



Roj: **STS 4997/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4997**

Id Cendoj: **28079130032016100450**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **14/11/2016**

Nº de Recurso: **431/2014**

Nº de Resolución: **2440/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 14 de noviembre de 2016

Esta Sala ha visto constituida la **Sección Tercera** por los Magistrados al margen relacionados el presente recurso contencioso-administrativo número 1/431/2014 interpuesto por el Procuradora de los Tribunales Doña D^a Nuria Munar Serrano, con la asistencia letrada de D. Jaime Almenar Belenguer, en representación de la mercantil ENERGYWORKS MILAGROS SLU., contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, e 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. Ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. 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 «ENERGYWORKS MILAGROS SLU», mediante escrito de 8 de julio 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.

Recibido el expediente administrativo, y concedido plazo para formalizar la demanda, «ENERGYWORKS MILAGROS SLU», solicitó ampliación del mismo.

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, manifiesta que si la Sala lo considera oportuno se requiera a la Administración sobre los documentos que menciona, a fin de poder realizar alegaciones.



Mediante providencia de 11 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 Decreto 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, por providencia de 1 de septiembre de 2015, se acordó la confidencialidad del CD2 y DVDs 4 y 5 que forman parte del expediente.

Tras varias ampliaciones de expediente, el recurrente formalizó la demanda mediante escrito de 30 de octubre de 2015, que tras plantear los motivos que consideró oportunos termina suplicando a la Sala dicte sentencia estimando el recurso y:

a) anule y deje sin efecto, los artículos 21 , 24 y 49.1.m así como los apartados 3 (en la medida que declara aplicable el RD 413/2014 a las instalaciones existentes), 4 (que da cobertura a la Orden de Parámetros) y 5 (en cuanto remite al Anexo XIII) de su disposición adicional segunda, el Anexo RII y el apartado 2.a del Anexo XIII del RD 413/2014 , y de otro lado, el Anexo II de la Orden de Parámetros, en tanto determina la retribución y la inversión (Rinv) y la retribución a la operación (Ro) de las instalaciones existentes.

b) reconozca el derecho de «ENERGYWORKS MILAGROS SLU» a ser indemnizada en la cantidad de 1.528.403 euros más los intereses legales correspondientes, si se estiman los vicios de arbitrariedad denunciados en el Parlamento de Derecho de carácter material Primero, relativos a la retribución a la operación.

c) reconozca el derecho a ser indemnizada en el importe del patrimonio neto de sus instalaciones, a la fecha del cierre, más los intereses legales correspondientes desde el cierre, en fecha de 8 de febrero de 2014, dado que la aplicación del marco retributivo actual ha supuesto la inviabilidad de su aplicación.

d) reconozca el derecho a ser indemnizada en caso de que fueren estimados los argumentos relativos a la retroactividad prohibida o a la infracción del principio de seguridad jurídica, con el abono de los daños y perjuicios -a determinar en ejecución de sentencia- derivados de las retribuciones dejadas de satisfacer a mi representada en 2013 y 2014 como consecuencia de la compensación con las retribuciones obtenidas en el pasado por encima del umbral considerado ahora como razonable, más los intereses legales correspondientes.

e) reconozca el derecho de «ENERGYWORKS MILAGROS SLU», si se estima la ilegalidad de la consideración en la fórmula del VNA de los ingresos obtenidos por la producción de calor útil, a ser indemnizada con el abuso del importe, -a determinar en ejecución de sentencia resultante de calcular el VNA con los ingresos obtenidos en el pasado por la venta de la electricidad en el mercado, y no los ingresos estimados por la venta de calor útil, más los intereses legales correspondientes, y

f) Imponga las costas a la Administración demandada.

Finalmente solicita el recibimiento del pleito a prueba (documental, y pericial -informe Nera), manifiesta que la cuantía del recurso es indeterminada y solicita el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

SEXTO.- El Abogado del Estado en su escrito de 1 de diciembre de 2015, de contestación a la demanda, tras solicitar la suspensión de la tramitación del recurso, alegó falta de legitimación de la recurrente, realizando consideraciones sobre las plantas de tratamiento y reducción de purines en España, y realizó las manifestaciones que a su derecho convenían. Termina suplicando se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso interpuesto confirmando la disposición impugnada, con condena al actor de las costas. Se opone expresamente al recibimiento a prueba de uno de los informes aportados por la recurrente, y al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto a la disposición final 2 del RDL 9/2013 y disposición final 3 LSE 2013.

Aportó como prueba documentos elaborados por el IDAE sobre Metodología para la definición de instalaciones tipo de la Orden 1045/2014, área cogeneración, y sobre plantas de tratamiento y reducción de purines.

SÉPTIMO.- Mediante Decreto de 7 de enero de 2016, se fija la cuantía como indeterminada.

Por Auto de 28 de enero de 2016 se acordó el recibimiento del pleito a prueba.

OCTAVO.- Por providencia de 24 de febrero de 2016, y a la vista de la solicitud realizada por la parte recurrente a la que el Abogado del Estado no se opone, se acuerda la extensión de efectos de la prueba realizada en el recurso 1/429/14, respecto a la pericial de D. Erasmo (doc. 3, adjunto con el escrito de demanda en aquel



recurso), y se procedió en el presente procedimiento a la ratificación del citado perito sobre el informe aportado aquí como documento 1 adjunto a la demanda.

NOVENO.- Fue evacuado el trámite de conclusiones por ambas partes.

El Abogado del Estado en su escrito de 4 de abril de 2016, aporta un documento relativo al rechazo de una solicitud de la Asociación Nacional de Productores e Inversiones de Energías Renovables (ANPIER), en la que pedían que abriera una investigación a España por el cambio regulatorio de los apoyos a las renovables.

DÉCIMO .- Por providencia de 6 de junio 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 dicha sentencia.

DECIMOPRIMERO .- Se señaló para votación y fallo el día 8 de noviembre de 2016, en que se llevó a efecto con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, en sustitución del ponente designado Excmo. 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 interpuesto por el representante legal de la sociedad «ENERGYWORKS MILAGROS SLU» impugna el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y la Orden IET/1045/2014 de 16 de junio por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos.

EW MILAGROS desarrolla la actividad de cogeneración para el tratamiento de purines por medio de dos motores de generación eléctrica de 3,7 MW cada uno, con una potencia conjunta de 7,4 MW, y que utilizan el gas natural como combustible. El complejo se encuentra en una parcela propiedad de la sociedad ubicada en el municipio de Milagros (Burgos) y se puso en servicio el 27 de agosto de 2003.

En su escrito de demanda solicita que se dicte sentencia declarando:

- a) la nulidad de los artículos 21 , 24 y 49.1.m, así como los apartados 3, 4 y 5, de su disposición adicional segunda, el Anexo VII y el apartado 2.a del Anexo XIII del RD 413/2014 y del Anexo II de la Orden IET 1045/2014 de Parámetros, en tanto determina la retribución a la inversión (Rinv) y la retribución a la operación (Ro) de las instalaciones existentes y su íntegra revocación por introducir un nuevo sistema de retribución no ajustado a la Constitución ni a la normativa comunitaria.
- b) Reconozca el derecho a indemnización en la cantidad de 1.528.403 euros más los intereses legales correspondientes, si se estiman los vicios de arbitrariedad denunciados relativos a la retribución a la operación.
- c) Reconozca el derecho a indemnización en el importe del patrimonio neto de sus instalaciones, a la fecha de cierre, más los interés legales correspondientes desde el cierre, en fecha de 8 de febrero de 2014, dado que la aplicación del marco retributivo actual ha supuesto la inviabilidad de la explotación.
- d) Reconozca el derecho a indemnización en caso de que fueren estimados los argumentos relativos a la retroactividad prohibida o a la infracción del principio de seguridad jurídica, con el abono de los daños y perjuicios -a determinar en ejecución de sentencia- derivados de las retribuciones dejadas de satisfacer en 2013 y 2014 como consecuencia de la compensación con las retribuciones obtenidas en el pasado por encima del umbral considerado ahora como razonable, más los intereses legales correspondientes.
- e) Reconozca el derecho a ser indemnizada -si se estima la ilegalidad de la consideración en la fórmula del VNA de los ingresos obtenidos por la producción de calor útil- con el abono del importe, a determinar en ejecución de sentencia, resultante de calcular el VNA con los ingresos obtenidos en el pasado por la venta de la electricidad en el mercado, y no los ingresos estimados por la venta de calor útil, más los intereses legales correspondientes
- f) e imponga las costas a la Administración demandada.

Y todo ello en base a los motivos de impugnación que muy sintéticamente consisten en los siguientes.

