



Roj: **STS 2783/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2783**

Id Cendoj: **28079130032016100216**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/06/2016**

Nº de Recurso: **496/2014**

Nº de Resolución: **1417/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Junio de dos mil dieciséis.

La Sala Constituida por los Excmos. Sres. Magistrados y la Excm. Sra. Magistrada relacionados al margen ha visto el presente recurso contencioso-administrativo con el número 496/2014 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña María Esther Centoira Parrondo en nombre y representación de Don Marino , Doña Isabel y de DIRECCION000 C.B., y bajo la dirección letrada de Don Marino , contra el Real Decreto 413/2014 de 6 junio sobre producción de energía mediante fuentes renovables, cogeneración y residuos. Siendo parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que ostenta.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el 31 de julio de 2014, la representación procesal de Don Marino , Doña Isabel y de DIRECCION000 C.B., interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 413/2014 de 6 junio sobre producción de energía mediante fuentes renovables, cogeneración y residuos.

**SEGUNDO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 3 de septiembre de 2014 se tiene por personado y parte recurrente a la Procuradora de los Tribunales Doña María Esther Centoira Parrondo, en nombre y representación de Don Marino , Doña Isabel y de DIRECCION000 C.B., se admite a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte, requiriéndose a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo en los términos que establece el artículo 48 de la Ley de esta Jurisdicción (Ley 29/1998, de 13 de julio), y que practique los emplazamientos previstos en el artículo 49 de dicha Ley . Asimismo se acuerda la publicación de oficio del anuncio de la interposición del recurso en el Boletín Oficial del Estado.

**TERCERO.-** El representante legal de D. Marino , doña Isabel y la entidad DIRECCION000 C.B interponen recurso contra el Real Decreto 413/2014 cuya nulidad se solicita.

El recurso fundamenta su impugnación en los siguientes motivos:

**1º** Nulidad del Real Decreto 413/2014 por ejecución incompleta del encargo de desarrollo reglamentario contenido en la Disposición Final Segunda del Real Decreto-Ley 9/2013 , reiterado en la Disposición Final Tercera de la Ley 24/2013 de 26 de diciembre , y, sin embargo, ha delegado la fijación de los concretos valores de los parámetros de cada instalación tipo en la Orden IET/1045/2014.

Argumenta que el art. 97 de la Constitución establece que la potestad reglamentaria la ejerce el Gobierno y el art. 5 de la Ley 50/1997 atribuye al Consejo de Ministros la potestad de dictar reglamentos para el desarrollo y ejecución de las leyes, otorgando el art. 23.1 de dicha norma la potestad reglamentaria al Gobierno, y si bien se distingue ( art.23.3) entre las disposiciones reglamentarias aprobadas por el Real Decreto y las aprobadas por Orden Ministerial, el artículo 4 de dicha norma circunscribe la potestad reglamentaria de los Ministros a las materias propias de su departamento.



Considera que de conformidad con el art. 13 de la ley 30/1992 no pueden ser objeto de delegación las competencias relativas a la adopción de disposiciones de carácter general.

Argumenta que el Real Decreto impugnado no agota el desarrollo reglamentario que le encomendó la Disposición Final Segunda del Real Decreto Ley- 9/2013 , reiterado en la Disposición Final Tercera de la Ley 24/2013 , en los que se establecía que la modificación del régimen retributivo se haría por Real Decreto.

El artículo 30 de la Ley 54/1997 establece los criterios generales de rentabilidad razonable, inversión estándar, coste estándar e ingresos estándar, pero ninguno de tales criterios son fijados por el Real Decreto sino que éste delega su fijación en la Orden Ministerial, con absoluta libertad de criterio excepto para los precios. La propia Orden reconoce en su exposición de Motivos que con ella se aprueba los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, y que completa el modelo retributivo.

Así la Orden Ministerial ha gozado de libertad en la determinación de: las instalaciones tipo (para fijar su segmentación; el periodo regulatorio de cada instalación tipo; para determinar el valor de la inversión inicial de cada instalación tipo; para fijar los umbrales y el mínimo de funcionamiento, sin otra limitación que el umbral sea inferior al mínimo; ara fijar los límites superiores e inferiores de ajuste de precio, sin que tenga limita alguno en el porcentaje del precio estimad; para fijar los costes de producción para el periodo), el valor de la inversión, la duración de la vida útil regulatoria, los costes estándar (no solo se delega su cuantificación sino los elementos que lo componen).

En definitiva, considera que el Real Decreto no agota la regulación y ha de ser necesariamente completada con lo previsto en la Orden Ministerial, por lo que la rentabilidad razonable que se encarga de fijar la Ley y delega en el Gobierno ha quedado en manos del Ministerio.

