



Roj: **STS 327/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:327**

Id Cendoj: **28079130032018100043**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **07/02/2018**

Nº de Recurso: **838/2014**

Nº de Resolución: **181/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 181/2018**

Fecha de sentencia: 07/02/2018

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

Número del procedimiento: 838/2014

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:

ALBUJÓN SOLAR 17, S.L.

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 838/2014

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. 181/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, Presidente

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 7 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número 1/838/2014 interpuesto por el procurador don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar (sustituido con posterioridad por el procurador don Victorio Venturini Medina, al haber fallecido el Sr. Velasco Muñoz-Cuellar), en representación de la mercantil ALBUJÓN SOLAR 17, S.L., bajo la dirección letrada de don Juan Perdigó Solà, 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 ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procurador don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, en representación de la mercantil ALBUJÓN SOLAR 17, S.L., interpuso con fecha 19 de septiembre de 2014, recurso contencioso-administrativo, que se registró con el número 1/838/2014, 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.-** Admitido a trámite el recurso, se 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 oídas las partes, se dictó Auto el 17 de julio de 2015, por el que se acuerda «no ha lugar a la petición de la Administración demanda de que se suspenda la tramitación del presente proceso».

**TERCERO.-** En su escrito de demanda presentado el 10 de septiembre de 2015, la representación procesal de la mercantil ALBUJÓN SOLAR 17, S.L. demandante, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y lo concluyó SOLICITANDO:

« que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias y los documentos que lo acompañan, se sirva admitirlo, unirlo a los autos de su razón, y, en su virtud, tenga por formalizada la demanda en los presentes autos por parte de Albuñón Solar, 17 S.L., y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que:

(i) Declare la nulidad de pleno Derecho de la Orden IET de conformidad con el artículo 62.2 de la LRJPAC al haber sido aprobada dicha norma con la omisión de un trámite esencial.

(ii) Subsidiariamente, para el hipotético supuesto de que se considere que la Orden IET no adolece de un vicio de procedimiento, declare la nulidad de pleno Derecho de los siguientes preceptos de la Orden IET:

- Artículo 1, apartados 2 y 3
- Artículo 2, apartado 1
- Artículo 3
- Anexos a los que se refiere el Artículo 3

todo ello de conformidad con el artículo 62.2 de la LRJPAC, al constituir un supuesto de retroactividad, en grado máximo y medio, prohibido por el artículo 9.3 de la Constitución .

(iii) Subsidiariamente, para el hipotético supuesto de que se considere que la Orden IET no adolece de un vicio de procedimiento y que no constituye un supuesto de retroactividad prohibida por la Constitución, declare la nulidad de pleno Derecho de los valores estándar de la inversión inicial previstos para las IT-00069 e IT-00070 en el Anexo VIII de la Orden IET, y ello de conformidad con el artículo 62.2 de la LRJPAC por vulnerar dichos valores el principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución .

Por Primer Otrosí solicita que se plantee cuestión de inconstitucionalidad en el caso que la Sala entienda que no procede la nulidad de la Orden IET sin cuestionarse la disposición final tercera de la Ley del Sector Eléctrico de 2013.

Por Segundo Otrosí solicita el recibimiento del pleito a prueba y propone los medios sobre los que ha de versar.

Por Tercer Otrosí manifiesta que la cuantía de este recurso debe fijarse como indeterminada.

Por Cuarto Otrosí interesa la formulación de conclusiones. » .

**CUARTO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito presentado el 20 de octubre de 2015, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y lo concluyó SOLICITANDO:

« que teniendo por presentado este escrito y los documentos que se acompañan con sus copias, se sirva admitirlos, teniendo por contestada la demanda, dictándose sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas.

Por Otrosí acompaña informe pericial emitido por el IDAE y los elaborados en el informe presentado en el recurso 1/62/2011 y su ampliación, que acreditan el hecho de la valoración de la inversión inicial para las IT-00069 e IT-00070, solicitando el recibimiento a prueba para acreditarlo en base al referido informe.

Por Otrosí Digo se opone al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición final tercera la LSE 2013. » .

**QUINTO.-** La Letrada de la Administración de Justicia, por Decreto de 27 de octubre de 2015, resuelve fijar la cuantía del presente recurso contencioso-administrativo en indeterminada.

**SEXTO.-** El 21 de enero de 2016, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó Auto cuya parte dispositiva dice literalmente:

« 1) **Recibir** el recurso a prueba.

2) **Admitir** y **practicar** las propuestas por la demandante, para lo que se tienen por reproducidos los documentos acompañados al escrito de interposición del recurso, el expediente administrativo y el dictamen pericial emitido por D. Benedicto (documento nº 1 anexo a la demanda) y por aportados los documentos 1, 2, 3 y 4 adjuntos al escrito de ampliación de medios de prueba presentado el 3 de noviembre de 2015.

3) **Admitir** y **practicar** las propuestas por la Administración, para lo que se tienen por incorporados el informe pericial emitido por el IDAE y los elaborados en el informe presentado en el recurso 1/62/2011 y su ampliación, adjuntos a la contestación de la demanda.

4) Respecto de la ratificación del Sr. Benedicto , se señala el próximo **18 de febrero de 2016 a las 12 h .** , quedando citadas en forma las partes, y el compareciente a través de la cédula que entregará el Tribunal al Procurador demandante. » .

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 18 de febrero de 2016, se declara terminado y concluso el periodo de prueba concedido; unir las practicadas a los autos y conceder al representante procesal del actor el plazo de diez días para que presente conclusiones sucintas sobre los hechos por el mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoye, lo que efectuó el procurador don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar por escrito presentado el 16 de marzo 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, se sirva admitirlo, unirlos a los autos de su razón, tenga por formulado en tiempo y forma escrito de conclusiones y dicte en su día sentencia de acuerdo con las pretensiones articuladas en el escrito de demanda. » .

