



Roj: **STS 4878/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4878**

Id Cendoj: **28079130032016100446**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **14/11/2016**

Nº de Recurso: **515/2014**

Nº de Resolución: **2433/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 14 de noviembre de 2016

Esta Sala ha visto constituida en su **Sección Tercera** por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 1/515/2014, interpuesto por Elecdey Tarazona, S.A., representada por la procuradora D.^a Isabel Julia Corujo y bajo la dirección letrada de D. Ramón Fiestas, contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Es parte demandada la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .-En fecha 31 de julio de 2014 la representación procesal de la demandante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, resoluciones que habían sido publicadas en los Boletines Oficiales del Estado de fechas 10 y 20 de junio de 2014, respectivamente. Se ha admitido el recurso por diligencia de ordenación de 19 de septiembre de 2014.

SEGUNDO .- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito, al que acompaña informe pericial y otra documentación, en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia que declare nulos y contrarios a derecho el artículo 19 y la disposición adicional segunda en sus apartados 1 a 8 del Real Decreto 413/2014 y la Orden IET /1045/2014, y que acuerde restablecer a la actora en los derechos económicos que tenía atribuido el parque eólico Tarazona Sur de su titularidad con anterioridad a la entrada en vigor de las disposiciones cuya nulidad se postula (disponiendo que sean rectificadas todas y cada una de las liquidaciones practicadas a la instalación a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 por el concepto de retribución específica y le sea restablecido el nivel de ingresos regulados por importe de 8,1247 €/kwh que percibía en el régimen primado por el concepto de primas a la producción de electricidad de origen renovable junto con sus complementos e intereses de demora devengados hasta su completo pago, que serán determinados en ejecución de sentencia); subsidiariamente, solicita que se declaren nulas y contrarias a derecho la disposición adicional segunda en sus apartados 5 y 6 del Real Decreto 413/2014 y de los artículos 3.2, 3.3, 7 y 8 de la Orden IET/1045/2014 y en virtud de ello que se reconozca a la actora en los derechos económicos derivados de la aplicación de las previsiones contenidas en



la disposición adicional segunda, apartados 4 y 5, del Real Decreto 413/2014, fijando la retribución específica de la instalación tomando como referencia la tasa de rentabilidad razonable establecida en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 9/2013 a partir de la entrada en vigor de esta disposición (para lo que debe disponerse que sean rectificadas todas y cada una de las liquidaciones practicadas a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 por el concepto de retribución específica a la inversión y sea establecido en el importe de 305.802 €/año MW/año y acuerde el pago de las diferencias que resulten con respecto a las cantidades incluidas en liquidaciones efectivamente practicadas por este concepto, junto con los intereses de demora devengados hasta su completo pago, cantidades que serán determinadas en ejecución de sentencia, y la devolución del importe de 305.530,87 € ingresados indebidamente en concepto de obligaciones de pago resultantes de la aplicación de la metodología establecida en las disposiciones recurridas por la energía producida desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 hasta el 31 de diciembre de 2013, cantidad a la que habrá de añadirse los importes que por estos mismos conceptos le serán liquidados, junto con sus correspondientes intereses de demora y que se acreditarán en ejecución de sentencia). Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que debe considerarse que la cuantía del recurso es indeterminada y solicita el recibimiento a prueba del mismo, expresando los puntos de hecho sobre los que la misma debería versar y proponiendo los medios que estima adecuados, así como que se acuerde la realización del trámite de conclusiones escritas; también a través de otrosí solicita que se acuerde el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con determinados preceptos del Real Decreto-ley 9/2013 y de la Ley 24/2013.

TERCERO .- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, habiendo presentado el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que sea inadmitido o, en su defecto y subsidiariamente, desestimado el recurso interpuesto, con imposición de las costas a la recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción. Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta su oposición al recibimiento a prueba interesado por la actora y solicita que se acuerde el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

CUARTO .- En decreto de fecha 25 de mayo de 2015 la Secretaria judicial ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada, habiéndose dictado a continuación auto de 11 de junio acordando el recibimiento a prueba del mismo y la admisión de los medios propuestos considerados pertinentes, procediéndose a su práctica, ratificándose el perito D. Armando en el informe emitido a instancia de parte.

QUINTO .- Finalizada la fase probatoria se ha concedido a las partes plazo por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones, que han evacuado.

A continuación se han declarado conclusas las actuaciones por resolución de 8 de octubre de 2015.

