



Roj: **STS 2967/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2967**

Id Cendoj: **28079130032016100241**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/06/2016**

Nº de Recurso: **541/2014**

Nº de Resolución: **1471/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de junio de 2016

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo número 541/2014, interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en representación de Energías de Pontevedra S.L., 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, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Energías de Pontevedra S.L. interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución de referencia, mediante escrito presentado el 20 de agosto de 2014, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 19 de septiembre de 2014, admitió a trámite el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que formulase demanda, lo que verificó por escrito de 30 de septiembre de 2015, en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y solicitó a la Sala que, previos los trámites legales oportunos, dicte en su día sentencia por la que se declare (i) la disconformidad a derecho de la disposición impugnada y declare su nulidad, y (ii) subsidiariamente, para el caso de que se desestime la pretensión principal de nulidad, declare la nulidad de los artículos 5 y 7, la disposición transitoria primera y los Anexos I, II, III y VIII de la Orden.

La Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, en el que se opuso a la pretensión de la actora, con las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, y solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas.

TERCERO.- Tras los escritos de conclusiones, por providencia de fecha 30 de marzo de 2016, se acordó conferir a las partes un plazo común de diez días para que formularan alegaciones acerca de la incidencia que pueda tener en el presente recurso la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, (BOE Nº 19 de 22 de enero de 2016), y en dicho trámite presentaron escritos el Abogado del Estado, en fecha 1 de abril de 2016, y la parte recurrente, el 13 de abril de 2016.

Por providencia de 17 de mayo de 2016 se señaló para votación y fallo el día 14 de junio de 2016, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo 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 parte recurrente explica en su demanda que es titular de la instalación "Parque Eólico Lalin", situada en el municipio de Lalin (Pontevedra), con una potencia de 3 Mw que, de acuerdo con la fecha del acta de puesta en marcha, ha sido asociada por la Orden impugnada a la instalación tipo IT-00635.

SEGUNDO.- La parte actora desarrolla en su demanda dos motivos de impugnación.

El primer motivo invoca la vulneración de la prohibición de arbitrariedad, y el segundo invoca la nulidad de la norma habilitante: el Real Decreto 413/2014.

TERCERO.- El Abogado del Estado alega la causa de inadmisibilidad de falta de legitimación, pues considera que la demanda da por sentado que la parte recurrente está legitimada en cuanto perjudicada por el Real Decreto y la Orden Ministerial recurridos (en realidad, la parte recurrente solo impugna la Orden IET), sin alegación ni justificación de porqué le perjudican, pues la demanda señala que el recurrente es titular de instalaciones de producción de electricidad afectadas por las normas recurridas, sin indicar ni las concretas instalaciones que se ven afectadas, ni las Instalaciones Tipo de la OM que se les aplica.

No cabe acoger la causa de inadmisibilidad del recurso que opone el Abogado del Estado, pues la parte recurrente identifica en su demanda la concreta instalación de producción de energía de la que es titular, el "Parque Eólico Lalín", sito en el municipio de Lalin (Pontevedra), con una potencia de 3 Mw, a la que le corresponde la Instalación Tipo IT-00635 del Anexo VIII de la Orden IET 1045/2014 impugnada, y alega en su demanda que la aplicación de la Orden IET y la asignación de la citada IT ha alterado profundamente el régimen retributivo de la instalación, previsto en el momento de acometer las inversiones, ocasionándole perjuicios, todo lo cual lleva a esta Sala a estimar que el titular de la instalación posee un interés legítimo que le habilita para impugnar en esta vía jurisdiccional la Orden IET 1045/2013, que aprobó 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, entre las que se encuentra el parque eólico de titularidad de la parte recurrente.

CUARTO.- El primer motivo de la demanda alega la vulneración de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, (i) porque con la información pública disponible, que obra en el expediente administrativo, no es posible comprender el criterio seguido por el Ministerio demandado para la asignación a las plantas afectadas de su correspondiente Instalación Tipo, ni tampoco justificar los valores de los parámetros retributivos establecidos para cada una de ellas en la Orden, y (ii) porque, además, dichos valores no se corresponden con la realidad de las instalaciones afectadas.

