



Roj: **STS 3551/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3551**

Id Cendoj: **28079130032016100295**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/07/2016**

Nº de Recurso: **543/2014**

Nº de Resolución: **1788/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 15 de julio de 2016

Esta Sala ha visto el presente recurso contencioso-administrativo con el número 1/ 543/2014 y acumulado 1/549/2014 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Argimiro Vázquez Guillén y de la mercantil "Hidroeléctrica del Giesta, S.A", bajo la dirección Letrada de Don Fernando Rodríguez Alfonso 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 del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Ha sido parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por medio de escritos que tuvieron entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el 20 de agosto de 2014, el representante legal de la sociedad "Hidroeléctrica del Giesta" interpuso inicialmente recurso contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y posteriormente un nuevo recurso contra la Orden Ministerial IET/1045/2014, de 16 de junio, ambos recursos se acumularon.

Los motivos de impugnación son los siguientes:

A) Motivos de impugnación del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

1º El Real Decreto 413/2014 incurre en una retroactividad prohibida al incidir sobre derechos consolidados y patrimonializados, puesto que para el periodo inmediatamente anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 los titulares de instalaciones en régimen especial ya habían patrimonializado el derecho a percibir una retribución en los términos fijados por la normativa anterior y, sin embargo, la nueva rentabilidad razonable fijada en el nuevo marco normativo se aplica a las instalaciones existentes y a toda su vida útil.

Y dicha retroactividad vulnera el derecho de la Unión Europea al no existir justificación para ella y vulnerar la confianza legítima.

2º El Real Decreto impugnado infringe los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

Considera que la reforma operada supone una subversión total del régimen especial que regulaba la producción de energía a partir de fuentes renovables porque al tener en cuenta los ingresos recibidos hasta su entrada en vigor por cada instalación se suplanta totalmente el régimen vigente en el momento de acometerse las inversiones por el nuevo régimen. Y porque la nueva regulación supone un cambio en la orientación de la inversión, al cambiar la retribución por la producción de energía a un sistema que no prima eficiencia sino la potencia instalada.



Subsidiariamente, se considera que no concurren en el presente caso los presupuestos habilitantes del riesgo regulatorio, pues no existían circunstancias excepcionales de índole económica y tecnológica que justifique la ruptura de la seguridad jurídica.

Y porque el Real Decreto no dispone de un verdadero régimen transitorio para las instalaciones existentes, pues el nuevo marco retributivo se aplica con efectos retroactivos y desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 sin prever una adaptación progresiva. El desamparo se ha visto incrementado por el hecho de que la nueva regulación dejaba la concreción de los parámetros retributivos de las distintas instalaciones a una futura Orden Ministerial, sin que durante 11 meses, los titulares de las instalaciones afectadas por el cambio normativo, hayan podido conocer la magnitud de la reforma ni el alcance económico de la misma.

Y finalmente porque los artículos 19 y 20 del Real Decreto establecen la posibilidad de que al final de cada periodo regulatorio se modifiquen los parámetros retributivo, salvo la vida útil regulatoria y el valor estándar de la inversión inicial.

3º Se vulnera el principio de igualdad establecido en el art. 14 de la Constitución Española .

4º Se vulnera la normativa comunitaria en materia de Energía.

Considera que el Real Decreto impugnado no cumple con el objetivo fijado en el art. 194 del TFUE (fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el de desarrollo de energías nuevas y renovables). Y la Directiva 2009/28/CE impone a los Estados miembros la adopción de una serie de medidas de fomento a las energías renovables y los objetivos a alcanzar (un 20% para el año 2020) y medidas de fomento (acceso y funcionamiento de la red, a su despacho prioritario o acceso garantizado) mientras que el RD impugnado adopta medidas que desincentivan la producción de energía eléctrica.

Por ello solicita el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE.

5º El sistema retributivo penaliza a las instalaciones más eficientes, especialmente la eólica, pues dada su eficiencia técnica y económica y los ingresos acumulados por estas instalaciones hacen que conforme al nuevo régimen numerosas instalaciones no tengan derecho a complemento alguno al precio del mercado.

6º Se impugnan diversos preceptos concretos del Real Decreto 413/2014, en concreto los siguientes:

a) la rentabilidad razonable está referida a una inversión estándar y no a la verdadera inversión de la instalación, lo que vulnera el principio de igualdad, por lo que entender debe anularse los artículos 13.2.a, 19.1 y concordantes.

b) la referencia a la rentabilidad del bono del Estado no es adecuada, entendiendo que, tal y como solicitó la CNE en su informe de 4 de septiembre de 2013, la rentabilidad razonable debería establecerse con base en el coste medio ponderado del dinero (WACC). Por ello solicita la nulidad de los artículos 19.1 , Disposición Adicional Primera apartado segundo y la Disposición Adicional segunda apartado quinto y "procede la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 9/2013 y el art. 14.7 de la Ley 24/2013 ".

c) la rentabilidad razonable se establece como un parámetro revisable, lo que produce en el inversor y en el titular de la instalación una latente desconfianza que imposibilita la previsión de los beneficios que obtendrá más allá del periodo regulatorio, lo cual es contrario al principio de seguridad jurídica y de confianza legítima, por lo que solicita la declaración de nulidad de los artículos 15 y 19 del Real Decreto y solicita el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del art. 14.4 de la Ley 24/2013 .

d) la rentabilidad razonable se calculará para una empresa "eficiente y bien gestionada", que es un concepto jurídico indeterminado que únicamente puede concretarse en base a los criterios económicos dispuestos en la Orden IET/1045/2014, lo cual ha generado en sus destinatarios incertidumbre regulatoria que vulnera el principio de seguridad jurídica establecido en el art. 9.3 CE .

e) sobre la determinación de la instalación tipo. Las instalaciones tipo no se definen hasta la orden, lo que rebaja el rango normativo a través del cual se establece la regulación y la regulación que hace dicha orden produce resultados arbitrarios, pues para una tecnología dada, el valor de la inversión, los ingresos y los gastos futuros quedan unívocamente determinados por la fecha del acta de puesta en marcha.

f) sobre la vida útil regulatoria de las instalaciones y el año de referencia para la fijación del régimen.

De conformidad con el art. 28 del Real Decreto el régimen retributivo específico comenzará a devengarse desde la fecha más tardía de estas dos:

-el primer día del mes siguiente a la fecha de la autorización de explotación definitiva de la instalación,



o

- el primer día del mes siguiente al de la fecha de inscripción en el registro de régimen retributivo específico en estado de preasignación.

No obstante, para las instalaciones con derecho a la percepción de régimen económico primado a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 9/2013 se considerara que la fecha de inicio para la contabilización de la vida útil es el 1 de enero del año siguiente al de la autorización de explotación definitiva de la instalación (Disposición Adicional Segunda apartado 6).

Sin embargo, la fecha a tener en cuenta para la inclusión en una determinada IT de la clasificación no puede ser, a juicio de la parte recurrente, la de la autorización de la explotación, pues ello supondría tomar en consideración como fecha de inicio del régimen primado una fecha que puede ser muy anterior en el tiempo a aquella en la que efectivamente se empiezan a reconocer y percibir ingresos del sistema, debido a la exigencia del acta de puesta en marcha definitiva, habiéndose dado el caso práctico de que la instalación no estuviese recibiendo retribución primada alguna en la fecha tenida en cuenta por el Real Decreto.

Ello produciría el efecto, según la parte recurrente, de reducir de modo injustificado el periodo de retribución primada otorgándole una vida útil menor a la dispuesta para esta instalación y presumir erróneamente que han recibido más retribución de la prevista, con los consiguientes efectos sobre su retribución futura,

Por todo ello, solicita la nulidad del art. 28 del Real Decreto en el sentido de considerar como fecha relevante a los efectos de la oportuna clasificación la fecha en que comienza efectivamente a percibir ingresos del sistema.

g) Sobre la imputación temporal de la inversión realizada. El Anexo XIII del real Decreto 413/2014 señala en el apartado f) que la inversión de la instalación tipo se imputa el 1 de enero del año siguiente al de la autorización de explotación definitiva. A juicio de la parte recurrente, esta forma de imputar la inversión es ajena a la realidad, pues la construcción empieza mucho antes de la obtención de la autorización de explotación definitiva y el año de puesta en marcha es cuando la inversión es menor, siendo mayor en los dos años anteriores.

h) Sobre los costes de explotación. El art. 13.3 del Real Decreto 413/2014 y el art. 14.7 de la Ley del Sector Eléctrico excluye de los costes e inversiones los imputables a normativa local o autonómica, como puede ser el canon eólico creado por la Ley 8/2009 en Galicia, lo que, a su juicio, supone desconocer la comunicación de la comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales al compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general, que afirma que los costes que se tendrán en cuenta son "todos los costes" relativo al servicio de interés económico general. Previsión que, a juicio de la parte recurrente, es contrario al principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución , in que ni la exposición de motivos de la Ley ni el Real Decreto se justifique este tratamiento injustificado y discriminatorio.

i) Sobre la valoración de los ingresos percibidos por las instalaciones. La consideración de los ingresos teóricos futuros de una instalación, en vez de los reales percibidos, provoca una falta de ajuste con la verdadera realidad e incurre en arbitrariedad. Considera que dichos ingresos, a efectos del cálculo de la retribución a la inversión, coinciden con los de la instalación tipo asignada en función de la fecha del acta de puesta en marca aplicando un coeficiente por tecnología y unos límites en los valores de ajuste. Tales puntos de partida son inmotivados y carecen de cualquier sustrato técnico o material. Y el Real Decreto para fijar el nivel de ingresos de la instalación, como es la consideración de los precios medios anuales en los mercados diario e intradiario, es injustificado por ser estos precios ajenos a los productores y el efecto pernicioso que se provoca en ese precio por la participación de la energía renovable. Por tanto, la media aritmética anula del precio marginal del mercado no es el precio medio al que vende la instalación a mercado y es siempre mayor que el precio medio anual efectivamente percibido por los parques eólicos y las centrales hidroeléctricas.

Por todo ello considera que los ingresos de explotación deben ser los correspondientes a una instalación concreta.

j) Sobre la pérdida de la prioridad de despacho. La prioridad de despacho, junto con la prioridad de conexión y acceso, es uno de los derechos de los productores de energías renovables que el Derecho Europeo garantiza, así se establece en el art. 16.2 de la Directiva, sin embargo el art. 6.3 del Real Decreto 413/2014 establece la prioridad de despacho "a igualdad de condiciones económicas en el mercado", lo que deja vacío de contenido el derecho a la prioridad de despacho de los productores de energía renovables.

k) Sobre las horas mínimas y umbrales de funcionamiento. El artículo 21 del Real Decreto 413/2014 establece unos umbrales de horas de funcionamiento que las instalaciones deben alcanzar para tener derecho al régimen retributivo y si no se alcanza unos horas mínimas de funcionamiento la retribución que percibirán estará sujeta



a una serie de minoraciones, lo que, a su juicio, supone una novedad del nuevo régimen retributivo en relación con las instalaciones ya existentes lo que supone afectar de forma retroactiva los derechos adquiridos por estas. Y en segundo lugar, ello podría dar lugar a que la instalación nunca llegue a percibir la remuneración que le corresponde. Las instalaciones dependen de las precipitaciones o del viento. Entiende por ello que esta previsión vulnera el art. 9.3 de la CE por incurrir en una retroactividad prohibida.

Por todo ello solicita la nulidad de pleno derecho de la norma impugnada y subsidiariamente la nulidad de los artículos 6.2, 13.2 párrafo 1, 13.2.a), 13.3, 15, 16, 19 y 21 y las Disposiciones Adicionales Primera apartado segundo y Segunda apartado quinto del Real Decreto 413/2014.

B) Motivos de impugnación de la Orden Ministerial IET/1045/2014, de 16 de junio.

1º Vulneración de la prohibición de arbitrariedad (art. 9.3 CE).

Aprueba esta vulneración en los siguientes extremos:

a) Se desconoce la metodología empleada en la elaboración de la Orden, porque se desconocen los datos, cálculos y metodología aplicados por el Ministerio para la elaboración de clasificación de las instalaciones tipo y para la determinación de los parámetros retributivos aplicable a cada una de ellas. Prueba de ello es que se encargaron dos informes a las compañías Boston Consulting Group SL y Roland Berger Strategy Consultants SA, el primero no se realizó y el segundo está fechado varios meses después de la entrada en vigor de la Orden impugnada.

b) Los parámetros retributivos fijados por la orden son arbitrarios y no se corresponden con la realidad de las instalaciones afectadas.