**OCTAVO.-** Por diligencia de ordenación de 17 de marzo de 2016, se acuerda dar traslado a la parte demandada, otorgándole el plazo de diez días para que presente sus conclusiones, evacuándose dicho trámite por el Abogado del Estado, en escrito presentado el 31 de marzo 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 su copia se sirva admitirlo, teniendo por formuladas conclusiones. » .

**NOVENO.-** Por providencia de 4 de abril de 2016, se acuerda conferir a las partes un plazo común de diez días para que formulen alegaciones 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 , 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 presentado el 7 de abril de 2016, efectuó las manifestaciones que consideró oportunos, 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, y con base en el artículo 271 LEC, aporta la sentencia 164/2013 del Tribunal Constitucional . » .

2º.- El procurador don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, en representación de la mercantil ALBUJÓN SOLAR 17, S.L. demandante, presentó escrito el 21 de abril de 2016, en el que tras efectuar, asimismo, las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que se tenga por presentado este escrito, lo admita, y tenga por evacuado el trámite de alegaciones conferido por Providencia de fecha 11 de marzo (sic) de 2016 y resuelva de conformidad, continuando con el procedimiento contencioso-administrativo que nos ocupa ante la no incidencia en el mismo de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en STC 270/2015 . » .

**DÉCIMO.-** Por diligencia de ordenación de 8 abril de 2016, se concede a la parte actora un plazo de cinco días para que alegue lo que a su derecho convenga, sobre la procedencia de admitir el documento, notificación a los miembros del Parlamento Europeo de la petición 2520/2014, presentado por el Abogado del Estado, evacuándose dicho trámite por el Procurador don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar por escrito presentado el 21 de abril de 2016, en el que tras efectuar las alegaciones que estimó pertinentes, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlos, unirlos a los autos de su razón, y tenga por formulado, en tiempo y forma, escrito de alegaciones y en sus méritos, inadmita el documento aportado de adverso (notificación a los miembros del Parlamento Europeo), por no guardar relación alguna con el fondo del asunto, y subsidiariamente, en caso de ser admitido, no sea tomado en consideración a la hora de resolver el presente recurso por cuanto es totalmente ajeno a los Fundamentos de Derecho y pretensiones que sostiene mi mandante en el presente procedimiento. » .

**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 ALBUJÓN SOLAR 17, S.L. por escrito de 20 de abril de 2017, concediendo a dicha representación el plazo de treinta días para interponer recurso contencioso-administrativo contra la citada Orden.

**DUODÉCIMO.-** Por providencia de fecha 18 de octubre de 2017 se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat y se señaló para votación y fallo el día 30 de enero de 2018.

**DECIMOTERCERO.-** Por diligencia de ordenación de 14 de diciembre de 2017 se tiene por personado al procurador don Victorio Venturini Medina, en lugar de su compañero fallecido Sr. Muñoz Cuellar, en nombre y representación de la mercantil ALBUJÓN SOLAR 17, S.L. recurrente.

**DECIMOCUARTO.-** El acto de votación y fallo tuvo lugar el día 30 de enero de 2018, fecha acordada por providencia de 18 de octubre de 2017.

## 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 ALBUJÓN SOLAR 17, S.L., tiene por objeto la pretensión de que se declare la nulidad de pleno derecho 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.

Con carácter subsidiario, se solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de los artículos 1, apartados 2 y 3, 2, apartado 1, 3 y los Anexos a los que se refiere el citado artículo 3.

También, con carácter subsidiario, se pretende que se declare la nulidad de pleno derecho de los valores estándar de la inversión inicial previstos para las instalaciones tipo IT-00069 e IT 00070, en el Anexo VIII de la Orden IET/1045/2014.

En aras de una adecuada comprensión del objeto del recurso contencioso-administrativo, procede transcribir el contenido de las disposiciones específicamente impugnadas:

El artículo 1 de la Orden IET/1045/2014, bajo la rúbrica « *Objeto* », en sus apartados 2 y 3, dispone:

« 2. Asimismo, se fija la equivalencia entre las categorías, grupos y subgrupos definidos con anterioridad a la entrada en vigor 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 las nuevas categorías, grupos y subgrupos establecidos en el citado real decreto, fijando para cada uno de estos últimos las diferentes instalaciones tipo y sus códigos correspondientes a efectos de la determinación del régimen retributivo aplicable.

3. Finalmente, se completan los criterios para el cálculo de la retribución de las instalaciones híbridas definidas en el artículo 4 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, de conformidad con el artículo 25 del referido real decreto . » .

El artículo 2 de la Orden IET/1045/2014, bajo la rúbrica « *Ámbito de aplicación* », en su apartado 1, establece:

« La presente orden será de aplicación a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos que tuvieran reconocida retribución primada a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, contempladas en las disposiciones adicionales segunda y tercera del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio . » .

El artículo 3 de la Orden IET/1045/2014, bajo la rúbrica « *Aspectos retributivos de las instalaciones previstas en el artículo 2.1.* », refiere:

« 1. Para las instalaciones definidas en el artículo 2.1 las equivalencias entre las categorías, grupos y subgrupos definidos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y las nuevas categorías, grupos y subgrupos establecidas en el citado real decreto, así como las diferentes instalaciones tipo para estas últimas y sus códigos correspondientes aplicables serán los recogidos en el anexo I.

En el anexo VII se indican los códigos de las instalaciones tipo del subgrupo a.1.3 resultantes de la reclasificación de las instalaciones de los subgrupos a.1.1 y a.1.2 que no cumplan los límites de consumo establecidos. La retribución a la operación de las instalaciones tipo del subgrupo a.1.3 será igual a cero.

2. Los parámetros retributivos de las instalaciones tipo que concretan el régimen retributivo específico aplicables al año 2013 serán los recogidos en el anexo II.1.

