



Roj: **STS 293/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:293**

Id Cendoj: **28079130032018100039**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **02/02/2018**

Nº de Recurso: **819/2014**

Nº de Resolución: **146/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 146/2018**

Fecha de sentencia: 02/02/2018

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 819/2014

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/01/2018

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Procedencia:

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Transcrito por: ELC

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 819/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 146/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas



D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 2 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número 1/819/2014 interpuesto por el procurador don Jacobo Borja Rayón, en representación de la mercantil BULLFIN, S.L., con asistencia del letrado don Juan Manuel Rodríguez Cárcamo, 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.

Ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Procurador don Jacobo Borja Rayón, en representación de la mercantil BULLFIN, S.L., interpuso con fecha 11 de septiembre de 2014, recurso contencioso-administrativo contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

**SEGUNDO.-** Solicitada por el Abogado del Estado la suspensión de la tramitación procesal de este recurso contencioso-administrativo, a resultas de la decisión que adopte la Comisión Europea en relación al procedimiento de examen preliminar de ayudas de Estado planteado por las Autoridades españolas, y una vez oída la parte demandante, se dictó Auto el 17 de julio de 2015, por el que se acuerda «no ha lugar a la petición de la Administración demandada de que se suspenda la tramitación del presente proceso».

**TERCERO.-** Una vez recibida la ampliación del expediente solicitada por la parte actora, la representación procesal de la mercantil BULLFIN, S.L. demandante, presentó escrito de demanda el 18 de noviembre de 2015, en el que alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito, junto con sus copias y los documentos que lo acompañan, se sirva admitirlo, y tras los oportunos trámites, tenga a bien dictar sentencia en la que estime el recurso contencioso-administrativo formulado por esta parte y, en su virtud:

(i) declare que el Anexo III y el VIII de la Orden IET/1043/2014, en el partado que contiene los valores retributivos de la IT 420, son nulos de pleno Derecho por cuanto dichos valores no permiten a una instalación estándar bajo dicha ITY alcanzar la rentabilidad prevista en el RDL 9/2013 y en la LSE;

(ii) ordene a la Administración que dicte una nueva Orden ministerial que fije una retribución superior, tomando en cuanto los costes reales de inversión y de operación, que esta vez sí permita alcanzar dicha rentabilidad; y

(iii) condene a la Administración demandada a pagar las costas del presente procedimiento

Por Primer Otrosí solicita el recibimiento del pleito a prueba señalando los puntos sobre los que deberá versar.

Por Segundo Otrosí determina la cuantía del procedimiento en indeterminada. » .

**CUARTO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito presentado el 12 de enero de 2016, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias, así como el expediente administrativo que se devuelve, se sirva admitirlo; tenga por formuladas las consideraciones que en él se contienen; por contestada la demanda; y, previa la tramitación que proceda, dicte sentencia por la que se desestime el recurso y se impongan las costas a la parte recurrente. Con lo demás que se aprocendente.

Por Primer Otrosí solicita el recibimiento del recurso a prueba y fija los puntos de hecho sobre los que habrá de versar.

Por Segundo Otrosí considera innecesaria la celebración de vista pero solicita se acuerde que las partes presenten conclusiones escritas. » .



**QUINTO.-** La Letrada de la Administración de Justicia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó Decreto el 22 de enero de 2016, por el que resuelve fijar la cuantía del presente recurso contencioso-administrativo en indeterminada.

**SEXTO.-** La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 5 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva dice literalmente:

« Se recibe el recurso a prueba.

Se admiten y declaran pertinentes los medios de prueba propuestos por las partes y para su práctica, por plazo de treinta días, se resuelve:

1) En cuanto a la Documental propuesta por la parte demandante, se tienen por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo así como los aportados con el escrito de Demanda.

2) En cuanto a la Documental propuesta por el Abogado del Estado en su escrito de contestación de la Demanda, se tienen por reproducidos los Informes que se adjuntan al mismo como documentos anexos números 1 y 2.

3) Se acuerda la continuación del trámite mediante **conclusiones** escritas, y al efecto se concede al representante procesal de la parte actora el plazo de DIEZ DIAS a fin de que presente escrito de conclusiones sucintas de los hechos por el mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoye, conforme determina el artículo 64 de la Ley de esta Jurisdicción . » .

