



Roj: **STS 631/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:631**

Id Cendoj: **28079130032018100068**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **05/03/2018**

Nº de Recurso: **172/2016**

Nº de Resolución: **342/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 342/2018

Fecha de sentencia: 05/03/2018

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

Número del procedimiento: 172/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 172/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 342/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech



D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 5 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso número 172/2016, interpuesto por "Terminator Mode, S.L.", "Fort Stevens, S.L.", "San Pedro Corporate, S.L.", "Eastern Región, S.L.", "Studios Minsk, S.L.", "Speedwell & Island, S.L.", "Edificaciones Williams Dos, S.L.", "Royal Navy Quince, S.L.", "Proyectos Wadi Rum, S.L.", "Batty Board Cruise, S.L.", "Desarrollos Torreta Doce, S.L.", "Chicago Bleu, S.L.", "Solarpark España Cubiertas 6, S.L.", "SolarPark España Cubiertas 7, S.L.", representadas por el procurador de los tribunales don Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla y bajo la dirección letrada de don Antonio Jiménez Abraham y doña Wanda Cazalla Marcos, contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones, a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Ha sido parte demanda la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de la Audiencia Nacional el 19 de septiembre de 2014, la representación procesal de "Terminator Mode, S.L.", "Fort Stevens, S.L.", "San Pedro Corporate, S.L.", "Eastern Región, S.L.", "Studios Minsk, S.L.", "Speedwell & Island, S.L.", "Edificaciones Williams Dos, S.L.", "Royal Navy Quince, S.L.", "Proyectos Wadi Rum, S.L.", "Batty Board Cruise, S.L.", "Desarrollos Torreta Doce, S.L.", "Chicago Bleu, S.L.", "Solarpark España Cubiertas 6, S.L.", "SolarPark España Cubiertas 7, S.L.", interpone recurso 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.- Por decreto de fecha 7 de octubre de 2014, de la Sección Cuarta de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, se tiene por personado y parte recurrente al Procurador de los Tribunales don Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla, y se admite a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte, requiriéndose a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo en los términos que establece el artículo 48 de la Ley de esta Jurisdicción (Ley 29/1998, de 13 de julio), y que practique los emplazamientos previstos en el artículo 49 de dicha Ley. Asimismo se acuerda la publicación de oficio del anuncio de la interposición del recurso en el Boletín Oficial del Estado.

Por diligencia de ordenación de 2 de febrero de 2015, la Sección Cuarta de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal, sobre la posible falta de competencia de este Tribunal. Por auto de 25 de febrero de 2015 se acordó elevar los autos a la Sala Tercera del Tribunal Supremo planteando su competencia para conocer del presente recurso.

TERCERO.- Por Auto de la Sección Primera de esta Sala en el recurso 15/2015 (Cuestión de Competencia) se acordó: <<1º.- Declarar la competencia de esta Sala para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil "Terminator Mode, S.L." y otras 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.

2º.- Remitir las presentes actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, para que continúe la tramitación ante la misma del citado recurso contencioso-administrativo.

3º.- Poner esta resolución en conocimiento de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y

4º.- Notificar la presente resolución a las partes personadas>>.

CUARTO.- Recibas de las actuaciones en la sección Tercera, por diligencia de ordenación de 27 de enero de 2016 se acordó publicar en el BOE la interposición del presente recurso y conceder a la representación procesal de la parte actora el plazo de veinte días para formalizar la demanda.

Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el día 1 de junio de 2016 la representación procesal de Terminator Mode, S.L., y otros, formuló escrito de demanda, suplicando a la Sala: <<[...] dicte sentencia por la que estimando el recurso interpuesto por la parte Actora contra la Administración



del Estado, declare nula la Orden Ministerial IET/1045/2014 por no ser conforme a derecho, condenando a la Administración demanda a estar y pasar por este pronunciamiento y al pago de las costas procesales>>.

Otrosí.- Que se fije la cuantía del procedimiento como indeterminada.

Segundo Otrosí.- Solicito para su momento el recibimiento del recurso a prueba.

Tercero Otrosí.- Que no interesa a esta representación procesal la celebración de vista pública del presente recurso no obstante sí que interesa la celebración del trámite de conclusiones.

[...]>>.

CUARTO.- Con fecha 10 de junio de 2016 el Abogado del Estado formula su contestación a la demanda, en la que tras alegar cuanto estima procedente, se opuso a la misma, interesando a la Sala que: <<[...] dicte sentencia por la que sea inadmitido o, en su defecto y subsidiariamente, sea desestimando el recurso interpuesto, con imposición de las costas a la parte recurrente de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la ley de la Jurisdicción >>.

QUINTO.- La Sala dictó Auto, en fecha 14 de junio de 2016, en el que se acuerda recibir el proceso a prueba, teniendo por reproducidos e incorporados a los autos todos los documentos aportados por la parte actora y el Abogado del Estado en los escritos de demanda y contestación, respectivamente. Así como conceder a la parte demandante el término de 10 días para que presente escrito de conclusiones sucintas, lo que lleva a cabo por escrito de fecha 1 de julio de 2016.

Por diligencia de ordenación de fecha 4 de julio de 2016, se concede, asimismo a la parte recurrida el plazo de diez días a fin de que presente escrito de conclusiones, lo que lleva a cabo en escrito de fecha 12 de julio de 2016.