**2º Nulidad del Real Decreto por extralimitación regulatoria contraria a la Ley 24/2013.**

Considera que el Real Decreto impugnado se ha extralimitado en dos extremos concretos:

A) Al establecer el requisito de que las instalaciones deban cumplir un número de horas de funcionamiento (umbral para percibir algo, y mínimo para cumplir todo), por lo que el establecimiento de este requisito puede terminar que una instalación no perciba la retribución a la que legalmente tiene derecho.

B) Al establecer, en contra de la ley, que existe una "franquicia" en la que no se ajusta el precio de mercado o solo se hace parcialmente.

Y concluyó con el siguiente SUPPLICO:

<< [...] y dictar sentencia, previos los oportunos trámites, por la que se estime el presente recurso y declare la nulidad del Real Decreto 423/2014, con el pronunciamiento sobre costas que corresponda con arreglo al artículo 139 LJ .

Otrosí Digo, se solicita el recibimiento del pleito a prueba.

Segundo Otrosí Digo, se solicita trámite de conclusiones escritas.

Tercero Otrosí Digo, se señala que la cuantía sea indeterminada>>.

**CUARTO.-** Con fecha 27 de febrero de 2015 el Abogado del Estado formula su contestación a la demanda, en la que tras alegar cuanto estima procedente, se opuso a la misma, interesando a la Sala que: <<[...] dictar sentencia desestimando el presente recurso contencioso-administrativo, con imposición de costas a los recurrentes.

Al Segundo Otrosí Digo, se opone al recibimiento del pleito a prueba>>.

**QUINTO.-** Por Decreto de la Secretaria Judicial de 4 de marzo de 2015 se resuelve fijar la cuantía del presente recurso en indeterminada.

**SEXTO.-** La Sala dictó Auto, en fecha 11 de marzo de 2015, en el que se acuerda recibir el proceso a prueba, y admitiendo la prueba propuesta por la parte recurrente. El Abogado del Estado interpuso recurso de reposición contra el mismo, y tras oír a la parte recurrente, se dictó auto con fecha 12 de mayo de 2015 por el que se estimó el recurso de reposición y se concedió a la representación procesal de la parte actora el plazo de diez días a fin de que presente conclusiones escritas, lo que lleva a cabo por escrito de fecha 3 de junio de 2015.

Por diligencia de ordenación de fecha 9 de junio de 2015, se concede, asimismo a la parte recurrida el plazo de diez días a fin de que presente escrito de conclusiones, lo que lleva a cabo en escrito de fecha 25 de junio de 2015.



**SÉPTIMO.-** Evacuados todos los trámites legalmente previstos, se dieron por concluidas las actuaciones, y se fijó para votación y fallo de este recurso el día 21 de enero de 2016. El 25 de enero de 2016, se dictó providencia del siguiente tenor literal: <<Dada cuenta. Se **suspende** el señalamiento efectuado en este recurso para el día 26 de enero de 2016 y se concede a las partes un plazo común de diez días a fin de que puedan **alegar** lo que a su derecho convenga acerca de la incidencia que pueda tener sobre las cuestiones suscitadas en este proceso la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 19 de 22 de enero de 2016>>. Presentaron escritos de alegaciones el Abogado del Estado el 8 de febrero de 2016 y la parte recurrente el 10 de febrero de 2016.

**OCTAVO.-** Por Providencia de 9 de mayo de 2016, se señala para la deliberación y fallo de este recurso el día 24 de mayo de 2016, continuando la deliberación el 31 del referido mes, junto con otros recursos en los que se impugnaban las mismas disposiciones generales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .** El presente recurso interpuesto por el representante legal de D. Marino, doña Isabel y la entidad DIRECCION000 C.B contra el Real Decreto 413/2014 cuya nulidad se solicita.

Los recurrentes son titulares de una concesión del río Cuervo de la Confederación Hidrográfica del Tajo y de la explotación de una mini-central hidroeléctrica de 350 kw/h en Solar de Cabras, Beteta (Cuenca). El régimen económico que inicialmente se aplicó a la central hidroeléctrica era el contenido en el Real Decreto 661/2007 en el que se establecía una retribución por kilovatio/hora producido.

Este régimen, al margen de otras vicisitudes normativas, se modificó sustancialmente por el Real Decreto Ley 9/2013 que dio una nueva redacción al art. 30 de la ley 54/1997 del Sector Eléctrico que supuso, como señala su propia Exposición de Motivos, una reforma global del sector basada en un nuevo régimen de ingresos y gasto del sistema eléctrico. Este marco normativo, por lo que ahora nos ocupa, se completa con la Ley 24/2013, de 26 de diciembre del Sector Eléctrico.

