



Roj: **STS 3098/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3098**

Id Cendoj: **28079130032017100308**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/07/2017**

Nº de Recurso: **725/2014**

Nº de Resolución: **1342/2017**

Procedimiento: **Contencioso**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de julio de 2017

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número 1/725/2014 interpuesto por la procuradora doña Mercedes Caro Bonilla, en representación de las mercantiles DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 111, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 112, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 113, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 114, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 115, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 116, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 117, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 118, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 119, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 120, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 121, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 122, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 123, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 124, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 125, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 126, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 127, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 128, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 129, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 130, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 131, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 132, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 133, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 134, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 135, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 136, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 137, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 138, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 139, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 140, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 141, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 142, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 143, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 144, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 145, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 146, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 147, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 148, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 149, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 150, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 151, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 152, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 153, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 154, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 155, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 156, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 157, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 158, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 159, S.L.U., y DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 160, S.L.U., bajo la dirección letrada de don Roberto Sánchez Sánchez, contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuo; y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Mercedes Caro Bonilla, en representación de las mercantiles DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 111, S.L.U. a DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 160, S.L.U., interpuso con fecha 10 de septiembre de 2014, recurso contencioso-administrativo, que se registró con el número 1/725/2014, contra



el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos; y contra la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

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

TERCERO.- En su escrito de demanda presentado el 4 de noviembre de 2015, la representación procesal de las mercantiles DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 111, S.L.U. a DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 160, S.L.U. demandantes, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y los concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito con los documentos que se adjuntan, los admita, tenga por formulada demanda en el recurso contencioso-administrativo de referencia y, previos los trámites legales pertinentes, dicte sentencia en la que, estimando el presente recurso contencioso-administrativo, acuerde

1) Previa declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 del RDL 9/2013 , que dio nueva redacción al artículo 30.4 de la LSE de 1997 , y la Disposición final tercera de la LSE de 2013, en los términos indicados en el Otrosí cuarto del escrito de demanda, se declare la nulidad de pleno derecho del Anexo XIII del RD 413/2014, que establece la metodología retributiva aplicable a las instalaciones en funcionamiento en el momento de la entrada en vigor del RDL 9/2013, así como la retribución a la inversión y la retribución a la operación asignada a la IT-00068 en el Anexo II de la Orden de Parámetros, debiendo ordenarse a la Administración demandada que abone a mis mandantes (con efectos desde el 14 de julio de 2013) la diferencia entre la retribución percibida en aplicación del nuevo modelo instaurado en el RDL 9/2013 y la que se debía haber percibido en aplicación del modelo derogado por el RDL 9/2013 (el Real Decreto 661/2007), más los intereses legales devengados desde la fecha en que se recibieron las cantidades correspondientes hasta la fecha en que se dicte la Sentencia estimatoria. La cantidad se determinará en ejecución de sentencia.

2) Subsidiariamente

(a) La declaración de nulidad de pleno derecho de las variables "Ing" e "Ingf" del Anexo XIII del RD 413/2014, así como la retribución a la inversión y la retribución a la operación asignada a la IT-0068 en el Anexo II de la Orden de 2014, debiendo ordenarse a la Administración demandada que abone a mis mandantes una indemnización de daños y perjuicios por la diferencia de las retribuciones realmente percibidas y las que se hubieran debido percibir si no se hubiera considerado ingresos adicionales a los de venta de electricidad en el mercado al precio del mercado de producción, más los intereses legales devengados desde la fecha en que se recibieron las cantidades correspondientes hasta la fecha en que se dicte la Sentencia estimatoria. La cantidad se determinará en ejecución de Sentencia.

(b) En atención a la falta de consistencia de los datos valorados para decidir la retribución a la inversión y la retribución a la operación:

(i) La nulidad de pleno derecho de la Orden de 2014, por infracción de los artículos 9.3 de la Constitución , 14.2 y 14.7.b) de la LSE de 2013 y 13 del RD 413/2014 .

(ii) La condena a la Administración demandada a que lleve a cabo una nueva determinación de la retribución a la inversión y a la operación, que esté basada en datos contrastables.

(iii) El reconocimiento del derecho de mis mandantes a ser compensadas económicamente por los daños y perjuicios sufridos por las Instalaciones, indemnización que ha de consistir en la diferencia entre lo percibido en aplicación del modelo instaurado en el RDL 9/2013 y lo que se debía haber percibido en aplicación del RD 661/2007, hasta la aprobación de unos nuevos parámetros aplicables a las instalaciones de mis mandantes, más los intereses legales devengados desde la fecha en que se recibieron las cantidades correspondientes hasta la fecha en que se dicte la Sentencia estimatoria. La cantidad se determinará en ejecución de Sentencia.

3) La imposición de las costas a la Administración demandada.

Por Primer Otrosí solicita el recibimiento a prueba del proceso y fija los puesto de hecho sobre los que ha de versar.

Por Segundo Otrosí interesa trámite de conclusiones escritas.



Por Tercer Otrosí dice que la cuantía debe reputarse indeterminada.

Por Cuarto Otrosí interesa que la sala plantee, en el momento procesal oportuno, cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. » .

CUARTO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito presentado el 4 de diciembre de 2015, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

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

Por Otrosí acompaña documentos elaborados por el IDAE relativos a Introducción y Metodología general utilizada para la definición de instalaciones tipo; así como los referidos al Área Fotovoltaica. En lo demás, dice que no procede el recibimiento a prueba pedido de contrario, en tal que es innecesario para la incorporación del expediente que se pretende.

Por Otrosí se opone al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 1.2 y la disposición final 2 RDL 9/2013 y disposición final 3 LSE 2013. » .

QUINTO.- La Letrada de la Administración de Justicia dictó Decreto el 7 de enero de 2016, por el que resuelve fijar la cuantía del presente recurso contencioso-administrativo en indeterminada.

SEXTO.- Solicitada nuevamente la suspensión de este proceso por el Abogado del Estado, por providencia de 8 de enero de 2016, se acuerda estarse a lo acordado en el Auto de 17 de julio de 2015, al subsistir las razones que se dieron en el mismo.

SÉPTIMO.- La **Sección Tercera** de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó Auto el 9 de febrero de 2016 , cuya parte dispositiva dice literalmente:

« Recibir el recurso a prueba, habida cuenta de la disconformidad en los hechos y siendo éstos de trascendencia para la resolución del pleito.

