



Roj: **STS 3364/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3364**

Id Cendoj: **28079130032017100346**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **25/09/2017**

Nº de Recurso: **772/2014**

Nº de Resolución: **1429/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 25 de septiembre de 2017

Esta Sala ha visto, constituida en su **Sección Tercera** por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 1/772/2014, interpuesto por FRÍAS NUTRICIÓN, S.L., representada por la procuradora D.ª Nuria Munar Serrano y bajo la dirección letrada de D. Álvaro Conde de Torre, 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. Es parte demandada la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 10 de septiembre de 2014 la representación procesal de la demandante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario 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, resoluciones que habían sido publicadas en los Boletines Oficiales del Estado de fechas 10 y 20 de junio de 2014, respectivamente. Se ha tenido por interpuesto el recurso por diligencia de ordenación de 2 de octubre de 2014.

**SEGUNDO.-** Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte la nulidad de Real Decreto 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014, con todo lo demás que proceda. Mediante otrosí manifiesta que debe considerarse que la cuantía del recurso es indeterminada.

**TERCERO.-** De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, habiendo presentado el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando las disposiciones impugnadas e imponiendo a la actora las costas incurridas. Mediante los correspondientes otrosíes expone que debe considerarse que la cuantía del recurso es indeterminada y solicita que se acuerde el recibimiento a prueba del mismo, expresando los puntos de hecho sobre los que la misma debería versar y los medios de los que intenta valerse; también por otrosí manifiesta que no considera necesaria la celebración de vista pero no se opone a la realización de conclusiones por escrito.



Adjuntos al escrito de contestación a la demanda ha presentado los informes de 17 de junio de 2015 del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) sobre Metodología General para la definición de instalaciones tipo de la Orden 1045/2014 y sobre Metodología específica para la definición de instalaciones tipo de la Orden 1045/2014 en cada área.

**CUARTO.-** En decreto de fecha 15 de febrero de 2016 la Letrada de la Administración de Justicia ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada.

A continuación se ha dictado resolución concediendo plazo a las partes por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones escritas, que han evacuado, declarándose concluidas las actuaciones.

**QUINTO.-** Durante la tramitación del presente recurso la representación procesal de la Administración demandada ha solicitado que se acordara la suspensión de la tramitación procesal del recurso a resultas de la decisión que en su día la Comisión Europea dicte en el procedimiento de examen preliminar de ayudas de Estado SA.40348.2014/N, lo que se ha rechazado mediante auto de 1 de septiembre de 2015.

**SEXTO.-** Se ha dictado providencia de 22 de junio de 2016 concediendo a las partes plazo para alegar sobre la posible incidencia en el presente proceso de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en fecha 17 de diciembre de 2015 ( STC 270/2015 ).

Tan sólo el Abogado del Estado ha presentado un escrito cumplimentando el trámite.

**SÉPTIMO.-** Con posterioridad el Abogado del Estado ha presentado escrito adjuntando la respuesta de la Comisión Europea en relación con la petición 2520/2014 realizada por Hermenegildo , en nombre de la Asociación Nacional de Productores e Inversores de Energías Renovables (ANPIER), al Parlamento Europeo sobre la situación del sector fotovoltaico y la legalidad de los cambios legislativos realizados por el gobierno español.

Se ha acordado dar traslado de dicha documentación a la demandante, quien no ha presentado escrito.

**OCTAVO.-** Mediante providencia de fecha 3 de mayo de 2017 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 18 de julio de 2017, en que han tenido lugar dichos actos.

**NOVENO.-** Asume la ponencia del presente recurso el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, en sustitución del primeramente designado, el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, que formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.

**DÉCIMO.-** En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, a causa de la complejidad jurídica del asunto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La sociedad mercantil FRÍAS NUTRICIÓN, S.L., impugna mediante el presente recurso contencioso administrativo 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 la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. La entidad actora solicita que declaremos la nulidad de ambas disposiciones.

La recurrente justifica su pretensión anulatória en las siguientes alegaciones:

- 1- Vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en relación con el nuevo marco retributivo (fundamento quinto de la demanda).
- 2- Irretroactividad de las normas restrictivas de derechos de los administrados (fundamento sexto).
- 3- Discriminación respecto a la tecnología de la cogeneración (fundamento séptimo).
- 4- Vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima (fundamento octavo).
- 5- Infracción de los principios de proporcionalidad y estabilidad regulatoria (fundamento noveno).
- 6- Medidas destinadas a obstaculizar la consecución de los objetivos establecidos por la Directiva 2012/72/CE.

### SEGUNDO.- Sobre el marco normativo.



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, modifica de forma sustancial el régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables establecido en el artículo 30 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de Sector Eléctrico, sustituyendo el régimen tarifario primado por la percepción «a título excepcional», de una retribución específica.

El artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, queda redactado tras la modificación operada por el artículo 1 dos del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, en los siguientes términos:

« 4. Adicionalmente y en los términos que reglamentariamente por real decreto del Consejo de Ministros se determine, a la retribución por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado, las instalaciones podrán percibir una retribución específica compuesta por un término por unidad de potencia instalada, que cubra, cuando proceda, los costes de inversión de una instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de dicha instalación tipo.

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

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

A estos efectos, en ningún caso se tendrán en consideración los costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español. Del mismo modo, sólo se tendrán en cuenta aquellos costes e inversiones que respondan exclusivamente a la actividad de producción de energía eléctrica.

Como consecuencia de las singulares características de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, podrán definirse excepcionalmente instalaciones tipo específicas para cada uno de ellos.

Este régimen retributivo no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que posibiliten obtener una rentabilidad razonable por referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable. No obstante lo anterior, excepcionalmente el régimen retributivo podrá incorporar además un incentivo a la inversión y a la ejecución en plazo determinado cuando su instalación suponga una reducción significativa de los costes en los sistemas insulares y extrapeninsulares.

Esta 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.

Los parámetros del régimen retributivo podrán ser revisados cada seis años. » .

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, de Sector Eléctrico, regula en su artículo 14 la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica, y, singularmente, en su apartado 7, regula el que denomina régimen retributivo específico en los siguientes términos:

« Excepcionalmente, el Gobierno podrá establecer un régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, cuando exista una obligación de cumplimiento de objetivos energéticos derivados de Directivas u otras normas de Derecho de la Unión Europea o cuando su introducción suponga una reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior, en los términos establecidos a continuación:

- a) El otorgamiento de este régimen retributivo específico se establecerá mediante procedimientos de concurrencia competitiva.

Este régimen retributivo, adicional a la retribución por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción, estará compuesto por un término por unidad de potencia instalada que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo.

Este régimen retributivo será compatible con la sostenibilidad económica del sistema eléctrico de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 y estará limitado, en todo caso, a los objetivos de potencia que se establezcan en la planificación en materia de energías renovables y de ahorro y eficiencia.



b) Para el cálculo de dicha retribución específica se considerarán, para una instalación tipo, a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, los valores que resulten de considerar:

- i. Los ingresos estándar por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción.
- ii. Los costes estándar de explotación.
- iii. El valor estándar de la inversión inicial.

A estos efectos, en ningún caso se tendrán en consideración los costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español. Del mismo modo, sólo se tendrán en cuenta aquellos costes e inversiones que respondan exclusivamente a la actividad de producción de energía eléctrica.