SEXTO.- Por providencia de 15 de julio de 2016 la Sala acordó, oír a las partes sobre la incidencia que pudiera tener en el presente recurso la sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre (BOE nº 19, de 22 de enero de 2016), y presentaron escritos de alegaciones el Abogado del Estado, en fecha 22 de julio de 2016, y la parte recurrente el 2 de septiembre de 2016.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 5 de septiembre de 2016, se acordó oír a la demandante por plazo de cinco días sobre la admisión de la STC dicta en el RI 164/2013, lo que lleva a cabo en escrito de fecha 12 de septiembre de 2016.

OCTAVO.- Por providencia de 22 de enero de 2018 se señaló para votación y fallo de este recurso el día 27 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado todos los trámites previstos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso se interpone por el representante legal de las entidades "Terminator Mode, S.L.", "Fort Stevens, S.L.", "San Pedro Corporate, S.L.", "Eastern Región, S.L.", "Studios Minsk, S.L.", "Speedwell & Island, S.L.", "Edificaciones Williams Dos, S.L.", "Royal Navy Quince, S.L.", "Proyectos Wadi Rum, S.L.", "Batty Board Cruise, S.L.", "Desarrollos Torreta Doce, S.L.", "Chicago Bleu, S.L.", "Solarpark España Cubiertas 6, S.L.", "SolarPark España Cubiertas 7, 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.

Varios son los motivos de impugnación aducidos por la parte recurrente, que podrían sintetizarse en los siguientes:

1º Vulneración de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y de legalidad.

Considera que no se respeta el principio de confianza legítima dado que no se ha fijado una retribución razonable, sino insuficiente y los parámetros que contiene la Orden Ministerial abocan al cierre de las instalaciones. Las modificaciones legales producen un abrupto cambio en el régimen retributivo y son de tal amplitud que el marco legal experimenta una reforma tan sustancial que lo deja irreconocible, produciéndose una quiebra en el marco regulatorio. La modificación introducida es necesario que se adopte con arreglo a determinados requisitos que puedan garantizar que el sujeto pueda conocer de manera anticipada la modificación disponiendo de un plazo suficiente para adaptar su conducta a la nueva situación, siendo necesario establecer un régimen transitorio.

Alega también que dicha norma vulnera el principio de retroactividad garantizado en el artículo 9.3 de la CE, y ello por cuanto en la valoración de la rentabilidad razonable de las instalaciones se revisan con efectos



retroactiva los parámetros de retribución vigentes en el paso, por lo que se extiende el nuevo concepto de rentabilidad razonable a las retribuciones ya entregadas con carácter definitivo.

También se alega la vulneración del principio de legalidad y la infracción de la normativa europea. A tal efecto se invoca el art. 10 del Tratado sobre la Carta de la Energía considerando que España ha incumplido los principios del Tratado (las inversiones no podrán ser objeto de «nacionalización, expropiación o medidas de efecto equivalente») con los inversores con instalaciones en funcionamiento. Y así mismo invoca como transgredidas las Directivas 2009/72/CE de 13 de julio del mercado interior de la energía y la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril de fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, invocando el principio de confianza legítima por haberse producido un cambio normativo sin un periodo transitorio y el principio europeo de no discriminación al tratar de manera análoga situaciones diferentes, en cuanto dispone una serie de tipologías arbitrarias y distantes de la realidad.

2º Interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos y falta de interés general.

Argumenta al respecto que no existe justificación alguna para la normativa recurrida, habiendo sido dictada por el mero "capricho del legislador", sin existir interés general que motive la nueva supresión de derechos a las energías renovables a través de la Orden Ministerial impugnada. La norma discrimina a las energías renovables y la modificación carece de toda explicación ecuaníme. No se explica la justificación de porqué la Orden Ministerial somete únicamente a una parte de los operadores eléctricos a este nuevo régimen retributivo basado en la rentabilidad razonable de estándares concretos desde el comienzo de su vida regulatoria, mientras que a otros operadores, como por ejemplo a la gran hidráulica o la nuclear, no se les han aplicado estos criterios.

3º Vulneración del principio de igualdad.

No se ha actuado con igualdad respecto de todas las energías, discriminando injustificadamente a las energías convencionales respecto a las renovables. Considera que la norma contraviene el principio de neutralidad tecnológica que se recogen en la Directiva Marco 21/2002/CE y en la Directiva 2009/140/CE, normas que si bien se refieren a la regulación de las comunicaciones guardan, a juicio del letrado de la parte recurrente, un gran paralelismo con lo aquí debatido. Argumenta que primas y ayudas del Estado vienen recibiendo tanto las energías del régimen general como del especial, si bien solo a las segundas se las ha privado de todo tipo de ayudas y primas estatales por lo que, a su juicio, ello violenta el principio de neutralidad tecnológica.

4º Inexistencia de rentabilidad razonable.

La orden no crea un sistema mediante el cual pueda hablarse de rentabilidad razonable, sino todo lo contrario. Además resulta ilógica la forma de medir dicha rentabilidad razonable, dado que el legislador ha escogido unos parámetros financieros que ninguna relación guardan con el sector de la energía.

5º Indefensión por la falta de definición de la normativa.

