



Roj: **STS 2857/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2857**

Id Cendoj: **28079130032017100296**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **07/07/2017**

Nº de Recurso: **718/2014**

Nº de Resolución: **1192/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 2857/2017,**  
**AATS 10507/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 7 de julio de 2017

Esta Sala ha visto constituida en su sección tercera por los magistrados al margen relacionados, el recurso contencioso administrativo número 718/2014, interpuesto por el Procurador D. Antonio Barreiro Meiro Barbero, en representación de FERROATLÁNTICA SAU (FAT) e HIDRONITRO ESPAÑOLA SA (HN), con la asistencia letrada de D. Juan José Lavilla Rubira, contra el Real Decreto 413/2014 de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014 de 16 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y 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. Se ha personado como demandada, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de FERROATLÁNTICA SAU e HIDRONITRO ESPAÑOLA SA, interpuso recurso contencioso-administrativo el día 10 de septiembre de 2014 que se registró con el número 1/718/2014, contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por los que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y se aprueban los parámetros retributivos para la instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Admitido el recurso se solicitó el expediente correspondiente.

**SEGUNDO.-** Con fecha 5 de noviembre de 2014 se recibió comunicación del Tribunal Constitucional en el que se ponía en conocimiento de la Sala la admisión a trámite del conflicto positivo de competencia núm. 5958/2014, promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra diversas disposiciones del RD. 413/2014.

Oídas las partes, y no siendo el mismo objeto del presente recurso, se acordó la continuación del trámite y se solicitó ampliación del expediente administrativo.

**TERCERO.-** El Abogado del Estado en su escrito de 21 de abril de 2015, comunica a esta Sala la existencia de un expediente ante la Comisión Europea de examen preliminar de ayudas del Estado -Nº de asunto SA. 40348.2014 N- y que dicho expediente se ha extendido al régimen de retribución de las energías renovables anterior al vigente, por lo que el Abogado del Estado solicita la suspensión de la tramitación procesal del recurso a resultas de la decisión que en su momento adopte la Comisión Europea.

La parte recurrente, se opone a la suspensión interesada por la Administración del Estado.



**QUINTO.**- Mediante providencia de 15 de junio de 2015 se procedió a requerir a la Administración del Estado la aportación de copia de la comunicación estatal a la Comisión Europea sobre inicio del procedimiento de examen preliminar y régimen de retribución de las energías renovables.

Aportada la documentación requerida a la Administración del Estado, y oída la recurrente que se opone a la suspensión, por Auto de 17 de julio de 2015, la Sala acordó no haber lugar a la suspensión del procedimiento que propugnaba la Administración.

**SEXTO.** - En su escrito de demanda presentado el 23 de octubre de 2015, la representación procesal de las mercantiles FAT y HN, demandantes, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y los concluyó suplicando, dicte sentencia por la que estimando el recurso, declare:

A. Con carácter principal:

1. Anule el RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014.

2. Reconozca el derecho de los demandantes a ser indemnizados, -y se condene a la Administración al pago- por la diferencia entre los importes percibidos a cambio de la energía vendida desde la entrada en vigor del RD-L 9/2013 hasta que se ejecute la sentencia resolutoria del presente recurso y lo que hubieran debido percibir con arreglo al régimen preexistente (RD 661/2007), con los intereses que correspondan.

3. Reconozca el derecho de las demandantes a que les sea aplicado el régimen retributivo que resulta del RD 661/2007 desde que se ejecute la sentencia resolutoria del presente recurso.

B. Subsidiariamente respecto de lo pretendido en la letra A anterior

1. Declare que son contrarias a derecho y anule las previsiones recogidas en los arts.2.1.b), Grupos 4 y 5, y en el apartado 5 de la Disposición Adicional Segunda del RD 413/2014 y en el artículo 5.1 y los Anexos I, II, III y VIII de la Orden IET/1045/2014 y previsiones con ellas concordantes (todo ello en la medida en que tales previsiones se refieren a las centrales hidroeléctricas.

2. Reconozca a las demandantes el derecho a percibir, desde que se ejecute la sentencia resolutoria del recurso, una retribución a la inversión y una retribución a la operación por los importes que resultan de la Sección 7 del Informe Pericial de PWC para el Escenario Base.

3. Reconozca el derecho de las demandantes a ser indemnizadas -y se condene a la Administración al pago- por la diferencia entre los importes percibidos a cambio de la energía vendida desde la entrada en vigor del RD-L 9/2013 hasta que se ejecute la sentencia resolutoria del presente recurso y lo que hubieran debido percibir con arreglo a los importes que resultan de la Sección 7 del Informe Pericial de PWC para el Escenario Base.

C. Asimismo, subsidiariamente respecto de lo pretendido en la letra anterior.

1. Declare que no es conforme a derecho y anule la Disposición Transitoria Octava del RD 413/2014 .

2. Reconozca el derecho de los demandantes a la devolución del Importe Total Reliquidado (12.476.649,06 euros) o, subsidiariamente, a la devolución del Importe correspondiente a la producción a pérdida (2.742.187,17 euros) con los intereses que correspondan y se condene a la Administración a su pago.

3. Reconozca el derecho de mis representadas a que no se les sigan girando reliquidaciones por el Período intermedio o, en su caso, su derecho a la devolución de cualquier otro importe reliquidado -y se condene a la Administración al pago-hasta que se ejecute la sentencia resolutoria del presente recurso, con los intereses.

D. Condene en costas a la Administración demandada.

Por Otrosí fija la cuantía del recurso como indeterminada. Solicita el recibimiento del pleito a prueba (documental-expediente administrativo, documentos aportados en escritos de interposición y demanda; pericial-informes elaborados por PWC por D. Belarmino y D. Fabio , el informe encargado a Mott MacDonald; y el informe pericial de D. Luciano y D<sup>a</sup> Ana María , del Instituto de Investigación Tecnológica de la Universidad Pontificia de Comillas). Interesa el trámite de conclusiones. Solicita el planteamiento de cuestión prejudicial, y de inconstitucionalidad.

**SÉPTIMO.** - El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito presentado con fecha 11 de abril de 2016, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y lo concluyó suplicando dicte sentencia por la que se desestimen íntegramente la demanda, confirmando las disposiciones impugnadas, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas.

Aporta como documentos los Informes general y específico de la tecnología Hidroeléctrica. Se opone a las cuestiones de inconstitucionalidad y prejudicial.



**OCTAVO** .- El Abogado del Estado aportó al procedimiento un documento del Parlamento Europeo en el que se rechaza una solicitud de la Asociación Nacional de Productores e Inversores de Energías Renovables (ANPIER) en la que se pedía que abriera una investigación a España por el cambio regulatorio de los apoyos a las renovables. La Administración del Estado pone de manifiesto que el mencionado documento indica "no procede tomar ninguna acción legal contra España porque la reforma eléctrica es una recomendación del propio Consejo, en línea con las Directrices de ayudas de Estado de la comisión y la elección de los sistemas de apoyo a las RES es una competencia de cada EEMM para poder cumplir con los objetivos 2020 y no hay ninguna limitación en la Directiva 28/2009/CE".

La parte recurrente manifiesta que la Notificación de la Comisión no incide en el presente procedimiento.

**NOVENO** .- Por Decreto de la Secretaria Judicial de 25 de abril de 2016, se resuelve fijar la cuantía del presente recurso contencioso-administrativo en indeterminada.

**DÉCIMO**.- Por Auto de 26 de septiembre de 2016, se acordó recibir el pleito a prueba, se admiten los medios de prueba propuestos tanto por la parte demandante como demandada.

El trámite de conclusiones fue evacuado por ambas partes.

**UNDÉCIMO**.- Por providencia de 12 de diciembre de 2016, se acordó oír a las partes sobre la incidencia en el presente procedimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015 . El Abogado del Estado y la parte recurrente formularon sus respectivas alegaciones.

**DECIMOSEGUNDO**.- La representación procesal de las recurrentes presentó escrito el 23 de mayo de 2017, al que acompaña Laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones de 4 de mayo de 2017, elaborado en el marco del procedimiento de arbitraje entre Eise Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.A.R.L, contra el Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas suplico se admita el Laudo aportado.