Varios son los parámetros que cuestiona:

b.1 La determinación de la instalación tipo aplicable, pues las instalaciones hidroeléctricas entre >1MW- 10MW tienen asignadas las instalaciones tipo IT-00747- IT-00769, y tal y como se observa en el Anexo I de la Orden el único criterio determinante de la asignación de una u otra instalación tipo es el año de autorización de explotación definitiva. Considera que este criterio de determinación de las instalaciones tipo es arbitrario por cuanto el valor de la inversión, los ingresos y los gastos futuros quedan determinado por la fecha del acta de puesta en marcha, lo cual no es justificable, pues dos instalaciones que se pusieron en marcha el mismo año pueden tener diferentes costes de inversión que pueden depender de otros factores (complejidad de la obra civil a ejecutar al no existir dos centrales hidroeléctricas iguales, la complejidad y coste de los acuerdos con los propietarios de los terrenos, requisitos ambientales, la tramitación administrativa).

b.2 Sobre la vida útil y el valor de inversión inicial de las instalaciones. Considera que el valor estándar de la inversión inicial de cada instalación tipo definido en el Anexo VII de la Orden, se han tenido en consideración equipos principales nuevos, así como el resto de los equipos y sistemas electromagnéticos, de regulación y control, equipos de medida y líneas de conexión, incluyendo su transporte, instalación y puesta en marcha, junto con la partida de ingeniería y dirección de obras asociadas, entre otras partidas. La recurrente entiende, sin embargo, que "unas explicaciones escuetas y genéricas" no son motivación suficiente al tratarse de un parámetro esencial.

b.3 Aplicación de las horas mínimas de funcionamiento y umbrales. Alega desconocer el método utilizado para el cálculo de las horas equivalentes y los umbrales y los valores no se corresponden con la realidad de la operativa de las instalaciones. En el caso de la recurrente sus cuatro instalaciones pertenecen al grupo b.4.1 y tienen asignadas las mismas horas mínimas y umbrales de funcionamiento que las instalaciones de los mismos años del grupo b.4.2, lo que lo considera injustificado. Y ello es un ejemplo del carácter retroactivo de la Orden pues se está aplicando a valores de horas equivalentes y umbrales de funcionamiento a años en los que la Orden no estaba en vigor. Por ello considera que el art. 7 de la orden y el Anexo II son contrarios al principio de arbitrariedad y a la prohibición de retroactividad, recogidos en el art. 9.3 CE.

b.4. Sobre el año de referencia para la fijación del régimen. De acuerdo con la Disposición adicional segunda de la Orden, las referencias incluidas en la misma a la autorización de explotación se entenderán realizadas, en su caso, a la acta de puesta en marcha, por tanto, el año de autorización de explotación, al que se refiere el anexo I de la orden en la clasificación de las instalaciones tipos, se entiende que es el del acta de puesta en marcha, lo que significa que se ha considerado que al obtener el acta de puesta en marcha las instalaciones comenzaron a percibir la retribución correspondiente, pero en el régimen anterior (RD 661/2007) el acta de puesta en marcha era una condición necesaria pero no suficiente para obtener el reconocimiento del régimen primado, por lo que las instalaciones no percibían primas hasta varios meses después de haber obtenido el acta de puesta en marcha definitiva, por lo que al tener en cuenta la clasificación los años transcurridos desde el acta de puesta en marcha como años durante los que se ha percibido retribución del sistema, se presume



erróneamente que han recibido más retribución de la prevista con los efectos sobre la retribución futura. Por todo ello, alega que los ingresos por venta de energía a un precio primado que se recogen para cada instalación tipo no son reales, puesto que al tomar como referencia el acta de puesta en marcha, incluyesen ingresos que, en realidad, nunca se llegaron a percibir, reduciendo su vida útil.

b.5 Sobre la exclusión de determinados costes. A su juicio no existe explicación lógica y razonable que justifique el hecho de que no se hayan tenido en cuenta "todos los costes" de la instalación, al excluir aquellos que no sean de aplicación en todo el territorio nacional. No existe justificación lógica y razonable que explique porqué se toman en consideración el impuesto de generación eléctrica previsto en la Ley 15/2013 y no el canon eólico creado por la Ley 8/2009 de aprovechamiento eólico gallega.

Y en el Anexo III tampoco se contempla el incremento en los costes de explotación a medida que transcurre la vida de la instalación. Las instalaciones sufren desgastes derivados de su operación y los costes de mantenimiento se incrementan con el tiempo, sin que dicho Anexo ni en el detalle de los costes de las instalaciones tipo se refleje este hecho.

b.6 Sobre la valoración de los ingresos percibidos por las instalaciones y el precio de mercado. La Orden atribuye a cada instalación tipo un valor relativo a los ingresos percibidos que resulta de aplicación a todas y cada una de las instalaciones concretas que se incluyan en dicha IT, con independencia de los ingresos reales que efectivamente haya obtenido hasta ese momento y obtenga en el futuro mediante la venta de su energía en el mercado eléctrico.. Dichos ingresos a efectos del cálculo de la retribución a la inversión coinciden con los de la instalación tipo asignada en función de la fecha del acta de puesta en marcha y se aplica un coeficiente por tecnología para tener en cuenta que la media del precio de venta de la instalación tipo será inferior al precio medio del mercado (coeficiente de apuntamiento) y unos límites en los valores de ajuste que reducen la cantidad que recuperará la instalación por este concepto. Tales puntos de partida, son a juicio de a parte recurrente, absolutamente inmotivado y contradicen la realidad.

Considera que el coeficiente de apuntamiento es el cociente entre el precio medio al que la teórica instalación tipo vendería su energía dividido por el precio medio de mercado, pero este valor solo se puede calcular a posteriori y será diferente para cada instalación y para cada año. En consecuencia los valores de ingresos dispuestos para cada una de las IT no se ajustan a la verdadera realidad de lo percibido y, por lo tanto, resultan arbitrarios.

La media aritmética anual del precio marginal del mercado no es el precio medio al que vende la instalación a mercado y es siempre mayor que el precio medio anual efectivamente percibido por los parques eólicos y las centrales hidroeléctricas, solo deberían utilizar los ingresos que se obtienen en su explotación.

2º Nulidad de la norma habilitante: El Real Decreto 413/2014 es nulo de pleno derecho. Se remite a los motivos de impugnación de este Real Decreto.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de fecha 1 de octubre de 2014 se tiene por personado y parte recurrente al Procurador de los Tribunales Don Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de la mercantil "Hidroeléctrica del Giesta, S.A", y se admite a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte, requiriéndose a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo en los términos que establece el artículo 48 de la Ley de esta Jurisdicción (Ley 29/1998, de 13 de julio), y que practique los emplazamientos previstos en el artículo 49 de dicha Ley . Asimismo se acuerda la publicación de oficio del anuncio de la interposición del recurso en el Boletín Oficial del Estado.

TERCERO.- Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el día 3 de julio de 2015 la representación procesal de "Hidroeléctrica del Giesta", formuló escrito de demanda, en el recurso 543/2014, alegando los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: <<[...] (i) estime la misma y dicte sentencia por la que se declare la disconformidad a Derecho de la disposición impugnada y declare su nulidad de pleno derecho, (ii) subsidiariamente, y para el caso que no estimase la anterior pretensión principal de nulidad, declare la nulidad de los artículos 6.2 , 13.2. párrafo 1 º, 13.2.a), 13.3, 15, 16 , 19 y 21 y las Disposiciones adicionales primera apartado segundo y segunda apartado quinto del Real Decreto 413/2014 en los términos interesados en esta demanda.

Otrosí Dice Primero. Solicita planteamiento cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Otrosí Dice Segundo. Solicita planteamiento de Cuestión de inconstitucionalidad

Otrosí Dice Tercero. Cuantía de este recurso es indeterminada.

Otrosí Dice Cuarto. Se solicita trámite de conclusiones>>.



En el recurso 549/2014 la representación procesal de "Hidroeléctrica de Giesta", formuló escrito de demanda, alegando los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: <<[...] (i) la disconformidad a Derecho de la disposición impugnada y declare su nulidad; (ii) subsidiariamente, y para el caso que se desestime la pretensión principal de nulidad, declare la nulidad de los artículos 5 y 7, la Disposición Transitoria Primera y los anexos I, II, III y VIII de la Orden.

Primer Otrosí Dice: cuantía indeterminada.

Segundo Otrosí Dice: conclusiones sucintas>>.

CUARTO.- Con fecha 30 de septiembre de 2015 el Abogado del Estado formula su contestación a la demanda, en el recurso 543/2014, en la que tras alegar cuanto estima procedente, se opuso a la misma, interesando a la Sala que: <<[...] resolver este proceso por sentencia que inadmita el principal de la súplica y desestime el recurso en lo demás; O en su defecto desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto. Con costas.

Primer Otrosí Dice: Solicita planteamiento cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Segundo Otrosí Dice: Solicita planteamiento de Cuestión de inconstitucionalidad

Tercer Otrosí Dice: Cuantía indeterminada

Cuarto Otrosí Dice: Se aporta documento.

Quinto Otrosí Dice: No se opone a las conclusiones por escrito.>>

Por el Abogado del Estado se presentó escrito de contestación a la demanda en el recurso 549/2014, en el que tras alegar cuanto estimó procedente, se opuso a la demanda, interesando a la Sala que: <<[...] previos los trámites de ley, suspenda su tramitación previa a votación y fallo, y, en su momento, dicte sentencia por la que sea inadmitido el pedimento 1 de la súplica y desestimando el recurso en lo demás, o , en su defecto y subsidiariamente, sea desestimado en su totalidad el recurso interpuesto, con imposición de las costas a la parte recurrente de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción .

Primer Otrosí Dice: Se opone al recibimiento del proceso a prueba.

Segundo Otrosí Dice: Solicita que se acuerde la acumulación de este proceso al rec. 543/2014 de la misma Sección, interpuesto por la misma parte contra el RD 413/2014 [...]>>.

QUINTO.- La Sala dictó Auto, en fecha 24 de noviembre de 2015, en el que se acuerda acumular al recurso 543/2014 el seguido en esta misma Sala con el número 549/2014, dada la relación de conexidad que existe entre el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, impugnado en el recurso 543/2014 y la Orden IET 1045/2014, de 16 de junio, impugnada en el recurso 549/2014.

SEXTO.- Por providencia de 11 de enero de 2016, se concede a la parte demandante el término de 10 días para que presente escrito de conclusiones sucintas, lo que lleva a cabo por escrito de fecha 2 de febrero de 2016.

Por diligencia de ordenación de fecha 4 de febrero de 2016, se concede, asimismo a la parte recurrida el plazo de diez días a fin de que presente escrito de conclusiones, lo que lleva a cabo en escrito de fecha 10 de febrero de 2016.

SÉPTIMO.- Por providencia de 14 de marzo de 2016 la Sala acordó, oír a las partes sobre la incidencia que pudiera tener en el presente recurso la sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre (BOE nº 19, de 22 de enero de 2016), y presentaron escritos de alegaciones el Abogado del Estado, en fecha 16 de marzo de 2016, y la parte recurrente el 31 de marzo de 2016.

OCTAVO.- Por providencia de 30 de mayo de 2016 se señaló para votación y fallo de este recurso el día 5 de julio de 2016, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado todos los trámites previstos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El representante legal de la sociedad "Hidroeléctrica del Giesta" interpuso inicialmente recurso contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y posteriormente un nuevo recurso contra la Orden Ministerial IET/1045/2014, de 16 de junio, ambos recursos se acumularon.

La empresa recurrente es titular de varias centrales mini-hidráulicas.

SEGUNDO . Causa de inadmisión.



El Abogado del Estado alega la inadmisibilidad del recurso por desviación procesal, por entender que debe existir la necesaria correlación entre la fundamentación jurídica esgrimida y la nulidad que solicita, sin que en la demanda se construya una causa petendi de la nulidad de todo el Real Decreto, tal y como se solicita en la súplica de su demanda, pues su argumentación tan solo afectaría a los artículos por los cuales se aplica el nuevo régimen a las instalaciones que tuvieran derecho a un régimen económico primado.

Debe rechazarse la inadmisibilidad planteada, pues, tal y como afirma la parte recurrente en conclusiones, la pretensión de nulidad y alguno de los argumentos en los que la parte sustenta la nulidad del Real Decreto y la Orden (retroactividad prohibida, vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima) afectan al conjunto de esta norma en la que se regula en su conjunto el nuevo régimen retributivo que se impugna que ha de considerarse como un todo.

