



Roj: **STS 3711/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3711**

Id Cendoj: **28079130032017100393**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/10/2017**

Nº de Recurso: **820/2014**

Nº de Resolución: **1585/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 20 de octubre de 2017

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo número 820/2014, interpuesto por el Procurador D. Gabriel de Diego Quevedo, en representación de Corporación Alimentaria Peñasanta, S.A., con la asistencia letrada de D. Manuel Morales Zapata, contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y 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 Corporación Alimentaria Peñasanta, SA interpuso recurso contencioso administrativo contra las resoluciones de referencia, mediante escrito presentado el 11 de septiembre de 2014, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 3 de octubre 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 en el plazo legal formulase escrito de demanda, lo que verificó por escrito de 16 de abril 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 que correspondan, dicte sentencia por la cual, con estimación del presente recurso contencioso-administrativo:

(i) Declare la disconformidad a Derecho y, en consecuencia, anule íntegramente los artículos del RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 que establecen un nuevo régimen retributivo específico aplicable a la actividad de cogeneración, contrario a derecho y con efectos retroactivos lesivos para la parte recurrente, siendo estos los siguientes:

Del RD 413/2014:

Título IV, Capítulo I del RD 413/2014 (artículos 11 a 27 , ambos incluidos);

Disposiciones Adicionales Primera, Segunda, Cuarta, Sexta y Decimoctava;

Disposición Transitoria Octava;

Y los respectivos Anexos a los que dichos preceptos hacen referencia.

De la Orden IET 1045/2014:

Artículos 1, 2, 3, 5, 7, 8 y los respectivos Anexos a los que dichos preceptos hacen referencia.



(ii) Para el caso de que la Sala anule todos o algunos de los preceptos impugnados conforme al (i) anterior, se reconozca el derecho de la parte recurrente a obtener una compensación por los daños y perjuicios sufridos a resultas de la aplicación de las citadas normas contrarias a derecho, por los siguientes importes totales:

I. Un importe total de 1.869.185,31 euros por la refacturación en virtud de la aplicación de la Disposición Transitoria 8ª del RD 413/2014, de los cuales:

a. Un importe de 1.093.400 euros lo es en concepto de daño emergente y efectivo, sufrido por la parte recurrente (541.700 euros del período que va del 14 de julio al 31 de diciembre de 2013 y 551.700 euros del período que va del 1 de enero al 31 de mayo de 2014).

b. Un importe de 775.700 euros lo es en concepto de lucro cesante que va a sufrir la parte recurrente (154.800 euros del período que va del 14 de julio al 31 de diciembre de 2013 y 620.900 euros del período que va del 1 de enero al 31 de mayo de 2014).

II. Un importe total de 3.702.704,16 euros, en concepto de lucro cesante, por la minoración de ingresos a raíz de la aprobación del RD 413/2014 y la Orden IET aplicable en los ejercicios 2014, 2015 y 2016.

Los importes descritos en la letra (b) anterior, a calcular o fijar definitivamente bien en el momento de (i) dictarse sentencia reconociendo la nulidad de los preceptos de las dos normas impugnadas y reconociendo su derecho a la indemnización por daño emergente y lucro cesante o bien (ii) con posterioridad a la sentencia, hasta la fecha en que el legislador restablezca el régimen retributivo que permita a la recurrente ingresar conceptos retributivos similares a los que percibía bajo el RD 661/2007, teniendo la parte recurrente únicamente que percibir el daño emergente y el lucro cesante sufrido hasta cualquiera de las fechas indicadas en (i) y/o (ii) anterior, todo ello en el ánimo de no enriquecerse indebidamente como ya se ha expuesto en diversas partes de la presente demanda.

(iii) Se impondrán las costas procesales a la Administración demandada.

**TERCERO** .- La Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda el 30 de junio de 2015, en el que se opuso a la pretensión de la parte actora, con las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, y solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que sea inadmitido o, en su defecto y subsidiariamente, sea desestimado el recurso interpuesto por Corporación Alimentaria Peñasanta, S.A., contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, con imposición de las costas a la recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción .

**CUARTO**.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos y las partes presentaron sus escritos de conclusiones, declarándose conclusas las actuaciones y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

Por providencia de 18 de abril de 2016 se acordó oír a las partes sobre la incidencia que pudiera tener sobre las cuestiones suscitadas en el presente recurso la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, y presentaron sus escritos el 27 de abril de 2016 el Abogado del Estado y el 6 de mayo de 2016 la representación procesal de la parte recurrente.

Por providencia de 16 de junio de 2017 se señaló para votación y fallo el día 10 de octubre de 2017, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Se interpone por la Corporación Alimentaria Peñasanta, S.A. (Capsa), recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y 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 su escrito de demanda la parte recurrente señala que es una sociedad participada por Central Lechera Asturiana (59,95%), Compagnie Letiere Européenne (27,09%), Caja de Ahorros de Asturias (10,93%) y Caja Rural Provincial de Asturias (5,03%), que es líder en el sector lácteo español, recogiendo casi un 13% de la cuota de producción láctea asignada a nuestro país. Con la finalidad de optimización de sus costes energéticos, la sociedad recurrente es propietaria de una planta de cogeneración, compuesta por dos turbinas de 4.950 kW y 4.800 kW de potencia instalada, que tiene por finalidad cubrir total o parcialmente las necesidades térmicas de la actividad principal de la empresa vinculada de fabricación de leche, nata, mantequilla, quesos, yogures, postres, leche en polvo y batidos.