**DECIMOTERCERO** .- Por providencia de 26 de mayo de 2017, se admite dicho documento y se da traslado del mismo a las demás partes personadas por término de cinco días para que aleguen lo que a su derecho convenga sobre la incidencia que el mismo pueda tener en el presente proceso, manteniéndose el señalamiento que viene acordado, evacuando dicho trámite el Abogado del Estado en escrito por el que suplica el rechazo del documento presentado.

**DECIMOCUARTO**.- La votación y fallo del presente recurso tuvo lugar el 4 de julio de 2017, con cumplimiento de las disposiciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, en sustitución del ponente primeramente designado, Excmo. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH, que formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Se interpone recurso contencioso administrativo 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 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.

Las partes recurrentes indican en su demanda que:

1) Ferroatlantica SAU (FAT) es titular de siete centrales de generación hidroeléctrica ubicadas en la provincia de la Coruña (Galicia)

-Salto de Castrelo, en el término de Cumbria y Mazarinos, destinada a la producción de energía eléctrica para usos industriales, que entró en funcionamiento en el año 1957, y tiene una potencia instalada de 28,7 MW (IT-00773).

-Salto de Fervenza, en el término de Dubría, Vimianzo, Zas, Santa Comba y Mazarinos, destinada la producción de energía eléctrica para usos industriales propios, entró en funcionamiento en el año 1995, con una potencia instalada de 3,6 MW (con IT-00696).

-Salto de Carantoña, en el municipio de Vimianzo con destino a la producción de energía eléctrica para usos industriales propios, que entró en funcionamiento en 1961, con una potencia instalada de 5 MW (IT-00747).



-Salto de Ponte Olveira, en el término de Dumbria y Mazaricos con destino a la producción de energía eléctrica para usos industriales propios, entró en funcionamiento en 1969, con una potencia instalada de 2,7 MW (IT-00747).

-Salto de Santa Uxía, (Santa Eugenia y Santa Eugenia 2) en el término de Dumbria y Mazaricos, con una potencia de 49,1 MW cada una, entraron en funcionamiento en 1990 (con IT- 00773).

-Salto de Novo Pindo, en el término de Dumbria y Mazaricos que entró en funcionamiento en el año 2004 y tiene una potencia instalada de 9,8 MW (con IT-00705).

2) La Sociedad Hidronitro Española SA (HN), es titular de cinco centrales de generación hidroeléctrica, emplazadas en los ríos Cinca y Esera en provincia de Huesca.

-Salto de Ariéstolas, con destino a la producción de energía eléctrica y transferida a HN, entro en operación en el año 1960 y cuenta con una potencia instalada de 6,1 MW (IT- 00747).

-Saltos de Arias I y II, en los términos municipales de Estada y Estallida que entraron en operación en 1983 con una potencia instalada de 6,4 MW cada una (IT-00747).

-Central de Barasona, que entro en operación en el año 1950, cuenta con una potencia instalada de 22,1 MW (IT-00773).

-Central de El Ciego, entró en operación en el año 1970, con una potencia instalada de 3,4 MW (IT-00747).

**SEGUNDO.-** La parte actora formula en su demanda las pretensiones de nulidad del RD 413/2014 y de la Orden IET 1045/2014, en los términos que se recogen en los antecedentes de esta sentencia, y sustenta estas pretensiones en los siguientes motivos de impugnación:

1) Síntesis de los motivos de impugnación.

2) Invalidez del RD y de la Orden (i) por vulnerar la reserva de Ley del art. 53.1 CE , en relación con los derechos fundamentales a la propiedad y a la libertad de empresa consagrados en sus artículos 33 y 38; (ii) por vulnerar la exigencia legal de que la regulación reglamentaria revista rango de Real Decreto.

3) Invalidez del RD y la Orden, así como del principio de proporcionalidad, en relación con los derechos fundamentales a la propiedad y a la libertad de empresa consagrados en sus artículos 33 y 38 y en el artículo 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en relación con sus artículos 16 y 17 .

4) Invalidez del RD y la Orden, por vulnerar el art. 9.3 CE cuando proscribía la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales y garantiza la seguridad jurídica y por vulnerar el principio de protección de la confianza legítima.

5) Invalidez del RD y la Orden, por carecer el modelo retributivo que establecen de la debida motivación y vulnerar el principio de interdicción de la arbitrariedad de la Administración consagrado en el art. 9.3 CE .

6) Invalidez del RD y la Orden, en la medida en que de ella resulta la obligación para las demandantes de devolver parte de las cantidades percibidas durante el Periodo Intermedio por incurrir en retroactividad proscrita por el art. 9.3 CE .

7) Invalidez del art. 2.1.b), grupos 4 y 5 y del Anexo XIII del RD y los Anexos I, II, III, VIII de la Orden IET, y previsiones con ellas concordantes, en la medida en que la clasificación de centrales que realiza el primero, el establecimiento y diferenciación de instalaciones tipo a las que se asimilan las minihidráulicas y el CAPEX que se atribuye a tales instalaciones en los segundos resultan por completo irrazonables y arbitrarios, apartándose sin ninguna motivación, tanto de los documentos que obran en el expediente, como de la realidad nacional e internacional y de los precedentes existentes.

8) Invalidez del art. 5.1 de la Orden y concordantes en la medida en la que vida útil regulatoria que dicho art. Establece para las centrales hidroeléctricas resulta arbitraria.

9) Invalidez del apartado 5 de la Disposición Adicional Segunda del RD y del Anexo III de la Orden, y de las previsiones con ellos concordantes, en la medida en que establecen que la rentabilidad razonable queda medida como el rendimiento medio de las obligaciones del Estado a diez años para el período de julio de 2003 a junio de 2013 más 300 puntos básicos por resultar tal previsión arbitraria en relación con las instalaciones de las recurrentes.

10) La Orden no permite cubrir los costes de una empresa eficiente y bien gestionada, por lo que la retribución insuficiente que se deriva de lo dispuesto en todas las disposiciones a las que se acaba de hacer especial referencia deben declararse inválidas.

**TERCERO.-Consideraciones generales.**



En los apartados que siguen abordaremos los motivos de impugnación formulados en la demanda, que acabamos de enunciar, y como algunas de las cuestiones que se suscitan son sustancialmente coincidentes con las planteadas por diversos recurrentes en otros procesos seguidos ante esta misma Sala contra las mismas disposiciones que ahora se impugnan, les daremos respuesta reiterando consideraciones que hemos expuesto en esas otras ocasiones, entre otras muchas, en las sentencias dictadas en los recursos 531/2014 , 536/2014 , 564/2014 , 597/2014 , 637/2014 , 643/2014 , 650/2014 , 651/2014 , 654/2014 , 694/2014 , 704/2014 , 731/2014 y 787/2014 .

En especial tendremos en cuenta las respuestas que hemos dado en otros recursos seguidos entre las mismas representaciones procesales que aquí intervienen, y en los que se planteaban las mismas cuestiones, en sentencias de 6 de octubre de 2016 (recurso 735/2014 ), 9 de febrero de 2014 (recurso 720/2014 ), 2 de marzo de 2017 (recurso 728/2014 ), 3 de marzo de 2017 (recurso 732/2014 ), y 8 de junio de 2017 (recurso 731/2014 ).

Como en las precedentes sentencias de esta Sala, recaídas en otros recursos dirigidos contra las mismas disposiciones generales que ahora se impugnan, debemos comenzar nuestro análisis haciendo referencia al marco jurídico en el que se insertan el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, que no crean "ex novo" el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, estas normas reglamentarias no introducen novedades en los elementos esenciales, ni puede entenderse que con ellas se defina un nuevo régimen jurídico desconocido o al menos imprevisible en su configuración final que no estuviese ya establecido en todos sus elementos básicos por las normas legales antes referidas. El cálculo de la retribución específica sobre parámetros estándar (costes de explotación y



valor de la inversión) en función de las "instalaciones tipo" que se establezcan, o la proyección del nuevo modelo retributivo desde el comienzo del funcionamiento de las instalaciones y a lo largo de toda "su vida útil regulatoria" -con el límite de no tener que devolver las retribuciones ya percibidas que superasen la rentabilidad razonable fijada para cada una de las instalaciones tipo-, entre otras cuestiones, ya se contenían en dichas normas legales, por lo que el nuevo régimen retributivo ahora impugnado ni se crea ni se define por vez primera por las normas ahora impugnadas.