En la nueva regulación la obtención de una rentabilidad razonable se desplaza desde la retribución por producción a la retribución a la inversión por unidad de potencia instalada. Y para el cálculo de la retribución se toma en consideración una instalación tipo, los ingresos por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción, los costes de explotación medios necesarios para realizar la actividad y el valor de la inversión inicial de la instalación tipo, todo ello para una empresa eficiente y bien gestionada.

La Disposición Final Tercera de la Ley 24/2013 (reiterando lo dispuesto en la Disposición Final Segunda del Real Decreto Ley 9/2013) establece en su apartado primero que <<[...] el Gobierno, a propuesta del Ministro de Industria, Energía y Turismo, aprobará un real decreto de regulación del régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos que tuvieran reconocida retribución primada a la entrada en vigor del citado real decreto-ley>>.

En cumplimiento de esta previsión se dictó el Real Decreto 413/2014 de 6 de junio, por el que se regula la actividad de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, norma que por lo que ahora nos ocupa desarrolla las previsiones contenidas en el Real Decreto Ley 9/2013 y Ley 24/2013. Y como desarrollo del Real Decreto 413/2014 se dictó la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

### **SEGUNDO . Sobre la indebida delegación del Real Decreto en la Orden Ministerial.**

El primer motivo de impugnación cuestiona la nulidad del Real Decreto 413/2014 por lo que denomina "ejecución incompleta" del encargo de desarrollo reglamentario contenido en la Disposición Final Segunda del Real Decreto-Ley 9/2013, reiterado en la Disposición Final Tercera de la Ley 24/2013 de 26 de diciembre, al establecer que <<[...] el Gobierno, a propuesta del Ministro de Industria, Energía y Turismo, aprobará un real decreto de regulación del régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos que tuvieran reconocida retribución primada a la entrada en vigor del citado real decreto-ley>>.

La demanda sostiene que la potestad reglamentaria la ejerce el Gobierno (art. 97 de la Constitución), atribuyéndose al Consejo de Ministros por vía de Real Decreto (art. 5 en relación con el art. 23.1 de la Ley 50/1997) sin que esta potestad reglamentaria pueda ser asumida por una Orden Ministerial que queda circunscrita a las materias propias de su departamento (art. 4 Ley 50/1997), dirigiendo su reproche contra el Real Decreto en su conjunto por entender que no agota el desarrollo reglamentario que le fue encomendado



por la Disposición Final Segunda del Real Decreto- Ley 9/2013 delegando la regulación de los parámetros fundamentales del régimen retributivo (la rentabilidad razonable, inversión estándar, coste estándar e ingresos estándar) en el Ministerio de Industria, a través de una Orden Ministerial. Y por entender que ello vulnera el art. 13 de la Ley 30/1992 que prohíbe la delegación de competencias relativas a la adopción de disposiciones de carácter general.

El Abogado del Estado considera, con carácter previo, que este motivo de impugnación no podría determinar, como pretende el recurrente, la nulidad de la totalidad del Real Decreto 413/2014 sino a la sumo de su Disposición Adicional Segunda, en particular de su apartado cuarto, en el que se permite que por Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo se fijen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo.

Es cierto que el recurso planteado solicita la nulidad de todo el Real Decreto, sin precisar, aquellos preceptos del mismo en los que se aprecia esa indebida remisión pero no lo es menos, que ya en su demanda específica también otros preceptos en los que se produce esa indebida remisión, como es el caso del art. 13.1 para establecer la clasificación de las instalaciones tipo, argumentación que completa en conclusiones considerando que la delegación realizada no es puntual, sino que se produce a lo largo del articulado de dicha norma y en relación a diferentes materias que enumera.

La remisión del Real Decreto en favor de una Orden Ministerial para regular de forma pormenorizada algunos de los aspectos del nuevo régimen retributivo no solo se contiene en la Disposición Adicional Segunda del Decreto 413/2014 sino que produce en otros preceptos de dicha norma tales como: art. 13.1 (para la clasificación de las instalaciones tipo y los criterios que han de tomarse en consideración); art. 17.2 párrafo primero (los valores de retribución a la operación y los tipos de instalación pudiendo establecer el número de horas equivalentes de funcionamiento máximas para las cuales la instalación tiene derecho a percibir la retribución a la operación) art. 21 (respecto al número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo y el umbral de funcionamiento para cada instalación tipo); el art. 21 apartado 5 (correcciones a cuenta de la corrección anual definitiva de los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación); y la Disposición transitoria Primera (equivalencias entre las instalaciones tipo que se definan y la clasificación anteriormente vigente).

Ello determina que no es posible circunscribir la pretensión a un solo precepto del Real Decreto, sino a todos aquellos en los que se produce dicha remisión, aunque ello no determinaría la nulidad del resto de los preceptos del Real Decreto.

