



Roj: **STS 2862/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2862**

Id Cendoj: **28079130032016100231**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/06/2016**

Nº de Recurso: **495/2014**

Nº de Resolución: **1464/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de junio de 2016

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo nº 495/2014 interpuesto por las entidades BARNASINTEX, S.L. y VILA DOSTA FINQUES I GESTIONS, S.L. representadas por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, 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. Se ha personado en las actuaciones como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de las entidades Barnasintex, S.L. y Vila Dosta Finques i Gestions, S.L. interpuso recurso contencioso-administrativo 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.

Admitido el recurso y previos los oportunos trámites la parte actora formalizó su demanda mediante escrito presentado el 1 de abril de 2015 en el que, tras exponer los antecedentes del caso y los fundamentos jurídicos de su impugnación, termina solicitando que, previo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se dicte sentencia declarando la nulidad de los artículos 11 a 26 , disposiciones adicionales segunda y tercera y disposición transitoria octava del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio , y declarando la nulidad de los artículos 2, 3, 4, 5 7 y 8 y anexos de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio; así como el reconocimiento de la situación jurídica individualizada consistente en:

1) El derecho a no tener que devolver ninguna de las cantidades percibidas desde el 14 de julio de 2014 y hasta la entrada en vigor del Real Decreto y de la Orden impugnados, esto es, que los abonos percibidos con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2013 se consideren definitivos y, en consecuencia, el derecho a la devolución de las liquidaciones efectuadas por la CNMC, durante el período transitorio que va desde el 14 de julio de 2013 hasta el 31 de mayo de 2014, más el interés legal correspondiente, así como el derecho a la devolución de las liquidaciones posteriores que se realicen, más el interés legal correspondiente, y el derecho a percibir los importes que no se han llegado a cobrar durante el periodo transitorio por el efecto del coeficiente de cobertura, más el interés legal correspondiente. Subsidiariamente, declare el derecho de mis



mandantes a no devolver lo percibido entre el 14 de julio de 2013 y el 28 de diciembre de 2013, que es la fecha de entrada en vigor de la Ley 24/2013.

2) El derecho a percibir una indemnización equivalente a la minoración de los ingresos netos de cada una de las instalaciones desde la entrada en vigor Real Decreto 413/2014 y a cuantificar en ejecución de Sentencia, más el interés legal correspondiente.

Subsidiariamente, que se estime el recurso y se declare la nulidad de los artículos 11 a 26 y de las disposiciones adicional segunda, transitoria octava y final tercera del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la nulidad de los artículos 2, 3, 4, 5 7 y 8 y anexos de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio; así como el reconocimiento de la situación jurídica individualizada en los términos (apartados 1/ y 2/) antes señalados.

SEGUNDO.- La Administración del Estado contestó mediante escrito presentado el 18 de mayo de 2015 en el que se opone a los argumentos de impugnación aducidos en la demanda y termina solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo con imposición de las costas a la parte actora.

TERCERO.- Por auto de 3 de junio de 2015 fue acordado el recibimiento a prueba, admitiéndose la prueba documental propuesta, teniéndose por reproducida la documentación obrante en el expediente administrativo y la aportada con la demanda, así como la prueba pericial. Esta última se concretó en el informe técnico emitido por el ingeniero industrial D. Gonzalo, que lo ratificó ante esta Sala mediante comparecencia celebrada el 17 de junio de 2015 que ha quedado documentada en acta de esa fecha y en el correspondiente soporte digital (CD) que obran en las actuaciones.

CUARTO.- La parte actora y la Administración demandada formularon sus conclusiones mediante escritos presentados los días 8 y 15 de octubre de 2015 respectivamente.

QUINTO.- Mediante auto de esta Sala de 17 de julio de 2015 se denegó la suspensión del procedimiento que había solicitado el representante procesal de la Administración demandada aduciendo que la Comisión Europea había iniciado un procedimiento de examen preliminar de ayudas de Estado previsto en el artículo 108 TFUE (anterior artículo 88 TCE) respecto del régimen retributivo regulado en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio.