En definitiva, la modificación del régimen retributivo primado establecido por el Real Decreto 661/2007, no es obra del 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 9/2013 y por la Ley 24/2013, y la particular revocación o, más precisamente, derogación del Real Decreto 661/2007, fue establecida de forma expresa por la Disposición derogatoria única, apartado 2, del Real Decreto- ley 9/2013.

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

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

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

No procede el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo de lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en cuanto, a juicio de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no consideramos que la derogación del régimen primado y su sustitución por un mecanismo de incentivos de las energías renovables que garantiza una retribución razonable, sea contrario al Derecho de la Unión Europea , tanto si tomamos como referencia normativa de contraste los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima o el artículo 16 de la Directiva 2009/28/CE cuanto si se entendiera que la Carta Europea de la Energía y el Protocolo tienen aquella dimensión en virtud de la ya citada Decisión del Consejo y de la Comisión de 23 de septiembre de 1997.

#### **CUARTO.-Sobre la vulneración del principio de reserva de ley y el desarrollo reglamentario mediante Real Decreto.**

En cuanto a la vulneración que se alega en el motivo segundo de la demanda, del principio de reserva de ley ( artículo 53.1 en relación con el artículo 38, ambos de la Constitución ), la parte demandante reprocha tal vulneración al artículo 14.7 de la Ley 24/2013 , donde se contempla que "(...) *el Gobierno podrá establecer un régimen retributivo específico...* "; previsión legal que considera contraria al citado principio de reserva de ley por cuanto supone -según la parte actora- una deslegalización material del régimen retributivo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Ello determinaría, según la parte actora, que una vez declarada la inconstitucionalidad del precepto legal -para lo que propugna el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad- deberíamos declarar nulos los artículos 11 a 26 del Real Decreto 423/2014 , que es donde se regula el régimen retributivo específico, así como los artículo 1 a 8 de la Orden IET/1045/2014 y anexos, donde se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo.

Aunque la parte actora no lo señala, la previsión del citado artículo 14.7 de la Ley 24/2013 se complementa con lo establecido en la disposición final segunda del Real Decreto Ley 9/2013 y la disposición final tercera de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico , que son los preceptos donde de forma expresa se confiere habilitación en favor de un desarrollo reglamentario mediante Real Decreto para regular esta materia; lo que luego se materializó en el Real Decreto 423/2014.

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

Este nuevo sistema retributivo requería el necesario desarrollo reglamentario y a tal efecto la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013 y la disposición final tercera de la Ley 24/2013 encomendaban al Gobierno la aprobación de un Real Decreto que desarrollase ese régimen jurídico y económico; lo que finalmente se produjo a través del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, cuya regulación se concretó en los aspectos más técnicos y de detalle por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio.

Las remisiones legales a normas reglamentarias se admiten en nuestro ordenamiento jurídico como complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, estableciéndose límites en las materias reservadas a la ley cuando mediante las cláusulas de remisión se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.

La STC 233/2015 (FJ 3 a) recuerda que " la reserva de ley no impide que las leyes 'contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador' ( SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4 ; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 14 , y 18/2011, de 3 de marzo , FJ 9) ".

En el caso que nos ocupa no puede entenderse, como pretende la demandante, que se haya producido una remisión "en blanco", pues los elementos esenciales de este nuevo régimen jurídico ya se encontraban en el artículo 1 del Real Decreto-ley por el que se modifica el artículo 30.4 de la ley 54/1997 , vinculando la retribución de estas instalaciones a la venta de energía valorada al precio de mercado, estableciendo una retribución específica por unidad de potencia instalada que comprenda los costes de inversión y los costes de explotación de una instalación tipo, aplicando la rentabilidad razonable "a lo largo de su vida útil regulatoria", y especificando que el cálculo de la rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado, que se concretó en un incremento de 300 puntos básicos (Disposición Adicional Primera). Y 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.

#### **QUINTO.- Sobre el principio de retroactividad prohibida.**

La demanda sostiene en sus motivos cuarto y sexto, que 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, 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 RDL 9/2013 incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE , al derogar de forma expresa el RD 661/2007, de 25 de mayo, que regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y al establecer un nuevo régimen retributivo para las instalaciones que estaban acogidas a dicho régimen especial.

Recuerda la sentencia del TC citada que el límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes garantizado por el artículo 9.3 CE se circunscribe a las leyes sancionadoras y las restrictivas de derechos individuales, y que fuera de dichos ámbitos nada impide al legislador dotar a la ley de efectos retroactivos, pues lo contrario podría conducir a situaciones de petrificación del ordenamiento jurídico.



Efectúa la STC 270/2015 (FD 7º) las siguientes precisiones sobre el concepto de retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE :

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

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

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

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

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

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

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.

Como cuestión específica relacionada con la retroactividad de las normas impugnadas, alega la parte recurrente, en el motivo de impugnación sexto de la demanda, que el RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2013, de modificación del régimen retributivo de las instalaciones, son de aplicación retroactiva desde el 14 de julio de 2013, como resulta de la disposición transitoria tercera, apartado 2, del Real Decreto-ley 9/2013, y en ejecución de las anteriores previsiones, la CNMC ha procedido a reliquidar a las recurrentes parte de las cantidades correspondientes, dando como resultado la obligación de devolución de la diferencia, siendo indudable que nos encontramos ante un supuesto de retroactividad en grado máximo, en la medida en que la nueva regulación afecta a efectos jurídicos ya producidos de situaciones jurídicas constituidas con anterioridad a su entrada en vigor.

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

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

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

Por tanto, el nuevo régimen retributivo, que sustituye al basado en primas o tarifas del RD 661/2007, comenzó su aplicación en ese primer período regulatorio de seis años, que se inició en la fecha de la entrada en vigor de la norma que lo instituye, el RD-ley 9/2013, y despliega sus efectos desde ese momento y hacia el futuro.

El nuevo régimen retributivo establecido por el RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, precisaba de su desarrollo reglamentario que determinase los parámetros concretos para su aplicación efectiva a las distintas instalaciones de producción de energía eléctrica, por lo que la disposición transitoria 3ª del RD-ley 9/2013



previó la aplicación «*con carácter transitorio*» de los derogados RD 661/2007 y 1578/2008, hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo, es decir, hasta la aprobación del RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 impugnados en este recurso, de forma que el organismo encargado de la liquidación seguirá abonando hasta dicho momento de aprobación de las disposiciones reglamentarias de desarrollo, «*con carácter de pago a cuenta*», los conceptos liquidables devengados por las instalaciones con arreglo al régimen anterior.

Por tanto, no debe confundirse, este «*pago a cuenta*» previsto en la disposición transitoria 3ª del RD-ley 9/2013, que está limitado exclusivamente a ese periodo intermedio entre la entrada en vigor del RD-ley (el 14 de julio de 2013), y la aprobación de las normas reglamentarias de desarrollo (RD 413/2014 y Orden IET/1045/2013), con las retribuciones pasadas percibidas bajo la vigencia del RD 661/1997, que quedaron integradas en el patrimonio de los titulares de las instalaciones de forma definitiva y no resultaron afectadas por el nuevo régimen retributivo.

