación y fallo de este recurso el día 30 de enero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La disposición impugnada y las pretensiones de la recurrente.

El presente recurso contencioso-administrativo núm. 855/2014 lo interpone la entidad EGA-ASOCIACIÓN EÓLICA DE GALICIA, 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. En su demanda solicita a la Sala se dicte sentencia en la que se declare la nulidad de dicha orden.

Para fundamentar tales pretensiones aduce diversos argumentos que pasamos a resumir.

Que el expediente está incompleto (cuestión previa).

La inadecuación a derecho del trámite consultivo previo porque en el procedimiento de elaboración de la Orden se impidió a la CNMC "emitir el informe en las condiciones adecuadas".



De la falta de publicación previa de los datos y método económicos que soportan las variables económicas de una instalación tipo: no constan ni son conocidos los datos económicos, los métodos, las valoraciones, las cifras, las hipótesis económicas y los cálculos que pudieran sustentar o que han dado lugar a las variables económicas que provocan los parámetros establecidos para cada una de la Instalaciones tipo.

Que la orden incumple el principio de igualdad de trato en el mercado eléctrico de la tecnología eólica frente al resto de las tecnologías porque no toma en consideración sus peculiaridades y, más concretamente, la necesidad de que establecer un ingreso adicional que compense la menor retribución que para ellos deriva del coeficiente de apuntalamiento del 0,8889 que le fija en su Anexo III.

Que a la hora de determinar la retribución específica de cada una de las tecnologías la Orden no considera los costes que no sean de aplicación en todo el territorio nacional, en particular, el canon eólico que creó el art. 8 de la ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se reguló el aprovechamiento eólico en Galicia.

Que es errónea la clasificación de las instalaciones tipo en la tecnología eólica: las 46 Instalaciones tipo que recoge la Orden son completamente insuficientes para encuadrar a las diferentes instalaciones eólicas ya que los criterios de las que resultan no tienen en cuenta algunas características específicas de los parques eólicos como son las que se refieren al tamaño de los aerogeneradores, "su clase de viento", y sus características eléctricas, todas las cuales resultan de la mayor importancia tanto desde el punto de vista de la inversión como de los costes de explotación.

Que han detectado errores, incoherencias y diferencias en los parámetros retributivos establecidos en la Orden que hacen que resulte nula de pleno derecho por incoherente, injustificada y discriminatoria.

SEGUNDO.- Las causas de inadmisión.

Antes de examinar las cuestiones que plantea la demanda, debemos pronunciarnos sobre la causa de inadmisibilidad del recurso que opone el Abogado del Estado, para quien el recurso es inadmisibile por falta de legitimación, pues, carece de ella al no justificar la actora su interés en la anulación de todos los preceptos de la Orden que impugna. Considera que la Asociación eólica recurrente parece que, en principio, le resulte ajeno el ámbito de los intereses que constituyen el objeto específico de su actividad, es decir, ajeno.

La causa de inadmisión debe ser rechazada.

En lo que respecta a la falta de legitimación, basta para justificarla el que se trate una asociación de empresas dedicadas a la producción de energía eléctrica en régimen especial -lo que no es puesto en duda por el representante de la Administración-, tal circunstancia les legitima para la impugnación de normas que regulan el modelo retributivo en todos sus aspectos, y no sólo de los artículos por los que se les aplica el nuevo régimen.

Igualmente ha de rechazarse el alegado defecto formal por pretender la anulación íntegra de la Orden cuestionada, siendo reiterados los supuestos análogos en los que se ha admitido la impugnación de la citada Orden.

TERCERO.- Los precedentes.

Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre la legalidad de las disposiciones cuestionadas, Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y la aquí impugnada 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, contestando a idénticos o análogos argumentos a los que aquí expone la parte recurrente.

Al ser coincidentes muchas de las cuestiones suscitadas en este recurso con las planteadas por distintos recurrentes en otros procesos seguidos ante esta misma Sala, les daremos respuesta reiterando consideraciones que hemos expuesto en esas otras ocasiones, sin perjuicio de las particularidades atinentes a la impugnación exclusivamente de la indicada Orden y de que se trate de una asociación eólica.