La instalación, sita en la localidad de Sierra de Granda (Siero, Asturias), de 9,75 MW de potencia total instalada, está inscrita en el Registro de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, y las dos turbinas tienen asignadas las Instalaciones Tipo de la Orden IET/1045/2014 siguientes:

- IT-01335 para la turbina de 4.950 kW (Cogeneración 1)
- IT-01090 para la turbina de 4.800 kW (Cogeneración 2).

**SEGUNDO.-** La parte actora fundamenta las pretensiones de nulidad de las disposiciones del RD 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014 e indemnizatoria de daños y perjuicios, que se han indicado en el Antecedente de Hecho Segundo de esta sentencia, en los siguientes motivos de impugnación (Fundamentos de Derecho jurídico-materiales de la demanda):

I) En primer lugar, alega al nulidad de las disposiciones impugnadas del RD 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014 por su carácter contrario a normas y principios de rango superior, de derecho nacional y europeo:

1) La aplicación del RD y la Orden impugnados resulta incompatible con varios preceptos de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, que esas normas vienen a desarrollar, pues impide a los cogeneradores competir, en igualdad de condiciones respecto de otras tecnologías de generación eléctrica, lo que supone una evidente discriminación hacia este sector.

2) La aplicación desde julio de 2013 de la nueva retribución específica prevista por el RD 413/2014, conjuntamente con la Orden IET, resulta incompatible con el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos de los administrados.

3) La consolidación de un cambio tan radical en el modelo retributivo de la cogeneración, y la aplicación del RD 413/2014 y la Orden IET, atenta contra los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de numerosos operadores en el ámbito de la cogeneración.

4) El RD 413/2014, en aplicación conjunta con la Orden IET, atenta contra los principios legales de proporcionalidad y estabilidad regulatoria.

5) Las normas impugnadas no hacen sino culminar un proceso de adopción de medidas estatales, cuyo objeto y efecto es el de obstaculizar la adopción de los objetivos establecidos por la Directiva 2012/72/CE, de eficiencia energética, entre otras normas europeas

II) El segundo motivo de la demanda denuncia la desviación de poder en que incurre la Administración, en virtud de la aprobación del RD 413/2014 y la Orden IET, pues frente a la finalidad a que servía el sistema de apoyo concretado en el régimen retributivo del RD 661/2007, de fomentar la inversión y el desarrollo de las instalaciones de producción energética a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, la aprobación del nuevo modelo retributivo contenido en el RD 413/2014 y la Orden IET tiene un propósito sustancialmente distinto.

III) El tercer motivo de la demanda se refiere al derecho de la parte recurrente a obtener un resarcimiento en forma de indemnización económica, por los daños y perjuicios derivados de las normas impugnadas y, al amparo del artículo 31 de la LJCA . La parte recurrente formula una reclamación económica, subordinada a la principal de nulidad de las disposiciones impugnadas del RD. 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014, por importe de 1.869.185,31 euros por la refacturación en virtud de la disposición transitoria 8ª del RD 413/2014 , durante el período del 14 de julio de 2013 al 31 de mayo de 2014, más un importe total de 3.702.704,16 euros en concepto de lucro cesante por la minoración de ingresos a raíz de la aprobación del Real Decreto y la Orden impugnados, aplicable en los ejercicios 2014, 2015 y 2016.

**TERCERO.-** En su contestación el Abogado del Estado, además de oponerse a las cuestiones de fondo que plantea la demanda, alega en el Fundamento de Derecho primero, bajo el epígrafe de "Consideraciones generales", apartado letra d), que el recurso es inadmisibile al amparo de los artículos 69.a ) y 1.1 LJCA , pues por mucho que la pretensión de la actora se dirija formalmente contra disposiciones reglamentarias, se contrae a disposiciones con rango de ley, cuyo control está sustraído a esta Sala y viene constitucionalmente reservado al Tribunal Constitucional.

Rechazamos que concurra la causa de inadmisibilidad que invoca el Abogado del Estado, pues las pretensiones deducidas por la parte recurrente en su escrito de demanda son las de anulación de los preceptos de carácter reglamentario e indemnizatoria de daños y perjuicios que se han recogido en el Antecedente de Hecho Segundo de esta sentencia, a las que se extiende la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales del orden contencioso administrativo, de acuerdo con los artículos 1.1 y 31.2 de la LJCA , y la determinación de si las



disposiciones generales impugnadas son conformes a las normas legales que desarrollan, en la que se basa la inadmisibilidad que opone el Abogado del Estado, pertenece al fondo del asunto sobre el que la Sala debe pronunciarse para resolver el recurso contencioso administrativo.

