



Roj: **STS 1944/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1944**

Id Cendoj: **28079130032017100210**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **11/05/2017**

Nº de Recurso: **526/2014**

Nº de Resolución: **831/2017**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de mayo de 2017

Esta Sala ha visto constituida en su **Sección Tercera** por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 1/526/2014, interpuesto por FOTOWATIO SL, HELIERGIA SA, FOTOBLAN SOLAR SL, IBI SOLAR FOTOVOLTAICA SL, LA OLMEDA PROYECTOS SL, PLANTA FOTOVOLTAICA VALDELAGUNA A45 SL, Y SERREZUELA SOLAR X SL, representadas por el procurador D. Germán Marina Grimau y bajo la dirección letrada de D. Luis Pérez de Ayala Becerril y de D. Victor Javier Silva Ortegón, contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Es parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose María del Riego Valledor

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 31 de julio de 2014 la representación procesal de las demandantes ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario 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, la cual había sido publicada en el Boletín Oficial del Estado de 20 de junio de 2014. Se ha tenido por interpuesto el recurso por diligencia de ordenación de 4 de septiembre de 2014.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito, al que acompaña informe pericial, en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica, que se dicte sentencia por la que se estime el recurso formulado y, hace referencia al RD 413/2014 y a la Ordenen Ministerial de parámetros.

Dado que el presente recurso está planteado solo contra la Orden Ministerial, en lo que aquí importa, en su demanda solicita la anulación de toda la Orden Ministerial IET/1045/2014 por infracción de la Constitución y del ordenamiento jurídico comunitario; y en su defecto, que se declare la nulidad, en particular, de la regulación establecida en los Anexos II, III y VIII de la Orden impugnada, por infringir la Ley del Sector Eléctrico y el Real Decreto-ley 9/2013, al no permitir a las plantas renovables alcanzar la rentabilidad allí prevista, y se emplace a la Administración demandada para que apruebe una nueva regulación en su sustitución.

Solicita el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 1.2 y DT.2ª del RD-ley 9/2013 y correlativos de la LSE, en la medida en que la nulidad de las normas impugnadas pueda estar basada en la inconstitucionalidad del mencionado Real Decreto-ley. Igualmente el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por considerar que los mencionados artículos infringen el ordenamiento jurídico comunitario.



Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que debe considerarse que la cuantía del recurso es indeterminada y pide que se acuerde el recibimiento a prueba del mismo, expresando los puntos de hecho sobre los que debería versar y los medios de que intentaría valerse (Documental-expediente administrativo, Documental pública- Informes I y II elaborados por ENERTIS), así como que se acuerde la realización del trámite de conclusiones escritas.

TERCERO.- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, habiendo presentado el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola, al que acompaña documentación (informes sobre Metodología General para la definición de instalaciones tipo de la Orden 1045/2014 y sobre Metodología para la definición de instalaciones tipo de la Orden 1045/2014 "Área Solar Fotovoltaica"), en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica se dicte sentencia por la que sea inadmitido o, en su defecto y subsidiariamente, sea desestimado el recurso interpuesto contra la Orden Ministerial 1045/2014, con imposición de las costas a las recurrentes.

Por otrosíes manifiesta que considera necesario el planteamiento de cuestión previa de inconstitucionalidad, así como el planteamiento previo de cuestión prejudicial. Y aporta como prueba los documentos 1 y 2 anteriormente mencionados, así como informes IDEA (documentos 3 y 4).

CUARTO.- Tras recibirse la versión no confidencial de determinados documentos que conforman el expediente administrativo, reclamada a instancias de la parte actora, se le ha concedido plazo para formular escrito de ampliación de la demanda. Ha presentado un escrito en el que formula alegaciones y que finaliza remitiéndose al escrito de demanda.

A continuación se ha concedido plazo al Sr. Abogado del Estado para contestar al escrito de ampliación de demanda, habiendo presentado el correspondiente escrito.

QUINTO.- En decreto de fecha 17 de mayo de 2016 la Letrada de la Administración de Justicia ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada, habiéndose dictado seguidamente auto de 26 del mismo mes acordando el recibimiento a prueba del mismo y la admisión de los medios probatorios pertinentes, procediéndose seguidamente a la práctica de los mismos, incluyendo la ratificación en su informe del perito D. Severiano .