Como consecuencia de las singulares características de los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares, podrán definirse excepcionalmente instalaciones tipo específicas para cada uno de ellos.

El régimen retributivo no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que permita obtener una rentabilidad razonable referida a la instalación tipo en cada caso aplicable. Esta 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.

Excepcionalmente el régimen retributivo podrá incorporar además un incentivo a la inversión y a la ejecución en un plazo determinado cuando su instalación suponga una reducción significativa de los costes en los sistemas de los territorios no peninsulares.

c) El valor de la inversión inicial se determinará mediante el procedimiento de concurrencia competitiva para otorgar el régimen retributivo adicional a cada instalación.

La retribución adicional a la del mercado, que pudiera corresponder a cada instalación será la que resulte de aplicar lo dispuesto en los apartados anteriores considerando como valor estándar de la inversión inicial el que resulte en el procedimiento de concurrencia competitiva.

d) La energía eléctrica imputable a la utilización de un combustible en una instalación de generación que utilice como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles no será objeto de régimen retributivo específico, salvo en el caso de instalaciones híbridas entre fuentes de energía renovables no consumibles y consumibles, en cuyo caso la energía eléctrica imputable a la utilización de la fuente de energía renovable consumible sí podrá ser objeto de régimen retributivo específico.

A estos efectos, por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo se publicará la metodología para el cálculo de la energía eléctrica imputable a los combustibles utilizados.

e) El régimen retributivo específico devendrá inaplicable si como consecuencia de una inspección o de cualquier otro medio válido en derecho, quedase constatado que con anterioridad al plazo límite reglamentariamente establecido la instalación hubiera incumplido alguno de los siguientes requisitos:

- i. Estar totalmente finalizada. A estos efectos, se considerará que una instalación está totalmente finalizada si cuenta con todos los elementos, equipos e infraestructuras que son necesarios para producir energía y verterla al sistema eléctrico, incluyendo, cuando corresponda, los sistemas de almacenamiento.
- ii. Que sus características técnicas coincidan con las características técnicas proyectadas para la instalación en el momento del otorgamiento del derecho a la percepción del régimen retributivo específico.

En aquellos casos en que la característica técnica que haya sido modificada sea la potencia de la instalación, siempre y cuando dicha circunstancia constara en la inscripción en el registro de instalaciones de producción de energía eléctrica con anterioridad al vencimiento del plazo límite reglamentariamente establecido, el cumplimiento del requisito del párrafo ii de éste apartado e) solo será exigible para la parte de la instalación correspondiente a la potencia inscrita. En dichos casos, la instalación únicamente tendrá derecho a la percepción del régimen retributivo específico correspondiente a dicha potencia inscrita en el registro y a la fracción de la energía imputable a la misma.

En las disposiciones en las que se establezcan los mecanismos de asignación de los regímenes retributivos específicos podrá eximirse a nuevas instalaciones que cumplan determinados requisitos del cumplimiento de lo previsto en el párrafo ii de éste apartado e).



La potencia o energía imputable a cualquier parte de una instalación con derecho a la percepción del régimen retributivo específico, que no estuviera instalada y en funcionamiento con anterioridad al plazo límite reglamentariamente establecido, no tendrá derecho al régimen retributivo específico, sin perjuicio del régimen retributivo que se establezca reglamentariamente por el Gobierno para las modificaciones de las instalaciones.

Las circunstancias recogidas en este apartado e) y la consiguiente inaplicación o modificación, según corresponda, del régimen retributivo específico aplicable a las distintas instalaciones serán declaradas por la Dirección General de Política Energética y Minas previa la tramitación de un procedimiento que garantizará, en todo caso, la audiencia al interesado. El plazo máximo para resolver este procedimiento y notificar su resolución será de seis meses. » .

Este nuevo régimen retributivo específico resulta aplicable a las instalaciones existentes de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables que tuvieron reconocida retribución primada a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final segunda de esta norma y la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre .

La disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , en su apartado 3 fija, en consonancia con lo dispuesto en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 9/2013 , la rentabilidad razonable que tienen derecho a percibir los titulares de instalaciones de producción de energía a partir de fuentes de energía renovables que tenían reservado un régimen económico primado, que se vincula a toda la vida útil regulada de la instalación, así como un límite a la aplicación de dicho régimen retributivo:

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

4. En ningún caso podrá resultar de dicho nuevo modelo retributivo la reclamación de las retribuciones percibidas por la energía producida con anterioridad al 14 de julio de 2013, incluso si se constatase que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad. » .

Una consideración general del régimen jurídico y económico de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, establecido en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y ulteriormente regulado en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, nos permite afirmar:

1) Ni el Real Decreto 413/2014, impugnado en este recurso contencioso-administrativo, ni la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/1045/2014 que lo desarrolla, 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.

2) 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, régimen que es asumido y completado por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

El Real Decreto-ley 9/2013, fue la norma 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.

3) El nuevo 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" .

La definición de los elementos esenciales de este nuevo sistema retributivo ya se encontraba 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".

4) 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.

5) Estas normas reglamentarias, de las que el Real Decreto 413/2014 constituye el objeto directo de este recurso contencioso-administrativo, no introducen novedades en los elementos esenciales del nuevo régimen retributivo, 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.

6) 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 RD 661/2007, fue establecida de forma expresa por la Disposición derogatoria única, apartado 2, del Real Decreto-ley 9/2013.

### **TERCERO.- Sobre la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.**

El motivo de impugnación del recurso contencioso-administrativo fundamentado en el argumento de que el Real Decreto 413/2014 vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos enunciado en el artículo 9.3 de la Constitución no puede ser estimado.

Esta Sala ya ha expuesto en numerosas sentencias dictadas con anterioridad que considera que carece de base jurídica la alegación respecto de la indebida e inconsistente justificación del cambio que se ha producido en la retribución de las energías renovables derivado del Real Decreto-ley 9/2013 y de la Ley 24/2013, una vez que el Tribunal Constitucional ha declarado en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, enjuiciando la constitucionalidad del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y examinando, singularmente, la concurrencia del presupuesto habilitante de «extraordinaria y urgente necesidad» exigido por el artículo 86.1 de la Constitución española, que está plenamente justificada la adopción de un nuevo marco regulatorio de la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, debido a la necesidad de dar una respuesta global que permita corregir los desajustes producidos en el sistema eléctrico, que soporta un déficit de tarifa estructural que pone en grave riesgo la sostenibilidad del sector eléctrico.

La citada sentencia constitucional 270/2015, de 17 de diciembre -cuyos pronunciamientos son confirmados en las ulteriores sentencias 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 16 de febrero, 30/2016, de 16 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo-, estima que el nuevo marco regulatorio «en su conjunto» es sin duda favorable para las tecnologías renovables, cogeneración y residuos, pues sigue protegiendo las inversiones en esta clase de tecnologías «entre otras razones, por consagrar el criterio de revisión de los parámetros retributivos cada seis años a fin de mantener el principio de rentabilidad razonable establecido legalmente».

Del contenido de la fundamentación de las mencionadas sentencias constitucionales se infiere que, a juicio del Tribunal Constitucional, el legislador de urgencia ha ponderado equilibradamente los intereses públicos y privados concurrentes en la generación de electricidad y en la prestación del servicio de interés económico



general de suministro de energía eléctrica, sin incurrir en un ejercicio desviado de su potestad de configuración del marco regulatorio jurídico y económico de la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos:

« [...] En lo que respecta al examen del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, en relación con los concretos preceptos que son objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, 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.