SEXTO.- Con fecha 11 de marzo de 2016 esta Sala dictó providencia en la que se acuerda conferir a las partes un plazo común de diez días para que formulen alegaciones acerca de la incidencia que pueda tener sobre las cuestiones suscitadas en este proceso la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 19 de 22 de enero de 2016>>.

Este trámite de alegaciones se cumplimentó mediante escritos presentados los días 30 de marzo de 2015 -parte actora- y 17 de marzo de 2015 -la Administración demandada-.

SÉPTIMO.- Practicado lo anterior, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 14 de junio de 2016, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruz, en sustitución del ponente primeramente designado, Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas, que formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Sobre el objeto y el planteamiento del recurso contencioso-administrativo.

El recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos se interpone por la representación procesal de las entidades mercantiles Barnasintex, S.L. y Vila Dosta Finques i Gestions, S.L. 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.

En el antecedente primero hemos visto las pretensiones anulatorias y de reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas que formulan la parte actora. Pues bien, para fundamentar tales pretensiones la representación de las demandantes aduce, dicho ahora en forma resumida, los siguientes argumentos de impugnación:

1. Nulidad del Real Decreto Real Decreto 413/2014 la Orden IET/1045/2014 por cuanto ambas disposiciones sirven de desarrollo al Real Decreto-ley 9/2013 siendo así que éste vulnera el artículo 86.1 de la Constitución al no existir razones de extraordinaria y urgente necesidad que justificasen el uso de la vía del Real Decreto-ley.



2. Nulidad del Real Decreto 413/2014 la Orden IET/1045/2014 porque la Ley 24/2013 a la que sirven de desarrollo contiene determinaciones -se cita el artículo 11.7 de la Ley 24/2013 pero sin duda la parte actora quiere referirse al artículo 14.4 de dicha Ley - que infringen el principio de reserva de ley del artículo 53.1 de la Constitución (la parte actora pide el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en este punto).
3. Nulidad del Real Decreto Real Decreto 413/2014 la Orden IET/1045/2014 porque el Real Decreto-ley 9/2013 vulnera el artículo 9.3 de la Constitución en cuanto incurre en retroactividad propia y vulneración del principio de seguridad jurídica (también se pide el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en este punto).
4. Nulidad del Real Decreto Real Decreto 413/2014 la Orden IET/1045/2014 porque el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013 contienen determinaciones -se citan el artículo 1, apartado 2, y la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 9/2013 y el artículo 14 y la disposición adicional tercera de la Ley 24/2013 - que infringen el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución (la parte actora pide el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en este punto).
5. Nulidad del Real Decreto Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 porque las normas con rango legal a las que sirven de desarrollo -Real Decreto-ley 9/2013 y Ley 24/2013- son contrarias Directiva 2009/28/CE, del Parlamento y del Consejo de 23 de abril de 2009. Se pide en la demanda el planteamiento de cuestión prejudicial ante el ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
6. Subsidiariamente, se pide que se declare la nulidad del Real Decreto Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 por incurrir ambas disposiciones reglamentarias en retroactividad propia.
7. Nulidad del Real Decreto Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 por vulneración del derecho de audiencia en su tramitación y del principio de interdicción de la arbitrariedad, dada la inexistencia de estudios o informes que sirvan de justificación técnica a la Orden IET/1045/2014.
8. Nulidad del Real Decreto Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 por vulneración del principio de igualdad, dado que ambas disposiciones imponen una estandarización que implica una discriminación inaceptable.
9. Nulidad del Real Decreto Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 por vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.
10. Nulidad del Real Decreto Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 por vulnerar el artículo 14.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, y el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, en lo que se refiere a la exigencia de una regulación basada en criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios que incentiven la mejora de la eficacia de la gestión económica y técnica y la calidad del suministro eléctrico.
11. Argumentación en favor de las pretensiones indemnizatorias.

A continuación examinaremos estos motivos de impugnación que acabamos de reseñar; aunque por razones de sistemática lo haremos alterando el orden en que han sido formulados.

Por lo demás, buena parte de las cuestiones que suscita la parte demandante coincide en lo sustancial con las planteadas por distintos recurrentes en otros procesos seguidos ante esta misma Sala, por lo que les daremos respuesta reiterando aquí consideraciones que hemos expuesto en sentencias dictadas con fecha 1 de enero de 2016 en los recursos 564/2014, 650/2015, 651/2014, 654/2014 y 787/2014, en los que se impugnan las mismas disposiciones.