Se rechaza la causa de inadmisibilidad.

TERCERO . Motivos de impugnación del Real Decreto 413/2014. Consideración general.

Varias de las cuestiones que suscita la demandante son sustancialmente coincidentes con las planteadas por distintos recurrentes en otros procesos seguidos ante esta misma Sala, por lo que les daremos respuesta reiterando aquí consideraciones que hemos expuesto en nuestras sentencias de 1 de junio de 2016, en los recursos 564/2014 , 650/2015 , 651/2014 , 654/2014 y 787/2014 , en los que se impugnan las mismas disposiciones.

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

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

En efecto, fue el Real Decreto-ley 9/2013, que modificó el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico , el que introdujo los principios y las bases sobre las que se articula el nuevo régimen económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos. Y así se encargó de destacarlo la STC 270/2015 , afirmando que fue el Real Decreto Ley 9/2013 el que << viene a establecer un nuevo régimen retributivo para determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica>> posteriormente asumido por la Ley 24/2013.

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

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

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

Es cierto que este nuevo sistema retributivo requería el necesario desarrollo reglamentario que, respetando las bases y directrices fundamentales fijadas en dichas normas legales, completase el régimen jurídico para la aplicación efectiva a cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica. A tal efecto, la Disposición Final Segunda del RD-ley 9/2013 y la Disposición Final Tercera de la Ley 24/2013 encomendaron al Gobierno la aprobación de un Real Decreto que desarrollase ese régimen jurídico y económico, que finalmente



se llevó a cabo a través del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y que se concretó en los aspectos más técnicos y de detalle por la Orden IET/1045/2014, de 16 de Junio.

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

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

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

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

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

CUARTO. - Sobre el principio de irretroactividad.

La parte recurrente considera que el RD 413/2014 proyecta sus efectos hacia el pasado, pues para calcular la rentabilidad razonable aplicable se retrotrae a los costes de la inversión y a la vida útil de la instalación, lo que supone regular hacia atrás, ya que tiene en cuenta las primas ya recibidas, por lo que se trata de un supuesto de retroactividad prohibida, en el que la retribución cobrada en el pasado mermaría la del futuro.

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

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

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

<<Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3, y 65/1987, de 21 de mayo, FJ 19), lo que se prohíbe en ese art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), y 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9], de forma que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del art. 9.3 CE cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas [STC 99/1987, FJ 6 b)], supuesto en el que la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias



cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. Por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

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

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

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

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

La parte recurrente se limita a señalar que el RD 413/2014 incurre en retroactividad prohibida, sin ninguna indicación ni concreción del precepto o grupo de preceptos de la disposición general impugnada que incurren en la infracción que se denuncia.

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

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

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

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

Por otra parte, los criterios recogidos en la sentencia de esta Sala de 25 de septiembre de 2012 (recurso 71/2011), que reproduce el contenido de sentencias anteriores de 12 de abril y 19 y 26 de junio de ese mismo



año , (recursos 40/2011 , 62/2011 y 566/2010), interpuestos contra el Real Decreto 1565/2010, nos llevan a estimar que el RD ahora impugnado no incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE , pues carece de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, en el sentido de que no anula, ni modifica ni revisa las retribuciones pasadas, percibidas por los titulares de instalaciones de energía renovables bajo la vigencia del régimen del RD 661/2007, sino que el RD impugnado proyecta sus efectos a partir de la entrada en vigor del nuevo régimen retributivo, instaurado por el RD-ley 9/2013, que sustituyó el anterior régimen retributivo.

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

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

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

Es cierto que el nuevo régimen retributivo establecido por el RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, precisaba de su desarrollo reglamentario que determinase los parámetros concretos para su aplicación efectiva a las distintas instalaciones de producción de energía eléctrica, por lo que la disposición transitoria 3ª del RD-ley 9/2013 previó la aplicación con carácter transitorio de los derogados RD 661/2007 y 1578/2008, hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo, es decir, hasta la aprobación del RD 413/204 y Orden IET/1045/2014 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. Pero no debe confundirse, este pago a cuenta previsto en la disposición transitoria 3ª del RD-ley 9/2013 , que está limitado exclusivamente a ese periodo intermedio entre la entrada en vigor del RD-ley (el 14 de julio de 2013), y la aprobación de las normas reglamentarias de desarrollo, con las retribuciones pasadas percibidas bajo la vigencia del RD 661/1997, que quedaron integradas en el patrimonio de los titulares de las instalaciones de forma definitiva y no resultaron afectadas por el nuevo régimen retributivo.

La retribución de ese periodo intermedio o transitorio, durante el que los titulares de las instalaciones percibirán un "pago a cuenta", tampoco incurre en una retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE , como deja claro la STC 270/2015 , que señala sobre esta cuestión que el RD-ley 9/2014 tiene una vigencia inmediata, pues produce efectos a partir de su entrada en vigor, y los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado quedan sujetos a ese nuevo régimen retributivo desde la entrada en vigor del citado RD-ley, sin perjuicio de que la cuantificación precisa de su retribución no se produzca hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente <<y sin que dicha sujeción conlleve una afectación



desfavorable de los derechos adquiridos desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas>>.

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

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

Se alega también la vulneración del principio de seguridad jurídica y el de confianza legítima en cuanto protegen a los ciudadanos ante cambios legislativos que no sean razonables y previsibles y que destruyan su confianza en la permanencia de los efectos de la legislación vigente en un momento determinado, produciendo resultados lesivos y arruinando las expectativas ligadas a inversiones cuantiosas, que la Administración ha avalado e impulsado con su conducta.

Considera que la reforma operada supone una subversión total del régimen especial que regulaba la producción de energía a partir de fuentes renovables porque al tener en cuenta los ingresos recibidos hasta su entrada en vigor por cada instalación se suplanta totalmente el régimen vigente en el momento de acometerse las inversiones por el nuevo régimen. Y porque la nueva regulación supone un cambio en la orientación de la inversión, al cambiar la retribución por la producción de energía a un sistema que no prima eficiencia sino la potencia instalada.

En el análisis de este motivo, conviene empezar por señalar que la STC 270/2015 (FD 7) inicia el examen de la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima por el RD-ley 9/2013, afirmando que esta norma legal no es << una norma incierta o falta de la indispensable claridad, pues cuenta con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados>>. Seguidamente, la indicada STC razona que el principio de seguridad y su corolario, el principio de confianza legítima, no resultan vulnerados por las modificaciones en el régimen retributivo llevadas a cabo por el RD-ley 9/2013, razonando al respecto que:

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

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

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

A este respecto, las medidas cuestionadas implican, ciertamente, una modificación respecto del régimen anterior, decisión que el legislador de urgencia adopta a la vista de la situación en la que se encontraba



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

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

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

Aceptada la conformidad con los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima del nuevo régimen retributivo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, instaurado por el RD-ley 9/2013, debe resaltarse, la modificación del régimen retributivo anterior y su sustitución por uno nuevo no es obra de las normas reglamentarias impugnadas en este recurso, sino de las disposiciones con rango legal que desarrollan. Pero, en todo caso, tampoco cabe apreciar ninguna vulneración de tales principios por las disposiciones impugnadas, desde la perspectiva de la jurisprudencia elaborada por esta Sala.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tampoco puede aceptarse que el nuevo régimen retributivo de las que trae causa el Real Decreto impugnado careciese de un verdadero régimen transitorio, pues ya hemos señalado que el nuevo régimen retributivo



establecido por el RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, precisaba de su desarrollo reglamentario que determinase los parámetros concretos para su aplicación efectiva a las distintas instalaciones de producción de energía eléctrica, por lo que la disposición transitoria 3ª del RD-ley 9/2013 previó la aplicación con carácter transitorio de los derogados RD 661/2007 y 1578/2008, hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo, es decir, hasta la aprobación del RD 413/204 y Orden IET/1045/2014 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.

Y las previsiones destinadas a revisar al final de cada periodo regulatorio los parámetros retributivos, tampoco es imputable a la norma reglamentaria impugnada sino que aparece ya contenida en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, cuyo artículo 14.4 dispone 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 periodos regulatorios" que tendrán una vigencia de seis años. Previsión legal que trata de acomodar las diferentes partidas de ingresos y costes a las variaciones experimentadas durante ese periodo con la finalidad de proteger la sostenibilidad económica y financiera del sistema, pues los ingresos del sistema deben ser suficientes para satisfacer la totalidad de los costes del sistema eléctrico (art. 13.4 de la Ley 24/2013) por lo que anualmente se aprueba una previsión de las diferentes partidas de ingresos y costes del sistema eléctrico para los seis siguientes años (art. 13.6 de la Ley 24/2013). Tampoco puede considerarse contraria al principio de seguridad jurídica y confianza legítima, pues la posible modificación futura, al alza o a la baja, de los parámetros retributivos no solo está contenida en una norma legal clara y precisa en la que se establece su mecanismo de revisión sino que además está justificada por la sostenibilidad del sistema eléctrico, sin que tampoco pueda pretenderse, a tenor de lo ya expuesto anteriormente, la inmutabilidad futura de los parámetros retributivos fijados por estas normas.

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

SEXTO.- Sobre la infracción de los principios de igualdad y no discriminación.

Se alega por la sociedad recurrente la vulneración del principio de igualdad y no discriminación (artículo 14 de la Constitución), y artículo 10 TFUE , que se recogen en los artículos 20 y 21 de la Carta de la Energía. Aduce la recurrente que el Real Decreto que se impugna presenta a lo largo de todo su articulado diversas medidas regulatorias que lejos de crear un marco regulatorio favorable para la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables ha venido a situar a estas instalaciones en una desigualdad manifiesta. Se indica que en la parte segunda de la demanda se hace un análisis más exhaustivo de los artículos y medidas que incumben al principio de igualdad.

El motivo no puede ser acogido pues la demandante formula su alegato de manera escueta, en términos genéricos y sin vincular sus apreciaciones a preceptos concretos, remitiendo a la segunda parte, sin un desarrollo argumental mínimamente consistente.

SÉPTIMO .- Sobre la vulneración del Derecho Comunitario.

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 está última es condición necesaria de la propia subsistencia de aquellas, pues carece de sentido diseñar un sistema de apoyo a estas tecnologías que sea insostenible financieramente y, por tanto, no resulte viable económicamente a medio y largo plazo.

De modo que si bien conforme a la Directiva 2009/28/CE los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a velar por el fomento de las energías renovables garantizando el acceso de la energía generada a la



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

Tampoco puede entenderse, con carácter general, que la modificación operada por el Real Decreto y la Orden impugnadas no esté orientada a apoyar la generación de energía renovable, pues dicha regulación está destinada a conceder una retribución adicional a la del mercado para << cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones en nivel de igualdad con el resto de las tecnologías en el mercado y que posibilite obtener una rentabilidad razonable con referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable >>, tal y como se expresa en el Preámbulo y art. 1 del RD-Ley 9/2013 y se reafirma en los artículos 16 y 17 del Real Decreto 413/2014 .

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

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

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

La regulación de prioridad de despacho establecida en el artículo 6.2 del Real Decreto 413/2014 impugnado constituye un desarrollo reglamentario del artículo 26.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , que dispone que «la energía eléctrica procedente de instalaciones que utilicen fuentes de energía renovables y, tras ellas, la de las instalaciones de cogeneración de alta eficiencia, tendrá prioridad de



despacho a igualdad de condiciones económicas en el mercado, sin perjuicio de los requisitos relativos al mantenimiento de la fiabilidad y la seguridad del sistema, en los términos que reglamentariamente se determinen por el Gobierno», y que establece que «sin perjuicio de la seguridad de suministro y del desarrollo eficiente del sistema, los productores de energía eléctrica procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneraciones de alta eficiencia tendrán prioridad de acceso y de conexión a la red, en los términos que reglamentariamente se determinen, sobre la base de criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios».

Contrariamente a lo que propugna la defensa letrada de la mercantil recurrente, consideramos que el artículo 26.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, no contraviene la Directiva 2009/28/CE, por justificarse la limitación a la prioridad de despacho por razones imperiosas de interés general, en orden a coadyuvar a la sostenibilidad del sistema eléctrico español, por lo que no resulta incompatible con el Derecho de la Unión Europea, no procediendo por ello plantear, en este extremo, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

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

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

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

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

En nuestras sentencias de 1 de junio de 2016, antes citadas, se realizaban una serie de consideraciones sobre la vulneración de los principios generales del Derecho Comunitario de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida, que conviene ahora recordar.