Se admite y declara pertinente la prueba documental propuesta por la parte demandante y en consecuencia se tienen por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo.

Se admite y declara pertinente la prueba documental de la Administración demandada, teniendo por aportados y reproducidos los informes del IDAE de 17 de Junio de 2015 Introducción y Metodología general utilizada para la definición de instalaciones tipo, así como los referidos al Área Fotovoltaica.

No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concede al representante procesal del **actor** el plazo de diez días a fin de que presente escrito de **conclusiones** sucintas de los hechos por el mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoye, conforme determina el art. 64 de la Ley de esta Jurisdicción . » .

OCTAVO.- La procuradora doña Mercedes Caro Bonilla, en representación de las mercantiles DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 111, S.L.U. a DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 160, S.L.U. demandantes, presentó escrito el 25 de febrero de 2016, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que tenga por presentado este escrito y por formulado escrito de CONCLUSIONES y, tras los trámites pertinentes, dicte Sentencia en los términos solicitados en el escrito de demanda, así como plantee cuestión de inconstitucionalidad en los términos solicitados en el cuarto otrosí digo del escrito de demanda. » .

NOVENO.- Por diligencia de ordenación de 26 de febrero de 2016, se tiene por evacuado el trámite de conclusiones conferido a la parte recurrente y entregándole copia a la parte demandada, se le otorga el plazo de diez días para que presente las suyas, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito presentado el 2 de marzo de 2016, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« tenga por aportada la STC que acompañamos al amparo del art. 270.1 LEC , y por evacuado el trámite de conclusiones conferido, suspenda la tramitación del recurso previa a votación y fallo, y, en su momento, acuerde lo solicitado en nuestra contestación. » .

DÉCIMO.- Por providencia de 8 de marzo de 2017, se tienen por formuladas conclusiones por la Administración demandada. Respecto de la solicitud que se contiene en dicho escrito de suspensión del proceso, previa a la votación y fallo, subsistiendo las razones que se dieron en la providencia de 11-06-2015 y Auto de 17-07-2015 (razones reiteradas en otros muchos autos, v.g. el de fecha 14 de septiembre de 2015, dictado



en el recurso contencioso-administrativo nº 653/14), conocidos sobradamente por el Sr. Representante de la Administración, que ha sido parte en todos estos procesos, esté a lo acordado en aquel auto. Y, respecto de la sentencia del Tribunal Constitucional (recurso 5852/13), aportada con el escrito de conclusiones, se admite y queda unida a las actuaciones y óigase a la parte actora por plazo de diez días, evacuándose dicho trámite por la procuradora doña Mercedes Caro Bonilla en escrito de 30 de marzo de 2016, que concluye con el siguiente SUPPLICO:

« que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, por hecha la alegación que en el se contiene y, previos los trámites legales oportunos, proceda a plantear la cuestión de inconstitucionalidad en los términos solicitados en el escrito de demanda, al tratarse de una retroactividad inconstitucional del nuevo modelo retributivo sobre la que todavía no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional y que nada tiene que ver con la denunciada por el Gobierno Foral de Navarra que se resuelve en la sentencia aportada por la Administración demandada. » .

UNDÉCIMO.- Por providencia de 25 de abril de 2016, se acuerda conferir a las partes un plazo común de diez días para que formulen alegaciones acerca de la incidencia que pueda tener sobre las cuestiones suscitadas en este proceso la sentencia el Pleno del Tribunal Constitucional, STC 270/2015, de 17 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 19, de 22 de enero de 2016, evacuándose dicho trámite con el siguiente resultado:

1º.- El Abogado del Estado, en escrito presentado el 27 de abril de 2016, efectuó las manifestaciones que consideró oportunos, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

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

2º.- La procuradora doña Mercedes Caro Bonilla, en representación de las mercantiles DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 111, S.L.U. a DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 160, S.L.U. demandantes, presentó escrito el 13 de mayo de 2016, en el que tras efectuar, asimismo, las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó SOLICITANDO:

« que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, por hecha la alegación que en el se contiene y, previos los trámites legales oportunos, proceda a plantear la cuestión de inconstitucionalidad en los términos solicitados en el escrito de demanda, al tratarse de una retroactividad inconstitucional del nuevo modelo retributivo sobre la que todavía no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional y que nada tiene que ver con la denunciada por el Gobierno de la Región de Murcia que se resuelve en la sentencia aportada por la Administración demandada

y tener por efectuadas las manifestaciones contenidas en el mismo. » .

DUODÉCIMO.- Por providencia de 25 de mayo de 2016, se acordó, entre otros extremos, conceder a las partes un plazo de cinco días a fin de que puedan alegar lo que a su derecho convenga sobre la procedencia de admitir el documento, notificación a los miembros del Parlamento Europeo petición 2520/2014, presentado por el Sr. Abogado del Estado y para que puedan alegar en el mismo plazo también lo que estimen conveniente sobre los efectos de dicho documentos en el objeto de este recurso, evacuándose dicho trámite por la representación procesal de las mercantiles DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 111, S.L.U. a DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 160, S.L.U. demandantes, en escrito presentado el 7 de junio de 2016, que lo concluye suplicado que «tenga por presentado este escrito y por hechas las anteriores alegaciones sobre la irrelevancia en este procedimiento del documento aportado por el Abogado del Estado».

DECIMOTERCERO.- Por providencia de fecha 28 de abril de 2017 se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat y se señaló para votación y fallo el día 18 de julio de 2017, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El recurso contencioso-administrativo que enjuicamos, interpuesto por la representación procesal de las mercantiles DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 111, S.L.U. a DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 160, S.L.U. tiene por objeto la pretensión de que, previa declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, y de la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de noviembre, del Sector Eléctrico, se declare la nulidad de pleno derecho del Anexo XIII del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se



regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, así como la retribución a la inversión y la retribución a la operación asignada a la IT 00068 en el Anexo II de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

El recurso contencioso-administrativo se fundamenta en los siguientes motivos de impugnación.

En primer término, se alega que la metodología aprobada altera la naturaleza de los ingresos recibidos por la planta hasta la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013.

