



Roj: **STS 3366/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3366**

Id Cendoj: **28079130032017100348**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **18/09/2017**

Nº de Recurso: **742/2014**

Nº de Resolución: **1394/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de septiembre de 2017

Esta Sala ha visto constituida la sección tercera por los magistrados al margen relacionados, el recurso contencioso-administrativo número 1/ 742/14, interpuesto por ENERGÍAS ALTERNATIVAS CASTILLA LA MANCHA SLU, y ENERGÍAS RENOVABLES DEL DUERO SLU, representadas por la Procuradora D^a. Isabel Campillo García con la asistencia letrada de D^a Coral Yañez Cañas, contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones, a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Se ha personado como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Jose Maria del Riego Valledor

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dictado Real Decreto 413/2014, de 6 de junio por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de energías renovables, cogeneración y residuos, fue publicado en el BOE de 10 de junio. Y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos, fue publicada en el BOE de 20 de junio.

SEGUNDO.- La representación procesal de las demandantes ENERGÍAS ALTERNATIVAS CASTILLA LA MANCHA SLU, y ENERGÍAS RENOVABLES DEL DUERO SLU, mediante escrito de 9 de septiembre de 2014, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto y la Orden ITC mencionadas. La Sala tuvo por interpuesto el recurso y por personado al recurrente, procediéndose a reclamar el expediente administrativo correspondiente.

TERCERO.- Con fecha 5 de noviembre de 2014 se recibió comunicación del Tribunal Constitucional en el que se ponía en conocimiento de la Sala la admisión a trámite del conflicto positivo de competencia núm. 5958/2014, promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra diversas disposiciones del RD. 413/2014.

Oídas las partes, y no siendo el mismo objeto del presente recurso, se acordó la continuación del trámite.

CUARTO.- El Abogado del Estado en su escrito de 21 de abril de 2015, comunica a esta Sala la existencia de un expediente ante la Comisión Europea de examen preliminar de ayudas del Estado -Nº de asunto SA. 40348.2014 N- y que dicho expediente se ha extendido al régimen de retribución de las energías renovables anterior al vigente, por lo que el Abogado del Estado solicita la suspensión de la tramitación procesal del recurso a resultas de la decisión que en su momento adopte la Comisión Europea.

La parte recurrente, se opone a la suspensión interesada por la Administración del Estado.



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

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

QUINTO.- Recibido el expediente administrativo, y concedido plazo para formalizar la demanda, ENERGÍAS ALTERNATIVAS CASTILLA LA MANCHA SLU, y ENERGÍAS RENOVABLES DEL DUERO SLU lo hizo mediante escrito de 6 de noviembre de 2015, en el que expusieron los siguientes fundamentos Jurídico-Material:

I.-Primero.- Nulidad de pleno derecho del RD 413/2014 por vulneración del artículo 24 de la Ley del gobierno, en virtud del artículo 62.2 LRJPAC. La potestad reglamentaria debe realizarse dentro de unos límites formales y materiales, cuyo control corresponde a los Tribunales.

- Carencias de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

- Ineficacia del trámite de audiencia.

II.-Segundo.- Nulidad de pleno derecho de los parámetros económicos relacionados con una empresa eficiente y bien gestionada, establecidos en el Anexo II y Anexo VIII de la Orden IET/1045/2014 para las IT-00634 e IT-00657, por resultar manifiestamente arbitrarios, vulnerando el artículo 9.3 CE .

- El cálculo de la retribución específica depende de la combinación de varios conceptos jurídicos indeterminados: Instalación tipo y empresa eficiente y bien gestionada.

- Los parámetros de las IT-00634 e IT-00657 fijados en los Anexos II y VIII de la Orden IET/1045/2014 son el resultado de un ejercicio teórico de estandarización realizado por la Administración demandada que resulta completamente opaco, en tanto que carece de la debida justificación material.

- La Administración demandada no ha motivado debidamente qué constituye una "empresa eficiente y bien gestionada" a los efectos de las IT-00634 e IT-00657.

- El uso de conceptos jurídicos indeterminados y el principio de interdicción de la arbitrariedad.

- Imposibilidad práctica de contradecir los valores de los Anexos II y VIII

- Impacto económico real sobre los Parque Eólicos.

III.- Tercero.- Nulidad de pleno derecho del Anexo XIII en relación con el artículo 16.2 del RD impugnado y de los valores otorgados a las categorías IT-00634 e IT-00657 en los Anexos II y VIII de la Orden IT/1045/2014 por vulnerar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 CE y el principio de no discriminación del art. 14 CE .

IV.- Cuarto.- Nulidad de pleno derecho de los parámetros establecidos en el Anexo II y en el Anexo VIII de la Orden impugnada en relación con el art. 13.3 del RD 413/2014 por vulnerar lo establecido en el art. 14.7 de la Ley 24/2013. La Administración ha excluido los cánones del cálculo de los valores de los costes de operación por entender que dichos cánones no son de aplicación en todo el territorio español.

V.- Quinto.- Imposición de costas a la Administración demandada.

Termina suplicando dicte sentencia en la que estime las pretensiones de esta parte y declare:

(i) La nulidad de pleno derecho del RD en su totalidad por no ser conforme a derecho.

(ii) La nulidad de pleno derecho de la Orden impugnada al traer causa del RD impugnado que es nulo de pleno derecho.

(iii) Subsidiariamente al apartado (i) la nulidad de derecho de la fórmula de cálculo del VNA del Anexo XIII del RD.

(iv) Subsidiariamente al apartado (ii) la nulidad de los Anexos I (en relación a las categorías asignadas a los Parques Eólicos en función del año de puesta en servicio) y Anexos II y VIII de la Orden, en lo relativo a los parámetros económicos aplicables a las categorías IT-00657, en concreto, los del valor del Rinv aplicable a tales categorías, relacionados con una empresa eficiente y bien gestionada,

(v) Y que se reconozca como situación jurídica individualizada de las recurrentes su derecho a (1) se mantenga la retribución que les reconocía el RD 661/2007 antes de las modificaciones introducidas por el RD-L 9/2013 y sus normas de desarrollo (RD 413/2014 y Orden 1045/2014) y a su abono con cargo al sistema eléctrico, en los términos derivados de la regulación antes aplicable, eliminando así la pérdida en el valor actual de los flujos



de caja de los Parques que asciende a 17.264 miles de euros, tal y como se acredita en el Informe Pericial anexo a esta demanda o (2), con carácter subsidiario, se ordene regularizar los ingresos de las instalaciones de conformidad con los nuevos parámetros económicos que resulten aplicables a las categorías IT-00634 e IT-00657 que sean conformes a derecho, tal y como se detalla en el cuerpo de presente escrito de demanda, con expresa reserva del ejercicio de cuantas acciones legales sean necesarias para el reconocimiento de tales derechos.

Con expresa imposición de costas a la parte contraria.

Por otrosí digo, solicita el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, fija la cuantía como indeterminada, y solicita el procedimiento del pleito a prueba (documental, y pericial-informe elaborado por D. Amadeo , y D. Edemiro), así como el trámite de conclusiones.

SEXTO.- El Abogado del Estado en su escrito de 23 de diciembre de 2015, de contestación a la demanda, suplicó se dictase sentencia por la que se inadmita íntegramente el recurso, subsidiariamente inadmita la pretensión V del suplico de la demanda y desestime el resto del recurso, y subsidiariamente desestime íntegramente el recurso. Acompaña los documentos elaborados por el IDAE relativos a introducción y Metodología General utilizada para la definición de instalaciones tipo, así como los referidos al Área eólica.

