

Roj: **STS 2491/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2491**Id Cendoj: **28079130032017100270**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **27/06/2017**Nº de Recurso: **743/2014**Nº de Resolución: **1131/2017**Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de junio de 2017

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo número 743/2014, interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en representación de Financiera Maderera S.A., con la asistencia letrada de D. Fernando Calancha Marzana, contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Financiera Maderera S.A. interpuso recurso contencioso administrativo contra las resoluciones de referencia, mediante escrito presentado el 10 de septiembre de 2014, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 22 de septiembre de 2014, admitió a trámite el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que formulase demanda, lo que verificó por escrito de 10 de noviembre de 2015, en el que alegó los motivos de impugnación que estimó convenientes a su derecho, y solicitó a la sala que dicte sentencia estimatoria con condena en costas a la Administración demandada, declarando:

(i) Con relación al ingreso que la Orden IE/1045/2014 presume obtenido por la venta de la energía térmica:

a) La nulidad del artículo 24.2 párrafo primero del Real Decreto 413/2014 y la retribución específica contenida en el Anexo VIII, en cuanto referido al código IT-01343, en la medida en que contempla otros ingresos de explotación y que, en consecuencia, se ordene a la Administración la aprobación de una retribución específica acorde a tal declaración y que, como consecuencia de lo que precede, se reconozca el derecho de la recurrente a obtener desde el 14 de julio de 2013 la retribución que resulte de tal declaración.

b) Subsidiariamente se anule el artículo 24.2 párrafo segundo del Real Decreto 413/2014, y la retribución específica contenida en el Anexo II y los parámetros retributivos de "Otros ingresos de explotación Canon/ Coste evitado tratamiento" del Anexo VIII, por cuanto adopta el criterio del "coste alternativo" y que, en consecuencia, se ordene a la Administración la aprobación de una retribución específica para el código IT-01343 asignado a las instalaciones de cogeneración de la recurrente acorde a tal declaración, en la que se tomen en consideración los ingresos estándares y reales y que, como consecuencia de lo que precede, se reconozca el derecho de la recurrente a obtener desde el 14 de julio de 2013 la retribución que resulte de tal declaración.



c) Con carácter subsidiario a las dos pretensiones anteriores, declare la nulidad o anule la retribución específica y los parámetros retributivos del código IT-01343 asignado a la instalación de cogeneración de la recurrente, contenidos en los Anexos II y VIII respectivamente de la Orden IET/1045/2014, y que se ordene a la Administración demandada a pasar por tal declaración y a aprobar otros parámetros y otra retribución específica que considere los descuentos de al menos el 25% en la consideración de los ingresos indirectamente procedentes de la producción de calor útil asociado y que, como consecuencia de lo que precede, se reconozca el derecho de la recurrente a obtener desde el 14 de julio de 2013 la retribución que resulte de tal declaración.

(ii) Con relación a la retroactividad propia del modelo retributivo, acumulativamente a que se declare la nulidad del Anexo XIII del Real Decreto 413/2014, así como la retribución específica y los parámetros retributivos de los Anexos II y VIII de la Orden IET/1045/2014 respectivamente, en cuanto referidos a los códigos IT asignados a las instalaciones de cogeneración de la recurrente calculados de acuerdo con dicho anexo, por cuanto realizan una aplicación retroactiva de la Ley y que se ordene a la Administración demandada a pasar por tal declaración y a aprobar otros parámetros y otra retribución específica que permita obtener la rentabilidad de la Obligación del Estado más 300 puntos básicos desde el 14 de julio de 2013 hasta el final de la vida útil regulatoria de la instalación.

(iii) Con relación a la estimación del precio de mercado para el año 2014:

a) Declare la nulidad de la estimación del precio de mercado realizada en el Anexo III.I de la Orden IET/1045/2014 para el período de 1 de enero de 2014 hasta 15 de junio de 2014, como consecuencia de ello la nulidad de la retribución específica contenida en el Anexo II de la misma Orden en cuanto ha considerado dicha estimación de precio de mercado, que se declare que aquella estimación debía haberse efectuado para dicho período de acuerdo con los datos reales disponibles al tiempo de formular la Orden y que, como consecuencia de ello, se reconozca el derecho a que la retribución específica que se debió percibir por la instalación de Cella de la que es titular, durante el año 2014, es la que se corresponde de acuerdo a tal declaración, indemnizándose a la recurrente en la cantidad que en su caso proceda, de acuerdo con las bases de cálculo obrantes en el dictamen pericial aportado a las actuaciones.

b) Subsidiariamente, si se entendiera que el artículo 22 y la disposición adicional primera del Real Decreto 413/2014 imponen, aún para períodos pasados, la obligación de realizar la estimación del precio de mercado, de conformidad a una estimación de los mercados de futuros, declare la nulidad de dicho precepto y el Anexo III.I de la Orden IET/1045/2014 así como la retribución específica y a abonar una indemnización de la forma indicada en el anterior apartado a).