1. El marco retributivo establecido en las disposiciones impugnadas vulnera, en determinados aspectos, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución). La fijación de parámetros retributivos la Orden IET/1045/2014 se ha hecho sin ninguna motivación, lo que constituye una



arbitrariedad. En particular, la demandante expone con detenimiento lo que considera manifestaciones de la arbitrariedad del marco retributivo respecto de las instalaciones de producción de electricidad con tratamiento de purines, señalando que no se ha tenido en cuenta la singularidad de estas instalaciones con relación a las demás plantas de cogeneración, en particular en aspectos tales como la toma en consideración de "otros ingresos de explotación" (*sobrestimación* de los ingresos estimados por la producción de calor útil y *subestimación* de la electricidad auto-consumida y de los costes reales de inversión).

2. La recalificación de parte de los beneficios del pasado como "irrazonables" y su posterior compensación con la retribución futura son supuestos de retroactividad prohibida (artículo 9.3 de la Constitución).

3. Vulneración del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución).

4. Los ingresos estándar imputados a las instalaciones tipo infringen el principio de legalidad, al considerar ingresos distintos de los previstos en el artículo 30.4 de la Ley del Sistema Eléctrico .

5. El incumplimiento de cualquier requisito reglamentario supone la pérdida del régimen retributivo específico de las instalaciones, lo que viola el principio de proporcionalidad y vulnera el artículo 4.3 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible .

6. El restablecimiento de la situación jurídica individualizada comporta el reconocimiento del derecho de la demandante a ser indemnizada por el importe de los perjuicios sufridos durante los ejercicios 2013 y 2014 por aplicación de los parámetros arbitrariamente fijados (a tales perjuicios se refiere la prueba pericial), así como por el importe, que se determinaría en ejecución de sentencia, de los daños y perjuicios que resultasen en caso de estimación de los restantes motivos de impugnación.

En los apartados siguientes abordaremos las cuestiones y motivos de impugnación que acabamos de enunciar, aunque por razones de sistemática lo haremos en un orden distinto al seguido por la representación de la parte actora. Y como algunas de ellas son sustancialmente coincidentes 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.

SEGUNDO .- El Abogado del Estado alega, en su contestación a la demanda, alega que el recurso es inadmisibles por falta de legitimación, pues la demanda da por sentado que la recurrente está legitimada en cuanto perjudicada por el RD 413/2014 y la Orden IET 1045/2014 recurridos, pero sin indicar ni justificar de por qué le perjudica, ni cuales concretas instalaciones se ven afectadas, ni las instalaciones Tipo de la orden que se les aplican.

La causa de inadmisión debe ser rechazada. En lo que respecta a la falta de legitimación, basta para justificarla el que se trate de empresas dedicadas a la producción de energía eléctrica en régimen especial -lo que no es puesto en duda por el representante de la Administración-, tal circunstancia les legitima para la impugnación de normas que regulan el modelo retributivo en todos sus aspectos, y no sólo de los artículos por los que se les aplica el nuevo régimen.

Dado el elevado número de recursos contencioso administrativos dirigidos contra las dos disposiciones que se impugnan en el presente asunto, la Sala ha deliberado un numeroso grupo de ellos antes de dictar las primeras sentencias. Recogemos pues en la presente Sentencia las respuestas dadas por la Sala a las principales cuestiones planteadas en dichos recursos, sin perjuicio de la consideración específica de las alegaciones que han sido enumeradas en el anterior fundamento de derecho.

TERCERO .- Consideración general.

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

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

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



el que <<viene a establecer un nuevo régimen retributivo para determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica>> posteriormente asumido por la Ley 24/2013.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

CUARTO.- Sobre el principio de retroactividad prohibida.

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

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

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

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

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

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

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

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



podieran 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 >>.

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

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

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

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

Por otra parte, los criterios recogidos en la sentencia de esta Sala de 25 de septiembre de 2012 (recurso 71/2011), que reproduce el contenido de sentencias anteriores de 12 de abril y 19 y 26 de junio de ese mismo año, (recursos 40/2011, 62/2011 y 566/2010), interpuestos contra el Real Decreto 1565/2010, nos llevan a estimar que el RD ahora impugnado no incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE, pues carece de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, en el sentido de que no anula, ni modifica ni revisa las retribuciones pasadas, percibidas por los titulares de instalaciones de energía renovables bajo la vigencia del régimen del RD 661/2007, sino que el RD impugnado proyecta sus efectos a partir de la entrada en vigor del nuevo régimen retributivo, instaurado por el RD-ley 9/2013, que sustituyó el anterior régimen retributivo.

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

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



puede perfectamente ocurrir que dichas inversiones hayan sido ya amortizadas y hayan producido una tal rentabilidad razonable mucho antes del fin de su período de operatividad. En consecuencia, no se deriva del precepto invocado que el régimen económico primado deba perdurar durante toda la vida de la instalación».

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

El nuevo régimen retributivo establecido por el RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, precisaba de su desarrollo reglamentario que determinase los parámetros concretos para su aplicación efectiva a las distintas instalaciones de producción de energía eléctrica, por lo que la disposición transitoria 3ª del RD-ley 9/2013 previó la aplicación con carácter transitorio de los derogados RD 661/2007 y 1578/2008, hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo, es decir, hasta la aprobación del RD 413/204 y Orden IET/1045/2014 impugnados en este recurso, de forma que el organismo encargado de la liquidación seguirá abonando hasta dicho momento de aprobación de las disposiciones reglamentarias de desarrollo, con carácter de "pago a cuenta", los conceptos liquidables devengados por las instalaciones con arreglo al régimen anterior.

Por tanto, no debe confundirse, este pago a cuenta previsto en la disposición transitoria 3ª del RD-ley 9/2013, que está limitado exclusivamente a ese periodo intermedio entre la entrada en vigor del RD-ley (el 14 de julio de 2013), y la aprobación de las normas reglamentarias de desarrollo, con las retribuciones pasadas percibidas bajo la vigencia del RD 661/1997, que quedaron integradas en el patrimonio de los titulares de las instalaciones de forma definitiva y no resultaron afectadas por el nuevo régimen retributivo.

La retribución de ese periodo intermedio o transitorio, durante el que los titulares de las instalaciones percibirán un "pago a cuenta", tampoco incurre en una retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE, como deja claro la STC 270/2015, que señala sobre esta cuestión que el RD-ley 9/2014 tiene una vigencia inmediata, pues produce efectos a partir de su entrada en vigor, y los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado quedan sujetos a ese nuevo régimen retributivo desde la entrada en vigor del citado RD-ley, sin perjuicio de que la cuantificación precisa de su retribución no se produzca hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente «y sin que dicha sujeción conlleve una afectación desfavorable de los derechos adquiridos desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas».

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

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

Concluiremos señalando, de conformidad con lo expuesto en los párrafos anteriores, que la Orden IET/1045/2014 no incurre en retroactividad ilícita; y que cuando dicha Orden y el Real Decreto 413/204 fueron dictados estaban ya derogadas, por virtud del Real Decreto-ley 9/2013, las normas reguladoras a las que pretende acogerse la demandante, esto es el artículo 30 de la Ley 54/1997 en su redacción originaria y el Real Decreto 661/2007.

QUINTO.- Sobre la vulneración del principio de seguridad jurídica.

La demandante aduce que la Orden impugnada vulnera también el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) en cuanto protegen a los ciudadanos ante cambios normativos que no sean razonables y previsibles y que destruyan su confianza en la permanencia de los efectos de la legislación vigente en un momento determinado, produciendo resultados lesivos y arruinando las expectativas ligadas a inversiones cuantiosas, que la Administración ha avalado e impulsado con su conducta.



Entiende la demandante que la revocación del régimen de tarifa estable que se fijó por el Real Decreto 661/2007 vulnera lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución y la doctrina constitucional que considera indemnizables las privaciones de derechos ciertos y efectivos, pues la Administración estableció un régimen de tarifa regulada durante la vida útil de la instalación y después, cuando ya estaba realizada toda la inversión, y de forma sorpresiva, lo revocó y lo sustituyó por otro régimen "de rentabilidad razonable" que les priva de una rentabilidad entre el 13% y el 30%, lo que constituye, a su juicio, una expropiación de unos derechos patrimoniales adquiridos en virtud de la normativa vigente en aquel momento, sin que exista ninguna medida compensatoria o indemnizatoria por este cambio normativo.

La citada STC 270/2015 (F.D. 7) inicia el examen de la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima por el Real Decreto-ley 9/2013 señalando que esta norma legal no es *"una norma incierta o falta de la indispensable claridad, pues cuenta con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados"*. Y concluye la STC afirmando que el principio de seguridad y su corolario, el principio de confianza legítima, no resultan vulnerados por las modificaciones en el régimen retributivo llevadas a cabo por el Real Decreto-ley 9/2013.