Añade la demanda que el principio de interdicción de la arbitrariedad exige la concordancia entre lo regulado y la naturaleza de las cosas, y constituye un límite a la discrecionalidad técnica de la Administración, que supone reconocer que si la Administración está facultada para emitir juicios técnicos, estos deben estar suficientemente fundamentados desde el punto de vista técnico y ser explicados cuando se requiera, y al aplicar tal doctrina sobre el presente caso, la parte recurrente considera que la Orden impugnada adolece de arbitrariedad, pues no puede distinguirse si la Administración obedece a criterios lógicos y fundamentados o a su mero capricho, sin que consten en el expediente los informes de que se sirvió el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) para elaborar la Orden, pues el informe encargado a Boston Consulting Group S.L. nunca llegó a obtenerse, y el elaborado por Roland Berger Strategy Consultants S.A. está fechado cuatro meses después de la entrada en vigor de la Orden impugnada.

Para dar respuesta a estas alegaciones 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 prescindir de las inversiones reales de cada una de las instalaciones, pues con ello no hace sino cumplir con el mandato legal que se le encomendó, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme diversidad de instalaciones existentes que se agrupan por criterios homogéneos, elaborarlos partiendo de la premisa de que se trata de una instalación "eficiente y bien gestionada". A tal efecto, el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico, tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2013, ya disponía que el cálculo de la retribución específica debe establecerse en relación con unas instalaciones tipo



con referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, tomando en consideración los "ingresos estándar" por la venta de la energía generada valorada al precio de mercado de producción, los "costes estándar de explotación" y el "valor estándar de la inversión inicial".

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

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

Pero esta conclusión no puede ser asumida, pues la ausencia de un informe elaborado por una empresa privada externa con el fin de servir de apoyo técnico al órgano administrativo encargado de dictar la norma reglamentaria no es una exigencia procedimental ni su ausencia condiciona la validez de dicha norma. A diferencia de otros informes preceptivos previstos para la elaboración de este tipo de normas reglamentarias, tales informes externos pueden ser solicitados para coadyuvar a la labor técnica de la Administración, (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 la 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 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 terrenos, gastos asociados a la seguridad de las instalaciones y el impuesto sobre bienes inmuebles de características especiales-; c) señala los criterios utilizados para el cálculo de las horas de funcionamiento -las horas anuales que han realizado las instalaciones según los datos publicados por la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia-; d) y finalmente identifica la fuente de la que se obtuvo la estimación del precio de mercado.

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

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

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

En dicho informe, por lo que respecta a los criterios de clasificación de las diferentes instalaciones tipo, se afirma "que el criterio elegido para realizar la clasificación por instalaciones tipo ha sido, con carácter general, el distinguir tantas categorías como circunstancias normativas históricas hayan existido y años hayan transcurrido, pues en la nueva metodología retributiva es relevante la contabilización y descuento de flujos y costes habidos y previstos". Añadiendo que existe un "argumento de peso para haber seguido este criterio" consistente en "ofrecer un tratamiento que se ciña tanto como sea posible a la realidad económica, también dispar, que han vivido las instalaciones". Es más "los parámetros identificados para los ejercicios pasados en la fichas que para cada IT proporciona el anexo VII de la propuesta... responde al promedio calculado de datos históricos, correspondiente a las instalaciones reales que integran cada IT. Es decir, no se trata de estándares teóricos, cuyas características pudieran haberse inferido únicamente de documentación técnica o parámetros constructivos, sino de valores medios reales correspondientes a las instalaciones que integran cada IT". Y 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 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 de energía eólica en tierra, del que existían en el año 2013 un total de 1325 instalaciones, se han definido en total de 46 estándares o Instalaciones Tipo, en función del tamaño del parque eólico - diferenciando si la potencia instalada es inferior o no a 5 MW- y del año de autorización de la explotación definitiva -desde 1994 a 2016-, y se especificaron los datos e informes que se tomaron en consideración al respecto (folio 79 y siguientes de la memoria), los ratios de inversión adoptados, los gastos de explotación dependiendo del rango de potencia y de la tecnología de las instalaciones y los datos tomados en consideración para la fijación de las horas de horas equivalentes de funcionamiento. Es más, la memoria aclara, en respuesta a las cuestiones planteadas en el informe del CNMC y a las alegaciones (más de 600) presentadas por empresas y asociaciones del sector y por las Comunidades Autónomas, las razones que le llevan a aceptar o rechazar las mismas, lo que, en definitiva, implica exteriorizar los criterios o razones tomadas en consideración para aceptar determinados elementos de cuantificación. Sirva como ejemplo el hecho de que dicha memoria afirme que "ha revisado, con carácter general los valores de inversión y el resto de los parámetros retributivos de las instalaciones tipo incluida en los anexos de la orden, especialmente aquellos posibles errores puestos de manifiesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y por los interesados en el trámite de audiencia. Además, se ha mejorado la justificación de determinadas hipótesis que se han considerado en el nuevo modelo retributivo (como la fijación del precio del mercado previsto a futuro)".