**SÉPTIMO.-** El procurador don Jacobo Borja Rayón, en representación de la mercantil BULLFIN, S.L., presentó escrito de conclusiones el 23 de febrero de 2016, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito de conclusiones junto con el documento que se acompaña, se sirva admitirlo, y tras los oportunos trámites, sin suspensión del curso del procedimiento, tenga a bien dictar sentencia en la que estime el recurso contencioso-administrativo formulado por esta parte y, en su virtud:

(i) declare que el Anexo III y el VIII de la Orden IET/1045/2014, en el apartado que contiene los valores retributivos de la IT 420, son nulo de pleno Derecho por cuanto dichos valores no permiten a una instalación estándar bajo dicha IT alcanzar la rentabilidad prevista en el RDL 9/2013 y en la LSE;

(ii) ordene a la Administración que dicte una nueva Orden ministerial que fije una retribución superior, tomando en cuenta los costes reales de inversión y de operación, que esta vez sí permita alcanzar dicha rentabilidad; y

(iii) condene a la Administración demandada a pagar las costas del presente procedimiento. » .

**OCTAVO.-** Por diligencia de ordenación de 24 de febrero de 2016, se tiene por evacuado el trámite de conclusiones conferido a la parte recurrente y entregar copia a la parte demandada (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO), otorgándole el plazo de diez días para que presenten las suyas, lo que efectuó el Abogado del Estado presentó escrito de conclusiones el 25 de enero de 2016, en el que efectuó las alegaciones que consideró oportunas, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que habiendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlos, **tenga por formuladas CONCLUSIONES**, para continuar con la tramitación legal de este proceso hasta resolverlo por sentencia que lo desestime tal como se pidió al contestar la demanda. » .

**NOVENO.-** Por providencia de 4 de abril de 2016, se concede a las partes un plazo común de diez días a fin de que puedan alegar lo que a su derecho convenga acerca de la incidencia que pueda tener sobre las cuestiones suscitadas en este proceso la sentencia el Pleno del Tribunal Constitucional, STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 19 de 22 de enero de 2016, evacuándose dicho trámite con el siguiente resultado:

**1º.-** El Abogado del Estado, en escrito de fecha 7 de abril de 2016, efectuó las manifestaciones que consideró oportunas, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que tenga por presentado este escrito y copias, los admita con sus alegaciones y resuelva que no procede plantear cuestión de inconstitucionalidad, continuando la tramitación de este proceso para su resolución por sentencia en los términos suplicados en la contestación a la demanda presentada por esta Abogacía.

Por Otrosí pide que se admita la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el RI 164/2013, interpuesto por el Gobierno de Navarra frene a determinados preceptos del RD-ley 9/2013. » .



2º.- El procurador don Jacobo Borja Rayón, en representación de la mercantil BULLFIN, S.L. demandante, presentó escrito el 19 de abril de 2016, en el que tras manifestar lo que consideró oportuno, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado el presente escrito y admitiéndolo, tenga por evacuado el trámite conferido por la Diligencia de Ordenación, de 4 de abril de 2016, a los efectos legales oportunos. » .

**DÉCIMO.-** Por providencia de 21 de abril de 2016, se tiene por evacuado el traslado conferido a las partes por resolución de 18 de abril de 2016; tener por hecha, por el Sr. Abogado del Estado, la referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el recurso de inconstitucionalidad nº 5852-2013, aportada con su escrito de alegaciones; y, asimismo, conceder a las partes el plazo de cinco días a fin de que aleguen lo que a su derecho convenga, respecto de la procedencia de admitir el documento, notificación a los miembros del Parlamento Europeo petición 2520/2014, presentado por el Sr. Abogado del Estado, así como los efectos de dicho documento en el objeto de este recurso, lo que efectuó el procurador don Jacobo Borja Rayón, en representación de la mercantil demandante por escrito presentado el 27 de abril de 2016, en el que efectuó las manifestaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, tenga por evacuado el trámite conferido por la Diligencia de Ordenación (sic), de 11 (sic) de abril de 2016 y, en su virtud, acuerde la inadmisión del documento presentado por la Administración demandada en su escrito de 4 de abril de 2016. » .

**UNDÉCIMO.-** Por providencia de 10 de mayo de 2016 se acuerda, una vez oído el Abogado del Estado, no haber lugar a la ampliación al presente recurso de la Orden ETU/130/2017, de 17 de febrero, solicitada por la representación procesal de la mercantil BULLFIN, S.L. por escrito de 21 de abril de 2017.