La retribución de ese periodo intermedio o transitorio, entre la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 y la aprobación de las normas de desarrollo, durante el que los titulares de las instalaciones percibirán un «*pago a cuenta*», tampoco incurre en una retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE, como deja claro la STC 270/2015, que señala sobre esta cuestión que el RD-ley 9/2014 tiene una vigencia inmediata, pues produce efectos a partir de su entrada en vigor, y los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado quedan sujetos a ese nuevo régimen retributivo desde la entrada en vigor del citado RD-ley, sin perjuicio de que la cuantificación precisa de su retribución no se produzca hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente «*...y sin que dicha sujeción conlleve una afectación desfavorable de los derechos adquiridos desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas.*»

**SEXTO.- Sobre la infracción de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima garantizados por el artículo 9.3 de la Constitución Española . Referencia al Derecho Comunitario.**

Se alega también en el cuarto motivo de la demanda, la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

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

Seguidamente, la indicada STC razona que el principio de seguridad y su corolario, el principio de confianza legítima, no resultan vulnerados por las modificaciones en el régimen retributivo llevadas a cabo por el RD-ley 9/2013, en la forma siguiente:

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Esta línea jurisprudencial ha continuado hasta nuestros días, en sentencias de este Tribunal de 20 de marzo de 2007 (recurso 11/2005), 9 de diciembre de 2009 (recursos 149/2007 y 152/2007), 12 de abril de 2012



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Respecto de la vulneración de los principios generales de Derecho Comunitario de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida, esta Sala considera que el enjuiciamiento que ha realizado el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, y confirmado en las ulteriores sentencias 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 18 de febrero, 30/2016, de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo, sobre la constitucionalidad del cambio normativo producido en la regulación de la retribución económica de las instalaciones de producción de energía eléctrica procedente de fuentes de energía renovables, introducido por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, que son objeto de desarrollo en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 impugnados en este recurso contencioso-administrativo, descartando que haya vulnerado los principios de seguridad jurídica y su corolario de confianza legítima, e irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, es plenamente trasladable para resolver el motivo de impugnación sustentado en el mencionado epígrafe de la demanda.

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

En efecto, estimamos que el significado constitucional del principio de confianza legítima, como principio integrador de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad enunciados en el artículo 9.3 de la Constitución, que ha aplicado el Tribunal Constitucional en las sentencias 270/2015, de 17 de diciembre, 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 18 de febrero, 30/2016, de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo, es plenamente acorde con su configuración como principio general del Derecho Comunitario Europeo, pues integra los elementos de previsibilidad razonable de la modificación de la norma regulatoria, así como el referente a su necesidad, por exigencias claras e inequívocas de interés general, que impide que el legislador o el titular de la potestad reglamentaria adopten medidas que defrauden en las legítimas expectativas de los destinatarios de la norma.

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

Por ello, cabe estimar que no procede el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo de lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en cuanto, a juicio de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no consideramos que la derogación del régimen primado y su sustitución por un mecanismo de incentivos de las energías renovables que garantiza una retribución razonable, sea contrario al Derecho de la Unión Europea.

**SÉPTIMO.- Sobre el principio de proporcionalidad, en relación con los derechos a la propiedad y libertad de empresa ( art. 33 y 38 CE ), y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.**

En el tercer motivo de la demanda, plantean las recurrentes que las normas impugnadas han vulnerado el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 4.3 de la Ley de Economía Sostenible, pues no es dudoso que a través de las citadas normas se pretende atajar el déficit tarifario eléctrico, y si bien la nueva regulación puede ir orientada en esa dirección, considera la parte recurrente que no es en absoluto proporcional al objetivo perseguido, pues se está atacando a un sector que no es responsable del déficit tarifario, como resulta del Informe de la Comisión Nacional de la Energía, de 20 de mayo de 2008, que deja claro que la causa esencial de la brecha entre precios y costes del "mix" energético recae en la generación de las centrales nucleares e hidroeléctricas.

El artículo 4.3 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, citado como infringido por la parte recurrente, dispone lo siguiente:

*"En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado."*



El planteamiento del motivo no puede ser acogido, pues, como hemos expresado en precedentes ocasiones - sentencias de 16 y 18 de marzo de 2015 ( recursos contencioso- administrativos 118/2013 y 123/2013 ), ambas en relación con la impugnación de la Orden IET/221/2013, de 14 de febrero- *«(...) es cierto que se ha producido una serie de numerosas disposiciones, legislativas o reglamentarias que en poco tiempo han afectado al sistema eléctrico español modificando sucesivamente sus condiciones regulatorias. Modificaciones y sucesión de reformas cuyo juicio político, o económico, o de oportunidad y conveniencia no corresponde a los tribunales ».*

En la medida que la queja de la parte recurrente se sustenta en la desproporción del recorte de retribución entre instalaciones en los sucesivos cambios regulatorios operados y en que el reparto de sacrificios debe hacerse de la forma más ponderada posible para que sean menos gravosos, el argumento impugnatorio debe ser desestimado por referirse esencialmente a los criterios de oportunidad y conveniencia en la elección del nuevo modelo retributivo, que no compete enjuiciar a este Tribunal.

Además, no cabe olvidar que la deseable estabilidad regulatoria a la que se refiere el artículo 4 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible , se encuentra condicionada por la realidad económica y a la sostenibilidad del sistema, de modo que este principio no impide que en graves situaciones de desvío de costes del sector eléctrico y de incremento del déficit, como las concurrentes y que se reflejan en el Preámbulo del Real Decreto-ley 9/2013, pueda resultar necesaria la adopción de ajustes en el marco normativo, esto es, de las modificaciones precisas para asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. En este sentido lo manifiesta el Tribunal Constitucional en relación al reseñado Real Decreto-ley 9/2013, en la STC 270/ 2015 , al indicar que *« la estabilidad regulatoria es compatible con los cambios regulatorios, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras de interés general ».*

Como antes hemos expuesto, las reformas acometidas en el Real Decreto 413/2014 y en la Orden IET/1045/2015 impugnadas, se justifican de forma suficiente y adecuada a través de las explicaciones expuestas en la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, en cuyo Preámbulo se hace mención al desequilibrio entre ingresos y costes que determinan el *deficit* estructural y al riesgo de quiebra del sistema eléctrico, y en el Real Decreto-ley 9/2013, cuya constitucionalidad ha sido declarada por el Tribunal Constitucional, en el que se hace mención al grave contexto económico existente que determinan la necesidad de acometer las modificaciones del régimen jurídico y económico de modo inmediato, en atención a la grave situación económica existente.

En fin, la necesidad de la reforma del régimen retributivo se justifica a través de datos y razones de carácter objetivo, sin que se acredite que las medidas adoptadas resulten desproporcionadas o no resulten adecuadas a la legítima finalidad perseguida. La parte recurrente se limita a afirmar que el reparto de sacrificio debe hacerse de la forma más ponderada posible, pero, como ya hemos indicado, el juicio de oportunidad o de conveniencia es ajeno al cometido de esta Sala, que se ciñe a examinar las disposiciones impugnadas desde la perspectiva de su legalidad y conformidad a derecho. Y en ese plano, y atendiendo a los principios jurídicos aplicables, singularmente el de proporcionalidad, es claro que no cabe formular objeción a las medidas contempladas en el Real Decreto y en la Orden impugnadas.

La referencia al ataque sufrido por la tecnología hidroeléctrica, frente a otras instalaciones, a las que la demanda considera con mayor responsabilidad en el déficit tarifario, tampoco puede ser acogida, pues no cabe una comparación entre las instalaciones de diferentes tecnologías, ya que se trata de situaciones diferenciadas con distintos tratamientos, cuyo contraste no permite articular un juicio de adecuación y proporcionalidad de las disposiciones impugnadas.

No apreciamos, por tanto, la infracción por las disposiciones impugnadas del principio de proporcionalidad.

El motivo de impugnación del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que descansa en la infracción de la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución española , no puede ser estimado.

Esta Sala rechaza que las medidas introducidas en el Real Decreto-ley 9/2013, que modifican el régimen jurídico y económico, aplicable a las instalaciones de generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, acogidas a la regulación establecida en el Real Decreto 661/2007, supongan *«un ataque directo contra la libertad de empresa»* que debe tener consecuencias invalidantes de la norma reglamentaria impugnada.

Consideramos que las medidas adoptadas por el legislador de urgencia, aunque supongan una reducción de la retribución no impide ni obstaculiza el ejercicio de la actividad empresarial en este sector de las energías renovables, ni pone en riesgo las inversiones realizadas, ya que la aplicación del nuevo sistema retributivo les asegura la obtención de una rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida útil regulatoria.