El Real Decreto 413/2014 se dicta, en lo que se refiere al régimen retributivo de la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, en virtud de las habilitaciones específicas conferidas al Gobierno por los apartados 4 y 7 de la Ley 24/2013, así como la disposición final segunda del RD-ley 9/2013, que ordena al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, la aprobación de un real decreto que modifique el modelo retributivo de las instalaciones existentes.

En virtud de las indicadas habilitaciones, el RD regula el régimen retributivo específico de las indicadas instalaciones en su Título IV, en el que desarrolla, entre otros aspectos, los términos que lo componen, la retribución a la inversión y la retribución a la operación (artículo 11), que se determinaran mediante las fórmulas matemáticas que se detallan para cada retribución (artículos 16 y 17), con expresión de los períodos regulatorios (artículo 15), la revisión del valor sobre el que girará la rentabilidad razonable (artículo 19), la revisión y modificación de los parámetros retributivos (artículo 20) y las correcciones y ajustes del régimen retributivo (artículos 21 y 22), la retribución de las instalaciones híbridas (artículo 25), el devengo y las liquidaciones (artículos 28 y 29) y las inspecciones, renuncia e incumplimientos (artículos 0 a 34).

Además de la regulación de las anteriores y otras cuestiones sobre el régimen retributivo específico, el artículo 13 del RD encomienda al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, la clasificación de instalaciones tipo o instalaciones estándar, 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 y el cálculo de los parámetros retributivos que indica, necesarios igualmente para la aplicación del régimen retributivo específico. También la disposición adicional segunda del RD 413/2014, que establece el régimen retributivo específico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, que tuvieran reconocida retribución primada a la entrada en vigor del RD-ley 9/2013, se remite a una Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo igualmente de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, para que fije los parámetros retributivos de las instalaciones tipo que sean aplicables a estas instalaciones.

Esta remisión del RD 413/2014 a una Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, encuentra su justificación en el elevado carácter técnico de su contenido, por la clasificación de las instalaciones existentes en más de 1.500 de instalaciones



tipo, y la elaboración de una ficha por cada instalación tipo, que recoge la cuantificación de los diferentes parámetros requeridos por el RD 413/2014 para la aplicación del régimen retributivo específico.

La Orden IET/1045/2014 se limita, en lo que afecta a este recurso, a la clasificación de las instalaciones tipo y al cálculo de los parámetros retributivos de dichas instalaciones, de acuerdo con los criterios prefijados por el RD 413/2014, siendo su contenido por tanto de ejecución y desarrollo puramente técnico de las determinaciones del Real Decreto.

Ello es conforme con la jurisprudencia de este Tribunal que, por lo que se refiere al ámbito propio de regulación de las normas reglamentarias, ha señalado que puede ser perfectamente lícito, en palabras de la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1996 (recurso de casación 873/1993), que el Consejo de Ministros, al promulgar un Reglamento, defiera al Ministerio correspondiente "puntos concretos y de carácter accesorio que no supongan una modificación o alteración sustantiva de aquél, sino simplemente un mero desarrollo objetivo y puntual de las normas reglamentarias". Y el mismo sentido, las sentencias de 19 de febrero de 2013 (recurso 1687/2011) y 27 de junio de 2013 (recurso 3438/2011), han estimado que no incide en un exceso en la colaboración reglamentaria un Real Decreto sobre normas técnicas de valoración catastral, dictado en virtud de habilitación de Ley del Catastro (RDLegislativo 1/20004), por remitirse a órganos especializados para la determinación de cuestiones puntuales, en las que resulta necesario la realización de operaciones complejas, como la fijación de los módulos y coeficientes de valoración, señalando al respecto que <<la colaboración entre la ley y el reglamento no se agota en el primera escalón de la pirámide normativa - Real Decreto-, pudiendo diferirse a escalones inferiores, cuando las peculiaridades del caso, como aquí ocurre sobre las fijación de los criterios, módulos y demás elementos de valoración, requieran de una formulación mucho más precisa, al exigir complejas operaciones técnicas [...]>>.

Por ello no puede considerarse que esta remisión carezca de habilitación y sea contraria al artículo 97 CE.

Por otra parte, tampoco puede considerarse que esa colaboración reglamentaria vulnere el art. 13.b) de la Ley 30/1992, pues ni nos encontramos ante una delegación de competencias en sentido técnico jurídico, al que se refiere dicho precepto, sino ante una remisión de una norma reglamentaria en otra de rango inferior para regular determinados aspectos técnicos y de detalle, ni el Ministro de Industria al dictar la Orden Ministerial está ejerciendo una competencia que antes no ostentase.