**DUODÉCIMO.-** Por providencia de 23 de octubre de 2017, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 30 de enero de 2018, fecha en que tuvo lugar el acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la mercantil BULLFIN, S.L., tiene por objeto la pretensión de que se declare nulos de pleno Derecho los Anexos III y VIII de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, en el apartado que contiene los valores retributivos de la instalación tipo IT-00420.

Se solicita que se ordene a la Administración demandada que dicte una nueva Orden ministerial que fije una retribución superior, teniendo en cuenta los costes reales de inversión y de operación que permita alcanzar la rentabilidad razonable prevista 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, y en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

La impugnación de la Orden IET/1045/2014 se fundamenta, en primer término, en la alegación de que el expediente administrativo no satisface las necesidades mínimas de motivación y justificación que requiere una norma como la Orden IET/1045/2014, incumpliendo los requisitos establecidos al respecto por el Tribunal Supremo.

Se aduce que los valores asignados a la IT 00420 no están debidamente motivados, pues su cálculo no está basado en la documentación obrante en el expediente administrativo, ni se corresponde con los valores reales de las dos plantas de su titularidad, lo que conculca el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Se arguye, en segundo término, que la realidad de los costes de las plantas no se han tenido en cuenta, lo que determina que no percibe la rentabilidad razonable prevista en la Ley del Sector Eléctrico.

Se aduce, en tercer término, que resulta imposible aplicar el criterio del menor coste, que está en consonancia con el concepto de empresa eficiente y bien gestionada, que no resulta aplicable en este sector, en la medida que la empresa con mayores costes no es necesariamente una empresa ineficiente, y que una empresa con bajos costes puede ser calificada de ineficiente si no alcanza los objetivos perseguidos.

### **SEGUNDO.- Sobre la improsperabilidad del recurso contencioso-administrativo.**



**a) Sobre el motivo de impugnación fundamentado en la falta de motivación y justificación de la Orden IET/1045/2014.**

El motivo de impugnación formulado contra la Orden IET/1045/2014, basado en la arbitrariedad en que ha incurrido la Administración en el cálculo de los valores retributivos asignados a la instalación tipo IT-00420, en cuanto no se satisfacen las exigencias mínimas de motivación y justificación que requiere la adopción de una disposición general, no puede ser estimado.

En efecto, según sostuvimos en la sentencias de esta Sala de 29 de septiembre de 2016 (RCA 523/2014 ) y de 7 de junio de 2017 (RCA 441/2014 ), para dar respuesta a esta alegación ha de partirse de que el nuevo régimen retributivo instaurado se basa en la fijación de unos parámetros estándar que pivotan en torno a una "instalación tipo", separándose así del anterior régimen basado en una retribución por "prima" y una rentabilidad razonable calculada sobre los costes de inversión reales en que se hubiese incurrido, por lo que la utilización de unos valores estándar de la inversión y de los costes estándar de explotación es uno de los pilares en torno al que gira el nuevo sistema retributivo diseñado en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013 por remisión al mismo. Desde esta perspectiva, ningún reproche puede dirigirse a la Orden por el hecho de que utilice tales valores estándar o medios y prescinda de las inversiones reales de cada una de las instalaciones, pues con ello no hace sino cumplir con el mandato legal que se le encomendó, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme diversidad de instalaciones existentes que se agrupan por criterios homogéneos, elaborarlos partiendo de la premisa de que se trata de una instalación "eficiente y bien gestionada". 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.

Por ello, carece de fundamento la alegación formulada respecto de que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo ha eludido en el procedimiento de elaboración de la Orden IET/1045/2014 la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la motivación exigible en las normas de carácter técnico-económico.

En este sentido, cabe añadir que en la sentencia de esta Sala de 7 de julio de 2017 (RCA 815/2014), dando respuesta a idénticos argumentos a los formulados en este recurso contencioso-administrativo, dijimos:

« [...] En su demanda las entidades recurrentes alegan, tras extenderse sobre la jurisprudencia de este Tribunal en relación con la motivación de las disposiciones generales, que los valores retributivos asignados a la IT-58, a la que corresponden las instalaciones de las sociedades actoras, no están debidamente motivados, pues no existe en el expediente una justificación de dichos parámetros. Entiende que tal falta de justificación determina que sean arbitrarios y que no permitan alcanzar la rentabilidad razonable prevista en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley del Sector Eléctrico, todo lo cual habría quedado acreditado en la prueba pericial practicada en autos.