SEGUNDO.-Sobre el marco jurídico en que se insertan el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio.

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

El nuevo régimen retributivo, que deroga el previsto en el 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. Y así se encargó de destacarlo la STC 270/2015, afirmando que fue el Real Decreto Ley 9/2013 el que "viene a establecer un nuevo régimen retributivo para determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica" posteriormente asumido por la Ley 24/2013.

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

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

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

Es cierto que este nuevo sistema retributivo requería el necesario desarrollo reglamentario que, respetando las bases y directrices fundamentales fijadas en dichas normas legales, completase el régimen jurídico para la aplicación efectiva a cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica. A tal efecto, la Disposición Final Segunda del 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.

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

En definitiva, la modificación del régimen retributivo primado establecido por el Real Decreto 661/2007, no es obra de las disposiciones generales que se impugnan en este recurso, el Real Decreto 413/2014 y 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.

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

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



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

TERCERO.- Sobre la vulneración del artículo 86.1 de la Constitución española .

En cuanto a la vulneración que se alega del artículo 86.1 de la Constitución , por la utilización indebida -según las demandantes- de la vía del Real Decreto-ley para la aprobación de la reforma introducida por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, debemos estar a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en las citadas SsTC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015 , y 61/2016, de 17 de marzo de 2016 .

La segunda de estas sentencias - STC 61/2016 - declara en su fundamento jurídico 3/, reiterando lo razonado en el fundamento 5/ de la SsTC 270/2015 , lo siguiente:

«[...] 3. Entrando pues en el examen de fondo, procede examinar en primer término la tacha de inconstitucionalidad relativa a la vulneración del art. 86.1 CE, que se fundamenta en la ausencia del presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad», por considerar que la regulación impugnada carece de eficacia inmediata y constituye una modificación estructural del régimen retributivo, en modo alguno indispensable para atender a la situación de urgencia que se pretende subvenir.

El cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 86.1 CE , fue objeto de examen pormenorizado en el fundamento jurídico 5 de la STC 270/2015 , entendiéndose que «las razones que motivaron la aprobación de esta norma de urgencia derivan de la evolución expansiva de los costes del sistema eléctrico, unida a las consecuencias de la crisis económica y a la necesidad de cumplimiento de los objetivos de déficit para el año 2014, que determinan la necesidad de adopción de una serie de medidas dirigidas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, mediante una revisión de su marco regulatorio. Es pues, la situación de crisis económica que ha repercutido en una caída imprevista de la demanda de energía eléctrica, junto con el incremento general de costes, que ha provocado un aumento imprevisto del déficit tarifario, lo que justifica la adopción de las medidas contempladas en la norma que se examina».

En relación con la justificación específica de las medidas adoptadas, consideramos que «el argumento que sustenta las modificaciones introducidas viene a ser coincidente con el de carácter general, si bien se singulariza en el hecho de que, entre las partidas de costes que han contribuido en mayor medida al incremento del déficit tarifario destacan las primas del régimen especial y las anualidades de déficits acumulados, partidas que se han multiplicado por seis y por nueve respectivamente entre 2004 y 2012. En concreto, en el período 2013 se alude a la concurrencia de unas condiciones meteorológicas atípicas que han ocasionado, por un lado el hundimiento del precio del mercado diario hasta un nivel mínimo, y el incremento de las horas de funcionamiento de determinadas tecnologías con derecho a régimen económico primado, lo que ha determinado una notable desviación al alza del sobrecoste del régimen especial, como consecuencia de los menores precios de mercado registrados; a ello se añade que la difícil situación presupuestaria no permite dotar, en su totalidad, este extracoste, sin comprometer el cumplimiento de los objetivos de déficit para el ejercicio 2014. Sobre esta base, el nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, se basa en la percepción de los ingresos derivados de la participación en el mercado, con una retribución específica que permita la cobertura de los costes adicionales de estas instalaciones respecto de las del resto de tecnologías en el mercado, y les permita competir en el mercado en nivel de igualdad con el resto de las tecnologías y obtener una rentabilidad razonable».