### **TERCERO . Nulidad del Real Decreto por extralimitación regulatoria contraria a la Ley 24/2013. Umbral de funcionamiento y umbral mínimo.**

El segundo motivo de impugnación se funda en la pretendida extralimitación regulatoria del Real Decreto en relación con las previsiones contenidas en la Ley 24/2013, que concreta en dos aspectos: el número de horas de funcionamiento (umbral de funcionamiento y umbral mínimo) y el establecimiento de lo que denomina "franquicia" en relación con el ajuste al precio de mercado.

Por lo que respecto a la primera de ellas, los recurrentes consideran que el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio se ha extralimitado respecto a la Ley 24/2013 al establecer el requisito de que las instalaciones deban cumplir un número de horas de funcionamiento (umbral mínimo y umbral de funcionamiento) para poder recibir la totalidad o parte de los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de la instalación tipo, por lo que el establecimiento de este requisito puede terminar que una instalación no perciba la retribución a la que legalmente tiene derecho.

El Abogado del Estado acertadamente señala en su contestación que este motivo de impugnación no determinaría la nulidad de todo el Real Decreto impugnado sino solo la de aquellos preceptos destinados a regular esta materia, en concreto, el umbral de horas de funcionamiento para la percepción de la retribución por inversión, contemplados en los artículos 13.2.f) y g), el art. 21 y la Disposición Adicional Decimoctava.

Hecha esta consideración inicial debe señalarse que el art. 13 del Real Decreto destinado a regular las instalaciones tipo establece en su apartado segundo que <<A cada instalación tipo le corresponderá un conjunto de parámetros retributivos que se calcularán por referencia a la actividad realizada por un empresa eficiente y bien gestionada, que concreten el régimen retributivo específico y permitan la aplicación de mismo a las instalaciones asociadas a dicha instalación tipo>> y entre los parámetros retributivos más relevantes necesarios para la aplicación de dicho régimen retributivo específico menciona, entre otros el "umbral de horas de funcionamiento mínimo" y el "umbral de funcionamiento". Para desarrollar este parámetro retributivo el art. 21 del Real Decreto dispone que <<Los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación cuyo número de horas equivalentes de funcionamiento en dicho año no supere el número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo de la instalación tipo correspondiente, serán reducidos según lo establecido en el presente artículo y serán nulos si no supera el umbral de funcionamiento>>, añadiéndose



más adelante que <<En todo caso el umbral de funcionamiento será inferior al número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo>>.

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

Los recurrentes consideran que ni el Real Decreto-ley 9/2013, en la nueva dada al art. 30.4 de la LSE 1997, ni el artículo 14 de la LSE de 2013, contienen previsión alguna que permita la inclusión de un umbral de funcionamiento como uno de los parámetros determinantes de la retribución específica de cada instalación tipo.

Es cierto que tales normas legales no contienen una referencia expresa a la existencia de un umbral de funcionamiento de las instalaciones tipo, pero ello no implica, en contra del parecer de la parte demandante, que este parámetro sea ajeno al nuevo régimen retributivo previsto en tales leyes.

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

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

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

Argumenta, sin embargo, la parte recurrente que la posibilidad de no alcanzar el umbral fijado puede deberse bien a la voluntad de su titular o a causas ajenas al mismo (por ej: en una empresa hidroeléctrica no se producirá energía eléctrica si el río no tiene suficiente caudal), por lo que si bien la meteorología es un riesgo asumido por las instalaciones renovables, este riesgo empresarial debe asumirse para obtener más o menos ingresos pero no para perder el régimen retributivo específico.

Tampoco ésta objeción puede ser estimada. Y ello porque tal y como afirma la Memoria de Análisis de Impacto Normativo de la Orden IET/1045/2014 <<para el cálculo de las horas de funcionamiento de cada instalación tipo se han tomado como base las horas anuales reales que han realizado las instalaciones, según los datos publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para cada instalación tipo>> y que <<partiendo de esos valores, se han establecido consecuentemente el número de horas de

funcionamiento mínimo, el umbral de funcionamiento y el número de horas de funcionamiento máximas a efectos de percepción de la retribución a la operación>>. De modo que el umbral se fija sobre la base de datos reales e históricos de funcionamiento de cada instalación tipo, esto es, en relación a concretas instalaciones integradas en cada instalación tipo, por lo que las anomalías de funcionamiento apuntadas por la parte recurrente, que necesariamente se han producido en años anteriores, han quedado reflejadas en los datos obtenidos y se han tomado en consideración para fijar tales umbrales y el número mínimo de horas de funcionamiento, sin que la parte aporte prueba alguna que tales umbrales y valores mínimos sean irracionales, arbitrarios o inalcanzables. Y, por otra parte, las situaciones excepcionales en las condiciones meteorológicas que incidan en la producción de energía se compensarán, a medio y largo plazo, con otras más beneficiosas para la misma.