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

El problema se centra, por tanto, en determinar 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 (art. 14), la determinación de los periodos regulatorios (art. 15), los criterios para calcular la retribución a la inversión y la retribución a la operación de la instalación tipo (artículos 16 y 17) y las correcciones de los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación como consecuencia del número de horas equivalentes de funcionamiento de las misma (art. 21). De modo que ya en el Real Decreto se contienen unos criterios generales en los que fundar los criterios técnicos y retributivos en los que debería basarse la Orden.

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

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

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

A tal efecto, resulta relevante el contenido del informe sobre la propuesta de la Orden, emitido el 3 de abril de 2014 por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia. En dicho informe, por lo que respecta a los criterios de clasificación de las diferentes instalaciones tipo, se afirma "que el criterio elegido para realizar la clasificación por instalaciones tipo ha sido, con carácter general, el distinguir tantas categorías como circunstancias normativas históricas hayan existido y años hayan transcurrido, pues en la nueva metodología retributiva es relevante la contabilización y descuento de flujos y costes habidos y previstos". Añadiendo que existe un "argumento de peso para haber seguido este criterio" consistente en "ofrecer un tratamiento que se ciña tanto como sea posible a la realidad económica, también dispar, que han vivido las instalaciones". Es más "los parámetros identificados para los ejercicios pasados en la fichas que para cada IT proporciona el anexo VII de la propuesta...responde al promedio calculado de datos históricos, correspondiente a las instalaciones reales que integran cada IT. Es decir, no se trata de estándares teóricos, cuyas características pudieran haberse inferido únicamente de documentación técnica o parámetros constructivos, sino de valores medios reales correspondientes a las instalaciones que integran cada IT". Y sin bien entiende que se producen situaciones puntuales anómalas concluye que "en definitiva, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas, la clasificación empleada es, pese a su complejidad, posiblemente la más objetiva y probablemente también la más robusta; arroja valores esperables cuando una IT engloba un volumen de instalaciones tal que permite alcanzar un grado de representatividad suficiente o bien, cuando aun agrupando un número reducido de instalaciones ..estas son muy parecidas entre sí". No cabe duda, por tanto, que los criterios clasificatorios tomados en consideración por la orden para establecer las diferentes instalaciones tipo están justificados en razones objetivas que son conocidas y, 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 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.

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. Es más, la memoria aclara, en respuesta a las cuestiones planteadas en el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a las alegaciones (más de 600) presentadas por empresas y asociaciones del sector y por las Comunidades Autónomas, las razones que le llevan a aceptar o rechazar las mismas, lo que, en definitiva, implica exteriorizar los criterios o razones tomadas en consideración para aceptar determinados elementos de cuantificación. Sirva como ejemplo el hecho de que dicha memoria afirme que «ha revisado, con carácter general los valores de inversión y el resto de los parámetros retributivos de las instalaciones tipo incluida en los anexos de la orden, especialmente aquellos posibles errores puestos de manifiesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y por los interesados en el trámite de audiencia. Además, se ha mejorado la justificación de determinadas hipótesis que se han considerado en el nuevo modelo retributivo (como la fijación del precio del mercado previsto a futuro).»

Por todo ello, no se considera que la Orden carezca de la necesaria motivación o que se desconozcan los elementos tomados en consideración para fijar las distintas variables que conforman los parámetros fundamentales de la retribución específica de las instalaciones tipo. No obsta a la conclusión anterior la prueba practicada en autos, cuyas conclusiones en relación con parte de las plantas termosolares existentes en España no resulta suficiente para desvirtuar el que la Orden se apoyara en criterios técnicos exentos de arbitrariedad, pese a que se pueda discrepar técnicamente del acierto en la concreta fijación de determinados parámetros. » .

**b) Sobre el motivo de impugnación sustentado en la insuficiencia retributiva de los valores incluidos en los Anexos III y VIII de la Orden IET/1045/2014 correspondientes a la instalación tipo IT-00420.**

El motivo de impugnación formulado contra los Anexos III y VIII de la Orden IET/1045/2014, que denuncia la insuficiencia retributiva de los valores incluidos asignados a la instalación tipo IT-00420, no puede ser estimado.