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

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

En efecto, estimamos que el significado constitucional del principio de confianza legítima, como principio integrador de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad enunciados en el artículo 9.3 de la



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

En ese sentido, cabe señalar que en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2015 (C.427/14), se sostiene que el principio de protección de la confianza legítima puede ser invocado por cualquier operador económico a quien una autoridad nacional haya inducido fundadas expectativas para la aplicación de este principio, pero no resulta pertinente -afirma la sentencia- «cuando un operador económico prudente y diligente pudiera prever la adopción de una medida que afectara a sus intereses, no podría invocar tal principio si se adopta esa medida. Además, los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente, que pueda ser modificada en el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales (véase en especial la sentencia Plantanol, C-201/08, EU: C: 2009:539, apartado 53)».

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

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

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

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

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

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



de la Energía y el Protocolo tienen aquella dimensión en virtud de la ya citada Decisión del Consejo y de la Comisión de 23 de septiembre de 1997.

NOVENO.- Sobre la penalización de las instalaciones más eficientes.

Se alega también por la parte recurrente que el sistema retributivo penaliza a las instalaciones más eficientes desde un punto de vista económico y técnico, esto es, a aquellas instalaciones que hayan obtenido mayor rentabilidad, como sucede con las eólicas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley 24/2013. En síntesis, aduce que bajo el nuevo régimen la retribución específica de las instalaciones eólicas se fijaran únicamente con base en su potencia instalada, sin consideración alguna a la energía producida y ello implica una importante merma económica a las instalaciones de energía eólica, especialmente las más eficientes.

Este motivo tampoco puede ser acogido, pues, como 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».

La cita del artículo 14.2 de la Ley del Sector Eléctrico es meramente retórica y genérica pues este precepto dispone que «la retribución de las actividades se establecerá con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios que incentiven la mejora de la eficacia de la gestión y la eficiencia económica y técnica de las actividades». En fin, la crítica al modelo en cuanto opta por fijar la retribución de las instalaciones eólicas con base en la potencia instalada y por establecer un valor estándar para todas las instalaciones que pertenecen a la misma categoría, no presenta fundamento pues la reforma del régimen retributivo con base en el criterio de la estandarización se incluye en el artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico.

Debe tomarse en consideración que la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 9/2013 puso de manifiesto que el anterior sistema basado en la energía vendida con un régimen primado unido había motivado la necesidad de acudir a la concesión de créditos extraordinarios por importe de 2.200.000.000 euros y al incremento de los peajes, medidas que incluso se demostraron insuficientes cuando las condiciones meteorológicas (pluviometría y viento) fueron muy superiores a las medias históricas en el 2013 lo que motivó el hundimiento del precio del mercado diario y el incremento de las horas de funcionamiento de determinadas tecnologías, especialmente la eólica con derecho a régimen primado, lo que trajo como consecuencia la desviación al alza del sobrecoste del régimen especial y la urgente necesidad de acometer cambios normativos urgentes que garantizaran la estabilidad financiera del sistema. En definitiva, el nuevo régimen retributivo diseñado tanto por el Real Decreto-ley 9/2013 como por la Ley 24/2013 se justifica precisamente por esa mayor eficiencia y productividad de las tecnologías con régimen primado, que motivó la urgente necesidad de introducir cambios retributivos para permitir la sostenibilidad del sistema.

DÉCIMO. - Sobre la rentabilidad razonable. Referencia al Bono del Estado, conceptos de empresa eficiente y de rentabilidad como parámetro revisable.

De forma subsidiaria, la parte recurrente expone una serie de consideraciones en relación a ciertos parámetros que determinan la retribución de la instalación e incluye una crítica de determinados conceptos, singularmente a: 1) el nuevo concepto de rentabilidad razonable, 2) la vida útil regulatoria de las instalaciones, 3) la imputación temporal de la inversión realizada, 4) los costes de explotación, 5) la valoración de los ingresos percibidos por las instalaciones 6) la pérdida de prioridad de despacho 7) las horas mínimas y umbrales de funcionamiento.

Pues bien, sobre algunos de estos aspectos ya nos hemos pronunciado en anteriores recursos en los que se suscitaba estas mismas cuestiones.

En relación a la «rentabilidad razonable» alega que los artículos 13.2.a, 19.1 y concordantes infringen el principio de igualdad en cuanto se establece el mismo valor de instalación *estándar* para todas aquellas instalaciones pertenecientes a la misma IT, lo que supone desconocer la realidad de las inversiones de cada instalación y ello, en su opinión, resulta contrario al artículo 14 CE.

El alegato no puede ser estimado, pues el criterio de la estandarización y las referencias a la instalación tipo se incluyen en el artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico que contempla el cálculo de las retribuciones en función de estas instalaciones tipo en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, siendo así que los valores estándar se obtienen de las medias de datos reales de inversión y de los costes de las instalaciones publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. No se advierte, en fin, la quiebra del principio de igualdad por la utilización de unos parámetros homogéneos para cada instalación tipo y la aplicación de promedios en el cálculo de costes e inversiones en la medida que es



una opción del modelo retributivo del Legislador que parte de datos objetivos contrastados y se aplica a todas las instalaciones.

También se afirma que la referencia a la rentabilidad del bono del Estado es inadecuada y que en realidad el WACC es el criterio que mejor se adapta al tipo de inversión de las instalaciones litigiosas. El alegato no puede ser acogido pues su desarrollo argumental únicamente pone de manifiesto que la parte actora no comparte los criterios establecidos para la determinación de la rentabilidad razonable y que, a su entender, hubiera sido preferible o más adecuado acudir al sistema de coste medio ponderado de capital o *Weighted Average Cost of Capital (WACC)*.

Es claro que la mera manifestación de discrepancia de la recurrente con la regulación aprobada o su preferencia por un modelo alternativo no son razones bastantes para considerar contrario a derecho el régimen retributivo establecido en la norma reglamentaria impugnada, que, fue definido en sus líneas básicas por normas con rango legal a las que el Real Decreto 413/2014 sirve de desarrollo.

Como ya hemos dicho en nuestra sentencia de 6 de junio de 2016 (rec. 553/2014) "La parte se limita a expresa sus opiniones sobre lo que entiende que debía de haber sido la adecuada plasmación del concepto de rentabilidad razonable previsto por la Ley del Sector Eléctrico, criticando el desarrollo que del mismo ha efectuado el Real Decreto impugnado. Pero en modo alguno la argumentación de la demandante acredita que las referidas opciones planteadas en sus alegaciones (el empleo de la metodología WACC más un diferencial y la toma en consideración del riesgo tecnológico de cada inversor) puedan ser calificadas como una exigencia de la noción de rentabilidad razonable prevista en la Ley del Sector Eléctrico y que cualquier separación de dichos criterios haya de reputarse contraria a derecho.

Antes al contrario, es preciso afirmar que el titular de la potestad reglamentaria tiene plena capacidad para el desarrollo de los principios del sistema retributivo previstos por la Ley y que sólo un desarrollo manifiestamente arbitrario, incongruente o contrario a la lógica y la finalidad de los criterios legales podía ser anulado. Fuera de esos casos extremos que en modo alguno concurren, sólo podrían combatirse con éxito concretos aspectos del modelo retributivo, pero no es posible basar en la referida previsión legal de una rentabilidad razonable una impugnación genérica del modelo desarrollado por el Real Decreto 413/2014 en beneficio de la opción preferida por el recurrente. Tanto más cuanto que no se puede olvidar que la previsión legal de dicho modelo y el concepto de rentabilidad razonable tienen por objeto promover mediante una retribución específica y añadida a la obtenida en el mercado la actividad de producción de energía eléctrica mediante energías renovables, cogeneración y residuos, esto es, en definitiva, una actividad de fomento en la que, lógicamente, es mayor el ámbito discrecional en el que se mueva la acción pública".

Se aduce seguidamente que la rentabilidad razonable se establece como un parámetro revisable, al establecer el artículo 19 en relación con el 14 del Real Decreto impugnado, en consonancia con el artículo 14.4 de la Ley del Sector Eléctrico , la posibilidad de revisar este valor de rentabilidad, lo que considera contrario a la seguridad jurídica y a la confianza legítima.

Tampoco esta alegación puede ser acogida pues nuevamente se trata de la crítica de la recurrente con el modelo retributivo y la posibilidad de modificar la rentabilidad razonable, lo cual, además de estar avalado por la Ley del Sector Eléctrico, como la parte reconoce, por sí sólo no resulta contrario a los principios invocados de seguridad jurídica y confianza legítima que no garantizan un tipo de rentabilidad determinada inalterable y permanente en el tiempo. Sin que por lo demás, concurren dudas de constitucionalidad de la mencionada ley que hagan procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que se interesa.

Finalmente, en este bloque argumental se cuestiona el concepto de «empresa eficiente y bien gestionada» con base al cual se calcula la retribución específica, afirmando que es un concepto jurídico indeterminado que únicamente se podrá concretar con arreglo a los criterios económicos dispuestos en la Orden IET 1045/2014. Y aduce que a pesar de que no es objeto del presente recurso cabe adelantar que los criterios empleados por la Orden Ministerial para concretar este concepto contradicen las directrices de la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general publicada el 11 de enero de 2012, citando, a modo de ejemplo, la exclusión de los costes de la instalación que no sean de aplicación en todo el territorio español, considerando que genera una clara incertidumbre y la vulneración del principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

Pues bien, la queja no resulta viable, pues, como la parte indica, la concreción del concepto de «empresa eficiente y bien gestionada» se determina con los criterios económicos de la Orden IET 1045/2014. El concepto de «empresa eficiente y bien gestionada» se incluye en el artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013, a efectos de la determinación de la retribución específica. Este concepto exige, entre otras cosas, que la empresa desarrolle la actividad, por la que se recibe la retribución



específica, de forma eficiente lo que conlleva un funcionamiento efectivo de dicha instalación en su actividad de producción de energía eléctrica durante un número mínimo de horas de funcionamiento, o dicho de otro modo la fijación de un umbral de funcionamiento es un indicativo de la mayor o menor eficiencia de la instalación.

Y por lo que respecta a la posibilidad de computar tan solo los costes o inversiones que sean de aplicación en todo el territorio nacional, debe decirse que tal previsión tampoco es propia del Real Decreto impugnado sino que derivada del Real Decreto-ley 9/2013 y de la Ley 24/2013. La exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013 ya disponía que "en ningún caso se tendrán en consideración los costes e inversiones que vengan determinado por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español" y la modificación en el art. 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997 ya preveía que <<en ningún caso se tendrán en cuenta aquellos costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español>>. Tal previsión es conforme con el diseño legal previsto en la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, pues con dicha norma legal se intenta evitar la posibilidad de nuevos déficit estructurales en el sistema eléctrico, de modo que la Exposición de Motivos afirma que persigue que <<cualquier medida normativa en relación con el sector que suponga un incremento de coste para el sistema eléctrico o una reducción de ingresos deberá incorporar una reducción equivalente de otras partidas de costes o incremento equivalente de ingresos que asegure el equilibrio del sistema>>, que se plasma en el artículo 13.5 de dicha norma. La exposición de motivos señala la necesidad de fijar un régimen retributivo <<para realizar la actividad por una empresa eficiente y bien gestionada, mediante la aplicación de criterios homogéneos en todo el territorio español>>, de ahí que su artículo 14.7 al regular el régimen retributivo específico aplicable a estas instalaciones dispone que <<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>>, por lo que no es posible dirigir reproche alguno de irrazonabilidad al Real Decreto impugnado que se limita a recoger las previsiones contenidas en las normas de rango legal, lo que por sí mismo bastaría para rechazar esta alegación.

Tan solo debe añadirse que esta previsión legal esta que encuentra su fundamento en la distribución competencial entre el Estado y las CCAA con competencias asumidas en esta materia, en la medida que esta norma es una legislación básica para fijar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) y las bases del régimen ...energético (art. 149.1.25 CE), por lo que siguiendo la doctrina constitucional sobre la legislación básica desde un punto de vista material es incluir <<[...] las determinaciones que aseguran un mínimo común normativo en el sector material de que se trate y, con ello, una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material (STC 223/2000, de 21 de septiembre , FJ 6, con cita de las SSTC 1/1982, de 28 de enero ; 48/1988, de 2 de marzo , 147/1991, de 4 de julio y 197/1996, de 28 de noviembre)" (STC 14/2004, de 13 de febrero , FJ 11), por lo que es una lógica consecuencia de una legislación básica estatal que regula los costes uniformes con cargo al sistema eléctrico nacional, ajeno a las previsiones derivadas de normas autonómicas o locales que puedan imponer costes añadidos.