(iv) Con relación a los límites superior e inferior aplicables a la revisión de la retribución específica, declare la nulidad de los artículos 22.2 y 22.3 del Real Decreto 413/2014, por cuanto impone límites superiores e inferiores que impide el reajuste de la retribución específica a las circunstancias reales del mercado.

(v) Con relación a los costes derivados de la sustitución de equipos para que puedan alcanzar la totalidad de la vida útil regulatoria:

a) La nulidad de los Anexos II y VIII del de la Orden IET/1045/2014, en cuanto referidos al código IT-01343 asignado a las instalaciones de cogeneración de la recurrente, por cuanto no han previsto el coste necesario para que los equipos principales de este tipo de instalaciones alcancen la totalidad de la vida útil regulatoria, reconociéndose a tal efecto la retribución específica que corresponde para poder cubrir dichos costes.

b) Si para la estimación de la pretensión fuera precisa la declaración de nulidad del artículo 26 del Real Decreto 413/2014 por considerar que éste impide la obtención de un régimen retributivo específico por los conceptos que en este punto se reclaman, se tenga por impugnado dicho precepto y, previa declaración de su nulidad, declare el derecho a una retribución específica que cubra dichos costes en la forma indicada en el anterior apartado a).

TERCERO.- Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, en el que se opuso a la pretensión de la actora, con las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, y solicitó a la sala que resuelva este proceso por sentencia que desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto, con costas.

CUARTO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos y, tras los escritos de conclusiones de las partes, se señaló para votación y fallo el día 20 de junio de 2017, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

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 contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

De acuerdo con el escrito de demanda, la recurrente, Financiera Maderera S.A. (FINSA), fundada en 1931 como un pequeño aserradero, fabrica en la actualidad una amplia variedad de productos derivados de la madera, y con la finalidad de maximizar la eficiencia de su proceso productivo asoció, como medida competitiva y de ahorro energético y económico, a la instalación industrial sita en Cella (Teruel), una planta de cogeneración para la obtención de calor útil preciso para el proceso de secado de la madera.

La planta de cogeneración tiene una potencia inscrita de 24,9 MW y la autorización de explotación definitiva fue de fecha 14 de diciembre de 2005.

SEGUNDO.- La parte actora fundamentó las pretensiones que deduce en el súplico de la demanda, recogidas en los antecedentes de hecho de esta sentencia, en los siguientes motivos de impugnación.

1) La integración de la cogeneración y la industria en una misma sociedad ha impedido que existan los ingresos por venta de energía térmica que presume la Orden.

2) Nulidad del artículo 24.2, párrafo primero, del Real Decreto 413/2014, por exceder las previsiones literales de la LSE.

3) El criterio del coste evitado contenido en el segundo párrafo del artículo 24.2 del RD 413/2014, resulta contrario al fomento de la eficiencia energética exigido por la Directiva 2012/27/UE y al artículo 14.7.b) de la LSE.

4) Subsidiariamente, la retribución y los parámetros retributivos de los códigos IT de la Orden han obviado la utilización de combustible más eficiente (como es la biomasa) y los descuentos en los ingresos por venta de energía.

5) Retroactividad propia del Real Decreto 413/2014: vulneración del artículo 9.3 de la Constitución.

6) Invalidez del precio **medio** de mercado de la energía eléctrica fijada para 2014: la fijación realizada en la disposición adicional primera, número 3, del Real Decreto 413/2014 y en el Anexo III de la Orden IET/1045/2014 vulnera los artículos 14.4.2º y 14.7 de la LSE y el artículo 22.1 del RD 413/2014.

7) Nulidad de los límites superiores e inferiores al precio de mercado previstos en los artículos 22.2 y 22.3 del Real Decreto 413/2014 por vulneración de los artículos 14.4.2º y 14.7 de la LSE. Subsidiariamente, por conculcar el criterio de rentabilidad de la disposición final tercera, número 3, de la LSE.

8) Necesidad de que el sistema retributivo cubra por **medio** de la retribución a la operación los costes de sustitución de motores y turbinas, de manera que se alcance la totalidad de la vida útil regulatoria.

9) Procede la imposición de costas a la Administración demandada.

TERCERO.- 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 519/2014, 531/2014, 536/2014, 564/2014, 610/2014, 612/2014, 637/2014, 643/2014, 650/2014, 651/2014, 654/2014, 694/2014, 704/2014 y 787/2014.

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 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.

CUARTO.- Alega la parte recurrente en los apartados primero y segundo de su recurso que, en este caso particular, la cogeneración se integra no solo en el proceso industrial, sino también en la misma sociedad o persona jurídica titular de la industria a la que aporta su calor útil, por lo que resulta imposible la venta de energía térmica entre dos ramas de actividad de una misma persona jurídica, y esta realidad ha sido preterida por la Orden de parámetros, al tener en cuenta unos ingresos por venta de energía térmica inexistentes.