Aceptada la conformidad con los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima del nuevo régimen retributivo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables instaurado por el Real Decreto-ley 9/2013, debe resaltarse, en lo que se refiere a este recurso, que el escrito de demanda, a pesar de que se dirige contra las normas de desarrollo, el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, sin embargo guarda silencio sobre la forma en que estas normas reglamentarias impugnadas vulneran los antedichos principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima, limitándose a referir las vulneraciones a la *"revocación"* del régimen retributivo anterior y su sustitución por uno nuevo, con olvido de que, como hemos repetido, esa *"revocación"* no es obra de las normas reglamentarias impugnadas en este recurso, sino de las disposiciones con rango legal que desarrollan.

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

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

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

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

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

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



protección aquella confianza sobre aspectos concretos, "que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes".

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

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

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

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

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

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

También en este sentido, el Preámbulo de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre del Sector Eléctrico destaca, como elemento determinante de la reforma del sector eléctrico en la que se enmarca, la acumulación durante la última década de desequilibrios anuales entre ingresos y costes que han provocado la aparición de un déficit estructural, llegando la situación de desequilibrio al punto de que *"la deuda acumulada del sistema eléctrico"*



supere en el momento actual los veintiséis mil millones de euros, el déficit estructural del sistema alcanzase los diez mil millones anuales y la no corrección del desequilibrio introdujera un riesgo de quiebra del sistema eléctrico."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SEXTO.- Sobre la infracción del principio de legalidad.

La parte demandante alega que los ingresos estándar imputados a las instalaciones tipo infringen el principio de legalidad, pues tanto el Real Decreto 413/2014 como la Orden Ministerial IET/1045/2014 consideran ingresos distintos de los previstos en el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, redactado por el Real Decreto-ley 9/2013, cuyo apartado a/ se refiere exclusivamente a *"los ingresos estándar por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción"*.

En concreto, aduce la demandante, no se contemplan en el precepto legal y sí en las normas reglamentarias de desarrollo:



- Los ingresos obtenidos por primas obtenidas por la venta de electricidad, esto es, los ingresos generados por las ventas de la electricidad por encima del precio de mercado.
- Las ayudas públicas percibidas (artículo 24.1 del Real Decreto 413/2014).
- Los ingresos estándar indirectamente procedentes de la producción de calor útil asociado (artículo 24.2 del Real Decreto 413/2014).
- Los ingresos o costes evitados estándares en concepto de valorización y eliminación de residuos (artículo 24.2 del Real Decreto 413/2014).
- El número de horas equivalentes de funcionamiento de la instalación (artículo 21 del Real Decreto 413/2014).

En el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico , redactado por el Real Decreto-ley 9/2013 -como también en el artículo 14.7 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico - se establece, en efecto, que para el cálculo de la retribución específica, cuya fijación se remite al ulterior desarrollo reglamentario, debían considerarse:

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

Pero la regulación legal también señala otros criterios que el desarrollo reglamentario debe respetar: " en ningún caso se tendrán en consideración los costes o inversiones que venga determinados por normas o actos que no sean de aplicación en todo el territorio nacional " y " solo se tendrán en cuenta aquellos costes e inversiones que respondan exclusivamente a la actividad de producción de energía eléctrica ". Además, la norma legal fija un límite máximo a esta retribución específica señalando que " 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 ".

Partiendo de estas bases procede analizar si el desarrollo reglamentario incurre en un exceso respecto de la habilitación legal concedida. Para ello analizaremos separadamente cada una de las partidas cuestionadas.

a) En primer lugar, se reprocha al Real Decreto y la Orden impugnados que para el cálculo de los ingresos de la instalación tipo se tomen en consideración las primas equivalentes, cuando la norma legal se refiere exclusivamente a los ingresos obtenidos en el mercado, por lo que deberían computarse -según la demandante- las primas percibidas por encima del valor de la venta de energía en el mercado. Por ello considera ilegal y solicita la anulación de la formula contenida en el apartado 2 del Anexo XIII del RD 413/2014 (por considerar los ingresos obtenidos en el pasado más allá del precio de mercado) y el valor de la Rinv establecida en el Anexo II de la orden Ministerial impugnada.

Este Tribunal ya ha abordado y desestimado esta alegación en la sentencia de 8 de junio de 2015 (recurso 745/2014) afirmando lo siguiente:

«En el nuevo régimen que diseñan el RD-Ley 9/2013 y la Ley 24/2013, se calcula la retribución específica de las instalaciones de energía procedente de fuentes renovables mediante la aplicación a 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, de los valores estándar por la venta de la energía generada al precio de mercado, los costes estándar de explotación y el valor estándar de la inversión inicial.

Ahora bien, para el caso de las instalaciones que tuvieron reconocida retribución primada a la entrada en vigor del RD-Ley 9/2013, la Disposición Final Segunda de la citada norma legal y la Disposición Final Tercera de la Ley 24/2013 , habilitaron al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, para la aprobación de un real decreto de regulación de su régimen jurídico y económico, que se ajustará a los criterios previstos en el artículo 30 de la Ley 54/1987 , en la redacción dada por el citado real decreto ley, que será de aplicación desde la entrada en vigor del mismo.

En el régimen retributivo del RD 661/2007, que fue derogado de forma expresa por la Disposición Derogatoria 2.a) del RD-ley 9/2013 , los titulares de instalaciones podían optar por vender su energía a tarifa regulada, o bien vender dicha energía directamente en el mercado, percibiendo en este caso el precio negociado en el mercado más una prima, de forma que la consideración de los ingresos estándar por la venta de energía "a lo largo de la vida útil regulatoria", que prevé el artículo 14.7 de la Ley 24/2013 , ha de tener en cuenta las particularidades de dicha venta en el régimen anterior, con la inclusión de las primas o tarifas que formaban parte de la retribución percibida por el titular de la instalación ».



b) También se alega que las normas reglamentarias impugnadas incurren en una extralimitación al tomar en consideración las horas de funcionamiento de una instalación, en los términos fijados en el artículo 21 del Real Decreto 413/2014, para reducir o eliminar la retribución, y entiende que ello no responde a la estandarización exigida por el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, redactado por el Real Decreto-ley 9/2013.

El artículo 13 del Real Decreto 413/2014, establece en su apartado segundo que "A cada instalación tipo le corresponderá un conjunto de parámetros retributivos que se calcularán por referencia a la actividad realizada por un empresa eficiente y bien gestionada, que concreten el régimen retributivo específico y permitan la aplicación de mismo a las instalaciones asociadas a dicha instalación tipo" y entre los parámetros retributivos más relevantes necesarios para la aplicación de dicho régimen retributivo específico menciona, el "umbral de horas de funcionamiento mínimo" y el "umbral de funcionamiento".

Para desarrollar este parámetro retributivo el artículo 21 del Real Decreto dispone que "Los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación cuyo número de horas equivalentes de funcionamiento en dicho año no supere el número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo de la instalación tipo correspondiente, serán reducidos según lo establecido en el presente artículo y serán nulos si no supera el umbral de funcionamiento", añadiendo el precepto más adelante que "En todo caso el umbral de funcionamiento será inferior al número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo".

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

Es cierto que las normas con rango de ley antes citadas (artículo 30.4 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, redactado por el Real Decreto-ley 9/2013, y artículo 14.7 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico) no contienen una referencia expresa a la existencia de un umbral de funcionamiento de las instalaciones tipo; pero ello no implica que este parámetro sea ajeno al nuevo régimen retributivo previsto en tales normas legales.

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

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



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

Tampoco puede entenderse que estos umbrales sean ajenos a la fijación de unos parámetros estándar, pues tal y como afirma la Memoria de Análisis de Impacto Normativo de la Orden IET/1045/2014, " para el cálculo de las horas de funcionamiento de cada instalación tipo se han tomado como base las horas anuales reales que han realizado las instalaciones, según los datos publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para cada instalación tipo " y que " partiendo de esos valores, se han establecido consecuentemente el número de horas de funcionamiento mínimo, el umbral de funcionamiento y el número de horas de funcionamiento máximas a efectos de percepción de la retribución a la operación ". De modo que el umbral se fija sobre la base de datos reales e históricos de funcionamiento de cada instalación tipo, esto es, en relación a concretas instalaciones integradas en cada instalación tipo.

c) Se cuestiona asimismo la inclusión de las ayudas públicas percibidas para incrementar los ingresos imputados a la instalación tipo (artículo 24.1 del Real Decreto 413/2014).

El citado artículo 24.1 del Real Decreto establece: « En el caso de que se perciban ayudas públicas, el régimen retributivo específico se podrá minorar hasta el 90 por ciento de la cuantía de la ayuda pública percibida en los términos que se establezcan mediante orden ministerial. En el caso de ayudas públicas que hayan sido consideradas a la hora de calcular los parámetros retributivos, no será de aplicación la minoración prevista en el párrafo anterior, siempre que así se haya previsto expresamente por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo».