**CUARTO.-** Iniciamos el examen del primer motivo del recurso, sobre la incompatibilidad de las normas impugnadas con otras normas y principios de rango superior, de derecho nacional y europeo, con unas consideraciones generales que la Sala ha efectuado en las sentencias recaídas en los recursos 525/2014 , 531/2014 , 625/2014 , 629/2014 , 630/2014 , 636/2014 , 650/2014 , 651/2014 , 654/2014 , 660/2014 , 704/2014 , 759/2014 , 766/2014 , 782/2014 , 812/2014 y otros, interpuestos por empresas productoras de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, muchas de ellas de cogeneración como la sociedad ahora recurrente, en relación con las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables, iniciadas por el RD-ley 9/2013.

1) 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.

2) El nuevo régimen retributivo, que deroga el previsto en el Real Decreto 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.

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

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

La definición de los elementos esenciales de este nuevo sistema retributivo ya se encontraba en el artículo 1 del Real Decreto-ley por el que se modificó 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 girara, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado, que se concretó en un incremento de 300 puntos básicos (Disposición Adicional Primera).

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

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

5) Estas normas reglamentarias, que constituyen el objeto directo de este recurso, no introducen novedades en los elementos esenciales del nuevo régimen retributivo, ni puede entenderse que con ellas se defina un nuevo régimen jurídico desconocido o al menos imprevisible en su configuración final que no estuviese ya establecido en todos sus elementos básicos por las normas legales antes referidas. El cálculo de la retribución específica sobre parámetros estándar (costes de explotación y valor de la inversión) en función de las "instalaciones tipo" que se establezcan, o la proyección del nuevo modelo retributivo desde el comienzo del funcionamiento



de las instalaciones y a lo largo de toda "su vida útil regulatoria" -con el límite de no tener que devolver las retribuciones ya percibidas que superasen la rentabilidad razonable fijada para cada una de las instalaciones tipo-, entre otras cuestiones, ya se contenían en dichas normas legales, por lo que el nuevo régimen retributivo ahora impugnado ni se crea ni se define por vez primera por las normas ahora impugnadas.

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

**QUINTO.-** La parte recurrente desarrolla los argumentos que fundamentan sus pretensiones en los diversos apartados de los Fundamentos de Derecho de carácter jurídico-material que expone en su demanda (páginas 53 a 111), que antes hemos resumido, pero además, en el apartado primero, letra D), de los Antecedentes de Hecho de la demanda, la parte recurrente efectúa unas manifestaciones sobre la aportación del informe de la consultora Roland Berger en el expediente administrativo instruido por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, que advierten que dicho informe es de fecha posterior a la entrada en vigor de las disposiciones generales impugnadas, por lo que considera rechazable la introducción de dicho informe en el expediente administrativo, y si bien luego no efectúa en la fundamentación jurídica de la demanda ninguna alegación al respecto sobre esta cuestión, a fin de exponer las consecuencias que estima deben derivarse de la fecha de aportación del informe al expediente, considera esta Sala que debe recordar los criterios expuestos en las sentencias recaídas en recursos precedentes, en las que desestimó las alegaciones relativas a que las disposiciones generales impugnadas hubieran incurrido en falta de motivación y arbitrariedad por razón de la fecha de emisión del citado informe.

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

**SEXTO.-** En el primer apartado del motivo primero del recurso, la parte recurrente sostiene que la aplicación del RD 413/2014, conjuntamente con la Orden IET/1045/2014, es incompatible con varios preceptos de la Ley 24/2013, pues resulta discriminatoria para el sector de la cogeneración, al que impide competir en igualdad de condiciones con otras tecnologías de generación eléctrica, ya que la aplicación efectiva de las normas impugnadas y los nuevos parámetros retributivos a las actividades de cogeneración, tiene por efecto que en modo alguno se garantice una rentabilidad razonable que permita competir en condiciones de igualdad con otras tecnologías operativas en el sector eléctrico, lo que demuestra el informe elaborado por la consultora Energía Local, firma especializada en cogeneración, que la parte recurrente acompañó con la demanda.

El informe a que se refiere la parte recurrente (documento nº 3 de los acompañados a la demanda), y en el que basa sus alegaciones relativas a la discriminación del sector de la cogeneración en relación con otros sectores de la producción de energía, fue encargado por la asociación sectorial ACOGEN a la empresa de asesoría



energética Energía local, y sobre dicho Informe ya se ha pronunciado esta Sala en otros recursos en los que el mismo fue también aportado por otras empresas de cogeneración y por la propia asociación sectorial, en sentencias entre otras de 3 de junio de 2016 (recurso 812/2014), 6 de junio de 2016 (recurso 636/2014) y 5 de diciembre de 2016 (recurso 759/2014).

En base a dicho informe, alega la demanda que los criterios de retribución a la operación, establecidos en el artículo 17 del RD 413/2014, no se cumplen por la normativa aprobada por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, porque los rendimientos económicos equivalentes considerados por la Orden IET/1045/2014 están muy por encima de los rendimientos mínimos exigidos en la anterior regulación aplicable a la actividad de cogeneración (RD 661/2007), lo que ha provocado que numerosas instalaciones que aun cumpliendo con la normativa vigente en el momento en que decidieron invertir en plantas de cogeneración, sufran un agravio retributivo en el cálculo de la rentabilidad histórica, que imposibilite en adelante su viabilidad económica.