En consecuencia, estima la parte recurrente que el artículo 24.2 del RD 413/2014, que establece que para el cálculo de la retribución específica se ha de considerar como ingreso de explotación el importe del calor útil generado, es contrario a los artículos 14.7.b.i) de la LSE y 30.4 de la Ley 54/1997, en la redacción dada por el RD-ley 9/2013, que señalan que, para el cálculo de la retribución específica, se considerarán "los ingresos estándar por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción."

El impugnado artículo 24 del citado Real Decreto establece en sus apartados 2 y 3 lo siguiente:

«2. Para las instalaciones de la categoría a), se tendrá en cuenta para el cálculo del régimen retributivo específico de la instalación tipo, los ingresos estándares indirectamente procedentes de la producción de calor útil asociado.

El cálculo de estos ingresos se realizará valorando el calor útil al coste alternativo de producirlo mediante equipos convencionales que utilizaran el mismo tipo de combustible que la instalación de cogeneración.

3. Para las instalaciones de los grupos b.7 y c.2 reguladas en el artículo 2 se tendrá en cuenta para el cálculo del régimen retributivo específico de la instalación tipo los ingresos o costes evitados estándares que se establezcan por Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo en concepto de valorización y eliminación de residuos.

Para las instalaciones del grupo c.1 reguladas en el artículo 2 se tendrá en cuenta para el cálculo del régimen retributivo específico de la instalación tipo los ingresos estándar que se establezcan por Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo correspondientes a los cánones de eliminación de residuos.»

El Real Decreto 413/2014 incluye estas partidas como "ingresos de explotación", denominación que lleva a la parte recurrente a considerarlos como unos "ingresos" que desbordan el marco legal contemplado en el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico en la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013, dado que en dicho precepto tan solo se contemplan como ingresos a ponderar en la retribución específica los procedentes de la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción.

Lo cierto es que, con independencia de su denominación formal e incluso contable, tales partidas sirven para calcular los costes de explotación de una instalación que conforman el concepto retribución a la operación (Ro) prevista en artículo 11.6.b) del Real Decreto 413/2014 y que se calcula conforme dispone el artículo 17 del propio Real Decreto.

El coste de explotación conforma uno de los parámetros necesarios, según la ley, para calcular la retribución específica, por lo que el desarrollo reglamentario de las partidas que han de tomarse en consideración para calcularlo no excede de la habilitación legal sino que forma parte de la misma. No debe olvidarse que el Real Decreto-Ley 9/2013 establece como límite que "solo se tendrán en cuenta aquellos costes e inversiones que respondan exclusivamente a la actividad de producción de energía eléctrica". De modo que la norma reglamentaria, destinada a desarrollar la previsión legal, está obligada a tomar en consideración tan solo aquellos costes que estén directamente vinculados con la producción de energía eléctrica, excluyendo los que estén desconectados de este fin. Y ello es especialmente relevante en determinadas instalaciones como las de cogeneración -incluidas en la categoría a) según la clasificación del artículo 2 del Real Decreto- pues en ellas los costes de explotación (por ej: combustible, gastos de personal, mantenimiento etc..) no solo sirven para producir energía eléctrica sino también "calor útil" (que pueden vender a una industria vinculada o consumirlo en caso de que la planta de cogeneración y la industria pertenezcan al mismo propietario), sin que sea posible individualizar o separar aquellos costes que están destinados a producir energía eléctrica de los que se destinan a producir calor. Por ello, la norma reglamentaria, en estricto cumplimiento de la previsión legal, descuenta de los costes de explotación de estas instalaciones aquellos que están asociados a la producción de calor útil, y lo hace valorando los ingresos estándares indirectamente procedentes de la producción de calor útil al coste alternativo de producirlo mediante equipos convencionales que utilizan el mismo tipo de combustible que la instalación de cogeneración. Tal previsión no supone, por tanto, incluir un nuevo ingreso no previsto en la ley sino excluir un coste expresamente excluido por ella.



En similares términos, el artículo 24.3 del Real Decreto 413/2014 dispone para determinadas instalaciones que utilizan combustibles biolíquidos producidos a partir de la biomasa (grupo b.7) o residuos domésticos o de otro tipo (grupos c.1 y c.2) la exclusión de los "costes evitados" por valorización y eliminación de residuos o los "ingresos" por los cánones de eliminación de residuos. En estos casos, se trata de descontar aquellos costes que la instalación se evita (no asume) al aprovechar residuos como combustible o los costes por la eliminación de residuos.

En definitiva, el Real Decreto no computa un ingreso diferente al procedente de la venta de energía en el mercado sino que para calcular los costes de explotación deduce aquellas partidas que aminoran los costes en los que incurre la instalación. El Reglamento opera, por tanto, como el complemento indispensable de la ley para asegurar la correcta aplicación y plena efectividad de los parámetros que conforman la retribución específica respetando las bases fijadas por la ley y sin incurrir en eficacia ultra vires.