SEXTO.- Finalizada la fase probatoria se ha concedido a las partes plazo por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular escrito de conclusiones escritas, que han evacuado, declarándose a continuación concluidas las actuaciones por resolución de 5 de septiembre de 2016.

SÉPTIMO.- Durante la tramitación del presente recurso la representación procesal de la Administración demandada ha solicitado que se acordara la suspensión de la tramitación procesal del recurso a resultas de la decisión que en su día la Comisión Europea dicte en el procedimiento de examen preliminar de ayudas de Estado SA.40348.2014/N, lo que se ha rechazado mediante auto de 17 de julio de 2015.

OCTAVO.- Se ha dictado providencia de 9 de septiembre de 2016 concediendo a las partes plazo para alegar sobre la posible incidencia en el presente proceso de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en fecha 17 de diciembre de 2015 (STC 270/2015).

La parte demandante ha presentado un escrito cumplimentando el trámite, como también ha hecho el Abogado del Estado.

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

Se ha acordado dar traslado de dicha documentación a la demandante, dictándose a continuación resolución acordando la unión a los autos de estos escritos.

DÉCIMO.- Mediante providencia de fecha 15 de febrero de 2017 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 3 de mayo de 2017, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, en sustitución del ponente primeramente designado, Excmo. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, que formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.



Las sociedades mercantiles Fotowatio SL, Helienergía SA, Fotoblan Solar SL, IBI Solar Fotovoltaica SL, La Olmeda Proyectos SL, Planta Fotovoltaica Valdelaguna A45 SL y Serrezuela Solar X SL, impugnan 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.

En lo que a la Orden impugnada se refiere, las compañías actoras consideran que resulta contraria a derecho por las siguientes razones. En primer lugar por falta de motivación, ya que en su opinión el expediente administrativo no satisface las necesidades mínimas de motivación y justificación. En segundo lugar, porque la prueba practicada acredita sin lugar a dudas, en su opinión, que las plantas fotovoltaicas no alcanzan la rentabilidad exigida por la Ley. Y, en tercer lugar, las entidades recurrentes cuestionen la validez del concepto de empresa eficiente y bien gestionada, que es esencial en el nuevo sistema retributivo.

Solicita que se declare la nulidad de los anexos II, III y VIII de la Orden, y se ordene a la Administración que dicte una nueva Orden ministerial que fije una retribución superior que tenga en cuenta los valores reales de inversión y operación que permita alcanzar la rentabilidad exigida por la Ley.

Esta Sala ha dictado ya numerosas sentencias en recursos dirigidos contra la Orden IET/1045/2014 aquí impugnada. En dichas sentencias se han examinado y rechazado alegaciones análogas a las que se formulan en el presente recurso, por lo que reiteramos por tanto ahora las consideraciones expresadas en ellas, que conducen a la desestimación del mismo.

Debemos precisar que el único objeto de este recurso es la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio. En el escrito de interposición del recurso se indica expresamente que se dirige frente a la Orden IET/1045/2014, delimitando así el objeto del proceso. No obstante, en la demanda se vierten una serie de consideraciones sobre el Real Decreto 413/2014, al que se imputa que incurre en retroactividad prohibida, la quiebra de la seguridad jurídica y confianza legítima y en el suplico se interesa la nulidad de la Orden y del mencionado Real Decreto.

Ya en conclusiones, la parte recurrente circunscribe sus alegaciones a la Orden IET/1045/2014, la única que se impugnó en este proceso, si bien alega con carácter previo que «conoce, aunque discrepa de ella, la jurisprudencia de esta Sala citada de contrario en el escrito de contestación a la demanda en relación con la vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica e irretroactividad del artículo 9.3 CE», y añade que «se reitera en todo lo expuesto en su escrito de demanda».

Pues bien, en la medida que se hace mención a los principios constitucionales de irretroactividad y seguridad jurídica, que pudieran referirse también a la Orden recurrida en este proceso, debemos reiterarnos en nuestro criterio jurisprudencial, expresado en diversas sentencias entre las que cabe citar las más recientes SSTs de 6 de abril de 2017 (RO. 644/14), 27 de abril de 2017 (RO. 656/14) y 8 de mayo de 2017 (RO. 702/14), a cuya fundamentación jurídica nos remitimos.