En definitiva, esta normativa define el régimen básico de la actividad de uno de los sujetos que interviene en el sistema eléctrico, definición que ha de responder a unas características homogéneas en un sistema que opera de forma única para todo el territorio nacional, y, por otro, establece una serie de criterios generales respecto al régimen económico aplicable al mismo, extremos ambos que tienen por finalidad garantizar un desarrollo ordenado de la actividad compatible con la sostenibilidad económica y técnica del sistema en su conjunto, uno de los objetivos fundamentales de la LSE. Se trata, entonces, de una cuestión que se sitúa en el ámbito de la ordenación básica de las actividades de suministro de energía eléctrica y del establecimiento de su régimen económico, para lo que los títulos de los arts. 149.1.13 y 25 CE proporcionan fundamento competencial adecuado" (STC 60/2016 de 17 de marzo , FJ 3).

DÉCIMO PRIMERO.- Sobre la determinación de la instalación tipo.

Argumenta la parte recurrente que las instalaciones tipo no se definen hasta la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, lo que se rebaja el rango normativo a través del cual se establece la regulación y que la regulación que hace dicha Orden produce resultados arbitrarios, pues para una tecnología dada, el valor de la inversión, los ingresos y los gastos futuros quedan unívocamente determinados por la fecha del acta de puesta en marcha.

Para dar respuesta a esta alegación ha de partirse de que el nuevo régimen retributivo instaurado se basa en la fijación de unos parámetros estándar que pivotan en torno a una "instalación tipo", separándose así del anterior régimen basado en una retribución por "prima" y una rentabilidad razonable calculada sobre los costes de inversión reales en que se hubiese incurrido, por lo que la utilización de unos valores estándar de la inversión y de los costes estándar de explotación es uno de los pilares en torno al que gira el nuevo sistema retributivo diseñado en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013 por remisión al mismo.



Este nuevo sistema retributivo requería el necesario desarrollo reglamentario. A tal efecto, la Disposición Final Segunda del RD-ley 9/2013 y la Disposición Final Tercera de la Ley 24/2013 encomendaron al Gobierno la aprobación de un Real Decreto que desarrollase ese régimen jurídico y económico, que finalmente se llevó a cabo a través del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y que se concretó en los aspectos más técnicos y de detalle por la Orden IET/1045/2014, de 16 de Junio.

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

La remisión del RD 413/2014 a una Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, encuentra su justificación en el marcado carácter técnico y de detalle del contenido que se regula por esta última (la clasificación de las instalaciones existentes en más de 1.500 de instalaciones tipo, y la elaboración de una ficha por cada instalación tipo), que recoge la cuantificación de los diferentes parámetros requeridos por el RD 413/2014 para la aplicación del régimen retributivo específico. La Orden IET/1045/2014 se limita a la clasificación de las instalaciones tipo y al cálculo de los parámetros retributivos de dichas instalaciones, de acuerdo con los criterios prefijados por el RD 413/2014, siendo su contenido por tanto de ejecución y desarrollo puramente técnico de las determinaciones del Real Decreto.

Ello es conforme con la jurisprudencia de este Tribunal que, por lo que se refiere al ámbito propio de regulación de las normas reglamentarias, ha señalado que puede ser perfectamente lícito, en palabras de la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1996 (recurso de casación 873/1993), que el Consejo de Ministros, al promulgar un Reglamento, defiera al Ministerio correspondiente <<puntos concretos y de carácter accesorio que no supongan una modificación o alteración sustantiva de aquél, sino simplemente un mero desarrollo objetivo y puntual de las normas reglamentarias>>. Y el mismo sentido, las sentencias de 19 de febrero de 2013 (recurso 1687/2011) y 27 de junio de 2013 (recurso 3438/2011), han estimado que no incide en un exceso en la colaboración reglamentaria un Real Decreto sobre normas técnicas de valoración catastral, dictado en virtud de habilitación de Ley del Catastro (Real Decreto Legislativo 1/20004), por remitirse a órganos especializados para la determinación de cuestiones puntuales, en las que resulta necesario la realización de operaciones complejas, como la fijación de los módulos y coeficientes de valoración, señalando al respecto que <<la colaboración entre la ley y el reglamento no se agota en el primera escalón de la pirámide normativa -Real Decreto-, pudiendo diferirse a escalones inferiores, cuando las peculiaridades del caso, como aquí ocurre sobre las fijación de los criterios, módulos y demás elementos de valoración, requieran de una formulación mucho más precisa, al exigir complejas operaciones técnicas[...]>>. Doctrina ésta perfectamente trasladable al supuesto que nos ocupa por lo que tampoco puede considerarse que la remisión a la Orden como necesario complemento técnico y de detalle de los parámetros establecidos en el Real Decreto sea contrario a derecho.

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 justificación de los criterios utilizados para fijar estas instalaciones tipo, han sido analizados en el informe de la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia sobre la propuesta de la Orden, emitido el 3 de abril de 2014. 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.

Y finalmente en la STS de 24 de junio de 2016 (RC 536/2014) consideramos razonable tomar en consideración la fecha de autorización de la explotación definitiva, al tratarse de un criterio objetivo y relevante para determinar la antigüedad de la misma, y aunque pudiera haberse seleccionado otra distinta, la opción elegida por la norma es objetiva y no puede considerarse irrazonable o arbitraria, siendo representativa del tiempo de funcionamiento efectivo de la instalación y, por tanto, de la antigüedad y características de sus equipos.

DÉCIMO SEGUNDO. Sobre la vida regulatoria útil de las instalaciones y la imputación temporal de la inversión realizada.

También se impugna el art. 28 del Real decreto 413/2014 por entender que de conformidad con el mismo el régimen retributivo específico comenzará a devengarse desde la fecha más tardía de estas dos:

-el primer día del mes siguiente a la fecha de la autorización de explotación definitiva de la instalación,

o

- el primer día del mes siguiente al de la fecha de inscripción en el registro de régimen retributivo específico en estado de preasignación.

No obstante, para las instalaciones con derecho a la percepción de régimen económico primado a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 9/2013 se considerara que la fecha de inicio para la contabilización de la vida útil es el 1 de enero del año siguiente al de la autorización de explotación definitiva de la instalación (Disposición Adicional Segunda apartado 6).

Sin embargo, la fecha a tener en cuenta para la inclusión en una determinada IT de la clasificación no puede ser, a juicio de la parte recurrente, la de la autorización de la explotación, pues ello supondría tomar en consideración como fecha de inicio del régimen primado una fecha que puede ser muy anterior en el tiempo a aquella en la que efectivamente se empiezan a reconocer y percibir ingresos del sistema, debido a la exigencia del acta de puesta en marcha definitiva, habiéndose dado el caso práctico de que la instalación no estuviese recibiendo retribución primada alguna en la fecha tenida en cuenta por el Real Decreto.

Ello produciría el efecto, según la parte recurrente, de reducir de modo injustificado el periodo de retribución primada otorgándole una vida útil menor a la dispuesta para esta instalación y presumir erróneamente que han recibido más retribución de la prevista, con los consiguientes efectos sobre su retribución futura.

Por todo ello, solicita la nulidad del art. 28 del Real Decreto en el sentido de considerar como fecha relevante a los efectos de la oportuna clasificación la fecha en que comienza efectivamente a percibir ingresos del sistema.

En definitiva, la parte recurrente pone de manifestó la discordancia que supone que se tome como fecha relevante para la clasificación de las instalaciones y para el comienzo de la vida útil, el momento en que se obtuvo la autorización de la explotación y no el momento del acta de puesta en marcha de la misma.

Lo cierto es que las previsiones contenidas en el art. 28 del Real Decreto 413/2014 aparecen referidas a las instalaciones posteriores, pues para las instalaciones ya existentes hay que acudir a las previsiones de la Disposición Adicional Segunda de dicha norma . En todo caso, la pretendida discordancia entre la fecha de la autorización de explotación y la de puesta en funcionamiento de la instalación ha sido aclarada por la Disposición Adicional Segunda de la Orden IET/1045/2014 por la que se fijan los parámetros retributivos de las instalaciones tipo, al afirmar que "Las referencias incluidas en esta Orden a la autorización de la explotación se entenderán realizadas, en su caso, al acta de puesta en marcha o servicio".

Conviene destacar también que el régimen anterior al RD-ley 9/2013, el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que regulaba entre otras cuestiones los procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, distinguía en su artículo 115 , entre las siguientes autorizaciones: a) la autorización administrativa, que se refiere al anteproyecto de la instalación como documento técnico que se tramitará, en su caso, conjuntamente con el estudio de impacto ambiental, b) la aprobación del proyecto de ejecución, que se refiere



al proyecto concreto de la instalación y permite a su titular la construcción o el establecimiento de la misma y c) la autorización de explotación, que permite, una vez ejecutado el proyecto, poner en tensión las instalaciones y proceder a su explotación comercial.

Sobre esta última autorización de explotación, el artículo 132 del RD 1955/2000 indica que, después de ejecutado el proyecto, se presentará la solicitud de acta de puesta en servicio, acompañada de la documentación que se cita, y dicha acta de puesta en servicio se extenderá por el área o dependencia de Industria y Energía de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno respectivas que hayan tramitado el expediente, previas las comprobaciones que estimen oportunas.

A su vez, el Real Decreto 661/2007, de regulación de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, al regular el procedimiento de registro de las instalaciones de producción en régimen especial, vinculaba el inicio de su régimen económico a la fecha de la autorización de explotación o acta de puesta en marcha a que acabamos de referirnos, al indicar en su artículo 14 que la inscripción definitiva de la instalación en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial será requisito para la aplicación a dicha instalación del régimen económico regulado en el RD, "con efectos desde el primer día del mes siguiente a la fecha del acta de puesta en marcha definitiva de la instalación".

En definitiva, la fecha de efectos del régimen económico primado que regulaba el RD 661/2007 se situaba en el primer día del mes siguiente a la fecha del acta de puesta en marcha definitiva de la instalación.

Por su parte, el nuevo régimen retributivo regulado por el RD-ley 9/2014 presenta entre sus elementos esenciales su proyección sobre toda la vida útil regulatoria de la instalación, con la limitación establecida por la Disposición Final tercera de la Ley 24/2013, que impide en todo caso la reclamación de las retribuciones percibidas por la energía producida con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo régimen, el 14 de julio de 2013.

Es acorde con esta proyección del nuevo régimen retributivo sobre toda la vida útil regulatoria de la instalación que se consideren, a los efectos de determinar la retribución específica, los ingresos y costes estándares de la instalación desde el inicio de su vida útil regulatoria, es decir, desde que comenzó la percepción de ingresos por el régimen especial del RD 661/2007 o de la normativa anterior, y por tal razón la Disposición Adicional 2ª, apartado 6º, del RD 661/2007 señala que para las instalaciones a que se refiere dicha D.A., esto es, para las instalaciones con derecho a la percepción de régimen económico primado a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, "se considerará que la fecha de inicio para la contabilización de la vida útil regulatoria será el 1 de enero del año siguiente al de la autorización de explotación definitiva de la instalación".

Recordemos que, de conformidad con el artículo 132 del RD 1955/2000, antes citado, la autorización de explotación coincide con el acta de puesta en servicio de la instalación. Por esa razón, la Disposición Adicional segunda de la Orden IET impugnada indica que "las referencias incluidas en esta orden a la autorización de explotación se entenderán realizadas, en su caso, al acta de puesta en marcha o en servicio".

Finalmente, hay que destacar que resulta razonable tomar en consideración la fecha de puesta en funcionamiento de la instalación, al tratarse de un criterio objetivo y relevante para determinar la antigüedad de la misma, y aunque pudiera haberse optado por otra distinta, la opción elegida por la norma es objetiva y no puede considerarse irrazonable o arbitraria, siendo representativa del tiempo de funcionamiento efectivo de la instalación y, por lo tanto, de la antigüedad y características de sus equipos.

DÉCIMO TERCERO. Sobre la imputación temporal de la inversión realizada.

En cuanto a la imputación temporal de la inversión realizada, se aduce que el Anexo XIII del Real Decreto 413/2014, en su apartado d), señala que la inversión a la instalación se imputa el 1 de enero del año siguiente al de la autorización de la explotación definitiva, y afirma que esta previsión es ajena a la realidad y forma en la que se construye una instalación de producción de energía eléctrica. En la tecnología eólica la inversión se produce mucho antes de la puesta en marcha definitiva, particularmente en los dos años anteriores es cuando la inversión es más intensa. Tras describir los diferentes hitos en la promoción, construcción y puesta en marcha de la instalación eólica concluye que «a la vista de lo anterior la imputación temporal de la inversión es totalmente arbitraria».