Por lo que respecta a la conexión de sentido, dijimos que «las medidas propuestas, en cuanto persiguen precisamente un ajuste de los costes en el sector eléctrico, guardan la necesaria conexión entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad descrita, y las medidas adoptadas para hacerle frente. Además, las medidas previstas modifican de modo inmediato la situación jurídica existente, en cuanto que el nuevo sistema retributivo que la norma inicia, si bien requiere el necesario desarrollo reglamentario, es aplicable desde el momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013. Efectivamente, éste establece la aplicación transitoria del régimen retributivo anterior, ahora con el carácter de pagos a cuenta, que se liquidarán definitivamente en el momento en que se apruebe el aludido desarrollo reglamentario».

Procede, por tanto, desestimar el recurso en este punto».

CUARTO.- Sobre la vulneración del principio de audiencia.

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 9/2013 (disposición adicional 2^a) 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 SsTC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, y 61/2016, de 17 de marzo de 2016.

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 25 y siguientes de la citada Memoria).

QUINTO.- Sobre la vulneración del principio de reserva de ley.

En cuanto a la vulneración que se alega del principio de reserva de ley (artículo 53.1 en relación con el artículo 38, ambos de la Constitución), aunque la parte demandante reprocha tal vulneración al artículo 11.7 de la Ley 24/2013 sin duda quiere referirse al artículo 14.7 de dicha Ley , que es el precepto donde se contempla que "(...) *el Gobierno podrá establecer un régimen retributivo específico...* "; previsión legal que considera contraria al citado principio de reserva de ley por cuanto supone -según la parte actora- una deslegalización material del régimen retributivo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Ello determinaría, según la parte actora, que una vez declarada la inconstitucionalidad del precepto legal -para lo que propugna el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad- deberíamos declarar nulos los artículos 11 a 26 del Real Decreto 423/2014 , que es donde se regula el régimen retributivo específico, así como los artículo 1 a 8 de la Orden IET/1045/2014 y anexos, donde se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo.

Aunque la parte actora no lo señala, la previsión del citado artículo 14.7 de la Ley 24/2013 se complementa con lo establecido en la disposición final segunda del Real Decreto Ley 9/2013 y la disposición final tercera de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico , que son los preceptos donde de forma expresa se confiere habilitación en favor de un desarrollo reglamentario mediante Real Decreto para regular esta materia; lo que luego se materializó en el Real Decreto 423/2014.

Ya hemos señalado que el nuevo régimen retributivo, que deroga el previsto en el Real Decreto 661/2007, fue 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. Este régimen, que fue asumido y completado por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, 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*".

Este nuevo sistema retributivo requería el necesario desarrollo reglamentario y a tal efecto la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013 y la disposición final tercera de la Ley 24/2013 encomendaban



al Gobierno la aprobación de un Real Decreto que desarrollase ese régimen jurídico y económico; lo que finalmente se produjo a través del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, cuya regulación se concretó en los aspectos más técnicos y de detalle por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio.

Las remisiones legales a normas reglamentarias se admiten en nuestro ordenamiento jurídico como complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, estableciéndose límites en las materias reservadas a la ley cuando mediante las cláusulas de remisión se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.

La STC 233/2015 (FJ 3 a) recuerda que " *la reserva de ley no impide que las leyes 'contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador'* (SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4 ; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 14 , y 18/2011, de 3 de marzo , FJ 9) ".

En el caso que nos ocupa no puede entenderse, como pretende la demandante, que se haya producido una remisión "en blanco", pues los elementos esenciales de este nuevo régimen jurídico 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). Y 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.

SEXO.-Sobre la vulneración del principio de irretroactividad.

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

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

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

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

Tales alegaciones no pueden prosperar.

El Real Decreto-ley 9/2013 acometió la revisión del marco regulatorio del sistema eléctrico con diversas disposiciones, entre las que se encontraba la modificación del artículo 30.4 de la Ley 54/1997 que establece el



nuevo régimen retributivo de las hasta entonces denominadas instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, sustituyendo la percepción de una prima por una retribución específica, cuyos principios deja determinados, con habilitación al Gobierno para su desarrollo reglamentario. El Decreto-ley 9/2013, que fue publicado en el BOE el 13 de julio de 2013, entró en vigor, de acuerdo con su Disposición final décima , al día siguiente al de su publicación.