**CUARTO. Sobre la extralimitación del Real Decreto en relación con el precio de mercado y la fijación de "franquicias".**

Finalmente el recurrente también impugna el Real Decreto por entender que incurre en extralimitación respecto de la regulación legal al establecer el precio medio de mercado y un sistema que denomina de "franquicias" que introduce distorsiones en el régimen retributivo.

También en este punto tiene razón el Abogado del Estado cuando circunscribe la posible nulidad por la extralimitación tan solo al art. 22 en donde se recoge el ajuste por desviaciones en el precio del mercado. En dicho precepto se dispone que:

<<1. La estimación del precio de mercado para cada año del semiperiodo regulatorio se calculará como la media aritmética de las cotizaciones de los contratos de futuros anuales correspondientes negociados en el mercado de futuros de electricidad organizado por OMIP durante un periodo de seis meses anterior al inicio del semiperiodo para el que se estima el precio del mercado.

Los seis meses a considerar para la estimación del precio del mercado anterior, serán los últimos que se encuentren disponibles en el momento en que se efectúe la revisión.

Dicha estimación se aprobará mediante orden del Ministro de Industria Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

2. Se establecerán para cada instalación tipo, por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, dos límites superiores denominados LS1 y LS2 siendo LS1 menor que LS2, y dos límites inferiores denominados LI1 y LI2 siendo LI1 mayor que LI2, en torno al precio estimado del mercado que ha sido considerado en el cálculo de los parámetros retributivos.

3. Cuando el precio medio anual del mercado diario e intradiario se encuentre fuera de dichos límites, se generará, en cómputo anual, un saldo positivo o negativo, que se denominará valor de ajuste por desviaciones en el precio del mercado y se calculará, para el año «i» del semiperiodo regulatorio «j», como sigue:

a) En el caso de que el precio medio anual del mercado diario e intradiario haya sido superior a LS2:

$$Vajdmi,j = Nhi,j * 0,5 * (LS1i,j - LS2i,j) + Nhi,j * (LS2i,j - Pmi,j)$$

b) En el caso de que el precio medio anual del mercado diario e intradiario se haya situado entre LS1 y LS2:

$$Vajdmi,j = Nhi,j * 0,5 * (LS1i,j - Pmi,j)$$

c) En el caso de que el precio medio anual del mercado diario e intradiario en el año «i» haya resultado mayor que LI1 y menor que LS1:

$$Vajdmi,j = 0$$

d) En el caso de que el precio medio anual del mercado diario e intradiario en el año «i» se haya situado entre LI1 y LI2:

$$Vajdmi,j = Nhi,j * 0,5 * (LI1i,j - Pmi,j)$$

e) En el caso de que el precio medio anual del mercado diario e intradiario en el año «i» haya sido inferior a LI2:

$$Vajdmi,j = Nhi,j * 0,5 * (LI1i,j - LI2i,j) + Nhi,j * (LI2i,j - Pmi,j)$$

Siendo:

Vajdmi,j: Valor de ajuste por desviaciones en el precio del mercado diario e intradiario en el año «i» del semiperiodo regulatorio «j», expresado en €/MW.

Nhi,j: Número de horas de funcionamiento de la instalación tipo utilizado en el cálculo de los parámetros retributivos de dicha instalación tipo para el año «i» del semiperiodo regulatorio «j», expresado en horas.

Pmi,j: Precio medio anual del mercado diario e intradiario en el año «i» del semiperiodo regulatorio «j», expresado en €/MWh.

4. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia calculará el precio medio anual del mercado diario e intradiario. Dicho cálculo se realizará, para cada año natural, como media aritmética de los precios horarios del mercado diario e intradiario. El valor obtenido se publicará anualmente antes del 30 de enero del siguiente año en la página web del citado organismo.

Para el último año natural de cada semiperiodo regulatorio, el precio medio anual del mercado diario e intradiario se calculará como la media aritmética móvil, de los doce meses anteriores al 1 de octubre, de los precios horarios del mercado diario e intradiario. El valor obtenido se publicará antes del 15 de octubre de dicho año.

5. El valor de ajuste por desviación en el precio del mercado se calculará de forma anual y se compensará durante el resto de la vida útil de la instalación según lo previsto en el anexo VI.

Cuando al finalizar cada semiperiodo regulatorio se proceda a revisar los parámetros retributivos de las instalaciones tipo para el siguiente semiperiodo regulatorio en virtud de lo establecido en el art. 20, se considerarán en el cálculo del valor neto del activo de la instalación tipo, los valores de ajuste por desviación en el precio del mercado de los años anteriores no repercutidos hasta ese momento, según lo establecido en el anexo VI.