La inclusión de las ayudas públicas para determinar esta retribución específica no puede considerarse ajena a la habilitación legal establecida. El artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico que antes hemos dejado transcrito incluye, entre los parámetros que han de computarse para determinar dicha retribución específica, "el valor estándar de la inversión inicial". Los costes de inversión de las instalaciones tipo, en cuanto que son valores estándar, se determinan por el coste estimado de la inversión necesaria para las instalaciones de unas determinadas características homogéneas -por tecnología, potencia, etc.-, costes que el titular de la instalación de producción de energía eléctrica estaría obligado a realizar para la puesta en funcionamiento de la misma. Y lo mismo ocurre en relación con los costes estándar de explotación.

Ahora bien, si el importe estimado como coste de inversión o explotación no fue asumido, total o parcialmente, con capital privado sino financiado con ayudas públicas destinadas a estas instalaciones, resulta evidente que el importe de tales ayudas aminoraron los costes de inversión y/o de explotación y ha de ser computado o, por mejor decirlo, descontado, al tiempo de determinar aquellos costes, pues de otra forma se estaría primando con fondos públicos una diferencia que en parte ya había sido asumida con tales fondos, incumpliendo el mandato legal que dispone que " este retributivo no sobrepasara el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que le permitan competir a las instalaciones en nivel de igualdad con el reto de las tecnologías en el mercado y que posibilite en obtener una rentabilidad razonable por referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable ".

d) También se alega la indebida inclusión de los ingresos estándar indirectamente procedentes de la producción de calor útil asociado (artículo 24.2 del Real Decreto 413/2014) y los ingresos o costes evitados estándares en concepto de valoración y eliminación de residuos (artículo 24.3 del Real Decreto).

El artículo 24 del citado Real Decreto establece:

« (...) 2. Para las instalaciones de la categoría a), se tendrá en cuenta para el cálculo del régimen retributivo específico de la instalación tipo, los ingresos estándares indirectamente procedentes de la producción de calor útil asociado.

El cálculo de estos ingresos se realizará valorando el calor útil al coste alternativo de producirlo mediante equipos convencionales que utilizaran el mismo tipo de combustible que la instalación de cogeneración.

3. Para las instalaciones de los grupos b.7 y c.2 reguladas en el art. 2 se tendrá en cuenta para el cálculo del régimen retributivo específico de la instalación tipo los ingresos o costes evitados estándares que se establezcan por Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo en concepto de valorización y eliminación de residuos.

Para las instalaciones del grupo c.1 reguladas en el art. 2 se tendrá en cuenta para el cálculo del régimen retributivo específico de la instalación tipo los ingresos estándar que se establezcan por Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo correspondientes a los cánones de eliminación de residuos».

El Real Decreto 413/2014 incluye estas partidas como "ingresos de explotación", denominación que lleva a la parte recurrente a considerarlos como unos "ingresos" que desbordan el marco legal contemplado en el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico en la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013, dado que en



dicho precepto tan solo se contemplan como ingresos a ponderar en la retribución específica los procedentes de la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción.

Lo cierto es que, con independencia de su denominación formal e incluso contable, tales partidas sirven para calcular los costes de explotación de una instalación que conforman el concepto retribución a la operación (Ro) prevista en artículo 11.6.b) del Real Decreto 413/2014 y que se calcula conforme dispone el artículo 17 del propio Real Decreto.

El coste de explotación conforma uno de los parámetros necesarios, según la ley, para calcular la retribución específica, por lo que el desarrollo reglamentario de las partidas que han de tomarse en consideración para calcularlo no excede de la habilitación legal sino que forma parte de la misma. No debe olvidarse que el Real Decreto-Ley 9/2013 establece como límite que " *solo se tendrán en cuenta aquellos costes e inversiones que respondan exclusivamente a la actividad de producción de energía eléctrica* ". De modo que la norma reglamentaria, destinada a desarrollar la previsión legal, está obligada a tomar en consideración tan solo aquellos costes que estén directamente vinculados con la producción de energía eléctrica, excluyendo los que estén desconectados de este fin. Y ello es especialmente relevante en determinadas instalaciones como las de cogeneración -incluidas en la categoría a/ según la clasificación del artículo 2 del Real Decreto- pues en ellas los costes de explotación (por ej: combustible, gastos de personal, mantenimiento etc..) no solo sirven para producir energía eléctrica sino también "calor útil" (que pueden vender a una industria vinculada o consumirlo en caso de que la planta de cogeneración y la industria pertenezcan al mismo propietario), sin que sea posible individualizar o separar aquellos costes que están destinados a producir energía eléctrica de los que se destinan a producir calor. Por ello, la norma reglamentaria, en estricto cumplimiento de la previsión legal, descuenta de los costes de explotación de estas instalaciones aquellos que están asociados a la producción de calor útil, y lo hace valorando los ingresos estándares indirectamente procedentes de la producción de calor útil al coste alternativo de producirlo mediante equipos convencionales que utilizan el mismo tipo de combustible que la instalación de cogeneración. Tal previsión no supone, por tanto, incluir un nuevo ingreso no previsto en la ley sino excluir un coste expresamente excluido por ella.

En similares términos, el artículo 24.3 del Real Decreto 413/2014 dispone para determinadas instalaciones que utilizan combustibles biolíquidos producidos a partir de la biomasa (grupo b.7) o residuos domésticos o de otro tipo (grupos c.1 y c.2) la exclusión de los "costes evitados" por valorización y eliminación de residuos o los "ingresos" por los cánones de eliminación de residuos. En estos casos, se trata descontar aquellos costes que la instalación se evita (no asume) al aprovechar residuos como combustible o los costes por la eliminación de residuos.

En definitiva, el Real Decreto no computa un ingreso diferente al procedente de la venta de energía en el mercado sino que para calcular los costes de explotación deduce aquellas partidas que aminoran los costes en los que incurre la instalación su explotación. El Reglamento opera, por tanto, como el complemento indispensable de la ley para asegurar la correcta aplicación y plena efectividad de los parámetros que conforman la retribución específica respetando las bases fijadas por la ley y sin incurrir en eficacia *ultra vires*.

SÉPTIMO. - Sobre la falta de justificación de la Orden de parámetros .

En lo que se refiere al alegato de falta de justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET 1045/2014, examinaremos ahora lo que se refiere a la formulación de los parámetros en general, que según la demandante vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución); y más adelante abordaremos la cuestión en relación con los parámetros específicamente referidos a las plantas de tratamiento de purines.

Esta Sala ha examinado ya en diversas ocasiones la alegación de que la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, adolece de la necesaria motivación respecto a los parámetros aplicables a las instalaciones tipo con derecho a la percepción del régimen económico primado -sirvan de muestra las sentencias (tres) de 1 de junio de 2016 (recursos 631/2014 , 641/2014 y 783/2014) y 7 de junio de 2016 (recurso 850/2014)-. El reproche formulado por los recurrentes en esos otros procesos parte de que en la Orden se fijan cientos de tablas sin explicar ni los valores utilizados ni la forma de calcular la rentabilidad establecida en la Ley; y se argumenta también que no existen informes con un análisis del mercado de las inversiones realizadas y sus condiciones reales en el momento en que se realizaron, por lo que los parámetros asignados por la Orden no han tenido en cuenta el coste real de la inversión, limitándose a fijar un valor estándar.

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



diseñado en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013 por remisión al mismo. Desde esta perspectiva, ningún reproche puede dirigirse a la Orden por el hecho de que utilice tales valores estándar o medios y prescinda de las inversiones reales de cada una de las instalaciones, pues con ello no hace sino cumplir con el mandato legal que se le encomendó, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme diversidad de instalaciones existentes que se agrupan por criterios homogéneos, elaborarlos partiendo de la premisa de que se trata de una instalación "eficiente y bien gestionada".

Sentada esta premisa, y dados los términos en que se plantea la impugnación referida a los parámetros en general -luego nos ocuparemos de los referidos a las plantas de tratamiento de purines-, no nos corresponde entrar a examinar todos y cada uno los datos utilizados para cada tecnología o instalación tipo, tarea que desbordaría con mucho los términos en que ha sido planteada la cuestión. Bastará entonces 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.

Ante todo debe 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 la información aportada en este informe no pudieron ser tomados en consideración para elaborar la Orden impugnada, lo que podría interpretarse como una 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 otros) 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 (artículo 82 de la Ley 30/1992 y artículo 24.1.b/ de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno) pero son facultativos y no vinculantes (artículo 83.1 de la ley 30/1992). El hecho de que la Administración inicialmente considerase conveniente elaborar un informe de estas características y que posteriormente prescindiese del mismo, tal vez por la conveniencia de aprobar lo antes posible los criterios técnicos que desarrollaban el nuevo régimen retributivo de este sector o por disponer de la información suficiente al respecto, no vicia de nulidad dicha norma, pues su existencia no era preceptiva para su tramitación, siempre que se alcance la conclusión de que la justificación de tales criterios puede obtenerse por otras vías.

