



Roj: **STS 346/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:346**

Id Cendoj: **28079130032017100045**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **31/01/2017**

Nº de Recurso: **655/2014**

Nº de Resolución: **132/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 31 de enero de 2017

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número 1/655/2014 interpuesto por la procuradora doña Silvia Vázquez Senín, en representación de las mercantiles SABONDEL, S.L. y MESOGEN, S.L., bajo la dirección letrada de don Adolfo Díaz Lens, 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 residuo; 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. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La procuradora doña Silvia Vázquez Senín, en representación de las mercantiles SABONDEL, S.L. y MESOGEN, S.L., interpuso con fecha 8 de septiembre de 2014, recurso contencioso-administrativo, que se registró con el número 1/655/2014, 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.

**SEGUNDO.-** Solicitada por el Abogado del Estado la suspensión de la tramitación procesal de este recurso contencioso-administrativo, a resultas de la decisión que adopte la Comisión Europea en relación al procedimiento de examen preliminar de ayudas de Estado planteado por las Autoridades españolas, y una vez oídas las partes, se dictó Auto el 17 de julio de 2015, por el que se acuerda «no ha lugar a la petición de la Administración demanda de que se suspenda la tramitación del presente proceso».

**TERCERO.-** En su escrito de demanda presentado el 2 de noviembre de 2015, la representación procesal de las mercantiles SABONDEL, S.L. y MESOGEN, S.L. demandantes, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y los concluyó con el siguiente SUPLICO:

« se tenga por presentada la presente demanda con los documentos adjuntos se admita la misma procediendo a declarar la no conformidad a derecho de las normas recurridas, así como su nulidad y, en concreto, de las siguientes disposiciones de las mismas y todos sus anexos y normas conexas con las mismas:

Del RD 413/2014:

- Todos los artículos del 11 al 27, ambos incluidos.



- Disposiciones Adicionales Primera, Segunda, Cuarta, Sexta y Decimoctava.
- Disposición Transitoria Octava.

De la Orden IET 1045/2014:

- Todos los artículos del 1 al 8 ambos inclusive.

Asimismo se condene en costas a la Administración Pública recurrida. » .

**CUARTO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito presentado con fecha 19 de noviembre de 2015, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que habiendo por presentado este escrito, documentos anejos y sus copias, se sirva admitirlo, tenga por contestada la demanda, por recibidos los autos y el expediente administrativo que ahora se devuelven, para, previa la tramitación legal correspondiente, resolver este proceso por sentencia que DESESTIME íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto. Con costas.

Por Otrosí Primero opina que la cuantía de este proceso es indeterminada.

Por Otrosí Segundo solicita el recibimiento de los autos a prueba, señalando como medio la documental pública que aporta. » .

**QUINTO.-** Por Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de 15 de diciembre de 2015, se resuelve fijar la cuantía del presente recurso contencioso-administrativo en indeterminada.

**SEXTO.-** Por Auto de 11 de enero de 2016, se acordó recibir el recurso a prueba. Admitir y declarar pertinente la documental propuesta por el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, consistente en los Informes que se adjuntan al mismo como documentos anexos 1 y 2, que se tienen por reproducidos.

**SÉPTIMO.-** Por diligencia de ordenación de 21 de enero de 2016, y, a la vista del escrito de de la procurador Sra. Vázquez Senín de fecha 19 de enero de 2016, se concede a la misma el plazo de diez días a fin de que presente escrito de conclusiones sucintas de los hechos por la mismo alegados y motivos jurídico en que se apoyen, lo que efectuó en escrito presentado el 2 de febrero de 2016, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, los concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« se tenga por presentado, en tiempo y forma, el presente escrito de conclusiones y se proceda a dictar sentencia en los términos solicitados en la demanda. » .

**OCTAVO.-** Por diligencia de ordenación de 4 de febrero de 2016, se acuerda entregar copia del escrito de conclusiones a la parte demandada (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) otorgándole el plazo de diez días para que presente las suyas, evacuándose dicho trámite por el Abogado del Estado en escrito presentado el 18 de febrero de 2016, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con la siguiente SOLICITUD:

« que habiendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlos, tenga por formuladas CONCLUSIONES, para continuar con la tramitación legal de este proceso hasta resolverlo por sentencia en los términos solicitados al contestar las demandas. » .

**NOVENO.-** Por providencia de 30 de marzo de 2016, se acuerda conferir a las partes un plazo común de diez días para que formulen alegaciones acerca de la incidencia que pueda tener sobre las cuestiones suscitadas en este proceso la sentencia el Pleno del Tribunal Constitucional, STC 270/2015, de 17 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 19, de 22 de enero de 2016, evacuándose dicho trámite con el siguiente resultado:

**1º.-** El Abogado del Estado, en escrito presentado el 1 de abril de 2016, efectuó las manifestaciones que consideró oportunos, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que tenga por presentado este escrito y copias, los admita con sus alegaciones y resuelva que no procede plantear cuestión de inconstitucionalidad, continuando la tramitación de este proceso para su resolución por sentencia en los términos suplicados en la contestación a la demanda presentado por esta Abogacía. » .

**2º.-** La procuradora doña Silvia Vázquez Senín, en representación de las mercantiles SABONDEL, S.L. y MESONGEN, S.L. demandantes, presentó escrito el 6 de abril de 2016, en el que tras efectuar, asimismo, las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« se tenga por presentado el presente escrito, por formuladas alegaciones en relación con la sentencia 270/2015 del Tribunal Constitucional dictando sentencia en los términos solicitados en la demanda. » .



**DÉCIMO.-** Por providencia de 11 de abril de 2016, se acordó, entre otros extremos, dar traslado del escrito y documento del Parlamento Europeo presentado por el Abogado del Estado a las partes personadas, para que en el plazo de cinco días aleguen lo que a su derecho convenga, evacuándose dicho trámite por la representación procesal de las mercantiles demandantes, por escrito de 14 de abril de 2016, por el que solicita «se tenga por presentado el presente escrito, por formuladas alegaciones y dicte sentencia en los términos solicitados en la demanda».

**UNDÉCIMO.-** Por providencia de fecha 18 de noviembre de 2016 se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat y se señaló para votación y fallo el día 24 de enero de 2016, fecha en que tuvo lugar el acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de las mercantiles SABONDEL, S.L. y MESONGEN, S.L., tiene por objeto la pretensión de que se declare la nulidad de los artículos 1 al 27, las disposiciones adicionales primera, segunda, cuarta, sexta y decimoctava 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 de los artículos 1 al 8, ambos inclusive, de la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

La pretensión de que se declare la nulidad de las referidas disposiciones del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio; y de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, se fundamenta, en primer término, en la vulneración del principio de irretroactividad de las normas desfavorables enunciado en el artículo 9.3 de la Constitución, en cuanto se acredita que la aplicación del régimen retributivo específico perjudica claramente a las empresas demandantes, respecto del anterior sistema retributivo primado, en cuanto los resultados del ejercicio 2014 arrojaron pérdidas, a diferencia del balance del ejercicio anterior, en que obtuvieron beneficios.