También en este caso cabe apreciar -acudiendo a los parámetros de nuestra doctrina- la existencia de una justificación suficiente, en los términos señalados en la STC 183/2014 , FJ 6 donde consideramos que: «la situación a la que debían hacer frente las medidas aquí impugnadas era la desviación de los costes del sistema eléctrico provocado por diversos factores (sobrecoste de las primas del régimen especial, consignación de costes de los sistemas eléctricos extrapeninsulares e incremento del déficit por el descenso en la demanda de electricidad) que aparecen explicitados en la exposición de motivos o en el debate parlamentario de convalidación. Factores cuya conjunción había llevado a incurrir en un déficit mayor al previsto inicialmente por el Gobierno. Así, podemos considerar que, sin entrar en el juicio político que este Tribunal tiene vedado, se ha cumplido por el Gobierno la exigencia de explicitar y razonar la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, sin que pueda admitirse la genérica alegación [de la Letrada de la Junta de Andalucía] respecto a que la existencia del déficit tarifario del sector eléctrico no podía, al no ser un hecho nuevo, fundamentar el dictado de los preceptos cuestionados del Real Decreto-ley 2/2013».

Por lo demás -como también señalamos en la citada Sentencia-, «es evidente que las medidas propuestas, en cuanto persiguen 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. » .

En la sentencia constitucional 29/2016, de 16 de febrero, se rechaza expresamente que el nuevo sistema de retribución de las energías renovables sea contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contemplado en el artículo 9.3 de la Constitución , con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] 6. Finalmente, y en lo que respecta a la vulneración del principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, contemplado también en el art. 9.3 CE , la demanda considera que la regulación recogida en los preceptos impugnados discrimina negativamente la producción eléctrica mediante fuentes renovables, residuos y cogeneración, en relación con otras fuentes de producción de energía eléctrica, haciendo recaer sobre ella el peso de la reducción o eliminación del déficit del sistema eléctrico; recurre de forma abusiva a conceptos jurídicos indeterminados; y desconoce la necesaria proporcionalidad de los intereses en presencia, al imponer retroactivamente un sacrificio económico que no garantiza la rentabilidad de sus inversiones.

En relación con dicha vulneración, procede recordar que este Tribunal viene afirmando que cuando se trata el enjuiciamiento de una norma legal desde la perspectiva que proporciona la interdicción de arbitrariedad consagrada en el art. 9.3 CE , «el análisis se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, aun no estableciéndola,



carece de toda justificación, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente una análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias (entre otras muchas, STC 104/2000, de 13 de abril , FJ 8 y 148/2012, de 5 de julio , FJ 15)» ( STC 237/2012, de 13 de diciembre , FJ 9). Procede en consecuencia examinar si los argumentos que se esgrimen por los recurrentes justifican, en este caso, el supuesto carácter arbitrario de la regulación recurrida.

En primer término, el recurrente se limita a enunciar la existencia de una supuesta discriminación negativa de la producción eléctrica mediante fuentes renovables, residuos y cogeneración, en relación con las otras fuentes de producción de energía eléctrica; pero dicha afirmación no va acompañada de argumentación alguna sobre el fondo de la cuestión, esto es, no se incluye justificación alguna que permita sustentar en qué medida o con qué alcance se ha producido una diferencia de tratamiento que sustente la citada discriminación negativa y permita su enjuiciamiento en sede constitucional. No se ha levantado pues la carga alegatoria que pesa sobre quien pretende la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, pues el recurso carece en este punto de una mínima fundamentación que permita a este Tribunal inferir las razones por las que se entiende producida la citada infracción constitucional.

Como se ha expuesto a lo largo del texto, la modificación del régimen jurídico de las energías renovables no constituye una medida aislada sino que se integra en un conjunto sistemático de decisiones legislativas adoptadas con carácter urgente, que han ido dirigidas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico en su conjunto. La importancia del sector energético para el desarrollo de la actividad económica general, ha determinado la introducción de reformas sucesiva dirigidas a mejorar el funcionamiento de los distintos subsectores que lo integran, subordinadas a las circunstancias derivadas de la coyuntura económica y que, han sido adoptadas en la mayoría de los casos a través de decisiones legislativas provisionales, como las contenidas en un decreto-ley, al igual que sucede en el presente caso. No resulta posible deducir las razones que sustenten la supuesta existencia de una discriminación negativa de este tipo de energía, pues cada una de las tecnologías presenta sus propios rasgos tecnológicos y económicos, que han justificado tratamientos diferenciados y no necesariamente homogéneos, sin que pueda pretenderse una exigencia o imposición de homogeneización absoluta en el tratamiento de las tarifas u otros elementos retributivos regulados, ni los períodos de percepción de todos ellos, pues las diferentes tecnologías están cada una de ellas sujetas a su propias peculiaridades en materia retributiva.

En segundo lugar, el argumento de una arbitrariedad justificada en el recurso a conceptos jurídicos indeterminados, ya ha sido rechazado por las razones que se exponen en el fundamento jurídico 4 de esta resolución, al que procede remitirse en este punto.

Y, finalmente, tampoco resulta admisible la apelación al principio general de proporcionalidad en la ponderación de los intereses en presencia, puesto que como extensamente se justifica en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013, la modificación del régimen retributivo de esta modalidad de producción de energía obedece a una motivación justificada y cierta, que permite deducir con claridad cuáles han sido los factores determinantes de la reforma introducida, factores todos ellos que se basan en un criterio de interés general, concretado en la sostenibilidad del régimen económico del sector eléctrico, incluso en el caso de que ello se lleve a cabo con el objetivo de evitar *ad futurum* los efectos negativos de decisiones iniciales que se hubieran revelado inadecuadas o insuficientes. En otras palabras, la modificación operada trae causa de la necesidad de satisfacer intereses públicos generales, concretados en la necesidad de reducción de un déficit público que había devenido en estructural y la adecuación del marco regulatorio a la eventualidades del sector y las variaciones que puedan darse en los datos económicos; la concurrencia de modificaciones tecnológicas o de cambios significativos del panorama económico con consecuencias inmediatas, justifican la revisión de los parámetros iniciales determinantes del cálculo de la tarifa regulada, sin que ello pueda ser calificado de arbitrario. » .

En relación con la falta de justificación de la Orden de parámetros, esta Sala, en la sentencia de 7 de junio de 2016, resolviendo el recurso contencioso-administrativo 850/2014 , hemos rechazado este motivo de impugnación partiendo de la premisa de que el nuevo régimen retributivo instaurado se basa en la fijación de unos parámetros estándar que pivotan en torno a una "instalación tipo", separándose así del anterior régimen basado en una retribución por "prima" y una rentabilidad razonable calculada sobre los costes de inversión reales en que se hubiese incurrido, por lo que la utilización de unos valores estándar de la inversión y de los costes estándar de explotación es uno de los pilares en torno al que gira el nuevo sistema retributivo diseñado en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013 por remisión al mismo. Desde esta perspectiva, ningún reproche puede dirigirse a la Orden por el hecho de que utilice tales valores estándar o medios y prescinda de las inversiones reales de cada una de las instalaciones, pues con ello no hace sino cumplir con el mandato legal que se le encomendó, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme diversidad de instalaciones existentes que se agrupan por criterios homogéneos, elaborarlos partiendo de la





premisa de que se trata de una instalación "eficiente y bien gestionada". A tal efecto, el art. 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico, tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2013, ya disponía que el cálculo de la retribución específica debe establecerse en relación con unas instalaciones tipo con referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, tomando en consideración los "ingresos estándar" por la venta de la energía generada valorada al precio de mercado de producción, los "costes estándar de explotación" y el "valor estándar de la inversión inicial".