Sobre las cuestiones que plantea la parte recurrente en este apartado, debe señalarse que el RD-ley 9/2013, de 12 de julio, y posteriormente la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, definen la rentabilidad razonable de las instalaciones de producción de energía eléctrica de fuentes renovables por referencia a una instalación tipo o estándar que resulta aplicable en cada caso, en atención al tipo de tecnología, potencia generada, y otras características de la instalación.

Así resulta del artículo 1, apartado dos, del RD-ley 9/2013, que modificó el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y del artículo 14.7 de la Ley 24/2013, que señalan que las instalaciones podrán percibir una retribución específica, que estará compuesta por un término por unidad de potencia instalada, que cubrirá los costes de inversión de una instalación tipo que no puedan ser recuperados por la venta de la energía, y un término a la operación que cubra la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de dicha instalación tipo.

Por tanto, en las normas de rango legal que el RD y la Orden IET desarrollan, la retribución razonable se desvincula de la situación particular de cada empresa productora de electricidad, es decir, de los concretos costes de inversión, ingresos por venta de energía y gastos de explotación de cada instalación, y se determina en atención a los datos correspondientes a una instalación tipo, que el artículo 1, apartado dos, del RD-ley 9/2013 y el artículo 14.7 de la Ley 24/2013 definen como la correspondiente a la actividad de una empresa "eficiente y bien gestionada".

En cuanto a los rendimientos tenidos en cuenta para calcular la retribución a la operación de las plantas de cogeneración, que según la demanda están muy por encima de los rendimientos mínimos exigidos por el RD 661/2007, no puede estimarse que su determinación en la Orden IET impugnada sea contraria a las normas del RD-Ley 9/2013 y a la Ley 24/2013, que en ningún momento los referencian a los rendimientos mínimos del RD 661/2007 que cita la demanda, sino a los ingresos por la participación en el mercado de la instalación tipo que sea aplicable en cada caso.

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

Añade la demanda que el nuevo estándar retributivo recogido en la Orden IET reconoce el precio de la venta de calor útil de la cogeneración a precio de sustitución de la producción de energía térmica en calderas convencionales, sin considerar a través de un descuento el ahorro en los servicios energéticos prestados y/o la mejora competitiva asociada a la cogeneración. Igualmente indica que este descuento en la venta de calor útil es una práctica común y extendida en todas las cogeneraciones en Europa, y el informe de la empresa de asesoría energética acompañado a la demanda señala al respecto (apartado 22) que, de una muestra de 30 instalaciones consideradas, resulta que el descuento medio en España en la venta de calor útil es de un 29%.

El artículo 24.2 del RD 413/2014 dispone que el cálculo del régimen retributivo específico de las instalaciones tipo de cogeneración tendrá en cuenta los ingresos estándares indirectamente procedentes de la producción de calor útil asociado, y el propio precepto añade que el cálculo de estos ingresos "se realizará valorando el calor útil al coste alternativo de producirlo mediante equipos convencionales que utilizaran el mismo tipo de combustible que la instalación de cogeneración", sin incluir ninguna indicación ni referencia sobre el descuento en dicho precio que pretende la parte recurrente.

Esta cuestión fue planteada por las empresas de cogeneración en el trámite de audiencia del procedimiento de elaboración de la Orden IET, sin que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo aceptara la propuesta



de aplicar un descuento al precio del combustible evitado, según explica la Memoria del Análisis del Impacto Normativo (página 51), debido a que *"el calor proporcionado por la cogeneración está sustituyendo a calor que de otra manera debería haber sido producido por el combustible cuya valoración se haría a precio de dicho combustible"*.

El descuento a que se refiere la parte recurrente únicamente podría tener sentido cuando la instalación de cogeneración y la planta industrial pertenezcan a titulares distintos, no cuando exista identidad entre los mismos. En ese caso, el acuerdo de descuento entre el productor de calor útil y el adquirente es un pacto que responde a la voluntad de las partes, pero ajeno al sistema eléctrico, por lo que la opción del RD impugnado de no trasladar ese descuento como coste al sistema eléctrico no puede considerarse irrazonable o arbitraria.

También expone la demanda en este apartado que los desajustes temporales en la percepción diferida de los ingresos previstos en las disposiciones impugnadas provocan situaciones de insuficiencia de tesorería en las instalaciones de cogeneración, ya que los ingresos percibidos no cubren los costes de la operación. Sobre tal cuestión, el informe de la empresa de asesoría energética Energía Local acompañado a la demanda expresa que la cogeneración presenta una serie de características y diferencias sustantivas en relación con las tecnologías renovables, entre las que destaca que en estas últimas, debido a que el precio de venta de electricidad al mercado es superior al coste de la operación, existe un margen (cash flow) operacional positivo, mientras que en el caso de la cogeneración, por razón de que el coste del consumo de los combustibles fósiles es superior a los ingresos por venta de energía, se producen situaciones de tesorería negativa de elevada cuantía, que deben ser cubiertos con fondos adicionales sujetos a un coste, y efectúa una comparación de resultados en el nuevo modelo retributivo entre la tecnología de cogeneración y la tecnología eólica, que no requiere importantes gastos de explotación y en la que nunca se produce la situación de déficit de tesorería.