SÉPTIMO .- Mediante Decreto de 14 de enero de 2016, se fija la cuantía como indeterminada.

Por Auto de 29 de enero de 2016, se acuerda el recibimiento del pleito a prueba, teniendo por incorporado y reproducido los documentos obrantes en el expediente administrativo y por aportados los documentos que acompañan el escrito de demanda y de contestación, y se declara pertinente la pericial solicitada.

OCTAVO.- Presentaron conclusiones escritas, ENERGÍAS ALTERNATIVAS CASTILLA LA MANCHA SLU y ENERGÍAS RENOVABLES DEL DUERO SLU, y por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

NOVENO. - El Abogado del Estado en su escrito de 4 de abril de 2016, aportó al procedimiento un documento del Parlamento Europeo en el que se rechaza una solicitud de la Asociación Nacional de Productores e Inversores de Energías Renovables (ANPIER) en la que se pedía que abriera una investigación a España por el cambio regulatorio de los apoyos a las renovables. La Administración del Estado pone de manifiesto que el mencionado documento indica "no procede tomar ninguna acción legal contra España porque la reforma eléctrica es una recomendación del propio Consejo, en línea con las Directrices de ayudas de Estado de la comisión y la elección de los sistemas de apoyo a las RES es una competencia de cada EEMM para poder cumplir con los objetivos 2020 y no hay ninguna limitación en la Directiva 28/2009/CE".

La parte recurrente manifiesta que la Notificación de la Comisión no incide en el presente procedimiento.

DÉCIMO .- Por providencia de 10 de mayo de 2016, se concedió a las partes plazo de alegaciones sobre la incidencia en el presente procedimiento de la STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, dictada en el Recurso 5347/2013 . El demandante presentó alegaciones y el Abogado del estado aportó al procedimiento STC dictada en el recurso de inconstitucionalidad 5852/2013 .

UNDÉCIMO .- Se señaló para votación y fallo el día 11 de julio de 2017 que fue suspendido por necesidades de servicio, y señalado nuevamente para el 12 de septiembre de 2017, en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente el EXCMO. SR. D. Jose Maria del Riego Valledor, en sustitución del ponente designado EXCMA. SRA. D^a Maria Isabel Perello Domenech, que formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo nº 742/2014 lo interpone la representación de las entidades ENERGÍAS ALTERNATIVAS CASTILLA LA MANCHA SLU y ENERGÍAS RENOVABLES DEL DUERO SLU, 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; contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Energías Alternativas de Castilla-La Mancha SLU es titular de los parques eólicos denominados "Casa del Aire I", y "Casa del Aire II", situados en Albacete, con el código IT-00657. Por su parte, Energías Renovables del Duero SLU es titular de los parques eólicos denominados "Cuesta Mañera", "La Muñeca" y "Alconada" situados en Palencia, con el código IT- 00657 y 00634. Los parques eólicos fueron incluidos en el grupo b.2, subgrupo



b.2.1 "instalaciones eólicas ubicadas en tierra", con potencia menor y mayor a 5 MW y puesta en marcha en 2007. Afrontan el pago de los denominados cánones eólicos.

La parte actora en el suplico de la demanda interesa, para la tecnología eólica, la anulación:

- (i) en primer lugar, se declare nulo el Real Decreto 413/2014 en su totalidad,
- (ii) La nulidad de la Orden 1045/2004 al traer causa de un RD que es nulo de pleno derecho;
- (iii) Subsidiariamente al apartado (i) la nulidad de la fórmula de cálculo del VNA del Anexo XIII del RD impugnado.
- (iv) Subsidiariamente al apartado (ii) la nulidad de los Anexos I (en relación a las categorías asignadas a los Parques Eólicos en función del año de puesta en servicio) y Anexos II y VIII de la Orden IET impugnada (en lo relativo a los parámetros económicos aplicables a las categorías IT-00634 e IT-00657, en concreto, los del valor del Rinv aplicable a tales categorías, relacionados con una empresa eficiente y bien gestionada).
- (v) Y que se reconozca como situación jurídica individualizada de mis representadas su derecho a que (1) se mantenga la retribución que les reconocía el RD 661/2007, antes de las modificaciones introducidas por el RD-L 9/2013 y sus normas de desarrollo (RD y la Orden impugnados) y a su abono con cargo al sistema eléctrico, en los términos derivados de la regulación antes aplicable, eliminando así la pérdida en el valor actual de los flujos de caja de los Parques que asciende a 17.264 miles de euros, tal como se acredita en el Informe Pericial anexo a esta demanda, o (2), con carácter subsidiario, se ordene regularizar los ingresos de las instalaciones de conformidad con los nuevos parámetros económicos que resulten aplicables a las categorías IT-00634 e IT-00657 que sean conformes a derecho, tal y como se detalla en la demanda, con expresa reserva del ejercicio de cuantas acciones legales sean necesarias para el reconocimiento de tales derechos.

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

1) La potestad reglamentaria debe realizarse dentro de los límites formales y materiales, por lo que la omisión o defectuoso cumplimiento de los trámites especificados en el art. 24 de la Ley de Gobierno, como son las carencias de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo y la ineficacia del trámite de audiencia, debe acarrear la nulidad del RD y la Orden que lo desarrolla impugnados, de conformidad con lo establecido en el art. 62.2 de LRJPAC.

2) Los valores de la IET no permiten alcanzar al conjunto de las instalaciones eólicas puestas en marcha al amparo del RD 661/2007 la rentabilidad razonable mínima establecida para una empresa eficiente y bien gestionada (anexo II y VIII de la Orden IET 1045/2014) para las IT-00634 e IT-00657. Dichos valores son arbitrarios vulnerando el art. 9.3 CE, al realizar el cálculo de la retribución específica combinando varios conceptos jurídicos indeterminados (instalación tipo, y empresa eficiente y bien gestionada), estandarización realizada por la Administración, que resulta opaco, y carece de la debida justificación material. Alega infracción del principio de interdicción de la Arbitrariedad, y realiza manifestaciones sobre el impacto económico real sobre los parques eólicos.

3) Vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 CE y el principio de no discriminación del art. 14 CE, lo que conllevaría la anulación del Anexo XIII en relación con el art. 16.2 RD impugnado y de los valores otorgados a las categorías IT-00634 e IT-00657 en los Anexos II y VIII de la Orden impugnada.

4) Vulneración de lo establecido en el art. 14.7 de la Ley 24/2013, por al considerar que la Administración ha excluido de los costes de operación los cánones eólicos autonómicos, por entender que no son de aplicación en todo el territorio nacional. Ello conllevaría la nulidad de los parámetros establecidos en el Anexo II y en el Anexo VIII de la Orden, en relación con el art. 13.3 del RD, impugnados.

5) Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto al RD-L 9/2013, y la Ley 24/2013.

Razonan las recurrentes que las vulneraciones constitucionales citadas derivan de lo dispuesto en el RD 413/2014 y la IET/1045/2014 que la desarrolla, por lo que consideran la procedencia de su anulación y subsidiariamente del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por la Sala.

Se solicita de esta Sala del Tribunal Supremo que plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto del artículo 1 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, y de los apartados 4 a 8 del artículo 14 y de la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, de Sector Eléctrico.