Aduce que la normativa recurrida ha generado un marco normativo que genera indefensión pues se desconoce que interpretación ha de darse a algunos términos incluidos en la misma como "empresa eficiente y bien gestionada". Es cierto que dicho concepto procede de la jurisprudencia comunitaria pero tampoco dicha jurisprudencia ha precisado que ha de entenderse por tal concepto. Por otra parte, ni la Orden o sus Anexos se hace referencia a los coeficientes analíticos representativos de una gestión eficiente que se utilizaron para determinar la empresa eficiente y bien gestionada que sirviese de referencia para el cálculo, sin que quepa asimilar empresa eficiente con empresa con menores gastos y penalizándose a las empresas más eficientes.

6º Vulneración de otros requisitos formales.

A su juicio la Orden Ministerial no cuenta con sustento documental suficiente para acreditar su razón de ser. Afirma que el pliego de licitación que ganaron las dos consultoras (The Boston Consulting Group y Roland Berger Strategy Consultant que trabajaron para el IDEA a los efectos de calcular los costes de inversión de las instalaciones del régimen especial para que el Gobierno fijase los parámetros retributivos) contravino el principio de publicidad y sus informes finalmente se aportaron después de la propuesta de Orden o no se aportaron.

La información contenida en los Anexos no permite identificar cuales han sido sus fuentes concretas de datos, desconociéndose la información recabada por el Ministerio de Industria que sirvió para elaborar los cálculos e hipótesis. La falta de informes a través de los cuales se han seguido para determinar los valores utilizados en la Orden Ministerial debe llevar aparejada la anulabilidad, pues la Administración no ha tenido los informes que deberían utilizarse para fijar dichos parámetros.



Alega que la Administración del Estado ha incumplido las normas relativas al trámite de audiencia, pues no era posible formular alegaciones a un proyecto de Orden que venía a desarrollar un Real Decreto que era un borrador y no estaba aprobado. Y la Administración "imposibilitó a los administrados el acceso a los datos e informes que habían servido de sustento a la Administración del Estado para formular los parámetros retributivos de la Orden Ministerial".

7º Vulneración del principio constitucional de no confiscatoriedad.

La Orden Ministerial ha vulnerado el principio constitucional de no confiscatoriedad al haberse impuesto un modelo retributivo distinto del anterior sin que haya mediado indemnización alguna. Los actores entienden que la Orden Ministerial confisca su derecho a obtener una retribución económica acorde con la normativa que resultaba de aplicación en el momento de realizar su inversión, al suprimirlo sin mediar contraprestación alguna, por lo que, a su juicio, concurre una responsabilidad patrimonial de la Administración.

SEGUNDO. Causa de inadmisibilidad: falta de legitimación o desviación procesal.

La Abogada del Estado aduce, con carácter previo, la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación o alternativamente por desviación procesal. A tal efecto argumenta que los recurrentes, titulares de instalaciones fotovoltaicas, solicitan la nulidad de preceptos ajenos a su situación particular por cuanto piden la anulación completa de la Orden. Ello implica, a juicio de la representante del Estado, su falta de legitimación

Procede rechazar la causa de inadmisibilidad planteada pues las empresas recurrentes impugnan la Orden aprueba los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y las empresas en cuanto operadoras que pueden verse afectadas por dicha retribución ostentan un interés legítimo en la impugnación de dicha norma que condiciona su retribución.

Tampoco es posible apreciar falta de legitimación o desviación procesal por el hecho de que solicite la nulidad de toda la Orden, al entender que no existe ningún motivo de impugnación que pueda referirse a la integridad de dicha disposición y pueda acarrear su anulación completa. Tal y como hemos tenido ocasión de señalar frente a esta misma causa de inadmisibilidad planteada en anteriores recursos relativos a esta misma Orden, cabe citar la STS nº 1330/2016, de 7 de junio de 2016 (rec. 50/2014), a lo largo del recurso se aduce la vulneración de infracciones referidas al principio de irretroactividad de las normas, confianza legítima, falta de motivación de los parámetros que en ella se incluyen, o irregularidades en su tramitación que tienen incidencia directa sobre el conjunto de los preceptos de la Orden impugnada, tal y como han sido planteados en la demanda, por lo que no se aprecia la concurrencia de este defecto.

Se rechazan las causas de inadmisibilidad planteadas.

TERCERO. Sobre los precedentes existentes.

En la respuesta a los distintos motivos de impugnación debemos comenzar por señalar que esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre la legalidad de las disposiciones impugnadas, el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, contestando a idénticos o análogos argumentos a los que aquí expone la parte recurrente.