Se aduce que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 son posteriores a los hechos que están regulando y, por lo tanto, se están aplicando retroactivamente unas normas desfavorables que carecen de habilitación legal, pues el Real Decreto-ley 9/2013 no regula los criterios para determinar el cálculo de la deuda en que se sustenta la fijación de la rentabilidad razonable.

Se afirma que las disposiciones impugnadas transgreden las recomendaciones efectuadas por la Comisión Europea, en la Comunicación SWD 2013 439, que declara que es absolutamente desaconsejable aplicar cambios retroactivos en el sector eléctrico por ser totalmente contraproducentes.

Se ignora también el objetivo de un 20% de la producción de energía eléctrica basada en fuentes renovables establecido en la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE.

En segundo término, el recurso contencioso-administrativo se fundamenta en la infracción del principio de seguridad jurídica, en cuanto resulta evidente la situación de inseguridad a que se ha avocado a estas empresas desde el momento en que se aprueba 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, al ser sus efectos absolutamente imprevisibles.

Se denuncia también que los informes que sirvieron de soporte para la elaboración de la norma no se incluyen en el expediente administrativo remitido a este Tribunal Supremo, lo que evidencia que está incompleto. Se afirma que queda acreditado que la documentación aportada por la Administración no es la necesaria para redactar las normas impugnadas en este procedimiento y que, por tanto, no existe explicación sobre que informes fueron los que se tuvieron en cuenta por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Se aduce, además, que en todo este «artificio legislativo», no se esconde nada mas que un proceso para crear una situación en fraude de ley prohibida por el artículo 6 del Código Civil, en los términos formulados por el Tribunal Constitucional en la sentencia 37/1987, de 26 de marzo, y en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1991 y de 5 de mayo de 1995, en cuanto existe una norma defraudada por las disposiciones impugnadas que, en el artículo 9.3 de la Constitución prohíbe la retroactividad de las normas desfavorables.

Por último, se argumenta que «estamos ante un abuso tan manifiesto que incurre en desviación de poder, tal y como la define el artículo 70 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como lo

acuerda la exposición de las pruebas aportadas (documentos 6 y 7) que demuestran que la solución definitiva adoptada por el Ministerio es abusiva.

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

El Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, modifica de forma sustancial el régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables establecido en el artículo 30 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de Sector Eléctrico, sustituyendo el régimen tarifario primado por la percepción «a título excepcional», de una retribución específica.

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

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

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

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

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

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

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

Esta rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado.

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

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

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

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

Este régimen retributivo, adicional a la retribución por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción, estará compuesto por un término por unidad de potencia instalada que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la



energía en el mercado, y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo.

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

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

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

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

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

El régimen retributivo no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que permita obtener una rentabilidad razonable referida a la instalación tipo en cada caso aplicable. Esta rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado.

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

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

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

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

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

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

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

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



percepción del régimen retributivo específico correspondiente a dicha potencia inscrita en el registro y a la fracción de la energía imputable a la misma.

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

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

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

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

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

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

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

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

1) El Real Decreto 413/2014 impugnado en este recurso contencioso-administrativo, no crea "ex novo" el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

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

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

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



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

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

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

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

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

### **TERCERO.- Sobre el motivo de impugnación fundamentado en la falta de cumplitud del expediente administrativo.**

El motivo de impugnación del Real Decreto 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014, basado en un supuesto vicio procedimental lesivo del artículo 24 de la Constitución, por no constar en el expediente administrativo remitido por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo los informes que se supone fueron utilizados en la elaboración de las disposiciones impugnadas, debe ser rechazado, siguiendo los razonamientos expuestos en las sentencias de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 (RCA 428/2014), de 28 de junio de 2016 (RCA 499/2014) y de 22 de septiembre de 2016 (RCA 639/2014), en que sostuvimos que no procedía declarar la nulidad de dichas disposiciones al entender que no se había producido indefensión por la falta de incorporación de determinados informes de Consultoras privadas en el procedimiento de elaboración de las normas, ya que estaban debidamente justificados los criterios contemplados para determinar el régimen retributivo específico y no apreciarse la supuesta discordancia entre la normativa impugnada y las leyes que desarrollan.

Al respeto, en la citada sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2016 (RC 499/2014), dijimos:

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



momento en que se realizaron, por lo que los parámetros asignados por la Orden no han tenido en cuenta el coste real de la inversión limitándose a fijar un valor estándar.

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

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

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

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

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





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

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

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

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

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

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

En lo que se refiere a la retribución a la operación y retribución a la operación extendida, el informe explica que el criterio de asignación es atribuírselo a aquellas instalaciones que necesitan de dicha retribución adicional en relación con los ingresos obtenidos por la venta de energía en el mercado para poder igualar los costes estimados de explotación por unidad de energía exportada, por lo resulta razonable no asignarlo a



instalaciones eólicas ni hidráulicas dado que sus costes variables son relativamente reducidos y concedérselo, en mayor o menor medida, a las restantes tecnologías. También en este punto se determina el criterio de asignación de esta retribución, permitiendo a la parte rebatir si resultaba procedente su inclusión en un caso concreto. Es más, el informe referido dirige en este punto alguna crítica respecto a los criterios empleados para elegir a alguna instalación tipo como receptora de esta retribución, suscitando dudas sobre la percepción de una retribución no justificada por alguna instalación pero sin cuestionar que se haya dejado de establecer la misma cuando resultaba procedente.

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

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

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

#### **CUARTO.- Sobre el motivo de impugnación fundamentado en la infracción del principio de irretroactividad enunciado en el artículo 9.3 de la Constitución .**

El motivo de impugnación del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, fundamentado en la alegación de que la reforma del régimen retributivo incurre en retroactividad constitucionalmente prohibida, no puede ser estimado.

Esta Sala considera, según sostuvimos en las sentencias de 1 de junio de 2016, resolviendo los recursos contencioso- administrativos 650/2014 , 651/2014 y 654/2014 , que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 impugnados se limitan a desarrollar lo dispuesto en la disposición final tercera del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio , y en la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre , que establecen criterios para la aplicación del nuevo régimen financiero y económico de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos de régimen económico primado, disponen que «la rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la



instalación girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, de las Obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos, todo ello, sin perjuicio de su ulterior revisión en los términos legalmente previstos» y que «en ningún caso podrá resultar de dicho nuevo modelo retributivo la reclamación de las retribuciones percibidas por la energía producida con anterioridad al 14 de julio de 2013, incluso si se constataste que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad».

Procede añadir que en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 (RCA 40/2011), hemos sostenido que:

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

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

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

A partir de estas premisas, entendemos, tal como refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, que la nueva regulación no obliga a los titulares de las instalaciones de cogeneración existentes a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, en cuanto se limita a disponer la aplicación del nuevo régimen económico a las instalaciones existentes, atendiendo a un criterio legal explícito y objetivo, basado en la obtención de una rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida útil de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, por referencia a la instalación tipo que les permite cubrir las cuotas de inversión que se corresponden a una empresa eficiente y bien gestionada y competir en el mercado en un nivel de igualdad con el resto de tecnologías.