Por todo ello, no se considera que la Orden impugnada 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.

QUINTO.- En este mismo primer motivo del recurso, menciona la parte recurrente determinados parámetros retributivos de la Orden IET 1045/2014, de los que desconoce el criterio seguido por la Administración para su fijación, sin que exista explicación que permita conocer porqué se han fijado unos valores y no otros diferentes.

i.- La instalación tipo aplicable. Critica la parte recurrente que la Disposición transitoria 1ª de la Orden IET asigne por defecto a las instalaciones del grupo b.4 (centrales hidroeléctricas cuya potencia instalada no sea superior a 10 MW) la Instalación Tipo correspondiente del subgrupo b.4.2 (centrales eléctricas que hayan sido construidas en infraestructuras existentes -presa, canales o conducciones- o dedicadas a otros usos distintos del hidroeléctrico). Sin perjuicio de que no explica la parte recurrente su interés en dicha cuestión, pues como hemos dicho es titular de un parque eólico, ha de señalarse que la la Disposición de la Orden IET cuestionada desarrolla las previsiones de la Disposición transitoria primera, apartado 9º, del RD 413/2011, que establece que se asignará una Instalación Tipo por defecto en aquellos casos en que, con la información que obre en el registro de instalaciones y en el sistema de liquidaciones, no sea posible determinar la Instalación Tipo asignada a determinados grupos o subgrupos, si bien dicha asignación por defecto es provisional, y el titular de la instalación puede promover su modificación si estima más correcta la asignación de otra Instalación Tipo, mediante solicitud de modificación de la Instalación Tipo asignada por defecto, junto con la documentación que se estime oportuna para acreditar dicho cambio, siendo competente para resolver la solicitud la Dirección General de Política Energética y Minas.

Respecto de los parque eólicos, critica la parte recurrente que la Orden IET establezca 46 Instalaciones Tipo, y dedique la mitad de dichos estándares a las instalaciones que tengan una potencia instalada igual o inferior a 5 MW, cuando tan sólo el 1,2% de la potencia eólica instalada corresponde a ese tipo de instalaciones. La determinación de las Instalaciones Tipo se efectúa por la Orden IET en desarrollo del artículo 13 del RD 413/2014, que remite a una Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos económicos, la clasificación de las Instalaciones Tipo, atendiendo para ello a los criterios de la tecnología, potencia instalada, antigüedad, sistema eléctrico y cualquier otra segmentación que se considere necesaria para la aplicación del régimen retributivo, sin que la parte actora alegue en su demanda, ni menos aún acredite, que la Orden impugnada incumplió los criterios de clasificación de instalaciones determinados por el RD, o la existencia de otros criterios de segmentación no atendidos que



resulten necesarios para la aplicación del régimen retributivo a las instalaciones eólicas con potencia instalada superior a 5 MW.