Por todas, citaremos las sentencias de esta Sala de fechas 1 de junio de 2016 (recursos 564/2014, 630/2014, 650/2014, 651/2014, 654/2014, 787/2014), 8 de junio de 2016 (recurso 745/2014), 10 de junio de 2016 (recurso 694/2014), 20 de junio de 2016 (recurso 428/2014), 29 de junio de 2016 (recurso 711/2014), 8 de julio de 2016 (recurso 531/2014), 11 de julio de 2016 (recurso 510/2014), 14 de julio de 2016 (recurso 555/2014), 20 de julio de 2016 (recurso 695/2014), 21 de julio de 2016 (recurso 648/2014), 22 de julio de 2016 (recurso 704/2014), 26 de julio de 2016 (recurso 782/2014), 22 de septiembre de 2016 (recurso 534/2014), 29 de septiembre de 2016 (recurso 523/2014), 30 de septiembre de 2016 (recurso 563/2014), 6 de octubre de 2016 (recurso 735/2014), 14 de noviembre de 2016 (recursos 531/2014, 545/2014 y 779/2014), 16 de noviembre de 2016 (recurso 558/2014), 1 de diciembre de 2016 (recursos 575/2014 y 579/2014), 5 de diciembre de 2016 (recurso 759/2014), 12 de diciembre de 2016 (recurso 777/2014), 14 de diciembre de 2016 (recurso 557/2014), 19 de diciembre de 2016 (recursos 573/2014 y 577/2014), 22 de diciembre de 2016 (recurso núm. 581/2014), 13 de enero de 2017 (recurso 610/2014), 6 de abril de 2017 (recurso núm. 560/2014), 4 de mayo de 2017 (recurso núm. 432/2014), 11 de mayo de 2017 (recurso 526/2014), 19 de mayo de 2017 (recurso 571/2014), 7 de julio de 2017 (recurso 726/2014), 13 de julio de 2017 (recurso 856/2014), 24 de julio de 2017 (recurso 823/2015) y 17 de septiembre de 2017 (recurso 793/2014), entre otras.

**CUARTO** . Sobre los principio de seguridad jurídica, confianza legítima y legalidad.

El principio de seguridad jurídica y el de confianza legítima protegen a los ciudadanos ante cambios legislativos que no sean razonables y previsibles.

Tal y como hemos señalado en numerosas sentencias dictadas por este Tribunal analizando argumentos similares relativos tanto al Real Decreto 413/2014 ni la Orden IET/1045/2014, ni el Real Decreto 413/2014 ni la Orden IET/1045/2014, crearon "ex novo" el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. El nuevo régimen retributivo, que deroga el previsto en el RD 661/2007, es introducido por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio y por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Y también hemos destacado la relevancia de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional contenidos en sus sentencias 270/2015, de 17 de diciembre , 19/2016, de 4 de febrero , 29/2016, de 18 de febrero , 30/2016, de 18 de febrero y 61/2016, de 17 de marzo , en las que se analizó la adecuación a la Constitución del Real Decreto Ley 9/2013, y en las que se descartó la pretendida vulneración de los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima ahora invocados, a cuyos fundamentos nos remitimos.

Aceptada la conformidad con los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima del nuevo régimen retributivo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, instaurado por el RD-ley 9/2013, tampoco cabe apreciar ninguna vulneración de tales principios por la disposiciones impugnadas, desde la perspectiva de la jurisprudencia elaborada por esta Sala, recogida en las sentencias de 10 de mayo de 1999 (recurso 594/1995), 6 de julio de 2012 (recurso 288/2011), 22 de enero de 2013 (recurso 470/2011) y 21 de septiembre de 2015 (recurso 721/2013), entre otras. En ellas se señala que el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de seguridad jurídica y buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta "que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones".

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

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

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

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

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



inmodificable a que se mantenga inalterado el marco retributivo aprobado por el titular de la potestad reglamentaria.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Por las razones expresadas, no estimamos que las modificaciones introducidas en el régimen retributivo de las instalaciones a que se refiere este recurso por el RD-ley 9/2013, la Ley 24/2013 y, en su desarrollo, el RD 413/2014 y, por lo que ahora nos afecta, la Orden IET impugnada, hayan vulnerado los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

Por lo que respecta al principio de legalidad y la infracción de la normativa europea, se invoca el art. 10 del Tratado sobre la Carta de la Energía considerando que España ha incumplido los principios del Tratado (las inversiones no podrán ser objeto de "nacionalización, expropiación o medidas de efecto equivalente"). Y así mismo invoca como transgredidas las Directivas 2009/72/CE de 13 de julio del mercado interior de la energía y la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril de fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, invocando el principio de confianza legítima, por haberse producido un cambio normativo sin un período transitorio y el principio europeo de no discriminación al tratar de manera análoga situaciones diferentes, en cuanto dispone una serie de tipologías arbitrarias y distantes de la realidad.

En lo relativo a la Carta de la Energía que se invoca argumentando «la falta de seguridad jurídica en relación con la protección de las inversiones en el extranjero», al no prever una compensación equivalente «al justo valor de mercado de la inversión expropiada», no puede ser acogida.

Esta Sala, siguiendo los razonamientos expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 (recurso 40/2011) y de 11 de junio de 2013 (recurso 259/2013), entre otras, no considera vulneradas las previsiones de dicho Tratado no solo por la dificultad de entenderlo aplicable a los inversores españoles respecto de las decisiones adoptadas por el Gobierno español, lo que no se aviene con las disposiciones de aquél, sino porque no se aprecia que nos encontremos ante los supuestos contemplados en los invocados artículos 10 y 13 del referido Tratado sobre la Carta de la Energía, pues la protección dispensada en dicho Tratado lo es a las inversiones extranjeras contra "medidas exorbitantes o discriminatorias", sin que el nuevo régimen retributivo establecido en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013, que desarrolla la norma reglamentaria impugnada, pueda merecer dicha consideración. Y sin que pueda calificarse de «nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o la expropiación», como más adelante analizaremos.