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

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

Por otra parte, los criterios recogidos en la sentencia de esta Sala de 25 de septiembre de 2012 (recurso 71/2011), que reproduce el contenido de sentencias anteriores de 12 de abril y 19 y 26 de junio de ese mismo año (recursos 40/2011 , 62/2011 y 566/2010), interpuestos contra el Real Decreto 1565/2010, nos llevan a estimar que el Real Decreto 413/2014 ahora impugnado no incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución , pues carece de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, en el sentido de que no anula, ni modifica ni revisa las retribuciones pasadas, percibidas por los titulares de instalaciones de energía renovables bajo la vigencia del régimen del Real Decreto 661/2007, sino que el Real Decreto impugnado proyecta sus efectos a partir de la entrada en vigor del nuevo régimen retributivo, instaurado por el Real Decreto-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, como expondremos más adelante.

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

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



Se argumenta también que el Real Decreto impugnado atribuye a la retribución cobrada en el pasado la condición de entregas a cuenta y abre la posibilidad de devolución de la retribución previamente obtenida, afirmación que tampoco es posible compartir por esta Sala.

El nuevo régimen retributivo establecido por el Real Decreto-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 Real Decreto-ley 9/2013 previó la aplicación con carácter transitorio de los derogados Real Decreto 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 Real Decreto 413/204 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 Real Decreto-ley 9/2013, que está limitado exclusivamente a ese periodo intermedio entre la entrada en vigor del Real Decreto-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 Real Decreto 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 de la Constitución, como deja claro la STC 270/2015, que señala sobre esta cuestión que el Real Decreto-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 Real Decreto-ley, sin perjuicio de que la cuantificación precisa de su retribución no se produzca hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente "y sin que dicha sujeción conlleve una afectación desfavorable de los derechos adquiridos desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas."

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

Dicha hipótesis constituiría, sin duda, un supuesto de retroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución, 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 constatare 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).

SÉPTIMO.- Sobre la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

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

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



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

Pues bien, establecido por el Tribunal Constitucional que el nuevo régimen retributivo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables instaurado por el Real Decreto-ley 9/2013 no vulnera los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima, debe resaltarse que, aunque este recurso se dirige contra las normas de desarrollo -Real Decreto 413/2014 y Orden IET/1045/2014- el escrito de demanda guarda silencio sobre la forma en que estas normas reglamentarias vulneran los citados principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima, limitándose a referir las vulneraciones a la "revocación" del régimen retributivo anterior y su sustitución por uno nuevo, con olvido de que, como hemos repetido, ese cambio normativo no es obra de las normas reglamentarias impugnadas en este recurso sino de las disposiciones con rango legal a las que sirven de desarrollo.

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

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

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

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

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

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

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

Tampoco estimamos que el ordenamiento vigente en aquel momento pudiera considerarse -por sí mismo- un signo externo concluyente bastante para generar en la parte recurrente la confianza legítima, esto es, la creencia racional y fundada, de que el régimen retributivo de la energía eléctrica que producía no podía



resultar alterado en el futuro, pues ninguna disposición del Real Decreto 661/2007, al que estaban acogidas sus instalaciones, garantizaba que la tarifa regulada fuera inmodificable.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

OCTAVO.- Sobre la vulneración del principio de igualdad.

La demandante alega la nulidad del Real Decreto 413/2014 la Orden IET/1045/2014, aduciendo que sus determinaciones, bien por sí mismas o como consecuencia de los preceptos del Real Decreto-ley 9/2013 (artículo 1, apartado 2, y disposición adicional segunda) y de la Ley 24/2013 (disposición adicional tercera) a los que aquellas normas reglamentarias sirven de desarrollo, imponen una estandarización que implica una discriminación inaceptable vulneradora del principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución.