En este sub-apartado de las Instalaciones Tipo, indica la parte recurrente que resulta arbitrario que el criterio seguido para la definición de las Instalaciones Tipo de la tecnología eólica sea el de su tamaño y fecha de puesta en marcha, pues la realidad es que las instalaciones de puesta en marcha en el mismo año tendrán diferentes costes de inversión, pues los mismos dependen de la complejidad de la obra civil, los acuerdos con los propietarios de los terrenos y otras circunstancias. Lo que cuestiona la demanda en último término en este apartado es el sistema de cálculo de la retribución a partir de instalaciones estándar, pues para recoger los precisos costes de cada instalación, atendidas las circunstancias de las obras realizadas, las indemnizaciones a los propietarios de los terrenos y otras que propone la parte recurrente, habría que definir un estándar por cada instalación existente, lo que resulta contrario al mandato legal, expresado en el artículo 14.7 de la Ley 24/2013, que establece que el cálculo de la retribución efectiva se efectúe en consideración 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."

ii.- La vida útil y el valor de la inversión inicial de la instalación. La parte recurrente considera que no constituyen una motivación suficiente las explicaciones escuetas y genéricas que ofrece el Preámbulo de la Orden IET sobre estos dos parámetros retributivos. No obstante, las explicaciones del Preámbulo de la Orden IET sobre la vida útil y el valor de la inversión inicial de la instalación deben completarse con las incluidas en los informes que obran en el expediente, entre ellos, los de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, el Consejo de Estado y la Memoria del Análisis de Impacto Normativa, indicando esta última, de forma más detallada que el Preámbulo de la Orden impugnada, tanto con carácter general para todas las tecnologías (páginas 16 y siguientes), como con carácter particular para la tecnología eólica en tierra (páginas 78 y siguientes), los elementos y datos tenidos en cuenta en la determinación de los distintos parámetros retributivos, entre ellos el de vida útil regulatoria e inversión inicial de la instalación.

Queda por decir en este apartado que la vida útil regulatoria determinada por la Orden IET impugnada para las instalaciones del subgrupo b.2.1 (energía eólica en tierra), a que pertenece la instalación de la parte recurrente, es de 20 años, por lo que no se ha producido en este extremo ninguna modificación que afecte a la parte recurrente, pues la vida útil regulatoria reconocida a su instalación con la legislación anterior era la misma de 20 años, según se aprecia en el cuadro comparativo que incorpora el informe de la CNMC (página 23).

iii) La fijación de las horas mínimas de funcionamiento y umbrales. Alega la parte recurrente que se desconoce el método utilizado para el cálculo del número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo y de los umbrales, que no se corresponde con la realidad de la operatividad de las instalaciones. Sobre tal cuestión indica la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (páginas 19 y 20) que para el cálculo de las horas de funcionamiento de cada Instalación Tipo se han considerado las horas anuales reales que han realizado las instalaciones, según los datos publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia para cada Instalación Tipo.

iv.- El año de referencia para la fijación del régimen. Explica la parte recurrente que, de acuerdo con la Disposición adicional segunda de la Orden IET, las referencias a la autorización de explotación se entenderán realizadas al acta de puesta en marcha o servicio, lo que considera que puede significar que se tengan en cuenta retribuciones que no se han percibido en realidad, pues bajo el régimen del RD 661/2007, el acta de puesta en marcha era una condición necesaria pero no suficiente para obtener el reconocimiento del régimen primado, y las instalaciones no percibían primas hasta varios meses después. Al margen de que la parte recurrente omite toda prueba sobre sus alegaciones, sin demostrar por tanto que su instalación se encuentra en la hipótesis que refiere, cabe indicar que de acuerdo con la Disposición adicional segunda, apartado 6º, del RD 413/2014, para las instalaciones con derecho a la percepción de régimen económico primado a la entrada en vigor del RD-ley 9/2013, "se considerará que la fecha de inicio para la contabilización de la vida útil regulatoria es el 1 de enero del año siguiente al de la autorización de explotación definitiva de la instalación."