En relación con el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, respecto del Real Decreto-ley 9/2013, se aduce un vicio de inconstitucionalidad de carácter formal, consistente en la infracción del artículo 86 de



la Constitución española, por no concurrir el presupuesto habilitante «de extraordinaria y urgente necesidad» establecido en dicho precepto constitucional.

En relación con los vicios de inconstitucionalidad de carácter material imputados al Real Decreto-ley 9/2013 y a la Ley 24/2013, se denuncia la infracción de los principios de irretroactividad, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y seguridad jurídica, enunciados en el artículo 9.3 de la Constitución.

SEGUNDO.- Esta Sala ha dictado ya numerosas sentencias sobre recursos en los que se impugnaba el mismo Real Decreto 413/2014, sólo o junto con la Orden 1045/2014 que lo desarrolla, en las que se han examinado alegaciones sustancialmente iguales a las que se acaban de referir. Recogemos ahora, en aplicación del principio de unidad de doctrina, lo dicho ya en anteriores sentencias. Por razones expositivas alteramos el orden de respuesta de las alegaciones formuladas en la demanda, comenzando nuestro análisis recordando el marco normativo en el que se inserta el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio. Al ser coincidentes muchas de las cuestiones suscitadas en este recurso con las planteadas por distintos recurrentes en otros procesos seguidos ante esta misma Sala, les daremos respuesta reiterando consideraciones que hemos expuesto en esas otras ocasiones.

Por todas, citaremos las sentencias de esta Sala de fechas 1 de junio de 2016 -recursos núms. 564/2014, 630/2014, 650/2014, 651/2014, 654/2014, 787/2014-, 8 de junio de 2016 -recurso núm. 745/2014-, 10 de junio de 2016 -recurso núm. 694/2014-, 20 de junio de 2016 -recurso núm. 428/2014-, 29 de junio de 2016 -recurso núm. 711/2014-, 8 de julio de 2016 -recurso núm. 531/2014-, 11 de julio de 2016 -recurso núm. 510/2014-, 14 de julio de 2016 -recurso núm. 555/2014-, 20 de julio de 2016 -recurso núm. 695/2014-, 21 de julio de 2016 -recurso núm. 648/2014-, 22 de julio de 2016 -recurso núm. 704/2014-, 26 de julio de 2016 -recurso núm. 782/2014-, 22 de septiembre de 2016 -recurso núm. 534/2014-, 29 de septiembre de 2016 -recurso núm. 523/2014-, 30 de septiembre de 2016 -recurso núm. 563/2014-, 6 de octubre de 2016 -recurso núm. 735/2014-, 14 de noviembre de 2016 -recursos núms. 531/2014, 545/2014 y 779/2014-, 16 de noviembre de 2016 -recurso núm. 558/2014-, 1 de diciembre de 2016 -recursos núms. 575/2014 y 579/2014-, 5 de diciembre de 2016 -recurso núm. 759/2014-, 12 de diciembre de 2016 -recurso núm. 777/2014-, 14 de diciembre de 2016 -recurso núm. 557/2014-, 19 de diciembre de 2016 -recursos núms. 573/2014 y 577/2014-, 22 de diciembre de 2016 -recurso núm. 581/2014-, 13 de enero de 2017 -recurso núm. 610/2014-, 28 de febrero de 2017 -recurso núm. 692/2014-, 15 de marzo de 2017 -recurso núm. 691/2014-, 16 de marzo de 2017 -recurso núm. 674/2014- y 14 de junio de 2017 -recurso núm. 700/2017- a lo que en ellas se ha dicho nos ajustamos, y, en especial por su similitud, en las de 15 de junio de 2016 -recurso núm. 527/2014-, 23 de marzo de 2017 -recurso núm. 690/2014-, y de 24 de julio de 2017 -recurso núm. 741/2014-.

Antes de examinar las cuestiones que plantea la demanda, debemos pronunciarnos sobre la causa de inadmisibilidad del recurso que opone el Abogado del Estado, para quien el recurso es inadmisibile por falta de jurisdicción, o al menos lo son parte de sus pretensiones -que el Abogado del Estado no individualiza- porque si bien la parte actora intenta aparentar que su recurso se dirige contra las normas de rango reglamentario que recurre, en rigor lo que pretende impugnar es el contenido del Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013.

La causa de inadmisibilidad no puede ser acogida, pues aunque sea cierto que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET 1045/2014 se dictaron en desarrollo y aplicación de las normas con rango legal que cita el Abogado del Estado, el RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, sin embargo el recurso contencioso administrativo se dirige, con toda claridad, contra las citadas normas reglamentarias, que de conformidad con el artículo 25.1 de la LJCA constituyen una actividad administrativa impugnabile ante esta jurisdicción, que debe pronunciarse por tanto sobre las pretensiones anulatorias de las disposiciones reglamentarias deducidas en la demanda.

TERCERO.- 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 constatare que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad. » .

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

1) Ni el Real Decreto 413/2014 ni la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/1045/2014, impugnados en este recurso contencioso-administrativo, crean "ex novo" el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

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

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

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

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

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

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



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

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

CUARTO.- Sobre los motivos de impugnación fundamentados en la infracción del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno .

El primer motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso contencioso-administrativo, sustentado en que en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, se ha infringido el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , no puede ser acogido.

En la sentencia de esta Sala de 22 de julio de 2016 (RCA 500/2014), ya rechazamos este mismo motivo de impugnación con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos que reproducimos:

«En lo que respecta a la falta de evaluación económica en la memoria de impacto normativo, es preciso reconocer que la justificación dada por la Administración sobre la imposibilidad de concretar dichos efectos hasta la elaboración de la Orden de desarrollo (la Orden ITC 1045/2014, posteriormente aprobada) y, además, la dificultad de cuantificar con suficiente rigor los efectos reductores del coste de la retribución de las empresas de renovables, cogeneración y residuos es razonable y no puede ser descartada. En efecto, la elaboración de previsiones requería sin duda, en primer lugar, la fijación de las instalaciones tipo, efectuada por la referida Orden, que permitiera la aplicación del nuevo sistema. Y es también poco discutible que la proyección de los parámetros retributivos sobre la generalidad de las instalaciones afectadas suponía sin duda elaborar unas previsiones de un alto grado de incertidumbre.

Tales circunstancias hacen que la omisión de una evaluación económica por parte de la memoria de impacto normativo no pueda considerarse una infracción determinante de la anulabilidad del Real Decreto 413/2014 impugnado.

En cuanto a la vulneración que se alega del trámite de audiencia en la tramitación de las disposiciones reglamentarias impugnadas, comenzaremos señalando que las razones dadas por el Tribunal Constitucional en las sentencias que acabamos de reseñar en el apartado anterior llevan a considerar también justificada la tramitación urgente del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

Por otra parte, conviene recordar que el trámite de audiencia aparece contemplado con carácter general en el artículo 24.1, apartados b), c) y d), del que resulta que el plazo del trámite de audiencia ha de ser " *un plazo razonable* " nunca inferior a quince días hábiles (a salvo de la matización que el mismo precepto añade). Es innegable que la razonabilidad del plazo guarda relación con la mayor o menor complejidad de la normativa de que se trate, de manera que la duración el trámite de audiencia pueda ser distinta según venga referido a regulaciones de escasa entidad o a disposiciones normativas extensas y técnicamente complejas.

En este caso, sin embargo, fue el propio Real Decreto-ley 9/2013 (disposición adicional 2^a) el que estableció que las alegaciones en trámite de audiencia y posterior informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deberían producirse en el plazo mínimo de quince días señalado en la Ley del Gobierno.