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Por otra parte, los criterios recogidos en la sentencia de esta Sala que cita la parte recurrente, de 25 de septiembre de 2012 (recurso 71/2011 ), que reproduce el contenido de sentencias anteriores de 12 de abril y 19 y 26 de junio de ese mismo año , ( recursos 40/2011 , 62/2011 y 566/2010 ), interpuestos contra el Real Decreto 1565/2010, nos llevan a estimar que el Real Decreto y la Orden ahora impugnados no incurren en retroactividad



prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución española, pues carecen de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, en el sentido de que no anulan, ni modifican ni revisan las retribuciones pasadas, percibidas por los titulares de instalaciones de energía renovables bajo la vigencia del régimen del Real Decreto 661/2007, sino que el Real Decreto y la citada Orden proyectan sus efectos a partir de la entrada en vigor del nuevo régimen retributivo, instaurado por el Real Decreto-ley 9/2013, que sustituyó el anterior régimen retributivo.

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

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

Se argumenta también que el Real Decreto impugnado atribuye a la retribución cobrada en el pasado la condición de entregas a cuenta y abre la posibilidad de devolución de *"lo cobrado de más"* en determinados casos, como los de las instalaciones eólicas, afirmación que tampoco es posible compartir por esta Sala.

El nuevo régimen retributivo establecido por el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, precisaba de su desarrollo reglamentario que determinase los parámetros concretos para su aplicación efectiva a las distintas instalaciones de producción de energía eléctrica, por lo que la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 9/2013 previó la aplicación con carácter transitorio de los derogados Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008, hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo, es decir, hasta la aprobación del Real Decreto 413/2004 y Orden IET/1045/2014 impugnados en este recurso, de forma que el organismo encargado de la liquidación seguirá abonando hasta dicho momento de aprobación de las disposiciones reglamentarias de desarrollo, con carácter de *"pago a cuenta"*, los conceptos liquidables devengados por las instalaciones con arreglo al régimen anterior.

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

La retribución de ese periodo intermedio o transitorio, durante el que los titulares de las instalaciones percibirán un *"pago a cuenta"*, tampoco incurre en una retroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución



española , como deja claro la sentencia constitucional 270/2015, que señala sobre esta cuestión que el Real Decreto-ley 9/2014 tiene una vigencia inmediata, pues produce efectos a partir de su entrada en vigor, y los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado quedan sujetos a ese nuevo régimen retributivo desde la entrada en vigor del citado Real Decreto- ley, sin perjuicio de que la cuantificación precisa de su retribución no se produzca hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente *"y sin que dicha sujeción conlleve una afectación desfavorable de los derechos adquiridos desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas."*

Finalmente tampoco puede compartirse que en el nuevo régimen retributivo pueda darse el caso de que algunas instalaciones, como considera la parte recurrente que sucede con las eólicas, tengan que devolver lo *"cobrado de más"* .

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

En último término, cabe subrayar que la aplicación del nuevo régimen retributivo específico, desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, aunque afecta a ejercicios fiscales y contables consolidados, correspondientes a los años 2013 y 2014, no determina la invalidez de las disposiciones impugnadas, tal como se desprende de los razonamientos jurídicos expuestos, al no poder calificarse de afectar lesivamente al principio de retroactividad prohibida en los términos expuestos en el artículo 9.3 de la Constitución .

#### **QUINTO.- Sobre el motivo de impugnación fundamentado en la infracción del principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución .**

El motivo de impugnación esgrimido contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, fundamentado en la alegación de que el régimen retributivo aplicable a las instalaciones de cogeneración ha avocado a las empresas demandantes a una situación de absoluta inseguridad por no conocer desde julio de 2013 hasta junio de 2014 cuál era el marco regulatorio aplicable, lo que infringe el principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución , no puede ser estimado.

Esta Sala no comparte la tesis argumental de que la revisión del régimen retributivo de las instalaciones de cogeneración, establecida en el Real Decreto 413/2014 y en la Orden IET/1045/2014 impugnados, que deriva de lo dispuesto 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, sea inconstitucional porque no respeta los principios de seguridad jurídica y confianza legítima garantizados por el artículo 9.3 de la Constitución , una vez que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre , al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el citado Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, ha rechazado que el cambio legislativo producido del régimen retributivo primado de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, sea inconstitucional, sosteniendo que *«los principios de seguridad jurídica y su corolario de confianza legítima no supone el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad»*, porque *«la estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras de interés general»*.

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

*« [...] El respeto de dicho principio (seguridad jurídica), y su corolario, el principio de confianza legítima, es compatible con las modificaciones en el régimen retributivo de las energías renovables realizado por el Real Decreto-ley 9/2013, más aún -como sucede en el presente caso-, en un ámbito sujeto a 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.

[...]

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

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

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

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

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 de la Constitución y el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sostiene que no resulta procedente plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional como solicita el letrado defensor de la parte demandante en este proceso, en relación con el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, porque, como aduce el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones al proveído de esta Sala, en cuanto resulta plenamente aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre , para la resolución de esta litis, al no apreciarse la existencia de fundamento suficiente para sostener una duda razonable acerca de la inconstitucionalidad de las medidas adoptadas por el legislador de urgencia que modifica el régimen retributivo primado de las instalaciones de producción de energía eléctrica



a partir de fuentes renovables, sin perjuicio de que pueda cuestionarse, desde otra perspectiva de la aquí interesada, la eventual responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

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

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

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

En el artículo 1.2 y en la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio , por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, se define y configura el mecanismo incentivador de las energías renovables, que pivota en torno al concepto de retribución específica, que resulta aplicable, en virtud de la disposición adicional primera de la referida norma , a todas las instalaciones que a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, tienen derecho a un régimen económico primado, de modo que el juicio realizado por el Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad de dichas normas, conduce a rechazar que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 impugnados, vulneren los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida, al traer causa -en los extremos cuestionados en esta litis- de la regulación contenida en el referido Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013.

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

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

Ello no obstante, aún no acogiendo la objeción de desviación procesal entre el objeto del recurso contencioso-administrativo y su fundamentación, alegada por el Abogado del Estado, procede referir que en las sentencias de esta Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2016, resolviendo los recursos contencioso-administrativos 650/2014 y 651/2014 , hemos fijado el criterio de que el Real Decreto 413/2014 no ha vulnerado la doctrina jurisprudencial de esta Sala, formulada respecto de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida, en la medida que consideramos justificada, siguiendo la doctrina constitucional, la instauración del nuevo régimen retributivo aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, con la exposición de los siguientes argumentos, que interesa reproducir.

En esta sentencia hemos recordado que la jurisprudencia de esta Sala, recogida en las sentencias de 10 de mayo de 1999 (RCA 594/1995 ), 17 de junio de 2003 (RCA 492/1999 ) 6 de julio de 2012 (RCA 288/2011 ), 22 de enero de 2013 (RCA 470/2011 ), y 21 de septiembre de 2015 (RCA 721/2013 ), sostiene que el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta «el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la





razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones».