v.- La exclusión de determinados costes. Señala la parte recurrente como ejemplo de arbitrariedad de la Orden IET que no tenga en cuenta todos los costes de la instalación, y excluya aquellos que no sean de aplicación en todo el territorio español, como es el caso del canon eólico creado por la Ley 8/2009 de la Comunidad Autónoma de Galicia, pero tal exclusión no puede imputarse a la Orden IET impugnada, que en este extremo se limita a reproducir una disposición con rango legal, contenida en los artículos 30.4 de la Ley 54/1997, tras la reforma efectuada por el RD-ley 9/2013 y 14.7 de la Ley 24/2013, que establecen que "...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."



vi.- La valoración de los ingresos percibidos por las instalaciones y el precio de mercado. La parte recurrente considera una nueva muestra de arbitrariedad los valores que la Orden IET impugnada asigna a los ingresos y costes de las Instalaciones Tipo, que son independientes de los ingresos reales que la concreta instalación haya obtenido hasta ese momento y obtenga en el futuro, extendiendo su crítica al coeficiente de apuntamiento o ajuste del precio de mercado estimado, que define el Anexo III de la Orden IET, concluyendo que los valores de ingresos dispuestos para cada una de las IT no se ajustan a la verdadera realidad de lo percibido y, por tanto, resultan arbitrarios desde el punto de vista jurídico.

Sobre esta cuestión ha de reiterarse que la parte recurrente no invoca ninguna infracción por la Orden impugnada de las normas del RD 413/2014 que desarrolla, ni del RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, que establecieron el nuevo régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía a partir de fuentes renovables, siendo estas normas de rango legal, y no la Orden impugnada, las que determinaron que el cálculo de la retribución específica se efectúe, no en relación con los concretos ingresos y costes de cada individual instalación, sino en referencia a los parámetros retributivos de una instalación eficiente y bien gestionada, entre los que se incluyen los ingresos estándar por venta de la energía generada y los costes estándar de la explotación, y lo mismo cabe indicar respecto del coeficiente de apuntamiento tecnológico que determina el apartado 1.2 del Anexo III de la Orden IET impugnada, siendo contrario a la lógica del sistema retributivo, basado en Instalaciones Tipo con ingresos y costes estándar, que se tengan en cuenta los ingresos reales de cada instalación, como pretende la parte recurrente.

Por otro lado, la Orden IET impugnada explica, en el apartado 1.2 de su Anexo III, que el coeficiente de apuntamiento tecnológico para 2014 fue calculado a partir de los coeficientes calculados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la información disponible en esa Comisión hasta el 31 de diciembre de 2013, relativa a los años 2011, 2012 y 2013, sin que la parte recurrente precise la norma legal o reglamentaria vulnerada por dicha metodología.

SEXTO.- El motivo segundo de la demanda expone que la Orden IET impugnada debe declararse nula porque desarrolla el RD 413/2014, que es nulo de pleno derecho porque: i) incurre en retroactividad prohibida, ii) infringe los principios de seguridad jurídica y confianza legítima y iii) vulnera el principio de igualdad y no discriminación.

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.

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

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

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

«Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3 , y 65/1987, de 21 de mayo , FJ 19), lo que se prohíbe en ese art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los



pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), y 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9], de forma que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del art. 9.3 CE cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas [STC 99/1987, FJ 6 b)], supuesto en el que la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. Por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.»

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

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

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

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

Las alegaciones de la demanda, que sostienen que las disposiciones impugnadas incurren en retroactividad prohibida, se basan en la cita de jurisprudencia de esta Sala, y en las consideraciones de que el RD impugnado atribuye a la retribución cobrada en el pasado la condición de entrega a cuenta, posibilitando supuestos en que titulares de instalaciones de energías renovables como la eólica tendrían que devolver "lo cobrado de más".