Se aduce que la regulación contenida en el artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, en la disposición final segunda de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en la disposición adicional segunda y el Anexo XIII del Real Decreto 413/2014 y en el Anexo II de la Orden de Parámetros modifica derechos consolidados y es, por ello, inconstitucional por infracción de los artículos 9.3 y 33 de la Constitución.

En segundo término se alega que la metodología considera no solo ingresos de mercado, sino también los ingresos por tarifa regulada y primas, con infracción del artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico.

En tercer término se denuncia la falta de motivación o justificación del contenido de la Orden de parámetros, puesto que no existe ningún documento en el expediente administrativo que de una explicación sobre los criterios aplicados para segmentar las instalaciones tipo, lo que revela la arbitrariedad en que ha incurrido el Ministerio de Industria, Energía y Turismo al aprobar la Orden de parámetros (y particularmente a la hora de calcular los costes de inversión de las instalaciones tipo, fijar las horas de equivalencia de las instalaciones tipo fotovoltaicas y aplicar un precio medio de mercado para calcular los ingresos de estas instalaciones).

Se preconiza en último término, que se reconozca el derecho a percibir una indemnización por los daños y perjuicios producidos cuya cuantificación se determinará según resulte de la estimación de los distintos motivos de impugnación articulados contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014.

SEGUNDO.- Sobre el marco normativo en que se inserta el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio.

El Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, modifica de forma sustancial el régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables establecido en el artículo 30 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de Sector Eléctrico, sustituyendo el régimen tarifario primado por la percepción «a título excepcional», de una retribución específica.

El artículo 30.4 de la Ley 54/10997, de 27 de noviembre, queda redactado tras la modificación operada por el artículo 1 dos del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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



Este régimen retributivo no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que posibiliten obtener una rentabilidad razonable por referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable. No obstante lo anterior, excepcionalmente el régimen retributivo podrá incorporar además un incentivo a la inversión y a la ejecución en plazo determinado cuando su instalación suponga una reducción significativa de los costes en los sistemas insulares y extrapeninsulares.

Esta rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado.

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

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

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

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

Este régimen retributivo, adicional a la retribución por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción, estará compuesto por un término por unidad de potencia instalada que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo.

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

b) Para el cálculo de dicha retribución específica se considerarán, para una instalación tipo, a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, los valores que resulten de considerar:

- i. Los ingresos estándar por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción.
- ii. Los costes estándar de explotación.
- iii. El valor estándar de la inversión inicial.

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

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

El régimen retributivo no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que permita obtener una rentabilidad razonable referida a la instalación tipo en cada caso aplicable. Esta rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado.

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

TERCERO.- Sobre la improsperabilidad del recurso contencioso-administrativo.

El recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado, acogiendo los razonamientos jurídicos expuestos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1020/2017, de 8 de junio de 2017, en que, respondiendo a idénticos motivos de impugnación formulados contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, dijimos:

« [...] La demanda sostiene, como sostuvimos que procedía rechazar el primer motivo de impugnación, sustentado en la alegación de que, como resulta de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, la disposición final tercera de la Ley del Sector Eléctrico y la disposición adicional segunda del Real Decreto 413/2014, el nuevo modelo se aplica también a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, que tuvieran reconocida retribución primada a la entrada en vigor del citado RD-ley 9/2013, lo que hizo necesario establecer una metodología para calcular el valor del activo neto en el momento del cambio normativo, para lo que había varias opciones, y el RD-ley 9/2013 y la LSE han diseñado un modelo, desarrollado por el Anexo XIII del RD 413/2014 y aplicado por la Orden IET 1045/2014, que consiste en considerar la totalidad de los ingresos reales estándar obtenidos por tipología de instalación y aplicar una tasa de retorno del 7,5% desde el principio de la vida útil regulatoria, lo que significa la recalificación de los ingresos anteriores a 2013, tratándose de un supuesto de retroactividad absoluta, ya que se revisan los efectos de hechos ya consumados, pues aunque la nueva norma no obligaría a las instalaciones propiamente a "devolver" cantidades ya cobradas en concepto de venta de electricidad y solo afecta a las cantidades a percibir tras el RD-ley 9/2013, la medida implica en última instancia, una revisión retroactiva, con efectos desde la puesta en marcha de la instalación, de la tasa de rentabilidad reconocida a la instalación por la normativa vigente en cada momento.

La sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015 -y las demás antes citadas- examinaron la cuestión de si el Real Decreto-ley 9/2013 incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución española, al derogar de forma expresa el Real D 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 Tribunal Constitucional citada que el límite expreso de la retroactividad in peius de las leyes garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución se circunscribe a las leyes sancionadoras y las restrictivas de derechos individuales, y que fuera de dichos ámbitos nada impide al legislador dotar a la ley de efectos retroactivos, pues lo contrario podría conducir a situaciones de petrificación del ordenamiento jurídico.

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

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

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



individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución (STC 227/1988, de 29 de noviembre , FJ 9).»

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

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

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

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

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

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



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

El segundo motivo de impugnación refiere que la metodología seguida en las normas impugnadas considera no solo los ingresos de mercado, sino también los ingresos por tarifas y primas, lo que infringe el artículo 30.4 de la LSE .

Este Tribunal ya ha abordado y desestimado esta alegación en las sentencias de 8 de junio de 2016 (recurso 745/2014) y 7 de julio de 2016 (recurso 429/2014), afirmando que en el nuevo régimen que diseñan el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, se calcula la retribución específica de las instalaciones de energía procedente de fuentes renovables mediante la aplicación a una instalación tipo, a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, de los valores estándar por la venta de la energía generada al precio de mercado, los costes estándar de explotación y el valor estándar de la inversión inicial.

Ahora bien, para el caso de las instalaciones que tuvieran reconocida retribución primada a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2013, la disposición final segunda de la citada norma legal y la disposición final tercera de la Ley 24/2013 , habilitaron al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, para la aprobación de un real decreto de regulación de su régimen jurídico y económico, que se ajustará a los criterios previstos en el artículo 30 de la Ley 54/1987 , en la redacción dada por el citado Real Decreto Ley, que será de aplicación desde la entrada en vigor del mismo.