Por todas, citaremos las sentencias de esta Sala de fechas 1 de junio de 2016 -recursos núms. 564/2014, 630/2014, 650/2014, 651/2014, 654/2014, 787/2014-, 8 de junio de 2016 -recurso núm. 745/2014-, 10 de junio de 2016 -recurso núm. 694/2014-, 20 de junio de 2016 -recurso núm. 428/2014-, 29 de junio de 2016 -recurso núm. 711/2014-, 8 de julio de 2016 -recurso núm. 531/2014-, 11 de julio de 2016 -recurso núm. 510/2014-, 14 de julio de 2016 -recurso núm. 555/2014-, 20 de julio de 2016 -recurso núm. 695/2014-, 21 de julio de 2016 -recurso núm. 648/2014-, 22 de julio de 2016 -recurso núm. 704/2014-, 26 de julio de 2016 -recurso núm. 782/2014-, 22 de septiembre de 2016 -recurso núm. 534/2014-, 29 de septiembre de 2016 -recurso núm. 523/2014-, 30 de septiembre de 2016 -recurso núm. 563/2014-, 6 de octubre de 2016 -recurso núm. 735/2014-, 14 de noviembre de 2016 -recursos núms. 531/2014, 545/2014 y 779/2014-, 16 de



noviembre de 2016 -recurso núm. 558/2014 -, 1 de diciembre de 2016 -recursos núms. 575/2014 y 579/2014 -, 5 de diciembre de 2016 -recurso núm. 759/2014 -, 12 de diciembre de 2016 -recurso núm. 777/2014 -, 14 de diciembre de 2016 -recurso núm. 557/2014 -, 19 de diciembre de 2016 -recursos núms. 573/2014 y 577/2014 -, 22 de diciembre de 2016 -recurso núm. 581/2014 -, 13 de enero de 2017 -recurso núm. 610/2014 -, 19 de junio de 2017 -recurso núm. 700/2014 - y 7 de julio de 2017 -recurso núm. 831/2014 - y a lo que en ellas se ha dicho nos ajustamos, sin perjuicio de reiterar algunos razonamientos expuestos en dichos precedentes, aunque, estrictamente, no se invoquen idénticos motivos en el presente recurso. En particular consideramos precedentes relevantes las sentencias de 19 de junio y 7 de julio de 2017 - recurso núms. 700/2014 y 831/2014 respectivamente-, la primera especialmente sobre parques eólicos, así como la sentencia de 16 de octubre de 2017 -recurso núm. 794/2014 - esta última en recurso interpuesto por la misma Asociación Eólica de Galicia contra el Real Decreto 413/2014.

CUARTO.- Consideración general.

Conviene empezar por afirmar que ni el Real Decreto 413/2014 -al que nos referiremos en la medida que resulte oportuno, sin perjuicio de que el mismo no se impugne expresamente en este recurso-, ni la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/1045/2014 que lo desarrolla, impugnada en este recurso, crean *ex novo* el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

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

En efecto, fue el Real Decreto-ley 9/2013, que modificó el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, el que introdujo los principios y las bases sobre las que se articula el nuevo régimen económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, posteriormente asumido por la Ley 24/2013.

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

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

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

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

Ahora bien, estas normas reglamentarias no introducen novedades en los elementos esenciales, ni puede entenderse que con ellas se defina un nuevo régimen jurídico desconocido o al menos imprevisible en su configuración final que no estuviese ya establecido en todos sus elementos básicos por las normas legales antes referidas. El cálculo de la retribución específica sobre parámetros estándar (costes de explotación y valor de la inversión) en función de las "instalaciones tipo" que se establezcan, o la proyección del nuevo



modelo retributivo desde el comienzo del funcionamiento de las instalaciones y a lo largo de toda "su vida útil regulatoria" -con el límite de no tener que devolver las retribuciones ya percibidas que superasen la rentabilidad razonable fijada para cada una de las instalaciones tipo-, entre otras cuestiones, ya se contenían en dichas normas legales, por lo que el nuevo régimen retributivo ahora impugnado ni se crea ni se define por vez primera por las normas ahora impugnadas.