Por ello, siendo comprensible el desacuerdo de los interesados con la brevedad del plazo que tuvieron para formular alegaciones durante el procedimiento de elaboración del que luego sería Real Decreto 413/2014, de



6 de junio, al tener éste por objeto una regulación reglamentaria de considerable extensión y complejidad, lo cierto es que su tramitación por vía urgencia, con el correspondiente acortamiento del plazo para el trámite de audiencia, venía decidida por una norma con rango legal, que, por lo demás, resulta coherente con la apreciación de urgencia que llevó a la utilización de la vía del Real Decreto-ley, que, como hemos visto en el apartado anterior, se ha considerado suficientemente justificada en las STC 270/2015, de 17 de diciembre , y 61/2016, de 17 de marzo .

Consideraciones similares pueden hacerse con relación a la tramitación de la Orden Ministerial que se elaboró de forma paralela con la del Real Decreto. La propuesta de Orden se remitió para informe a la CNMC interesando que la Comisión diera audiencia a los interesados a través del Consejo Consultivo de la Electricidad; lo que efectivamente se llevó a efecto, dándoles un plazo de veinte días hábiles para alegaciones. Y aunque puede objetarse que también en este caso el plazo resultaba demasiado ajustado, dada la complejidad de la regulación, hemos de remitirnos a las razones expuestas con relación a la tramitación urgente del Real Decreto. Por lo demás, no puede decirse que las alegaciones que los interesados formularon en ese plazo fuesen luego enteramente ignoradas o cayesen en el vacío, pues la "Memoria del análisis del impacto normativo del proyecto de Orden" que obra en el expediente se refiere con algún detenimiento a las alegaciones formuladas en este trámite de audiencia llevado a cabo a través del Consejo Consultivo de Electricidad (páginas 25 y siguientes de la citada Memoria)».

QUINTO.- Sobre el motivo de impugnación fundamentado en la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos enunciado en el artículo 9.3 de la Constitución .

El segundo motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso contencioso-administrativo, basado en la alegación de que los parámetros económicos establecidos en los Anexos II y VIII de la Orden IET/1045/2014 para las categorías IT-00634 e IT-00657 resultan manifiestamente arbitrarios, vulnerando el artículo 9.3 de la Constitución , no puede ser acogido.

Esta Sala debe referir, en primer término, siguiendo los criterios expuestos en la precedente sentencia de 20 de junio de 2016 (RCA 452/2014), que no resulta posible afirmar que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 han establecido un nuevo régimen retributivo de las instalaciones fotovoltaicas carente de justificación, una vez que el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre , enjuiciando la constitucionalidad del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, que da cobertura a las disposiciones impugnadas en este recurso contencioso-administrativo, y examinando, singularmente, la concurrencia del presupuesto habilitante de «extraordinaria y urgente necesidad» exigido por el artículo 86.1 de la Constitución española , ha reconocido que está plenamente justificada la adopción de un nuevo marco regulatorio de la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, debido a la necesidad de dar una respuesta global que permita corregir los desajustes producidos en el sistema eléctrico, que soporta un déficit de tarifa estructural que pone en grave riesgo la sostenibilidad del sector eléctrico.

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

Del contenido de la fundamentación de las mencionadas sentencias constitucionales se infiere que, a juicio del Tribunal Constitucional, el legislador de urgencia ha ponderado equilibradamente los intereses públicos y privados concurrentes en la generación de electricidad y en la prestación del servicio de interés económico general de suministro de energía eléctrica, sin incurrir en un ejercicio desviado de su potestad de configuración del marco regulatorio jurídico y económico de la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos:

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



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

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

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

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

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

En relación con dicha vulneración, procede recordar que este Tribunal viene afirmando que cuando se trata el enjuiciamiento de una norma legal desde la perspectiva que proporciona la interdicción de arbitrariedad consagrada en el art. 9.3 CE , «el análisis se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda justificación, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias (entre otras muchas, STC 104/2000, de 13 de abril , FJ 8 y 148/2012, de 5 de julio , FJ 15)» (STC 237/2012, de 13 de diciembre , FJ 9). Procede en consecuencia examinar si los argumentos que se esgrimen por los recurrentes justifican, en este caso, el supuesto carácter arbitrario de la regulación recurrida.

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



en este punto de una mínima fundamentación que permita a este Tribunal inferir las razones por las que se entiende producida la citada infracción constitucional.

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

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

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

Por ello, estimamos que los reproches que pudieran formularse al legislador por no haberse tomado la molestia de hacer mención a si existían otras opciones a la hora de modificar la retribución de los operadores y «no justificar adecuadamente las restricciones impuestas a los derechos de los ciudadanos», carece de significado jurídico para declarar la invalidez de las normas impugnadas.

En relación con la falta de justificación de la Orden de parámetros, esta Sala, en la sentencia de 7 de junio de 2016, resolviendo el recurso contencioso-administrativo 850/2014 , ha rechazado este motivo de impugnación partiendo de la premisa de que el nuevo régimen retributivo instaurado se basa en la fijación de unos parámetros estándar que pivotan en torno a una «instalación tipo», separándose así del anterior régimen basado en una retribución por «prima» y una rentabilidad razonable calculada sobre los costes de inversión reales en que se hubiese incurrido, por lo que la utilización de unos valores estándar de la inversión y de los costes estándar de explotación es uno de los pilares en torno al que gira el nuevo sistema retributivo diseñado en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013 por remisión al mismo. Desde esta perspectiva, ningún reproche puede dirigirse a la Orden por el hecho de que utilice tales valores estándar o medios y prescinda de las inversiones reales de cada una de las instalaciones, pues con ello no hace sino cumplir con el mandato legal que se le encomendó, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme diversidad de instalaciones existentes que se agrupan por criterios homogéneos, elaborarlos partiendo de la premisa de que se trata de una instalación "eficiente y bien gestionada". A tal efecto, el art. 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico , tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2013, ya disponía que el cálculo de la retribución específica debe establecerse en relación con unas instalaciones tipo con referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, tomando en consideración los "ingresos estándar" por la venta de la energía generada valorada al precio de mercado de producción, los "costes estándar de explotación" y el "valor estándar de la inversión inicial".

Sentada esta premisa, debe destacarse que la impugnación referida a la falta de motivación o justificación de la Orden se plantea en términos muy generales, alegando en esencia que la misma carece de los criterios en



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

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

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

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

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

Por otra parte, la exposición de motivos de la Orden IET/1045/2014 (apartado III) especifica aún más los criterios utilizados para el cálculo de la retribución: a) para la determinación del valor estándar a la inversión menciona los "equipos principales nuevos, así como el resto de equipos y sistemas electromecánicos, de regulación y control, equipos de medida y líneas de conexión, incluyendo sus transporte, instalación y puesta en marcha, junto con la partida de ingeniería y dirección de obras asociadas, entre otras partidas"; b) respecto de los criterios para establecer los costes de explotación asociados a la generación eléctrica para cada tecnología distingue entre costes de explotación variables -enumerando a título enunciativo los costes de seguros, gastos de administración, gastos de representación en el mercado, coste de peaje de acceso a las redes de transporte y distribución ...- y los costes fijos de explotación -entre los que cita los costes de alquiler de los terrenos,



gastos asociados a la seguridad de las instalaciones y el impuesto sobre bienes inmuebles de características especiales-; c) señala los criterios utilizados para el cálculo de las horas de funcionamiento -las horas anuales que han realizado las instalaciones según los datos publicados por la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia-; d) y finalmente identifica la fuente de la que se obtuvo la estimación del precio de mercado.