La vulneración del principio de igualdad vendría dada -según la demandante- por tratar lo norma de igual manera a inversores que se encuentran en situación diferente. Pues bien, frente a lo que afirma la parte actora, lo cierto es que para clasificar las diferentes instalaciones tipo se han tomado en consideración, para agruparlas con criterios homogéneos, la tecnología propia así como la potencia instalada, la antigüedad y otras características de las instalaciones; y al fijar los costes de inversión, según hemos explicado, se han utilizado los costes medios de inversión referidos a años anteriores, resultando de la comparativa histórica realizada que los valores de inversión fijados por la Orden son, con carácter general, próximos o superiores en las instalaciones tipo consideradas a los datos disponibles en la CNMC. De modo que para la determinación de los diferentes parámetros retributivos se ha atendido también, como uno de los factores relevantes, a la normativa a la que estaban sometidas dichas instalaciones y los costes de inversión históricos disponibles.



Lo que en realidad cuestiona el recurrente es la propia concepción global del sistema retributivo instaurado y su aplicación retroactiva a las instalaciones existentes, así como el que no se haya tomado en consideración los costes de inversión y de operación reales de cada una de las instalaciones, optándose por fijar unos valores estándar que se han aplicado no solo a las instalaciones futuras sino también a las que ya existían; lo que remite, en definitiva, a las consideraciones que hemos expuesto en apartados anteriores, y, en particular, al reproche de retroactividad que ya hemos examinado.

NOVENO.- Sobre la vulneración del Derecho de la Unión Europea.

Se plantea también en la demanda la nulidad del Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, aduciendo la demandante que las normas con rango legal a las que tales disposiciones reglamentarias sirven de desarrollo -Real Decreto-ley 9/2013 y Ley 24/2013- son contrarias Directiva 2009/28/CE, del Parlamento 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 (se pide en la demanda el planteamiento de cuestión prejudicial ante el ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

La pretendida vulneración del Derecho comunitario se plantea aduciendo que el nuevo régimen retributivo se aparta del mandato contenido en la citada Directiva, que impone el fomento y estímulo de las energías procedentes de fuentes renovables.

Procede ante todo destacar que el hecho de que las últimas modificaciones legales, y muy especialmente la contenida en el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, persigan introducir medidas para corregir los desajustes entre los costes del sector eléctrico y los ingresos obtenidos a partir de los precios regulados, no es contrario sino que coadyuva a la finalidad de garantizar un sistema que permita el fomento de estas tecnológicas con un régimen primado y a la sostenibilidad económica del sistema eléctrico.

En el planteamiento de la demandante subyace la idea -que no compartimos- de que la finalidad de fomento de las energías renovables es incompatible con que se pueda tomar en consideración cualquier otro factor o circunstancia, cuando es lo cierto que el legislador de un Estado miembro de la Unión Europea puede considerar otros factores que traten de garantizar la sostenibilidad y eficiencia del sistema energético en su conjunto y asegurar el acceso de los consumidores y usuarios al suministro eléctrico a precios equitativos y asequibles, aunque ello determine reducir o limitar los beneficios concedidos para el desarrollo industrial y empresarial de dichas clases de tecnologías.

En las sentencias de esta Sala de 1 de junio de 2016 (recursos contencioso-administrativos 650/2014 y 651/2014) hemos reseñado la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, sobre la finalidad legítima de las medidas de ajuste del sector energético establecidas en el Real Decreto-ley 9/2013 aunque su aplicación suponga una reducción de los ingresos que se percibirían conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 661/2007; y ello a partir de la consideración de que « *los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a velar por el fomento de las energías renovables garantizando el acceso de la energía generada a la red, gozando de un amplio margen de apreciación para configurar el alcance de las medidas, instrumentos y mecanismos incentivadores de estas fuentes de energía, y establecer los sistemas de apoyo que estime coherentes con la sostenibilidad y eficiencia del sector eléctrico, con el fin de cumplir dichos objetivos* ».

Por tanto, no cabe contraponer el apoyo mediante ayudas a la generación renovable y la salvaguarda a la sostenibilidad financiera del sistema, porque esta última es condición necesaria de la propia subsistencia de aquéllas, careciendo de sentido diseñar un sistema de apoyo a estas tecnologías que sea insostenible financieramente y que, por tanto, no resulte viable económicamente a medio y largo plazo.