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

QUINTO.- Sobre el principio de retroactividad.

Sobre la vulneración del principio de retroactividad, nos remitimos a los extensos razonamientos que se hacen en las numerosas sentencias antes citadas, al no cuestionarse en este recurso y habiendo reiterado esta Sala su posición de modo constante, siendo innecesario insistir ahora, con remisión, en todo caso, a la sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015, de fecha 17 de diciembre de 2015 .

Nos limitaremos únicamente a las siguientes consideraciones:

«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, como expondremos más adelante.

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

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

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



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

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

Finalmente tampoco puede considerarse que en el nuevo régimen retributivo pueda darse el caso de que algunas instalaciones tengan que devolver lo "cobrado de más".

Dicha hipótesis constituiría, sin duda, un supuesto de retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE , al afectar a "derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto", como señalan las SSTC 99/1987 , y otras muchas, entre ellas la STC 270/2015 de constante cita en este recurso, pero esa eventualidad invocada por la demanda no tiene cabida en el nuevo régimen retributivo, porque lo impide de forma expresa la disposición final tercera, apartado 4, de la Ley 24/2013 , que establece que «en ningún caso podrá resultar de dicho nuevo modelo retributivo la reclamación de las retribuciones percibidas por la energía producida con anterioridad al 14 de julio de 2013, incluso si se constatase que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad» (la rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación, a que se refiere el apartado 3 de la misma disposición final tercera de la Ley 24/2013)».

SEXTO .- Sobre la justificación de la Orden impugnada.

Viene a sostener la recurrente que no existe en el expediente una justificación de dichos parámetros. Entiende que tal falta de justificación determina que sean arbitrarios y que no permitan alcanzar la rentabilidad razonable prevista en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley del Sector Eléctrico.

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

El problema se centra, por tanto, en determinar si la Administración justificó los criterios y los parámetros utilizados basándose en datos objetivos.

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



procedentes del régimen retributivo específico de una instalación como consecuencia del número de horas equivalentes de funcionamiento de las misma (artículo 21). De modo que ya en el Real Decreto se contienen unos criterios generales en los que fundar los criterios técnicos y retributivos en los que debería basarse la Orden.

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

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

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

A tal efecto, resulta relevante el contenido del informe sobre la propuesta de la Orden, emitido el 3 de abril de 2014 por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia. En dicho informe, por lo que respecta a los criterios de clasificación de las diferentes instalaciones tipo, se afirma "que el criterio elegido para realizar la clasificación por instalaciones tipo ha sido, con carácter general, el distinguir tantas categorías como circunstancias normativas históricas hayan existido y años hayan transcurrido, pues en la nueva metodología retributiva es relevante la contabilización y descuento de flujos y costes habidos y previstos". Añadiendo que existe un "argumento de peso para haber seguido este criterio" consistente en "ofrecer un tratamiento que se ciña tanto como sea posible a la realidad económica, también dispar, que han vivido las instalaciones". Es más "los parámetros identificados para los ejercicios pasados en la fichas que para cada IT proporciona el anexo VII de la propuesta...responde al promedio calculado de datos históricos, correspondiente a las instalaciones reales que integran cada IT. Es decir, no se trata de estándares teóricos, cuyas características pudieran haberse inferido únicamente de documentación técnica o parámetros constructivos, sino de valores medios reales correspondientes a las instalaciones que integran cada IT". Y sin bien entiende que se producen situaciones puntuales anómalas concluye que "en definitiva, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas, la clasificación empleada es, pese a su complejidad, posiblemente la más objetiva y probablemente también la más robusta; arroja valores esperables cuando una IT engloba un volumen de instalaciones tal que permite alcanzar un grado de representatividad suficiente o bien, cuando aun agrupando un número reducido de instalaciones ..estas son muy parecidas entre sí". No cabe duda, por tanto, que los criterios clasificatorios tomados en consideración por la orden para establecer las diferentes instalaciones tipo están justificados en razones objetivas que son conocidas y, por lo tanto, contrastables permitiendo a la parte discutir la sujeción o no a tales criterios al tiempo de definir la instalación tipo en que su ubica su concreta instalación.