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

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

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

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

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

- La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005 (RCA 73/2004 ), recaída en un procedimiento sobre la legalidad del Real Decreto 436/2004, de metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, señaló que «ningún obstáculo legal existe para que el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con que cuenta en una materia fuertemente regulada como la eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución siempre que se mantenga dentro del marco establecido por la Ley del Sector Eléctrico».

- La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006 (RCA 12/2005 ), recaída en un recurso en el que se impugnaba el Real Decreto 2351/2004, de modificación del procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico, señalaba que el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico permitía a las empresas correspondientes aspirar a «unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales» o, a «una retribución razonable para sus inversiones», sin que el régimen retributivo analizado garantice, por el contrario, a los titulares de instalaciones en régimen especial «la intangibilidad de un determinado nivel de beneficios o ingresos por relación a los obtenidos en ejercicios pasados, ni la permanencia indefinida de las fórmulas utilizables para fijar las primas».

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



- Las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009 (RCA 149/2007 y RCA 152/2007 ), sobre la nulidad del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, insistía en que no era posible reconocer pro futuro a los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, «un "derecho inmodificable" a que se mantenga inalterado el marco retributivo aprobado por el titular de la potestad reglamentaria, siempre que se respeten las prescripciones de la Ley del Sector Eléctrico en cuanto a la rentabilidad razonable de las inversiones».

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

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

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

En fin, son muy numerosos los pronunciamientos de esta Sala sobre la inexistencia de un derecho inmodificable, en favor de los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, y a las sentencias ya citadas cabe añadir, entre otras, las SSTS de 13 de septiembre de 2012 (RCA 48/2011 ), 15 de octubre de 2012 (RCA 64/2011 ), 10 de diciembre de 2012 (RCA 138/2011 ), 29 de enero de 2013 (RCA 232/2012 ), 25 de junio de 2013 (RCA 252/2012 ), 1 de julio de 2013 (RCA 305/2012 ), 13 de enero de 2014 (RCA 357/2012 ), 3 de abril de 2014 (RCA 444/2014 ), y otras, que efectúan los siguientes razonamientos:

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

Los agentes u operadores privados que renuncian al mercado, aunque lo hagan más o menos inducidos por una retribución generosa que les ofrece el marco regulatorio, sin la contrapartida de la asunción de riesgos significativos, sabían o debían saber que dicho marco regulatorio, de carácter público, aprobado en un determinado momento, del mismo modo que era coherente con las condiciones del escenario económico entonces vigente y con las previsiones de demanda eléctrica realizadas entonces, no podía ulteriormente ser



ajeno a las modificaciones relevantes de los datos económicos de base, ante las cuales es lógica la reacción de los poderes públicos para acompañarlo a las nuevas circunstancias. Si éstas implican ajustes en otros muchos sectores productivos, con obvias dificultades para su actividad, no resulta irrazonable que aquéllos se extiendan también al sector de las energías renovables que quiera seguir percibiendo las tarifas reguladas en vez de acudir a los mecanismos de mercado (contratación bilateral y venta en el mercado organizado). Y ello tanto más ante situaciones de crisis económica generalizada y, en el caso de la energía eléctrica, ante el crecimiento del déficit tarifario que, en una cierta parte, deriva del impacto que sobre el cálculo de los peajes de acceso tiene la retribución de aquéllas por la vía de la tarifa regulada, en cuanto coste imputable al sistema eléctrico. » .

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

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

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

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

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

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

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

Por tanto, el nuevo régimen jurídico mantiene la medida de incentivo tradicional para la producción de energías renovables de garantizar una rentabilidad razonable, y esta garantía se dota de mayor seguridad, al incorporar su sistema de cálculo a una norma con rango de ley, ya que ahora el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013, dispone que dicha rentabilidad razonable «girará, antes de



impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado».

**SEXTO.-Sobre el motivo de impugnación fundamentado en la concurrencia de fraude de ley y desviación de poder.**

El motivo de impugnación fundamentado en la alegación de que la reforma del régimen retributivo de las instalaciones de cogeneración se ha producido en fraude de ley con el designio de defraudar el artículo 9.3 de la Constitución , que prohíbe la retroactividad de las normas desfavorables, y en desviación de poder, no puede ser acogido.

Cabe, en primer término, señalar que no apreciamos que el legislador de urgencia haya incurrido en fraude de ley al implementar un nuevo régimen retributivo de las instalaciones de cogeneración, que supuso la derogación del anterior régimen primado, en la medida que estimamos, tal como resolvió el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre , que no había perseguido fines prohibidos o contrarios al ordenamiento jurídico, ya que trataba de corregir una situación de déficit de tarifa que ponía en grave riesgo la sostenibilidad económica y social del sistema eléctrico.

En este sentido, cabe reiterar los argumentos expuestos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2016 (RCA 625/2015 ), en la que dijimos:

«[...] Cabe, en primer término, poner de relieve que en el caso que enjuicamos la desviación de poder que se imputa al Gobierno, y, singularmente, al Ministro de Industria, Energía y Turismo, por haber propuesto al Consejo de Ministros la aprobación del Real Decreto 413/2014, y aprobar la Orden IET/1045/2014, con base en el argumento de que la finalidad de ambas disposiciones normativas no es la de fomentar la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables sino la reducción del déficit tarifario, sería en todo caso achacable a la actuación del legislador de urgencia, que al dictar 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, dispuso la modificación del artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , introduciendo un cambio en el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones de cogeneración acogidas al régimen primado, procediendo a la derogación del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

Debe, por tanto, partirse, como premisa para resolver este motivo de impugnación, del pronunciamiento del Tribunal Constitucional formulado en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre , confirmado en las ulteriores sentencias 19/2016, de 4 de febrero , 29/2016, de 16 de febrero , 30/2016, de 16 de febrero , 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo , que, enjuiciando la constitucionalidad del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y examinando, singularmente, la concurrencia del presupuesto habilitante de «extraordinaria y urgente necesidad», exigido por el artículo 86.1 de la Constitución española , considera explícitamente que está plenamente justificada la adopción de un nuevo marco regulatorio de la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, debido a la necesidad de dar una respuesta global que permita corregir los desajustes producidos en el sistema eléctrico, que soporta un déficit de tarifa estructural que pone en grave riesgo la sostenibilidad del sector energético.

La citada sentencia constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, estima que el nuevo marco regulatorio «en su conjunto» es sin duda favorable para las tecnologías renovables, cogeneración y residuos, pues sigue protegiendo las inversiones en esta clase de tecnologías «entre otras razones, por consagrar el criterio de revisión de los parámetros retributivos cada seis años a fin de mantener el principio de rentabilidad razonable establecido legalmente».