En efecto, el nuevo régimen se aplica a todos los productos de energía eléctrica que utilizan la tecnología fotovoltaica lo que disipa cualquier duda de trato discriminatorio. Y aun cuando el Tratado hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 promueve que las Partes Contratantes fomenten y creen <<condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio>>, la nota de "estabilidad" debe entenderse referida al marco regulatorio en su conjunto, no a una medida aislada de las que lo componen, y tampoco puede interpretarse en el sentido



de que suponga la absoluta petrificación del régimen inicialmente aprobado cuando, como aquí ocurre, ha habido cambio de circunstancias relevantes y motivos justificadores de la modificación regulatoria aplicada a la tecnología fotovoltaica. Las inversiones en esta tecnología siguen estando protegidas y fomentadas en España por un marco normativo sin duda favorable en su globalidad.

Asimismo, debemos dejar constancia de que en la sentencia constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, se rebate la tesis que se desarrolla en la demanda sobre que la no conservación del régimen primado establecido en el artículo 30 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de Sector Eléctrico, en su redacción originaria, y desarrollado en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, infringe la Carta de la Energía, al sostener que si bien es cierto que dicho Tratado contempla la necesidad de dotar de seguridad y permanencia a las inversiones en energías renovables y la prohibición de adoptar medidas que afecten a dichas inversiones con efectos equivalentes a la expropiación, lo que el recurrente pretende plantear en realidad que un Estado Contratante del referido Tratado no puede alterar el sistema de ayudas a los productores de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, lo cual no garantiza con carácter absoluto la norma convencional invocada.

Y por lo que respecta a la pretendida vulneración de las Directivas 2009/28/CE y 2009/72/CE en cuanto recogen el principio comunitario de no aplicación retroactiva de modificaciones a las políticas incentivadoras de las instalaciones y, por lo tanto, se ha vulnerado el compromiso suscrito por España de mantener un sistema de incentivos dentro del marco de la normativa comunitaria y el principio de confianza legítima de los inversores.

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

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

De modo que si bien conforme a la Directiva 2009/28/CE los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a velar por el fomento de las energías renovables garantizando el acceso de la energía generada a la red, estableciendo unos objetivos globales nacionales en cuanto a la cuota de energía procedente de fuentes renovables, conforme a dicha norma no resulta obligado mantener inalterable un régimen de tarifas o primas sino que se concede una amplia libertad a los Estados en la definición de las medidas de fomento, (art. 3.3 de la Directiva) y en la definición de los sistemas de apoyo (art. 2.K de la Directiva) y, por lo tanto, para configurar el alcance de las medidas, instrumentos y mecanismos incentivadores de estas fuentes de energía, y establecer los sistemas de apoyo que estime coherentes con la sostenibilidad y eficiencia del sector eléctrico, con el fin de cumplir dichos objetivos.

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

Por otra parte, el estándar de protección de los principios generales del Derecho Comunitario de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad prohibida, que emana de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no difiere del aplicado por el Tribunal Constitucional español.

En efecto, estimamos que el significado constitucional de tales principios enunciados en el artículo 9.3 de la Constitución, que ha aplicado el Tribunal Constitucional en las sentencias 270/2015, de 17 de diciembre, 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 18 de febrero, 30/2016, de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo, es plenamente acorde con su configuración como principio general del Derecho Comunitario Europeo, pues integra los elementos de previsibilidad razonable de la modificación de la norma regulatoria, así como el referente a su necesidad, por exigencias claras e inequívocas de interés general,



que impide que el legislador o el titular de la potestad reglamentaria adopten medidas que defrauden en las legítimas expectativas de los destinatarios de la norma.

En ese sentido, cabe señalar que en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2015 (C.427/14), se sostiene que el principio de protección de la confianza legítima puede ser invocado por cualquier operador económico a quien una autoridad nacional haya inducido fundadas expectativas para la aplicación de este principio, pero no resulta pertinente -afirma la sentencia- «cuando un operador económico prudente y diligente pudiera prever la adopción de una medida que afectara a sus intereses, no podría invocar tal principio si se adopta esa medida. Además, los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente, que pueda ser modificada en el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales (véase en especial la sentencia Plantanol, C-201/08 , EU: C: 2009:539 , apartado 53)».

En el supuesto que enjuiciamos en este recurso contencioso-administrativo, la derogación del régimen primado establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y su sustitución por el nuevo sistema, basado en la percepción de la retribución específica, no puede calificarse de «inesperada» para los titulares de este tipo de instalaciones, tal como refiere el Tribunal Constitucional, ya que se debió a la excepcional situación en la que se encontraba el sector eléctrico, que arrastraba un déficit de tarifa que ponía en grave riesgo la sostenibilidad del sistema.

Debe, en este sentido, señalarse que para determinar si se ha producido una violación del principio general del Derecho de la Unión Europea de protección de la confianza legítima por el ajuste adoptado por el legislador de urgencia en el Real Decreto-ley 9/2013, procede analizar si las expectativas legítimas de los afectados han sido generadas por una regulación procedente del legislador, que contempla garantías precisas, incondicionales y coherentes con la normativa aplicable, que es susceptible objetivamente de suscitar esas expectativas en un operador diligente e informado, o bien es imputable a una normativa en que el mantenimiento de la situación jurídica preexistente puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de los poderes públicos condicionada a la evolución de las condiciones económica.