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

Por lo que respecta a los ratios de inversión estándar, en dicho informe se afirma que los reflejados en la propuesta se corresponden con los recopilados de instalaciones reales con motivo de la Circular 3/2005, de 13 de octubre, de la Comisión Nacional de la Energía, basada en la petición de información de inversiones, costes,



ingresos y otros parámetros de las instalaciones de producción de electricidad en régimen especial y que se reflejan en los diversos informes públicos que menciona, por lo que también en este punto es posible conocer los datos en los que se funda. Es más, el propio informe, tras efectuar un estudio comparado con los costes medios de inversión referidos a años concretos disponibles, concluye que "los resultados obtenidos de este análisis muestran que los valores de inversión que reconoce la Propuesta son, con carácter general, próximos o superiores en las IT#s consideradas a los datos disponibles en esta CNM", destacando algunas excepciones.

También resulta relevante a estos efectos analizar la información proporcionada por la memoria de impacto normativo de la Orden, en la que especifican los datos e informes tomados en consideración por tipos de tecnologías y el impacto económico por grupos de tecnologías. Es más, la memoria aclara, en respuesta a las cuestiones planteadas en el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a las alegaciones (más de 600) presentadas por empresas y asociaciones del sector y por las Comunidades Autónomas, las razones que le llevan a aceptar o rechazar las mismas, lo que, en definitiva, implica exteriorizar los criterios o razones tomadas en consideración para aceptar determinados elementos de cuantificación. Sirva como ejemplo el hecho de que dicha memoria afirme que «ha revisado, con carácter general los valores de inversión y el resto de los parámetros retributivos de las instalaciones tipo incluida en los anexos de la orden, especialmente aquellos posibles errores puestos de manifiesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y por los interesados en el trámite de audiencia. Además, se ha mejorado la justificación de determinadas hipótesis que se han considerado en el nuevo modelo retributivo (como la fijación del precio del mercado previsto a futuro).

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

La anterior conclusión conlleva igualmente la desestimación de las quejas relativa a la rentabilidad de las instalaciones y al concepto de empresa eficiente y bien gestionada. En cuanto a lo primero, porque es una consecuencia directa de la metodología empleada basada en valores medios, lo que puede originar, para ciertas categorías de instalaciones e instalaciones en concreto, en su caso, diferencias en cuanto a la rentabilidad media previstas en la Ley. Y en cuanto al concepto de empresa eficiente y bien gestionada porque no puede afirmarse que se trate de un concepto arbitrario o carente de sentido, sino que responde a una metodología que en si mismo no puede ser calificada de contrario a derecho, como ya se ha justificado.

En definitiva, la parte discrepa de la metodología empleada, pero la misma ha sido ya declarada conforme a derecho en las numerosas sentencias dictadas en los recursos dirigidos contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden que se impugna en este concreto recurso por las razones que se han explicitado en los fundamentos anteriores.

SÉPTIMO .- Sobre la vulneración del principio de legalidad.

También es útil recoger, como hemos dicho en alguno de los precedentes citados que:

«Por otra parte, ya se ha dicho reiteradamente (por todas, sentencias de 30 de mayo de 2017 -recurso núm. 678/2014 - y 16 de junio de 2017 -recurso núm. 681/14 -) cuando se alega que las normas reglamentarias impugnadas incurren en una extralimitación al tomar en consideración las horas de funcionamiento de una instalación, en los términos fijados en el artículo 21 del Real Decreto 413/2014 , para reducir o eliminar la retribución, y entiende que ello no responde a la estandarización exigida por el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico , redactado por el Real Decreto-ley 9/2013.