Del contenido de la fundamentación de la mencionada sentencia constitucional se infiere que el legislador de urgencia ha ponderado equilibradamente los intereses públicos y privados concurrentes en el sector energético, sin incurrir en un ejercicio desviado de su potestad de configuración del marco regulatorio jurídico y económico de la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos:

« [...]En lo que respecta al examen del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, en relación con los concretos preceptos que son objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, el argumento que sustenta las modificaciones introducidas viene a ser coincidente con el de carácter general, si bien se singulariza en el hecho de que, entre las partidas de costes que han contribuido en mayor medida al incremento del déficit tarifario destacan las primas del régimen especial y las anualidades de déficits acumulados, partidas que se han multiplicado por seis y por nueve respectivamente entre 2004 y 2012. En concreto, en el período 2013 se alude a la concurrencia de unas condiciones meteorológicas atípicas que han ocasionado, por un lado el hundimiento del precio del mercado diario hasta un nivel mínimo, y el incremento de las horas de funcionamiento de determinadas tecnologías con derecho a régimen económico primado, lo que



ha determinado una notable desviación al alza del sobrecoste del régimen especial, como consecuencia de los menores precios de mercado registrados; a ello se añade que la difícil situación presupuestaria no permite dotar, en su totalidad, este extracoste, sin comprometer el cumplimiento de los objetivos de déficit para el ejercicio 2014. Sobre esta base, el nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, se basa en la percepción de los ingresos derivados de la participación en el mercado, con una retribución específica que permita la cobertura de los costes adicionales de estas instalaciones respecto de las del resto de tecnologías en el mercado, y les permita competir en el mercado en nivel de igualdad con el resto de las tecnologías y obtener una rentabilidad razonable.

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

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

Por ello, esta Sala sostiene que no concurren los presupuestos que, conforme a la consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 10 de mayo de 2013 (RC 700/2010), y 9 de mayo de 2016 (RC 2557/2013), son exigibles para apreciar la existencia de desviación de poder, cuyo significado conceptual, entroncado con la tradicional noción civilista de abuso de derecho, alude a un ejercicio de las potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

Según ésta doctrina jurisprudencia, es necesario demostrar de forma convincente que la Administración, aunque adecúe o acomode su actuación a la legalidad, lo hizo con la finalidad distinta a la pretendida por la norma habilitante, lo que en este supuesto palmariamente no acontece.

En efecto, en el caso que enjuiciamos, no cabe afirmar que la Administración haya incurrido en desviación de poder, porque constatamos que el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, se adoptan en virtud de las habilitaciones al Gobierno y al Ministro de Industria, Energía y Turismo contenidas en la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y en la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, sin que no apreciemos un ejercicio desviado de las potestades normativas derivado de la existencia de divergencia entre la finalidad perseguida por el legislador y el ulterior desarrollo reglamentario, que procede a concretizar el nuevo régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos con régimen económico primado.

En este sentido, no resulta ocioso recordar que, según sostuvimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 14 de noviembre de 2010 (RC 2939/1996), la desviación de poder, como vicio constitucionalmente conectado -según recuerda, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 13 de junio de 2000 - con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican ( artículo 106.1 de la Constitución ), es considerada por la Ley como motivo de nulidad de los actos administrativos ( artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ) y definida como «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por



el ordenamiento jurídico» ( artículo 70.2 II de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Sin embargo -como declara, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 24 de abril de 2000 (recurso 5019/1994)-, ese motivo de nulidad requiere la existencia real de una divergencia entre la finalidad del precepto o preceptos que constituyan la cobertura formal de la resolución administrativa y la realidad intrínseca de la finalidad perseguida efectivamente por la Administración, divergencia que ha de quedar demostrada y no meramente alegada por quien en ella se apoya para impugnar el acto.

Debe, asimismo, señalarse que no compartimos la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente respecto de que basta con que la finalidad de la disposición general y de su norma de desarrollo sea distinta de la que exige el ordenamiento jurídico -en este supuesto con invocación de las Directivas 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, y 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE, para que deba estimarse la existencia de desviación de poder.

En este planteamiento subyace la idea que estimamos errónea de que resulta incompatible con las políticas de fomento de las energías renovables, el que el legislador de un Estado miembro de la Unión Europea no pueda considerar otros factores que traten de garantizar la sostenibilidad y eficiencia del sistema energético en su conjunto y asegurar el acceso de los consumidores y usuarios al suministro eléctrico a precios equitativos y asequibles, que determinen reducir o limitar los beneficios concedidos, establecidos para el desarrollo industrial y empresarial de dichas clases de tecnologías.

En las sentencias de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo resolviendo los recursos contencioso- administrativos 650/2014 y 651/2014, hemos reconocido, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre , la finalidad legítima de las medidas de ajuste del sector energético, establecidas en el Real Decreto-ley 9/2013, aunque su aplicación suponga una reducción de los ingresos que percibiría conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 661/2007, partiendo de la consideración de que «los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a velar por el fomento de las energías renovables garantizando el acceso de la energía generada a la red, gozando de un amplio margen de apreciación para configurar el alcance de las medidas, instrumentos y mecanismos incentivos 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».

También hemos descartado en las citadas sentencias de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que el Gobierno y el Ministro de Industria, Energía y Turismo al adoptar, respectivamente, el Real Decreto 4137/2014 y la Orden IET/1045/2014, hayan ejercido sus potestades normativas de forma abusiva, desproporcionada o arbitraria, sosteniendo que «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 el artículo 30.4 de la Ley 54/1997 , en la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013, dispone dicha rentabilidad "girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado"».».

En último término, tampoco consideramos que las disposiciones impugnadas puedan calificarse de incurrir en desviación de poder por su carácter discriminatorio respecto del sector de las instalaciones de cogeneración.

En la sentencia de esta Sala de 7 de junio de 2016 (RCA 625/2014 ), respondiendo a idénticos argumentos a los planteados en este recurso contencioso-administrativo, sostuvimos:

«[...] El informe aportado a las actuaciones por la parte recurrente, y en el que basa sus alegaciones relativas a la discriminación del sector de la cogeneración en relación con otros sectores de la producción de energía, fue encargado por la Asociación Española de Cogeneración a la empresa de asesoría energética Energía local, y señala que los rendimientos considerados por la Orden IET para las plantas de cogeneración en los años 2010, 2011 y 2012 están muy por encima (entre un 5% y un 27%) de los rendimientos mínimos exigidos en el RD 661/2007 para la autorización administrativa y acceso al régimen económico primado y, asimismo, que la cogeneración presenta una serie de características y diferencias sustantivas en relación con las tecnologías renovables, entre las que destaca que en estas últimas, debido a que el precio de venta de electricidad al mercado es superior al coste de la operación, existe un margen operacional positivo, mientras que en el caso de la cogeneración, por razón de que el coste del consumo de los combustibles fósiles es superior a los ingresos por venta de energía, se producen situaciones de tesorería negativa de elevada cuantía, que deben ser cubiertos con fondos adicionales sujetos a un coste, y efectúa una comparación de resultados en el nuevo



modelo retributivo entre la tecnología de cogeneración y la tecnología eólica, que no requiere importantes gastos de explotación y en la que nunca se produce la situación de déficit de tesorería, no resulta convincente a estos efectos para demostrar el carácter discriminatorio de las disposiciones impugnadas .