Conforme a los parámetros de enjuiciamientos expuestos, esta Sala considera que la regulación contemplada en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, en desarrollo y concreción de las previsiones del Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, no constituyen una ablación de las expectativas legítimas de aquellos agentes u operadores económicos e inversores que decidieron beneficiarse del régimen primado establecido por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

A estos efectos, lo que resulta sustancial es que esta regulación les garantizaba un sistema de incentivos económicos de desarrollo de su actividad empresarial de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cuya determinación y corrección quedaba al desarrollo reglamentario, y que dicho sistema primado tenía como objetivo conseguir la tasa de rentabilidad razonable, con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales.

Por ello, no consideramos que la derogación del régimen primado y su sustitución por un mecanismo de incentivos de las energías renovables que garantiza una retribución razonable, sea contrario al Derecho de la Unión Europea.

QUINTO. Sobre la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos y falta de interés general.

La pretendida infracción del principio que prohíbe la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, se basa en que no existe justificación alguna para la normativa recurrida, que le lleva a afirmar que fue dictada por mero "capricho del legislador", sin existir interés general que motive la nueva supresión de derechos a las energías renovables a través de la Orden Ministerial impugnada, impugnación que ha de conectarse con su queja referida a la falta de datos para justificar los parámetros fijados en la Orden y la ausencia de informes técnicos que lo respalden.

La parte recurrente considera, en definitiva, que 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 Consultin Gropup 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.

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 Consultas SA (en lo sucesivo RBSC) y The Boston Consulting Group SL (en adelante BCG), para que valoraran y establecieran los estándares de costes de inversión y operación de las tecnologías de generación de electricidad que operaban en régimen especial en España, con la finalidad de que proporcionara los datos que servirían para fijar los parámetros retributivos de las instalaciones tipo que se adoptarían por la Orden impugnada. El informe de la empresa BCG no llegó a elaborarse y el informe de la empresa RBSC es de fecha posterior (31 de octubre de 2014) a la aprobación de la Orden, por lo que los datos e información aportados por dicho informe no pudieron ser tomados en consideración para elaborar la Orden impugnada, lo que podría interpretarse como la ausencia de justificación técnica de los parámetros utilizados por la Orden impugnada al fijar las variables principales (coste estándar de la inversión y coste estándar de los costes de explotación entre otro) de las diferentes instalaciones tipo.

Pero esta conclusión no puede ser asumida, pues la ausencia de un informe elaborado por una empresa privada externa con el fin de servir de apoyo técnico al órgano administrativo encargado de dictar la norma reglamentaria no es una exigencia procedimental, ni su ausencia condiciona la validez de dicha norma. A diferencia de otros informes preceptivos previstos para la elaboración de este tipo de normas reglamentarias, tales informes externos pueden ser solicitados para coadyuvar a la labor técnica de la Administración, (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.

SEXTO. Sobre la vulneración del principio de igualdad.

Otro de los motivos de impugnación invoca la infracción del principio de respecto de todas las energías, discriminando injustificadamente a las energías convencionales respecto a las renovables (sic). Considera que la norma contraviene el principio de neutralidad tecnológica que se recogen en la Directiva Marco 21/2002/CE y en la Directiva 2009/140/CE, normas que si bien se refieren a la regulación de las comunicaciones guardan, a juicio del letrado de la parte recurrente, un gran paralelismo con lo aquí debatido. Argumenta que primas y ayudas del Estado vienen recibiendo tanto las energías del régimen general como del especial, si bien solo a las segundas se las ha privado de todo tipo de ayudas y primas estatales por lo que, a su juicio, ello violenta el principio de neutralidad tecnológica.

Conviene empezar por recordar que la STC 19/2012 de 15 de febrero, el Tribunal Constitucional recuerda su reiterada doctrina sobre el principio constitucional de igualdad afirmando que dicho precepto no consagra "un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual" [STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4, en relación con el principio de igualdad del art. 14 CE; en el mismo sentido, SSTC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2 c); 257/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 231/2005, de 26 de septiembre, FJ 5; 104/2005, de 9 de mayo, FJ 3; 156/2003, de 15 de septiembre, FJ 3; 88/2001, de 2 de abril, FJ 3; 21/2001, de 29 de enero, FJ 2; 181/2000, de 29 de junio, FJ 11; 36/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 211/1996, de 17 de diciembre, FJ 4; y 308/1994, de 21 de noviembre, FJ 5], menos consagra un pretendido derecho al trato igual de situaciones desiguales."

El nuevo régimen retributivo trata de acomodar sus parámetros a las características de las instalaciones similares, por lo que resulta razonable acudir a las diferencias que presentan las diferentes tecnologías que producen energía eléctrica. De modo que el intento por acomodar la "retribución razonable" a las diferencias tecnológicas de las productoras de energía eléctrica no puede considerarse contrario al principio de igualdad al responder el distinto trato a situaciones diferentes fundadas en razones objetivas.