Por ello, no resulta plausible la invocación de la doctrina Constitucional expuesta en las sentencias 83/1984 y 112/2006 , que realiza la defensa letrada de las mercantiles recurrentes para fundamentar su tesis argumental



de que el Real Decreto-ley 9/2013 impide el manteniendo de la actividad empresarial, porque, tal como sostiene el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra esta norma, el nuevo sistema retributivo adoptado «por exigencias claras de interés general» garantiza una rentabilidad razonable de las inversiones en energías renovables a lo largo de la vida útil regulada.

Cabe referir al respecto que el Tribunal Constitucional en la sentencia 30/2016, de 18 de febrero de 2016, resolviendo uno de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Real Decreto-ley 9/2013, ha rechazado explícitamente que la regulación adoptada por el legislador de urgencia sea contraria a la libertad de empresa garantizada por el artículo 38 de la Constitución, por no respetar la reserva de ley y deferir al reglamento el desarrollo del nuevo régimen retributivo, con la exposición de los siguientes argumentos jurídicos:

«[...] La actividad de producción de energía eléctrica es una actividad liberalizada que se desenvuelve en el marco de la libertad de empresa, por lo que el régimen retributivo de dicha actividad forma parte de las más elementales y sensibles condiciones de ejercicio de la libertad de empresa en el ámbito del sector eléctrico, condiciones éstas que de acuerdo con lo establecido en el art. 53.1 CE, sólo por ley pueden regularse.

La disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013 difiere la propia existencia de un «régimen retributivo específico» y la determinación precisa de sus elementos configuradores, aún de los fundamentales, a la potestad reglamentaria del Gobierno. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (desde la temprana STC 83/1984) admite que el principio de reserva de ley no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador. La citada disposición final segunda no satisface las exigencias constitucionales, pues la regulación contenida en el Real Decreto-ley es escasa y abierta, y se agota en una serie de conceptos jurídicos indeterminados, que no suponen reglas limitativas efectivas para el titular de la potestad reglamentaria, ni que ésta quede efectivamente restringida a un complemento indispensable por motivos técnicos, por lo que la referida disposición deslegaliza materialmente el régimen retributivo de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. En consecuencia, no satisface las exigencias constitucionales a las que el principio de reserva de ley sujeta las remisiones al desarrollo reglamentario de la ley, por lo que, al tratarse de una regulación que afecta a las condiciones de ejercicio de un derecho constitucional, la libertad de empresa (art. 38 CE), vulnera el art. 53.1 CE.»

Desde una perspectiva material, debe significarse que la libertad de empresa no garantiza el mantenimiento de las políticas de fomento de las que pueden ser beneficiarias un determinado sector económico con el objeto de promover su desarrollo, que puede tener efectos distorsionantes de la actividad empresarial de otros sectores productivos vulnerando las reglas de la competencia.

La libertad de empresa, protegida por el artículo 38 de la Constitución, debe tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad, de modo que la reducción de las ayudas a las energías renovables que establece el Real Decreto-ley 9/2013, no puede considerarse contraria a este precepto constitucional, una vez que el Tribunal Constitucional ha entendido en la sentencia 29/2016, de 18 de febrero, que está justificada por razones de interés general y que no puede calificarse de discriminatoria, desproporcionada o arbitraria.

«Como se ha expuesto a lo largo del texto, la modificación del régimen jurídico de las energías renovables no constituye una medida aislada sino que se integra en un conjunto sistemático de decisiones legislativas adoptadas con carácter urgente, que han ido dirigidas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico en su conjunto. La importancia del sector energético para el desarrollo de la actividad económica general, ha determinado la introducción de reformas sucesivas dirigidas a mejorar el funcionamiento de los distintos subsectores que lo integran, subordinadas a las circunstancias derivadas de la coyuntura económica y que, han sido adoptadas en la mayoría de los casos a través de decisiones legislativas provisionales, como las contenidas en un decreto-ley, al igual que sucede en el presente caso. No resulta posible deducir las razones que sustenten la supuesta existencia de una discriminación negativa de este tipo de energía, pues cada una de las tecnologías presenta sus propios rasgos tecnológicos y económicos, que han justificado tratamientos diferenciados y no necesariamente homogéneos, sin que pueda pretenderse una exigencia o imposición de homogeneización absoluta en el tratamiento de las tarifas u otros elementos retributivos regulados, ni los períodos de percepción de todos ellos, pues las diferentes tecnologías están cada una de ellas sujetas a su propias peculiaridades en materia retributiva».





Sobre la vulneración del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De nuevo, en la línea de los fundamentos de derecho anteriores, y atendida la conexión que guardan todos ellos, nos lleva a reiterar que la impugnación del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por presunta infracción del artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no concurre.

Esta Sala -dijimos en aquellas sentencias- rechaza la tesis que desarrolla la recurrente respecto de que la revocación del régimen de tarifa regulada, establecido en el Real Decreto 661/2007, del que era beneficiario por cumplir los requisitos legales, y su sustitución por el nuevo régimen retributivo del Real Decreto 413/2014, ha supuesto una expropiación de sus derechos, porque cabe poner de relieve que -como exponemos en el siguiente fundamento jurídico- la derogación del régimen primado como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, no supone una ablación de derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario de la normativa reglamentaria ni incide en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas.

#### **OCTAVO.- Interdicción de la Arbitrariedad. Ausencia de motivación de la Orden IET.**

El quinto motivos de impugnación, se 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 RD-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 RD-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 RD 661/2007, que fue derogado de forma expresa por la Disposición Derogatoria 2.a) del RD-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 1) la arbitrariedad y falta de transparencia de las disposiciones reglamentarias impugnadas, con infracción de los artículos 9.3 CE , 14.2 LSE y 13 del RD 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 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 80/2014) 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.

En diversos apartados de este motivo de impugnación, la parte recurrente alega la arbitrariedad de la Orden IET 1045/2014 en la determinación de las instalaciones hidroeléctricas tipo, 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.

Cabe señalar que la parte recurrente, en 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 y la pericial-testifical, consistente en tres dictámenes elaborados por peritos, así como su comparecencia ante la Sala para ratificar, aclarar y ampliar su dictamen.

El artículo 13 del RD 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 IDAE, 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.



En el área hidroeléctrica, el artículo 2 del RD 661/2007 clasificaba las instalaciones exclusivamente por su potencia, en dos grupos, el grupo b.4 que incluía las centrales hidroeléctricas con una potencia instalada no superior a 10 MW y el grupo b.5 de instalaciones hidroeléctricas con potencia instalada superior a 10 MW e inferior a 50 MW.

La nueva regulación del RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 ha ampliado la clasificación anterior, creando nuevos subgrupos dentro de los anteriores, en función de la tipología, y ha eliminado el límite superior del 50 MW del grupo b.5.

En las normas impugnadas, se distingue, dentro de los grupos b.4 y b.5, dos subgrupos, en atención a la distinta tipología de las instalaciones, que conllevan costes de inversión muy diferenciados:

- El grupo b.4 se divide en dos grupos, el grupo b.4.1 que incluye centrales cuyas instalaciones hidráulicas (presa o azud, toma, canal y otras) hayan sido construidas exclusivamente para uso hidroeléctrico, y el grupo b.4.2 que acoge a las centrales hidráulicas que hayan sido construidas en instalaciones existentes (presas, canales y construcciones) o dedicadas a usos distintos al hidroeléctrico.

- El grupo b.5 se divide igualmente en dos grupos, los grupos b.5.1 y b.5.2, en aplicación de iguales criterios a los indicados en el apartado anterior.

Dentro de los subgrupos b.4.1 y b.4.2 se crearon nuevos estándares, según se tratara de centrales menores de 1 MW o entre 1 y 10 MW, por la razón de que las centrales de pequeña potencia presentan mayores costes de explotación que las de potencias altas, pues buena parte de dichos costes son fijos e independientes del tamaño de explotación, y lo mismo ocurre con los ratios de inversión.