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

En fin, no puede afirmarse que la modificación operada por el Real Decreto y la Orden impugnados en este proceso no esté orientada a apoyar la generación de energía renovable, pues dicha regulación está destinada a conceder una retribución adicional a la del mercado para " *cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones en nivel de igualdad con el resto de las tecnologías en el mercado y que posibilite obtener una*



rentabilidad razonable con referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable ", tal y como se expresa en el Preámbulo y el artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2013 y se reafirma en los artículos 16 y 17 del Real Decreto 413/2014 .

DÉCIMO.- Sobre la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Se alega también en la demanda la nulidad del Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 por vulneración del derecho de audiencia en su tramitación y del principio de interdicción de la arbitrariedad, dada la inexistencia de estudios o informes que sirvan de justificación técnica a la Orden IET/1045/2014.

En cuanto a la vulneración que se alega del derecho de audiencia, debemos comenzar recordando que, habiendo considerado el Tribunal Constitucional suficientemente justificada la utilización de la vía del Real Decreto-ley (artículo 86.1 de la Constitución) para la aprobación de la reforma que introdujo el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio - SsTC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015 , y 61/2016, de 17 de marzo de 2016 -, esta Sala del Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de junio de 2016 (recurso 564/2014) ha considerado igualmente justificada la tramitación urgente del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

Partiendo de esa base, conviene ante todo recordar que el trámite de audiencia aparece contemplado con carácter general en el artículo 24.1, apartados b/, c / y d/, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , de donde 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 9/2013 (disposición adicional 2^a) 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 SsTC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015 , y 61/2016, de 17 de marzo de 2016 .

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 25 y siguientes de la citada Memoria).

UNDÉCIMO.-Sobre la falta de motivación de la Orden de parámetros.

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

Para dar respuesta a esta alegación ha de partirse de que el nuevo régimen retributivo instaurado se basa en la fijación de unos parámetros estándar que pivotan en torno a una "instalación tipo", separándose así del anterior régimen basado en una retribución por "prima" y una rentabilidad razonable calculada sobre los costes de inversión reales en que se hubiese incurrido, por lo que la utilización de unos valores estándar de la inversión y de los costes estándar de explotación es uno de los pilares en torno al que gira el nuevo sistema retributivo



diseñado en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013 por remisión al mismo. Desde esta perspectiva, ningún reproche puede dirigirse a la Orden por el hecho de que utilice tales valores estándar o medios y prescinda de las inversiones reales de cada una de las instalaciones, pues con ello no hace sino cumplir con el mandato legal que se le encomendó, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme diversidad de instalaciones existentes que se agrupan por criterios homogéneos, elaborarlos partiendo de la premisa de que se trata de una instalación "eficiente y bien gestionada". A tal efecto, el art. 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico, tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2013, ya disponía que el cálculo de la retribución específica debe establecerse en relación con unas instalaciones tipo con referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, tomando en consideración los "ingresos estándar" por la venta de la energía generada valorada al precio de mercado de producción, los "costes estándar de explotación" y el "valor estándar de la inversión inicial".

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

A tal efecto, no debe dejar de señalarse que el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (en lo sucesivo IDAE), organismo dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, encargó la realización de sendos informes a las entidades privadas Roland Berger Strategy Consultas SA (en lo sucesivo RBSC) y The Boston Consulting Group SL (en adelante BCG) para que valoraran y establecieran los estándares de costes de inversión y operación de las tecnologías de generación de electricidad que operaban en régimen especial en España, con la finalidad de que proporcionara los datos que servirían para fijar los parámetros retributivos de las instalaciones tipo que se adoptarían por la Orden impugnada. El informe de la empresa BCG no llegó a elaborarse y el informe de la empresa RBSC es de fecha posterior (31 de octubre de 2014) a la aprobación de la Orden, por lo que los datos e información aportados por dicho informe no pudieron ser tomados en consideración para elaborar la Orden impugnada, lo que podría interpretarse como la ausencia de justificación técnica de los parámetros utilizados por la Orden impugnada al fijar las variables principales (coste estándar de la inversión y coste estándar de los costes de explotación entre otro) de las diferentes instalaciones tipo.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

DECIMOSEGUNDO.- Sobre vulneraciones del principio de legalidad.