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

También la Abogacía del Estado ha presentado los informes de 17 de junio de 2015 del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) sobre Metodología General para la definición de instalaciones tipo de la Orden 1045/2014 y sobre Metodología específica para la definición de instalaciones tipo de la Orden 1045/2014 en cada área, habiéndose acordado la admisión de los mismos, concediendo a la actora plazo para alegar respecto de los citados documentos, por resolución de 16 de julio de 2015.

Por su parte, la representación procesal de la parte actora ha presentado un escrito, al amparo del artículo 270.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aportando a los autos el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias correspondientes al ejercicio contable terminado el 31 de diciembre de 2014 aportadas a la Junta General Ordinaria, que han quedado unidos en virtud de lo acordado en providencia de 9 de septiembre de 2015, previa audiencia al Abogado del Estado.

SÉPTIMO .- Se ha dictado providencia de 30 de marzo de 2016 concediendo a las partes plazo para alegar sobre la posible incidencia en el presente proceso de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en fecha 17 de diciembre de 2015 (STC 270/2015).

La parte demandante ha presentado escrito en el que solicita que se acuerde promover la cuestión de inconstitucionalidad anteriormente interesada por la misma, mientras que el Abogado del Estado, después de formular alegaciones, suplica que no procede plantear cuestión de inconstitucionalidad, debiendo continuar la tramitación para su resolución por sentencia en los términos suplicados en la contestación a la demanda.

OCTAVO .- Con posterioridad el Abogado del Estado ha presentado escrito adjuntando la respuesta de la Comisión Europea en relación con la petición 2520/2014 realizada por Daniel, en nombre de la Asociación



Nacional de Productores e Inversores de Energías Renovables (ANPIER), al Parlamento Europeo sobre la situación del sector fotovoltaico y la legalidad de los cambios legislativos realizados por el gobierno español.

Se ha acordado dar traslado de dicha documentación a la demandante, quien ha presentado un escrito manifestando que el documento no debe ser admitido ni tenido en consideración para dictar sentencia.

Se ha dictado a continuación resolución acordando la unión a los autos de estos escritos.

NOVENO .- Mediante providencia de 22 de septiembre de 2016 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 8 de noviembre de 2016, en que han tenido lugar dichos actos.

DÉCIMO .- Asume la ponencia del presente recurso el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, en sustitución del primeramente designado, el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, que formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso contencioso-administrativo.

El recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos se interpone por la representación procesal de Elecdey Tarazona, 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 contra la Orden IET/1045/2014 de 16 de Junio por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

De las actuaciones resulta que la sociedad recurrente es titular de la instalación de generación de electricidad, el parque eólico Tarazona Sur, de 9,6 MW de potencia instalada.

La parte actora formula en la demanda las pretensiones anulatorias y resarcitorias que hemos dejado reseñadas en el antecedente segundo; y las fundamenta esgrimiendo frente a las disposiciones impugnadas los siguientes motivos:

1.- Infracción del artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en relación con la disposición final 2ª del RD-ley 9/2013 y la disposición final 3ª de la Ley 24/2013, por extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria, y subsidiaria infracción del artículo 31.3 de la Constitución.

2.- Vulneración de los artículos 51.2 de la Ley 30/1992 y 23.2 de la Ley 50/1997, del Gobierno, en cuanto que la disposición adicional segunda del Real Decreto 413/2014, en sus apartados 5 y 6, infringe la disposición adicional décima, en relación con la disposición final 3ª y el artículo 14.4 de la Ley 24/2013, de cuya infracción se deriva la aplicación retroactiva propia y en grado máximo del Real decreto 413/2014 y de la Orden IET 1045/2014.

3.- Infracción del artículo 83 de la Constitución, y de las garantías del artículo 9.3 en relación con el artículo 33 del propio texto constitucional, los principios de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad, concurrente en los preceptos que cita del Real Decreto 413/2014 y de la Orden IET 1045/2014.

4.- Infracción del artículo 86.1 de la Constitución por ausencia de habilitación normativa con respecto al artículo 1.dos y disposición final 2ª del Real Decreto-ley 9/2013, por el que se adoptan las medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

5.- (en el escrito parece como 4º) Infracción del artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, por vulneración de los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas, en particular de los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y simplicidad, y en todo caso, ausencia de justificación de la adecuación a dichos principios en el RD 413/2014, así como en la Orden IET 1045/2014.

Los diferentes motivos de impugnación que acabamos de enunciar son coincidentes con los planteados en otros procesos promovidos por distintos recurrentes que actuaban bajo la misma representación procesal y asistencia letrada que la entidad aquí recurrente. Por ello no haremos aquí sino reiterar consideraciones que hemos expuestos en esas ocasiones anteriores mediante sentencias de esta Sala de 16 de junio de 2016 (recurso contencioso-administrativo 528/2014), 21 de junio de 2016 (recurso 529/2014), 27 de junio de 2016 (recurso 529/2016) y 11 de julio de 2016 (recurso 517/2014).