Los parámetros retributivos de las instalaciones tipo que concretan el régimen retributivo específico aplicables a los años 2014, 2015 y 2016, serán los recogidos en el anexo II.2, excepto la retribución a la operación aplicable a los años 2015 y 2016, cuyos valores serán los recogidos en el anexo II.3.

No obstante lo anterior, en el anexo II.3 no se incluyen los valores de la retribución a la operación correspondiente a los años 2015 y 2016 de aquellas instalaciones tipo cuyos costes de explotación dependen esencialmente del precio de combustible, debido a que tales parámetros se actualizarán con la periodicidad establecida en el artículo 20.3 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio .

3. Para el cálculo de los parámetros retributivos referidos en el apartado anterior se han considerado las hipótesis de cálculo recogidas en el anexo III y los parámetros incluidos en el anexo VIII.

4. A aquellas instalaciones que hayan superado su vida útil regulatoria en los términos previstos en el artículo 28 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, no se les asignará instalación tipo, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 49.6 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio . » .

El recurso contencioso-administrativo se fundamenta, en primer término, en la alegación de que procede declarar la nulidad de pleno derecho de la Orden IET/1045/2014, por haber sido dictada vulnerando el procedimiento legalmente establecido para la aprobación de los reglamentos.

Se aduce, al respecto, que el Ministerio de Industria, en atención a lo previsto en el artículo 24.1 b) de la Ley del Gobierno consideró oportuno recabar informes para garantizar el acierto y la legalidad del texto. Sin embargo, ninguno de los estudios encargados a RBSC y The Boston Consulting Group pudieron ser tomados en consideración pues o fue emitido con posterioridad a la aprobación de la Orden IET o no se había elaborado en dicho momento.

En segundo término, se aduce que dicha declararse la nulidad de pleno derecho de la Orden IET/1045/2014 porque contraviene el principio de irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución .

Se argumenta, al respecto, que la inconstitucionalidad de la Orden IET/1045/2014 deriva de la inconstitucionalidad del régimen legal de cobertura, lo que determina que sea pertinente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, que establece el nuevo





sistema retributivo específico aplicable a las instalaciones primadas preexistentes, así como la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico .

En tercer término, se refiere que procede declarar la nulidad de pleno derecho de los valores estándar de la inversión inicial de las instalaciones tipo IT 00069 e IT 00070, por vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, que constituye un límite a la discrecionalidad técnica de la Administración.

Se afirma, al respecto, que el dictamen pericial demuestra sin lugar a dudas que el hecho de que el mismo valor estándar de la inversión inicial de la instalación de 100 kW agrupada en plantas fotovoltaicas de más de 10 Mw que para las plantas de igual potencia pero sin agrupación, no se corresponde con la realidad, estando falto de cualquier soporte técnico que lo sustente.

#### **SEGUNDO.- Sobre el marco normativo en el que se inserta la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio.**

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, modifica de forma sustancial el régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables establecido en el artículo 30 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de Sector Eléctrico , sustituyendo el régimen tarifario primado por la percepción «a título excepcional», de una retribución específica.

El artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre , queda redactado tras la modificación operada por el artículo 1 dos del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio , en los siguientes términos:

« 4. Adicionalmente y en los términos que reglamentariamente por real decreto del Consejo de Ministros se determine, a la retribución por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado, las instalaciones podrán percibir una retribución específica compuesta por un término por unidad de potencia instalada, que cubra, cuando proceda, los costes de inversión de una instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía 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 dicha instalación tipo.

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.

A estos efectos, en ningún caso se tendrán en consideración los costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español. Del mismo modo, sólo se tendrán en cuenta aquellos costes e inversiones que respondan exclusivamente a la actividad de producción de energía eléctrica.

Como consecuencia de las singulares características de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, podrán definirse excepcionalmente instalaciones tipo específicas para cada uno de ellos.

Este régimen retributivo no sobrepasará 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 permitan obtener una rentabilidad razonable por referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable. No obstante lo anterior, excepcionalmente el régimen retributivo podrá incorporar además un incentivo a la inversión y a la ejecución en plazo determinado cuando su instalación suponga una reducción significativa de los costes en los sistemas insulares y extrapeninsulares.

Esta 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.

Los parámetros del régimen retributivo podrán ser revisados cada seis años. » .

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, de Sector Eléctrico, regula en su artículo 14 la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica, y, singularmente, en su apartado 7 , regula el que denomina régimen retributivo específico en los siguientes términos:

« Excepcionalmente, el Gobierno podrá establecer un régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, cuando exista una obligación de cumplimiento de objetivos energéticos derivados de Directivas u otras normas de Derecho de la Unión Europea o cuando su introducción suponga una reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior, en los términos establecidos a continuación:



a) El otorgamiento de este régimen retributivo específico se establecerá mediante procedimientos de concurrencia competitiva.

Este régimen retributivo, adicional a la retribución por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción, estará 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.

Este régimen retributivo será compatible con la sostenibilidad económica del sistema eléctrico de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 y estará limitado, en todo caso, a los objetivos de potencia que se establezcan en la planificación en materia de energías renovables y de ahorro y eficiencia.

b) 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, los valores que resulten de considerar:

i. Los ingresos estándar por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción.

ii. Los costes estándar de explotación.

iii. El valor estándar de la inversión inicial.

A estos efectos, en ningún caso se tendrán en consideración los costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español. Del mismo modo, sólo se tendrán en cuenta aquellos costes e inversiones que respondan exclusivamente a la actividad de producción de energía eléctrica.

Como consecuencia de las singulares características de los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares, podrán definirse excepcionalmente instalaciones tipo específicas para cada uno de ellos.