QUINTO.- El motivo tercero del recurso mantiene que el criterio de coste evitado contenido en el artículo 24.2 del RD 413/2014, que acabamos de examinar, es contrario al fomento de la eficiencia energética, exigido por la Directiva 2012/27/UE y el artículo 14.7.b) de la LSE.

Procede empezar por destacar que el hecho de que las últimas modificaciones legales, y muy especialmente por lo que ahora nos interesa la contenida en el Real Decreto-ley 9/2013, persiga introducir medidas para corregir los desajustes entre los costes del sector eléctrico y los ingresos obtenidos a partir de los precios regulados, no es incompatible sino que coadyuva a garantizar un sistema que permita el fomento de estas tecnológicas con un régimen primado y a la sostenibilidad económica del sistema eléctrico.

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

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

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

SEXTO.- Alega la parte en el motivo cuarto del recurso, con carácter subsidiario, que los parámetros retributivos de las instalaciones tipo definidas en la Orden IET/1045/2014 han obviado la utilización del combustible más eficiente, la biomasa, y los descuentos por venta de calor energía.

En este motivo expresa la parte actora, en primer término, que la Orden impugnada, para calcular los ingresos que presume percibidos por la producción de calor útil, ha partido del coste del combustible preciso para alcanzar las necesidades térmicas de la industria asociada a través de calderas convencionales, sin contemplar otra posibilidad que el empleo de gas y sin tener en cuenta el combustible más accesible como es la biomasa, con un coste (11 € por MWh) muy por debajo del previsto para la IT que acoge la instalación de la parte recurrente.

De acuerdo con el artículo 24.2 del RD 413/2014, el cálculo de estos ingresos se realizará valorando el calor útil al coste alternativo de producirlo mediante equipos convencionales "...que utilizaran el mismo tipo de combustible que la instalación de cogeneración....".

La instalación de la parte recurrente, integrada en la IT-01343, es una instalación que de conformidad con los criterios del artículo 2 del RD se clasifica en el grupo a.1, que acoge a las instalaciones que incluyen una central de cogeneración, y en el subgrupo a.1.1), que engloba a las cogeneraciones que utilicen como combustible el gas natural, siempre que éste suponga al menos el 95 por ciento de la energía primaria utilizada, o al menos



el 65 por ciento de la energía primaria utilizada, cuando el resto provenga de biomasa o biogás de los grupos b.6, b.7 y b.8, siendo los porcentajes de la energía primaria utilizada medidos por el poder calorífico inferior.

La parte recurrente no impugna la anterior clasificación, formada por instalaciones de cogeneración que utilicen como combustible el gas natural. En todo caso, la utilización por la recurrente de gas natural como combustible está reconocido en el dictamen pericial aportado, suscrito por D. Alejandro , que señala que la instalación cuenta con un grupo turbogenerador alimentado a gas natural, formado por una turbina de gas GE, modelo 7LM2500 PE-MG (folio 8 del dictamen), añadiendo que la cogeneración de que se trata utiliza el gas natural como combustible primario, con el consumo en dicho combustible y coste que especifica (páginas 16 y 17 del dictamen).

En definitiva, la tesis de la parte recurrente es que se deben calcular los ingresos por venta de calor útil considerando un combustible diferente al consumido por las instalaciones que se integran en la IT, lo que no es aceptable, pues se trata de determinar el importe equivalente al coste evitado que tendría para el industrial asociado a la cogeneración la producción de ese calor.

Considera en segundo término la demanda que también es arbitraria la presunción de que las instalaciones de cogeneración han ingresado, en concepto de valor útil asociado, el importe equivalente al coste que tendría para el industrial asociado la producción de ese calor con equipos convencionales, porque no tiene en cuenta el descuento en la venta de calor útil que las empresas de cogeneración conceden a los clientes industriales.

El artículo 24.2 del RD 413/2014 dispone que el cálculo del régimen retributivo específico de las instalaciones tipo de cogeneración tendrá en cuenta los ingresos estándares indirectamente procedentes de la producción de calor útil asociado, y el propio precepto añade que el cálculo de estos ingresos *"se realizará valorando el calor útil al coste alternativo de producirlo mediante equipos convencionales que utilizaran el mismo tipo de combustible que la instalación de cogeneración"*, sin incluir ninguna indicación ni referencia sobre el descuento en dicho precio que pretende la parte recurrente.

Esta cuestión igualmente fue planteada por las empresas de cogeneración en el trámite de audiencia del procedimiento de elaboración de la Orden IET, sin que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo aceptara la propuesta de aplicar un descuento al precio del combustible evitado, según explica la Memoria del Análisis del Impacto Normativo (página 51), debido a que *"el calor proporcionado por la cogeneración está sustituyendo a calor que de otra manera debería haber sido producido por el combustible cuya valoración se haría a precio de dicho combustible"*.