SEGUNDO .- Sobre las infracciones del principio de legalidad.



En el primer motivo de la demanda se aduce que las disposiciones generales impugnadas incurren en extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria, con infracción del artículo 23 de la Ley 50/1997, del Gobierno y, subsidiariamente, del artículo 31.3 de la Constitución .

En el desarrollo de este motivo alega la parte recurrente que el Gobierno no puede imponer cargas o establecer prestaciones patrimoniales de carácter público, sino con arreglo a la ley. Añade a lo anterior que ni la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013 , ni la Disposición final tercera de la Ley 24/2013 , que habilitan al Gobierno para aprobar un real decreto sobre el régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía a partir de fuentes renovables, incluyen un mandato, ni facultan para la articulación de una metodología retributiva que disminuye los ingresos de las instalaciones del régimen primado en un importe que cifra la parte recurrente en 1.700 millones de euros (608 millones de euros para las instalaciones eólicas), que en el caso de la actora implica la supresión de raíz de las retribuciones del régimen primado.

En las sentencias recaídas en los recursos 625/2014 , 650/2014 , 651/2014 , 654/2014 , 660/2014 , 812/2014 y otros, en los que se impugnaban las mismas disposiciones que en el presente recurso, hemos efectuado, a modo de introducción de las cuestiones a tratar, unas consideraciones generales en las que expresábamos que el nuevo régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables se instaura por normas con rango legal (el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013), que definen sus elementos esenciales, mientras que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET 1045/2014, impugnadas en este recurso y en los precedentes que se han citado, se limitan al desarrollo reglamentario de aquellos elementos esenciales, sin alterarlos ni modificarlos.

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

El nuevo régimen retributivo, que deroga el previsto en el 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.

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

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

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

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

Es cierto que este nuevo sistema retributivo requería el necesario desarrollo reglamentario que, respetando las bases y directrices fundamentales fijadas en dichas normas legales, completase el régimen jurídico para la aplicación efectiva a cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica. A tal efecto, la disposición final segunda del 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.

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

En definitiva, la modificación del régimen retributivo primado establecido por el 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 Real Decreto 661/2007, fue establecida de forma expresa por la Disposición derogatoria única, apartado 2, del Real Decreto-ley 9/2013.

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

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

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

También en este primer motivo del recurso alega la parte recurrente que las disposiciones generales impugnadas infringen el principio de reserva de ley en el establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público, que reconoce el artículo 31.3 de la Constitución, lo que no comparte esta Sala, pues el régimen retributivo específico de las instalaciones de generación de energía de fuentes renovables, no constituye una prestación patrimonial coactivamente impuesta a los particulares por los entes públicos, aparte de que, como hemos dicho, el establecimiento del indicado régimen retributivo específico se debe a normas con rango de ley, el RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, que dieron cobertura a las disposiciones generales de desarrollo ahora impugnadas.

El motivo segundo del recurso alega la infracción por la disposición adicional 2ª, apartados 5 y 6, del Real Decreto 413/2014 de normas de rango superior, la disposición adicional 10ª, en relación con la disposición final 3ª y el artículo 14.4 de la Ley 24/2013, por la aplicación retroactiva propia y en grado máximo del Real Decreto 413/2014 y la Orden IET impugnados.

Razona la parte recurrente en este motivo que una cosa es que la tasa de rentabilidad que alcanzaban las instalaciones acogidas al régimen retributivo al Real Decreto-ley 9/2013 sea sustituida por otra nueva rentabilidad, a partir de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley, y otra cosa bien distinta es que las retribuciones obtenidas en el pasado se descuenten de las que corresponden percibir para alcanzar la rentabilidad prevista en la nueva normativa, pero no a partir de su modificación, sino con efectos pretéritos, a partir de la puesta en marcha de la instalación, con un doble y gravísimo perjuicio para la parte recurrente, a quien se le ha suprimido la retribución específica de la instalación, debido al descuento de los precios, primas y complementos percibidos desde la puesta en marcha de la instalación y, además, se le obliga a devolver una parte sustancial de las retribuciones percibidas durante el periodo transitorio, en que fue aplicado el régimen primado tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013.



La sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015 -y las demás antes citadas- examinaron la cuestión de si el Real Decreto-ley 9/2013 incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE, al derogar de forma expresa el Real Decreto 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 de la Constitución :

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Por tanto, el nuevo régimen retributivo, que sustituye al basado en primas del Real Decreto 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 Real Decreto-ley 9/2013, y despliega sus efectos desde ese momento y hacia el futuro.