Y por último, el hecho de que anteriores normas fijasen un diferente régimen transitorio o de compensación para las instalaciones de energía solar fotovoltaica no guarda relación alguna con el principio de igualdad denunciado, pues el legislador no está vinculado por las previsiones destinadas a regular el régimen transitorio o de compensación contenidas en normas anteriores, pues el legislador puede establecer las previsiones que considera necesarias para acomodarlas a las situaciones jurídicas que trata de regular, máxime cuando la normativa tomada como referencia regulaba la liberalización de este sector, lo cual no guarda relación alguna con la que ahora nos ocupa.



Y tampoco el principio de neutralidad tecnológica guarde relación alguna con la cuestión que nos ocupa ya que la diferencias retributivas derivadas de diferentes regímenes aplicables, general y especial, no atenta a dicho principio.

SÉPTIMO. Sobre la inexistencia de rentabilidad razonable.

Ya hemos tenido ocasión de razonar que las normas legales y las reglamentarias que la desarrollan han modificado el régimen retributivo, pero el nuevo sistema no puede considerarse ajeno a la fijación de una rentabilidad razonable. La parte cuestiona por ilógica el sistema en base al que se establece esta rentabilidad, entendiéndose que acude a unos parámetros financieros que ninguna relación guardan con el sector de la energía. Pues bien, tal y como hemos señalado en la sentencia de 6 de junio de 2016 (rec. 553/2014) <<[...] es preciso afirmar que el titular de la potestad reglamentaria tiene plena capacidad para el desarrollo de los principios del sistema retributivo previstos por la Ley y que sólo un desarrollo manifiestamente arbitrario, incongruente o contrario a la lógica y la finalidad de los criterios legales podía ser anulado. Fuera de esos casos extremos que en modo alguno concurren, sólo podrían combatirse con éxito concretos aspectos del modelo retributivo, pero no es posible basar en la referida previsión legal de una rentabilidad razonable una impugnación genérica del modelo desarrollado por el Real Decreto 413/2014 en beneficio de la opción preferida por el recurrente. Tanto más cuanto que no se puede olvidar 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".

OCTAVO. Sobre la falta de definición del concepto "empresa eficiente y bien gestionada".

Finalmente, se cuestiona el concepto de «empresa eficiente y bien gestionada» con base al cual se calcula la retribución específica, afirmando que es un concepto jurídico indeterminado que no se concreta.

Pues bien, la queja no resulta viable, pues la concreción del concepto de «empresa eficiente y bien gestionada» se determina con los criterios económicos de la Orden IET 1045/2014. El concepto de «empresa eficiente y bien gestionada» se incluye en el artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013, a efectos de la determinación de la retribución específica. Y la STC 270/2015 ha rechazado que se haya producido una falta de concreción o utilización arbitraria e los términos <<rentabilidad razonable>> y de <<empresa eficiente o bien gestionada>> que constituye la premisa para la aplicación de la retribución adicional por costes de inversión.

La citada sentencia afirma <<Dicha queja tampoco resulta atendible, pues la propia norma, tanto en el art. 1.2, como en la disposición adicional primera, lleva a cabo una determinación objetiva de dichos conceptos, con arreglo a determinados parámetros, que expresamente se enumeran. El establecimiento de unos criterios legales explícitos y objetivos, que permiten una determinación material suficiente de los criterios utilizados por la norma, hacen que pueda excluirse en este caso la pretendida apelación a los llamados conceptos jurídicos indeterminados (lo que de suyo no es contrario a la Constitución, como ya afirmamos en la STC 292/2000 , FJ 2), y que proceda estimar que se ha satisfecho el requisito de certidumbre de la norma que excluye su excesiva indeterminación o apertura, haciendo que sea factible a sus destinatarios conocer en cada caso la interpretación que el legislador hace de tales principios y el significado y las consecuencias que los mismos han de tener en la fase aplicativa, razones todas ellas que determinan que no se haya producido la vulneración del principio de interdicción de arbitrariedad, contemplado en el art. 9.3 CE >> .

NOVENO. Sobre la pretendida irretroactividad prohibida de la norma.

También se aduce la vulneración del principio de irretroactividad de las normas por entender que no se pueden modificar los parámetros retributivos que le resultaban aplicables en el momento de la concesión.

A tal efecto, baste señalar que la sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015 -y las demás antes citadas- también examinaron si el RDL 9/2013 incurría en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE , al derogar de forma expresa el RD 661/2007, de 25 de mayo, que regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y al establecer un nuevo régimen retributivo para las instalaciones que estaban acogidas a dicho régimen especial. Recuerda la sentencia del TC citada que el límite expreso de la retroactividad in peius de las leyes garantizado por el artículo 9.3 se circunscribe a las leyes sancionadoras y las restrictivas de derechos individuales, y que fuera de dichos ámbitos nada impide al legislador dotar a la ley de efectos retroactivos, pues lo contrario podría conducir a situaciones de petrificación del ordenamiento jurídico.

Tal y como hemos señalado en numerosas sentencias de esta Sala, entre ellas la 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,



debe concluirse que ni el RD 413/2014 ni la Orden IET/1045/2014 incurren en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE, pues carece de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, en el sentido de que no anula, ni modifica ni revisa las retribuciones pasadas, percibidas por los titulares de instalaciones de energía renovables bajo la vigencia del régimen del RD 661/2007, sino que el RD impugnado proyecta sus efectos a partir de la entrada en vigor del nuevo régimen retributivo, instaurado por el RD-ley 9/2013, que sustituyó el anterior régimen retributivo.