Tampoco esta queja puede ser aceptada, la toma en consideración de dicha fecha a fin de imputar la inversión realizada parte de un dato objetivo, la autorización de la explotación definitiva, y coincide con el inicio del período regulatorio, elementos objetivos que excluyen la tacha de arbitrariedad. Por otra parte, con independencia de que los equipos se adquieran antes de su puesta en funcionamiento, y, por lo tanto, la inversión es anterior al momento del comienzo de la explotación, la imputación temporal a los efectos de la aplicación del régimen retributivo enjuiciado necesariamente ha de referirse al momento en el que estas inversiones se destinan y emplean de forma efectiva para el ejercicio de la actividad sujeta al régimen primado.



Se desestima este motivo.

DÉCIMO CUARTO. Sobre los costes de explotación.

Por lo que se refiere a los costes de explotación, se aduce por la actora que con arreglo al artículo 13.3 del Real Decreto 413/2014, y el artículo 14.7 de la Ley del Sector Eléctrico, no se incluyen como conceptos imputables a la instalación aquellos costes que vengan impuestos por la normativa aplicable y que tengan carácter local y autonómico, alegando el trato desigual contrario al artículo 14 CE entre aquellas instalaciones que hubieren incurrido en costes locales o regionales respecto a aquellas otras instalaciones que no tenga que hacer frente a dichos costes.

Sobre la conformidad a derecho de la posibilidad de computar tan solo los costes o inversiones que sean de aplicación en todo el territorio nacional ya nos hemos pronunciado en anteriores fundamentos jurídicos a cuyos razonamientos nos remitimos.

Se desestima esta alegación.

DÉCIMO QUINTO. Sobre la valoración de los ingresos percibidos por las instalaciones.

En otro de los motivos se argumenta la arbitrariedad del nuevo régimen regulatorio en relación con los ingresos.

Argumenta que la consideración de los ingresos teóricos futuros de una instalación, en vez de los reales percibidos, provoca una falta de ajuste con la verdadera realidad e incurre en arbitrariedad. Considera que dichos ingresos, a efectos del cálculo de la retribución a la inversión, coinciden con los de la instalación tipo asignada en función de la fecha del acta de puesta en marcha aplicando un coeficiente por tecnología y unos límites en los valores de ajuste. Tales puntos de partida son inmotivados y carecen de cualquier sustrato técnico o material. Y el Real Decreto para fijar el nivel de ingresos de la instalación, como es la consideración de los precios medios anuales en los mercados diario e intradiario, es injustificado por ser estos precios ajenos a los productores y el efecto pernicioso que se provoca en ese precio por la participación de la energía renovable. Por tanto, la media aritmética anula del precio marginal del mercado no es el precio medio al que venda la instalación a mercado y es siempre mayor que el precio medio anual efectivamente percibido por los parques eólicos y las centrales hidroeléctricas. Por todo ello considera que los ingresos de explotación deben ser los correspondientes a una instalación concreta, cuestionando los cálculos del Anexo XIII y el art. 22 relativo a la estimación del precio de mercado.

El precio de la electricidad se fija de antemano con base en el mercado de futuros, por lo que se trata de un precio especulativo, que ha de ser contrastado con el precio real. El informe de la CNMC de 17 de diciembre de 2013 sobre la propuesta de Real Decreto afirma que dado que los ingresos de mercado empleados se basan en estimaciones se incluye una corrección por si el precio de mercado se desvía de los valores previstos.

La parte reprocha la utilización de una media aritmética de los precios del mercado diario e intradiario para calcular el precio medio anual la "*media aritmética*" (según dispone el art. 22.4 del Real Decreto) se basa en el hecho de haber utilizado un precio medio anual de mercado y no el de cada instalación. En definitiva, a su juicio, es ilegal fijar el promedio anual, sin ponderación alguna y sin atender al tipo de energía utilizada por cada instalación concreta.

La propia Orden evidencia que no se ha tomado en consideración un precio medio de mercado único para todas las tecnologías sino que, tal y como expresa la Exposición de Motivos y en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo de la orden, a estos precios se les han aplicado unos coeficientes de apuntamiento para obtener los precios de mercado eléctrica aplicados a cada tecnología y en la Memoria se detallan los concretos coeficientes de apuntamiento plasmados en la Orden lo han sido asumiendo las observaciones formuladas por la CNMC en su informe de 3 de abril de 2014, con asignación de valores por tipo de tecnología (de cogeneración, solar fotovoltaica, solar termoeléctrica, eólica en tierra, las que utilicen como combustible principal biomasa o biolíquidos o las que utilicen como combustible principal residuos y entre ellas también la tecnología hidroeléctrica (grupos b.4 y b.5 con un coeficiente de 0,9390). De modo que el precio medio unitario es diferente para cada tecnología, pues al precio medio general se le deberá aplicar el coeficiente correspondiente a cada tecnología lo que corrige los desequilibrios, afirmándose en la Memoria de la Orden que los coeficientes de apuntamiento utilizados están actualizados se corresponden "con la media aritmética de los coeficientes observada a lo largo de los mencionados tres años anteriores", lo que implica un ajuste fundado en datos históricos

Es por ello que la utilización de una media aritmética, basada en datos históricos y con coeficientes de ajuste por tecnologías no puede considerarse arbitraria o carente de objetividad.

Finalmente por lo que respecta a su alegación de que no debería atenderse a un valor medio aritmético sino a una media ponderada para cada instalación concreta no pasa de ser el criterio de la actora que no puede



convertirse en parámetro de legalidad, resultando además contrario al nuevo diseño del régimen retributivo que no computa ni los ingresos ni los costes reales de cada instalación, sino que aparece referido a una instalación tipo sin que se aporten razones jurídicas, fuera de su disconformidad con este régimen, para anular esta previsión legal.

DÉCIMO SEXTO.- Sobre las horas mínimas y umbral de funcionamiento.

Finalmente, la parte recurrente formula una serie de alegaciones sobre las horas mínimas y umbrales de funcionamiento que las instalaciones deben alcanzar para tener derecho al régimen retributivo específico. Señala que el artículo 21 del Real Decreto 413/2014 establece unos umbrales de horas de funcionamiento para tener derecho al régimen retributivo específico y que si no se alcanzan unas horas mínimas de funcionamiento, la retribución estará sujeta a una serie de minoraciones. Además de mencionar la existencia de retroactividad que ya hemos rechazado, señala que la aplicación de ese precepto podría dar lugar a que la instalación nunca llegue a percibir la remuneración que le corresponde por aplicación del Anexo XIII y nunca llegue a obtener la rentabilidad razonable.

Ya nos hemos pronunciado al respecto en nuestra sentencia dictada en el Recurso 496/2014 , a cuya fundamentación jurídica nos remitimos.

Debe señalarse que el art. 13 del Real Decreto destinado a regular las instalaciones tipo establece en su apartado segundo que «A cada instalación tipo le corresponderá un conjunto de parámetros retributivos que se calcularán por referencia a la actividad realizada por un empresa eficiente y bien gestionada, que concreten el régimen retributivo específico y permitan a aplicación de mismo a las instalaciones asociadas a dicha instalación tipo» y entre los parámetros retributivos más relevantes necesarios para la aplicación de dicho régimen retributivo específico menciona, entre otros el "umbral de horas de funcionamiento mínimo" y el "umbral de funcionamiento". Para desarrollar este parámetro retributivo el art. 21 del Real Decreto dispone que «Los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación cuyo número de horas equivalentes de funcionamiento en dicho año no supere el número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo de la instalación tipo correspondiente, serán reducidos según lo establecido en el presente artículo y serán nulos si no supera el umbral de funcionamiento», añadiéndose más adelante que «En todo caso el umbral de funcionamiento será inferior al número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo».

En definitiva, el Real Decreto fija dos "umbrales" de los que depende los ingresos *anuales* del régimen retributivo específico de una instalación: El umbral de funcionamiento establecido para cada instalación tipo (umbral de funcionamiento) y el umbral mínimo de horas equivalentes de funcionamiento (umbral mínimo). De modo que si el número de horas equivalentes de funcionamiento de la instalación es inferior al umbral de funcionamiento de la instalación tipo en un año el titular de la instalación perderá el derecho al régimen retributivo específico en ese año. Y si el número de horas equivalentes de funcionamiento anual de una instalación se sitúa entre el umbral de funcionamiento y el número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo de la instalación tipo en dicho año (umbral mínimo) se reducen proporcionalmente los ingresos anuales en base a una fórmula prevista en el citado precepto.

Los recurrentes consideran que ni el Real Decreto-ley 9/2013, en la nueva redacción dada al art. 30.4 de la LSE 1997 , ni el artículo 14 de la LSE de 2013, contienen previsión alguna que permita la inclusión de un umbral de funcionamiento como uno de los parámetros determinantes de la retribución específica de cada instalación tipo.

Es cierto que tales normas legales no contienen una referencia expresa a la existencia de un umbral de funcionamiento de las instalaciones tipo, pero ello no implica, en contra del parecer de la parte demandante, que este parámetro sea ajeno al nuevo régimen retributivo previsto en tales leyes.

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



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

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

Argumenta, sin embargo, la parte recurrente que la posibilidad de no alcanzar el umbral fijado puede deberse bien a la voluntad de su titular o a causas ajenas al mismo (por ej: en una empresa hidroeléctrica no se producirá energía eléctrica si el río no tiene suficiente caudal), por lo que si bien la meteorología es un riesgo asumido por las instalaciones renovables, este riesgo empresarial debe asumirse para obtener más o menos ingresos pero no para perder el régimen retributivo específico.

Tampoco ésta objeción puede ser estimada. Y ello porque tal y como afirma la Memoria de Análisis de Impacto Normativo de la Orden IET/1045/2014 «para el cálculo de las horas de funcionamiento de cada instalación tipo se han tomado como base las horas anuales reales que han realizado las instalaciones, según los datos publicados por la comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para cada instalación tipo» y que «partiendo de esos valores, se han establecido consecuentemente el número de horas de funcionamiento mínimo, el umbral de funcionamiento y el número de horas de funcionamiento máximas a efectos de percepción de la retribución a la operación». De modo que el umbral se fija sobre la base de datos reales e históricos de funcionamiento de cada instalación tipo, esto es, en relación a concretas instalaciones integradas en cada instalación tipo, por lo que las anomalías de funcionamiento apuntadas por la parte recurrente, que necesariamente se han producido en años anteriores, han quedado reflejadas en los datos obtenidos y se han tomado en consideración para fijar tales umbrales y el número mínimo de horas de funcionamiento, sin que la parte aporte prueba alguna que tales umbrales y valores mínimos sean irracionales, arbitrarios o inalcanzables. Y, por otra parte, las situaciones excepcionales en las condiciones meteorológicas que incidan en la producción de energía se compensaran, a medio y largo plazo, con otras más beneficiosas para la misma.

DECIMO SÉPTIMO.- Motivos de la impugnación referidos a la Orden Ministerial 423/2014.

En primer lugar cuestiona la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio por entender que adolece de la necesaria motivación respecto a los parámetros aplicables a las instalaciones tipo con derecho a la percepción del régimen económico primado.

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

No nos corresponde examinar cada uno de los datos utilizados para cada tecnología o instalación tipo. Ello no solo desbordaría el recurso tal y como ha sido formulado sino la propia la capacidad de este Tribunal, ya que se establecieron casi 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, para luego entrar a analizar las diferentes objeciones que opone a algunos de estos parámetros.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Por lo que respecta a los ratios de inversión estándar, en dicho informe se afirma que los reflejados en la propuesta se corresponden con los recopilados de instalaciones reales con motivo de la Circular 3/2005, de 13 de octubre, de la CNE, basada en la petición de información de inversiones, costes, ingresos y otros parámetros de las instalaciones de producción de electricidad en régimen especial y que se reflejan en los diversos informes públicos que menciona. Por lo que también en este punto es posible conocer los datos en los que se funda. Es más, el propio informe, tras efectuar un estudio comparado con los costes medios de inversión referidos a años concretos disponibles, concluye que <<los resultados obtenidos de este análisis muestran que los valores de inversión que reconoce la Propuesta son, con carácter general, próximos o superiores en las IT?s consideradas a los datos disponibles en esta CNMC>>, destacando algunas excepciones.