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

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

Por otra parte, la exposición de motivos de la Orden IET/1045/2014 (apartado III) especifica aún más los criterios utilizados para el cálculo de la retribución: a) para la determinación del valor estándar a la inversión menciona los "equipos principales nuevos, así como el resto de equipos y sistemas electromecánicos, de regulación y control, equipos de medida y líneas de conexión, incluyendo sus transporte, instalación y puesta en marcha, junto con la partida de ingeniería y dirección de obras asociadas, entre otras partidas"; b) respecto



de los criterios para establecer los costes de explotación asociados a la generación eléctrica para cada tecnología distingue entre costes de explotación variables -enumerando a título enunciativo los costes de seguros, gastos de administración, gastos de representación en el mercado, coste de peaje de acceso a las redes de transporte y distribución...- y los costes fijos de explotación -entre los que cita los costes de alquiler de terrenos, gastos asociados a la seguridad de las instalaciones y el impuesto sobre bienes inmuebles de características especiales-; c) señala los criterios utilizados para el cálculo de las horas de funcionamiento - las horas anuales que han realizado las instalaciones según los datos publicados por la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia-; d) y finalmente identifica la fuente de la que se obtuvo la estimación del precio de mercado.

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

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

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

En dicho informe, por lo que se refiere 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 contrastables, permitiendo a la parte discutir la sujeción o no a tales criterios al tiempo de definir la instalación tipo en que su ubica su concreta instalación.

En lo que se refiere a la retribución a la operación y retribución a la operación extendida, el informe explica que el criterio de asignación es atribuírselo a aquellas instalaciones que necesitan de dicha retribución adicional en relación con los ingresos obtenidos por la venta de energía en el mercado para poder igualar los costes estimados de explotación por unidad de energía exportada, por lo resulta razonable no asignarlo a instalaciones eólicas ni hidráulicas, dado que sus costes variables son relativamente reducidos, y concedérselo en cambio, 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 de la Comisión hace en este punto alguna crítica sobre los criterios empleados para elegir a alguna instalación tipo como receptora de esta retribución, por albergar dudas sobre la procedencia de que sea perceptora de una retribución que podría no estar justificada, pero sin cuestionar que se haya dejado de establecer la retribución cuando resultaba procedente.

En cuanto a los ratios de inversión estándar, el mismo informe de la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia señala que los reflejados en la propuesta se corresponden con los recopilados de instalaciones reales con ocasión de la Circular 3/2005, de 13 de octubre, de la CNE, basada en la petición de información de inversiones, costes, ingresos y otros parámetros de las instalaciones de producción de electricidad en régimen especial y que se reflejan en los diversos informes públicos que menciona. Por lo que también en este punto es posible conocer los datos en los que se funda. Es más, el propio informe, tras efectuar un estudio comparado con los costes medios de inversión referidos a años concretos disponibles, concluye que " *los resultados obtenidos de este análisis muestran que los valores de inversión que reconoce la Propuesta son, con carácter general, próximos o superiores en las IT?s consideradas a los datos disponibles en esta CNM*", destacando algunas excepciones. Más específicamente, con relación a la tecnología solar fotovoltaica, afirma que los costes de inversión tomados en consideración por la Orden se compararon con los datos históricos



disponibles por dicho organismo, que se materializan en diversos gráficos aportados a dicho informe, de los que se concluye que los costes de inversión estándar son, con carácter general, superiores o iguales a aquellos. Para concluir que " *la reducción de la retribución no es atribuible con carácter general a la aplicación de ratios de inversión bajos. El ajuste retributivo se debe, pues, fundamentalmente al establecimiento de una tasa de rentabilidad aplicable a toda la vida útil regulatoria de cada instalación menor a la implícita en las primas y tarifas vigentes en el marco retributivo anterior al Real Decreto-ley 9/2013...* ".

También resulta relevante a estos efectos analizar la información proporcionada por la Memoria de impacto normativo de la Orden, en la que especifican los datos e informes tomados en consideración por tipos de tecnologías y el impacto económico por grupos de tecnologías. En concreto, para el subgrupo solar fotovoltaica se establecieron 578 estándares y se especifican los criterios utilizados para las instalaciones dependiendo de que se tratara de instalaciones acogidas al Real Decreto 661/2007 o al Real Decreto 1578/2008 y los datos e informes específicos que se tomaron en consideración al respecto (folio 73 de dicha memoria), los ratios de inversión adoptados, los gastos de explotación dependiendo del rango de potencia y de la tecnología de las instalaciones y los datos tomados en consideración para la fijación de las horas de horas equivalentes de funcionamiento. Es más, la memoria aclara, en respuesta a las cuestiones planteadas en el informe de la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia 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.

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.

Un análisis específico merece -antes lo hemos señalado - el reproche que formula la demandante sobre la arbitrariedad y falta de justificación técnica de los parámetros retributivos que establece en el Orden IET/1045/2015 para las plantas de tratamiento de purines.

En la sentencia dictada en el recurso 485/2014, promovido por la Asociación de Empresas para el Desimpacto Ambiental del Purín (ADAP), hemos señalado la singularidad y especificidad que en las sucesivas normas reguladora del régimen retributivo especial o primado dictadas en desarrollo del artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico -Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, y Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo- se ha venido reconociendo a las plantas de tratamiento del purín con relación a las restantes instalaciones de cogeneración. Así, en el fundamento cuarto de dicha sentencia hemos señalado lo siguiente:

« (...) El origen de las instalaciones de tratamiento de purín se encuentra en las normas de Derecho comunitario europeo dirigidas a combatir la contaminación de las aguas, y, en concreto, la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura (*Directiva de nitratos*), y el Reglamento (CE) nº 1069/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009 por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales y los productos derivados no destinados al consumo humano y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1774/2002 (*Reglamento sobre subproductos animales*, conocido también como *Reglamento SANDACH*).

Por el incumplimiento de las referidas normas del ordenamiento comunitario el Reino de España fue condenado en diversas ocasiones por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea) (sentencias de 1 de octubre de 1998 - TJCE 1998\233-; 13 de abril de 2000 - TJCE 2000\81-; 8 de septiembre de 2005 -TJCE 2005\260-).

La reacción se produjo mediante el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración, que introdujo un nuevo tipo de instalación de producción de energía eléctrica que recibiría una retribución regulada con cargo al sistema eléctrico en atención a ser una instalación de generación medioambientalmente beneficiosa; lo que dio lugar al diseño y construcción de plantas de tratamiento de purines de porcino mediante cogeneración, las primeras de las cuales empezaron a operar en el año 1999 (datos extraídos del informe de 13 de diciembre de 2013 de la Subsecretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, que obra en el expediente).

El tratamiento a las instalaciones de tratamiento de purines de porcino se mantuvo en el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, cuyo artículo 2 las incluía, dentro de la categoría d/, en el grupo d.1, referido específicamente a *instalaciones*



de tratamiento y reducción de purines de explotaciones de porcino de zonas excedentarias . Estableciéndose en la disposición adicional primera del citado Real Decreto 436/2004 que «El régimen económico de estas instalaciones tendrá en cuenta especialmente su contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, al ahorro de energía primaria y a la eficiencia energética, y tendrá en cuenta los costes de inversión en que hayan incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en los mercados de capitales». Por lo demás, la regulación contenida en el Real Decreto 436/2004 introduce una nota que refuerza la vinculación de esta clase de instalaciones con la finalidad medioambiental, pues su rendimiento se mide por el volumen de purines tratado; y si no se cumple el objetivo señalado en el anexo I del propio Real Decreto la instalación pierde el derecho a la prima e incurre en causa de revocación de la autorización como instalación de producción de energía eléctrica en régimen especial (disposición adicional primera del Real Decreto 436/2004).

La singularidad de las plantas de tratamiento de purines se mantuvo en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial; y si bien esta norma delimita temporalmente el acogimiento de estas instalaciones al régimen retributivo de tarifa regulada, para el que establece un periodo transitorio máximo de quince años (disposición transitoria segunda.1), tal limitación temporal no se establecía respecto de la opción precio de mercado más prima. Y, en todo caso, se mantiene en el Real Decreto 661/2007 la exigencia de tratamiento de un volumen de purines determinado so pena de incurrir en causa de revocación de la autorización como instalación de producción en régimen especial (disposición transitoria segunda.3 del Real Decreto 661/2007).

Esta secuencia normativa que acabamos de reseñar pone de manifiesto que, sin perjuicio de la especificidad de las plantas de tratamiento de purines en el plano puramente industrial o tecnológico, el reconocimiento normativo de su singularidad, con el consiguiente reflejo en el régimen retributivo, venía determinado en gran medida por su contribución a la mejora del medio ambiente, por tratarse de instalaciones concebidas y construidas con el objetivo específico de resolver problemas medioambientales del sector agropecuario, lo que llevó a decidir que el sistema eléctrico asumiese no sólo la compensación de los costes suplementarios de la producción de electricidad por esta vía -finalidad propia del régimen retributivo especial o primado- sino también los costes propios del proceso de tratamiento de purines.