El régimen retributivo no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que permita obtener una rentabilidad razonable referida a la instalación tipo en cada caso aplicable. Esta 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.

Excepcionalmente el régimen retributivo podrá incorporar además un incentivo a la inversión y a la ejecución en un plazo determinado cuando su instalación suponga una reducción significativa de los costes en los sistemas de los territorios no peninsulares.

c) El valor de la inversión inicial se determinará mediante el procedimiento de concurrencia competitiva para otorgar el régimen retributivo adicional a cada instalación.

La retribución adicional a la del mercado, que pudiera corresponder a cada instalación será la que resulte de aplicar lo dispuesto en los apartados anteriores considerando como valor estándar de la inversión inicial el que resulte en el procedimiento de concurrencia competitiva.

d) La energía eléctrica imputable a la utilización de un combustible en una instalación de generación que utilice como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles no será objeto de régimen retributivo específico, salvo en el caso de instalaciones híbridas entre fuentes de energía renovables no consumibles y consumibles, en cuyo caso la energía eléctrica imputable a la utilización de la fuente de energía renovable consumible sí podrá ser objeto de régimen retributivo específico.

A estos efectos, por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo se publicará la metodología para el cálculo de la energía eléctrica imputable a los combustibles utilizados.

e) El régimen retributivo específico devendrá inaplicable si como consecuencia de una inspección o de cualquier otro medio válido en derecho, quedase constatado que con anterioridad al plazo límite reglamentariamente establecido la instalación hubiera incumplido alguno de los siguientes requisitos:

i. Estar totalmente finalizada. A estos efectos, se considerará que una instalación está totalmente finalizada si cuenta con todos los elementos, equipos e infraestructuras que son necesarios para producir energía y verterla al sistema eléctrico, incluyendo, cuando corresponda, los sistemas de almacenamiento.

ii. Que sus características técnicas coincidan con las características técnicas proyectadas para la instalación en el momento del otorgamiento del derecho a la percepción del régimen retributivo específico.



En aquellos casos en que la característica técnica que haya sido modificada sea la potencia de la instalación, siempre y cuando dicha circunstancia constara en la inscripción en el registro de instalaciones de producción de energía eléctrica con anterioridad al vencimiento del plazo límite reglamentariamente establecido, el cumplimiento del requisito del párrafo ii de éste apartado e) solo será exigible para la parte de la instalación correspondiente a la potencia inscrita. En dichos casos, la instalación únicamente tendrá derecho a la percepción del régimen retributivo específico correspondiente a dicha potencia inscrita en el registro y a la fracción de la energía imputable a la misma.

En las disposiciones en las que se establezcan los mecanismos de asignación de los regímenes retributivos específicos podrá eximirse a nuevas instalaciones que cumplan determinados requisitos del cumplimiento de lo previsto en el párrafo ii de éste apartado e).

La potencia o energía imputable a cualquier parte de una instalación con derecho a la percepción del régimen retributivo específico, que no estuviera instalada y en funcionamiento con anterioridad al plazo límite reglamentariamente establecido, no tendrá derecho al régimen retributivo específico, sin perjuicio del régimen retributivo que se establezca reglamentariamente por el Gobierno para las modificaciones de las instalaciones.

Las circunstancias recogidas en este apartado e) y la consiguiente inaplicación o modificación, según corresponda, del régimen retributivo específico aplicable a las distintas instalaciones serán declaradas por la Dirección General de Política Energética y Minas previa la tramitación de un procedimiento que garantizará, en todo caso, la audiencia al interesado. El plazo máximo para resolver este procedimiento y notificar su resolución será de seis meses. » .

Este nuevo régimen retributivo específico resulta aplicable a las instalaciones existentes de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables que tuvieron reconocida retribución primada a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final segunda de esta norma y la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre .

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 ulteriormente regulado en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, nos permite afirmar:

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

### **TERCERO.- Sobre el motivo de impugnación basado en la vulneración del procedimiento legalmente establecido para la aprobación de los reglamentos.**

El motivo de impugnación formulado contra la Orden IET/1045/2014, basado en la vulneración del procedimiento legalmente establecido para la aprobación de los reglamentos, y, en concreto, del artículo 24.1 b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, no puede ser estimado.

En efecto, esta Sala no comparte la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que procede declarar la nulidad de pleno derecho de la Orden IET/1045/2014, porque el Ministerio de Industria se vio abocado a solicitar informes sobre el texto del proyecto a consultoras para garantizar el acierto y la legalidad de la disposición, conforme a lo dispuesto en el artículo 24.1 b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, y, sin embargo, no los pudo tomar en consideración al no disponer de ellos a lo largo de la tramitación de la norma.

Cabe subrayar, al respecto, que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en las sentencias de 29 de septiembre de 2016 (RCA 523/2014), 7 de junio de 2016 (RCA 441/2014) y 14 de



diciembre de 2017 (RCA 641/2014 ), ya ha rechazado expresamente dicho argumento impugnatorio, con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos que procedemos a transcribir:

« [...] 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. » .

#### **CUARTO.- Sobre el motivo de impugnación fundado en la vulneración del principio de irretroactividad garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución .**

El motivo de impugnación formulado contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, fundamentado en la alegación de que dicha disposición adolece de un vicio de nulidad de pleno derecho, puesto que contraviene el principio de irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución , al tener en cuenta para el cálculo de la retribución específica de las instalaciones preexistentes datos procedentes de toda la vida útil regulatoria y por implementar un modelo retributivo totalmente diferente al que era de aplicación a las instalaciones que tenían reconocido el derecho a la percepción de un régimen primado a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2013, no puede ser estimado.

Siguiendo los criterios expuestos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2016 (RCA 651/2014 ), cabe subrayar que la Orden IET/1045/2014 impugnada se



limita a desarrollar lo dispuesto en la disposición final tercera del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio , así como la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre , que establecen criterios para la aplicación del nuevo régimen financiero y económico de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos de régimen económico primado, disponen que «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» y 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 constataste que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad».