El artículo 13 del Real Decreto 413/2014 , establece en su apartado segundo que "A cada instalación tipo le corresponderá un conjunto de parámetros retributivos que se calcularán por referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, que concreten el régimen retributivo específico y permitan la aplicación del mismo a las instalaciones asociadas a dicha instalación tipo" y entre los parámetros retributivos más relevantes necesarios para la aplicación de dicho régimen retributivo específico menciona, el "umbral de horas de funcionamiento mínimo" y el "umbral de funcionamiento".

Para desarrollar este parámetro retributivo el artículo 21 del Real Decreto dispone que "Los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación cuyo número de horas equivalentes de funcionamiento en dicho año no supere el número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo de la instalación tipo correspondiente, serán reducidos según lo establecido en el presente artículo y serán nulos si no supera el umbral de funcionamiento", añadiendo el precepto más adelante que "En todo caso el umbral de funcionamiento será inferior al número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo".

En definitiva, el Real Decreto fija dos "umbrales" de los que depende los ingresos anuales del régimen retributivo específico de una instalación: El umbral de funcionamiento establecido para cada instalación tipo (umbral de



funcionamiento) y el umbral mínimo de horas equivalentes de funcionamiento (umbral mínimo). De modo que si el número de horas equivalentes de funcionamiento de la instalación es inferior al umbral de funcionamiento de la instalación tipo en un año el titular de la instalación perderá el derecho al régimen retributivo específico en ese año. Y si el número de horas equivalentes de funcionamiento anual de una instalación se sitúa entre el umbral de funcionamiento y el número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo de la instalación tipo en dicho año (umbral mínimo) se reducen proporcionalmente los ingresos anuales en base a una fórmula prevista en el citado precepto.

Es cierto que las normas con rango de ley antes citadas (artículo 30.4 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico , redactado por el Real Decreto-ley 9/2013, y artículo 14.7 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico) no contienen una referencia expresa a la existencia de un umbral de funcionamiento de las instalaciones tipo; pero ello no implica que este parámetro sea ajeno al nuevo régimen retributivo previsto en tales normas legales.

Mientras que el anterior régimen retributivo los productores de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos integrados en el llamado "régimen especial" percibían una retribución ligada a la cantidad de energía producida, la retribución consistía en la percepción de la llamada "tarifa regulada" que se dividía en dos partes: por un lado el precio de mercado de la electricidad y por otro la denominada "prima equivalente" que consistía en la diferencia entre el precio del mercado y la cantidad reconocida como tarifa regulada para cada tipo de instalación. El nuevo régimen diseñado en el Real Decreto-ley y la Ley 24/2013, al margen de las cantidades percibidas por la venta de energía valorada al precio de mercado, se establece una "retribución específica", pero ésta, a diferencia del anterior sistema, no se vincula a la energía producida sino a la unidad de potencia instalada que comprenda los costes de inversión y los costes de explotación de una instalación tipo que permita a estas tecnologías competir en nivel de igualdad con el resto de las tecnologías en el mercado. Y es importante destacar que el artículo 30.4 de la Ley del Sector eléctrico , en su nueva redacción, establece los parámetros determinantes de la retribución específica lo serán por referencia "a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada".

En este contexto normativo, la fijación de un número determinado de horas de funcionamiento para la instalación, de cuyo cumplimiento dependa la percepción de la totalidad o parte de los ingresos procedentes del régimen retributivo específico, es conforme con este sistema, ya que de otra manera se estaría percibiendo una retribución prescindiendo del funcionamiento efectivo de la misma. Pero lo que es más importante, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, esta previsión reglamentaria se encuentra implícita en la ley (artículo 30.4 de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico en la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013) que vincula el cálculo de esta retribución específica a la actividad realizada por "una empresa eficiente y bien gestionada". Este concepto exige, entre otras cosas, que la empresa desarrolle de forma eficiente la actividad por la que recibe la retribución específica, lo que supone un funcionamiento efectivo de dicha instalación en su actividad de producción de energía eléctrica durante un número mínimo de horas de funcionamiento. Así, la fijación de un umbral de funcionamiento debe ponerse en relación con la necesidad de ponderar la mayor o menor eficiencia de la instalación.