Tales alegaciones no pueden prosperar, en primer término, por la generalidad con la que se exponen, pues la parte recurrente se limita a señalar que el RD 413/2014 incurre en retroactividad prohibida, sin ninguna indicación ni concreción del precepto o grupo de preceptos de la disposición general impugnada que incurren en la infracción que se denuncia.

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

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

A su vez la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, estableció en su artículo 14.4 que los parámetros de retribución de la actividad de producción a partir de fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos, se fijarán teniendo en cuenta las circunstancias que detalla (situación cíclica de la economía, de la demanda eléctrica y de la rentabilidad adecuada), "por períodos regulatorios" que tendrán una vigencia de seis años, con la precisión que añade la Disposición adicional décima de la Ley 24/2013 de que,



para las actividades a que nos venimos refiriendo de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, el primer periodo regulatorio se iniciará en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013.

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

Por otra parte, los criterios recogidos en la sentencia de esta Sala que cita la parte recurrente, de 25 de septiembre de 2012 (recurso 71/2011), que reproduce el contenido de sentencias anteriores de 12 de abril y 19 y 26 de junio de ese mismo año, (recursos 40/2011, 62/2011 y 566/2010), interpuestos contra el Real Decreto 1565/2010, nos llevan a estimar que el 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.

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

El nuevo régimen retributivo establecido por el 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 413/2014 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."

SÉPTIMO.- La citada STC 270/2015 (FD 7) inicia el examen de la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima por el RD-ley 9/2013, 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".

Seguidamente, la indicada STC razona que el principio de seguridad y su corolario, el principio de confianza legítima, no resultan vulnerados por las modificaciones en el régimen retributivo llevadas a cabo por el RD-ley 9/2013, en la forma siguiente:

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

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

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

Aceptada la conformidad con los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima del nuevo régimen retributivo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, instaurado por el RD-ley 9/2013, debe resaltarse, 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 RD 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 TC 150/1990 y otras, así como con el voto particular concurrente de la STC 270/2015 , el principio de seguridad jurídica "protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles".

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

Este principio de confianza legítima encuentra su fundamento último, de acuerdo con las sentencias de esta Sala de 24 de marzo de 2003 (recurso 100/1998) y 20 de septiembre de 2012 (recurso 5511/2009), "en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y el deber de coherencia de dicho comportamiento", y en el principio de buena fe que



rige la actuación administrativa, pues como afirma la sentencia de la Sala de 15 de abril de 2005 (recurso 2900/2002) y nuevamente la ya referenciada de 20 de septiembre de 2012, "si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado."

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

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

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

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

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

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

A los criterios jurisprudenciales de esta Sala ha de añadirse, a fin de decidir si podía considerarse o no previsible el cambio normativo en el régimen retributivo de las energías renovables, la ponderación de las circunstancias económicas y financieras por las que atravesaba el sector eléctrico, examinadas por la sentencia del TC



270/2015 , que estimó que no podía calificarse de inesperada la modificación de que tratamos, "pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía, hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. No cabe, por tanto, argumentar que la modificación del régimen retributivo que se examina fuera imprevisible para un "operador económico prudente y diligente", atendiendo las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir el déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



OCTAVO.- La denuncia sobre la vulneración por el RD 413/2014 de los principios de igualdad del artículo 14 CE y no discriminación del artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea, se formula en la demanda en términos muy vagos e imprecisos, mediante la alegación de que el RD presenta a lo largo de su articulado diversas medidas regulatorias que, lejos de crear un marco regulatorio favorable para la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, han venido a situar a estas instalaciones en una desigualdad manifiesta respecto de las tecnologías tradicionales, y dentro de las tecnologías renovables, también aprecia la parte recurrente una situación de desigualdad, pues los mayores perjuicios de la nueva regulación afectan a la energía eólica y a la hidráulica.

Sin embargo, la demanda no llega a concretar cuáles son esas medidas regulatorias del RD 413/2014 que causan la discriminación de las tecnologías renovables respecto de las tecnologías tradicionales, ni las medidas que ocasionan la discriminación de las instalaciones eólicas e hidráulicas respecto de las demás instalaciones de producción de energía a partir de fuentes renovables.