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

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

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

En el informe ampliatorio y de actualización de Energía Local, de 7 de mayo de 2015, se hace también referencia, como nuevo obstáculo que impide a la tecnología de cogeneración competir en el mercado eléctrico en igualdad de condiciones al resto de las tecnologías, a la inadecuada contabilización del coste del "overhaul", pues los costes considerados en dicho concepto por las disposiciones impugnadas son inferiores a la realidad, ya que se han considerado dos "major overhauls" a lo largo de los 25 años de vida útil para las instalaciones de cogeneración, cuando realmente debían considerarse más operaciones de mantenimiento de este tipo.

Estas alegaciones relativas a los costes de mantenimiento (overhaul) no pueden ser acogidas, pues se limitan a expresar los criterios que deberían haberse seguido para la determinación de dichos valores, sin tener en cuenta que, como resulta de los principios básicos del nuevo régimen retributivo fijados por el RD-ley 9/2013 y por la Ley 24/2013, a que hemos hecho constante referencia en esta sentencia, no se trata de calcular las inversiones, ingresos y los costes reales de una determinada instalación o del grupo de ellas que la parte considere representativo, sino de determinar las inversiones, ingresos y gastos estándar de las instalaciones agrupadas por los criterios homogéneos que determina el artículo 13 del RD 413/2014, en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, y para ello, tratándose de las instalaciones





existentes en la fecha de la entrada en vigor del nuevo régimen retributivo, la Orden IET impugnada ha fijado, como ya se ha dicho en esta sentencia, no unos valores teóricos, sino unos valores que responden al promedio calculado a partir de los datos históricos correspondientes a las instalaciones reales.

Como resaltan el Informe de la CNMC y la Memoria de Impacto de la Orden IET/1045/2014, la consecuencia de dicha forma de cálculo es que, como toda forma de retribución diseñada a partir de estándares, *"conllevará que determinadas instalaciones se vean afectadas de forma distinta en función de su grado de adaptación al estándar definido"*.

Por tanto, los valores considerados por las disposiciones impugnadas como costes de mantenimiento ("overhaul"), son valores medios reales de las instalaciones existentes, sin que puedan acogerse las críticas del informe aportado por la parte recurrente por la estimación de que los costes de "overhaul" considerados por la Orden IET/1045/2014 son inferiores a la realidad, por carecer de apoyo en datos reales, y ser contradictoria con la información que al respecto proporciona la Memoria del Análisis del Impacto Normativo (página 63) y el Informe del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), que prestó asistencia técnica a la Secretaría de Estado de Energía mediante la aportación de datos y cálculos para la definición de las Instalaciones Tipo (páginas 13 y 14), que indican que los costes de explotación sufren variaciones con el transcurso de los años, lo que justifica su ponderación en atención a la fecha de entrada en funcionamiento de las instalaciones, y que los costes de explotación considerados han tenido en cuenta tanto los gastos asociados a la operación como los de mantenimiento "overhaul" de equipos principales.

En concreto el Informe del IDAE indica que la fuente de los parámetros sobre costes de explotación considerados en las Instalaciones Tipo son 604 datos de gastos de operación y mantenimiento, pertenecientes a diversos tipos de plantas, con diversos años de inversión y explotación, habiéndose tratado para lograr una información de forma diferenciada para conjuntos que compartan características de tecnología, combustible, rango de potencia y año de explotación, obteniendo características de evolución temporal de los costes de operación y mantenimiento hasta 2013, y considerando que a partir del año 2014 se produce un incremento interanual del 1% de este coste.

**SÉPTIMO.-** El apartado segundo de este primer motivo del recurso denuncia que las disposiciones generales impugnadas resultan incompatibles con el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de los derechos de los administrados, por su aplicación desde julio de 2013 y porque toma en cuenta los ingresos percibidos por el titular de la instalación desde su puesta en servicio, en algunos casos muchos años atrás a la entrada en vigor de las disposiciones generales impugnadas.

Sobre estas cuestiones nos hemos pronunciado al resolver otros recursos interpuestos por otros titulares de instalaciones de producción de energía a partir de fuentes renovables, en las sentencias recaídas en los recursos 625/2014 , 650/2014 , 651/2014 , 654/2014 , 660/2014 , 812/2014 y otros, antes citadas, cuyos razonamientos reproducimos por razones de unidad de criterio y seguridad jurídica.

Examinamos en primer lugar las alegaciones de la demanda relativas a la vulneración del principio de retroactividad, por calcularse la retribución de las instalaciones teniendo en cuenta los ingresos percibidos por el titular desde su puesta en servicio.

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

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

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

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



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

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

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

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

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.

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

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

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



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

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

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

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, 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 413/204 y Orden IET/1045/2014 impugnados en este recurso, de forma que el organismo encargado de la liquidación seguirá abonando hasta dicho momento de aprobación de las disposiciones reglamentarias de desarrollo, con carácter de "pago a cuenta", los conceptos liquidables devengados por las instalaciones con arreglo al régimen anterior.

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

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



*patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas."*

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

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

**OCTAVO.-** El apartado tercero de este primer motivo del recurso considera que la consolidación de un cambio tan radical en el modelo retributivo de la cogeneración, y la aplicación del RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, atenta contra los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de numerosos operadores activos en el ámbito de la cogeneración.