Por otra parte, los criterios recogidos en la sentencia de esta Sala que cita la parte recurrente, de 25 de septiembre de 2012 (recurso 71/2011), que reproduce el contenido de sentencias anteriores de 12 de abril y 19 y 26 de junio de ese mismo año, (recursos 40/2011, 62/2011 y 566/2010), interpuestos contra el Real Decreto 1565/2010, nos llevan a estimar que el Real Decreto ahora impugnado no incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución, 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 Real Decreto 661/2007, sino que el Real Decreto impugnado proyecta sus efectos a partir de la entrada en vigor del nuevo régimen retributivo, instaurado por el Real Decreto-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 rentabilidad razonable. 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 Real Decreto impugnado atribuye a la retribución cobrada en el pasado la condición de entregas a cuenta y abre la posibilidad de devolución de "lo cobrado de más" en determinados casos, como los de las instalaciones eólicas, afirmación que tampoco es posible compartir por esta Sala.

El nuevo régimen retributivo establecido por el Real Decreto-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 Real Decreto-ley 9/2013 previó la aplicación con carácter transitorio de los derogados reales decretos 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 Real Decreto 413/2014 y Orden IET/1045/2014 impugnados en este recurso, de forma que el organismo encargado de la liquidación seguirá abonando hasta dicho momento de aprobación de las disposiciones reglamentarias de desarrollo, con carácter de "pago a cuenta", los conceptos liquidables devengados por las instalaciones con arreglo al régimen anterior.

Por tanto, no debe confundirse, este pago a cuenta previsto en la disposición transitoria 3ª del Real Decreto-ley 9/2013, que está limitado exclusivamente a ese periodo intermedio entre la entrada en vigor del Real Decreto-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 Real Decreto 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 Real Decreto-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 Real Decreto-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".

TERCERO .- Sobre la infracción del principio de irretroactividad.

El motivo tercero del recurso invoca que las disposiciones generales recurridas infringen los artículos 9.3 y 83 de la Constitución y los principios de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad.

Como hemos examinado en el fundamento de derecho precedente las cuestiones relativas a la retroactividad de las disposiciones impugnadas, tratamos seguidamente del resto de alegaciones formuladas por la parte actora en este motivo. En ellas la parte recurrente mantiene que las disposiciones generales impugnadas quiebran los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de quienes, como es su caso, han acometido inversiones para desarrollar la actividad de producción de electricidad con energías renovables, inducidos por el régimen de fomento a estas inversiones en la Ley 54/1997, que han sido privados sorpresivamente de ese régimen jurídico económico y sometidos a otro radicalmente distinto, sustancialmente más gravoso, sin ninguna posibilidad de adaptarse al nuevo modelo para paliar sus efectos, y añade que, como ha señalado este **Tribunal Supremo**, el análisis de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima debe realizarse desde la óptica de la previsibilidad de los cambios que se produzcan.

La citada STC 270/2015 (FD 7) inicia el examen de la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima por el Real Decreto-ley 9/2013, señalando que esta norma legal no es "una norma incierta o falta de la indispensable claridad, pues cuenta con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados".

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 Real Decreto-ley 9/2013, en la forma siguiente:



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

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

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

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

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

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

Aceptada la conformidad con los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima del nuevo régimen retributivo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, instaurado por



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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha sido constante a lo largo de los años al señalar, en la interpretación y aplicación de las normas ordenadoras del régimen jurídico y económico de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, que las mismas garantizan a los titulares de estas



instalaciones el derecho a una rentabilidad razonable de sus inversiones, pero no les reconocen un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el marco retributivo aprobado por el titular de la potestad reglamentaria:

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

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

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

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

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

Todos estos elementos de ausencia de compromisos o signos externos concluyentes de la Administración en relación con la inalterabilidad del marco regulatorio, existencia de una jurisprudencia reiterada de este Tribunal que ha insistido en que nuestro ordenamiento no garantiza la inmutabilidad de las retribuciones a los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica renovable, la situación de déficit tarifario y de amenaza a la viabilidad del sistema eléctrico y el cumplimiento de los objetivos de participación de la



energía renovable, impiden que el cambio operado en el régimen retributivo de las energías renovables pueda considerarse inesperado o imprevisible por cualquier operador diligente.

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

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

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

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

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

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

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

CUARTO .- Sobre la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad.