Por otra parte, la fijación de este umbral de funcionamiento, en cuanto vinculado con la producción de energía renovable, es conforme con los objetivos marcados por la Directiva 2009/28/CE, que en su artículo 3.3 exige alcanzar una cuota de un 20% como mínimo en la producción de energía procedente de fuentes renovables.

Tampoco puede entenderse que estos umbrales sean ajenos a la fijación de unos parámetros estándar, pues tal y como afirma la Memoria de Análisis de Impacto Normativo de la Orden IET/1045/2014, "para el cálculo de las horas de funcionamiento de cada instalación tipo se han tomado como base las horas anuales reales que han realizado las instalaciones, según los datos publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para cada instalación tipo" y que "partiendo de esos valores, se han establecido consecuentemente el número de horas de funcionamiento mínimo, el umbral de funcionamiento y el número de horas de funcionamiento máximas a efectos de percepción de la retribución a la operación". De modo que el umbral se fija sobre la base de datos reales e históricos de funcionamiento de cada instalación tipo, esto es, en relación a concretas instalaciones integradas en cada instalación tipo».

OCTAVO.- Los informes del IDAE.

Por lo demás, y a pesar de los esfuerzos argumentativos de la recurrente, la Sala ha de ajustarse a lo que reiteradamente viene diciendo y remitirnos a los informes aportados por la Abogacía del Estado elaborados por el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) en junio de 2015 sobre "Introducción y metodología general utilizada para la definición de instalaciones tipo de la Orden IET/1045/2014", de 7 de junio, y "Metodología para la definición de instalaciones tipo de la Orden IET/1045/2014" (Área Eólica), de 17 de junio, aquel general y éste específico de la tecnología propia de las instalaciones de la parte recurrente,



que reflejan los trabajos de asistencia técnica, apoyo y colaboración que les fueron requeridos en su día por la Secretaría de Estado de Energía con carácter previo a la aprobación de la Orden IET/1045/2014, en los que se explican de forma detallada los criterios, la metodología y las principales hipótesis utilizada por la Administración para la definición y caracterización de las diferentes instalaciones tipo definidas en el ámbito de la Ley del Sector Eléctrico y en su normativa de desarrollo, así como los datos y documentos utilizados por la Administración para la caracterización y definición de los parámetros técnicos y económicos de las instalaciones tipo definidas en el ámbito de la Ley del Sector Eléctrico y en su normativa de desarrollo. Dichos informes reseñan la colaboración del IDAE en la elaboración de la norma cuestionada, como recoge su "nota de cierre". Y sin que su aportación con el escrito de conclusiones, teniendo en cuenta su fecha y la oportunidad de pronunciarse sobre los mismos en el trámite al efecto conferido, cause indefensión alguna a la recurrente.

Así, el IDAE encargó la realización de sendos informes a las entidades privadas Roland Berger Strategy Consultants S.A. y The Boston Consulting Group S.L., para que valoraran y establecieran los estándares de costes de inversión y operación de las tecnologías de generación de electricidad que operaban en régimen especial en España, con la finalidad de que proporcionara los datos que servirían para fijar los parámetros retributivos de las instalaciones tipo que se adoptarían por la Orden impugnada. El informe de la empresa Boston Consulting no llegó a elaborarse y el informe de la empresa Roland Berger es de fecha posterior (31 de octubre de 2014) a la aprobación de la Orden, por lo que los datos e información aportados por dicho informe no pudieron ser tomados en consideración para elaborar la Orden impugnada, lo que podría interpretarse como la ausencia de justificación técnica de los parámetros utilizados por la Orden impugnada al fijar las variables principales (coste estándar de la inversión y coste estándar de los costes de explotación entre otro) de las diferentes instalaciones tipo.