Frente a las genéricas alegaciones de infracción de los principios de igualdad y no discriminación, basta señalar que es doctrina reiterada de esta Sala, recogida -entre otras- en sentencias de 30 de marzo de 2012 (recurso 432/2010), 12 de abril de 2012 (recurso 40/2011) y 12 de diciembre de 2014 (recurso 5511/2011), que cada tecnología de producción de energía eléctrica, tanto las convencionales como las que utilizan fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, tiene su especificidad propia, pues cada una presenta sus propios rasgos, tecnológicos y económicos, por lo que un tratamiento diferenciado de una de ellas no supone, por sí mismo, un trato discriminatorio.

NOVENO.- La demanda también alega que el RD 413/2014 supone una vulneración de las normas materiales de la Unión europea dictadas sobre energía, como medidas para fomentar la producción renovable y de compromisos vinculantes asumidos por España (entre otros el llamado "20-20-20").

Se refiere probablemente la parte recurrente, sin citarlas como infringidas, a las Directivas 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, y 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética (por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE y se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE).

En el planteamiento de la parte demandante subyace la idea -que no compartimos- de que la finalidad de fomento de las energías renovables es incompatible con que se pueda tomar en consideración cualquier otro factor o circunstancia, cuando es lo cierto que el legislador de un Estado miembro de la Unión Europea puede considerar otros factores que traten de garantizar la sostenibilidad y eficiencia del sistema energético en su conjunto y asegurar el acceso de los consumidores y usuarios al suministro eléctrico a precios equitativos y asequibles, aunque ello determine reducir o limitar los beneficios concedidos para el desarrollo industrial y empresarial de dichas clases de tecnologías.

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

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

De modo que si bien conforme a la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al fomento de la energía procedente de fuentes renovables, los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a velar por el fomento de las energías renovables garantizando el acceso de la energía generada a la red, estableciendo unos objetivos globales nacionales en cuanto a la cuota de energía procedente de fuentes renovables, conforme a dicha norma no resulta obligado mantener inalterable un régimen de tarifas o primas sino que se concede una amplia libertad a los Estados en la definición de las medidas de fomento (artículo 3.3 de la Directiva) y en la definición de los sistemas de apoyo (artículo 2.k de la Directiva) y, por lo tanto, para configurar el alcance de las medidas, instrumentos y mecanismos incentivadores de estas fuentes



de energía, y para establecer los sistemas de apoyo que estime coherentes con la sostenibilidad y eficiencia del sector eléctrico, con el fin de cumplir dichos objetivos.

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

Además, las medidas de fomento para el uso de energía procedente de fuentes renovables, y entre ellas las medidas de apoyo que de conformidad con el artículo 3.3 de la Directiva 2009/28/CE pueden aplicar los Estados miembros, tienen un carácter instrumental, pues como resulta del artículo 3.2 de la Directiva 2009/28/CE , su adopción por los Estados miembros tiene por finalidad "garantizar que la cuota de energía procedente de fuentes renovables sea igual o superior a la que figura en la trayectoria indicativa establecida en el anexo I, parte B", debiendo señalarse al respecto que el Preámbulo de la Ley 24/2013 cita, entre las circunstancias concurrentes que justifican la reforma del régimen retributivo de las tecnologías de producción a partir de fuentes de energía renovable, 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, limitándose la parte recurrente a señalar una situación de riesgo en la consecución de los objetivos de política energética europea, pero sin tener en consideración ni hacer la menor indicación o mención en su demanda a datos sobre la trayectoria seguida en el cumplimiento de los objetivos nacionales establecidos por la Directiva 2009/28/CE.

Por las anteriores razones, desestimamos el motivo segundo del recurso contencioso administrativo.

DÉCIMO.- 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 **RECHAZAR** la causa de inadmisibilidad del recurso opuesta por el Abogado del Estado. **DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Energías de Pontevedra S.L., contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil 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