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

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

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

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

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

Por otra parte, la exposición de motivos de la Orden IET/1045/2014 (apartado III) especifica aún más los criterios utilizados para el cálculo de la retribución: a) para la determinación del valor estándar a la inversión



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

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

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

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

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

Por 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, incluidas las de cogeneración, a las que pertenecen las de la parte recurrente.

#### **CUARTO.- Sobre la infracción del principio de irretroactividad.**

El motivo sexto de impugnación del recurso contencioso-administrativo que se fundamenta en la alegación de que el Real Decreto 413/2014 vulnera el principio de irretroactividad de las normas desfavorables, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución española, no puede ser estimado.



Esta Sala ya ha rechazado que proceda declarar la nulidad del Real Decreto 413/2014, en cuanto fija la rentabilidad razonable que se calcula retro trayéndose a los costes de inversión y a la vida útil, porque, como hemos expuesto en las sentencias de esta Sala de 1 de junio de 2016, resolviendo los recursos contencioso-administrativos 650/2014 , 651/2014 y 654/2014 , el titular de la potestad reglamentaria se limita a desarrollar lo dispuesto en la disposición final tercera del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio , y en la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre , que establecen criterios para la aplicación del nuevo régimen financiero y económico de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos de régimen económico primado, disponiendo que «la rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto- ley 9/2013, de 12 de julio, de las Obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos, todo ello, sin perjuicio de su ulterior revisión en los términos legalmente previstos» y que «en ningún caso podrá resultar de dicho nuevo modelo retributivo la reclamación de las retribuciones percibidas por la energía producida con anterioridad al 14 de julio de 2013, incluso si se constatase que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad», cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre , y ratificada en la ulteriores sentencias 19/2016, de 4 de febrero , 29/2016, de 16 de febrero , 30/2016, de 16 de febrero , 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo .

Por ello, nuestro pronunciamiento no puede apartarse de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia 270/2015, de 17 de diciembre , que rechazó que el Real Decreto-ley 9/2013 infrinja el principio de irretroactividad garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución , considerando que la nueva regulación no obliga a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas existentes a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, en cuanto se limita a disponer la aplicación del nuevo régimen económico a las instalaciones existentes, atendiendo a un criterio legal explícito y objetivo, basado en la obtención de una rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida útil de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, por referencia a la instalación tipo que les permite cubrir las cuotas de inversión que se corresponden a una empresa eficiente y bien gestionada y competir en el mercado en un nivel de igualdad con el resto de tecnologías.

La sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015 recuerda que el límite de la retroactividad in peius de las leyes, garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución , se circunscribe a las leyes sancionadoras y las restrictivas de derechos individuales, por lo que fuera de dichos ámbitos nada impide al legislador dotar a la ley de efectos retroactivos, pues lo contrario podría conducir a situaciones de petrificación del ordenamiento jurídico.

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

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

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

El Real Decreto-ley 9/2013 tiene una vigencia inmediata y produce efectos a partir de su entrada en vigor. Los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado están sujetos a ese



nuevo régimen retributivo desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, sin perjuicio de que la cuantificación precisa de dicha retribución no se produzca hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente, y sin que dicha sujeción conlleve una afectación desfavorable a los derechos adquiridos, desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas.

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

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

Cabe significar que 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 Real Decreto-ley 9/2013, que fue publicado en el Boletín oficial del Estado 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 específico, 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 que cita la parte demandante, 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 ahora impugnado no incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución española, 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 toma en consideración las retribuciones ya percibidas en el pasado proyectando el nuevo modelo retributivo desde el comienzo del funcionamiento de las instalaciones, pero esta previsión tan solo implica que la rentabilidad razonable que tienen derecho a percibir los titulares de estas instalaciones se calcula sobre toda "su vida útil regulatoria" sin tener que devolver las cantidades ya percibidas en el pasado.

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 incidir sobre 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 garantiza 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.

Y, específicamente, esta Sala ha descartado que proceda declarar la nulidad del Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/104572014, por atribuir a la retribución cobrada en el pasado la condición de entregas a cuenta y abre la posibilidad de devolución de *"lo cobrado de más"* en determinados casos, como los de las instalaciones de cogeneración.

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 tercera del Real Decreto-ley 9/2013 previó la aplicación con carácter transitorio de los derogados Reales Decretos 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 413/2014, 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 tercera 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.

En este sentido, 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 española , como deja claro la sentencia constitucional 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, como considera la parte demandante que sucede con las eólicas, tengan que devolver lo *"cobrado de más"* .

Dicha hipótesis constituiría, sin duda, un supuesto de retroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución española , al afectar a *"derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto"*



, como señalan las sentencias del Tribunal Constitucional 99/1987 , y otras muchas, entre ellas la sentencia constitucional 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 ).

En suma, en aplicación de los criterios expuestos por esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de abril de 2012 (RCA 40/2011 ), cuya fundamentación transcribimos, no apreciamos que concurra el presupuesto de retroactividad in peius que determine la declaración de nulidad del Real Decreto 413/2014:

« [...] El concepto de "retroactividad prohibida" es mucho más limitado que el de la mera "retroactividad" a secas, por más que este último se utilice con frecuencia en el debate no jurídico (incluso a veces por quienes asumen responsabilidades públicas) con finalidad descalificadora frente a las innovaciones del ordenamiento. Si a ello sumamos que la misma equivocidad del término ha planteado desde tiempo inmemorial problemas de dogmática jurídica bien conocidos, fácilmente se deducirá que el debate puede convertirse en una serie de disquisiciones más o menos interesadas sobre una noción jurídica respecto de la cual cada interlocutor parece hablar de realidades diferentes. Los intentos doctrinales de analizar con rigor los contornos de aquel concepto (entre nosotros el estudio del "principio de irretroactividad en las normas jurídico administrativas" se hizo ya, en términos no superados, hace treinta años) no se tienen debidamente en cuenta, lo que propicia que las apelaciones a la retroactividad carezcan en muchos casos de la necesaria precisión. En éste, como en otros supuestos, el "lenguaje" que se emplea no resulta indiferente.

Es cierto, por lo demás, que para quien no esté familiarizado con el uso de las categorías jurídicas, las distinciones entre retroactividad de grado máximo, medio o mínimo, o los adjetivos de "propia" e "impropia" aplicados a aquel término, suelen pasarse por alto y todo se engloba en una indiferenciada noción, de connotaciones negativas, aplicada a medidas normativas de alcance bien diferente. Para mayor confusión, se parte de la errónea premisa de identificar de modo automático retroactividad con ilicitud o prohibición y no se deslinda suficientemente aquel concepto de principios con un significado autónomo, como son el de seguridad jurídica o el de confianza legítima. Las normas incursas en la prohibición de retroactividad normalmente atentarán también contra estos principios, pero no viceversa.

Sin necesidad de hacer en este momento un resumen o compendio de la doctrina jurisprudencial recaída en interpretación de los preceptos antes citados, ni ceder a la tentación de transcribir innumerables fragmentos de sentencias al uso, baste decir que, conforme a aquélla, no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso. » .