Procede añadir que en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 (RCA 40/2011 ), hemos sostenido que:

« [...] El concepto de "retroactividad prohibida" es mucho más limitado que el de la mera "retroactividad" a secas, por más que este último se utilice con frecuencia en el debate no jurídico (incluso a veces por quienes asumen responsabilidades públicas) con finalidad descalificadora frente a las innovaciones del ordenamiento. Si a ello sumamos que la misma equivocidad del término ha planteado desde tiempo inmemorial problemas de dogmática jurídica bien conocidos, fácilmente se deducirá que el debate puede convertirse en una serie de disquisiciones más o menos interesadas sobre una noción jurídica respecto de la cual cada interlocutor parece hablar de realidades diferentes. Los intentos doctrinales de analizar con rigor los contornos de aquel concepto (entre nosotros el estudio del "principio de irretroactividad en las normas jurídico administrativas" se hizo ya, en términos no superados, hace treinta años) no se tienen debidamente en cuenta, lo que propicia que las apelaciones a la retroactividad carezcan en muchos casos de la necesaria precisión. En éste, como en otros supuestos, el "lenguaje" que se emplea no resulta indiferente.

Es cierto, por lo demás, que para quien no esté familiarizado con el uso de las categorías jurídicas, las distinciones entre retroactividad de grado máximo, medio o mínimo, o los adjetivos de "propia" e "impropia" aplicados a aquel término, suelen pasarse por alto y todo se engloba en una indiferenciada noción, de connotaciones negativas, aplicada a medidas normativas de alcance bien diferente. Para mayor confusión, se parte de la errónea premisa de identificar de modo automático retroactividad con ilicitud o prohibición y no se deslinda suficientemente aquel concepto de principios con un significado autónomo, como son el de seguridad jurídica o el de confianza legítima. Las normas incursas en la prohibición de retroactividad normalmente atentarán también contra estos principios, pero no viceversa.

Sin necesidad de hacer en este momento un resumen o compendio de la doctrina jurisprudencial recaída en interpretación de los preceptos antes citados, ni ceder a la tentación de transcribir innumerables fragmentos de sentencias al uso, baste decir que, conforme a aquélla, no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso. » .

A partir de estas premisas, entendemos, tal como refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre , que la nueva regulación no obliga a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas existentes a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, en cuanto se limita a disponer la aplicación del nuevo régimen económico a las instalaciones existentes, atendiendo a un criterio legal explícito y objetivo, basado en la obtención de una rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida útil de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, por referencia a la instalación tipo que les permite cubrir las cuotas de inversión que se corresponden a una empresa eficiente y bien gestionada y competir en el mercado en un nivel de igualdad con el resto de tecnologías.

Recuerda la citada sentencia del Tribunal Constitucional 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 sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015 (FD 7º) las siguientes precisiones sobre el concepto de retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE :

« [...] Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos ( SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3 , y 65/1987, de 21 de mayo , FJ 19), lo que se prohíbe en ese art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad



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

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

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

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

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

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

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

Se argumenta también que el 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 tercera 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 413/2004 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 tercera 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 de la Constitución española, como deja claro la sentencia constitucional 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."*

Finalmente tampoco puede compartirse que en el nuevo régimen retributivo pueda darse el caso de que algunas instalaciones, como considera la parte recurrente que sucede con las eólicas, tengan que devolver lo *"cobrado de más"*.

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

#### **QUINTO.- Sobre el motivo de impugnación sustentado en la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución.**

El motivo de impugnación que se formula contra la Orden IET/1045/2014, sustentado en el argumento de que son nulos de pleno derecho los valores estándares de la inversión inicial de las instalaciones tipo IT-00069 e IT-00070, por vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, enunciado en el artículo 9.3 de la Constitución, no puede ser estimado.

Esta Sala ha desestimado, con carácter general, en las sentencias de 7 de junio de 2016, resolviendo los recursos núm. 850/2014 y 851/2014, y en la de 24 de junio de 2016 en el recurso núm. 536/2014, la pretensión de que se declare la nulidad de la Orden IET/1045/2014, por falta de justificación de los parámetros retributivos de las instalaciones tipo, decíamos en la última de las sentencias mencionadas:

«Considera que tanto el RD 413/2014 como la Orden Ministerial incurren en una manifiesta arbitrariedad por cuanto el régimen retributivo y parámetros aprobados no están justificados y no responde a la rentabilidad razonable que se suponen garantizan. Y ello por varios motivos que analizaremos de forma independiente:

a) En primer lugar cuestiona la Orden Ministerial, por la que se aprueban los parámetros de retribución de las instalaciones, al entender que carece de toda justificación técnica, no respondiendo a la realidad de los datos y rentabilidad que debería reflejar. Entiende que falta la justificación y respaldo técnico necesario, como lo demuestra la falta en el expediente de estudios e informes que deberían justificar los parámetros aprobados, ya que el Gobierno encargó, tras un concurso, a dos empresas (The Boston Consulting Group SL y Roland Berger Strategy Consultants SA) sin que la Orden los tuviera en consideración, al no emitirse uno de ellos y al haberse emitido el otro cuatro meses después de aprobarse la Orden. Sin que, a su juicio, figuren en el expediente los datos económicos y los métodos de cálculo que deberían haberse tomado en consideración para la determinación de los parámetros retributivos de las instalaciones tipo.