En efecto, como sostuvimos en la sentencia de esta Sala de 29 de junio de 2016 , hemos partido de la premisa de que la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , en su apartado 3 fija, en consonancia con lo dispuesto en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 9/2013 , la rentabilidad razonable que tienen derecho a percibir los titulares de instalaciones de producción de energía a partir de fuentes de energía renovables que tenían reservado un régimen económico primado, que se vincula a toda la vida útil regulada de la instalación, así como un límite a la aplicación de dicho régimen retributivo:

« 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.

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 constatase que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad. » .





Una consideración general del régimen jurídico y económico de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, establecido en el Real Decreto- ley 9/2013, de 12 de julio, y posteriormente regulado en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, nos permite afirmar:

1) Ni el Real Decreto 413/2014 ni la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/1045/2014 crean "ex novo" el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

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

El Real Decreto-ley 9/2013, fue la norma 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.

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

La definición de los elementos esenciales de este nuevo sistema retributivo ya se encontraba en el artículo 1 del Real Decreto-ley por el que se 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".

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

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

6) La modificación del régimen retributivo primado establecido por el Real Decreto 661/2007, no es obra ni del Real Decreto 413/2014 ni de 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.

Partiendo de estas premisas normativas, cabe subrayar que 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 RD-ley 9/2013, contempla el complemento de los ingresos procedentes del mercado con una retribución regulada específica que garantice a las instalaciones una rentabilidad razonable.

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

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

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

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

Por lo que respecta a la exclusión de los costes financieros, al tiempo de calcular la rentabilidad razonable, cabe señalar que el cálculo de la retribución específica se hace en relación con una instalación tipo y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada. De modo que tanto los coste de explotación como el valor de la inversión inicial se estandarizan, homogeneizándose en relación con cada una de las instalaciones tipo que se configuran, y prescindiendo de las inversiones reales realizadas por cada una de las empresas que operaban en el sector, aun cuando para esta clasificación y para la fijación de esos valores estándar se tomen en consideración valores medios ponderados e históricos.

Los gastos financieros ocasionados por la utilización de financiación ajena que hayan podido tener cada una de las empresas no tienen cabida en este modelo, sin que pueda estimarse que la Orden impugnada, al no incluir en los gastos de la inversión inicial los costes de financiación, infrinja o contradiga los principios y criterios del nuevo régimen retributivo establecidos por normas con rango legal, sino al contrario, tanto el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, en la redacción dada por el RD-ley 9/2013, como el artículo 14.7 de la Ley 24/2013, que el RD 413/2014 y la Orden IET impugnados desarrollan, al tratar de la retribución específica y de los costes de inversión de una instalación tipo que no puedan ser recuperados por la venta de energía, establecen que "solo" se tendrán en cuenta aquellos costes e inversiones <<que respondan exclusivamente a la actividad de producción de energía eléctrica>>, y los intereses y gastos financieros no tienen esa condición de cantidades invertidas directamente -o exclusivamente- en la producción de energía eléctrica.

Tales gastos, aun siendo efectivamente un coste que las empresas han de computar en una correcta actuación empresarial y contable, no necesariamente han de ser incluidos a los efectos de calcular la rentabilidad garantizada por el Estado, pues con la previsión legal mencionada no se trata de garantizar una correcta actividad contable sino de fijar una cantidad primada como medida de fomento a las empresas que operen con estas tecnologías, al margen de si han necesitado o no financiación ajena para ello.

Argumenta finalmente que la retribución fijada carece de la previsibilidad exigida por la Ley del Sector Eléctrico, pues la cifra de dicha rentabilidad puede cambiar a lo largo de vida útil regulatoria.

Lo cierto es que las previsiones destinadas a revisar al final de cada periodo regulatorio los parámetros retributivos, tampoco es imputable a la norma reglamentaria impugnada sino que aparece ya contenida en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, cuyo artículo 14.4 dispone 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. Previsión legal que trata de acomodar las diferentes partidas de ingresos y costes a las variaciones experimentadas durante ese periodo con la finalidad de proteger la sostenibilidad económica y financiera



del sistema, pues los ingresos del sistema deben ser suficientes para satisfacer la totalidad de los costes del sistema eléctrico ( art. 13.4 de la Ley 24/2013 ) por lo que anualmente se aprueba una previsión de las diferentes partidas de ingresos y costes del sistema eléctrico para los seis siguientes años ( art. 13.6 de la Ley 24/2013 ). Tampoco puede considerarse contraria al principio de seguridad jurídica y confianza legítima, pues la posible modificación futura, al alza o a la baja, de los parámetros retributivos no solo está contenida en una norma legal clara y precisa en la que se establece su mecanismo de revisión sino que además está justificada por la sostenibilidad del sistema eléctrico, sin que tampoco pueda pretenderse, a tenor de lo ya expuesto anteriormente, la inmutabilidad futura de los parámetros retributivos fijados por estas normas.