#### **QUINTO.- Sobre la alegación de discriminación de la tecnología de la cogeneración.**

En el séptimo motivo del recurso, la parte recurrente sostiene que la aplicación del RD 413/2014, conjuntamente con la Orden IET, resulta discriminatoria para el sector de la cogeneración, al que impide competir en igualdad de condiciones con otras tecnologías de generación eléctrica, ya que la aplicación efectiva de las normas impugnadas y los nuevos parámetros retributivos a las actividades de cogeneración tiene por efecto que no se garantice una rentabilidad razonable que permita competir en condiciones de igualdad con otras tecnologías operativas en el sector eléctrico.

Sobre las cuestiones que plantea la parte recurrente en este apartado y tal como hemos expresado en anteriores sentencias, debe señalarse que el RD-ley 9/2013, de 12 de julio, y posteriormente la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, definen la rentabilidad razonable de las instalaciones de producción de energía eléctrica de fuentes renovables por referencia a una instalación tipo o estándar que resulta aplicable en cada caso, en atención al tipo de tecnología, potencia generada, y otras características de la instalación.

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



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

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

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

Por lo que se refiere a las situaciones de tesorería negativa, propias de las instalaciones de cogeneración, por ser los costes superiores a los ingresos antes de la percepción de la retribución específica, lo que les impide competir en condiciones de igualdad con otras tecnologías de energías renovables como la solar y la eólica, debemos considerar que los rasgos específicos de cada tecnología sirvieron de base para establecer los diferentes grupos, subgrupos y categorías previstos en el artículo 2 del derogado Real Decreto 661/2007, con sus propias particularidades en materia retributiva, como sucede también ahora en el RD 413/2014 y la Orden IET impugnados en este recurso, que tienen en cuenta las diferentes tecnologías, junto con otros parámetros, para establecer las diferentes instalaciones tipo que determinan la retribución de las diferentes instalaciones, lo que impide aceptar la existencia de la discriminación normativa que invoca la parte recurrente, pues no se da un trato idéntico a situaciones diferentes.

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

Por tanto, no podemos acoger la alegación que efectúa la parte recurrente de discriminación de la tecnología de la cogeneración, en relación con otras tecnologías, sin que los informes y documentación aportados acrediten error patente o una manifiesta inadecuación en los parámetros establecidos utilizados por la Orden IET/1045/2014 para determinar la sostenibilidad del tipo correspondiente a la instalación de la parte recurrente.

#### **SEXO.- Sobre los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.**

El motivo de impugnación del recurso contencioso-administrativo fundamentado en el argumento de que el Real Decreto 413/2014 vulnera los principios de seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima, en cuanto supone un cambio sustancial e imprevisto del régimen jurídico y económico de las instalaciones sujetas al anterior régimen primado, no puede ser estimado.

Esta Sala no comparte la tesis de que la revocación del régimen de tarifa fijado en el Real Decreto 661/2007, aplicable a las instalaciones acogidas al régimen de preasignación, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología, por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y por el Real Decreto 413/2014, vulnera los principios de seguridad jurídica y confianza legítima garantizados por el artículo 9.3 de la Constitución, atendiendo a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, que, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra 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, ha rechazado que el cambio legislativo producido respecto del régimen retributivo primado de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, sea inconstitucional, sosteniendo que «los principios de seguridad jurídica y su corolario de confianza legítima no supone el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad», porque «la estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras de interés general».

El Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, cuya doctrina se ratifica en las sentencias constitucionales 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 16 de febrero, 30/2016, de 16 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo, no aprecia que el Real Decreto-ley 9/2013 -cuyo desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio- vulnere los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

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

[...]

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

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

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





Los principios de seguridad y de confianza legítima, cuya interpretación debe integrarse sistemáticamente con el análisis de los principios de irretroactividad e interdicción de la arbitrariedad, no se habrían vulnerado por el cambio normativo introducido en la regulación del régimen primado de las instalaciones de generación de energía eléctrica acogidos al sistema de fomento de las energías renovables, a juicio del Tribunal Constitucional, que sigue, en esta cuestión, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo formulada en la sentencia de 16 de marzo de 2015 .

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 de la Constitución y el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sostiene que no resulta procedente plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional como solicita el letrado defensor de la parte demandante en este proceso, porque, como aduce el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones al proveído de esta Sala, en cuanto resulta plenamente aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre , para la resolución de esta litis, al no apreciarse la existencia de fundamento suficiente para sostener una duda razonable acerca de la inconstitucionalidad de las medidas adoptadas por el legislador de urgencia que modifica el régimen retributivo primado de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, sin perjuicio de que pueda cuestionarse, desde otra perspectiva de la aquí interesada, la eventual responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

La pretensión de que se declare nulo el Real Decreto 413/2014, que se fundamenta en la vulneración de éstos mismos principios de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida, no puede prosperar.

Constatamos que la impugnación de esta disposición reglamentaria se realiza sin exponer una argumentación concreta que pudiera resultar convincente respecto de en que medida el desarrollo reglamentario supone una exlimitación ilegítima de la regulación del régimen retributivo específico previsto en el Real Decreto-ley 9/2013, infringiendo dichos principios generales consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución .

Al respecto, cabe poner de relieve que la decisión de instaurar un nuevo sistema de fomento de las instalaciones de generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, y de derogar el anterior régimen primado contemplado en el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , en su redacción original, y en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, es imputable directamente al legislador de urgencia.

En el artículo 1.2 y en la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio , por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, se define y configura el mecanismo incentivador de las energías renovables, que pivota en torno al concepto de retribución específica, que resulta aplicable, en virtud de la disposición adicional primera de la referida norma , a todas las instalaciones que a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, tienen derecho a un régimen económico primado, de modo que el juicio realizado por el Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad de dichas normas, conduce a rechazar que el Real Decreto 413/2014 vulnere los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida, al traer causa -en los extremos cuestionados en esta litis- de la regulación contenida en el referido Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013.

El Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado emitido el 9 de febrero de 2014, en relación con el proyecto de Real Decreto por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, sostiene que la disposición general sometida a examen constituye un desarrollo reglamentario del modelo legal contemplado inicialmente en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y completado ulteriormente con la regulación contenida en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

En este Dictamen del Alto Cuerpo Consultivo del Estado se señala que el proyecto del Real Decreto analizado, que regula el régimen retributivo aplicable de las instalaciones existentes de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos que tuvieran reconocida retribución primada a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, no tiene un carácter excepcional, pues se aplica el mismo sistema retributivo establecido conforme a lo dispuesto en el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , aunque con algunas particularidades, en cuanto, entre otros aspectos, el cálculo de la retribución específica, para la que se pondera toda la vida útil, regulatoria de las instalaciones, que merecen un juicio positivo de legalidad, al acomodarse a la regulación contenida en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y a la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, en cuanto sus disposiciones no contravienen dichos textos normativos.

Ello no obstante, aún no acogiendo la objeción de desviación procesal entre el objeto del recurso contencioso-administrativo y su fundamentación, alegada por el Abogado del Estado, procede referir que en la sentencia



de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, resolviendo el recurso contencioso-administrativo 650/2014, hemos fijado el criterio de que el Real Decreto 413/2014 no ha vulnerado la doctrina jurisprudencial de esta Sala, formulada respecto de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida, en la medida que consideramos justificada, siguiendo la doctrina constitucional, la instauración del nuevo régimen retributivo aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, con la exposición de los siguientes argumentos, que interesa reproducir.