En el régimen retributivo del Real Decreto 661/2007, que fue derogado de forma expresa por la disposición derogatoria segunda a) del Real Decreto-ley 9/2013 , los titulares de instalaciones podían optar por vender su energía a tarifa regulada, o bien vender dicha energía directamente en el mercado, percibiendo en este caso el precio negociado en el mercado más una prima, de forma que la consideración de los ingresos estándar por la venta de energía "a lo largo de la vida útil regulatoria" , que prevé el artículo 14.7 de la Ley 24/2013 , ha de tener en cuenta las particularidades de dicha venta en el régimen anterior, con la inclusión de las primas o tarifas que formaban parte de la retribución percibida por el titular de la instalación.

Alega la parte recurrente en el tercer motivo de impugnación: 1) la arbitrariedad y falta de transparencia de las disposiciones reglamentarias impugnadas, con infracción de los artículos 9.3 de la Constitución , 14.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y 13 del Real Decreto 413/2014 , 2) la ausencia de motivación o justificación del contenido de la Orden de Parámetros, 3) la arbitrariedad en la determinación de las instalaciones hidroeléctricas tipo, 4) la arbitrariedad a la hora de calcular los costes de inversión y operación de las instalaciones tipo, 5) la arbitrariedad a la hora de fijar las horas equivalentes de las instalaciones tipo hidroeléctricas y 6) arbitrariedad a la hora de fijar las horas mínimas de funcionamiento de las instalaciones tipo hidroeléctricas.

Examinamos en primer lugar las alegaciones sobre arbitrariedad y falta de motivación de carácter general (subapartados 1 y 2), y seguidamente las alegaciones que, de forma más concreta, aprecian dichas infracciones en relación con las instalaciones solares hidroeléctricas (subapartados 3, 4, 5 y 6).

Considera la parte demandante que la Orden de Parámetros infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, pues debería contener, al menos en los documentos que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo haya utilizado para su aprobación, una clara justificación y motivación de las opciones elegidas por el legislador reglamentario, y por otro lado, su contenido debería ajustarse a la realidad que quiere regular, sin que el expediente administrativo permita conocer los criterios seguidos para la clasificación de las instalaciones tipo, los conceptos que ha utilizado y la metodología aplicada para calcular los costes de inversión de cada instalación tipo, la fórmula empleada para determinar las horas equivalentes de funcionamiento de cada instalación y como se han calculado para determinar los costes de operación.

Igualmente alega la parte demandante en el apartado sobre la ausencia de motivación, que en el expediente administrativo no constaban los informes de Roland Berger y Boston Consulting Group, que en realidad no llegaron a emitirse, a pesar de que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo había hecho público, antes de la aprobación de las normas impugnadas, que para dar soporte técnico a sus decisiones sobre el nuevo régimen retributivo y para asegurar su acierto en la fijación de los nuevos parámetros retributivos, había contratado a las dos citadas consultoras.

Esta sala ha examinado ya en diversas ocasiones la alegación de que la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, adolece de la necesaria motivación respecto a los parámetros aplicables a las instalaciones tipo con derecho



a la percepción del régimen económico primado, entre otras, en las sentencias (tres) de 1 de junio de 2016 (recursos 631/2014 , 641/2014 y 783/2014), 7 de junio de 2016 (recurso 850/2014) y 7 de julio de 2016 (recurso 429/2014).

El reproche formulado por los recurrentes en esos otros procesos parte de que en la Orden se fijan cientos de tablas sin explicar ni los valores utilizados ni la forma de calcular la rentabilidad establecida en la Ley, y se argumenta también que no existen informes con un análisis del mercado de las inversiones realizadas y sus condiciones reales en el momento en que se realizaron, por lo que los parámetros asignados por la Orden no han tenido en cuenta el coste real de la inversión, limitándose a fijar un valor estándar.

Para dar respuesta a esta alegación ha de partirse de que el nuevo régimen retributivo instaurado se basa en la fijación de unos parámetros estándar que pivotan en torno a una "instalación tipo", separándose así del anterior régimen basado en una retribución por "prima" y una rentabilidad razonable calculada sobre los costes de inversión reales en que se hubiese incurrido, por lo que la utilización de unos valores estándar de la inversión y de 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".

Sentada esta premisa, y dados los términos en que se plantea la impugnación referida a los parámetros en general, no nos corresponde entrar a examinar todos y cada uno de los datos utilizados para cada tecnología o instalación tipo, tarea que desbordaría con mucho los términos en que ha sido planteada la cuestión. Bastará entonces 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.

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

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

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

Con carácter general ha de señalarse que el Real Decreto 413/2014, tal y como establece el artículo 13 , encomienda al Ministro de Industria, Energía y Turismo la labor de fijar, mediante una Orden, la clasificación de las instalaciones tipo atendiendo a la tecnología, potencia instalada, antigüedad, sistema eléctrico y cualquier otra segmentación necesaria para la aplicación de régimen retributivo, y en su artículo 13 indica, a título



enunciativo, los parámetros retributivos más relevantes para cada régimen retributivo específico, dedicando los artículos siguientes a fijar los criterios para la clasificación de las instalaciones tipo (artículo 14), la determinación de los periodos regulatorios (artículo 15), los criterios para calcular la retribución a la inversión y la retribución a la operación de la instalación tipo (artículos 16 y 17) y las correcciones de los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación como consecuencia del número de horas equivalentes de funcionamiento de las mismas (artículo 21). De modo que ya en el Real Decreto se contienen unos criterios generales en los que fundar los criterios técnicos y retributivos en los que debería basarse la Orden.

Por otra parte, la exposición de motivos de la Orden IET/1045/2014 (apartado III) especifica aún más los criterios utilizados para el cálculo de la retribución: a) para la determinación del valor estándar a la inversión menciona los "equipos principales nuevos, así como el resto de equipos y sistemas electromecánicos, de regulación y control, equipos de medida y líneas de conexión, incluyendo 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 terrenos, gastos asociados a la seguridad de las instalaciones y el impuesto sobre bienes inmuebles de características especiales-; c) señala los criterios utilizados para el cálculo de las horas de funcionamiento -las horas anuales que han realizado las instalaciones según los datos publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia-; d) y finalmente identifica la fuente de la que se obtuvo la estimación del precio de mercado.

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

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

A tal efecto, resulta relevante el contenido del informe sobre la propuesta de la Orden, emitido el 3 de abril de 2014 por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia.