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

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

Ya nos hemos referido a esta cuestión en el Fundamento de Derecho Sexto.

NOVENO.- Sobre el principio de igualdad en las instalaciones eólicas.

Pues bien, ya en la sentencia de 12 de julio de 2016 -recurso núm 456/2014 - también a instancia de una asociación eólica, dijimos:

«Alega también la Asociación recurrente la vulneración del artículo 14.7.b) de la Ley del Sector Eléctrico , pues, en su tesis «no es dable a las instalaciones eólicas, que se ven privadas de la retribución a la inversión, o de retribución específica, competir en nivel de igualdad con el resto de tecnologías y obtener una rentabilidad razonable».

Alegación que tampoco puede ser acogida. La demanda no llega a concretar cuáles son esas medidas regulatorias del RD 413/2014, que causan la discriminación de las tecnologías eólicas respecto de las de otras tecnologías, ni las medidas que ocasionan la discriminación de las instalaciones eólicas o hidráulicas respecto de las demás instalaciones de producción de energía a partir de fuentes renovables.

Frente a las genéricas alegaciones de infracción de los principios de igualdad y no discriminación, basta señalar que es doctrina reiterada de esta Sala, recogida -entre otras- en sentencias de 30 de marzo de 2012 (recurso 432/2010), de 12 de abril de 2012 (recurso 40/2011) y 12 de diciembre de 2014 , (recurso 5511/2011), que cada tecnología de producción de energía eléctrica, tanto las convencionales como las que utilizan fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, tiene su especificidad propia, pues cada una presenta sus propios rasgos, tecnológicos y económicos, por lo que un tratamiento diferenciado de una de ellas no supone, por si mismo, un trato discriminatorio.



Y en lo que se refiere a la obligación de sufragar los costes del servicio de interrumpibilidad, cabe recordar, lo indicado por el Abogado del Estado que la previsión que en tal sentido fue incorporada al artículo 13 de la Orden IET 2013/2013 por la Orden IET 3446/2014 nunca llegó a tener aplicación efectiva, siendo finalmente derogada por la Orden IET 2444/2014, de 19 de diciembre».

También se ha rechazado la infracción del principio de igualdad respecto a las empresas eólicas en sentencias de 13 de julio de 2016 -recurso núm. 790/2014 - y 20 de febrero de 2017 -recurso núm. 738/2014 -.

DÉCIMO.- Sobre la indefensión invocada.

Finalmente, ninguna indefensión ha ocasionado a la recurrente que el expediente estuviera ... incompleto, lo que invocó en su momento como cuestión previa. El expediente se ha ampliado en distintas ocasiones, y se ha practicado abundante prueba consistente en los documentos solicitados al IDAE, a Boston Consulting Group S.L., a Roland Berger Strategy Consultants S.A. y testificales de los representantes legales de estas dos sociedades.

DECIMOPRIMERO.- Sobre el laudo arbitral internacional.

En nuestras sentencias de 21 de junio de 2017 -recurso núm. 676/2014 - y 7 de julio de 2017 -recurso núm. 726/2014 -, entre otras, hemos indicado, en relación con el laudo arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) de 4 de mayo de 2017, elaborado en el marco del procedimiento de arbitraje entre Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.I. contra el Reino de España (Cso CIADI No. ARB/13/36), que:

«En último término, cabe referir que no consideramos aplicable para la resolución de este proceso contencioso-administrativo, el documento aportado por la parte demandante con el amparo del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo al Laudo dictado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativa a inversiones en el Caso CIADI No. ARB/13/36, de 4 de mayo de 2017, en el marco del procedimiento de arbitraje entre EISER INFRASTRUCTURE LIMITED Y ENERGIA SOLAR LUXEMBOURG S.À R.I. y el Reino de España.