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

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

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

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

Por lo que respecta a los ratios de inversión estándar, en dicho informe se afirma que los reflejados en la propuesta se corresponden con los recopilados de instalaciones reales con motivo de la Circular 3/2005, de 13 de octubre, de la CNE, basada en la petición de información de inversiones, costes, ingresos y otros parámetros de las instalaciones de producción de electricidad en régimen especial y que se reflejan en los diversos informes públicos que menciona, por lo que también en este punto es posible conocer los datos en los que se funda. Es más, el propio informe, tras efectuar un estudio comparado con los costes medios de inversión referidos a años concretos disponibles, concluye que «los resultados obtenidos de este análisis muestran que los valores de inversión que reconoce la Propuesta son, con carácter general, próximos o superiores en las IT#s consideradas a los datos disponibles en esta CNM», destacando algunas excepciones. Más específicamente, con relación a la tecnología solar eólica, 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 de tecnología eólica en tierra se establecieron 46 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 71 de dicha memoria), vida útil regulatoria, los ratios de inversión adoptados, los gastos de explotación dependiendo del rango de potencia y si son variables (costes de mantenimiento...) o fijos (dependientes de la producción), y los datos tomados en consideración para la fijación de las 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)» [folio 23 de dicha memoria, apartado 3.1.j)].

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.

Procede, asimismo, subrayar que esta Sala jurisdiccional, en la sentencia de 7 de junio de 2016 (RCA 643/2014), hemos rechazado que la reforma de la retribución aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica sea arbitraria, por incurrir en desviación de poder o que tenga carácter discriminatorio, con la exposición de las siguientes consideraciones jurídicas:

<<[...] Esta Sala pone de relieve que en el caso que enjuiciamos la desviación de poder que se imputa de forma genérica al legislador, 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 como establece el artículo 2 k) 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, sino la reducción del déficit tarifario, sin tomar en consideración que la actuación gubernamental se limita a desarrollar las previsiones contenidas 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, que 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 del sector fotovoltaico acogidas al citado régimen primado, que ha supuesto la derogación de la regulación contenida 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.

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:

«[...] 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. » .

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».

En la sentencia constitucional 30/2016, de 16 de febrero, el Tribunal Constitucional rechaza explícitamente el argumento formulado por los recurrentes de que ni la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 9/2013 ni la presentación que hizo del mismo el Ministro de Industria, Energía y Turismo en el Pleno del Congreso de los Diputados «ofrecen luz alguna para justificar la modificación estructural que se opera en el régimen retributivo de las energías renovables» con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] «las razones que motivaron la aprobación de esta norma de urgencia derivan de la evolución expansiva de los costes del sistema eléctrico, unida a las consecuencias de la crisis económica y a la necesidad de cumplimiento de los objetivos de déficit para el año 2014, que determinan la necesidad de adopción de una serie de medidas dirigidas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, mediante una revisión de su marco regulatorio. Es pues, la situación de crisis económica que ha repercutido en una caída imprevista de la demanda de energía eléctrica, junto con el incremento general de costes, que ha provocado un aumento imprevisto del déficit tarifario, lo que justifica la adopción de las medidas contempladas en la norma que se examina».

Asimismo, y en relación con los concretos preceptos que son objeto del 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».

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

Del contenido de la fundamentación de las mencionadas sentencias constitucionales 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.

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 enjuicamos, 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 los recurrentes 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 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».

También hemos descartado en las citadas sentencias de esta Sala, 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">>.

El informe pericial relativo a las instalaciones eólicas elaborado, a instancias de las sociedades recurrentes que analiza los parámetros asignados al código de instalación IT- 000634 y la IT 00657 y, singularmente, la retribución a la inversión, no resulta determinante para considerar que el Ministro de Industria, Energía y Turismo, ha incurrido en arbitrariedad por no garantizar una rentabilidad renovable a las referidas instalaciones, pues demuestra que dicha retribución calculada para el periodo 2011-2016, no se corresponde con la inversión real realizada, pero no queda suficientemente probado que esa inversión sea consecuencia de una eficiente gestión.

En último término, procede referir que, según dijimos en la sentencia de esta Sala de 13 de febrero de 2017 (RCA 680/2014), no compartimos la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de las mercantiles recurrentes, respecto de que la decisión del legislador de urgencia, contemplada en el artículo 1.dos y en la disposición final primera del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, de establecer como indicador referencial para determinar el umbral de la rentabilidad razonable el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor de la mencionada norma, de la obligación del Estado incrementado en 300 puntos básicos, prescindiendo de la aplicación de la metodología de cálculo del WACC (coste medio ponderado del capital) como vector referencial de la retribución de las actividades reguladas, pueda calificarse de arbitraria, siguiendo la doctrina constitucional expuesta en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, en cuanto se ha fundado en criterios objetivos y se estima suficiente para retribuir el coste del capital invertido en las instalaciones de producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables.

SEXO.- Sobre el motivo de impugnación fundamentado en la nulidad de los Anexos II y VIII de la Orden 1045/2014 por vulnerar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la Constitución y el principio de no discriminación.



Se fundamenta también el recurso contencioso-administrativo en que los valores otorgados a las IT-00634 e IT 00657 de la Orden IET/1045/2014, vulneran el artículo 9.3 de la Constitución, en relación a los criterios utilizados para la forma de cálculo de la retribución específica, singularmente en lo que se refiere a la fecha de puesta en servicio de la instalación.

Alega la parte recurrente que el Real Decreto 413/2014, considera que todas las instalaciones incluidas en un mismo código IT iniciaron su actividad el día 1 de Enero del año de la autorización independientemente del mes en el que se concedió la autorización definitiva e ignorando el montante real de los ingresos efectivamente percibidos por las instalaciones y el impacto negativo de dicha omisión puede tener sobre el cálculo de la retribución específica. Aduce que los parques eólicos entraron en funcionamiento a finales del año 2007 y que el criterio utilizado para la formulación del VNA en el Anexo XII del Real Decreto impugnado, imputa los mismos ingresos pasados a instalaciones puestas en marcha en el mismo año, con independencia del mes en el que iniciaron su actividad, asignando, consecuentemente una Rinv completamente alejada de la realidad económica que provoca la obtención de rentabilidades diferentes dentro de cada categoría IT y que los parques eólicos han percibido un año menos de ingresos que una instalación con el mismo código IT puesta en funcionamiento en enero de 2007. En conclusión aduce que los criterios utilizados en el Anexo XIII a los que se refiere el artículo 16 del Real Decreto 413/2014 para el cálculo del VNA y los parámetros retributivos en los Anexos I, II y VII de la Orden 1045/2014 asignados a las categorías IT-00634 e IT-00667 no responden a criterios objetivos y razonables e incurrir en un trato discriminatorio de los Parques Eólicos -y todas aquellas instalaciones en la misma situación- respecto de otras instalaciones a las que el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014 sí les han reconocido una instalación tipo calculada conforme a sus características y, por ende, una retribución específica acorde a valores económicos más cercanos a la realidad.

En su escrito de conclusiones, contrariamente a lo sostenido por la Administración, el recurrente insiste en que, de acuerdo con la fórmula del VNA y los parámetros estimados del Anexo VIII de la Orden para el cálculo de la Rinv asignada a los Párques Eólicos (calculados), sí se están imputando unos ingresos a 1 de enero que resultan irreales, toda vez que las instalaciones no entraron en funcionamiento hasta finales de diciembre de 2007. De esta forma, si bien los costes de inversión serán los mismos en diciembre que en enero, los Parques Eólicos han percibido exactamente un año menos de ingresos que una instalación con el mismo código IT con puesta en funcionamiento en enero de 2007 y, por el contrario, sus ingresos podrían ser prácticamente equiparables a los obtenidos en las instalaciones de enero de 2008.