En esta sentencia hemos recordado que la jurisprudencia de esta Sala, recogida en las sentencias de 10 de mayo de 1999 (RCA 594/1995), 17 de junio de 2003 (RCA 492/1999), 6 de julio de 2012 (RCA 288/2011), 22 de enero de 2013 (RCA 470/2011), y 21 de septiembre de 2015 (RCA 721/2013), sostiene que el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta «el 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 la sentencia 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 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».

La violación del principio de confianza legítima debe ser apreciada por los tribunales de lo contencioso-administrativo cuando constaten que el poder público utiliza de forma injustificada y abusiva sus potestades normativas, adoptando medidas desvinculadas de la persecución de fines de interés general, que se revelen inadecuadas para cumplir su objetivo y que sorprendan las expectativas legítimas de los destinatarios de la norma.

En el supuesto enjuiciado en este recurso contencioso-administrativo no estimamos que de la regulación del sector eléctrico vigente en aquel momento pudiera considerarse -por sí mismo- un signo externo concluyente bastante para generar en los titulares de instalaciones fotovoltaicas la confianza legítima, esto es, la creencia racional y fundada, de que el régimen retributivo de la actividad de generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables que producía no podía resultar modificado o alterado en el futuro, pues ninguna disposición del RD 661/2007, al que estaban acogidas sus instalaciones, garantizaba que la tarifa regulada fuera inmodificable.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha sido constante a lo largo de los años al señalar, en la interpretación y aplicación de las normas ordenadoras del régimen jurídico y económico de la generación de energía eléctrica procedente 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:

- La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005 (RCA 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, señaló 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 Ley del Sector Eléctrico».



- La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006 (RCA 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».

- En similares términos a la anterior se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 (RCA 11/2005 ), sobre la impugnación del Real Decreto 2392/2004, de 30 de diciembre, por el que se establecía la tarifa eléctrica para 2005,

- Las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009 (RCA 149/2007 y RCA 152/2007 ), sobre la nulidad del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, insistía 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».

- La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 (RCA 40/2011 ), recaída en el recurso interpuesto contra el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, después de recordar que es criterio reiterado por la Sala que «los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un "derecho inmodificable" a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones», añade la consideración de que «la concepción de la seguridad jurídica (o del artículo 9.3 de la Constitución ) como freno a las modificaciones normativas es particularmente inapropiada en un sector como el de las energías renovables que, precisamente por su novedad, requiere de ajustes sucesivos, en paralelo no sólo a las evoluciones de las circunstancias económicas generales, sino en atención a las propias características de la actividad».

- La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2013 (RCA 193/2010 ), con ocasión de la impugnación del Real Decreto 134/2010, sobre el procedimiento de resolución de restricciones por garantía del suministro y modificación del Real Decreto 2019/1997, que organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica, reitera el anterior criterio jurisprudencial, al señalar que «ha de tenerse en cuenta, además -como hemos recordado con frecuencia- que los sectores que, pese a la vigencia básica del principio de libre actividad económica de los particulares y de libre competencia, están sometidos a una intervención administrativa más o menos intensa en virtud de su incidencia en intereses generales -como ocurre con la actividad de producción de energía eléctrica-, contienen un sistema complejo de medidas, beneficiosas unas, gravosas otras, para los agentes económicos particulares. La realidad de estos sistemas regulatorios complejos hace totalmente inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de una permanencia o inalterabilidad en el tiempo so riesgo de vulneración de los principios invocados. Antes al contrario, la protección de los intereses generales obliga a los poderes públicos, en defensa de los mismos, a ir adaptando la regulación a la cambiante realidad económica».

- La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2015 (RCA 118/2013 ), dictada en el procedimiento de impugnación de la Orden IET/221/2013, sobre peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, estima que no infringe el principio de confianza legítima el establecimiento de un nuevo índice aplicable a la actualización de las tarifas y primas de las instalaciones de energías renovables, con cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 10 de septiembre de 2009, asunto C-201/08 (apartado 53), que indica que «cuando un operador económico prudente y diligente puede prever la adopción de una medida que pueda afectar a sus intereses, no puede invocar tal principio si se adopta esa medida. Además, los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades nacionales».

En fin, son muy numerosos los pronunciamientos de esta Sala sobre la inexistencia de un derecho inmodificable, en favor de los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, y a las sentencias ya citadas cabe añadir, entre otras, las SSTS de 13 de septiembre de 2012 (RCA 48/2011 ), 15 de octubre de 2012 (RCA 64/2011 ), 10 de diciembre de 2012 (RCA 138/2011 ), 29 de enero de 2013 (RCA



232/2012 ), 25 de junio de 2013 (RCA 252/2012 ), 1 de julio de 2013 (RCA 305/2012 ), 13 de enero de 2014 (RCA 357/2012 ), 3 de abril de 2014 (RCA 444/2014 ), y otras, que efectúan los siguientes razonamientos:

« [...] La práctica eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a la tarifa regulada, sin competir en precios con el resto de agentes en el mercado, es de suyo una ventaja sobre los operadores del sector eléctrico sujetos a las vicisitudes de la libre competencia, ventaja cuyo reverso lo constituye precisamente, entre otras, la posibilidad de alteración de las medidas administrativas ante cambios de las circunstancias ulteriores (con el respeto a unos mínimos de rentabilidad que en este momento no es el caso recordar).

Los agentes u operadores privados que renuncian al mercado, aunque lo hagan más o menos inducidos por una retribución generosa que les ofrece el marco regulatorio, sin la contrapartida de la asunción de riesgos significativos, sabían o debían saber que dicho marco regulatorio, de carácter público, aprobado en un determinado momento, del mismo modo que era coherente con las condiciones del escenario económico entonces vigente y con las previsiones de demanda eléctrica realizadas entonces, no podía ulteriormente ser ajeno a las modificaciones relevantes de los datos económicos de base, ante las cuales es lógica la reacción de los poderes públicos para acompañarlo a las nuevas circunstancias. Si éstas implican ajustes en otros muchos sectores productivos, con obvias dificultades para su actividad, no resulta irrazonable que aquéllos se extiendan también al sector de las energías renovables que quiera seguir percibiendo las tarifas reguladas en vez de acudir a los mecanismos de mercado (contratación bilateral y venta en el mercado organizado). Y ello tanto más ante situaciones de crisis económica generalizada y, en el caso de la energía eléctrica, ante el crecimiento del déficit tarifario que, en una cierta parte, deriva del impacto que sobre el cálculo de los peajes de acceso tiene la retribución de aquéllas por la vía de la tarifa regulada, en cuanto coste imputable al sistema eléctrico. » .

Los reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia han establecido con claridad que los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima no obstan a que el titular de la potestad reglamentaria, introduzca cambios y modificaciones en el régimen retributivo de las energías renovables, dentro del respeto al límite de la rentabilidad razonable fijado por la Ley 24/1997.

A estos 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 constitucional 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».

Entre las circunstancias concurrentes que justifican la reforma del régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica 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 la tendencia al 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 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, 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 que dicha 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».