También resulta relevante a estos efectos analizar la información proporcionada por la memoria de impacto normativo de la Orden, en la que especifican los datos e informes tomados en consideración por tipos de tecnologías y el impacto económico por grupos de tecnologías.

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.

DÉCIMO OCTAVO. Impugnación de algunos parámetros concretos de la Orden por considerarlos arbitrarios.

a) La determinación de la instalación tipo aplicable.

Considera que las instalaciones hidroeléctricas entre >1MW- 10MW tienen asignadas las instalaciones tipo IT-00747-IT-00769, y tal y como se observa en el Anexo I de la Orden el único criterio determinante de la



asignación de una u otra instalación tipo es el año de autorización de explotación definitiva. Argumenta que este criterio de determinación de las instalaciones tipo es arbitrario por cuanto el valor de la inversión, los ingresos y los gastos futuros quedan determinado por la fecha del acta de puesta en marcha, lo cual no es justificable, pues dos instalaciones que se pusieron en marcha el mismo año pueden tener diferentes costes de inversión que pueden depender de otros factores (complejidad de la obra civil a ejecutar al no existir dos centrales hidroeléctricas iguales, la complejidad y coste de los acuerdos con los propietarios de los terrenos, requisitos ambientales, la tramitación administrativa).

Esta alegación cuestiona, en realidad, el modelo mismo del régimen retributivo basado en valores estándar aplicados a instalaciones tipo que agrupan a instalaciones homogéneas por tecnología y antigüedad de las mismas, entre otros criterios. Este modelo, como ya hemos dicho no se diseñó en la Orden impugnada sino que es consecuencia del nuevo sistema retributivo diseñado en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013 por remisión al mismo. Por ello, cumple con el mandato legal, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme diversidad de instalaciones existentes que se agrupan por criterios homogéneos.

Y también hemos razonado que los criterios de clasificación de las diferentes instalaciones tipo son objetivos y razonables y basados en circunstancias históricas y la antigüedad de las instalaciones, considerándose por el informe de la CNMV antes transcrito «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», lo que descarta el reproche de arbitrariedad que la parte imputa a la orden por tal motivo.

Según consta en la memoria de impacto normativo de la Orden en la energía hidráulica, en el subgrupo b.41 se han definido 52 estándares, clasificados en función de potencia: 26 estándares para las centrales de potencia inferior o igual a 1 MW y 26 estándares para las centrales de potencia superior a 1 MW y menor o igual a 10 MW en función del año de autorización de explotación definitiva desde 1994 hasta 2016, por lo que no solo se toma en consideración la tecnología, la potencia sino dentro de ellas la fecha de puesta en funcionamiento de la instalación.

Pero además, tal y como consta en la memoria de impacto normativo de la Orden, atendiendo a una alegación sobre la creación de nuevas tipologías dentro del subgrupos b.4.1 y b.4.2 escaladas por potencia para las centrales de pequeña potencia, se procedió a la creación de nuevos estándares dentro de los subgrupos b.4.1 y b.4.2, escalados por potencias, sobre todo para las centrales de pequeña potencia al considerar que «gran parte de los costes de explotación de estas centrales son fijos e independientes de su tamaño, por lo que presentan ratios de OPEX más elevados que las centrales grandes y también presentan CAPEX más altos».

Se desestima esta alegación.

b) Sobre la vida útil y el valor de inversión inicial de las instalaciones.

Debe descartarse también que el valor estándar de la inversión inicial de cada instalación tipo definida en la Orden, pueda entenderse injustificado, arbitrario o genérico, pues no pueden catalogarse como tales los explicitados en la Orden "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", sino que, por el contrario, detalla los elementos que pondera para fijar los valores de inversión inicial. Por otra parte, tal y como se ha razonado anteriormente, los valores empleados se corresponden con los recopilados de instalaciones reales y que según el informe de la CNMC «son, con carácter general, próximos o superiores en las IT's consideradas a los datos disponibles por dicho organismo».

También resulta relevante a estos efectos analizar la información proporcionada por la memoria de impacto normativo de la Orden, en la que especifican los datos e informes tomados en consideración por tipos de tecnologías y el impacto económico por grupos de tecnologías. En concreto, para las centrales hidráulicas se afirma que «tal y como recoge la CNMC en su informe a la propuesta de orden, de la comparativa de costes de inversión disponibles en la CNMC, recopilados de instalaciones reales aportados con motivo de la Circular 3/2005, de 13 de octubre, de la CNE, sobre petición de información de inversiones, costes, ingresos y otros parámetros de las instalaciones de producción de electricidad en régimen especial y que se encuentran reflejados en informes públicos a propuestas normativas precedentes; "Con carácter general, se observa que los datos de ratios de inversión, en euros por MW instalado, empleados en sus días por la CNE en la estimación de las tarifas y primas, aun cuando no eran en algunos casos estadísticamente significativos, se situaban, salvo excepciones, próximos o inferiores a los ahora propuestos [...]».



Se desestima esta alegación.

c) Aplicación de las horas mínimas de funcionamiento y umbrales.

Alega desconocer el método utilizado para el cálculo de las horas equivalentes y los umbrales y los valores no se corresponden con la realidad de la operativa de las instalaciones. En el caso de la recurrente sus cuatro instalaciones pertenecen al grupo b.4.1 y tienen asignadas las mismas horas mínimas y umbrales de funcionamiento que las instalaciones de los mismos años del grupo b.4.2, lo que lo considera injustificado. Y ello es un ejemplo del carácter retroactivo de la Orden pues se está aplicando a valores de horas equivalentes y umbrales de funcionamiento a años en los que la Orden no estaba en vigor. Por ello considera que el art. 7 de la orden y el Anexo II son contrarios al principio de arbitrariedad y a la prohibición de retroactividad, recogidos en el art. 9.3 CE .

Ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre los criterios utilizados para fijar, con carácter general, las horas de funcionamiento de cada instalación tipo. Y, por lo que respecta a la energía hidráulica la memoria de impacto normativo de la orden específica para <<para la determinación de las horas equivalente de funcionamiento, se han tenido en cuenta, para cada instalación tipo, las horas anuales medias reales según los datos publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Para su cálculo se han realizado las siguientes consideraciones:

- para los años anteriores al 2014, se ha calculado las horas medias reales de funcionamiento para cada grupo de la potencia instalada acumulada en cada año. El rango de horas equivalentes de funcionamiento para los subgrupos incluido en el grupo b.4 es (2.651-3416h) y para los del b.5 es de (2.243-3488h) en función de la información disponible de la CNMC en función del año de puesta en marcha.

-A partir de 2014, se calcula la media móvil de las horas de funcionamiento reales de los últimos 15 años, según procedimiento establecido por la Directiva de Energía Renovables>>.

No es posible, por tanto, tachar de arbitrario o irreal los datos utilizados por lo que a falta de una prueba que demuestre la disconformidad de los mismos en relación con los datos utilizados, no procede estimar esta alegación.

d) Sobre el año de referencia para la fijación del régimen.

Se argumenta también que la Disposición Adicional Segunda de la Orden, en la que se afirma que las referencias incluidas a la autorización de explotación se entenderán realizadas al acta de puesta en marcha.

El año de autorización de explotación, al que se refiere el anexo I de la Orden en la clasificación de las instalaciones tipos, se entiende que es el del acta de puesta en marcha, lo que significa que se ha considerado que al obtener el acta de puesta en marcha las instalaciones comenzaron a percibir la retribución correspondiente, pero en el régimen anterior (RD 661/2007) el acta de puesta en marcha era una condición necesaria pero no suficiente para obtener el reconocimiento del régimen primado, por lo que las instalaciones no percibían primas hasta varios meses después de haber obtenido el acta de puesta en marcha definitiva, por lo que al tener en cuenta la clasificación los años transcurridos desde el acta de puesta en marcha como años durante los que se ha percibido retribución del sistema, se presume erróneamente que han recibido más retribución de la prevista con los efectos sobre la retribución futura. Por todo ello, alega que los ingresos por venta de energía a un precio primado que se recogen para cada instalación tipo no son reales, puesto que al tomar como referencia el acta de puesta en marcha, incluyesen ingresos que, en realidad, nunca se llegaron a percibir, reduciendo su vida útil.

Lo cierto es que en el régimen anterior al RD-ley 9/2013, el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que regulaba entre otras cuestiones los procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, distinguía en su artículo 115 , entre las siguientes autorizaciones: a) la autorización administrativa, que se refiere al anteproyecto de la instalación como documento técnico que se tramitará, en su caso, conjuntamente con el estudio de impacto ambiental, b) la aprobación del proyecto de ejecución, que se refiere al proyecto concreto de la instalación y permite a su titular la construcción o el establecimiento de la misma y c) la autorización de explotación, que permite, una vez ejecutado el proyecto, poner en tensión las instalaciones y proceder a su explotación comercial.

Sobre esta última autorización de explotación, el artículo 132 del RD 1955/2000 indica que, después de ejecutado el proyecto, se presentará la solicitud de acta de puesta en servicio, acompañada de la documentación que se cita, y dicha acta de puesta en servicio se extenderá por el área o dependencia de Industria y Energía de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno respectivas que hayan tramitado el expediente, previas las comprobaciones que estimen oportunas.



A su vez, el Real Decreto 661/2007, regulador de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, al establecer el procedimiento de registro de las instalaciones de producción en régimen especial, vinculaba el inicio de su régimen económico a la fecha de la autorización de explotación o acta de puesta en marcha a que acabamos de referirnos, al indicar en su artículo 14 que la inscripción definitiva de la instalación en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial será requisito para la aplicación a dicha instalación del régimen económico regulado en el RD, "con efectos desde el primer día del mes siguiente a la fecha del acta de puesta en marcha definitiva de la instalación."

En definitiva, la fecha de efectos del régimen económico primado que regulaba el RD 661/2007 se situaba en el primer día del mes siguiente a la fecha del acta de puesta en marcha definitiva de la instalación.

Por su parte, el nuevo régimen retributivo regulado por el RD-ley 9/2014 presenta entre sus elementos esenciales su proyección sobre toda la vida útil regulatoria de la instalación, con la limitación establecida por la Disposición Final tercera de la Ley 24/2013, que impide en todo caso la reclamación de las retribuciones percibidas por la energía producida con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo régimen, el 14 de julio de 2013.

Es acorde con esta proyección del nuevo régimen retributivo sobre toda la vida útil regulatoria de la instalación que se consideren, a los efectos de determinar la retribución específica, los ingresos y costes estándares de la instalación desde el inicio de su vida útil regulatoria, es decir, desde que comenzó la percepción de ingresos por el régimen especial del RD 661/2007 o de la normativa anterior, y por tal razón la Disposición Adicional 2ª, apartado 6º, del RD 661/2007 señala que para las instalaciones a que se refiere dicha D.A., esto es, para las instalaciones con derecho a la percepción de régimen económico primado a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, <<se considerará que la fecha de inicio para la contabilización de la vida útil regulatoria será el 1 de enero del año siguiente al de la autorización de explotación definitiva de la instalación>>.

Recordemos que, de conformidad con el artículo 132 del RD 1955/2000, antes citado, la autorización de explotación coincide con el acta de puesta en servicio de la instalación. Por esa razón, la Disposición Adicional segunda de la Orden IET impugnada indica que <<las referencias incluidas en esta orden a la autorización de explotación se entenderán realizadas, en su caso, al acta de puesta en marcha o en servicio>>.

Sin perjuicio de que la demanda no haga indicación de la norma o precepto legal o reglamentario que estime infringido en este motivo de impugnación, y que esta Sala no pueda asumir esa carga que corresponde a la parte recurrente, no se aprecia por la Sala que la disposición impugnada en este motivo, la Disposición Adicional Segunda de la Orden IET vulnere o contradiga las disposiciones que hemos examinado sobre el inicio de los efectos económicos del régimen especial primado del RD 661/2007 y el inicio de la vida útil regulatoria de la instalación.

A mayor abundamiento sobre las anteriores consideraciones, en el que se alega el transcurso de un período de tiempo entre la fecha del acta de puesta en marcha y la fecha de percepción de retribución en forma de primas, en el presente recurso no se ha acreditado que su instalación se encuentra en la situación que refiere.

Y finalmente procede añadir que resulta razonable tomar en consideración la fecha de puesta en funcionamiento de la instalación, al tratarse de un criterio objetivo y relevante para determinar la antigüedad de la misma, y aunque pudiera haberse optado por otra distinta la opción elegida por la norma es objetiva y no puede considerarse irrazonable o arbitraria, siendo representativa del tiempo de funcionamiento efectivo de la instalación y, por lo tanto, de la antigüedad y características de sus equipos.