Estas consideraciones, junto a los datos reflejados en la prueba pericial, permiten anticipar ya unas primeras conclusiones referidas a la situación existente con anterioridad a la reforma iniciada por el Real Decreto-ley 9/2013:

1/ Las sucesivas regulaciones contenidas en el Real Decreto 2818/1998, el Real Decreto 436/2004 y el Real Decreto 661/2007 han reconocido a las plantas de tratamiento de purines de porcino una singularidad y un tratamiento diferenciado con respecto a las restantes instalaciones de cogeneración.

2/ Esas sucesivas regulaciones caracterizaban las instalaciones de tratamiento de purines por su finalidad medioambiental, subordinando la percepción de la prima con cargo al sistema eléctrico al efectivo tratamiento del purín.

3/ Los datos y cuadros comparativos expuestos en el informe pericial ponen de manifiesto que, sea por la singularidad propia de estas plantas y su significación medioambiental, sea en atención a sus mayores costes de inversión y de explotación, o por la concurrencia conjunta de todos esos factores, lo cierto es que en las tres normas reglamentarias a las que nos estamos refiriendo -Real Decreto 2818/1998, el Real Decreto 436/2004 y el Real Decreto 661/2007- la retribución a las plantas de purines era superior a la de las instalaciones de cogeneración en sus distintas clases y categorías».

Es sabido que el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, introdujo un nuevo régimen retributivo específico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos que deroga el que venía previsto en el Real Decreto 661/2007. El nuevo régimen es asumido y completado por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico; y desarrollado luego por el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

Pues bien, como también hemos señalado en la sentencia que resuelve el recurso 485/2014 (F.Jº 5º) lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 8, del Real Decreto 413/2014 pone de manifiesto, de un lado, que la nueva regulación sigue contemplando a las plantas de tratamiento y reducción del purín como instalaciones de producción de energía eléctrica distintas a las de cogeneración; y, de otra parte, que el Real Decreto 413/2014 continúa exigiendo el tratamiento de purín como condición para la percepción de la retribución específica el plantas de cogeneración. Aspectos ambos que van en línea de continuidad con los regímenes regulatorios anteriores, que antes hemos reseñado, y que no merecen reproche alguno según la demandante.



Siendo ello así, en el caso que ahora nos ocupa la representación de «ENERGYWORKS MILAGROS SLU», cuestiona la fijación de los parámetros retributivos llevada a cabo en la Orden IET/1045/2014, que según la parte actora es contraria a derecho por las siguientes razones: 1) La Orden impugnada sobreestima la partida correspondiente a "otros ingresos de explotación"; 2) la Orden incurre en sobrestimación del precio de mercado de venta de energía en el año 2014; 3) la Orden impugnada subestima la electricidad autoconsumida por las plantas de tratamiento de purines; 4) la Orden subestima asimismo los costes reales de la inversión de las instalaciones de purines (la subestimación es especialmente intensa en las instalaciones de biogás, que tienen un mayor coste de inversión).

Pues bien, desde ahora queda anticipado que, salvo en lo que se refiere en el punto 2) de los que acabamos de enunciar, el planteamiento de la demandante debe ser acogido. Veamos.

En el fundamento jurídico séptimo, al responder al alegato en el que la demandante denuncia con carácter general la falta de justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014, hemos reseñado diversos fragmentos de la exposición de motivos de la Orden IET/1045/2014, de la memoria de impacto normativo de la citada Orden, así como del informe sobre la propuesta de Orden emitido el 3 de abril de 2014 por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia, donde se ofrecen explicaciones sobre la procedencia de los datos tomados en consideración y la utilización de valores promedio o estándar apegados a la realidad histórica de las instalaciones. Sin embargo, la prueba practicada en este proceso ha venido a acreditar que en el caso de las plantas de tratamiento de purines los parámetros fijados en la Orden IET/1045/2014 no se corresponden con las características de esa clase de instalaciones, ni con su realidad histórica.

La prueba pericial consistente en los informes emitidos por D. Victoriano y D. Luis Andrés (Nera Economic Consulting) sobre "Análisis de la reforma del régimen retributivo de las instalaciones renovables, de cogeneración de alta eficiencia y residuos" y "Repercusión del nuevo régimen retributivo sobre ENERGYWORKS MILAGROS SL", pone de manifiesto diversos puntos en los que los parámetros fijados en la Orden IET/1045/2014 no guardan correspondencia con la situación real de las instalaciones de tratamiento de purines.

Dicho aquí de forma resumida, esos puntos a que se refieren los peritos son los siguientes:

1) Sobreestimación de la partida correspondiente a "otros ingresos de explotación", pues la Orden IET/1045/2014 cifra los ingresos distintos a la venta de energía eléctrica en torno a 38 €MWhE brutos, cuando no existe ningún motivo para considerar que se vaya a percibir por encima de entre 1 y 2 €MWhE, que es lo que han venido percibiendo las instalaciones de tratamiento de purines desde el inicio de sus operaciones.

2) Estimación del precio de mercado de venta de energía en el año 2014. En este punto el parecer de los peritos informantes no resulta convincente. Señala el informe pericial que la Orden -cuya tramitación se inició en el año 2013- hace una estimación del valor de mercado para el 2014 basado en cotizaciones de la segunda mitad de 2013 en el mercado de futuros, siendo así que cuando se aprobó la Orden (junio de 2014) ya se conocían los datos reales del precio de mercado de los cinco primeros meses del año 2014. Sin embargo, la objeción no nos parece asumible pues, tratándose aquí de una regulación de considerable amplitud y complejidad, no resulta razonable la afirmación de que en el último momento de la tramitación hubiesen debido sustituirse los valores "estimados" en la segunda mitad de 2013 por los datos reales de 2014 de los que ya se disponía, que serían, en todo caso, datos parciales, al haberse aprobado la Orden a mitad de ese año 2014. Además, si la Administración hubiese procedido en el modo que señala el informe pericial se le habría podido reprochar el haber alterado los valores en el momento final de la tramitación y sin que esas nuevas cifras hubiesen podido ser objeto de examen por los organismos informantes ni en el trámite de audiencia.

3) Subestimación de la electricidad autoconsumida (consumo por la propia planta de la energía necesaria para hacer funcionar los sistemas, maquinaria y equipos auxiliares, y que, por tanto, no puede ser vendida). La Orden considera que las plantas de tratamiento de purines autoconsumen alrededor del 4,6% de la electricidad que generan, cuando los datos reales de las instalaciones de tratamiento de purines indican que sus autoconsumos históricos se han situado entre el 7,3 y el 7,9 %.

4) Subestimación de los costes reales de la inversión. La Orden IET/1045/2014 infravalora los costes de inversión de las instalaciones de purines entre un 10% y un 34% respecto de los costes reales, siendo especialmente intensa la subestimación en las instalaciones de biogás, que tienen un mayor coste de inversión.

Estas significativas discrepancias advertidas entre los valores reales de las plantas de tratamiento de purines y los establecidos en la Orden IET/1045/2014, tanto en lo que se refiere a "otros ingresos de explotación" como en lo relativo a energía autoconsumida y costes de inversión, son debidas -explica el informe pericial- a que



la Orden considera en realidad las inversiones, costes y autoconsumo de una planta de cogeneración, que en términos generales son sustancialmente menores a los de una planta de purines. Apreciación ésta que, por lo demás, es plenamente coincidente con la expresada, con el sustento de una prueba pericial distinta, en la sentencia dictada por esta Sala en el recurso 485/2014, a la que ya nos hemos referido.

En esa sentencia se hace especial mención a las diferencias en el valor asignado a "otros ingresos de explotación" y, en particular, a la estimación de ingresos por venta de calor útil.

Resumiendo ahora lo expuesto en esa sentencia, señalaremos que tanto para las plantas de tratamiento de purines como para las instalaciones de cogeneración convencionales se computan dentro de esta partida ("otros ingresos de explotación") unos ingresos por venta de calor útil -el que se genera mediante la combustión del gas natural- siendo así que las plantas de purines no han recibido ningún ingreso por este concepto.

La representación procesal de la Administración no niega que la Orden impugnada haya asignado a las plantas de purines valores y parámetros coincidentes con los de las instalaciones de cogeneración, pero considera que ello es ajustado a derecho. Lo explica la Abogacía del Estado señalando que las plantas de purines son también plantas de cogeneración; que para valorar los costes imputables a la producción de energía eléctrica es necesario cuantificar aquéllos que se destinan a un uso distinto, esto es, la producción de calor (artículos 14.7.b de la Ley 24/2013 y 24.2 del Real Decreto 413/2014); que la legislación de ningún modo ha impedido llegar a acuerdos retribuidos con los ganaderos para el tratamiento de los residuos; y, en fin, que la decisión de no cobrar a los ganaderos por el tratamiento del purín fue del propietario de la planta de tratamiento pero no viene determinada por una "imposibilidad" que, en cualquier caso, no ha sido explicada.