#### **SÉPTIMO.- Sobre los principios de proporcionalidad y estabilidad regulatoria.**

El motivo noveno del recurso alega que el RD 413/2014, en aplicación conjunta con la Orden IET, atentan contra los principios legales de proporcionalidad y estabilidad regulatoria. En concreto, invoca la parte recurrente lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que dispone que en el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica y critica las medidas establecidas en el Real Decreto y en la Orden IET mencionadas respecto a la generación de electricidad mediante cogeneración, por tratarse de medidas que dañen de forma creciente la rentabilidad de las actividades de cogeneración alternando continuamente el régimen al que los cogeneradores sujetan su actividad.

Aunque la fundamentación del motivo se limita a la anterior afirmación, podemos reiterar lo que hemos expresado en precedentes ocasiones, como en las sentencias de 16 y 18 de marzo de 2015, -en relación con la impugnación de la Orden IET/221/2013- «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».

En la medida en que la queja de la parte recurrente se sustenta en los sucesivos cambios de las condiciones regulatorias operados, cabe concluir sobre la inviabilidad de las alegaciones deducidas, por referirse esencialmente a los criterios de oportunidad y conveniencia en la elección del modelo retributivo conveniente en cada momento, que no compete enjuiciar a este Tribunal.

Al margen de lo que ya hemos declarado en las reseñadas sentencias, la alegación sobre los principios de estabilidad regulatoria y de proporcionalidad no presentan fundamento pues, además del carácter genérico del planteamiento, 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 en este caso, que se reflejan en el Preámbulo del Real Decreto-ley 9/2013, puedan hacer necesario la adopción de ajustes en el marco normativo, esto es, la realización de 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 al reseñado Real Decreto-ley 9/2013, en la STC 270/2015, al indicar que «la estabilidad regulatoria es compatible con los cambios regulatorios, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras de interés general».

Como antes hemos expuesto, las reformas acometidas en el Real Decreto 413/2014 y en la Orden IET 1045/2014 impugnadas, 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 déficit estructural y al riesgo de quiebra del sistema eléctrico, y en el Real Decreto-ley 9/2013, cuya constitucionalidad ha sido declarada por el TC, se hace mención al grave contexto económico existente, circunstancias que determinaron la necesidad de acometer las modificaciones del régimen jurídico y económico de modo inmediato, en atención a la grave situación económica existente.

En fin, la necesidad de la reforma del régimen retributivo se justifica a través de datos y razones de carácter objetivo, sin que la parte recurrente haya acreditado que las singulares medidas resulten desproporcionadas o no resulten adecuadas a la legítima finalidad perseguida. La parte recurrente se limita a afirmar en su demanda que existen otros métodos o sistemas retributivos diferentes y menos gravosos, que permiten obtener los mismos resultados, si bien, como ya hemos indicado, el juicio de oportunidad o de conveniencia es ajeno



a los cometidos de esta Sala, que debe ceñirse a examinar las disposiciones impugnadas desde la única perspectiva de su legalidad, y en este plano y atendiendo a los principios jurídicos aplicables, singularmente el de proporcionalidad, es claro que no cabe formular objeción a las medidas contempladas en el Real Decreto y en la Orden impugnadas.

Por lo tanto, no podemos acoger las alegaciones relativas a la falta de proporcionalidad del RD 413/2014 y la Orden IET impugnadas, que no examinan ni ponen en relación las medidas adoptadas por las disposiciones generales recurridas y la situación a que tratan de poner remedio, a que antes se ha hecho referencia, descrita por el Preámbulo de la Ley 24/2013, que indica que en la última década se ha acumulado un déficit estructural en el sector eléctrico, que en la fecha de promulgación de la citada Ley alcanzaba una deuda acumulada de veintiséis mil millones de euros y un déficit estructural de diez mil millones de euros anuales, cuya no corrección conllevaba el riesgo de quiebra del sector eléctrico.

No apreciamos, por tanto, la infracción por las disposiciones impugnadas de los principios de proporcionalidad y estabilidad regulatoria.

#### **OCTAVO.- Sobre los objetivos de la Directiva 2012/72/CE y la vulneración del Derecho de la Unión Europea.**

La parte recurrente alega en el motivo décimo de la demanda que las normas impugnadas no hacen sino consolidar un modelo retributivo, cuyo efecto es obstaculizar la consecución de los objetivos de eficiencia energética introducidos por la Directiva 2012/72/CE, entre otras normas europeas. Añade que las disposiciones impugnadas, al margen de lesionar otros derechos de la recurrente, ponen en riesgo de forma evidente la consecución de importantes objetivos de política energética europea, consistentes en el fomento de medidas de eficiencia energética, siendo estos objetivos no solo políticos, sino también jurídicos.

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

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

De modo que si bien conforme a las Directivas 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al fomento de la energía procedente de fuentes renovables, y 2012/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, relativa a la eficiencia energética, los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a velar por el fomento y eficiencia 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 incentivos de estas fuentes de energía, y para establecer los sistemas de apoyo que estime coherentes con la sostenibilidad y eficiencia del sector eléctrico, con el fin de cumplir dichos objetivos.

Tampoco puede entenderse, con carácter general, que la modificación operada por el RD y la Orden impugnadas no esté orientada a apoyar la generación de energía renovable y su eficiencia, 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 artículo 1 del RD-Ley 9/2013 y se reafirma en los artículos 16 y 17 del Real Decreto 413/2014 .

Además, las medidas de fomento para el uso de energía procedente de fuentes renovables, y entre ellas las medidas de apoyo que de conformidad con el artículo 3.3 de la Directiva 2009/28/CE pueden aplicar los



Estados miembros, tienen un carácter instrumental, pues como resulta del artículo 3.2 de la citada Directiva 2009/28/CE, su adopción por los Estados miembros tiene por finalidad "garantizar que la cuota de energía procedente de fuentes renovables sea igual o superior a la que figura en la trayectoria indicativa establecida en el anexo I, parte B", debiendo señalarse al respecto que el Preámbulo de la Ley 24/2013 cita, entre las circunstancias concurrentes que justifican la reforma del régimen retributivo de las tecnologías de producción a partir de fuentes de energía renovable, 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, limitándose la parte recurrente a señalar una situación de riesgo en la consecución de los objetivos de política energética europea, pero sin tener en consideración ni hacer la menor indicación o mención en su demanda a datos sobre la trayectoria seguida en el cumplimiento de los objetivos nacionales establecidos por la Directiva 2009/28/CE.

Procede, en consecuencia, rechazar también este motivo.

#### **NOVENO.- Conclusiones y costas.**

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse los motivos de impugnación alegados, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil FRÍAS NUTRICIÓN, 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.

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

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **Primero.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo** interpuesto por la representación procesal de la mercantil FRÍAS NUTRICIÓN, 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. **Segundo.- No procede hacer expresa imposición de las costas** procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

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

Así se acuerda y firma.

Luis María Díez-Picazo Giménez Eduardo Espin Templado José Manuel Bandres Sánchez-Cruza José María del Riego Valledor Ángel Arozamena Laso

#### **VOTO PARTICULAR**

**VOTO PARTICULAR** que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo ordinario 1/772/2014.

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

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

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



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

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

Esta Sala tiene ya una larga jurisprudencia en la que ha declarado la conformidad a derecho de normas dictadas en el sector de la electricidad y que modificaban la regulación de aspectos importantes del mismo, afectando a relaciones jurídicas vivas, algunas de ellas referidas precisamente al mismo sector de las energías renovables de que ahora se trata.