Manifiesta que la Abogacía del Estado reconoce en su contestación a la demanda que «a los parques eólicos con entrada en explotación en diciembre de 2007 (...) les correspondería aplicarles los parámetros retributivos correspondientes a la instalación Tipo IT-00657 para potencias superiores a 5 MW, con la excepción del Parque Eólico "La Alconada" al que se le asigna la IT-000634 por ser su potencia inferior a 5 MW. De esta manera, la metodología de cálculo no les está considerando ni los ingresos ni los costes incurridos durante ningún día del año 2007 de entrada en explotación, y siendo los ingresos superiores a los costes de explotación se entiende que no se incurre en trato injustificado, pues el efecto de tales flujos netos de entrada de caja únicamente podrían incrementar la rentabilidad real respecto a la rentabilidad establecida para con los parámetros de la instalación Tipo», indicando que «los parques eólicos con puesta en servicio definitiva en diciembre de 2007 han tenido retribuciones unitarias en promedio significativamente mayores a los que se pusieron en servicio en enero de 2008 por efecto de la aplicación del régimen transitorio contemplado en el RD 661/2007, hasta 31 de diciembre de 2012».

Concluye que, como se desprende de lo anterior, la realidad es a que los Parques Eólicos de la parte actora se les está atribuyendo una categoría no acorde con su efectiva puesta en funcionamiento y con los ingresos efectivamente percibidos de manera que, en contra de lo sostenido por la Administración, y aplicando los parámetros del Anexo VIII de la Orden, les corresponde recibir una retribución específica significativamente inferior a la que recibirían si tuvieran fecha de puesta en marcha de principios de 2008, esto es, sólo unos días después de la fecha de las autorizaciones definitivas de explotación de los Parque Eólicos. De acuerdo con los resultados obtenidos según el informe pericial, si las recurrentes no hubieran actuado diligentemente y hubieran presentado la solicitud de las autorizaciones definitivas de puesta en marcha solo 15 días después habrían obtenido una retribución específica superior en 60.974 miles de euros (un 44 % o 29 % superior según el caso).

Pues bien, sobre esta cuestión, ya nos hemos pronunciado en anteriores ocasiones, como en la Sentencia de 26 de mayo de 2017, dictada en el recurso número 587/2014, en los siguientes términos:

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Sin perjuicio de que la demanda no haga indicación de la norma o precepto legal o reglamentario que estime infringido en este motivo de impugnación, y que esta Sala no pueda asumir esa carga que corresponde a la parte recurrente, no se aprecia por la Sala que la disposición impugnada en este motivo, la Disposición Adicional Segunda de la Orden IET, vulnere o contradiga las disposiciones que hemos examinado sobre el inicio



de los efectos económicos del régimen especial primado del RD 661/2007 y el inicio de la vida útil regulatoria de la instalación.

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

Si bien, en relación a lo anteriormente transcrito cabe precisar que las consideraciones referidas a la Disposición Adicional 2ª, apartado 6º, del RD 661/2007 , han de entenderse hechas al RD 413/2014, cuyo contenido literal se reproduce.

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

SÉPTIMO.- Sobre el motivo de impugnación fundamentado en la nulidad de los Anexos II y VIII de la Orden 1045/2014 por vulnerar el principio de interdicción del artículo 13.3 del Real Decreto 413/2014 por infracción del artículo 14.7 de la Ley del Sector Eléctrico , por la no inclusión de cánones eólicos soportados por los Parques Eólicos.

A juicio de la parte recurrente no existe explicación lógica y razonable que justifique el hecho de que no se hayan tenido en cuenta «todos los coste» de la instalación, al excluir aquellos que no sean de aplicación en todo el territorio nacional, pues de este modo se excluyen costes tales como el canon eólico establecidos por la norma autonómica, como el canon eólico establecido por la Ley 9/2011, de Castilla-La Mancha.

Pues bien, ya hemos dicho en la Sentencia de 11 de mayo de 2017 (recurso 526/2014) que se remite a la de 14 de noviembre de 2016 (recurso 545/2014) que:

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

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



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

OCTAVO.- Sobre la improcedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

De lo expuesto, en los precedentes razonamientos jurídicos, consideramos que no procede acoger la petición de que se plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en relación con el artículo 1 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, y los apartados 4 a 8 del artículo 14 y la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico .

En primer término, rechazamos que sea procedente plantear cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el Real Decreto-ley 9/2013, por vulnerar el artículo 86 de la Constitución , por no concurrir -según se aduce- el presupuesto habilitante de «extraordinaria y urgente necesidad» previsto en dicho precepto constitucional.

Esta Sala ha considerado que carece de base jurídica la alegación de inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 9/2013, por dictarse sin que concurra el presupuesto habilitante de «extraordinaria y urgente necesidad» contemplada en el artículo 86.1 de la Constitución , una vez que el Tribunal Constitucional ha dictado un pronunciamiento con los siguientes razonamientos jurídicos que resulta pertinente transcribir:

« [...] 3. Entrando pues en ese examen de fondo, procede analizar, en primer término, la tacha de inconstitucionalidad relativa a la vulneración del art. 86.1 CE , que se imputa a los preceptos impugnados del Real Decreto-ley 9/2013, y que se fundamenta en la no concurrencia del presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» contemplado en el citado precepto constitucional.

Ello es así porque «la observancia de los requisitos exigidos en el art. 86.1 CE constituye un *príus* respecto de los aspectos sustantivos o materiales, y, en consecuencia, la inobservancia de los requisitos exigidos para la legislación de urgencia se alza como una infracción que sólo puede repararse, en su caso, con una declaración de inconstitucionalidad. Se trata de controlar si el ejercicio de la potestad reconocida al Gobierno por el art. 86.1 CE se realizó siguiendo los requisitos establecidos en dicho precepto constitucional y, por lo tanto, de velar por el recto ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes dentro del marco constitucional» (STC 95/2015, de 14 de mayo , FJ 3). Así pues, debemos iniciar la resolución del recurso examinando las infracciones del art. 86.1 CE , para posteriormente, en caso de resultar procedente, examinar las restantes infracciones constitucionales que se imputan a los preceptos recurridos.

Este Tribunal tiene una doctrina consolidada sobre el presupuesto habilitante que, según el art. 86.1 CE , habilita al Gobierno para dictar la legislación de urgencia que se manifiesta a través de la figura del decreto-ley, y que se encuentra resumida en la STC 12/2015, de 5 de febrero , FJ 3, en los términos siguientes:

«Dicho presupuesto habilitante, "no es, en modo alguno, una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes#, razón por la cual, este Tribunal puede, "en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de #extraordinaria y urgente necesidad# y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad por inexistencia del presupuesto habilitante# (SSTC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8 ; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4 ; y 39/2013, de 14 de febrero , FJ 5, entre otras).

La apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley). El Tribunal controla que ese juicio político no desborde los límites de lo manifiestamente razonable, pero "el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-leyes# (SSTC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 5 y 1/2012, de 13 de enero , FJ 6), por lo que la fiscalización de este Órgano constitucional es "un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno# (STC 182/1997, de 28 de octubre , FJ 3).