El descuento a que se refiere la parte recurrente únicamente podría tener sentido cuando la instalación de cogeneración y la planta industrial pertenezcan a titulares distintos, no cuando exista identidad entre los mismos, como ocurre ahora. En todo caso, el acuerdo de descuento entre el productor de calor útil y el adquirente es un pacto que responde a la voluntad de las partes, pero ajeno al sistema eléctrico, por lo que la opción del RD impugnado de no trasladar ese descuento como coste al sistema eléctrico no puede considerarse irrazonable o arbitraria.

SÉPTIMO.- La parte recurrente considera que el anexo XIII del Real Decreto 413/2014 es nulo, por haber incluido en el cálculo del valor del activo neto de la instalación los ingresos percibidos legítimamente en el pasado, para distraerlos del cálculo de la retribución futura por vía de compensación, incurriendo en retroactividad propia que priva de derechos pasados adquiridos, resulta peyorativa y es inconstitucional.

La sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015 -y las demás antes citadas- examinaron la cuestión de si el Real Decreto-Ley 9/2013 incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución , al derogar de forma expresa el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y al establecer un nuevo régimen retributivo para las instalaciones que estaban acogidas a dicho régimen especial.

Recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional citada que el límite expreso de la retroactividad in peius de las leyes garantizado por el artículo 9.3 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.

La STC 270/2015 (FD 7º) efectúa 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 C.»

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

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

La modificación de la rentabilidad razonable prevista para la vida útil de una instalación incide, sin duda, en situaciones jurídicas creadas antes de la entrada en vigor de dicha norma y que siguen produciendo efectos, pero no implica una retroactividad prohibida, al no afectar a los derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados al patrimonio de los titulares de tales instalaciones, ni sobre situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas. Tan solo afecta al cómputo global de la rentabilidad que tienen derecho a percibir los titulares de estas instalaciones, sin incidencia alguna sobre las cantidades percibidas en el pasado. Lo contrario supondría reconocer el derecho consolidado a percibir una determinada rentabilidad también



para el futuro, negando al legislador la posibilidad de establecer una rentabilidad global distinta para estas instalaciones a lo largo de toda su vida útil que se separase de aquella que ya venían percibiendo. Esta posibilidad implicaría petrificar el régimen retributivo ya existente, lo cual ha sido expresamente rechazado por este Tribunal y por el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas. Es más, este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar en su sentencia de 30 de mayo de 2012 (recurso 59/2011), y se reiteró en la sentencia de 19 de junio de 2012 (recurso 62/2011), que «...el principio de rentabilidad razonable se ha de aplicar, en efecto, a la totalidad de la vida de la instalación, pero no como parece entender la parte en el sentido de que durante toda ella dicho principio garantice la producción de beneficios, sino en el sentido de que se asegure que las inversiones empleadas en la instalación obtengan, en el conjunto de la existencia de la misma, una razonable rentabilidad. Lo cual quiere decir, como es evidente, que la previsión legal de que se asegure una rentabilidad razonable no implica la pervivencia de una determinada prima durante toda la vida de la instalación, pues puede perfectamente ocurrir que dichas inversiones hayan sido ya amortizadas y hayan producido una tal rentabilidad razonable mucho antes del fin de su período de operatividad. En consecuencia, no se deriva del precepto invocado que el régimen económico primado deba perdurar durante toda la vida de la instalación.»

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

OCTAVO.- El motivo sexto de la demanda plantea la invalidez del precio **medio** de mercado de la energía, fijado para 2014 en la disposición adicional primera, número 3, del RD 413/2014 y en el anexo III de la Orden IET/1045/2013, por infracción de los artículos 14.4.2 y 14.7 de la LSE y el artículo 22.1 del RD 413/2014, porque el precio considerado para el año 2014 parte de una estimación, si bien en la fecha de la publicación de la Orden se disponía ya de datos reales, que se habían publicado en el informe de OMIE de junio de 2014.

Como reconoce la parte recurrente, la Orden aplicó la metodología basada en previsiones de ingresos por la venta de la energía generada, establecida en la disposición adicional primera, apartado 3, del RD 413/2014, que establece que:

«La estimación del precio de mercado para cada año del primer semiperíodo regulatorio desde el año 2014 será la media aritmética de las cotizaciones de los contratos de futuros anuales negociados en el mercado de futuros de electricidad organizado por OMIE durante los últimos 6 meses de 2013.»