Asimismo, en este tercer motivo de la demanda, la parta actora alega que la retribución asignada a las instalaciones, que era razonable para el Gobierno en la redacción anterior de la Ley 54/1997, deja de serlo ahora, sin que haya sido motivado de ningún modo ese cambio de sentido de la razonabilidad, lo que convierte en manifiestamente arbitraria la sustitución infundada de aquellos criterios del régimen jurídico primado, y que la rentabilidad pasa de ser establecida con relación a los costes de inversión incurridos en el desarrollo de los proyectos a definirse tomando como referencia parámetros estándar, que ha decidido arbitrariamente el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, apartándose de los que le habían informado en los estudios que había contratado, es decir, los costes pasan a ser fijados por la Administración a su antojo, que los pone en referencia con lo que el Gobierno caracteriza como "una empresa eficiente y bien gestionada".

Para dar respuesta a estas alegaciones ha de partirse de que el nuevo régimen retributivo instaurado se basa en la fijación de unos parámetros estándar que pivotan en torno a una "instalación tipo", separándose así del anterior régimen basado en una retribución por "prima" y una rentabilidad razonable calculada sobre los costes de inversión reales en que se hubiese incurrido, por lo que la utilización de unos valores estándar de la inversión y de los costes estándar de explotación es uno de los pilares en torno al que gira el nuevo sistema retributivo diseñado en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013 por remisión al mismo. Desde esta perspectiva, ningún reproche puede dirigirse a la Orden por el hecho de que utilice tales valores estándar o medios y prescindiera de las inversiones reales de cada una de las instalaciones, pues con ello no hace sino cumplir con el mandato legal que se le encomendó, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme diversidad de instalaciones existentes que se agrupan por criterios homogéneos, elaborarlos partiendo de la premisa de que se trata de una instalación "eficiente y bien gestionada". A tal efecto, el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico, tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2013, ya disponía que el cálculo de la retribución específica debe establecerse en relación con unas instalaciones tipo con referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, tomando en consideración



los "ingresos estándar" por la venta de la energía generada valorada al precio de mercado de producción, los "costes estándar de explotación" y el "valor estándar de la inversión inicial".

Bastará, en consecuencia, con determinar, también con carácter general, si al tiempo de elaboración de la Orden se utilizaron criterios objetivos y contrastables en los que fundar los elementos que se tomaron en consideración para fijar la retribución específica en sus variables fundamentales.

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

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

Por lo que respecta a los ratios de inversión estándar, en dicho informe se afirma que los reflejados en la propuesta se corresponden con los recopilados de instalaciones reales con motivo de la Circular 3/2005, de 13 de octubre, de la Comisión Nacional de la Energía basada en la petición de información de inversiones, costes, ingresos y otros parámetros de las instalaciones de producción de electricidad en régimen especial y que se reflejan en los diversos informes públicos que menciona. Por lo que también en este punto es posible conocer los datos en los que se funda. Es más, el propio informe, tras efectuar un estudio comparado con los costes medios de inversión referidos a años concretos disponibles, concluye que "los resultados obtenidos de este análisis muestran que los valores de inversión que reconoce la Propuesta son, con carácter general, próximos o superiores en las IT#s consideradas a los datos disponibles en esta CNM", destacando algunas excepciones. Más específicamente, con relación a la tecnología solar fotovoltaica, afirma que los costes de inversión tomados en consideración por la Orden se compararon con los datos históricos disponibles por dicho organismo, que se materializan en diversos gráficos aportados a dicho informe, de los que se concluye que los costes de inversión estándar son, con carácter general, superiores o iguales a aquellos. Para concluir que "la reducción de la retribución no es atribuible con carácter general a la aplicación de ratios de inversión bajos. El ajuste retributivo se debe, pues, fundamentalmente al establecimiento de una tasa de rentabilidad aplicable a toda la vida útil regulatoria de cada instalación menor a la implícita en las primas y tarifas vigentes en el marco retributivo anterior al Real Decreto-ley 9/2013...".



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

Ya hemos indicado con anterioridad que los parámetros retributivos de las empresas existentes en el momento de la entrada en vigor del nuevo régimen retributivo se fijaron a partir de los datos históricos, correspondientes a instalaciones reales, de las empresas que integran cada ITP, de forma que no se trata de estándares teóricos, que -según sostiene la parte recurrente- han sido establecidos arbitrariamente por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, sino que se trata de valores medios reales correspondientes a las instalaciones que integran cada IT. La citada memoria de impacto normativo de la Orden IET impugnada explica (folios 79 y siguientes) que, en concreto, para el subgrupo b.2.1, de energía eólica en tierra, se han definido un total de 46 estándares, indicando los elementos y datos tenidos en cuenta para la determinación de los parámetros retributivos de vida útil regulatoria, valor estándar de la inversión inicial, costes de explotación, horas equivalentes de funcionamiento e ingresos obtenidos hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013.