Como explica la Memoria del Análisis del Impacto Normativo de la Orden IET impugnada (folio 51), que obra en el expediente, los parámetros de funcionamiento de las instalaciones tipo se formularon tomando como base *"los datos reales medios declarados por los propios cogeneradores en sus estadísticas de funcionamiento a la CNMC"* , y esta forma de cálculo de los parámetros retributivos es plenamente conforme con el Real Decreto-ley 9/2013 y Ley 24/2013 que, como hemos indicado, definen la retribución razonable por referencia a una instalación tipo administrada por una empresa eficiente y bien gestionada.

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

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

Por tanto, no podemos acoger la alegación que efectúa la parte recurrente de discriminación de la tecnología de la cogeneración, en relación con otras tecnologías de generación de energía eléctrica.

La alegación formulada por la defensa de la parte recurrente, con el apoyo del informe elaborado por la empresa Ernst & Young S.L. acompañado a su escrito de demanda, respecto de que el deficiente desarrollo reglamentario de las previsiones del Real Decreto-ley 9/2013 no permite dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 14.7 de la Ley del Sector Eléctrico , sobre la obtención por la instalación de cogeneración de una rentabilidad razonable, debe ser rechazada.

El informe acompañado a la demanda realiza un cálculo comparativo entre los ingresos que la sociedad recurrente hubiera obtenido por la venta de energía eléctrica bajo el régimen del Real Decreto 661/2007 y los que resultan de la aplicación del Real Decreto y la Orden impugnados, en dos periodos diferenciados, el primero, entre 14 de julio de 2013 y el 30 de septiembre de 2014, y el segundo, entre octubre de 2014 y junio de 2038, cuando estima que finaliza la vida útil regulatoria de la instalación. Los ingresos objeto de comparación, que proceden de los datos y cálculos de la propia empresa recurrente según indica el informe, fueron, en el primero de los periodos indicados, de 6.562.080,85 € y 5.389.647,05 €, es decir, existe una diferencia de 1.172.433,80 €, que representa una reducción del 18% respecto a la retribución que hubiera percibido la instalación con el régimen retributivo del Real Decreto 661/2007, y en el segundo periodo los ingresos comparados fueron de 134 millones y 108 millones, con una diferencia de 25,5 millones, que representa una reducción del 19% de la retribución que hubiera obtenido la instalación con el régimen retributivo del Real Decreto 661/2007.

Sin embargo, el informe no acredita que hubiera ningún error en los parámetros utilizados por la Orden IET 1045/2014, impugnada en este recurso, para determinar la rentabilidad razonable de la Instalación Tipo correspondiente a la instalación de la parte recurrente, que era la IT-01217 en julio de 2013 y la IT-01388, de agosto de 2013 en adelante.

En dichas IT, incluidas en el Anexo VIII de la Orden IET impugnada, se fijó de forma concreta la retribución a la inversión en €/MW y la retribución a la operación en €/MWh, así como las condiciones de operación, que resultaban aplicables a la planta de cogeneración de la sociedad recurrente, sin que se haya acreditado error alguno en la determinación de esos valores de referencia, que de acuerdo con el artículo 14.7 de la Ley 24/1997 , han de calcularse a partir del valor estándar de la inversión inicial y de los ingresos estándar por



venta de energía y costes estándar de explotación, en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada.

Por tanto, el informe documental aportado con la demanda muestra, con la reserva de que los cálculos proceden de la propia empresa recurrente, que la retribución que resulta para dicha sociedad de la aplicación del nuevo régimen retributivo es inferior en un 18% ó en un 19% a la que resultaría de la aplicación del régimen retributivo derogado, pero en nada cuestiona que la retribución que resulta del Real Decreto y la Orden impugnados no sea conforme con la rentabilidad razonable que garantizan el RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013.».

#### **SÉPTIMO.- Sobre el motivo de impugnación basado en la vulneración del Derecho de la Unión Europea.**

El motivo de impugnación del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, sustentado en la infracción del Derecho de la Unión Europea y, concretamente, 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 y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, y en la Comunicación de la Comisión Europea SWD 2013 439, no puede ser estimado.

Según hemos sostenido en las sentencias de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2016, resolviendo los recursos contencioso-administrativos 650/2014, 651/2014 y 654/2014 -doctrina que sería ratificada en la sentencia de 7 de junio de 2016, que falla el recurso contencioso-administrativo 594/2014-, la pretendida vulneración del Derecho comunitario se puede plantear desde diferentes perspectivas: por un lado, al entender que si bien el anterior régimen retributivo, contenido en el Real Decreto 661/2007, supuso una acción de fomento por parte del Gobierno español para el desarrollo de las energías renovables que diese cumplimiento a los objetivos de la normativa europea (en especial la Directiva 77/2000/CE, de fomento de la electricidad producida con fuentes de energía renovables), para poder alcanzar los porcentajes de protección y producción de energía eléctrica de origen renovable y asegurar un suministro energético menos dependiente de las importaciones y un modelo más sostenible, el nuevo régimen retributivo aprobado supone una restricción de las fuentes de energía renovable en tanto que hace inviable la explotación económica de las instalaciones de producción; en segundo lugar, al entender que la modificación reglamentaria vulnera el artículo 16.2 de la Directiva 2009/28/CE, referido a la regulación del régimen de despacho, por entender que con la revocación del régimen jurídico y económico de tarifa regulada vigente, aplicado a las instalaciones de generación de energía eléctrica con tecnología de cogeneración, se restringe, con efectos retroactivos, el sistema de apoyo de las fuentes de energía renovables; y finalmente por entender que vulneran los principios generales del derecho comunitario de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida.

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

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

Por ello, esta Sala considera que carece de fundamento la imputación de ilegalidad que se realiza al Real Decreto 413/2014, de contravenir la Directiva 2009/28/CE, en cuanto a la regulación del régimen de despacho, sustentada en el argumento, que se expone de forma sucinta, de que esa modificación reglamentaria supone una revocación del régimen jurídico y económico de tarifa regulada vigente, aplicado a las instalaciones de generación de energía eléctrica con tecnología de cogeneración, que restringe, con efectos retroactivos, el sistema de apoyo de las fuentes de energía renovables.

Cabe partir de la premisa de que los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a velar por el fomento de las energías renovables garantizando el acceso de la energía generada a la red, gozando de un amplio margen de apreciación para configurar el alcance de las medidas, instrumentos y mecanismos incentivadores de estas fuentes de energía, y establecer los sistemas de apoyo que estime coherentes con la sostenibilidad y eficiencia del sector eléctrico, con el fin de cumplir dichos objetivos, asegurando bien «un





acceso prioritario o un derecho garantizado a la red de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables».

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» -que no ha sido impugnado directamente en este recurso contencioso-administrativo-, 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.

Procede significar que 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 cogeneración 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».

Asimismo, 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.