6. Al finalizar la vida útil regulatoria de una instalación o en los supuestos de pérdida del régimen retributivo específico, los saldos positivos o negativos de los valores de ajuste por desviación de precio de mercado de aquellos años que no hayan sido repercutidos hasta ese momento según lo previsto en el apartado anterior, serán liquidados por el organismo encargado de la liquidación en las seis liquidaciones posteriores a la finalización de la vida útil regulatoria de dicha instalación o de la fecha de renuncia. Para el periodo en el que no se conozca el precio medio anual del mercado diario e intradiario, la liquidación se realizará en las seis liquidaciones posteriores a la publicación del precio medio anual del mercado diario e intradiario correspondiente. En el último año natural de devengo del régimen retributivo específico, la liquidación del saldo del valor de ajuste por desviación de precio de mercado será proporcional al número de meses en el que le corresponde dicho devengo del régimen retributivo>>.

La demanda nada objeta a que el precio de la electricidad se estime sobre previsiones de futuro y que, por lo tanto, sea necesario adecuarlo a la realidad a posteriori, pero cuestiona dicha norma por entender que introduce graves distorsiones que impiden alcanzar la rentabilidad y recuperación de la inversión en dos aspectos concretos:

a) Al establecer límites a las correcciones. A su juicio, no existe un pleno ajuste al precio de mercado, pues existen unos límites dentro de los cuales no se produce ajuste alguno y otra banda en el que el ajuste solo se produce al 50%. Límites que los fija la Orden Ministerial sin que el Real Decreto indique siquiera los porcentajes de desviación. La existencia de estas bandas u horquillas en las que no se ajusta el precio supone, a juicio de la empresa recurrente, un elemento aleatorio en el que se sustituye el precio cierto, que ya se conoce, por un riesgo que desvirtúa el parámetro de los ingresos, por lo que el precio no es real, vulnerando el artículo 30 de la Ley 54/1997 que establece que los ingresos estándar por la venta de energía generada que se valorara al precio del mercado de producción.

b) Al fijar el precio medio del mercado. Considera que la norma introduce una importante distorsión al utilizar un precio medio anual de mercado, pues al tratarse de un precio medio y no de un precio ponderado en relación con la energía producida tiene el mismo peso el precio de mercado en momentos de poca producción que el de mucha producción.

Por lo que respecta a la primera objeción conviene empezar por descartar que el mecanismo de ajuste encuentra su habilitación legal en la previsión contenida en el art. 14.4.2 de la LSE de 2013, en el que se establece que <<[...] la modificación de los parámetros de retribución se realizará de acuerdo con los siguientes criterios: [...] b) Cada tres años se revisaran para el resto del periodo regulatorio las estimaciones de ingresos por la venta de la energía generada, valorada al precio del mercado de la producción, en función de la evolución de los precios del mercado y las previsiones de horas de funcionamiento.

Así mismo, se ajustaran los parámetros retributivos en función de las desviaciones del precio del mercado respecto de las estimaciones realizadas para el periodo de tres años anterior. El método de ajuste se establecerá reglamentaria y será de aplicación en lo que reste de vida útil de la instalación>>.





La ley preveía expresamente un ajuste de los parámetros retributivos de las desviaciones del precio de mercado estimadas, remitiendo su desarrollo a la norma reglamentaria, en este caso la contemplada en el art. 22 del RD 413/2014 .

El precio de la electricidad se fija de antemano con base en el mercado de futuros, por lo que se trata de un precio especulativo, que ha de ser contrastado con el precio real. El informe de la CNMC de 17 de diciembre de 2013 sobre la propuesta de Real Decreto afirma que dado que los ingresos de mercado empleados se basan en estimaciones se incluye una corrección por si el precio de mercado se desvía de los valores previstos. Pero se fijan dos bandas de variación en torno al precio medio anual del mercado diario e intradiario (una por arriba y otra por abajo), de modo que la corrección solo opera, al alta o la baja, cuando el precio medio sobrepase el límite superior o sea menor que el fijado como límite inferior, aumentando o disminuyendo el valor actualizado neto unitario. Y si se mueve en la banda superior o en la banda inferior pero sin sobrepasarlas la corrección es del 50%. Fuera de estos casos, esto es cuando el precio se mueve entre la banda superior y la inferior, la instalación corre con el riesgo de mercado.

En definitiva, la corrección o ajuste posterior sobre el precio estimado que ha sido considerado en el cálculo de los parámetros retributivos solo se produce cuando la variación supera determinados márgenes respecto del valor del mercado, se modifica en un 50% en otra franja y se desecha cuando la variación es pequeña. Y al finalizar cada semiperiodo regulatorio se procede a revisar los parámetros retributivos de las instalaciones tipo para el siguiente semiperiodo regulatorio considerándose en el cálculo del valor neto del activo de la instalación tipo los valores de ajuste por desviación en el precio del mercado de los años anteriores no repercutidos hasta ese momento.