Por todo ello, no pueden ser acogidas por la Sala las alegaciones de la demanda sobre la infracción por la Orden IET impugnada del principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución .

QUINTO .- Sobre la infracción del artículo 86 de la Constitución .

El motivo cuarto del recurso alega la infracción del artículo 86.1 CE por falta de habilitación normativa con respecto al artículo 1.2 y Disposición final 2ª del Real Decreto-ley 9/2013 , pues considera la parte recurrente que la abolición del régimen primado y su sustitución por el modelo retributivo específico que establece el indicado Real Decreto-ley, no guarda una conexión que justifique la necesidad urgente y excepcional que se expresa en la Exposición de Motivos.

Este motivo no puede prosperar, en cuanto la parte recurrente está cuestionando la necesidad y urgencia de garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, que invoca la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 9/2013, lo que excede de nuestra jurisdicción.

En todo caso, la mejor respuesta a las cuestiones que plantea la parte recurrente en este motivo se encuentra en la sentencia del Tribunal Constitucional STC 270/2015 y otras posteriores recaídas en recursos que discutían la constitucionalidad del Real Decreto-ley 9/2013, en las que el Tribunal Constitucional (FD 5º) que la situación de urgencia cuenta con una justificación general, aplicable al conjunto de reformas introducidas por el Real Decreto-ley 9/2013, derivada de la evolución expansiva de los costes del sistema eléctrico, unida a las consecuencias de la crisis económica y a la necesidad de reducción del déficit, que obligan a adoptar medidas dirigidas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, mediante una revisión de su marco regulatorio y, además, el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, en relación con las concretas disposiciones relativas a la aprobación de un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones existentes de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, se singulariza en el hecho de que las primas del régimen especial y las anualidades de déficits acumulados, que se habían multiplicado por seis y por nueve, respectivamente, entre 2004 y 2012, se encuentran entre las partidas de costes que han contribuido en mayor medida al incremento del déficit tarifario.

SEXTO .- Sobre la infracción de los principios de buena regulación.

El motivo quinto del recurso, que en la demanda se identifica por error con el número 4º, invoca la infracción del artículo 4 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible , por vulneración de los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas, en particular de los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y simplicidad.

En este motivo la parte recurrente efectúa diversas alegaciones en relación con la infracción del principio de seguridad jurídica y la imprevisibilidad de los cambios regulatorios acometidos en la retribución de las instalaciones de generación del régimen especial, que ya han sido examinadas en los precedente Fundamentos de Derecho de esta sentencia, por lo que a nuestras anteriores consideraciones nos remitimos.

Cabe añadir una vez más, ahora en relación con el reproche sobre la ausencia de seguridad jurídica en el modelo retributivo que resulta del Real Decreto 413/2014 y de la Orden IET impugnados, que las normas reglamentarias no hacen sino cumplir con el mandato legal que se les encomendó, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme diversidad de instalaciones existentes, que se agrupan por criterios homogéneos.

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.

Las alegaciones sobre los principios de necesidad y 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 necesaria 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 sentencia 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 impugnados, 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 al riesgo de quiebra del sistema eléctrico, y en el Real Decreto-ley 9/2013, cuya constitucionalidad ha sido declarada por el Tribunal Constitucional, 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 Real Decreto 413/2014 y la Orden IET impugnados, 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.

Finalmente, se plantea en el presente motivo la queja sobre la infracción del principio de simplicidad del artículo 4 de la Ley de Economía Sostenible, dado que la regulación de la materia, dadas sus características, resulta necesariamente compleja y utiliza conceptos jurídicos técnicos que responden a criterios y reglas objetivas, siendo así que la queja de la recurrente no puede ser acogida.

No apreciamos, por tanto, la infracción por las disposiciones impugnadas del artículo 4 de la Ley 2/2011 que se alega en este motivo.

En consecuencia con lo razonado, procede desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil Elecdey Tarazona, S.A. contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones, a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

SÉPTIMO .- Sobre las costas procesales.

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

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Elecdey Tarazona, 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 contra la Orden IET/1045/2014 de 16 de Junio por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.
2. No hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

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

Así se acuerda y firma.

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

VOTO PARTICULAR

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo ordinario 1/515/2014.

PRIMERO .- Sobre el sentido del presente voto particular.