Este control externo que al Tribunal corresponde realizar se concreta en los siguientes aspectos: en primer lugar, comprobar "que la definición por los órganos políticos de una situación de extraordinaria y urgente necesidad sea explícita y razonada", y, además "que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto y las medidas que en el Decreto-Ley se adoptan (STC 29/1982, de 31 de mayo , FJ 3), de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar" (STC 182/1997, de 28 de octubre , FJ 3).

En cuanto al primero de estos aspectos -la definición de la situación de urgencia-, nuestra doctrina ha precisado que no es necesario que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio Real Decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. A este respecto, conviene recordar que el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la "extraordinaria y urgente necesidad" siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4; y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3).

En cuanto a la segunda dimensión del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia -conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que en el Real Decreto-ley se adoptan-, nuestra doctrina ha afirmado un doble criterio o perspectiva para valorar su existencia: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el Real Decreto-ley controvertido. Así, ya en la STC 29/1982, de 31 de mayo , FJ 3, excluimos a este respecto aquellas disposiciones 'que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente' (STC 39/2013, de 14 de febrero , FJ 9).»

4. De acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, es preciso comenzar dicho examen con el análisis de los argumentos determinantes de la aprobación de los preceptos impugnados, que se explicitan en la exposición de motivos de la norma y en el debate parlamentario de su convalidación. Importa asimismo advertir que (como señalan las SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 4; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 6; 170/2012, de 4 de octubre, FJ 5; 27/2015, de 19 de febrero, FJ 5, y 29/2015, de 19 de febrero, FJ 3), cuando se denuncia la vulneración del presupuesto de hecho habilitante respecto, no del correspondiente decreto-ley en su conjunto, sino únicamente en relación con uno o alguno de sus preceptos, la necesaria justificación *ad casum* de la «extraordinaria y urgente necesidad» ha de ser apreciada en relación precisamente con los preceptos en concreto impugnados.

El preámbulo del Real Decreto-ley 9/2013 comienza exponiendo en su apartado I, los argumentos de carácter general que justifican la necesidad de aprobación de la presente norma:

«Con objeto de corregir los desajustes producidos por la evolución expansiva de las partidas de costes del sistema eléctrico, se han venido adoptando en los últimos años una serie de medidas de carácter urgente que afectan tanto a la partida de costes como a la de ingresos». Sin embargo -continúa señalando- «en los primeros meses del año 2013 han acontecido unas condiciones meteorológicas atípicas y el nivel de pluviometría y las condiciones de viento han sido muy superiores a las medias históricas. Estas condiciones han provocado un doble efecto. Por un lado, han ocasionado el hundimiento del precio del mercado diario hasta un nivel mínimo de 18,17 euros/MWh previstos para el conjunto del año. Por otro lado, se ha producido un incremento en las horas de funcionamiento de determinadas tecnologías, y en particular de la eólica con derecho a régimen primado. Todo ello ha determinado una notable desviación al alza del sobrecoste del régimen especial, como consecuencia de los menores precios del mercado registrados.

Además, por efecto de la reducción de la actividad económica y la afección de la crisis económica sobre las economías domésticas, se ha producido una contracción de la demanda más acusada de lo previsto.

... Por otra parte, en el procedimiento de elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2014 se ha puesto de relieve por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la imposibilidad del completo cumplimiento de la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas para el sector energético y se aprueba el bono social. Esta disposición establece que las compensaciones por los extracostes de generación de los sistemas insulares y extrapeninsulares serán financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. El motivo es la difícil situación presupuestaria, la cual no permite dotar, en su totalidad, este extracoste sin comprometer el cumplimiento de los objetivos de déficit fijados para el ejercicio 2014.

Estas circunstancias hacen patente tanto la necesidad imperiosa de adoptar de forma inmediata una serie de medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico como, a la par, la pertinencia



de acometer una revisión del marco regulatorio que permita su adaptación a los acontecimientos que definen la realidad del sector en cada período determinado en aras del mantenimiento de la sostenibilidad del sistema eléctrico.

A todo ello se une que en el Programa Nacional de Reformas, presentado por el Gobierno de España a la Comisión Europea el pasado 30 de abril de 2013, se contenía el compromiso del Gobierno de presentar, en el primer semestre de este año un paquete de medidas normativas con vistas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

Con base a estos principios ... el presente Real Decreto-ley articula, con carácter urgente, una serie de medidas equilibradas, proporcionadas y de amplio alcance, destinadas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico como presupuesto ineludible de su sostenibilidad económica y de la seguridad de suministro, dirigidas a todas las actividades del sector eléctrico.»

En segundo término y en lo que se refiere, en concreto, a los preceptos que son objeto de la presente impugnación, esto es, a la aprobación de un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, el apartado II del preámbulo, tras efectuar una detallada descripción del contenido de dichos preceptos, incluye una justificación específica, afirmando lo siguiente:

«Este nuevo marco regulatorio da una respuesta global al relevante cambio de las circunstancias experimentado en los últimos años, en términos que obedecen a motivos más que justificados. Las inversiones en estas tecnologías siguen estando protegidas y se ven debidamente fomentadas en España por este nuevo marco normativo que, sin duda, es en su conjunto favorable para todas ellas, 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. De este modo, se trata de consolidar la continua adaptación que la regulación ha experimentado para mantener esta rentabilidad razonable mediante un sistema previsible y sometido a concreción temporal.»

Finalmente, el apartado VII del preámbulo alude al presupuesto habilitante, con un párrafo común aplicable a la totalidad del Real Decreto-ley 9/2013, en el que señala: «En la adopción de conjunto de medidas que a continuación se aprueban concurren las exigencias de extraordinaria y urgente necesidad requeridas por el art. 86 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. Extraordinaria y urgente necesidad derivada de las razones ya mencionadas de protección a los consumidores en un contexto de crisis económica y garantía de la sostenibilidad económica del sistema eléctrico, y cuya vigencia inmediata es imprescindible para que la modificación normativa pueda tener la eficacia que se pretende.»

En el debate de convalidación («Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», Pleno y Diputación Permanente, núm. 130, de 17 de julio de 2013), el Sr. Ministro de Industria, Energía y Turismo pone el acento en la necesidad de establecer un marco normativo que garantice la estabilidad financiera del sistema eléctrico, con carácter definitivo; una reducción significativa de los costes del sistema a través de medidas regulatorias; y el suministro al menor coste posible para el consumidor, fomentando la competencia y la capacidad de elección del mismo. Concluye su exposición afirmando -en relación al conjunto de medidas adoptadas por el Real Decreto-ley-, que «con esta reforma se ataja de forma definitiva un problema que se arrastra desde el año 2004 y se procede a eliminar el déficit de tarifa que actualmente todavía -a pesar de las medidas adoptadas- está en 4.500 millones de euros ... Con esta reforma se impide que pueda volverse a repetir en el futuro una situación de fuerte desequilibrio financiero como el actual, con efectos tan nocivos para la economía... Se consigue también reducir considerablemente los costes de las actividades reguladas del sistema, garantizando una retribución adecuada a las empresas y se consigue establecer un marco regulatorio homogéneo, transparente y estable que introduce certidumbre en el sector y confianza en los inversores». » .