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 un elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica.»*

*«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 tuvieran 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.

**NOVENO.-** El apartado cuarto del primer motivo del recurso alega que el RD 413/2014, en aplicación conjunta con la Orden IET, atentan contra los principios legales de proporcionalidad y estabilidad regulatoria. En concreto, invoca la parte recurrente lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía



Sostenible , que dispone que en el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica y critica las medidas establecidas en el Real Decreto y en la Orden IET mencionadas respecto a la generación de electricidad mediante cogeneración, en las que la proporcionalidad y la razonabilidad son claramente inexistentes.

Destaca el importante impacto total en el sector de la cogeneración que cuantifica en la suma de 970 millones de euros y que afecta drásticamente a centenares de proyectos puestos en marcha en los últimos años, en los que numerosos operadores han invertido ingentes cantidades de dinero confiando en un marco regulatorio mínimamente estable, razonable y previsible y añade a lo anterior que existen otras vías alternativas para obtener resultados parecidos de forma menos traumática para numerosos agentes privados, como establecer un calendario de adaptación transitoria y gradual a las nuevas reglas retributivas, extremo descartado por el Gobierno.

El planteamiento del motivo no puede ser acogido, pues como hemos expresado en precedentes ocasiones, como en las sentencias de 16 y 18 de marzo de 2015 , -en relación con la impugnación de la Orden IET/221/2013- *«es cierto que se ha producido una serie de numerosas disposiciones, legislativas o reglamentarias, que en poco tiempo han afectado al sistema eléctrico español modificando sucesivamente sus condiciones regulatorias. Modificaciones y sucesión de reformas cuyo juicio político, o económico, o de oportunidad y conveniencia no corresponde a los tribunales»*.

En la medida en que la queja de la parte recurrente se sustenta en los sucesivos cambios de las condiciones regulatorias operados y en la existencia de otras alternativas en la regulación que considera *«menos gravosas»* , cabe concluir sobre la inviabilidad de las alegaciones deducidas, por referirse esencialmente a los criterios de oportunidad y conveniencia en la elección del nuevo modelo retributivo, que no compete enjuiciar a este Tribunal.

Al margen de lo que ya hemos declarado en las reseñadas sentencias, la alegación sobre los principios de estabilidad regulatoria y de proporcionalidad no presentan fundamento pues, además del carácter genérico del planteamiento, no cabe olvidar que la deseable estabilidad regulatoria a la que se refiere el artículo 4 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible , se encuentra condicionada a la realidad económica y a la sostenibilidad del sistema, de modo que este principio no impide que graves situaciones de desvío de costes del sector eléctrico y de incremento del déficit, como las concurrentes en este caso, que se reflejan en el Preámbulo del Real Decreto-ley 9/2013, puedan hacer necesario la adopción de ajustes en el marco normativo, esto es, la realización de las modificaciones necesarias para asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. En este sentido lo manifiesta el Tribunal Constitucional en relación al reseñado Real Decreto-ley 9/2013, en la STC 270/2015 , al indicar que *«la estabilidad regulatoria es compatible con los cambios regulatorios, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras de interés general»*.

Como antes hemos expuesto, las reformas acometidas en el Real Decreto 413/2014 y en la Orden IET 1045/2014 impugnadas, se justifican de forma suficiente y adecuada a través de las explicaciones expuestas en la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, en cuyo Preámbulo se hace mención al desequilibrio entre ingresos y costes que determinan el déficit estructural y el riesgo de quiebra del sistema eléctrico, y en el Real Decreto-ley 9/2013, cuya constitucionalidad ha sido declarada por el TC, se hace mención al grave contexto económico existente, circunstancias que determinaron la necesidad de acometer las modificaciones del régimen jurídico y económico de modo inmediato, en atención a la grave situación económica existente.

En fin, la necesidad de la reforma del régimen retributivo se justifica a través de datos y razones de carácter objetivo, sin que la parte recurrente haya acreditado que las singulares medidas resulten desproporcionadas o no resulten adecuadas a la legítima finalidad perseguida. La parte recurrente se limita a afirmar en su demanda que existen otros métodos o sistemas retributivos diferentes y menos gravosos, que permiten obtener los mismos resultados, si bien, como ya hemos indicado, el juicio de oportunidad o de conveniencia es ajeno a los cometidos de esta Sala, que debe ceñirse a examinar las disposiciones impugnadas desde la única perspectiva de su legalidad, y en este plano y atendiendo a los principios jurídicos aplicables, singularmente el de proporcionalidad, es claro que no cabe formular objeción a las medidas contempladas en el Real Decreto y en la Orden impugnadas.

Por lo tanto, no podemos acoger las alegaciones relativas a la falta de proporcionalidad del RD 413/2014 y la Orden IET impugnadas, que no examinan ni ponen en relación las medidas adoptadas por las disposiciones generales recurridas y la situación a que tratan de poner remedio, a que antes se ha hecho referencia, descrita por el Preámbulo de la Ley 24/2013, que indica que en la última década se ha acumulado un déficit estructural en el sector eléctrico, que en la fecha de promulgación de la citada Ley alcanzaba una deuda acumulada de veintiséis mil millones de euros y un déficit estructural de diez mil millones de euros anuales, cuya no corrección conllevaba el riesgo de quiebra del sector eléctrico.