La razón es obvia, el ajuste sobre el valor del mercado real solo se considera necesario cuando la variación apreciada es relevante, desechando aquellas que por su escasa entidad no se considera necesario recalcular o ajustar. Esta previsión normativa opera en ambos sentidos, tanto cuando la desviación es por defecto (cuando el precio real sea inferior a la estimación en cuyo caso existiría un defecto de retribución) como por exceso (cuando el precio real fuera superior a la estimación, en cuyo caso habría existido un exceso de retribución de la instalación) por lo que los efectos sobre la rentabilidad final en el conjunto de la vida útil de la instalación se neutralizarán y se compensarán las variaciones al alza de unos años con las variaciones a la baja de otros años.

La segunda de las objeciones, relativa a la utilización de una media aritmética de los precios del mercado diario e intradiario para calcular el precio medio anual la "*media aritmética*" (según dispone el art. 22.4 del Real Decreto) se basa en el hecho de haber utilizado un precio medio anual de mercado y no de un precio ponderado en relación con la energía producida. En definitiva, a su juicio, es ilegal fijar el promedio anual, sin ponderación alguna y sin atender al tipo de energía utilizada o la zona de instalación.

Argumenta la parte recurrente que de los datos que se disponen de precios medios ponderados mensuales del mercado diario en España en el año 2014 se desprende que en los primeros meses del año (enero a abril) el precio de la energía es inferior a la media anual, y, sin embargo, es superior entre los meses de mayo a diciembre. De modo que quien produce energía en los meses de mayor precio obtiene la ventaja del diferencial positivo y quien produce en los meses de precio más bajo perderá el diferencial, siendo especialmente sensible la energía hidroeléctrica en el que se produce energía en relación con los periodos de lluvia que suelen ser en invierno y primavera. De modo que los meses de febrero, marzo y abril son los meses de máxima producción el mínimo precio. Y en agosto, septiembre y octubre cuando menos se produce y más se paga, por lo que el precio total cobrado dividido por los megavatios producidos ha sido muy inferior al precio medio anual aplicado para el cálculo de la prima.

La propia Orden evidencia que, en contra del parecer de la recurrente, no se ha tomado en consideración un precio medio de mercado único para todas las tecnologías sino que, tal y como expresa la Exposición de Motivos y en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo de la orden, a estos precios se les han aplicado unos coeficientes de apuntamiento para obtener los precios de mercado eléctrica aplicados a cada tecnología. Y en la Memoria se detalla que los concretos coeficientes de apuntamiento plasmados en la Orden lo han sido asumiendo las observaciones formuladas por la CNMC en su informe de 3 de abril de 2014, con asignación de valores por tipo de tecnología (de cogeneración, solar fotovoltaica, solar termoeléctrica, eólica en tierra, las que utilicen como combustible principal biomasa o biolíquidos o las que utilicen como combustible principal residuos y entre ellas también la tecnología hidroeléctrica (grupos b.4 y b.5 con un coeficiente de 0,9390). De modo que el precio medio unitario es diferente para cada tecnología, pues al precio medio general se le deberá aplicar el coeficiente correspondiente lo que corrige los desequilibrios, afirmándose en la Memoria de la Orden que los coeficientes de apuntamiento utilizados están actualizados y se corresponden "con la media aritmética de los coeficientes observada a lo largo de los mencionados tres años anteriores", lo que implica un ajuste fundado en datos históricos.



Las variaciones de recursos hídricos pueden cambiar, y de hecho lo hacen, en los diferentes meses del año y también en diferentes años, por lo que no es posible tomar como referencia las variaciones experimentadas en un solo año, de hecho el Abogado del Estado cuestiona la utilización del cuadro de valores del año 2014, pues según el informe sobre el sistema eléctrico español la producción hidráulica en el 2014 se ha apartado significativamente de la tendencia histórica, pues ha existido una inusual mayor disponibilidad del recurso en los cuatro primeros meses del año en relación con la media histórica y una inusual menor disposición en los meses de mayo, junio, octubre y diciembre en los que el precio medio es mucho más elevado. Es por ello que la utilización de una media aritmética, basada en datos históricos y con coeficientes de ajuste por tecnologías no puede considerarse arbitraria o carente de objetividad.

Finalmente por lo que respecta a su alegación de que no debería atenderse a un valor medio aritmético sino a una media ponderada por tecnología o incluso por instalación tipo no pasa de ser el criterio de la actora que no puede convertirse en parámetro de legalidad.

#### **QUINTO. Costas.**

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

#### **FALLAMOS**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Que debemos Desestimar el recurso interpuesto por el representante legal de D. Marino , doña Isabel y la entidad DIRECCION000 C.B o contra el Real Decreto 413/2014, sin hacer expresa condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.