Sin embargo, las razones que ofrece la Abogacía del Estado no nos parecen asumibles. En primer lugar, debido a la propia localización de las plantas de tratamiento de purines, que, situadas en el campo y aisladas de otros centros industriales y de servicios, difícilmente podrían haber vendido la energía térmica para otros usos.

Pero, sobre todo, la venta del calor útil resulta impedida por la propia normativa reguladora, pues, como ya vimos, las plantas de tratamiento de purines deben destinar la energía térmica al secado del purín, lo que excluye su destino para otros usos. Esa singularidad, vinculada al propio origen de estas instalaciones, que nacieron por una exigencia medioambiental (hecho al que ya nos hemos referido) ha sido mantenida en las sucesivas regulaciones -Real Decreto 2818/1998, Real Decreto 436/2004 y Real Decreto 661/2007- y persiste en la actualidad, según hemos visto, en la disposición adicional segunda, apartado 8, del Real Decreto 413/2014, en la que el cumplimiento del requisito de eficiencia energética exige el tratamiento del purín como condición para el mantenimiento del régimen retributivo.

Lo anterior lleva a considerar que en lo que se refiere a las plantas de tratamiento de purines las actividades de generación de electricidad, generación de calor y tratamiento del purín, aun siendo conceptualmente diferenciables, han recibido desde el origen mismo de estas instalaciones un tratamiento jurídico y económico unitario, considerando en su régimen retributivo la totalidad de sus costes e inversiones como una realidad inescindible, lo que las diferencia y singulariza con respecto a las instalaciones convencionales de cogeneración.

En conclusión. La Orden IET/1045/2014 ha ignorado las singularidades de las plantas de tratamientos de purines, que desde su origen han venido siendo consideradas como instalaciones de producción de energía eléctrica distintas a las de cogeneración y estrechamente vinculadas al compromiso medioambiental de tratamiento y reducción de residuos; consideración ésta que se mantiene en el Real Decreto 413/2014 (disposición adicional segunda, apartado 8), que continúa exigiendo el tratamiento del purín como condición para la percepción de la retribución específica.

Mediante esa equiparación con las instalaciones convencionales de cogeneración, la Orden IET/1045/2014 ha asignado a las plantas de tratamiento de purines unos valores y parámetros que no se ajustan a la realidad ni se corresponden con los estándares del sector, tanto en lo que se refiere a costes de inversión y de explotación como en lo relativo a otros ingresos de explotación (venta de calor útil) y ponderación del autoconsumo. Son aspectos todos ellos en los que la Orden impugnada debe ser considerada contraria a derecho pues no se configura en ella una instalación tipo que posibilite la obtención de una rentabilidad razonable, contraviniendo con ello el principio legal de suficiencia de la retribución para las plantas de tratamiento del purín (artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, según redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y artículo 14 de la Ley 24/2013, de 26 de noviembre, del Sector Eléctrico).

En consecuencia, con estimación del recurso contencioso-administrativo en parte, procede declarar la nulidad de los Anexos II y VIII de la Orden IET/1045/2014 en la parte referida a las instalaciones de tratamiento y reducción del purín en cuanto a los valores y parámetros relativos a costes de inversión y de explotación, así como en la ponderación de otros ingresos de explotación y del autoconsumo.



Ahora bien, más allá de las razones que hemos expuesto para sustentar el pronunciamiento anulatorio que acabamos de enunciar, no procede que hagamos ninguna indicación adicional sobre el contenido que deba darse a la regulación que sustituya a la que ahora se declara nula (artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), limitándonos a señalar que la Administración deberá aprobar los nuevos parámetros en el plazo de cuatro meses.

OCTAVO .- Sobre el principio de proporcionalidad. Impugnación del artículo 49.1 m) del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio .

Debe ser acogida la pretensión de la que demandante de que se declare la nulidad del artículo 49.1.m/ del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio , que establece como motivo de cancelación de la inscripción en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación « *cualquier otro incumplimiento de las obligaciones y requisitos previstos en este Real Decreto* ».

Esta Sala considera que la citada disposición reglamentaria vulnera el principio de proporcionalidad dados los términos tan laxos en que aparece redactada, pues no contiene ninguna especificación acerca de la entidad, la naturaleza o la relevancia del incumplimiento de las obligaciones y requisitos exigidos a los titulares de instalaciones al que se anuda como consecuencia la cancelación de la inscripción en el registro de dicho régimen retributivo específico, y, con ello, la pérdida de la retribución.

El principio de proporcionalidad impone, según una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional y de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que en la predeterminación de aquellas normas cuya aplicación comporte efectos perjudiciales para los afectados debe tenerse en cuenta que la regulación adoptada sea adecuada y necesaria para garantizar los fines u objetivos de interés general perseguidos por la norma habilitante, sin que, por tanto, puedan introducirse disposiciones que se revelen extremadamente o injustificadamente gravosas.

Como aduce la defensa letrada de la entidad demandante, no cabe aceptar aquellas cláusulas reglamentarias que comporten un halo de incertidumbre por no precisar los elementos objetivos constitutivos del presupuesto de la conducta antijurídica, como es, en este caso, la relevancia o gravedad del incumplimiento, que no permite a los destinatarios de la norma poder conocer y predecir, sin ambigüedad, las consecuencias derivadas de su actuación.

NOVENO.- Sobre la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios.

Al haber sido desestimados los argumentos impugnatorios relativos a la retroactividad prohibida y a la vulneración de principio de seguridad jurídica, debe ser desestimada la pretensión indemnizatoria que la demandante formula en el apartado d/ del suplico de la demanda para el caso de que fuesen acogidos tales argumentos impugnatorios.

En cuanto a la indemnización que se pretende por el cese de la actividad, la demandante señala que debe consistir en "el importe del patrimonio neto de sus instalaciones a la fecha de cierre, más los intereses legales correspondientes desde el cierre, en fecha 8 de febrero de 2014, dado que la aplicación del marco retributivo anual ha supuesto la inviabilidad de su explotación" (apartado c/ del suplico de la demanda). Pues bien, la pretensión así formulada debe ser desestimada, pues la propia interposición del presente recurso pone de manifiesto que la inviabilidad que se alega no era irreversible, de manera que, una vez declarados nulos los parámetros retributivos que determinaron el cese de la actividad, nada impide que la instalación reanude su funcionamiento al amparo de los nuevos parámetros que se fijen.

Por último, la pretensión de que se indemnice a la demandante por los daños y perjuicios derivados de la aplicación de los parámetros que hemos declarado nulos deben ser acogida; pero no en los términos en que tal pretensión indemnizatoria vienen formulada en los apartados b) y e) del suplico de la demanda.

Si bien los datos recogidos en la prueba pericial practicada han venido a poner de manifiesto que los parámetros establecidos en la Orden impugnada no reflejan la realidad de las instalaciones de tratamiento de purines, no cabe atribuir al parecer de los peritos un grado tal de acierto y fijeza que permitiese afirmar que los valores que se recogen en su informe deban ser aceptados como los valores a tomar en consideración para la fijación de los nuevos parámetros. Siendo así que, como ya hemos señalado, corresponde a la Administración decidir sobre el contenido que deba darse a la regulación que sustituya a la que ahora se declara nula (artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), sólo cuando, en cumplimiento de esta sentencia, se establezcan los nuevos parámetros podrán cuantificarse los daños perjuicios derivados de la aplicación de aquéllos que se declaran nulos. La cuantía indemnizatoria -que se fijará en ejecución de sentencia- vendrá determinada por la diferencia que resulte entre de la aplicación de unos y otros parámetros.



Por las razones expuestas el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de «ENERGYWORKS MILAGROS SLU» debe ser estimado en parte, en los términos que resultan de lo razonado en los dos apartados anteriores.

DÉCIMO. - Costas.

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

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo nº 431/2014 interpuesto en representación de ENERGYWORKS MILAGROS 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, con los siguientes pronunciamientos: 1. Se declara la nulidad del artículo 49.1 m) del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio. 2. Se declara la nulidad de los Anexos II y VIII de la Orden IET/1045/2014 en la parte referida a las instalaciones de tratamiento y reducción del purín en cuanto a los valores y parámetros relativos a costes de inversión y de explotación, así como en la ponderación de otros ingresos de explotación y del autoconsumo; debiendo aprobar la Administración en el plazo de cuatro meses la regulación sustitutiva de la que ahora se declara nula. 3. Se reconoce a ENERGYWORKS MILAGROS SLU, el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados de la aplicación de los parámetros retributivos de la Orden IET/1045/2014 que hemos declarado nulos; viniendo determinada la indemnización -cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia- por la diferencia que exista entre la retribución específica derivada de la aplicación de los parámetros que se declaran nulos y la que resulte de aplicar los nuevos parámetros que se establezcan en cumplimiento de esta sentencia; debiendo incrementarse el importe de la indemnización con el interés legal computado desde la fecha en que comenzaron a aplicarse los parámetros de la Orden IET/1045/2014 que hemos declarado nulos. 4. Se desestiman las demás pretensiones anulatorias e indemnizatorias que formula la demandante. 5. No se imponen las costas procesales a ninguna de las partes. 6. Ordenar la publicación de este fallo en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde D. 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 1/431/2014.