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

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

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

Pero esta conclusión no puede ser asumida, pues la ausencia de un informe elaborado por una empresa privada externa con el fin de servir de apoyo técnico al órgano administrativo encargado de dictar la norma reglamentaria no es una exigencia procedimental ni su ausencia condiciona la validez de dicha norma. A diferencia de otros informes preceptivos previstos para la elaboración de este tipo de normas reglamentarias, tales informes externos pueden ser solicitados para coadyuvar a la labor técnica de la Administración, (art. 82 de la Ley 30/1992 y art. 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno) pero son facultativos y no vinculantes (art. 83.1 de la Ley 30/1992). El hecho de que la Administración inicialmente considerase conveniente elaborar un informe de estas características y que posteriormente prescindiese del mismo, tal vez por la conveniencia de aprobar lo antes posible los criterios técnicos que desarrollaban el nuevo régimen retributivo de este sector o por disponer de la información suficiente al respecto, no vicia de nulidad dicha norma, pues su existencia no era preceptiva para su tramitación, siempre que se alcance la conclusión de que la justificación de tales criterios puede obtenerse por otras vías.

El problema no se centra, por tanto, en determinar si se prescindió en la elaboración de la Orden de unos informes técnicos inicialmente encomendados a una empresa externa sino si la Administración justificó los criterios y los parámetros utilizados basándose en datos objetivos.

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, lo que conecta con el segundo de los reproches planteados.

b) Se considera que las tipologías definidas en la Orden son arbitrarias en cuanto no se corresponden con valores homogéneos entre sí que deban ser diferenciados del resto. Argumenta que no existen dos plantas iguales por lo que cualquier agrupación que realice será deficiente, pero, en todo caso, aceptando la necesidad de agrupar proyectos en estándares medios, los estándares elegidos no son relevantes (la tecnología de la instalación, la potencia de la instalación, el año de autorización de explotación definitiva y la zona climática). Y ello porque si bien la tecnología de la instalación es un criterio relevante necesitaría especificar el fabricante de los módulos, el material de los mismos o sus específicas técnicas; en la potencia de las instalaciones no se debe tomar en consideración la potencia conjunta de las agrupaciones a efectos de la tarifa retributiva, pues intenta reducir la retribución de las instalaciones de mayor tamaño en base a unas económicas de escala inexistentes; y respecto del año de autorización de explotación definitiva no justifica diferencias en los costes de inversión y explotación pues pueden existir plantas que han entrado en funcionamiento el mismo año pero cuya tramitación empezó varios años antes.

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.

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



fotovoltaica se establecieron 578 estándares y se especifican los criterios utilizados para las instalaciones dependiendo de que se tratara de instalaciones acogidas al Real Decreto 661/2007 o al RD 1578/2008 y los datos e informes específicos que se tomaron en consideración al respecto (folio 73 de dicha memoria), los ratios de inversión adoptados, los gastos de explotación dependiendo del rango de potencia y de la tecnología de las instalaciones y los datos tomados en consideración para la fijación de las horas de horas equivalentes de funcionamiento. Es más, la memoria aclara, en respuesta a las cuestiones planteadas en el informe del CNMC y a las alegaciones (más de 600) presentadas por empresas y asociaciones del sector y por las Comunidades Autónomas, las razones que le llevan a aceptar o rechazar las mismas, lo que, en definitiva, implica exteriorizar los criterios o razones tomadas en consideración para aceptar determinados elementos de cuantificación. Sirva como ejemplo el hecho de que dicha memoria afirme que <<ha revisado, con carácter general los valores de inversión y el resto de los parámetros retributivos de las instalaciones tipo incluida en los anexos de la orden, especialmente aquellos posibles errores puestos de manifiesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y por los interesados en el trámite de audiencia. Además, se ha mejorado la justificación de determinadas hipótesis que se han considerado en el nuevo modelo retributivo (como la fijación del precio del mercado previsto a futuro)>>.

No resulta razonable, sin embargo, tal y como pretende la parte recurrente, que se individualicen las instalaciones tipo no solo por la tecnología empleada y la antigüedad de la misma sino también por el fabricante o el material empleado, pues este criterio no es un criterio representativo de la inversión para fijar unos estándares homologables. Por otra parte también resulta razonable tomar en consideración la fecha de puesta en funcionamiento de la instalación, al tratarse de un criterio objetivo y relevante para determinar la antigüedad de la misma, y aunque pudiera haberse optado por otra distinta, por ejemplo la fecha en que se inició el procedimiento administrativo sugerida por la parte recurrente, la opción elegida por la norma es objetiva y no puede considerarse irrazonable o arbitraria, siendo representativa del tiempo de funcionamiento efectivo de la instalación y, por lo tanto, de la antigüedad y características de sus equipos, desechando las incidencias y vicisitudes que hubiesen podido tener su tramitación.

c) En tercer lugar, argumenta que los valores de los parámetros aprobados no se corresponden con los datos medios de las instalaciones en funcionamiento ni garantizan la rentabilidad razonable, pues se excluyen los gastos financieros y los impuestos.

Tampoco puede acogerse esta alegación. Así, por lo que respecta a los datos medios ponderados debemos empezar por afirmar que la retribución a la operación y retribución a la operación extendida, el criterio de asignación ha sido atribuírsele 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. Es más, el informe de la CNMC referido se 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.

Y por lo que respecta a los ratios de inversión estándar, en dicho informe se afirma que los reflejados en la propuesta se corresponden con los recopilados de instalaciones reales con motivo de la Circular 3/2005, de 13 de octubre, de la CNE, basada en la petición de información de inversiones, costes, ingresos y otros parámetros de las instalaciones de producción de electricidad en régimen especial y que se reflejan en los diversos informes públicos que menciona. 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 [...]>>.

La fijación de la retribución específica que sirve para cubrir los costes de inversión y explotación y que le permita obtener una rentabilidad adecuada a una instalación tipo es lógico que tome como parámetro de referencia la actividad de una "empresa eficiente y bien gestionada" en la medida que estos parámetros





estándar deben partir de una actividad empresarial media y razonable, dejando al margen la patología en el funcionamiento.