A su vez, en cada uno de los subgrupos anteriores, se ha definido una instalación tipo por razón del distinto año de puesta en marcha, desde 1994 a 2016, lo que supone 26 distintas instalaciones tipo en cada uno de los 6 subgrupos antes definidos, y un total de 156 instalaciones tipo para el área hidroeléctrica.

La Memoria de impacto normativo de la Orden especifica los datos e informes tomados en consideración y el impacto económico por grupos de tecnologías, y aclara, en respuesta a las cuestiones planteadas en el informe de la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia y a las alegaciones (más de 600) presentadas por empresas y asociaciones del sector y por las Comunidades Autónomas, las razones que le llevan a aceptar o rechazar las mismas, lo que, en definitiva, implica exteriorizar los criterios o razones tomadas en consideración para aceptar determinados elementos de cuantificación.

De acuerdo con la información que proporciona la Memoria citada (páginas 76 a 80), a finales de 2013 la potencia acumulada total en España en el área hidroeléctrica con régimen económico primado era de 2.070 MW, distribuida en unos 1.410 MW de centrales hidroeléctricas cuya potencia instalada no sea superior a 10 MW (grupo b.4) y 660 MW de centrales hidroeléctricas cuya potencia instalada sea superior a 10 MW (grupo b.5).

En total, existen unas 1.000 instalaciones hidroeléctricas con régimen económico primado, de las cuales más del 60% son instalaciones de potencia inferior o igual a 1 MW.

Incluye la Memoria un cuadro en el que se detallan los parámetros energéticos y económicos más relevantes del área hidroeléctrica con régimen económico primado desde el año 1998, y señala, a modo de resumen, que se estima que desde dicho año las centrales hidroeléctricas con régimen económico primado han recibido un total de unos 5.879 millones de euros en concepto de primas más mercado, de los cuales 4.263 millones de euros corresponden a primas y unos 1.613 millones de euros a retribución por el mercado.

Añade la Memoria de la Orden que la cantidad de primas recibida hasta la fecha se estima que supone un 186% de la inversión total realizada por centrales hidroeléctricas con régimen primado en sus instalaciones energéticas, que asciende a unos 2.296 millones de euros, y que desde 2014 hasta finalizar su vida útil regulatoria, se estima que las instalaciones hidráulicas supondrán un sobrecoste para el sistema eléctrico de unos 1.250 millones de euros (adicionales a los 4.263 millones de euros que han recibido ya de primas en el período 1998-2013), además de lo que perciban estas instalaciones procedente del mercado en dicho período.

También explica la Memoria de la Orden los costes de explotación contemplados, que han sido los de operación y mantenimiento integral de los equipos e instalaciones hidráulicas, seguros, cánones hidráulicos, alquiler de terrenos y de la concesión administrativa de aguas, tasas locales, pago de peajes de acceso desde 2011 (0,5 €/MWh), los costes de representación y de desvíos sobre la producción prevista desde 2008 y el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (7% sobre los ingresos totales), así como la tasa hidroeléctrica (2,2% sobre los ingresos totales) establecidos en la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, añadiendo el Informe del IDAE, acompañado por el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda (página 10), que la metodología seguida fue recopilar

y analizar todos los valores de costes de explotación y mantenimiento de los proyectos tipo definidos en los distintos planes de energías renovables, informes y manuales específicos, junto con los datos obtenidos por los proyectos propios de IDAE de centrales hidroeléctricas de todas las tipologías y con puesta en marcha en diferentes años, y en base a todo ello se han determinado los costes estándar de operación y mantenimiento para cada tipología.

En cuanto a la determinación de las horas equivalentes de funcionamiento, la Memoria de la Orden aclara que se han tenido en cuenta, para cada instalación tipo, las horas anuales medias reales, según los datos publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y en su cálculo han tenido en cuenta, en lo que se refiere a los años anteriores a 2014, las horas medias reales de funcionamiento para cada grupo de la potencia instalada acumulada en cada año. El rango de horas equivalentes de funcionamiento para los subgrupos incluidos en el grupo b.4 es de 2.651 a 3.416 horas y para los del grupo b.5 es de 2.243 a 3.488 horas, de acuerdo con la información disponible de la CNMC, en función del año de puesta en marcha.

El establecimiento de una horas mínimas de funcionamiento tiene por objeto evitar el pago de la retribución a instalaciones paradas o con producción ocasional, que no generan derechos de cobro en este sistema retributivo, y que como señala la CNMC en su informe (página 45) "parece razonable la cautela de ligar la retribución a la inversión con un mínimo de energía vertida a la red, ya que de otra forma podrían retribuirse instalaciones que se encuentran no operativas con unos ingresos fijos e independientes de la producción de la planta".

Por tanto, en el expediente administrativo se explican y justifican los criterios seguidos para la determinación de las centrales hidroeléctricas tipo y de parámetros de costes de inversión y horas equivalentes y mínimas, a que se refiere la demanda en estos subapartados del motivo sobre arbitrariedad de la Orden de Parámetros.

En definitiva, la Orden impugnada explica los criterios de clasificación de las centrales hidroeléctricas existentes (alrededor de 1000) en 6 subgrupos y un total de 156 instalaciones tipo, que se estiman razonables y acordes con los criterios prefijados en el artículo 13 del RD 413/2014, sin que puedan prosperar las alegaciones de arbitrariedad que opone la parte recurrente, que reflejan su discrepancia con el método seguido y su punto de vista favorable a la utilización de criterios de clasificación distintos, pero que carecen de apoyo legal.

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, pues ya se ha indicado que renunció a la prueba pericial que había propuesto para acreditar estos extremos.

También el expediente administrativo justifica la duración de la vida útil regulatoria de las instalaciones a que se refiere la parte recurrente en el motivo de impugnación octavo de su demanda, en el que considera que el artículo 5.1 de la Orden IET/1045/2014, que fija en 25 años la vida útil regulatoria de las instalaciones de los grupos b.4 y b.5, a los que pertenecen las centrales de la parte recurrente, es inválido por incurrir en arbitrariedad.

Las alegaciones de la parte recurrente no pueden acogerse, en primer lugar, porque no indica cual es el precepto legal o reglamentario que infringe el artículo 5.1 de la Orden de Parámetros, pues como señala el informe de la CNMC que obra en el expediente de aprobación de la citada Orden, que la parte recurrente cita en su demanda, la vida útil regulatoria en el caso de las centrales hidráulicas de los grupos b.4 y b.5, a los que pertenecen las centrales de la parte recurrente, se mantuvo en 25 años, que era plazo de vida útil regulatoria que estas instalaciones tenían en la legislación anterior.

La parte recurrente confunde el tiempo de duración de las instalaciones, con el período de vida útil regulatoria, que es aquel durante el que se reconoce derecho a la retribución específica que regula el artículo 14.7 de la Ley 24/2013, a fin de cubrir los costes de inversión de las instalaciones tipo que no puedan ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, indicando el precepto indicado que para el cálculo de dicha retribución específica se tendrán en cuenta, *«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 los ingresos estándar por la venta de electricidad, los costes estándar de explotación y el valor estándar de la instalación inicial.

La duración de la vida útil regulatoria en 25 años se justifica en la Memoria de impacto normativo de la Orden de Parámetros (página 86), que señala que *"se ha considerado un valor de 25 años, en coherencia con los sistemas de referencia utilizados hasta la fecha por instituciones nacionales e internacionales de los equipos ofrecidos por los fabricantes"*, si bien reconoce la propia Memoria seguidamente que *"En la práctica,*



es previsible que algunas centrales hidroeléctricas pudieran mantener su operación más allá de la vida útil regulatoria considerada, dependiendo del estado de los equipos al final del período, con base en las actuaciones de mantenimiento realizadas".