SEGUNDO.- Pero antes de entrar a examinar la controversia de fondo, debemos pronunciarnos sobre la causa de inadmisión que plantea la Abogacía del Estado.

El representante procesal de la Administración demandada, invocando el artículo 69.a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa en relación con lo dispuesto en los artículos 1.1, 5 y 71 de la misma Ley, plantea la inadmisibilidad del recurso por falta de jurisdicción, en cuanto el recurso tiene por objeto exclusivamente solicitar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad o prejudicial en relación con el Real Decreto-Ley 9/2013 al admitir expresamente que la norma reglamentaria recurrida es consecuencia de la aplicación correcta del citado Real Decreto-Ley. Manifiesta el Abogado del Estado que ese defecto se da respecto de la petición de la súplica de que se "emplace a la Administración demandante para que apruebe una nueva regulación en su sustitución, lo cual excede de los efectos de la sentencia anulatoria previstos en el art. 71 LJCA.

La causa de inadmisión debe ser rechazada pues ni en los pedimentos del suplico de la demanda, ni en el desarrollo argumental de sus pretensiones la parte actora pretende que esta Sala invada el ámbito propio de la Administración, ni que se ordene a ésta la elaboración de disposiciones con un contenido regulatorio determinado, lo que vulneraría, ciertamente, lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Lo que pide la demandante es, sencillamente, que se anule la Orden IET/1045/2014 en determinados aspectos o apartados y que se ordene a la Administración demandada que proceda a establecer para tales plantas una retribución específica que no incurra en los defectos que se denuncian. La pretensión así formulada, con independencia de que sea estimable o no (de ello nos ocuparemos en los apartados que siguen), no debe ser inadmitida.

El Abogado del Estado considera que la demanda incurre en un desajuste entre lo solicitado y los argumentos de impugnación por cuanto la demanda pide la anulación de la totalidad de la Orden impugnada pese a que



no cuestiona la totalidad del régimen jurídico contenido en dicha norma, por lo que se produce un desajuste entre lo que se pide y lo que se alega que debe conducir a la inadmisión de la demanda.

No se aprecia la causa de inadmisión planteada por el Abogado del Estado pues en su demanda solicita la nulidad de determinados preceptos, a los que vincula el cambio del régimen retributivo al que imputa las infracciones denunciadas, por lo que no se aprecia la pretendida causa de inadmisión, sin perjuicio de que en el examen de fondo pudiera considerarse, caso de estimarse su pretensión impugnatoria, que las infracciones denunciadas y los motivos en los que se funda no guardan una relación directa con alguno de los preceptos cuestionados.

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

La parte demandante admite que la tipificación no puede llevarse hasta establecer categorías y retribuciones individualizadas, pero entiende que en la caracterización de las fotovoltaicas se han cometido graves errores. Estos serían la defectuosa valoración de los costes medios de inversión utilizados para las plantas fotovoltaicas, la indebida fijación de los precios del pool para los años 2014 a 2016, la evolución de los costes de operación y mantenimiento, y el impacto de los puntos anteriores sobre las instalaciones fotovoltaicas, con la imposibilidad general de alcanzar la rentabilidad del 7,398%.

Por otra parte y tal como hemos afirmado en las numerosas sentencias recaídas ya sobre esta materia en recursos dirigidos contra la Orden ITC/1045/2014, aisladamente o junto con el Real Decreto 413/2014, no puede afirmarse que la citada Orden, única disposición impugnada en el presente recurso, carezca de motivación que justifique el modelo retributivo adoptado y los criterios técnicos y económicos en que se basa. Por todas, la Sentencia de 14 de noviembre de 2016 (RCA 1/545/2014) a cuyos razonamientos jurídicos nos remitiremos.

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

No nos corresponde examinar cada uno de los datos utilizados para cada tecnología o instalación tipo. Ello no solo desbordaría el recurso tal y como ha sido formulado sino la propia la capacidad de este Tribunal, ya que se establecieron casi 1500 instalaciones tipo. Bastará, en consecuencia, con determinar, también con carácter general, si al tiempo de elaboración de la Orden se utilizaron criterios objetivos y contrastables en los que fundar los elementos que se tomaron en consideración para fijar la retribución específica en sus variables fundamentales, para luego entrar a analizar las diferentes objeciones que opone a algunos de estos parámetros.