Por ello, procede rechazar el alegato formulado respecto de que procede declarar la nulidad de los Anexos III y VIII de la Orden IET/1045/2014 por no tener en cuenta, respecto de la instalación tipo IT-00420, la realidad de los costes soportados, lo que le impide -según se aduce- percibir la rentabilidad razonable prevista en la Ley.

Cabe añadir que esta Sala ya ha rechazado expresamente esta alegación en la sentencia de 12 de julio de 2017 (RCA 456/2014 ) en que sostuvimos que la regulación contenida en el Anexo III de la Orden IET/1045/2014, relativa a las estimaciones para la fijación del precio de la electricidad no era errónea, porque se ajusta a lo dispuesto en las previsiones contenidas en la disposición adicional primera del Real Decreto 413/2014 , con la expresión de los siguientes razonamientos jurídicos:

«[...] Pues bien, el alegato no puede ser acogido, pues la determinación del precio de mercado para el primer semestre del año 2014, al que en esencia se refiere la queja, resulta de la aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera y del artículo 22 del Real Decreto 413/2014 . Este último contempla como ha de hacerse la estimación de los precios de mercado en los siguientes términos " *para cada año del semiperíodo regulatorio se calculará como la media aritmética de las cotizaciones de los contratos de futuros anuales correspondientes negociados en el mercado de futuros de electricidad organizado por OMIP durante un periodo de seis meses anterior al inicio del semiperíodo para el que se estima el precio del mercado. Los seis meses a considerar para la estimación del precio del mercado anterior, serán los últimos que se encuentren disponibles en el momento en que se efectúe la revisión* " .

Por otro lado, en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 413/2014 , se afirma que " *la estimación del precio de mercado para cada año del primer semiperíodo regulatorio desde el año 2014 será la media aritmética de las cotizaciones de los contratos de futuros anuales negociados en el mercado de futuros de electricidad organizado por OMIP durante los últimos seis meses de 2013* " .

En concordancia la Orden IET 1045/2014, se ajusta, pues, a las previsiones del Real Decreto 413/2014 y a su Disposición Adicional Primera que se refiere específicamente al período regulatorio de referencia, que determina la forma de estimación del precio de mercado atendiendo a la media aritmética de las cotizaciones de contratos de futuros, en términos que no cabe tildar de arbitrarios o irrazonables.».

En este sentido, el Informe aportado a las actuaciones con el escrito de demanda, que versa sobre la situación económica y financiera del proyecto después de la publicación del nuevo Real Decreto 413/2014 de energías renovables, elaborado por don Constanancio , no resulta determinante para apreciar que los valores asignados a la instalación tipo IT-00420 sean inadecuados para que las plantas alcancen la rentabilidad prevista en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

**c) sobre el motivo de impugnación basado en la imposibilidad de aplicar el criterio de empresa eficiente y bien gestionada para calcular el valor de los parámetros retributivos.**

El motivo de impugnación formulada contra los Anexos III y VIII de la Orden IET/1045/2014, basado en el argumento de que resulta de imposible aplicar el criterio de empresa eficiente y bien gestionada para calcular los valores de los parámetros retributivos, no puede ser estimado.

En efecto, cabe señalar al respecto que ya hemos abordado anteriormente la motivación para establecer los parámetros retributivos y las instalaciones tipo, pero también se cuestiona el concepto de «empresa eficiente y bien gestionada» con base al cual se calcula la retribución específica, afirmando que es un concepto jurídico indeterminado.

La concreción del concepto de «empresa eficiente y bien gestionada» se determina con los criterios económicos de la Orden IET 1045/2014. No obstante, conviene señalar que el concepto de «empresa eficiente y bien gestionada» se incluye en el artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013, a efectos de la determinación de la retribución específica. Este concepto exige, entre otras cosas, que la empresa desarrolle la actividad, por la que se recibe la retribución específica, de forma eficiente lo que conlleva un funcionamiento efectivo de dicha instalación en su actividad de producción de energía eléctrica durante un número mínimo de horas de funcionamiento y con arreglo a unos costes que se consideran normales o medios para el tipo de tecnología de que se trate.