A la vista de lo anterior, no puede considerarse que la fijación de la duración de la vida útil de las instalaciones en 25 años sea arbitraria o sea contraria a los principios y bases del nuevo régimen retributivo instaurado por el RD-ley 972013 y la Ley 2472013, sin perjuicio de que, como añade el informe de la CNMC obrante en el expediente de la Orden de Parámetros (página 23 del expediente), *«Aunque puedan existir razones técnicas para alargar la vida de las instalaciones, y la variación no afecta a la rentabilidad total del proyecto, ya que la retribución específica se percibe durante más años, sí tiene un impacto financiero desde el punto de vista de la liquidez a corto y medio plazo, ya que los flujos de ingresos anuales se ven disminuidos como consecuencia de la laminación de dicha retribución.»*

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 las instalaciones tipo a que se refiere la demanda.

#### **NOVENO.-Referencias a la rentabilidad razonable, Bono del Estado, conceptos de empresa eficiente y de rentabilidad como parámetro revisable.**

La parte recurrente expone una serie de consideraciones en relación a determinados conceptos, sobre algunos de los cuales ya nos hemos pronunciado en anteriores recursos en los que se suscitaba estas mismas cuestiones. En relación a la «rentabilidad razonable» alega la parte recurrente que se infringe el principio de igualdad en cuanto se establece el mismo valor de instalación estándar para todas aquellas instalaciones pertenecientes a la misma IT, lo que supone desconocer la realidad de las inversiones de cada instalación y ello, en su opinión, resulta contrario al artículo 14 CE .

El alegato no puede ser estimado, pues el criterio de la estandarización y las referencias a la instalación tipo se incluyen en el artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico que contempla el cálculo de las retribuciones en función de estas instalaciones tipo en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, siendo así que los valores estándar se obtienen de las medias de datos reales de inversión y de los costes de las instalaciones publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. No se advierte, en fin, la quiebra del principio de igualdad por la utilización de unos parámetros homogéneos para cada instalación tipo y la aplicación de promedios en el cálculo de costes e inversiones en la medida que es una opción del modelo retributivo del Legislador que parte de datos objetivos contrastados y se aplica a todas las instalaciones.

También se afirma que la referencia a la rentabilidad del bono del Estado es inadecuada y que en realidad el WACC es el criterio que mejor se adapta al tipo de inversión de las instalaciones litigiosas. El alegato no puede ser acogido pues su desarrollo argumental únicamente pone de manifiesto que la parte actora no comparte los criterios establecidos para la determinación de la rentabilidad razonable y que, a su entender, hubiera sido preferible o más adecuado acudir al sistema de coste medio ponderado de capital o *Weighted Average Cost of Capital (WACC)*.

Es claro que la mera manifestación de discrepancia de la recurrente con la regulación aprobada o su preferencia por un modelo alternativo no son razones bastantes para considerar contrario a derecho el régimen retributivo establecido en la norma reglamentaria impugnada, que, fue definido en sus líneas básicas por normas con rango legal a las que el Real Decreto 413/2014 sirve de desarrollo.

Como ya hemos dicho en nuestra sentencia de 6 de junio de 2016 (rec. 553/2014 ) «La parte se limita a expresa sus opiniones sobre lo que entiende que debía de haber sido la adecuada plasmación del concepto de rentabilidad razonable previsto por la Ley del Sector Eléctrico, criticando el desarrollo que del mismo ha efectuado el Real Decreto impugnad. Pero en modo alguno la argumentación de la demandante acredita que las referidas opciones planteadas en sus alegaciones (el empleo de la metodología WACC más un diferencial y la toma en consideración del riesgo tecnológico de cada inversor) puedan ser calificadas como una exigencia de la noción de rentabilidad razonable prevista en la Ley del Sector Eléctrico y que cualquier separación de dichos criterios haya de reputarse contraria a derecho.

Antes al contrario, es preciso afirmar que el titular de la potestad reglamentaria tiene plena capacidad para el desarrollo de los principios del sistema retributivo previstos por la Ley y que sólo un desarrollo manifiestamente arbitrario, incongruente o contrario a la lógica y la finalidad de los criterios legales podía ser anulado. Fuera de esos casos extremos que en modo alguno concurren, sólo podrían combatirse con éxito concretos aspectos del modelo retributivo, pero no es posible basar en la referida previsión legal de una rentabilidad razonable una impugnación genérica del modelo desarrollado por el Real Decreto 413/2014 en



beneficio de la opción preferida por el recurrente. Tanto más cuanto que no se puede olvidar que la previsión legal de dicho modelo y el concepto de rentabilidad razonable tienen por objeto promover mediante una retribución específica y añadida a la obtenida en el mercado la actividad de producción de energía eléctrica mediante energías renovables, cogeneración y residuos, esto es, en definitiva, una actividad de fomento en la que, lógicamente, es mayor el ámbito discrecional en el que se mueva la acción pública».

Se aduce seguidamente que la rentabilidad razonable se establece como un parámetro revisable, al establecer el artículo 19 en relación con el 14 del Real Decreto impugnado, en consonancia con el artículo 14.4 de la Ley del Sector Eléctrico, la posibilidad de revisar este valor de rentabilidad, lo que considera contrario a la seguridad jurídica y a la confianza legítima.

Tampoco esta alegación puede ser acogida pues nuevamente se trata de la crítica de la recurrente con el modelo retributivo y la posibilidad de modificar la rentabilidad razonable, lo cual, además de estar avalado por la Ley del Sector Eléctrico, como la parte reconoce, por sí sólo no resulta contrario a los principios invocados de seguridad jurídica y confianza legítima que no garantizan un tipo de rentabilidad determinada inalterable y permanente en el tiempo. Sin que por lo demás, concurren dudas de constitucionalidad de la mencionada ley que hagan procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que se interesa.

Finalmente, en este bloque argumental se cuestiona el concepto de «empresa eficiente y bien gestionada» con base al cual se calcula la retribución específica, afirmando que es un concepto jurídico indeterminado que únicamente se podrá concretar con arreglo a los criterios económicos dispuestos en la Orden IET 1045/2014. Y aduce que «a pesar de que no es objeto del presente recurso cabe adelantar que los criterios empleados por la Orden Ministerial para concretar este concepto contradicen las directrices de la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general publicada el 11 de enero de 2012», citando, a modo de ejemplo, la exclusión de los costes de la instalación que no sean de aplicación en todo el territorio español, considerando que genera una clara incertidumbre y la vulneración del principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

Pues bien, la queja no resulta viable, pues, como la parte indica, la concreción del concepto de «empresa eficiente y bien gestionada» se determina con los criterios económicos de la Orden IET 1045/2014. Conviene señalar que el concepto de «empresa eficiente y bien gestionada» se incluye en el artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013, a efectos de la determinación de la retribución específica. Este concepto exige, entre otras cosas, que la empresa desarrolle la actividad, por la que se recibe la retribución específica, de forma eficiente lo que conlleva un funcionamiento efectivo de dicha instalación en su actividad de producción de energía eléctrica durante un número mínimo de horas de funcionamiento, o dicho de otro modo la fijación de un umbral de funcionamiento es un indicativo de la mayor o menor eficiencia de la instalación.

#### **DÉCIMO.- Sobre el Laudo arbitral internacional.**

En relación con el laudo arbitral aportado por la parte recurrente, en nuestra sentencia de 21 de junio de 2017 (recurso 676/2014) hemos indicado que no consideramos aplicable para la resolución de este proceso contencioso-administrativo, el documento aportado por la parte demandante con el amparo del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo al Laudo dictado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativa a inversiones en el Caso CIADI No. ARB/13/36, de 4 de mayo de 2017, en el marco del procedimiento de arbitraje entre EISER INFRASTRUCTURE LIMITED Y ENERGIA SOLAR LUXEMBOURG S.À R.L. y el Reino de España.

Aunque estimamos que no constituye obstáculo para pronunciarse sobre la eficacia del mencionado Laudo arbitral, el hecho de que no se haya alegado en este proceso la infracción de la Carta de la Energía, entendemos que carece de relevancia para fundamentar la pretensión de invalidez de las disposiciones impugnadas del Real Decreto 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014, pues, aún advirtiendo que dicho laudo resulta contradictorio con lo resuelto en otros laudos arbitrales, dotarle de eficacia jurídica erga omnes implicaría que esta Sala jurisdiccional se apartaría en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de su deber de sometimiento únicamente al imperio de la ley.