En este sentido, tampoco 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 precedibilidad 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 de cogeneración 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.

La vulneración del Tratado sobre la Carta de la Energía que se invoca para cuestionar la legalidad del Real Decreto 413/2014, debido -según se aduce- a «la falta de seguridad jurídica en relación con la protección de las inversiones en el extranjero», al no prever una compensación equivalente «al justo valor de mercado de la inversión expropiada», no puede ser acogida.

Esta Sala, siguiendo los razonamientos expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 (RC 40/2011), no aprecia que nos encontremos ante el supuesto contemplado en los invocados artículos 10 y 13 del referido Tratado sobre la Carta de la Energía, de que por un Estado Parte se hayan adoptado medidas «exorbitantes o discriminatorias», pues el nuevo régimen retributivo específico establecido en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013, que desarrolla la norma reglamentaria impugnada, se aplica a todos los productos de energía eléctrica que utilizan la tecnología de cogeneración ni que la norma reguladora pueda calificarse de «nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o la expropiación».

Y aun cuando el Tratado hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 promueve que las Partes Contratantes fomenten y creen "condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio", la nota de "estabilidad" debe entenderse referida al marco regulatorio en su conjunto, no a una medida aislada de las que lo componen, y tampoco puede interpretarse en el sentido de que suponga la absoluta petrificación del régimen inicialmente aprobado cuando, como aquí ocurre, ha habido cambio de circunstancias relevantes y motivos justificadores de la modificación regulatoria aplicada a la tecnología de cogeneración. Las inversiones en esta tecnología siguen estando protegidas y fomentadas en España por un marco normativo sin duda favorable en su globalidad.

Asimismo, debemos dejar constancia de que en la sentencia constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, se rebate la tesis que se desarrolla en la demanda sobre que la no conservación del régimen primado establecido en el artículo 30 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de Sector Eléctrico, en su redacción originaria, y desarrollado en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, infringe la Carta de la Energía, al sostener que si bien es cierto que dicho Tratado contempla la necesidad de dotar de seguridad y permanencia a las inversiones en energías renovables y la prohibición de adoptar medidas que afecten a dichas inversiones con efectos equivalentes a la expropiación, lo que el recurrente pretende plantear en realidad es que un Estado Contratante del referido Tratado no puede alterar el sistema de ayudas a los productores de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, lo cual no garantiza con carácter absoluto la norma convencional invocada.

En modo alguno se argumenta sobre el fondo del asunto, esto es, de qué forma las normas que cuestiona contravendrían las reglas del Tratado y, sobre todo, cuáles serían las consecuencias de dicha contravención, a efectos de su enjuiciamiento en sede constitucional. La demanda se limita a hacer referencia al contenido de los artículos 10 y 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía, en el sentido de que el Gobierno español, con la aprobación del Real Decreto-ley 9/2013, ha incumplido sus obligaciones contraídas con inversores extranjeros, decisión que implica un incumplimiento del mencionado Tratado que comportaría como consecuencia la infracción del principio de seguridad jurídica. Esa infracción aparece únicamente mencionada, ya que la afirmación del recurrente no viene acompañada de la necesaria argumentación específica que permita conocer las razones por las cuales entienden que las disposiciones cuestionadas vulneran el orden constitucional, sin que esta insuficiencia deba ser salvada por este Tribunal.

El motivo de impugnación del Real Decreto 413/2014, de 6 de julio, formulado con fundamento en la vulneración de los principios generales del Derecho Comunitario de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida, tampoco puede prosperar.



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 impugnado en este recurso contencioso-administrativo 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.

Los estándares de protección de los principios generales del Derecho Comunitario de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida, que emanan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no difieren de los aplicados 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, aunque su formulación se desarrolle argumentativamente de forma somera, 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, cabe tomar en consideración que 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 preexistentes puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de los poderes públicos condicionada a la evolución de las condiciones económica.

Conforme a los parámetros de enjuiciamientos expuestos, esta Sala considera que la regulación contemplada en el Real Decreto 413/2014, 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, que se pretende conservar inalterable, 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 el Preámbulo 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.

La vulneración del principio de proporcionalidad, que se aduce desde la doble perspectiva de que medidas adoptadas en el Real Decreto-ley 9/2013 se aplican antes de su desarrollo reglamentario y con efectos retroactivos y por no ser adecuadas para cumplir los objetivos de las Directivas Comunitarias de fomento de las energías renovables, debe ser rechazada.

Estimamos que estos argumentos sobre la infracción del principio de proporcionalidad no resultan convincentes para declarar la nulidad del Real Decreto 413/2014, en cuanto que, como hemos expuesto, la norma reglamentaria impugnada se limita a concretar el nuevo sistema retributivo establecido en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013, cuyas medidas de ajuste se revelan coherentes con la finalidad perseguida de garantizar la sostenibilidad del sistema eléctrico.

Debe también rechazarse que las medidas adoptadas en el Real Decreto-ley 9/2013 infrinjan el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que garantiza el principio de libertad de movimiento de capitales entre los Estados miembros de la Unión Europea, porque estimamos que el mantenimiento del sistema de ayudas a las energías renovables, cuya financiación gravita, según entiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Auto de 22 de octubre de 2014 ( C- 275/13 ) sobre el conjunto del sistema eléctrico y que es sufragado por los usuarios finales del suministro de energía eléctrica, pueda calificarse de producir efectos equivalentes a una restricción ilegítima de esta libertad económica.

Por ello, no cabe estimar que proceda el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se solicita 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 o parámetro normativo de contraste los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima como la Directiva 2009/28/CE.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse todos los motivos de impugnación aducidos y no apreciarse que el nuevo sistema retributivo de las instalaciones de cogeneración de energía eléctrica no se ajusta a la Constitución ni a la normativa comunitaria europea, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de las mercantiles SABONDEL, S.L. y MESOGEN, S.L. contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuo; 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.

#### **OCTAVO.- Sobre las costas procesales.**

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

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :  
**Primero.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo** interpuesto por la representación procesal de las mercantiles SABONDEL, S.L. y MESOGEN, S.L. contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuo; 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. **Segundo.- No procede hacer expresa imposición de las costas** procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

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

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado José M. Bandrés Sánchez Cruzat M<sup>a</sup> Isabel Perelló Doménech  
Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso

## VOTO PARTICULAR

**VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo ordinario 1/655/2014.**

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El preámbulo del Real Decreto-ley determina que su objeto es evitar la ,sobre-retribución, de determinadas instalaciones de régimen especial, sin que los principios invocados por los recurrentes -seguridad jurídica y confianza legítima- puedan constituir un obstáculo insalvable para que el titular de la potestad legislativa pueda introducir medidas de carácter general que impliquen una alteración de determinados aspectos del régimen retributivo anterior. Estamos pues ante una norma clara, que no genera duda sobre sus efectos, los presupuestos de hecho a los que se aplica o sus consecuencias jurídicas, por lo que, ni desde una vertiente objetiva ni desde una subjetiva genera incertidumbre sobre su alcance. En una situación de crisis económica generalizada, modificaciones análogas a la presente han sido llevadas a cabo en éste y en otros sectores





económicos, que, además, están sometidos a una intervención administrativa más intensa, dada su incidencia en los intereses generales, como lo es la actividad de producción de energía eléctrica. Ello hace particularmente inviable la pretensión de que los elementos más favorables de su régimen económico estén investidos de una pretensión de permanencia e inalterabilidad en el tiempo, pues es precisamente la protección de esos intereses generales la premisa que obliga a los poderes públicos a adaptar su regulación al cambio de las circunstancias." (fundamento jurídico 7)