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

No cabe duda, por tanto, que los criterios clasificatorios tomados en consideración por la Orden para establecer las diferentes instalaciones tipo están justificados en razones objetivas que son conocidas y contrastables, permitiendo a la parte discutir la sujeción o no a tales criterios al tiempo de definir la instalación tipo en que se ubica su concreta instalación.

En lo que se refiere a la retribución a la operación y retribución a la operación extendida, el informe explica que el criterio de asignación es atribuírselo a aquellas instalaciones que necesitan de dicha retribución adicional, en relación con los ingresos obtenidos por la venta de energía en el mercado para poder igualar los costes estimados de explotación por unidad de energía exportada, por lo que resulta razonable no asignarlo a instalaciones eólicas ni hidráulicas, dado que sus costes variables son relativamente reducidos, y concedérselo en cambio, en mayor o menor medida, a las restantes tecnologías. También en este punto se determina el criterio de asignación de esta retribución, permitiendo a la parte rebatir si resultaba procedente



su inclusión en un caso concreto. Es más, el informe de la Comisión hace en este punto alguna crítica sobre los criterios empleados para elegir a alguna instalación tipo como receptora de esta retribución, por albergar dudas sobre la procedencia de que sea perceptora de una retribución que podría no estar justificada, pero sin cuestionar que se haya dejado de establecer la retribución cuando resultaba procedente.

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

EL tercer motivo de impugnación, fundamentado en la alegación de que la Orden IET/1045/2014 es arbitraria en la determinación de las instalaciones tipo fotovoltaicas, en el cálculo de los costes de inversión y operación de las instalaciones tipo, en la fijación de las horas equivalentes de las instalaciones hidroeléctricas tipo y en la fijación de las horas mínimas de funcionamiento de las instalaciones hidroeléctricas tipo, no puede ser estimado.

Cabe referir al respecto, que en la sentencia de esta Sala de 30 de marzo de 2017 (RCA 567/2014), hemos rechazado este motivo de impugnación de la Orden IET/1045/2014 descartando que infrinja el principio de interdicción de la arbitrariedad, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...]Se cuestiona la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio por la falta absoluta de motivación, incurriendo en arbitrariedad, en la fijación de los parámetros retributivos del nuevo régimen económico y en la configuración de las instalaciones tipo. De forma subsidiaria realiza alegaciones sobre la arbitrariedad, falta de motivación y error en la clasificación de las instalaciones tipo, las horas equivalentes de funcionamiento que sirven de base para la determinación de los parámetros retributivos, centrándolo concretamente en las correspondientes a las IT-00627 e IT-00652. Argumenta que de la ingente documentación obrante en el expediente administrativo no se advierten informes técnicos previos que justifiquen la metodología utilizada por el Ministerio de Energía para determinar los parámetros de las plantas y valores contenidos en la Orden recurrida y los parámetros que corresponden a cada instalación y ningún informe que haya calculado la rentabilidad razonable que fija en el 7,39 %. El único informe obrante es el emitido por Roland Berger Strategy Consultants SA, que es posterior a la publicación de la Orden, que resulta desvirtuado por el dictamen pericial aportado autos elaborado por D. Urbano, y ratificado, en el que se informa sobre los cálculos de las horas equivalentes de funcionamiento reales que no coinciden con las previstas en la norma.

Para dar respuesta a esta alegación ha de partirse de que el nuevo régimen retributivo instaurado se basa en la fijación de unos parámetros estándar que pivotan en torno a una «instalación tipo», separándose así del anterior régimen basado en una retribución por «prima» y una rentabilidad razonable calculada sobre los costes de inversión reales en que se hubiese incurrido, por lo que la utilización de unos valores estándar de la inversión y de los costes estándar de explotación es uno de los pilares en torno al que gira el nuevo sistema retributivo diseñado en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013 por remisión al mismo. Desde esta perspectiva, ningún reproche puede dirigirse a la Orden por el hecho de que utilice tales valores estándar o medios y prescindir de las inversiones reales de cada una de las instalaciones, pues con ello no hace sino cumplir con el mandato legal que se le encomendó, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme diversidad de instalaciones existentes que se agrupan por criterios homogéneos, elaborarlos partiendo de la premisa de que se trata de una instalación "eficiente y bien gestionada". A tal efecto, el 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 y los planteamientos subsidiarios se plantean 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 no son acertados o adecuados, y muy especialmente las cuestiones relativas a la desafección de las instalaciones tipo y la falta de motivación de esas instalaciones, así como el error en las horas equivalentes de funcionamiento, en relación a las IT-00627 e IT-00652 pertenecientes a la recurrente. Planteada la impugnación en estos términos no nos corresponde examinar cada uno de los datos utilizados para cada tecnología o instalación tipo. Ello no solo desbordaría el recurso tal y como ha sido formulado sino la propia capacidad de este Tribunal, ya que se establecieron casi 1500 instalaciones tipo. Bastará, en consecuencia, con determinar, también con carácter general, si al tiempo de elaboración de la Orden se utilizaron criterios objetivos y contrastables en los que fundar los elementos que se tomaron en consideración para fijar la retribución específica en sus variables fundamentales.

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

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

A tal efecto, resulta relevante el contenido del informe sobre la propuesta de la Orden, emitido el 3 de abril de 2014 por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia.

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

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

También alega la recurrente que las normas reglamentarias impugnadas incurren en falta de motivación y extralimitación al tomar en consideración las horas de funcionamiento de una instalación, en los términos fijados en el artículo 21 del Real Decreto 413/2014, para reducir o eliminar la retribución, y entiende que ello no responde a la estandarización exigida por el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, redactado por el Real Decreto-ley 9/2013.

El artículo 13 del Real Decreto 413/2014, establece en su apartado segundo que "A cada instalación tipo le corresponderá un conjunto de parámetros retributivos que se calcularán por referencia a la actividad realizada por un empresa eficiente y bien gestionada, que concreten el régimen retributivo específico y permitan la



aplicación de mismo a las instalaciones asociadas a dicha instalación tipo" y entre los parámetros retributivos más relevantes necesarios para la aplicación de dicho régimen retributivo específico menciona, el "umbral de horas de funcionamiento mínimo" y el "umbral de funcionamiento".