Ello comportaría, además, que, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, inaplicáramos las sentencias del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016 y 30/2016, de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo, que confirman la constitucionalidad del régimen retributivo de la actividad de generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables establecido en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, que da cobertura al desarrollo regulatorio cuestionado, así como que ignorásemos nuestra propia doctrina jurisprudencial, violando el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho.





**UNDECIMO.-** Las pretensiones relativas al restablecimiento de la situación jurídica perturbada y la pretensión indemnizatoria de los daños y perjuicios, derivados de la aplicación del Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, 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 FERROATLÁNTICA SAU e HIDRONITRO ESPAÑOLA SA.

**DECIMOSEGUNDO.-** No procede imponer las costas del proceso a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas (apartado 1 del artículo 139 citado).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de FERROATLÁNTICA SAU e HIDRONITRO ESPAÑOLA SA., 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 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. Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez D. José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat D<sup>a</sup> María Isabel Perelló Domenech D. José María del Riego Valledor D. Ángel Ramón Arozamena Laso

## VOTO PARTICULAR

### TRIBUNAL SUPREMO

#### Sala de lo Contencioso-Administrativo

## VOTO PARTICULAR

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> ISABEL PERELLÓ DOMENECH. A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N<sup>o</sup> 718/2014).**

Por medio de este voto particular manifiesto mi respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria. Suscribo los pronunciamientos anulatorio e indemnizatorio contenidos en los apartados 1/ y 2/ de la parte dispositiva de la sentencia, así como las razones en las que se fundan, pero entiendo que el pronunciamiento anulatorio debería haber sido más amplio. Y ello porque discrepo de mis compañeros en dos puntos sustanciales de la controversia:

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

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

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

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



de actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial que hasta entonces venía regulada por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo.

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

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

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

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

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

También son normas con rango de ley - disposiciones transitorias 3ª y derogatoria única del Real Decreto-ley 9/2013 y transitoria 6ª de la Ley 24/2013 - las que vinieron a establecer que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen



económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (en nuestro caso, el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo), y que lo recibirían con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el mencionado desarrollo reglamentario.

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

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

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

El Real Decreto y la Orden podrían haber establecido que a partir de la entrada en vigor de la reforma las instalaciones preexistentes quedasen incardinadas en alguna de las categorías de instalaciones que se contemplan, para aplicarles en lo sucesivo el régimen correspondiente a esa categoría de instalación. Pero lo que hace la regulación reglamentaria es algo mucho más complejo y, al mismo tiempo, ajeno a la realidad de las cosas, pues parte de la base -una base necesariamente ficticia y, por ello mismo, perturbadora- de que las instalaciones siempre estuvieron sujetas a la normativa que ahora se instaura, como si no hubiese existido una regulación anterior y toda la vida de la instalación hubiese sido un continuo homogéneo sometido *ex tunc* al nuevo régimen regulatorio.

Sólo así se explica que se proyecten sobre esas instalaciones preexistentes, sin diferenciar entre períodos de actividad anterior y posterior a la reforma, los criterios y parámetros establecidos en la nueva normativa. De este modo, no se toman en consideración los importes reales de las inversiones que se realizaron en su día, ni los datos reales de la actividad desarrollada en ese período anterior -horas de funcionamiento, costes de explotación, costes financieros, ingresos por venta de electricidad o por otros conceptos, etc.- sino los valores estándar que resultan de aplicar a toda la vida de la instalación los criterios y parámetros que se fijan ahora. Los cálculos realizados a partir de esos valores estándar -en lugar de los valores reales de cada instalación- conducen a que se consideren ,irrazonables,, por excesivas, las rentabilidades obtenidas en el pasado, lo que trae como consecuencia la minoración de las rentabilidades futuras a fin de que resulte -según la lógica del sistema- una ,rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación,. Y todo ello aunque los datos reales hubiesen podido demostrar que la instalación había llevado a cabo su actividad de manera eficiente y bien gestionada según las directrices que marcaba la regulación vigente en cada momento, que, por cierto, era la que permitía, o más bien determinaba, aquellas rentabilidades que ahora se reputan de excesivas.

Dicho de otro modo, el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 pretenden reformular la realidad anterior a su entrada en vigor, proyectando sobre ella los mismos criterios y parámetros que se aplican a las instalaciones nuevas, incurriendo con ello en el grave defecto que los historiadores denominan ,presentismo,, que consiste en juzgar el pasado con arreglo a información -o, como en este caso, con arreglo a una normativa- que no existía entonces. Y en el ámbito estrictamente jurídico, al que debe ceñirse este voto particular, supone, sencillamente, que la regulación reglamentaria tiene una decidida voluntad de operar de manera retroactiva, porque, como he intentado explicar, la eficacia de la reforma no se proyecta únicamente hacia adelante en el tiempo sino también hacia atrás.

2/ En estrecha relación con esa retroactividad ilícita a la que acabo de referirme, el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 incurren en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.



Tales reproches no pueden ser salvados en este caso mediante consideraciones del tipo de las que esta Sala expuso en las sentencias antes citadas, que enjuiciaron las modificaciones normativas introducidos en el año 2010. Ya he señalado que en el caso presente se trata de una reforma normativa de calado muy superior a la del 2010, pues la de ahora (año 2014) comporta un cambio global de sistema; y siendo ello así, lo cierto es que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 no contemplan ningún régimen transitorio o medida correctora para paliar o atemperar los efectos gravosos que la nueva regulación produce sobre las instalaciones que existían con anterioridad.

Tampoco cabe entender que el drástico cambio regulatorio introducido en el 2014 fuese previsible. Es cierto que ante la notoria necesidad de reducción del déficit del sistema eléctrico- señalada de manera expresa, además, en los diferentes cambios regulatorios habidos en los últimos años- y la propia situación económica general cualquier empresa gestionada de manera diligente podía y debía saber que habría de producirse un nuevo cambio normativo que comportaría una reducción de la retribución. Por lo demás, las sentencias del Tribunal Constitucional a las que antes me he referido - SsTC 270/2015, 19/2016, 29/2016, 30/2016, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016 - ya han declarado que el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, no vulneran los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Ahora bien, esta conclusión respecto de las normas con rango legal no es trasladable sin más a la regulación contenida en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, dado que el sistema retributivo específico, apenas enunciado en los normas de rango legal, ha quedado configurado en el Real Decreto y la Orden con un sesgo retrospectivo significativamente gravoso que no es, desde luego, el único desarrollo reglamentario que admitían aquellas genéricas previsiones legales y que, a mi entender, sí incurre en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

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

La sentencia de la que discrepo señala que el ordenamiento vigente con anterioridad al Real Decreto-ley 9/2013 no albergaba en sí mismo un signo externo concluyente que fuese bastante para generar en la parte recurrente la confianza legítima, esto es, la creencia racional y fundada de que el régimen retributivo establecido en Real Decreto 661/2007 no podía resultar alterado en el futuro, pues ninguna disposición del citado Real Decreto 661/2007 establecía que la tarifa allí regulada fuera inmodificable. Ahora bien, una cosa es que aquella tarifa fuese modificable y otra muy distinta que la nueva regulación materializada en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 haya venido a establecer, como he intentado explicar, no ya una reducción de la tarifa sino una regulación enteramente nueva del régimen retributivo que, además, enjuicia con los criterios y parámetros que ahora se establece toda la actividad desarrolla por la instalación desde su inicio.

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

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

Así, a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 las empresas tuvieron que decidir si continuaban o no la actividad de cada instalación sin conocer a qué régimen jurídico iba a quedar sometida ésta; y dado



que en aquel momento no era previsible, ya lo he señalado, que las normas reglamentarias de desarrollo vendrían a establecer una regulación con las características y el alcance retroactivo que antes he descrito, no es aventurado suponer que algunas o muchas de las empresas habrían procedido de un modo distinto, o incluso habrían decidido suspender su actividad, de haber conocido entonces que iban a quedar sujetas, también para ese período de intermedio de incertidumbre, a un régimen retributivo como el que luego establecerían el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Isabel Perelló Doménech

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la sala en audiencia pública, de lo que certifico.