La no percepción de la retribución específica por costes de operación tiene también un límite, en la medida en que el nuevo régimen no se configura, a diferencia del anterior sobre la energía producida, sino sobre la potencia instalada sin olvidar, como ya hemos dicho en nuestra sentencia de 6 de junio de 2016 (rec. 553/2014) que <<[...] la previsión legal de dicho modelo y el concepto de rentabilidad razonable tienen por objeto promover mediante una retribución específica y añadida a la obtenida en el mercado la actividad de producción de energía eléctrica mediante energías renovables, cogeneración y residuos, esto es, en definitiva, una actividad de fomento en la que, lógicamente, es mayor el ámbito discrecional en el que se mueva la acción pública>>, pudiendo limitar esta percepción a un determinado límite, sin perjuicio del precio del mercado que puedan obtener por la venta de energía en el mercado.

También se cuestiona la rentabilidad razonable por arbitraria, al entender que se ha utilizado como referencia el comportamiento de las obligaciones del Estado en lugar del WACC que determina el coste de capital de una empresa, ponderando la importancia de los recursos propios y ajenos, y por excluir para su cálculo los gastos financieros y los impuestos.

La Disposición Adicional Primera del RD-ley 9/2013 establece la forma de calcular la rentabilidad razonable afirmando que <<A los efectos de lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, para las instalaciones que a la fecha de la entrada en vigor del presente real decreto ley tuvieran derecho a un régimen económico primado, la rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del presente real decreto-ley de las Obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos, todo ello, sin perjuicio de la revisión prevista en el último párrafo del citado artículo>>. Previsión legal que se reitera en la Disposición Final Tercera, apartado tercero, de la Ley 24/2013 de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

De modo que los reproches que la parte dirige a las normas impugnadas sobre la forma de calcular la rentabilidad razonable no son sino reproducción de las previsiones contenidas en normas de rango legal, lo cual bastaría por sí mismo para descartar la pretendida nulidad de las disposiciones impugnadas, pues tampoco se dirige ni se atisba reproche de constitucionalidad a tales normas legales por la opción de este mecanismo de cálculo, manifestando simplemente su discrepancia con el criterio elegido y la creencia de que se debería haber optado por otro (el denominado "WACC"), lo cual no pasa de constituir un mero desiderátum carente de trascendencia jurídica.

Lo cierto es que esta previsión legal trata de cuantificar con un criterio objetivo la rentabilidad que tendrán derecho a percibir tales empresas. Tal previsión, sin perjuicio de su revisión, se cuantifica para ese primer periodo en una rentabilidad cierta del 7,398%, (el valor de las Obligaciones del Estado de referencia equivale a 4,398%, de acuerdo con la Memoria de la Orden impugnada, por lo que una vez sumados los 300 puntos establecidos como diferencial para el primer período regulatorio, se alcanzaba dicho porcentaje). Se cuantifica así por ley la rentabilidad a percibir a modo de régimen primado garantizado para el fomento de estas tecnologías, y con la expresión "antes de impuestos" se hace referencia a que sobre este rendimiento garantizado se aplicarán los impuestos que la empresa esté obligada a pagar, previsión legal que no puede calificarse de arbitraria dado que se trata de establecer un régimen retributivo uniforme con cargo al sistema eléctrico al margen de los impuestos que cada instalación esté obligada a satisfacer.

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 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, 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.

d) Finalmente cuestiona que la justificación para aprobar esta normativa fuese la necesidad de reducir el déficit tarifario, pues la evolución del déficit de tarifa no se puede imputar a las retribuciones percibidas por las energías renovables sino que comenzó antes de la aprobación del régimen primado sino por otras causas.





Lo cierto es que tampoco este reproche puede dirigirse contra las normas impugnadas sino contra el RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013 de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. 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>>.

La ponderación de las circunstancias económicas y financieras por las que atravesaba el sector eléctrico, ya fueron examinadas por la sentencia del TC 270/2015, que estimó que no podía calificarse de inesperada la modificación de que tratamos, <<pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía, hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. No cabe, por tanto, argumentar que la modificación del régimen retributivo que se examina fuera imprevisible para un "operador económico prudente y diligente", atendiendo las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir el déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores>>. Sin olvidar que el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 16 de febrero, 30/2016, de 16 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo, enjuiciando la constitucionalidad del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y examinando, singularmente, la concurrencia del presupuesto habilitante de «extraordinaria y urgente necesidad», exigido por el artículo 86.1 de la Constitución Española, considera explícitamente que está plenamente justificada la adopción de un nuevo marco regulatorio de la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, debido a la necesidad de dar una respuesta global que permitiese corregir los desajustes producidos en el sistema eléctrico, que soporta un déficit de tarifa estructural que pone en grave riesgo la sostenibilidad del sector energético.

Por ello, no puede considerarse que el régimen primado que percibían estas instalaciones, que fue objeto de numerosas reformas legales precisamente motivadas con la finalidad de reducir el sobre-retribución y el excesivo coste que ello suponía para el sistema eléctrico, no justificaba un cambio normativo destinado a permitir la sostenibilidad del sistema.».

No se considera, por tanto, 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.

Y, singularmente, en lo que concierne a la argumentación desarrollada en este proceso, relativa a que la Orden IET/1045/2014 incurre en arbitrariedad respecto de los valores estándar de las instalaciones tipo IT-00069 e IT-00070, por cuanto contemplan una inexistente economía de escala en la inversión acometida para la implementación de instalaciones de 100 kW agrupados en plantas de más de 10 MW, procede subrayar que ha sido rechazada por esta Sala jurisdiccional, en la sentencia de 14 de julio de 2016 (RCA 507/2014), poniendo de relieve que «el objetivo perseguido por la Orden impugnada es evitar que se produzcan abusos de derecho en la percepción del régimen retributivo específico derivados de la práctica de compartimentar artificialmente los parques productores de energía eléctrica, con base en la tecnología fotovoltaica en unidades de potencias inferiores a 100 kW para beneficiarse injustificadamente de la mayor retribución otorgada en el régimen anterior a las instalaciones de menor tamaño».