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

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

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

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

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

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



hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

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

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

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

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

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

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

Y continúa

"En ese sentido, si bien no puede dudarse de que ha existido una modificación legislativa en el régimen de incentivos y de que se ha proyectado sobre inversiones decididas, realizadas y consolidadas al amparo de un diferente régimen legal, tampoco puede obviarse que, al margen de cuál era el desarrollo reglamentario de esa normativa legal y las esperanzas de rentabilidad de las inversiones que a su amparo podían albergarse -que por razones de competencia no pueden ser enjuiciadas en un proceso constitucional de estas características-, la normativa ahora recurrida en inconstitucionalidad venía provocada por la necesidad de satisfacer un interés público superior. A pesar de ello, se ha mantenido, en esencia, las expectativas legítimas generadas por la normativa legal reformada tanto en el sentido de dar continuidad a un sistema de incentivos como en el de subordinarlo a la obtención de una rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado



de capitales. Por el contrario, no puede ser calificado como expectativa legítima ni, por tanto, pretenderse amparado por los operadores económicos con fundamento en el principio de confianza legítima, una vez garantizada esa rentabilidad razonable, el mantenimiento de una situación que implique unos niveles de rentabilidad sumamente elevados al margen del mercado y que puedan resultar contrarios a intereses públicos superiores."

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

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

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

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

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

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

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

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

En concreto, parece que serían tres incisos o aspectos de la regulación de rango legal los que podrían interpretarse en el sentido de que necesariamente el nuevo sistema retributivo ha de proyectarse también hacia el pasado por 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.

Eduardo Espin Templado

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup>. ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA DE 31 DE ENERO DE 2017 (RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO N<sup>o</sup> 655/2014).

Por medio de este voto particular manifiesto mi respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria en dos puntos sustanciales de la controversia:

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

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

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

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

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

Aquellas modificaciones introducidas en el año 2010 fueron enjuiciadas por este Tribunal Supremo en diferentes recursos - sirvan de muestra las sentencias de 12 de abril de 2012 (recurso contencioso-administrativo 40/2011 ), 12 de abril de 2012 (recurso 35/2011 ), 19 de junio de 2012 (recurso 62/2011 ), 24 de septiembre de 2012 (recurso 60/2011 ), 25 de septiembre de 2012 (recurso 71/2011 ), 26 de junio de 2012 (recurso 566/2010 ) y 26 de junio de 2013 (recurso 261/2013 ), entre otras- y en aquellas ocasiones esta Sala razonaba que el concepto de "retroactividad prohibida" es mucho más limitado que el de la retroactividad a secas; que no se incurría en retroactividad ilícita por el hecho de que para determinar rentabilidades futuras se tuviesen en cuenta las rentabilidades pasadas; que los cambios introducidos en el llamado régimen especial, en particular los que suponían un acortamiento de la vida regulatoria de las instalaciones o una pérdida de



retribución, no incurrían en retroactividad prohibida por tratarse de medidas normativas cuya eficacia no se proyectaba "hacia atrás" en el tiempo sino "hacia adelante". En esas mismas sentencias se indica que los ajustes vinculados a la necesidad de reducir el déficit tarifario tampoco vulneraban los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima pues los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones; que la práctica eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a la tarifa regulada, sin competir en precios con el resto de agentes en el mercado, es de suyo una ventaja cuyo reverso lo constituye precisamente, entre otras, la posibilidad de alteración de las medidas administrativas ante cambios de las circunstancias ulteriores; y, en fin, que la limitación de la tarifa regulada o, en general, del régimen retributivo inicial con que había sido favorecido el conjunto del sector de energías renovables era previsible a la vista del curso de las ulteriores circunstancias, especialmente las económicas y técnicas, sobrevenidas después del año 2007.

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

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

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

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

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

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



que a mi entender incurren en retroactividad prohibida y vulneran los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

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

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

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

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

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

Tales reproches no pueden ser salvados en este caso mediante consideraciones del tipo de las que esta Sala expuso en las sentencias antes citadas, que enjuiciaron las modificaciones normativas introducidas 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 establece 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<sup>a</sup> y derogatoria única) como la Ley 24/2013 (disposición transitoria 6<sup>a</sup>) dejaron establecido que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, o Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, según los casos); y que recibirían esa retribución con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el desarrollo reglamentario. Sin embargo, es en el Real Decreto 413/2014 donde se materializa y concreta el alcance de aquella previsión legal; y lo hace la norma reglamentaria en términos que resultan vulneradores de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, pues determinó que las instalaciones hubiesen de operar ,a ciegas,, sin conocer el régimen regulatorio que sería de aplicación a su actividad no sólo en el futuro sino también el propio período transitorio.

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

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

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





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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

En cuanto al informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin necesidad de destacar aquí las significativas reservas que en ese informe se formulan sobre la regulación que se proponía, baste señalar que, atendiendo a la finalidad de ese trámite y al propio contenido del documento emitido por la Comisión, no cabe considerar que dicho informe constituya la justificación técnica de la Orden IET/1045/2014. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia emite un parecer globalmente favorable -aunque formulado objeciones en algunos aspectos- al proyecto de Orden, pero tal informe de ningún modo constituye, ni lo pretende, la justificación técnica de los valores estándar y parámetros que en la Orden se fijan.

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

Más bien al contrario, la propia Memoria admite que en el trámite de audiencia varias empresas y asociaciones habían pedido que se aportaran al expediente los informes y estudios que hubiesen realizado las empresas adjudicatarias del contrato de asistencia técnica al que antes me he referido. Sin embargo, lejos de explicar que aquellas consultoras adjudicatarias no habían presentado informe ni estudio alguno -este dato sólo fue conocido por los recurrentes ya en vía jurisdiccional- la Memoria se limita a señalar, de manera claramente



elusiva, que, *la propuesta de Orden (...) se elaboró a partir de los estudios e informes finalizados y disponibles en el momento en que se remitió la propuesta (31.01.2014) para la evacuación del trámite de audiencia a través de la Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia, así como a la fecha de su remisión al Consejo de Estado (19.05.2014)*, (página 27, último apartado, de la Memoria). Pero no se indica, en ese ni en ningún otro apartado de la Memoria, cuáles son esos ,estudios e informes, a los que de manera genérica e innominada alude; ni, desde luego, en qué lugar del expediente administrativo se encuentran.

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

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

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

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

En Madrid, en la misma fecha que la sentencia.

Isabel Perelló Domenech

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