Para desarrollar este parámetro retributivo el artículo 21 del Real Decreto dispone que "Los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación cuyo número de horas equivalentes de funcionamiento en dicho año no supere el número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo de la instalación tipo correspondiente, serán reducidos según lo establecido en el presente artículo y serán nulos si no supera el umbral de funcionamiento", añadiendo el precepto más adelante que "En todo caso el umbral de funcionamiento será inferior al número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo".

En definitiva, el Real Decreto fija dos "umbrales " de los que depende los ingresos anuales del régimen retributivo específico de una instalación: El umbral de funcionamiento establecido para cada instalación tipo (umbral de funcionamiento) y el umbral mínimo de horas equivalentes de funcionamiento (umbral mínimo). De modo que si el número de horas equivalentes de funcionamiento de la instalación es inferior al umbral de funcionamiento de la instalación tipo en un año el titular de la instalación perderá el derecho al régimen retributivo específico en ese año. Y si el número de horas equivalentes de funcionamiento anual de una instalación se sitúa entre el umbral de funcionamiento y el número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo de la instalación tipo en dicho año (umbral mínimo) se reducen proporcionalmente los ingresos anuales en base a una fórmula prevista en el citado precepto.

Es cierto que las normas con rango de ley antes citadas (artículo 30.4 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico , redactado por el Real Decreto-ley 9/2013, y artículo 14.7 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico) no contienen una referencia expresa a la existencia de un umbral de funcionamiento de las instalaciones tipo; pero ello no implica que este parámetro sea ajeno al nuevo régimen retributivo previsto en tales normas legales.

Mientras que el anterior régimen retributivo los productores de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos integrados en el llamado "régimen especial" percibían una retribución ligada a la cantidad de energía producida, la retribución consistía en la percepción de la llamada "tarifa regulada" que se dividía en dos partes: por un lado el precio de mercado de la electricidad y por otro la denominada "prima equivalente" que consistía en la diferencia entre el precio del mercado y la cantidad reconocida como tarifa regulada para cada tipo de instalación. El nuevo régimen diseñado en el Real Decreto-ley y la Ley 24/2013, al margen de las cantidades percibidas por la venta de energía valorada al precio de mercado, se establece una "retribución específica", pero ésta, a diferencia del anterior sistema, no se vincula a la energía producida sino a la unidad de potencia instalada que comprenda los costes de inversión y los costes de explotación de una instalación tipo que permita a estas tecnologías competir en nivel de igualdad con el resto de las tecnologías en el mercado. Y es importante destacar que el artículo 30.4 de la Ley del Sector eléctrico , en su nueva redacción, establece los parámetros determinantes de la retribución específica lo serán por referencia "a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada".

En este contexto normativo, la fijación de un número determinado de horas de funcionamiento para la instalación, de cuyo cumplimiento dependa la percepción de la totalidad o parte de los ingresos procedentes del régimen retributivo específico, es conforme con este sistema, ya que de otra manera se estaría percibiendo una retribución prescindiendo del funcionamiento efectivo de la misma. Pero lo que es más importante, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, esta previsión reglamentaria se encuentra implícita en la ley (artículo 30.4 de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico en la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013) que vincula el cálculo de esta retribución específica a la actividad realizada por "una empresa eficiente y bien gestionada". Este concepto exige, entre otras cosas, que la empresa desarrolle de forma eficiente la actividad por la que recibe la retribución específica, lo que supone un funcionamiento efectivo de dicha instalación en su actividad de producción de energía eléctrica durante un número mínimo de horas de funcionamiento. Así, la fijación de un umbral de funcionamiento debe ponerse en relación con la necesidad de ponderar la mayor o menor eficiencia de la instalación.

Por otra parte, la fijación de este umbral de funcionamiento, en cuanto vinculado con la producción de energía renovable, es conforme con los objetivos marcados por la Directiva 2009/28/CE, que en su artículo 3.3 exige alcanzar una cuota de un 20% como mínimo en la producción de energía procedente de fuentes renovables.

Tampoco puede entenderse que estos umbrales sean ajenos a la fijación de unos parámetros estándar, pues tal y como afirma la Memoria de Análisis de Impacto Normativo de la Orden IET/1045/2014, "para el cálculo de las horas de funcionamiento de cada instalación tipo se han tomado como base las horas anuales reales que han realizado las instalaciones, según los datos publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para cada instalación tipo" y que "partiendo de esos valores, se han establecido



consecuentemente el número de horas de funcionamiento mínimo, el umbral de funcionamiento y el número de horas de funcionamiento máximas a efectos de percepción de la retribución a la operación". De modo que el umbral se fija sobre la base de datos reales e históricos de funcionamiento de cada instalación tipo, esto es, en relación a concretas instalaciones integradas en cada instalación tipo.

Por lo que respecta a los ratios de inversión estándar, en el mencionado informe de 3 de abril de 2014 sobre la propuesta de la Orden por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia, se afirma que los reflejados en la propuesta se corresponden con los recopilados de instalaciones reales con motivo de la Circular 3/2005, de 13 de octubre, de la CNE, basada en la petición de información de inversiones, costes, ingresos y otros parámetros de las instalaciones de producción de electricidad en régimen especial y que se reflejan en los diversos informes públicos que menciona. Por lo que también en este punto es posible conocer los datos en los que se funda. Es más, el propio informe, tras efectuar un estudio comparado con los costes medios de inversión referidos a años concretos disponibles, concluye que «los resultados obtenidos de este análisis muestran que los valores de inversión que reconoce la Propuesta son, con carácter general, próximos o superiores en las IT?s consideradas a los datos disponibles en esta CNMC», destacando algunas excepciones (con relación a la tecnología de cogeneración de gas natural con tecnología de turbina, pequeñas instalaciones hidráulicas y solar fotovoltaicas), afirmando que los costes de inversión tomados en consideración por la Orden se compararon con los datos históricos disponibles por dicho organismo, que se materializan en diversos gráficos aportados a dicho informe, de los que se concluye que los costes de inversión estándar son, con carácter general, superiores o iguales a aquellos. Para concluir que «la reducción de la retribución no es atribuible con carácter general a la aplicación de ratios de inversión bajos. El ajuste retributivo se debe, pues, fundamentalmente al establecimiento de una tasa de rentabilidad aplicable a toda la vida útil regulatoria de cada instalación menor a la implícita en las primas y tarifas vigentes en el marco retributivo anterior al Real Decreto-ley 9/2013 (...)».