En la sentencia de esta Sala de 7 de julio de 2017 (RCA 815/2014), ya sostuvimos que, en lo que se refiere al concepto de empresa eficiente y bien gestionada no puede afirmarse que se trate de un concepto arbitrario o carente de sentido, sino que responde a una metodología que en si mismo no puede ser calificada de contrario a derecho, como ya se ha justificado.

En suma, observamos que en la formulación de este motivo de impugnación la parte discrepa de la metodología empleada, pero la misma ha sido ya declarada conforme a derecho en las numerosas sentencias dictadas en los recursos dirigidos contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, esta última es la que se impugna en este concreto recurso, por las razones que se han explicitado en los fundamentos anteriores.

Por ello, rechazamos el argumento de que la Orden IET/1045/2014 yerra cuando fija unos parámetros estándar a partir de una empresa dotada de los medios necesarios al mínimo coste, en la medida que sería imprescindible -según se aduce- contar con una comparativa de los costes y los beneficios de las empresas del sector, en cuanto se cuestiona de nuevo la falta de justificación de los valores retributivos establecidos en la referida Orden ministerial, lo que ha hemos descartado en los precedentes fundamentos jurídicos.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse todos los motivos de impugnación formulados, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil BULLFIN, S.L. contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

#### **TERCERO.- 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 hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo, al apreciarse que la controversia presentaba serias dudas de Derecho.

#### **FALLO**

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

**Primero.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo** interpuesto por la representación procesal de la mercantil BULLFIN, S.L. contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

**Segundo.- No procede 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.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Maria Isabel Perello Domenech Angel Ramon Arozamena Laso

#### **VOTO PARTICULAR**

QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 1/819/2014), AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH.

Por medio de este voto particular manifiesto mi respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria en dos puntos sustanciales de la controversia suscitada en relación con el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio:

**A/** De un lado, no comparto los apartados de la fundamentación jurídica de la sentencia en los que se desestiman las alegaciones de la parte demandante sobre la eficacia retroactiva del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. En mi opinión, ambas disposiciones deberían haber sido declaradas nulas por incurrir en retroactividad ilícita y en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, en los términos que seguidamente explicaré.





**B/** Discrepo asimismo del criterio mayoritario en lo que se refiere a la apreciación de suficiencia de la justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014; pues entiendo que la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, debería haber sido declarada nula por carecer de justificación técnica los valores y parámetros de diversa índole que en ella se fijan como definidores del régimen retributivo para cada instalación tipo. Sin embargo, no desarrollaré aquí este segundo aspecto de discrepancia toda vez que se refiere a una cuestión que en este proceso concreto no ha sido abordada.

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

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

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

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

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

Es cierto que son normas de rango legal las que establecen las bases del régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos.





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

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

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

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

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

El Real Decreto y la Orden podrían haber establecido que a partir de la entrada en vigor de la reforma las instalaciones preexistentes quedasen incardinadas en alguna de las categorías 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 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 establecen toda la actividad desarrolla por la instalación desde su inicio.

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



Es cierto, ya lo he señalado, que tanto el Real Decreto-ley 9/2013 (disposición transitoria 3ª y derogatoria única) como la Ley 24/2013 (disposición transitoria 6ª) dejaron establecido que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, o Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, según los casos); y que recibirían esa retribución con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el desarrollo reglamentario. Sin embargo, es en el Real Decreto 413/2014 donde se materializa y concreta el alcance de aquella previsión legal; y lo hace la norma reglamentaria en términos que resultan vulneradores de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, pues determinó que las instalaciones hubiesen de operar "a ciegas", sin conocer el régimen regulatorio que sería de aplicación a su actividad no sólo en el futuro sino también durante el propio período transitorio.

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

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

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

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

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. Pero, como indiqué al comienzo, el desarrollo argumental de este segundo aspecto de mi discrepancia con la mayoría de la Sala corresponderá hacerlo con ocasión de sentencias en las que se aborde la cuestión relativa a la justificación técnica de la Orden IET/1045/2014.

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

Eduardo Calvo Rojas ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia y voto particular, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.