No procede, por lo expuesto, plantear cuestión de inconstitucionalidad solicitada, pues, siguiendo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional expuesto en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, no se aprecia que dichas disposiciones, y singularmente las normas reguladoras de los parámetros aplicables para calcular la retribución específica de la actividad de producción a partir de fuentes de energía renovables, infrinjan los principios de seguridad jurídica, irretroactividad e interdicción de la arbitrariedad, enunciados en el artículo 9.3 de la Constitución, aunque dichas disposiciones determinen «el fin del régimen retributivo establecido en el Real Decreto 661/2007», desde el momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013.

Finalmente, cabe desestimar también la pretensión formulada de que se reconozca el derecho a obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios económicos irrogados, derivados de las normas impugnadas no puede ser estimada, en cuanto hemos rechazado en lo sustancial que el Real Decreto 413/2014 y la



Orden IET/1045/2014 fueran contrarias a Derecho por infringir las disposiciones y principios aducidos del ordenamiento jurídico regulador del sector eléctrico.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse todos los motivos de impugnación aducidos, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto 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.

NOVENO.- 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 y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Desestimar el recurso contencioso-administrativo ordinario 742/2014 interpuesto por las sociedades ENERGÍAS ALTERNATIVAS CASTILLA LA MANCHA SLU, y ENERGÍAS RENOVABLES DEL DUERO SLU, contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos; y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Sin expresa imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso

VOTO PARTICULAR

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Espin Templado A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO ORDINARIO 1/ 742/2014.

PRIMERO .- Sobre el sentido del presente voto particular.

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

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

En las demás cuestiones planteadas en los diversos recursos, como lo son algunas alegaciones específicas de derecho comunitario, la invocación de la Carta Europea de la Energía, la queja por la inseguridad jurídica originada por el lapso de un año desde la promulgación del Real Decreto-ley hasta la del Decreto y la Orden impugnados, la invocación del derecho a la propiedad privada garantizado por el artículo 33 de la Constitución, la supuesta falta de justificación técnica de la Orden y algunas otras alegaciones, estoy de acuerdo con la respuesta dada en las diversas sentencias de la Sala. No haré referencia pues a dichas cuestiones en el



presente voto particular, que se limita por tanto a la referida alegación sobre el ilegítimo carácter retroactivo, con vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de las disposiciones impugnadas, respecto a la que coincido con el voto particular elaborado por el Magistrado Eduardo Calvo.

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 9/2013 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 9/2013 (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 9/2013 y la Ley del Sector Eléctrico 24/2013, sino tan sólo su aplicación retroactiva proyectada hacia atrás en el tiempo hasta el comienzo de la vida regulatoria de las instalaciones por el desarrollo que del nuevo sistema han efectuado el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014. Esto es, a lo que supone ir más allá de una "retroactividad impropia".

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

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

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

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

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



ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica.

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

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

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

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

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

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

El desarrollo reglamentario de este nuevo régimen retributivo, previsto en la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013 y reiterado en la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector eléctrico, se ha llevado a cabo a través del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la



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

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

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

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

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

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

No estamos, en suma, ante una norma sancionadora o restrictiva de derechos, ni ante una regulación que afecte a una situación ,agotada,, consolidada, perfeccionada o patrimonializada -en los términos utilizados



por nuestra jurisprudencia- que haya sido revertida *in peius* con efecto retroactivo, por lo que no concurre un supuesto de retroactividad constitucionalmente prohibida, y, en consecuencia, no se produce una vulneración del art. 9.3 CE." (fundamento jurídico 7)

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

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

Y continúa

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

a. Los elementos de la retribución específica.

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

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

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

[...]"

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

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

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

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

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



a toda la vida regulatoria restante en el momento de comenzar la aplicación del nuevo modelo con la entrada en vigor del referido Real Decreto-ley 9/2013 .

c. La prohibición de reclamación de retribuciones ya percibidas.

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

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

Se argumenta que el apartado transcrito toma en consideración como un todo la retribución recibida por una instalación a lo largo de su entera vida regulatoria desde el comienzo de su puesta en marcha, como lo evidencia que establezca la imposibilidad de reclamar cantidades percibidas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley, incluso aunque en dicha fecha "pudiera haberse superado dicha rentabilidad". Pero tal interpretación, al igual que las anteriores, opera sobre una manifiesta petición de principio, puesto que se da por supuesto que la aplicación del nuevo modelo se refiere a la vida regulatoria de las instalaciones desde su puesta en funcionamiento anterior al Real Decreto-ley 9/2013.

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

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas, A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 742/2014), AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH.

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 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 tipo que se contemplan, para aplicarles en lo sucesivo el régimen correspondiente a esa categoría de instalación. Pero lo que hace la regulación reglamentaria es algo mucho más complejo y, al mismo tiempo, ajeno a la realidad de las cosas, pues parte de la base -una base necesariamente ficticia y, por ello mismo, perturbadora- de que las instalaciones siempre estuvieron sujetas a la normativa que ahora se insta, 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 introducidos en el año 2010. Ya he señalado que en el caso presente se trata de una reforma normativa de calado muy superior a la del 2010, pues la de ahora (año 2014) comporta un cambio global de sistema; y siendo ello así, lo cierto es que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 no contemplan ningún régimen transitorio o medida correctora para paliar o atemperar los efectos gravosos que la nueva regulación produce sobre las instalaciones que existían con anterioridad.

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

Ahora bien, esta conclusión respecto de las normas con rango legal no es trasladable sin más a la regulación contenida en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, dado que el sistema retributivo específico, apenas enunciado en los 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^a y derogatoria única) como la Ley 24/2013 (disposición transitoria 6^a) dejaron establecido que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen



económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, o Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, según los casos); y que recibirían esa retribución con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el desarrollo reglamentario. Sin embargo, es en el Real Decreto 413/2014 donde se materializa y concreta el alcance de aquella previsión legal; y lo hace la norma reglamentaria en términos que resultan vulneradores de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, pues determinó que las instalaciones hubiesen de operar „a ciegas,, sin conocer el régimen regulatorio que sería de aplicación a su actividad no sólo en el futuro sino también 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 la fijación de los parámetros, con explicaciones suficientes sobre la razón de ser de los valores estándar en los que se asientan aquellos parámetros.

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

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

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

El Pliego de Condiciones Técnicas publicado por el IDAE el 25 de julio de 2013 definía con claridad la finalidad y objeto de los informes que se encargaban. En la introducción de dicho Pliego de Condiciones se indica



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

« (...) 3. ALCANCE DEL SERVICIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Siendo ello así, la ausencia de ese soporte técnico no puede considerarse suplida por otros hipotéticos informes que se hubiesen llevado a cabo en el seno de la propia Administración, pues, sencillamente, no consta que existan. Resulta en este punto significativo que ni la propia Administración, ni su representante procesal, ni la mayoría de la Sala de la que discrepo hayan sabido indicar en qué lugar o apartado concreto del expediente administrativo podría encontrarse cualquier estudio que se hubiese realizado al efecto por los servicios técnicos de la Administración, pues la Abogacía del Estado sólo hace en algunos de sus escritos de alegaciones una genérica e inespecífica referencia a la ,documentación técnica, que obra en el expediente, alusión que por su misma vaguedad y falta de concreción resulta inoperante. Y, desde luego, en contra del



parecer de mis compañeros de Sala, no creo que pueda atribuirse esa virtualidad al informe que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia emitió con fecha 3 de abril de 2014 sobre la propuesta de Orden, como tampoco a la ,Memoria del análisis del impacto normativo del proyecto de Orden,.

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

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

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

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

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

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 de la sentencia de la que se discrepa.

D. Eduardo Calvo Rojas D^a ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia y votos particulares por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