A modo de cláusula de cierre o argumento final, la demandante alega la nulidad del Real Decreto Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 por vulnerar el artículo 14.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, y el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, en lo que se refiere a la exigencia de una regulación basada en criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios que incentiven la mejora de la eficacia de la gestión económica y técnica y la calidad del suministro eléctrico.

El planteamiento del motivo no puede ser acogido, pues, como hemos expresado en precedentes ocasiones - sentencias de 16 y 18 de marzo de 2015 (recursos contencioso-administrativos 118/2013 y 123/2013), ambas en relación con la impugnación de la Orden IET/221/2013, de 14 de febrero- *<<(…) es cierto que se ha producido una serie de numerosas disposiciones, legislativas o reglamentarias que en poco tiempo han afectado al sistema eléctrico español modificando sucesivamente sus condiciones regulatorias. Modificaciones y sucesión de reformas cuyo juicio político, o económico, o de oportunidad y conveniencia no corresponde a los tribunales >>*.

No cabe olvidar que la deseable estabilidad regulatoria a la que se refiere el artículo 4 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, se encuentra condicionada a la realidad económica y a la sostenibilidad del sistema, de modo que este principio no impide que en graves situaciones de desvío de costes del sector eléctrico y de incremento del déficit, como las concurrentes y que se reflejan en el Preámbulo del Real Decreto-ley 9/2013, pueda resultar necesaria la adopción de ajustes en el marco normativo, esto es, las modificaciones necesarias para asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. En este



sentido lo manifiesta el Tribunal Constitucional en relación con el Real Decreto-ley 9/2013, al indicar que << *la estabilidad regulatoria es compatible con los cambios regulatorios, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras de interés general* >> como las señaladas (STC 270/2015).

Como antes hemos expuesto, las reformas acometidas en el Real Decreto 413/2014 y en la Orden IET 1045/2015 se justifican de forma suficiente y adecuada a través de las explicaciones expuestas en la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, en cuyo Preámbulo se hace mención al desequilibrio entre ingresos y costes que determinan el *deficit* estructural y al riesgo de quiebra del sistema eléctrico, y en el Real Decreto-ley 9/2013, cuya constitucionalidad ha sido declarada, en el que se hace mención al grave contexto económico existente que determinan la necesidad de acometer las modificaciones en las situaciones jurídicas existentes de modo inmediato en atención a la grave situación económica existente.

Así, la necesidad de la reforma del régimen retributivo se justifica a través de datos y razones de carácter objetivo, sin que se acredite que las singulares medidas resulten desproporcionadas o no sean adecuadas a la legítima finalidad perseguida.

Por lo demás, las alegaciones formuladas por la demandante en este último motivo de impugnación obligan a remitirnos a lo que ya hemos razonado en apartados anteriores, tanto al hacer una descripción general sobre el nuevo sistema retributivo instaurado (fundamento jurídico tercero de esta sentencia) como al responder a las alegaciones de la propia demandante sobre retroactividad prohibida (fundamento jurídico séptimo), vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima (fundamento jurídico octavo) y vulneración del principio de no discriminación (fundamento jurídico noveno).

La desestimación de todos los argumentos de impugnación esgrimidos por la parte actora lleva a desestimar también las pretensiones indemnizatorias que se formulan en la demanda.

DECIMOTERCERO.- Sobre la imposición de costas.

Por las razones expuestas en los apartados anteriores el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de las entidades Barnasintex, S.L. y Vila Dosta Finques i Gestions, S.L. debe ser desestimado. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede imponer las costas del proceso a ninguna de las partes, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido (apartado 1 del artículo 139 citado).

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 67 a 73 de la Ley de esta Jurisdicción .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : Desestimar el recurso contencioso-administrativo nº 495/2014 interpuesto en representación de las entidades BARNASINTEX, S.L. y VILA DOSTA FINQUES I GESTIONS, S.L. contra el Real Decreto 41 3/ 2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, sin imponer las costas procesales a ninguna de las partes.

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 Diego Cordoba Castroverde