No apreciamos, por tanto, la infracción por las disposiciones impugnadas de los principios de proporcionalidad y estabilidad regulatoria.

**DÉCIMO.**- La parte recurrente alega, como apartado quinto de su primer motivo, que las normas impugnadas no hacen sino culminar un proceso de medidas estatales, cuyo objeto y efecto es obstaculizar la consecución de los objetivos de eficiencia energética, introducidos por la Directiva 2012/27/CE, entre otras normas europeas. Añade que las disposiciones impugnadas, al margen de lesionar otros derechos de la recurrente, ponen en riesgo de forma evidente la consecución de importantes objetivos de política energética europea, consistentes en el fomento de medidas de eficiencia energética, siendo estos objetivos no solo políticos, sino también jurídicos.

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

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

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 y la Orden impugnadas 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.

De acuerdo con lo razonado, desestimamos el primer motivo del recurso contencioso administrativo.

**DECIMOPRIMERO.**- En el segundo motivo de su demanda indica la parte recurrente que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET 1045/2014 incurren en desviación de poder, con infracción del artículo 70.2 de la Ley



de la Jurisdicción , porque la finalidad de las disposiciones impugnadas no es la de fomentar la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, sino la reducción de déficit tarifario.

Por lo pronto debe notarse que la desviación de poder que se imputa al Gobierno y al Ministerio de Industria, Energía y Turismo sería en todo caso achacable a la actuación del legislador de urgencia, que al dictar el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, dispuso la modificación del artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , introduciendo un cambio en el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones de cogeneración acogidas al régimen primado, procediendo a la derogación del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

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

La citada sentencia constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, estima que el nuevo marco regulatorio "en su conjunto" es sin duda favorable para las tecnologías renovables, cogeneración y residuos, pues sigue protegiendo las inversiones en esta clase de tecnologías «entre otras razones, por consagrar el criterio de revisión de los parámetros retributivos cada seis años a fin de mantener el principio de rentabilidad razonable establecido legalmente». Del contenido de la fundamentación de la mencionada sentencia constitucional se infiere que el legislador de urgencia ha ponderado equilibradamente los intereses públicos y privados concurrentes en el sector energético, sin incurrir en un ejercicio desviado de su potestad de configuración del marco regulatorio jurídico y económico de la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Entendemos por ello que no concurren los presupuestos que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala - sirvan de muestra las sentencias de 10 de mayo de 2013 (recurso 700/2010 ) y 9 de mayo de 2016 (recurso 2557/2013 )- son exigibles para apreciar la existencia de desviación de poder, cuyo significado conceptual, entroncado con la tradicional noción civilista de abuso de derecho, alude a un ejercicio de las potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico; pues no apreciamos la existencia de divergencia entre la finalidad perseguida por el legislador y el ulterior desarrollo reglamentario.

Se alega también la desviación del Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 respecto de la finalidad querida en 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 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.

En las sentencias de esta Sala dictadas en los recursos contencioso-administrativos 625/2014 , 650/2014 , 651/2014 , 654/2014 , 660/2014 y otros, hemos reseñado la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre , sobre la finalidad legítima de las medidas de ajuste del sector energético establecidas en el Real Decreto-ley 9/2013, aunque su aplicación suponga una reducción de los ingresos que se percibirían conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 661/2007; y ello a partir de la consideración de que «los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a velar por el fomento de las energías renovables garantizando el acceso de la energía generada a la red, gozando de un amplio margen de apreciación para configurar el alcance de las medidas, instrumentos y mecanismos incentivadores de estas fuentes de energía, y establecer los sistemas de apoyo que estime coherentes con la sostenibilidad y eficiencia del sector eléctrico, con el fin de cumplir dichos objetivos».



En fin, en esas mismas sentencias hemos descartado que el Gobierno y el Ministro de Industria, Energía y Turismo al adoptar, respectivamente, el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, hayan ejercido sus potestades normativas de forma abusiva, desproporcionada o arbitraria, pues entendemos que «el nuevo régimen jurídico mantiene la medida de incentivo tradicional para la producción de energías renovables de garantizar una rentabilidad razonable, y esta garantía se dota de mayor seguridad, al incorporar su sistema de cálculo a una norma con rango de ley, ya que el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013, dispone dicha rentabilidad "girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado"».

Por las razones expuestas se desestima el segundo motivo del recurso contencioso administrativo, y la desestimación de los dos primeros motivos del recurso hace inviable el tercer motivo de reclamación indemnizatoria, que la parte recurrente subordinó a la declaración de nulidad de las disposiciones impugnadas del RD 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014, que han sido rechazadas por esta Sala.

**DECIMOSEGUNDO.-** 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 **RECHAZAR** la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo opuesta por el Abogado del Estado. **DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Corporación Alimentaria Peñasanta, S.A., contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y 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<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor

## VOTO PARTICULAR

### TRIBUNAL SUPREMO

#### Sala de lo Contencioso-Administrativo

## VOTO PARTICULAR

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N<sup>o</sup> 820/2014), AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> ISABEL PERELLÓ DOMENECH.**

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 el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y 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 eficacia retroactiva del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. En mi opinión, ambas disposiciones deberían haber sido declaradas nulas por incurrir en retroactividad ilícita y en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, en los términos que seguidamente explicaré.