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 aquéllas "restrictivas de derechos individuales", locución que el Tribunal Constitucional ha interpretado en reiteradas ocasiones como referida a derechos individuales y, en todo caso, que afecten a derechos consolidados en la esfera jurídica del ciudadano. Nada pues hay que impida, tanto al legislador como al titular de la potestad reglamentaria, dictar normas que afecten a relaciones jurídicas vivas en mayor o menor grado y que, consiguientemente, implican por propia definición un mayor o menor grado de retroactividad, en la medida en que afectan a relaciones que nacieron bajo una regulación y que quedan sometidas a las disposiciones que se dictan con posterioridad.

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

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

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

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

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

Esto es, en síntesis, el objetivo del legislador (de urgencia primero y luego ordinario) es que las empresas de producción de electricidad mediante energías renovables, cogeneración y residuos pudiesen competir con las



de tecnologías convencionales y obtuviesen además una rentabilidad razonable definida en la forma que se ha indicado.

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

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

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

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

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

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

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

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



en puridad como un pasado que no hubiera existido. En el desarrollo efectuado por el Real Decreto y la Orden impugnados, avalado por la Sentencia mayoritaria, el nuevo sistema, que habría de aplicarse por expreso e inequívoco imperativo legal a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, es proyectado al pasado y se aplica desde que las instalaciones comenzaron su andadura.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Y continúa

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

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

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

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

Pero el sentido básico de este voto particular es subrayar que si bien el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/1015 pueden ser interpretados de conformidad con la Constitución -tal como ha hecho el Tribunal Constitucional con la primera de dichas disposiciones-, el desarrollo que ha efectuado el Gobierno del nuevo modelo retributivo mediante el Real Decreto y Orden impugnados proyecta la aplicación del nuevo modelo hasta un extremo de retroactividad que lo hace incompatible con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.



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

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

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

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

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

a. Los elementos de la retribución específica.

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

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

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

"[...]"

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

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

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

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



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

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

c. La prohibición de reclamación de retribuciones ya percibidas.

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

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

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

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

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

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

SEXTO .- Conclusión.

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

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

Eduardo Espin Templado

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 431/2014), AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a Maria Isabel Perello Domenech.

Por medio de este voto particular manifiesto mi respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria. **Suscribo los pronunciamientos anulatorio e indemnizatorio contenidos en los apartados 1/ y 2/ de la parte dispositiva**



de la sentencia, así como las razones en las que se fundan, pero entiendo que el pronunciamiento anulatorio debería haber sido más amplio . Y ello porque discrepo de mis compañeros en dos puntos sustanciales de la controversia:

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

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

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

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

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

Aquellas modificaciones introducidas en el año 2010 fueron enjuiciadas por este Tribunal Supremo en diferentes recursos -sirvan de muestra las sentencias de 12 de abril de 2012 (recurso contencioso-administrativo 40/2011), 12 de abril de 2012 (recurso 35/2011), 19 de junio de 2012 (recurso 62/2011), 24 de septiembre de 2012 (recurso 60/2011), 25 de septiembre de 2012 (recurso 71/2011), 26 de junio de 2012 (recurso 566/2010) y 26 de junio de 2013 (recurso 261/2013), entre otras- y en aquellas ocasiones esta Sala razonaba que el concepto de "retroactividad prohibida" es mucho más limitado que el de la retroactividad a secas; que no se incurría en retroactividad ilícita por el hecho de que para determinar rentabilidades futuras se tuviesen en cuenta las rentabilidades pasadas; que los cambios introducidos en el llamado régimen especial, en particular los que suponían un acortamiento de la vida regulatoria de las instalaciones o una pérdida de retribución, no incurrían en retroactividad prohibida por tratarse de medidas normativas cuya eficacia no se proyectaba "hacia atrás" en el tiempo sino "hacia adelante". En esas mismas sentencias se indica que los ajustes vinculados a la necesidad de reducir el déficit tarifario tampoco vulneraban los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima pues los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones; que la práctica eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a la tarifa regulada, sin competir en precios con el resto de agentes en el mercado, es de suyo una ventaja cuyo reverso lo constituye precisamente, entre otras, la posibilidad de alteración de las medidas administrativas ante cambios de las circunstancias ulteriores; y, en fin, que la limitación de la tarifa regulada o, en general, del régimen retributivo inicial con que había sido favorecido el conjunto del sector de energías renovables era previsible a la vista del curso de las ulteriores circunstancias, especialmente las económicas y técnicas, sobrevenidas después del año 2007.

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

SEGUNDO.- Comparto el parecer de mis compañeros cuando señalan que los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional - STC 270/2015, de 17 de diciembre , cuya doctrina se reitera luego en las ulteriores SsTC 19/2016, de 4 de febrero , 29/2016, de 18 de febrero , 30/2016, de 18 de febrero , 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo - han dejado zanjada en sentido desestimatorio la formulación de esos mismos reproches contra el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y la Ley 24/2013, de 26 de diciembre. Ahora bien,



la asunción de que las citadas normas con rango legal no incurren en retroactividad prohibida ni vulneran los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, por haberlo declarado así el Tribunal Constitucional, no excluye que esos defectos o alguno de ellos puedan estar presentes en las normas reglamentarias de desarrollo que aquí se enjuician.

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

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

Ahora bien, esos preceptos con rango de ley a los que acabo de aludir están muy lejos de agotar la regulación, pues únicamente enuncian las bases o directrices generales del nuevo sistema retributivo, remitiendo lo demás al ulterior desarrollo reglamentario. Y es precisamente este desarrollo -materializado en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014- el que, mediante las concretas determinaciones que incorpora, incurre en retroactividad prohibida y vulnera los principios 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 instalaciones tipo que se contemplan, para aplicarles en lo sucesivo el régimen correspondiente a esa categoría de instalación. Pero lo que hace la regulación reglamentaria es algo mucho más complejo y, al mismo tiempo, ajeno a la realidad de las cosas, pues parte de la base -una base necesariamente ficticia y, por ello mismo, perturbadora- de que las instalaciones siempre estuvieron sujetas a la normativa que ahora se instaura, como si no hubiese existido una regulación anterior y toda la vida de la instalación hubiese sido un continuo homogéneo sometido *ex tunc* al nuevo régimen regulatorio.

Sólo así se explica que se proyecten sobre esas instalaciones preexistentes, sin diferenciar entre períodos de actividad anterior y posterior a la reforma, los criterios y parámetros establecidos en la nueva normativa. De este modo, no se toman en consideración los importes reales de las inversiones que se realizaron en su día, ni los datos reales de la actividad desarrollada en ese período anterior -horas de funcionamiento, costes de explotación, costes financieros, ingresos por venta de electricidad o por otros conceptos, etc.- sino los valores



estándar que resultan de aplicar a toda la vida de la instalación los criterios y parámetros que se fijan ahora. Los cálculos realizados a partir de esos valores estándar -en lugar de los valores reales de cada instalación- conducen a que se consideren ,irrazonables,, por excesivas, las rentabilidades obtenidas en el pasado, lo que trae como consecuencia la minoración de las rentabilidades futuras a fin de que resulte -según la lógica del sistema- una ,rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación,. Y todo ello aunque los datos reales hubiesen podido demostrar que la instalación había llevado a cabo su actividad de manera eficiente y bien gestionada según las directrices que marcaba la regulación vigente en cada momento, que, por cierto, era la que permitía, o más bien determinaba, aquellas rentabilidades que ahora se reputan de excesivas.

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

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

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

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

Ahora bien, esta conclusión respecto de las normas con rango legal no es trasladable sin más a la regulación contenida en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, dado que el sistema retributivo específico, apenas enunciado en 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 3ª y derogatoria única) como la Ley 24/2013 (disposición transitoria 6ª) dejaron establecido que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, o Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, según los casos); y que recibirían esa retribución con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el desarrollo reglamentario. Sin embargo, es en el Real Decreto 413/2014 donde se materializa y concreta el alcance de aquella previsión legal; y lo hace la norma reglamentaria en términos que resultan vulneradores de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, pues determinó que las instalaciones hubiesen de operar ,a ciegas,, sin conocer el régimen regulatorio que sería de aplicación a su actividad no sólo en el futuro sino también el propio período transitorio.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

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

FONDO DOCUMENTAL CINCO