Aunque estimamos que no constituye obstáculo para pronunciarse sobre la eficacia del mencionado Laudo arbitral, el hecho de que no se haya alegado en este proceso la infracción de la Carta de la Energía, entendemos que carece de relevancia para fundamentar la pretensión de invalidez de las disposiciones impugnadas del Real Decreto 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014, pues, aún advirtiendo que dicho laudo resulta contradictorio con lo resuelto en otros laudos arbitrales, dotarle de eficacia jurídica erga omnes implicaría que esta Sala jurisdiccional se apartaría en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de su deber de sometimiento únicamente al imperio de la ley.

Ello comportaría, además, que, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, inaplicáramos las sentencias del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016 y 30/2016, de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo, que confirman la constitucionalidad del régimen retributivo de la actividad de generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables establecido en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, que da cobertura al desarrollo regulatorio cuestionado, así como que ignorásemos nuestra propia doctrina jurisprudencial, violando el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho».

DECIMOSEGUNDO.- Conclusión y costas.

De acuerdo con las consideraciones expresadas en los anteriores fundamentos de derecho, procede desestimar el recurso entablado por la asociación actora 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.

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

FALLO

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

Primero.-Rechazar la causa de inadmisibilidad del recurso planteada por la Administración demandada.

Segundo .- Desestimar el recurso contencioso-administrativo núm. **855/2014** interpuesto por **EGA-ASOCIACIÓN EÓLICA DE GALICIA**, contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por el que se regula la



actividad de producción de energía eléctrica y se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones, a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Tercero.- Sin expresa imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

Angel Ramon Arozamena Laso

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 855/2014), AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a ISABEL PERELLÓ DOMENECH.

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

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

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

PRIMERO.- Centrándome entonces en el aspecto señalado en el apartado A/, considero, 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 v social que tendrá la futura regulación el IDAE ha sido expresamente requerido por la Secretaría de Estado de Energía de ese Ministerio entre otras cuestiones, para la urgente realización de las trámites necesarios para la contratación (...) de un estudio que valore v establezca los estándares de costes de inversión e operación de las tecnologías de generación de electricidad que operan en régimen especial en España. Y es en ese contexto en el que se inscribe el servicio cuyas condiciones técnicas se describen en este pliego". En cuanto al objeto y alcance del estudio cuya realización se externaliza, el mismo Pliego de Condiciones señala lo siguiente:

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

El encargo de tales informes se formalizó mediante contrato suscrito en virtud de resolución del Director General del IDAE de 28 de noviembre de 2013 (expediente de contratación con referencia nº 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 formulado objeciones en algunos aspectos- al proyecto de Orden, pero tal informe de ningún modo constituye, ni lo pretende, la justificación técnica de los valores estándar y parámetros que en la Orden se fijan.

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

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

Todo ello 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 IDEA en fechas muy posteriores al Real Decreto y la Orden que aquí se examinan, constituyen en realidad un intento de justificar *a posteriori* los valores y parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014. Pero de acuerdo con la jurisprudencia es claro que no cabe atribuir a esos documentos ninguna virtualidad o eficacia sanadora del defecto señalado, pues, como señala la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2016 (recurso contencioso-administrativo 179/2014, F.Jº 3º) << (...) *la motivación de una disposición administrativa como la impugnada debe proporcionarla la propia disposición, por sí misma o por su referencia al expediente administrativo tramitado al efecto, sin que impida o subsane la infracción del principio de transparencia del artículo 15 de la Ley 54/1997, que hemos apreciado, la posterior explicación o justificación del acto dada por la Administración o por su representante en vía de recurso*>> .



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

Además, la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, debería haber sido declarada nula por incurrir en retroactividad ilícita y en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, en cuanto la regulación que en ella se contiene se proyecta retrospectivamente sobre la actividad que las instalaciones preexistentes habían desarrollado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio. Pero, como indiqué al comienzo, el desarrollo argumental de este segundo aspecto de mi discrepancia con la mayoría de la Sala corresponderá hacerlo con ocasión de sentencias en las que se aborden las cuestiones relativas a la retroactividad de la Orden y a la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

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

Eduardo Calvo Rojas ISABEL PERELLÓ DOMENECH

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

FONDO DOCUMENTAL CINCO