En la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 7 de abril de 2017 (RCA 570/2015), hemos dicho:

« [...] La razón de ser de esta agrupación de potencia y el consiguiente reflejo en una retribución proporcionalmente menor para las mayores instalaciones respecto de las de menor tamaño, se debe al ahorro de costes por la aplicación de la economía de escala, intentando fijar unos criterios objetivos que tratan evitar segregaciones fraudulentas de una instalación en pequeñas instalaciones de menor tamaño para poder percibir una retribución mayor. Los criterios fijados por la norma son razonables y resultan relevantes para evidenciar una actuación empresarial conjunta. Así, por lo que respecta a las instalaciones de los grupos b.1, b.2 y b.3, se establecen criterios técnicos relacionados con la utilización de una misma red de distribución o transporte, la existencia de una referencia catastral común y la inscripción en un lapso temporal cercano en el registro. Pero además, aun cumpliéndose tales requisitos, la parte puede desvirtuar esta conexión cuando <<una instalación acredite que no existe continuidad entre ella y ninguna de las instalaciones que satisfacen dichos criterios>>, entendiendo que existe continuidad entre dos instalaciones cuando, están a una distancia inferior a 2000 mt o 500 mt, dependiendo del tipo de instalaciones de que se trate. En definitiva, la apreciación conjunta de todos estos criterios permite concluir, y es razonable hacerlo, que se trata de instalaciones con



una misma dirección y gestión común que se aprovecha de unos menores costes por la economía de escala, sin que puedan tacharse de arbitrarios o irrazonables en atención a los requisitos contemplados en relación con la finalidad perseguida.

La parte se limita a cuestionar en abstracto estos criterios y no acredita en modo alguno que las diferentes instalaciones a las que representa, que por cierto tienen la misma denominación con un diferencial numérico, se tratase de instalaciones individuales ajenas a cualquier actuación o gestión conjunta.

Se aduce finalmente el incumplimiento de la prohibición de retroactividad por aplicar dicho precepto a las instalaciones fotovoltaicas preexistentes, atribuyendo una potencia superior a la tenida en cuenta en los años anteriores con los consiguientes perjuicios económicos que ello conlleva. Argumentación que también ha de ser rechazada, pues ya hemos razonado sobre la aplicación del nuevo régimen retributivo a las instalaciones preexistentes, de modo que la agrupación por potencia a los efectos de encuadrarlas en una instalación tipo forma parte del régimen retributivo aplicable y en cuanto tal cabe reproducir lo ya argumentado en anteriores fundamentos jurídicos. » .

Ello determina que también descartemos que deba declararse la nulidad 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, por cuanto la aplicación del concepto de agrupación de instalaciones, a que alude el artículo 14.2 del Real Decreto 413/2014 , afecta lesivamente a uno de los principios clave sobre los que pivota la reforma del sector eléctrico, que es el relativo al reconocimiento del derecho a la obtención de una rentabilidad razonable que corresponda a una empresa eficiente y bien gestionada.».

El dictamen pericial elaborado por el Ingeniero Industrial Benedicto , relativo a la «Evaluación de la determinación de los valores iniciales propuestos por la Orden IET/1045/2014», no resulta convincente para desvirtuar la falta de razonabilidad de los valores de inversión iniciales asignados a las instalaciones tipo IT-00069 e IT-00070.

En efecto, cabe poner de relieve que el objeto del Informe es demostrar, partiendo de los datos proporcionados por Roland Berger Strategy Consultants, que la supuesta economía de escala definida en la Orden IET/1045/2014 para las plantas mayores de 10 MW construidas en el periodo 2006-2008, no es real en el caso de agrupaciones de huertos en instalaciones de 100 KW o menos.

Por todo ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución y el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , esta Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo sostiene que no resulta procedente plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, para que se pronuncie sobre la presunta inconstitucionalidad de la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , en cuanto estimamos que resulta plenamente aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre , para rechazar que dicha disposición no es contraria a los principios de seguridad jurídica, irretroactividad, interdicción de la arbitrariedad que garantiza en el artículo 9.3 de la Constitución .

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los motivos de impugnación formulados, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil ALBUJÓN SOLAR 17, 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.

#### **SEXTO.- 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 ALBUJÓN SOLAR 17, 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 DICTADA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO 1/838/2014 , AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup>. 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 la 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 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 introducidas 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 los 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 establece 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 3<sup>a</sup> y derogatoria única) como la Ley 24/2013 (disposición transitoria 6<sup>a</sup>) dejaron establecido que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, o Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, según los casos); y que recibirían esa retribución con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el desarrollo reglamentario. Sin embargo, es en el Real Decreto 413/2014 donde se materializa y concreta el alcance de aquella previsión legal; y lo hace la norma reglamentaria en términos que resultan vulneradores de los de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, pues determinó que las instalaciones hubiesen de operar "a ciegas", sin conocer el régimen regulatorio que sería de aplicación a su actividad no sólo en el futuro sino también el propio período transitorio.

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

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

Por lo mismo, resulta claramente vulnerador del principio de confianza legítima el que la regulación reglamentaria finalmente aprobada no estableciese, 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 objeto del estudio se desarrollarán las siguientes líneas de trabajo:

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

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

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

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

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



tecnologías de régimen especial, el análisis también diferenciado según el tipo de coste (coste de inversión, coste de operación y mantenimiento, coste de combustibles, otros costes relevantes para cada tecnología), y distinguiendo asimismo según el año de puesta en operación.

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

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

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

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

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

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



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

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

**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 que la sentencia.

Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

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