No estimamos razonable la exigencia de la parte recurrente de considerar la información disponible hasta junio de 2014, cuando la Orden IET impugnada es de fecha 16 de dicho mes, y todo ello sin perjuicio de que el citado artículo 14.4 de la Ley 24/2013 contenga una previsión concreta sobre el ajuste de los parámetros retributivos en función de las desviaciones del precio de mercado respecto de las estimaciones realizadas. En efecto, señala al respecto el artículo 22.5 del RD 413/2014 que *"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."*

NOVENO.- La parte demandante estima, en el apartado séptimo de los Fundamentos de Derecho de carácter sustantivo o de fondo de su demanda, que los límites superiores e inferiores al precio de mercado, previstos en los artículos 22.2 y 22.3 del RD 413/2014, son nulos por vulneración de los artículos 14.4.2 y 14.7 de la LSE y, subsidiariamente, por conculcar el criterio de rentabilidad de la disposición final tercera, número 3, de la LSE.

Esta cuestión la hemos examinado en nuestra sentencia de 15 de junio de 2016 (recurso 496/2014), en la que señalamos que este mecanismo de ajuste encuentra su habilitación legal en la previsión contenida en el art. 14.4.2º de la LSE de 2013, en el que se establece que:

«2º 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 en función 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.

DÉCIMO.- El apartado octavo de la demanda expone la necesidad de que el sistema retributivo cubra por **medio** de la retribución a la operación los costes de sustitución de los motores y turbinas, de manera que se alcance la totalidad de la vida útil regulatoria, pues la Orden IET/1045/2014 concreta la duración de la vida útil regulatoria en 25 años, cuando la parte recurrente estima que la vida de diseño de los motores y turbinas de cogeneración, en términos generales, suele alcanzar entre 10 y 15 años, y subsidiariamente solicita la declaración de nulidad del artículo 26 del RD. 413/2014 por omisión del reconocimiento del derecho a cubrir los costes de estas modificaciones.

Se basa la parte recurrente en el Informe acompañado a su demanda, en el que su autor D. Alejandro afirma que:

«Consideramos en base a nuestra experiencia que las turbinas de cogeneración de CELLA no podrán funcionar durante los 25 años de vida útil regulatoria que se les atribuye en la nueva legislación sin realizar unas labores importantes de mantenimiento correctivo, que afectan a partes esenciales del mismo. Nos referimos a un concepto distinto del de overhaul que son mantenimientos profundos de la instalación para que pueda alcanzar su vida de diseño...»

En primer lugar, debe señalarse que, como se ha repetido en esta sentencia, los parámetros retributivos relativos a los valores de inversión, costes de explotación e ingresos, no se refieren a una concreta y singular instalación, como en este caso pueda ser la instalación de cogeneración de la parte recurrente, sino que recogen valores, costes e ingresos estándar, correspondientes a una empresa eficiente y bien gestionada en función de las instalaciones tipo que se establezcan, lo que significa que no cabe estar a las previsiones sobre la vida útil y las necesidades de mantenimiento de la concreta instalación de cogeneración de la parte recurrente, sino a la vida útil y necesidades de mantenimiento medias recogidas en la instalación tipo asignada.

En relación con las instalaciones de cogeneración, la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, citada por la parte recurrente, señala que:

«Los parámetros económicos más relevantes utilizados para caracterizar las instalaciones tipo asociadas a instalaciones que incluyan una central de cogeneración de alta eficiencia son los siguientes:

- Vida útil regulatoria. Se ha considerado el valor de 25 años, el cual es representativo de la vida de diseño de los equipos principales con las correspondientes actuaciones de mantenimiento preventivo y correctivo así como los overhauls (mantenimiento profundo que se da a los equipos transcurridos un número elevado de horas de funcionamiento para que mantengan sus prestaciones energéticas hasta el final de su vida útil) recomendados por los fabricantes y que garantizan el mantenimiento de las prestaciones energéticas.



- Valor estándar de la inversión inicial. Para la determinación de la inversión inicial se han tenido en consideración las partidas asociadas a equipos principales (turbinas y motores), así como el resto de equipos y sistemas electromecánicos, sistemas de regulación y control, equipos de medida y línea de conexión incluyendo su transporte, instalación y puesta en marcha, junto con la partida de ingeniería y dirección de obra asociadas.»

Además de lo anterior, que cifra en 25 años la vida de diseño de los equipos principales, incluyendo las correspondientes actuaciones tanto de mantenimiento preventivo y correctivo como de mantenimiento profundo, necesarias para que los equipos mantengan sus prestaciones energéticas hasta el final de su vida útil, nos hemos pronunciado precisamente sobre esta cuestión en la sentencia de 5 de abril de 2017, recaída en el recurso 519/2014, en el que intervino la misma asistencia letrada de la parte recurrente que en el presente recurso. En dicha sentencia llegamos a las conclusiones que ahora se indicarán en base a lo señalado en la Memoria de Análisis Normativo de la Orden IET/1045/2014, que acabamos de citar, y al Informe remitido por la CNC a la sala en el indicado recurso.