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

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

En las demás cuestiones planteadas en los diversos recursos, como lo son algunas alegaciones específicas de derecho comunitario, la invocación de la Carta Europea de la Energía, la queja por la inseguridad jurídica originada por el lapso de un año desde la promulgación del Real Decreto-ley hasta la del Decreto y la Orden impugnados, la invocación del derecho a la propiedad privada garantizado por el artículo 33 de la Constitución, la supuesta falta de justificación técnica de la Orden y algunas otras alegaciones, estoy de acuerdo con la respuesta dada en las diversas sentencias de la Sala. No haré referencia pues a dichas cuestiones en el presente voto particular, que se limita por tanto a la referida alegación sobre el ilegítimo carácter retroactivo, con vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de las disposiciones impugnadas, respecto a la que coincido con el voto particular elaborado por el Magistrado Eduardo Calvo Rojas.

Pese a lo que se arguye en muchos recursos, es preciso recordar que el carácter retroactivo de una norma no la hace necesariamente contraria a derecho. La Constitución, en su artículo 9.3, sólo excluye la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables y, en lo que aquí importa, de aquellas "restrictivas de derechos individuales", locución que el Tribunal Constitucional ha interpretado en reiteradas ocasiones como referida a derechos individuales y, en todo caso, que afecten a derechos consolidados en la esfera jurídica del ciudadano. Nada pues hay que impida, tanto al legislador como al titular de la potestad reglamentaria, dictar normas que afecten a relaciones jurídicas vivas en mayor o menor grado y que, consiguientemente, implican por propia definición un mayor o menor grado de retroactividad, en la medida en que afectan a relaciones que nacieron bajo una regulación y que quedan sometidas a las disposiciones que se dictan con posterioridad.

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

En concreto, algunas de las sentencias en la materia que nos ocupa se han dictado respecto a disposiciones que fueron reduciendo de diversas maneras la retribución mediante primas a la generación de electricidad



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

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

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

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

Esto es, en síntesis, el objetivo del legislador (de urgencia primero y luego ordinario) es que las empresas de producción de electricidad mediante energías renovables, cogeneración y residuos pudiesen competir con las de tecnologías convencionales y obtuviesen además una rentabilidad razonable definida en la forma que se ha indicado.

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

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

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



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

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

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

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

En efecto, el desarrollo del nuevo modelo retributivo realizado por el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014 supone que el mismo se aplica a la entera vida regulatoria de cada instalación, esto es, no sólo *pro futuro*, sino desde la misma puesta en marcha de las instalaciones. De esta manera, la retribución de las instalaciones no se ajusta al nuevo sistema a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, sino que el sistema se aplica desde que las instalaciones comenzaron su vida regulatoria, prescindiendo por completo del sistema y criterios a los que había respondido la retribución anterior a dicha entrada en vigor, la cual es tratada en puridad como un pasado que no hubiera existido. En el desarrollo efectuado por el Real Decreto y la Orden impugnados, avalado por la Sentencia mayoritaria, el nuevo sistema, que habría de aplicarse por expreso e inequívoco imperativo legal a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, es proyectado al pasado y se aplica desde que las instalaciones comenzaron su andadura.

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

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



jurídicas tienen en que se les respetará la aplicación efectuada de la legislación que existió en cada momento (fuera, claro, de una hipotética aplicación retroactiva de normas más favorables, sean o no de carácter sancionador).

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Procede ahora recordar que el límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes que el art. 9.3 CE garantiza, se circunscribe a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, nada impide al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, ya que de lo contrario se podrían producir situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico (STC 49/2105, de 5 de marzo, FJ 4). Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3 , y 65/1987, de 21 de mayo , FJ 19), lo que se prohíbe



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

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

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

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

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

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

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

Y continúa



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

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

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

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

Pero el sentido básico de este voto particular es subrayar que si bien el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2015 pueden ser interpretados de conformidad con la Constitución -tal como ha hecho el Tribunal Constitucional con la primera de dichas disposiciones-, el desarrollo que ha efectuado el Gobierno del nuevo modelo retributivo mediante el Real Decreto y Orden impugnados proyecta la aplicación del nuevo modelo hasta un extremo de retroactividad que lo hace incompatible con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

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

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

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

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

En concreto, parece que serían tres incisos o aspectos de la regulación de rango legal los que podrían interpretarse en el sentido de que necesariamente el nuevo sistema retributivo ha de proyectarse también hacia el pasado por imponerlo las mencionadas normas de rango legal. El primero de ellos sería la definición por el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico de 1997, en la redacción que le ha dado el Real Decreto-ley 9/2013, de los elementos estipulados para el cálculo de la retribución específica; el segundo la definición



de rentabilidad razonable dada en el apartado 3 de la disposición final tercera de la Ley del Sector Eléctrico 24/2013; y, finalmente, la ya mencionada previsión sobre no reclamación de retribuciones percibidas con anterioridad al 14 de julio de 2013 establecida por el apartado 4 de la citada disposición final.

a. Los elementos de la retribución específica.