**B/** Discrepo asimismo del criterio mayoritario en lo que se refiere a la apreciación de suficiencia de la justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014; pues entiendo 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. Sin embargo, no desarrollaré aquí este segundo aspecto de discrepancia toda vez que se refiere a una cuestión que en este proceso concreto no ha sido abordada.



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

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

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

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

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

Es cierto que son normas de rango legal las que establecen las bases del régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos. Así, partiendo del propósito declarado de asegurar una ,rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación,, tales normas legales contemplan un régimen retributivo adicional por la venta de la energía generada por alguna de aquellas instalaciones ,... compuesto por un término por unidad de potencia instalada que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de



*dicha instalación tipo* , - artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2013 (que da nueva redacción al artículo 30 de la Ley 54/1997 ) y artículo 14 de la Ley 24/2013 , así como disposiciones finales 2ª del Real Decreto- ley 9/2013 y 3ª de la de la Ley 24/2013 -.

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

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

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

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

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

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

Dicho de otro modo, el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 pretenden reformular la realidad anterior a su entrada en vigor, proyectando sobre ella los mismos criterios y parámetros que se aplican a las instalaciones nuevas, incurriendo con ello en el grave defecto que los historiadores denominan ,presentismo,, que consiste en juzgar el pasado con arreglo a información -o, como en este caso, con arreglo a una normativa-



que no existía entonces. Y en el ámbito estrictamente jurídico, al que debe ceñirse este voto particular, supone, sencillamente, que la regulación reglamentaria tiene una decida voluntad de operar de manera retroactiva, porque, como he intentado explicar, la eficacia de la reforma no se proyecta únicamente hacia adelante en el tiempo sino también hacia atrás.

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

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

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

Ahora bien, esta conclusión respecto de las normas con rango legal no es trasladable sin más a la regulación contenida en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, dado que el sistema retributivo específico, apenas enunciado en las normas de rango legal, ha quedado configurado en el Real Decreto y la Orden con un sesgo retrospectivo significativamente gravoso que no es, desde luego, el único desarrollo reglamentario que admitían aquellas genéricas previsiones legales y que, a mi entender, sí incurre en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Así, de ninguna manera resultaba previsible -no desde luego, cuando se realizó la inversión de las instalaciones preexistentes a la reforma, pero ni siquiera en fechas ya próximas a los cambios introducidos en el año 2014- que la modificación materializada y concretada en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 iba a suponer una alteración tan radical del sistema específico de retribución a las energías renovables y la cogeneración. Y menos previsible aún que ese desarrollo reglamentario fuese a tener el alcance retrospectivo al que antes me he referido, en el que los nuevos valores y parámetros se proyectan hacia atrás en el tiempo y se aplican a la actividad desarrollada desde el momento inicial de la instalación, de manera que la que había sido una actividad eficiente y bien gestionada -con arreglo a la regulación vigente en cada momento- pudiese dejar de tener esa consideración de manera retrospectiva, por aplicación de la nueva normativa reglamentaria.

La sentencia de la que discrepo señala que el ordenamiento vigente con anterioridad al Real Decreto-ley 9/2013 no albergaba en sí mismo un signo externo concluyente que fuese bastante para generar en la parte recurrente la confianza legítima, esto es, la creencia racional y fundada de que el régimen retributivo establecido en el Real Decreto 661/2007 no podía resultar alterado en el futuro, pues ninguna disposición del citado Real Decreto 661/2007 establecía que la tarifa allí regulada fuera inmodificable. Ahora bien, una cosa es que aquella tarifa fuese modificable y otra muy distinta que la nueva regulación materializada en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 haya venido a establecer, como he intentado explicar, no ya una reducción de la tarifa sino una regulación enteramente nueva del régimen retributivo que, además, enjuicia con los criterios y parámetros que ahora se establece toda la actividad desarrollada por la instalación desde su inicio.

**3/** La vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima concurre con singular intensidad en lo que se refiere al tratamiento que se dispensa al período -que resultó ser de casi un año- comprendido entre la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 y la aprobación de las normas reglamentarias de desarrollo, esto es, el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014.

Es cierto, ya lo he señalado, que tanto el Real Decreto-ley 9/2013 (disposición transitoria 3ª y derogatoria única) como la Ley 24/2013 (disposición transitoria 6ª) dejaron establecido que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, o Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, según los casos); y que recibirían esa retribución con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el desarrollo reglamentario. Sin embargo, es en el Real Decreto 413/2014 donde se materializa y concreta



el alcance de aquella previsión legal; y lo hace la norma reglamentaria en términos que resultan vulneradores de los de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, pues determinó que las instalaciones hubiesen de operar ,a ciegas,, sin conocer el régimen regulatorio que sería de aplicación a su actividad no sólo en el futuro sino también el propio período transitorio.

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

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

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

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

En Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

Eduardo Calvo Rojas Isabel Perelló 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.