También resulta relevante a estos efectos analizar la información proporcionada por la memoria de impacto normativo de la Orden, en la que especifican los datos e informes tomados en consideración por tipos de tecnologías y el impacto económico por grupos de tecnologías. En concreto, para el subgrupo de tecnología eólica en tierra se establecieron 46 estándares y se especifican los criterios utilizados para las instalaciones dependiendo de que se tratara de instalaciones acogidas al Real Decreto 661/2007 o al RD 1578/2008 y los datos e informes específicos que se tomaron en consideración al respecto (folio 71 de dicha memoria), vida útil regulatoria, los ratios de inversión adoptados, los gastos de explotación dependiendo del rango de potencia y si son variables (costes de mantenimiento....) o fijos (dependientes de la producción), y los datos tomados en consideración para la fijación de las horas equivalentes de funcionamiento. Es más, la memoria aclara, en respuesta a las cuestiones planteadas en el informe del CNMC y a las alegaciones (más de 600) presentadas por empresas y asociaciones del sector y por las Comunidades Autónomas, las razones que le llevan a aceptar o rechazar las mismas, lo que, en definitiva, implica exteriorizar los criterios o razones tomadas en consideración para aceptar determinados elementos de cuantificación. Sirva como ejemplo el hecho de que dicha memoria afirme que «ha revisado, con carácter general los valores de inversión y el resto de los parámetros retributivos de las instalaciones tipo incluida en los anexos de la orden, especialmente aquellos posibles errores puestos de manifiesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y por los interesados en el trámite de audiencia. Además, se ha mejorado la justificación de determinadas hipótesis que se han considerado en el nuevo modelo retributivo (como la fijación del precio del mercado previsto a futuro)» [folio 23 de dicha memoria, apartado 3.1.j)].

En fin, cabe rechazar la viabilidad de los motivos de impugnación, incluidos los motivos 10 a 12 sobre específicos puntos relativos a la falta de motivación y arbitrariedad de la clasificación de las instalaciones IT-00627 e IT-00652 fijados en la Orden IET/1045/2014 de parámetros, ni tampoco el relativo al supuesto «error manifiesto en la determinación de las horas equivalentes de funcionamiento recogidas en los mismos», en cuanto ni a través de las alegaciones ni de la prueba pericial practicada en autos, del dictamen del Sr. Urbano (que se ciñe a las singulares instalaciones eólicas del recurrente) vienen a justificar la equivocación o error en el cálculo de dichos parámetros que, como hemos recordado, parten de valores medios o estándares. » .

En el caso que enjuiciamos en este recurso contencioso-administrativo cabe señalar que la parte recurrente, en el primer otrosí de su demanda, solicitó el recibimiento a prueba del proceso, que debería versar sobre dos hechos, el primero la retroactividad en que incurrió el Ministerio de Industria, Energía y Turismo al determinar el valor neto del activo y considerar como ingresos cantidades que exceden el límite de rentabilidad razonable, y el segundo, que es el que ahora nos interesa, la arbitrariedad en que ha incurrido el Ministerio de Industria, Energía y Turismo al aprobar las normas impugnadas, en lo que se refiere en especial a las cuestiones a que se refiere este motivo, esto es, al establecer las instalaciones tipo de las centrales hidroeléctricas, y al determinar sus valores netos de inversión, sus costes de explotación y el número de horas equivalentes de funcionamiento desde su puesta en operación.



Para acreditar ese hecho, en el mismo otrosí, la parte recurrente manifestó su intención de valerse de la documental incorporada al expediente administrativo.

La Sala, conforme a lo solicitado, recibió el recurso a prueba y admitió y declaró pertinente el medio de prueba propuesto por la parte demandante, por lo que constatamos que no ha aportado prueba alguna como soporte de las alegaciones de la demanda, salvo la que consta en el expediente.

Cabe poner de relieve, en último término, según dijimos en la sentencia de esta Sala de 8 de junio de 2017, que el artículo 13 del Real Decreto 413/2014 dispuso que por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se establecerá una clasificación de instalaciones tipo en función de la tecnología, potencia instalada, antigüedad, sistema eléctrico, así como cualquier otra segmentación que se considere necesaria para la aplicación del régimen retributivo, con asignación de un código para cada instalación tipo que se defina.

En cumplimiento de dicha disposición, la Orden IET/1045/2014 procedió a definir las distintas instalaciones tipo, asignando a cada una los diferentes parámetros que concretan el régimen retributivo específico de las particulares instalaciones asociadas a la misma, de acuerdo con la metodología que explican los informes de (i) Introducción y metodología general utilizada para la definición de instalaciones tipo de la Orden IET/1045/2014 y (ii) Metodología para la definición de instalaciones tipo de la Orden IET/1045/2014, Área hidroeléctrica, elaborados por IDEA, que el Abogado del Estado acompañó a su escrito de contestación a la demanda.

Teniendo en cuenta dichos criterios de tecnología, potencia instalada y otros, la Orden IET/1045/2014 definió 1495 instalaciones tipo distintas, con sus correspondientes parámetros retributivos.

Iguals consideraciones deben hacerse respecto de los costes de inversión y horas de funcionamiento equivalentes y mínimas, pues en el expediente administrativo se explica cómo se han calculado dichos valores, a partir de la utilización de datos históricos, sin que la parte recurrente haya acreditado la arbitrariedad de los mismos, ni siquiera haya propuesto otros valores alternativos.

Por todo ello, no se considera que la Orden incurra en arbitrariedad, ni que carezca de la necesaria motivación en relación con los elementos tomados en consideración para fijar las distintas variables que conforman los parámetros de la retribución específica de la instalación tipo IT-00068 a que se refiere la demanda.

CUARTO.- Sobre la pretensión de reconocimiento de subvenciones jurídicas individualizadas y el derecho a percibir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Las pretensiones relativas al restablecimiento de la situación jurídica perturbada no pueden prosperar, al rechazarse los motivos de nulidad de las disposiciones impugnadas.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse todos los motivos de impugnación alegados, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de las mercantiles DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 111, S.L.U. a DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 160, S.L.U contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuo; y contra la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo 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.