Las conclusiones sobre este punto de nuestra sentencia de 5 de abril de 2017, que ahora mantenemos por razones de unidad de criterio y seguridad jurídica, fueron las siguientes:

«1. Dentro de los costes de explotación tipificados para las instalaciones tipo de cogeneración contempladas en la Orden IET/1045/2014 basadas en turbinas de gas o motores de combustión interna se han tenido en cuenta los correspondientes costes asociados a las operaciones de 'overhaul' para lograr una vida útil regulatoria a 25 años, tal y como se indica en la Memoria del Análisis Normativo de la Orden IET/1045/2014. Estas operaciones suponen el reemplazo de las partes de las turbinas, motores u otros elementos esenciales de la instalación desgastados o dañados por la operación de los equipos para que dichos equipos continúen su operatividad hasta los 25 años. El enfoque que realiza dicha Orden sobre operaciones de 'overhaul' para alcanzar los 25 años de antigüedad queda refrendado por el Informe de la CNMC CNS/AJ/172/16 titulado 'Información solicitada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el marco del recurso 1/519/2014'; que es lo que aquí hemos tenido en cuenta.

2. Las operaciones de 'overhaul' contempladas en la Orden IET/1045/2014 suponen el reemplazo de turbinas, motores u otros elementos esenciales de la instalación para alcanzar una operatividad de la instalación hasta los 25 años. No hay costes e mantenimiento necesarios para mantener esta operatividad durante estos 25 que no hayan sido contemplados.»

De acuerdo con lo hasta aquí razonado, el recurso contencioso administrativo no puede prosperar.

DECIMOPRIMERO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

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 Financiera Maderera S.A., 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.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso

VOTO PARTICULAR

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR



VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo ordinario 1/743/2014.

PRIMERO .- Sobre el sentido del presente voto particular.

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

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

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

Pese a lo que se arguye en muchos recursos, es preciso recordar que el carácter retroactivo de una norma no la hace necesariamente contraria a derecho. La Constitución, en su artículo 9.3, sólo excluye la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables y, en lo que aquí importa, de aquellas "restrictivas de derechos individuales", locución que el Tribunal Constitucional ha interpretado en reiteradas ocasiones como referida a derechos individuales y, en todo caso, que afecten a derechos consolidados en la esfera jurídica del ciudadano. Nada pues hay que impida, tanto al legislador como al titular de la potestad reglamentaria, dictar normas que afecten a relaciones jurídicas vivas en mayor o menor grado y que, consiguientemente, implican por propia definición un mayor o menor grado de retroactividad, en la medida en que afectan a relaciones que nacieron bajo una regulación y que quedan sometidas a las disposiciones que se dictan con posterioridad.

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

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

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

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



de la energía generada se basaba en la consideración "a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada" de los ingresos derivados de la venta de la misma en el mercado eléctrico, los costes de explotación y el valor standard de la inversión inicial.

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

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

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

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

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

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

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

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

Pues bien, considero que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima debían haber llevado a esta Sala a interpretar la nueva regulación eléctrica y, en particular, el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014, en un sentido estrictamente ajustado a su aplicación sólo a partir de la mencionada fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013. Desdichadamente se ha dado plena prevalencia a consideraciones generales ajenas a la estricta interpretación de las normas en juego, como el interés del sistema eléctrico o la congruencia interior del nuevo sistema -consideraciones que en todo caso sin duda había que tener presentes-, por encima



del interés legítimo de los sujetos del sistema que han operado en el mismo de conformidad con la regulación que el legislador había puesto en marcha y que ha modificado luego de forma drástica. En efecto, el desarrollo que el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014 han hecho del sistema instaurado por el Real Decreto-ley 9/2013 aplica el mismo con una retroactividad de grado máximo que no era exigida por ésta última disposición (pese a que la misma tuviera en cuenta parámetros anteriores a su entrada en vigor) y que, a mi entender, vulnera con claridad los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

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

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

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

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

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

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

Debo reseñar en este voto particular, aunque sea con brevedad, la Sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, seguida por otras con la misma doctrina, por afectar directamente a la temática



discutida en este voto particular. Como es sabido, dicha Sentencia (al igual que el voto particular concurrente) declaró que el Real Decreto-ley que instauraba el nuevo sistema no incurría en retroactividad prohibida ni conculcaba los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

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

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

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

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

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

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

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

"c) Se alega, por último, que la regulación impugnada se limita a establecer los principios del nuevo régimen retributivo de producción de energía eléctrica en régimen especial, cuya concreción se deriva a un ulterior desarrollo reglamentario, disponiéndose expresamente que el real decreto de desarrollo será aplicable desde



la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto-ley, lo que implicaría el establecimiento de una retroactividad incompatible con lo dispuesto en el art. 9.3 CE .