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

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

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

[...]"

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

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

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

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

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

c. La prohibición de reclamación de retribuciones ya percibidas.

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

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

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

Sin embargo, entendida en su literalidad, la previsión es neutra en el aspecto que se discute (si el nuevo sistema debe o no proyectarse hacia el pasado), pues tan sólo excluye lo que expresa: que si las retribuciones pasadas fuesen superiores a las que corresponden a una instalación de acuerdo con el nuevo sistema en el total (aquí sí) de la vida regulatoria de una instalación, se le pudiese reclamar el exceso. Y a la inversa, el apartado puede



entenderse también como una confirmación de la ruptura de modelo que se produce con la entrada en vigor del Real Decreto-ley: no se puede reclamar lo ya percibido de acuerdo con un sistema anterior, aunque dicha remuneración anterior suponga superar las retribuciones que pudieran derivar de la aplicación del nuevo a toda la vida regulatoria de la instalación.

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

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

SEXTO .- Conclusión.

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

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

Eduardo Espin Templado

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 515/2014), AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a Maria Isabel Perello Domenech.

Por medio de este voto particular manifiesto mi respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria en dos puntos sustanciales de la controversia:

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

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

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

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

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

Aquellas modificaciones introducidas en el año 2010 fueron enjuiciadas por este Tribunal Supremo en diferentes recursos -sirvan de muestra las sentencias de 12 de abril de 2012 (recurso contencioso-administrativo 40/2011), 12 de abril de 2012 (recurso 35/2011), 19 de junio de 2012 (recurso 62/2011), 24 de septiembre de 2012 (recurso 60/2011), 25 de septiembre de 2012 (recurso 71/2011), 26 de junio de 2012



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

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

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

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

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

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



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

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

El Real Decreto y la Orden podrían haber establecido que a partir de la entrada en vigor de la reforma las instalaciones preexistentes quedasen incardinadas en alguna de 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 3^a y derogatoria única) como la Ley 24/2013 (disposición transitoria 6^a) dejaron establecido que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, o Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, según los casos); y que recibirían esa retribución con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el desarrollo reglamentario. Sin embargo, es en el Real Decreto 413/2014 donde se materializa y concreta el alcance de aquella previsión legal; y lo hace la norma reglamentaria en términos que resultan vulneradores de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, pues determinó que las instalaciones hubiesen de operar, a ciegas, sin conocer el régimen regulatorio que sería de aplicación a su actividad no sólo en el futuro sino también el propio período transitorio.

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



- Por tecnología de régimen especial: solar termoeléctrica, fotovoltaica, eólica, cogeneración, mini hidráulica (instalaciones de hasta 10 MW) e hidráulica de mediana potencia (instalaciones de entre 10 ME y 50 MW), biomasa, biogás, combustión de residuos, y tratamiento de residuos.
- Por tipo de coste: coste de inversión, coste de operación y mantenimiento, coste de combustibles, otros costes relevantes para cada tecnología
- Por año de puesta en operación hasta 2013, de acuerdo con la capacidad instalada en cada año (...)>>

El encargo de tales informes se formalizó mediante contrato suscrito en virtud de resolución del Director General del IDAE de 28 de noviembre de 2013 (expediente de contratación con referencia nº NUM000 del citado organismo). Y según se acaba de ver, la encomienda que allí se hacía a las consultoras Boston Consulting y Roland Berger consistía en la realización de sendos informes que llevasen a cabo la identificación y análisis de los valores y parámetros cuantitativos y cualitativos que habrían de configurar el nuevo modelo retributivo para las energías renovables, tarea habría de incorporar el análisis de los valores estándar históricos de las principales variables con impacto en el coste total de producción, la diferenciación entre las diversas tecnologías de régimen especial, el análisis también diferenciado según el tipo de coste (coste de inversión, coste de operación y mantenimiento, coste de combustibles, otros costes relevantes para cada tecnología), y distinguiendo asimismo según el año de puesta en operación.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Además, la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, debería haber sido declarada nula por carecer de justificación técnica los valores y parámetros de diversa índole que en ella se fijan como definidores del régimen retributivo para cada instalación tipo.

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

Eduardo Calvo Rojas María Isabel Perello Domenech

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castoverde, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.