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



técnica de los parámetros utilizados por la Orden impugnada al fijar las variables principales (coste estándar de la inversión y coste estándar de los costes de explotación entre 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, (art. 82 de la Ley 30/1992 y art. 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno) pero son facultativos y no vinculantes (art. 83.1 de la ley 30/1992). El hecho de que la Administración inicialmente considerase conveniente elaborar un informe de estas características y que posteriormente prescindiese del mismo, tal vez por la conveniencia de aprobar lo antes posible los criterios técnicos que desarrollaban el nuevo régimen retributivo de este sector, o por disponer de la información suficiente al respecto, no vicia de nulidad dicha norma, pues su existencia no era preceptiva para su tramitación, siempre que se alcance la conclusión de que la justificación de tales criterios puede obtenerse por otras vías.

El problema no se centra, por tanto, en determinar si se prescindió en la elaboración de la Orden de unos informes técnicos inicialmente encomendados a una empresa externa, sino si la Administración justificó los criterios y los parámetros utilizados basándose en datos objetivos. Como ya hemos dicho en nuestra sentencia de 14 de noviembre de 2016:

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

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

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

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

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

En dicho informe, por lo que respecta a los criterios de clasificación de las diferentes instalaciones tipo, se afirma "que el criterio elegido para realizar la clasificación por instalaciones tipo ha sido, con carácter general, el distinguir tantas categorías como circunstancias normativas históricas hayan existido y años hayan transcurrido, pues en la nueva metodología retributiva es relevante la contabilización y descuento de flujos y costes habidos y previstos". Añadiendo que existe un "argumento de peso para haber seguido este criterio" consistente en "ofrecer un tratamiento que se ciña tanto como sea posible a la realidad económica, también



dispar, que han vivido las instalaciones". Es más "los parámetros identificados para los ejercicios pasados en las 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 si bien entiende que se producen situaciones puntuales anómalas, concluye que "En definitiva, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas, la clasificación empleada es, pese a su complejidad, posiblemente la más objetiva y probablemente también la más robusta; arroja valores esperables cuando una IT engloba un volumen de instalaciones tal que permite alcanzar un grado de representatividad suficiente o bien, cuando aun agrupando un número reducido de instalaciones [...] estas son muy parecidas entre sí". No cabe duda, por tanto, que los criterios clasificatorios tomados en consideración por la orden para establecer las diferentes instalaciones tipo están justificados en razones objetivas que son conocidas y, por lo tanto, contrastables, permitiendo a la parte discutir la sujeción o no a tales criterios al tiempo de definir la instalación tipo en que se ubica su concreta instalación.

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

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

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

[...]

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

Y también hemos razonado que los criterios de clasificación de las diferentes instalaciones tipo son objetivos y razonables y basados en circunstancias históricas y la antigüedad de las instalaciones, considerándose por el informe de la CNMV antes transcrito que "la clasificación empleada es, pese a su complejidad, posiblemente la más objetiva y probablemente también la más robusta; arroja valores esperables cuando una IT engloba un volumen de instalaciones tal que permite alcanzar un grado de representatividad suficiente o bien, cuando aun agrupando un número reducido de instalaciones estas son muy parecidas entre sí", lo que descarta el reproche de arbitrariedad que la parte imputa a la orden por tal motivo.

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

se toma en consideración la tecnología, la potencia sino dentro de ellas la fecha de puesta en funcionamiento de la instalación.

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

Se desestima esta alegación.

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

Debe descartarse también que el valor estándar de la inversión inicial de cada instalación tipo definida en la Orden, pueda entenderse injustificado, arbitrario o genérico, pues no pueden catalogarse como tales los explicitados en la Orden "equipos principales nuevos, así como el resto de equipos y sistemas electromecánicos, de regulación y control, equipos de medida y líneas de conexión, incluyendo su transporte, instalación y puesta en marcha, junto con la partida de ingeniería y dirección de obras asociadas, entre otras partidas", sino que, por el contrario, detalla los elementos que pondera para fijar los valores de inversión inicial. Por otra parte, tal y como se ha razonado anteriormente, los valores empleados se corresponden con los recopilados de instalaciones reales y que según el informe de la CNMC "son, con carácter general, próximos o superiores en las IT?s consideradas a los datos disponibles por dicho organismo".