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

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

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: **Primero.- Que debemos desestimar y desestimamos** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de las mercantiles DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 111, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 112, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 113, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 114, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 115, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 116, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 117, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 118, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 119, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 120, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 121, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 122, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 123, S.L.U.,



DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 124, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 125, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 126, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 127, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 128, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 129, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 130, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 131, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 132, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 133, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 134, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 135, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 136, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 137, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 138, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 139, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 140, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 141, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 142, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 143, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 144, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 145, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 146, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 147, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 148, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 149, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 150, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 151, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 152, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 153, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 154, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 155, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 156, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 157, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 158, S.L.U., DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 159, S.L.U., y DELTA BONILLA FOTOVOLTAICA 160, S.L.U. contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuo; y contra la IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. **Segundo.- No procede hacer expresa imposición de las costas** procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

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

Así se acuerda y firma.

Luis Maria Diez-Picazo Gimenez Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo ordinario 1/725/2014.

PRIMERO .- Sobre el sentido del presente voto particular.

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

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

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

Pese a lo que se arguye en muchos recursos, es preciso recordar que el carácter retroactivo de una norma no la hace necesariamente contraria a derecho. La Constitución, en su artículo 9.3, sólo excluye la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables y, en lo que aquí importa, de aquéllas "restrictivas de derechos individuales", locución que el Tribunal Constitucional ha interpretado en reiteradas ocasiones como referida a derechos individuales y, en todo caso, que afecten a derechos consolidados en la esfera jurídica del ciudadano.



Nada pues hay que impida, tanto al legislador como al titular de la potestad reglamentaria, dictar normas que afecten a relaciones jurídicas vivas en mayor o menor grado y que, consiguientemente, implican por propia definición un mayor o menor grado de retroactividad, en la medida en que afectan a relaciones que nacieron bajo una regulación y que quedan sometidas a las disposiciones que se dictan con posterioridad.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



retribución de acuerdo con los parámetros de su tipo y hasta el máximo que le corresponda según el nuevo sistema proyectado sobre toda la vida regulatoria de tal instalación, pasada y futura.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



Dicha estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general.

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

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

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

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

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

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



caso las obligaciones de pago resultantes de la aplicación del vigente sistema retributivo, con efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, tal y como establece su disposición final segunda ,.

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

Procede ahora recordar que el límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes que el art. 9.3 CE garantiza, se circunscribe a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, nada impide al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, ya que de lo contrario se podrían producir situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico (STC 49/2105, de 5 de marzo, FJ 4). Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3 , y 65/1987, de 21 de mayo , FJ 19), lo que se prohíbe en ese art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio , de 2 de noviembre, FJ 9], de forma que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del art. 9.3 CE cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas [STC 99/1987 , FJ 6 b)], supuesto en el que la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. Por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

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

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

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

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

Conviene destacar que el Tribunal Constitucional se centra en la queja de que el Real Decreto-ley 9/2013 había establecido tan sólo los principios del nuevo sistema, el cual había sido desarrollado en realidad por el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, que habían aplicado dicho sistema retroactivamente desde la fecha de entrada en vigor del referido Real Decreto-ley. Hay que subrayar, por tanto, que una percepción tan



limitada del problema de retroactividad suscitado por la implantación del nuevo modelo retributivo, es muy distinta a la aplicación retroactiva del nuevo sistema que da fundamento al presente voto particular.

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

Y continúa

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

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

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

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

Pero el sentido básico de este voto particular es subrayar que si bien el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/1015 pueden ser interpretados de conformidad con la Constitución -tal como ha hecho el Tribunal Constitucional con la primera de dichas disposiciones-, el desarrollo que ha efectuado el Gobierno del nuevo modelo retributivo mediante el Real Decreto y Orden impugnados proyecta la aplicación del nuevo modelo hasta un extremo de retroactividad que lo hace incompatible con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

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

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

Finalmente, resta por justificar que el desarrollo efectuado por el Gobierno del nuevo modelo retributivo establecido en el Real Decreto-ley 9/2013 no estaba ya prefigurado en esta misma disposición. En efecto, según la posición que ha resultado mayoritaria, el hecho de que el Real Decreto-ley se refiera de manera expresa a la entera vida regulatoria de las instalaciones afectadas, a las inversiones iniciales de las mismas, o a la necesidad de tener en cuenta los ingresos percibidos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley, evidenciarían que ya en la definición del nuevo modelo por esta disposición estaría implícita su aplicación a toda la vida regulatoria de cada instalación, tal como ha sido desarrollado por el Real Decreto 413/2914 y la Orden 1045/2014.



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

En concreto, parece que serían tres incisos o aspectos de la regulación de rango legal los que podrían interpretarse en el sentido de que necesariamente el nuevo sistema retributivo ha de proyectarse también hacia el pasado por imponerle las mencionadas normas de rango legal. El primero de ellos sería la definición por el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico de 1997, en la redacción que le ha dado el Real Decreto-ley 9/2013, de los elementos estipulados para el cálculo de la retribución específica; el segundo la definición de rentabilidad razonable dada en el apartado 3 de la disposición final tercera de la Ley del Sector Eléctrico 24/2013; y, finalmente, la ya mencionada previsión sobre no reclamación de retribuciones percibidas con anterioridad al 14 de julio de 2013 establecida por el apartado 4 de la citada disposición final.

a. Los elementos de la retribución específica.

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

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

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

[...]"

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

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

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

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

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

c. La prohibición de reclamación de retribuciones ya percibidas.

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

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



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

Sin embargo, entendida en su literalidad, la previsión es neutra en el aspecto que se discute (si el nuevo sistema debe o no proyectarse hacia el pasado), pues tan sólo excluye lo que expresa: que si las retribuciones pasadas fuesen superiores a las que corresponden a una instalación de acuerdo con el nuevo sistema en el total (aquí sí) de la vida regulatoria de una instalación, se le pudiese reclamar el exceso. Y a la inversa, el apartado puede entenderse también como una confirmación de la ruptura de modelo que se produce con la entrada en vigor del Real Decreto-ley: no se puede reclamar lo ya percibido de acuerdo con un sistema anterior, aunque dicha remuneración anterior suponga superar las retribuciones que pudieran derivar de la aplicación del nuevo a toda la vida regulatoria de la instalación.

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

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

SEXTO .- Conclusión.

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

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

Eduardo Espin Templado

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