Se desestima esta alegación.

e) Sobre la exclusión de determinados costes.

A juicio de la parte recurrente no existe explicación lógica y razonable que justifique el hecho de que no se hayan tenido en cuenta "todos los costes" de la instalación, al excluir aquellos que no sean de aplicación en todo el territorio nacional, pues de este modo se excluyen costes tales como el impuesto de generación eléctrica previsto en la Ley 15/2013 y el canon eólico creado por la Ley 8/2009 de aprovechamiento eólico gallega.

La posibilidad de computar tan solo los costes o inversiones que no sean de aplicación en todo el territorio nacional tampoco es propia de la Orden impugnada sino que derivada del Real Decreto-ley 9/2013 y de la Ley 24/2013. La exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013 ya disponía que <<en ningún caso se tendrán en consideración los costes e inversiones que vengan determinado por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español>> y la modificación en el art. 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997 ya preveía que <<en ningún caso se tendrán en cuenta aquellos costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español>>. Y en similares términos tal previsión es conforme con el diseño legal previsto en la Ley 24/2013



del Sector Eléctrico, pues con dicha norma legal se intenta evitar la posibilidad de nuevos déficit estructurales en el sistema eléctrico, de modo que la Exposición de Motivos afirma que persigue que «cualquier medida normativa en relación con el sector que suponga un incremento de coste para el sistema eléctrico o una reducción de ingresos deberá incorporar una reducción equivalente de otras partidas de costes o incremento equivalente de ingresos que asegure el equilibrio del sistema», que se plasma en el artículo 13.5 de dicha norma . y más adelante la exposición de motivos señala la necesidad de fijar un régimen retributivo «para realizar la actividad por una empresa eficiente y bien gestionada, mediante la aplicación de criterios homogéneos en todo el territorio español», de ahí que su artículo 14.7 al regular el régimen retributivo específico aplicable a estas instalaciones dispone que «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», por lo que no es posible dirigir reproche alguno de irrazonabilidad a la Orden impugnada que se limita a recoger las previsiones contenidas en las normas de rango legal, lo que por sí mismo bastaría para rechazar esta alegación.

Tan solo debe añadirse que esta previsión legal esta que encuentra su fundamento en la distribución competencial entre el Estado y las CCAA con competencias asumidas en esta materia, en la medida que esta norma es una legislación básica para fijar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) y las bases del régimen ...energético (art. 149.1.25 CE), por lo que siguiendo la doctrina constitucional sobre la legislación básica desde un punto de vista material es incluir «[...] las determinaciones que aseguran un mínimo común normativo en el sector material de que se trate y, con ello, una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material (STC 223/2000, de 21 de septiembre , FJ 6, con cita de las SSTC 1/1982, de 28 de enero ; 48/1988, de 2 de marzo , 147/1991, de 4 de julio y 197/1996, de 28 de noviembre)" (STC 14/2004, de 13 de febrero , FJ 11), por lo que es una lógica consecuencia de una legislación básica estatal que regula los costes uniformes con cargo al sistema eléctrico nacional, ajeno a las previsiones derivadas de normas autonómicas o locales que puedan imponer costes añadidos.

En definitiva, esta normativa define el régimen básico de la actividad de uno de los sujetos que interviene en el sistema eléctrico, definición que ha de responder a unas características homogéneas en un sistema que opera de forma única para todo el territorio nacional, y, por otro, establece una serie de criterios generales respecto al régimen económico aplicable al mismo, extremos ambos que tienen por finalidad garantizar un desarrollo ordenado de la actividad compatible con la sostenibilidad económica y técnica del sistema en su conjunto, uno de los objetivos fundamentales de la LSE. Se trata, entonces, de una cuestión que se sitúa en el ámbito de la ordenación básica de las actividades de suministro de energía eléctrica y del establecimiento de su régimen económico, para lo que los títulos de los arts. 149.1.13 y 25 CE proporcionan fundamento competencial adecuado (STC 60/2016 de 17 de marzo , FJ 3).

También se impugna el Anexo III de la Orden al no contemplar el incremento en los costes de explotación a medida que transcurre la vida de la instalación. Las instalaciones sufren desgastes derivados de su operación y los costes de mantenimiento se incrementan con el tiempo, sin que dicho Anexo ni en el detalle de los costes de las instalaciones tipo se refleje este hecho.

La memoria de impacto normativo respecto de la Orden afirma que se fijan unos costes de explotación variables, que incluyen diversos costes (costes, de seguros, gastos de administración y los costes de mantenimiento tanto preventivo como correcto, entre otros) por lo que sí están incluidos los costes de mantenimiento de las instalaciones. La modificación de los costes de explotación esta prevista en el art. 19 del Real Decreto 413/2014 al disponer que «al finalizar cada periodo regulatorio se podrán revisar el resto de los parámetros retributivos (en donde se incluyesen los costes de explotación) mediante Orden del Ministro de Industria y Energía y Turismo» por lo que no es posible sostener que no se acomodarán los costes de mantenimiento, que, por otra parte, se han fijado, tal y como hemos señalado, anteriormente para cada instalación tipo que se definen, entre otros criterios, por la antigüedad de las instalaciones.

Se desestima esta alegación.

f) Sobre la valoración de los ingresos percibidos por las instalaciones y el precio de mercado.

Se reprocha que la Orden atribuya a cada instalación tipo un valor relativo a los ingresos percibidos que resulta de aplicación a todas y cada una de las instalaciones concretas que se incluyan en dicha IT, con independencia de los ingresos reales que efectivamente haya obtenido hasta ese momento y obtenga en el futuro mediante la venta de su energía en el mercado eléctrico. Dichos ingresos, a efectos del cálculo de la retribución a la inversión, coinciden con los de la instalación tipo asignada en función de la fecha del acta de puesta en marcha y se aplica un coeficiente por tecnología para tener en cuenta que la media del precio de venta de la instalación tipo será inferior al precio medio del mercado (coeficiente de apuntamiento) y unos límites en los valores de



ajuste que reducen la cantidad que recuperará la instalación por este concepto. Tales puntos de partida, son a juicio de la parte recurrente, absolutamente inmotivados y contradicen la realidad.

Considera que el coeficiente de apuntamiento es el cociente entre el precio medio al que la teórica instalación tipo vendería su energía dividido por el precio medio de mercado, pero este valor solo se puede calcular a posteriori y será diferente para cada instalación y para cada año. En consecuencia los valores de ingresos dispuestos para cada una de las IT no se ajustan a la verdadera realidad de lo percibido y, por lo tanto, resultan arbitrarios.

Por ello entiende que la media aritmética anual del precio marginal del mercado no es el precio medio al que vende la instalación a mercado y es siempre mayor que el precio medio anual efectivamente percibido por los parques eólicos y las centrales hidroeléctricas, solo deberían utilizar los ingresos que se obtienen en su explotación.

Para dar respuesta a alegación es preciso afirmar que el coeficiente de apuntamiento tecnológico se ha fijado, según expresa la memoria de impacto en relación con la tecnología hidráulica, de acuerdo con lo establecido en el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en relación con las instalaciones tipo y se establece la metodología de actualización de la retribución a la operación tomando los valores de coeficiente de apuntamiento actualizados para el 2014 según consta en su informe de 3 de abril de 2013 y que se calcularon con la información disponible de la Comisión hasta el 31 de diciembre de 2013, correspondientes a la media observada a lo largo de los tres años anteriores.

Por otra parte no es posible pretender, como se deduce de su alegación, que el esquema retributivo no gire en torno a una instalación tipo o estándar sino a los costes o ingreso de cada instalación concreta, pues ello es contrario al sistema diseñado, el cual ya sido analizado y considerado conforme a derecho en su conjunto a lo largo de los razonamientos de esta resolución.

Se desestima esta alegación.

DÉCIMO NOVENO . Costas.

Por las razones expuestas el recurso debe ser desestimado, si bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede imponer las costas del proceso a ninguna de las partes, pues la controversia planteada suscita dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido (apartado 1 del artículo 139 citado).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Que debemos Desestimar los recursos interpuestos por el representante legal de la sociedad "Hidroeléctrica del Giesta" contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y contra la Orden Ministerial IET/1045/2014, de 16 de junio, sin hacer expresa condena en costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro José Yagüe Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde

VOTO PARTICULAR

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo ordinario 1/543/2014 y acumulado 1/549/2014.

PRIMERO .- Sobre el sentido del presente voto particular.

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



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

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

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 Ríos -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 24/2013 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 413/2014 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 imponerle 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 constatase 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.

D. Eduardo Espin Templado

TRIBUNAL SUPREMO



Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 543/2014 Y ACUMULADO 549/2014), AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a Maria Isabel Perello Domenech.

Por medio de este voto particular manifiesto mi respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria en dos puntos sustanciales de la controversia suscitada en relación con el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio:

A/ De un lado, no comparto los apartados de la fundamentación jurídica de la sentencia en los que se desestiman las alegaciones de la parte demandante sobre la eficacia la retroactiva del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. En mi opinión, ambas disposiciones deberían haber sido declaradas nulas por incurrir en retroactividad ilícita y en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, en los términos que seguidamente explicaré.

B/ Discrepo asimismo del criterio mayoritario en lo que se refiere a la apreciación de suficiencia de la justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014; pues entiendo que la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, debería haber sido declarada nula por carecer de justificación técnica los valores y parámetros de diversa índole que en ella se fijan como definidores del régimen retributivo para cada instalación tipo. Sin embargo, no desarrollaré aquí este segundo aspecto de discrepancia toda vez que se refiere a una cuestión que en este proceso concreto no ha sido abordada.

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

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

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



o, en general, del régimen retributivo inicial con que había sido favorecido el conjunto del sector de energías renovables era previsible a la vista del curso de las ulteriores circunstancias, especialmente las económicas y técnicas, sobrevenidas después del año 2007.

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

SEGUNDO.- Comparto el parecer de mis compañeros cuando señalan que los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional - STC 270/2015, de 17 de diciembre, cuya doctrina se reitera luego en las ulteriores SsTC 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 18 de febrero, 30/2016, de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo - han dejado zanjada en sentido desestimatorio la formulación de esos mismos reproches contra el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y la Ley 24/2013, de 26 de diciembre. Ahora bien, la asunción de que las citadas normas con rango legal no incurren en retroactividad prohibida ni vulneran los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, por haberlo declarado así el Tribunal Constitucional, no excluye que esos defectos o alguno de ellos puedan estar presentes en las normas reglamentarias de desarrollo que aquí se enjuician.

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

También son normas con rango de ley - disposiciones transitorias 3ª y derogatoria única del Real Decreto-ley 9/2013 y transitoria 6ª de la Ley 24/2013 - las que vinieron a establecer que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (en nuestro caso, el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo), y que lo recibirían con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el mencionado desarrollo reglamentario.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Así, de ninguna manera resultaba previsible -no desde luego, cuando se realizó la inversión de las instalaciones preexistentes a la reforma, pero ni siquiera en fechas ya próximas a los cambios introducidos en el año 2014- que la modificación materializada y concretada en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 iba a suponer una alteración tan radical del sistema específico de retribución a las energías renovables y la



cogeneración. Y menos previsible aún que ese desarrollo reglamentario fuese a tener el alcance retrospectivo al que antes me he referido, en el que los nuevos valores y parámetros se proyectan hacia atrás en el tiempo y se aplican a la actividad desarrollada desde el momento inicial de la instalación, de manera que la que había sido una actividad eficiente y bien gestionada -con arreglo a la regulación vigente en cada momento- pudiese dejar de tener esa consideración de manera retrospectiva, por aplicación de la nueva normativa reglamentaria.

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

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

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

Así, a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 las empresas tuvieron que decidir si continuaban o no la actividad de cada instalación sin conocer a qué régimen jurídico iba a quedar sometida ésta; y dado que en aquel momento no era previsible, ya lo he señalado, que las normas reglamentarias de desarrollo vendrían a establecer una regulación con las características y el alcance retroactivo que antes he descrito, no es aventurado suponer que algunas o muchas de las empresas habrían procedido de un modo distinto, o incluso habrían decidido suspender su actividad, de haber conocido entonces que iban a quedar sujetas, también para ese período de intermedio de incertidumbre, a un régimen retributivo como el que luego establecerían el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014.

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

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

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

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



de mi discrepancia con la mayoría de la Sala corresponderá hacerlo con ocasión de sentencias en las que se aborde la cuestión relativa a la justificación técnica de la Orden IET/1045/2014.

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

Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde**, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