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

Se desestima esta alegación.

v) Sobre la exclusión de determinados costes.

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

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



las previsiones contenidas en las normas de rango legal, lo que por sí mismo bastaría para rechazar esta alegación.

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

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

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

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

Se desestima esta alegación.»

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.

La anterior conclusión conlleva igualmente la desestimación de las quejas relativa a la rentabilidad de las instalaciones y al concepto de empresa eficiente y bien gestionada. En cuanto a lo primero, porque es una consecuencia directa de la metodología empleada basada en valores medios, lo que puede originar, para ciertas categorías de instalaciones e instalaciones en concreto, en su caso, diferencias en cuanto a la rentabilidad media previstas en la Ley. Y en cuanto al concepto de empresa eficiente y bien gestionada porque no puede afirmarse que se trate de un concepto arbitrario o carente de sentido, sino que responde a una metodología que en si mismo no puede ser calificada de contrario a derecho, como ya se ha justificado.

En definitiva la parte discrepa de la metodología empleada, pero la misma ha sido ya declarada conforme a derecho en las numerosas sentencias dictadas en los recursos dirigidos contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden que se impugna en este concreto recurso por las razones que se han explicitado en los fundamentos anteriores.

En atención a lo expuesto procede desestimar el recurso.

CUARTO.- Conclusión y costas.



De acuerdo con las consideraciones expresadas en los anteriores fundamentos de derecho, procede desestimar el recurso entablado por las sociedades actoras contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no procede 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 y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1. Rechazar las causas de inadmisibilidad planteadas por la Administración del Estado demandada. 2. Desestimar el recurso contencioso-administrativo ordinario núm. 1/526/2014 interpuesto por Fotowatio SI, Helienergía SA, Fotoblan Solar SL, IBI Solar Fotovoltaica SL, La Olmeda Proyectos SL, Planta Fotovoltaica Valdelaguna A45 SL y Serrezuela Solar X SL, 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. 3. No hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

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

Así se acuerda y firma.

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

VOTO PARTICULAR

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a Maria Isabel Perello Domenech A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N^o 1/526/2014).

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

A/ De un lado, no comparto los apartados de la fundamentación jurídica de la sentencia en los que se desestiman las alegaciones de la parte demandante sobre la falta de justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014. En mi opinión, la Orden impugnada debería haber sido declarada nula por incurrir en el defecto que se le reprocha.

B/ Considero, asimismo, que la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, lo mismo que el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, incurre en retroactividad ilícita y vulnera los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. Sin embargo, no desarrollaré aquí estos aspectos de mi discrepancia toda vez que se refieren a cuestiones que en este proceso concreto no han sido abordadas.

PRIMERO.- Centrándome entonces en el aspecto señalado en el apartado A/, considero, 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 destinadas al suministro de energía eléctrica está sujeta a, entre otros, los principios de objetividad, transparencia y no discriminación (artículo 14.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y antes artículo 15.2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre), entiendo que resultaba plenamente exigible una información

razonada, respaldada por los correspondientes estudios o informes, acerca de la procedencia de los datos que se han manejado y de los criterios técnicos seguidos para la fijación de los parámetros, con explicaciones suficientes sobre la razón de ser de los valores estándar en los que se asientan aquellos parámetros.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



coste de operación y mantenimiento, coste de combustibles, otros costes relevantes para cada tecnología), y distinguiendo asimismo según el año de puesta en operación.

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

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

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

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

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

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

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



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

SEGUNDO.- En definitiva, por las razones que he expuesto en el apartado anterior considero que la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, debería haber sido declarada nula por carecer de justificación técnica los valores y parámetros de diversa índole que en ella se fijan como definidores del régimen retributivo para cada instalación tipo.

Además, la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, debería haber sido declarada nula por incurrir en retroactividad ilícita y en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, en cuanto la regulación que en ella se contiene 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. Pero, como indiqué al comienzo, el desarrollo argumental de este segundo aspecto de mi discrepancia con la mayoría de la Sala corresponderá hacerlo con ocasión de sentencias en las que se aborden las cuestiones relativas a la retroactividad de la Orden y a la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

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

Maria Isabel Perello Domenech

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