La modificación de la rentabilidad razonable prevista para la vida útil de una instalación incide, sin duda, en situaciones jurídicas creadas antes de la entrada en vigor de dicha norma y que siguen produciendo efectos, pero no implica una retroactividad prohibida, al no afectar a los derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados al patrimonio de los titulares de tales instalaciones, ni sobre situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas. Tan solo afecta al cómputo global de la rentabilidad que tienen derecho a percibir los titulares de estas instalaciones, sin incidencia alguna sobre las cantidades percibidas en el pasado porque lo impide de forma expresa la disposición final tercera, apartado 4, de la Ley 24/2013.

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>>.

DÉCIMO. Sobre la vulneración del principio de no confiscatoriedad.

A juicio de la parte recurrente, la Orden Ministerial ha vulnerado el principio constitucional de no confiscatoriedad al haberse impuesto un modelo retributivo distinto del anterior sin que haya mediado indemnización alguna. Los actores entienden que la Orden Ministerial confisca su derecho a obtener una retribución económica acorde con la normativa que resultaba de aplicación en el momento de realizar su inversión, al suprimirlo sin mediar contraprestación alguna, por lo que, a su juicio, concurre una responsabilidad patrimonial de la Administración.

Tampoco este motivo puede prosperar pues ni la norma impugnada ni la disposición legal que desarrolla pueden considerarse normas sancionadoras o restrictivas de derechos ni afecta a situaciones jurídicas agotadas, consolidadas, perfeccionadas o patrimonializadas, tal y como ha señalado la STC 270/2015, por lo que la modificación del régimen retributivo que no incurre en retroactividad prohibida no genera derecho alguna a una indemnización ni puede considerarse confiscatorio.

DÉCIMO PRIMERO. Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso imponiendo las costas a la parte recurrente sin que se aprecien motivos que justifiquen la no imposición de las costas por existir serias dudas de hecho o de derecho.

Procede, por todo lo expuesto, la estimación del recurso de casación sin que se aprecien circunstancias que justifiquen la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJ.

FALLO

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

Que debemos Desestimar el recurso interpuesto por el representante legal de las entidades "Terminator Mode, S.L.", "Fort Stevens, S.L.", "San Pedro Corporate, S.L.", "Eastern Región, S.L.", "Studios Minsk, S.L.", "Speedwell & Island, S.L.", "Edificaciones Williams Dos, S.L.", "Royal Navy Quince, S.L.", "Proyectos Wadi Rum, S.L.", "Batty Board Cruise, S.L.", "Desarrollos Torreta Doce, S.L.", "Chicago Bleu, S.L.", "Solarpark España Cubiertas 6,



S.L.", "SolarPark España Cubiertas 7, S.L.", contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, sin hacer expresa condena en costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA DE 5 DE MARZO DE 2018 (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 172/2016), AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a Maria Isabel Perello Domenech.

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

A/ De un lado, no comparto los apartados de la fundamentación jurídica de la sentencia en los que se desestiman las alegaciones de la parte demandante sobre la eficacia 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 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 las categorías de instalaciones 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 insta, 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 decidida 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 las normas de rango legal, ha quedado configurado en el Real Decreto y la Orden con un sesgo retrospectivo significativamente gravoso que no es, desde luego, el único desarrollo reglamentario que



admitían aquellas genéricas previsiones legales y que, a mi entender, sí incurre en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

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

La sentencia de la que discrepo señala que el ordenamiento vigente con anterioridad al Real Decreto-ley 9/2013 no albergaba en sí mismo un signo externo concluyente que fuese bastante para generar en la parte recurrente la confianza legítima, esto es, la creencia racional y fundada de que el régimen retributivo establecido en Real Decreto 661/2007 no podía resultar alterado en el futuro, pues ninguna disposición del citado Real Decreto 661/2007 establecía que la tarifa allí regulada fuera inmodificable. Ahora bien, una cosa es que aquella tarifa fuese modificable y otra muy distinta que la nueva regulación materializada en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 haya venido a establecer, como he intentado explicar, no ya una reducción de la tarifa sino una regulación enteramente nueva del régimen retributivo que, además, enjuicia con los criterios y parámetros que ahora se 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^a y derogatoria única) como la Ley 24/2013 (disposición transitoria 6^a) dejaron establecido que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, o Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, según los casos); y que recibirían esa retribución con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el desarrollo reglamentario. Sin embargo, es en el Real Decreto 413/2014 donde se materializa y concreta el alcance de aquella previsión legal; y lo hace la norma reglamentaria en términos que resultan vulneradores de los 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 y 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 y establezca los estándares de costes de inversión e operación de las tecnologías de generación de electricidad que operan en régimen especial en España. Y es en ese contexto en el que se inscribe el servicio cuyas condiciones técnicas se describen en este pliego". En cuanto al objeto y alcance del estudio cuya realización se externaliza, el mismo Pliego de Condiciones señala lo siguiente:

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

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

(...)

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

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

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

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

Por tipo de coste: coste de inversión, coste de operación 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.

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

Eduardo Calvo Rojas María Isabel Perello Domenech

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Diego Cordoba Castroverde**, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.