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

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

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

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

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





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

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

Las previsiones de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013 son recogidas de nuevo por la disposición final tercera de la nueva Ley del Sector eléctrico de 2013. Así, en ella se reitera que el nuevo modelo se aplicará a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos que tuvieran retribución primada "a la entrada en vigor del Real Decreto-ley" y que será de aplicación "desde la entrada en vigor del mismo". Y añade dos previsiones de interés: por un lado, precisa más la rentabilidad razonable "a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación", estableciendo que el diferencial sobre el referido rendimiento medio de las obligaciones del Estado en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, sería de 300 puntos básicos; por otro lado, establece en el apartado 4 que "en ningún caso podrá resultar de dicho nuevo modelo retributivo la reclamación de las retribuciones percibidas por el energía producida al 14 de julio de 2013, incluso si se constatare que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad".

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

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

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

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

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



inequívoco imperativo legal a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, es proyectado al pasado y se aplica desde que las instalaciones comenzaron su andadura.

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

Como se deduce de lo expuesto, el nuevo sistema se aplica con una retroactividad plena y absoluta, en completa contradicción con la previsión legal de que el mismo ha de aplicarse a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013. Ciertamente es, como no podría dejar de ser, que el nuevo sistema se pone en marcha sólo una vez aprobado mediante la promulgación y publicación del Real Decreto-ley 9/2014 (lo cual es una mera tautología), pero el sistema en sí mismo se aplica como si hubiera estado en vigor desde el momento de que cada instalación comenzó su vida regulatoria. A mi juicio, tal proyección retroactiva, prescindiendo de la aplicación *in tempore* del sistema vigente antes del citado Real Decreto-ley, como si el mismo no hubiera existido y siendo la nueva regulación manifiestamente más desfavorable para las instalaciones afectadas, es gravemente atentatoria a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que los ciudadanos y las personas jurídicas tienen en que se les respetará la aplicación efectuada de la legislación que existió en cada momento (fuera, claro, de una hipotética aplicación retroactiva de normas más favorables, sean o no de carácter sancionador).

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

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

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

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

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

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



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

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

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

El preámbulo del Real Decreto-ley determina que su objeto es evitar la ,sobre-retribución, de determinadas instalaciones de régimen especial, sin que los principios invocados por los recurrentes -seguridad jurídica y confianza legítima- puedan constituir un obstáculo insalvable para que el titular de la potestad legislativa pueda introducir medidas de carácter general que impliquen una alteración de determinados aspectos del régimen retributivo anterior. Estamos pues ante una norma clara, que no genera duda sobre sus efectos, los presupuestos de hecho a los que se aplica o sus consecuencias jurídicas, por lo que, ni desde una vertiente objetiva ni desde una subjetiva genera incertidumbre sobre su alcance. En una situación de crisis económica generalizada, modificaciones análogas a la presente han sido llevadas a cabo en éste y en otros sectores económicos, que, además, están sometidos a una intervención administrativa más intensa, dada su incidencia en los intereses generales, como lo es la actividad de producción de energía eléctrica. Ello hace particularmente inviable la pretensión de que los elementos más favorables de su régimen económico estén investidos de una pretensión de permanencia e inalterabilidad en el tiempo, pues es precisamente la protección de esos intereses generales la premisa que obliga a los poderes públicos a adaptar su regulación al cambio de las circunstancias." (fundamento jurídico 7)

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

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

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



transitorio, hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo.

El desarrollo reglamentario de este nuevo régimen retributivo, previsto en la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013 y reiterado en la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector eléctrico, se ha llevado a cabo a través del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y con ello ha cesado la aplicación del régimen transitorio previsto en la disposición transitoria tercera. Como ya afirmamos en las SST 96/2014, FJ 3 c) y 183/2014, FJ 2, lo sucedido durante estos meses es que las instalaciones existentes han recibido los pagos procedentes de #liquidaciones a cuenta# del nuevo sistema, emitidas al amparo de ese régimen transitorio. Este fue previsto al objeto de mantener los flujos retributivos de las instalaciones, evitando los perjuicios que hubiera causado la demora en el desarrollo reglamentario. Una vez aprobadas las disposiciones normativas necesarias para la aplicación definitiva del nuevo régimen retributivo, se procederá a practicar una regularización correspondiente por los derechos de cobro o en su caso las obligaciones de pago resultantes de la aplicación del vigente sistema retributivo, con efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, tal y como establece su disposición final segunda, .

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

Procede ahora recordar que el límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes que el art. 9.3 CE garantiza, se circunscribe a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, nada impide al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, ya que de lo contrario se podrían producir situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico (STC 49/2105, de 5 de marzo, FJ 4). Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3, y 65/1987, de 21 de mayo, FJ 19), lo que se prohíbe en ese art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, de 2 de noviembre, FJ 9], de forma que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del art. 9.3 CE cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas [STC 99/1987, FJ 6 b)], supuesto en el que la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. Por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

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

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

De este modo una medida normativa como la impugnada no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE, pues nos hallamos ante relaciones jurídicas no concluidas, cuya resistencia a la retroactividad de la ley es menor que en los supuestos de retroactividad auténtica, debiendo reconocérsele al legislador un



amplio margen de libertad en la constatación de la concurrencia de circunstancias concretas y razones que pudieran ser discutibles en el debate político, pero que, desde el punto de vista constitucional, aparecen como suficientes para justificar la retroactividad impropia ante la que nos encontramos.

No estamos, en suma, ante una norma sancionadora o restrictiva de derechos, ni ante una regulación que afecte a una situación ,agotada,, consolidada, perfeccionada o patrimonializada -en los términos utilizados por nuestra jurisprudencia- que haya sido revertida *in peius* con efecto retroactivo, por lo que no concurre un supuesto de retroactividad constitucionalmente prohibida, y, en consecuencia, no se produce una vulneración del art. 9.3 CE ." (fundamento jurídico 7)

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

Por lo demás, el voto particular del magistrado Xiol Rius -más enfocado a la problemática planteada en este voto particular- es coincidente con la posición mayoritaria, si bien echa en falta un tratamiento más pormenorizado del principio de confianza legítima. Así, entiende también que no se ha producido vulneración del citado principio, puesto que los cambios se insertan "en el marco de un proceso normativo que, como ya se ha expuesto anteriormente, tiene su arranque en el año 2.007", y que no afecta a "las legítimas expectativas de los interesados a las que en este concreto caso daba protección el principio de confianza legítima aparecen vinculadas a la existencia de un sistema de incentivos estatales primados para este tipo de producción de la energía eléctrica, cuya concreción queda al desarrollo reglamentario, y que dicho sistema tuviera como objetivo conseguir unas tasas de rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales".

Y continúa

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

a. Los elementos de la retribución específica.

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

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

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

"[...]"

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

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

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

"3. En los términos previstos en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, para el establecimiento de ese nuevo régimen retributivo la rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada



en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, de las Obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos, todo ello, sin perjuicio de su ulterior revisión en los términos legalmente previstos."

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

c. La prohibición de reclamación de retribuciones ya percibidas.

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

"4. En ningún caso podrá resultar de dicho nuevo modelo retributivo la reclamación de las retribuciones percibidas por la energía producida con anterioridad al 14 de julio de 2013, incluso si se constatare que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad."

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

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

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

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

**SEXTO** .- Conclusión.

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

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

Eduardo Espin Templado

**PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia y votos particulares, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.