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

El desarrollo reglamentario de este nuevo régimen retributivo, previsto en la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013 y reiterado en la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector eléctrico, se ha llevado a cabo a través del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y con ello ha cesado la aplicación del régimen transitorio previsto en la disposición transitoria tercera . Como ya afirmamos en las SST 96/2014, FJ 3 c) y 183/2014, FJ 2, ,lo sucedido durante estos meses es que las instalaciones existentes han recibido los pagos procedentes de liquidaciones a cuenta del nuevo sistema, emitidas al amparo de ese régimen transitorio. Este fue previsto al objeto de mantener los flujos retributivos de las instalaciones, evitando los perjuicios que hubiera causado la demora en el desarrollo reglamentario. Una vez aprobadas las disposiciones normativas necesarias para la aplicación definitiva del nuevo régimen retributivo, se procederá a practicar una regularización correspondiente por los derechos de cobro o en su caso las obligaciones de pago resultantes de la aplicación del vigente sistema retributivo, con efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, tal y como establece su disposición final segunda ,.

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

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

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



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

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

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

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

Conviene destacar que el Tribunal Constitucional se centra en la queja de que el Real Decreto-ley 9/2013 había establecido tan sólo los principios del nuevo sistema, el cual había sido desarrollado en realidad por el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, que habían aplicado dicho sistema retroactivamente desde la fecha de entrada en vigor del referido Real Decreto-ley. Hay que subrayar, por tanto, que una percepción tan limitada del problema de retroactividad suscitado por la implantación del nuevo modelo retributivo, es muy distinta a la aplicación retroactiva del nuevo sistema que da fundamento al presente voto particular.

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

Y continúa

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

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

Como puede observarse, la posición del Tribunal Constitucional se basa en definitiva en considerar que nos encontramos ante una modificación más del sistema retributivo de las energías renovables, que cuenta con



una finalidad legítima que no podía calificarse de imprevisible ni deja de atender las legítimas expectativas de los operadores económicos.

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

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

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

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

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

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

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

a. Los elementos de la retribución específica.

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

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

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

[...]"

Aunque ciertamente dicho tenor literal puede ser entendido tal como ha hecho el Gobierno, ello no es necesariamente así. En efecto, nada hay que impida interpretar tales parámetros tan solo **en relación con la vida regulatoria posterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley**. Esto es, la expresión "a lo largo de su



vida útil regulatoria" muy bien puede entenderse referida a la vida regulatoria restante en el momento en que habría de comenzar a aplicarse el nuevo sistema retributivo. Y respecto a la inversión inicial contemplada en la letra c), no se comprende bien qué impide entenderla referida a la inversión no amortizada en el momento en que debería comenzar a aplicarse el nuevo modelo.

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

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

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

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

c. La prohibición de reclamación de retribuciones ya percibidas.

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

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

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

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

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

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

SEXTO .- Conclusión.

De conformidad con lo sostenido en el presente voto particular, considero que los recursos dirigidos contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014 en los que se les imputa a dichas disposiciones una retroactividad contraria a derecho por incurrir en la vulneración de los principios de seguridad jurídica y



confianza legítima deberían haber sido estimados en parte en lo relativo a dicha alegación, con independencia de otras quejas y de las particularidades de cada recurso.

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

D. Eduardo Espin Templado

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a. ISABEL PERELLÓ DOMENECH A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N^o 743/2014).

Por **medio** de este voto particular manifiesto mi respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria en dos puntos sustanciales de la controversia suscitada en relación con el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio:

A/ De un lado, no comparto los apartados de la fundamentación jurídica de la sentencia en los que se desestiman las alegaciones de la parte demandante sobre la eficacia la retroactiva del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. En mi opinión, ambas disposiciones deberían haber sido declaradas nulas por incurrir en retroactividad ilícita y en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, en los términos que seguidamente explicaré.

B/ Discrepo asimismo del criterio mayoritario en lo que se refiere a la apreciación de suficiencia de la justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014; pues entiendo que 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. Sin embargo, no desarrollaré aquí este segundo aspecto de discrepancia toda vez que se refiere a una cuestión que en este proceso concreto no ha sido abordada.

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 se proyectaba no "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 de la Ley 24/2013 -.

También son normas con rango de ley - disposiciones transitorias 3ª y derogatoria única del Real Decreto-ley 9/2013 y transitoria 6ª de la Ley 24/2013 - las que vinieron a establecer que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (en nuestro caso, el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo), y que lo recibirían con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el mencionado desarrollo reglamentario.

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

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

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



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

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

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

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

Tales reproches no pueden ser salvados en este caso mediante consideraciones del tipo de las que esta Sala expuso en las sentencias antes citadas, que enjuiciaron las modificaciones normativas 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^a y derogatoria única) como la Ley 24/2013 (disposición transitoria 6^a) dejaron establecido que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, o Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, según los casos); y que recibirían esa retribución con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el desarrollo reglamentario. Sin embargo, es en el Real Decreto 413/2014 donde se materializa y concreta el alcance de aquella previsión legal; y lo hace la norma reglamentaria en términos que resultan vulneradores de los 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, al menos 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.- 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.

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

Isabel Perelló Domenech



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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