

Tribunal Supremo**TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia num.
1190/2017 de 7 julio**

JUR\2017\187946

IET/1045/2014. -ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BIOGAS (AEBIG)-

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso de Casación 831/2014

Ponente: Excmo Sr. ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**SENTENCIA**

En Madrid, a 7 de julio de 2017

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo núm. 1/831/14, interpuesto por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BIOGAS (AEBIG) representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Fuencisla Martínez Mínguez, con la asistencia letrada de D. Valentín Playá Serra, contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio (RCL 2014, 858 y 1157) , por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones, a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Se ha personado como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO**

La representación procesal de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BIOGAS (AEBIG), mediante escrito con fecha de entrada de 18 de septiembre de 2014, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio (RCL 2014, 858 y 1157) , 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, la cual había sido publicada en el Boletín Oficial del Estado de 20 de junio de 2014. La Sala tuvo por interpuesto el recurso y por personado al recurrente, procediéndose a reclamar el expediente administrativo correspondiente.

Recibido el expediente administrativo, y concedido plazo para formalizar la demanda, la recurrente solicitó ampliación del mismo.

SEGUNDO

.- Recibido la ampliación del expediente administrativo, concedido plazo para formalizar la demanda, que la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BIOGAS (AEBIG) formalizó por escrito en fecha 25 de marzo de 2015, en el que expuso los motivos que luego se expondrán y suplica a la Sala que acuerde:

«dicte en su día Sentencia por la que se declare nula de pleno Derecho la Orden IET/1045/2014 del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, de 16 de junio (RCL 2014, 858 y 1157) , O subsidiariamente se declare:

1. La nulidad de la limitación de horas con derecho a percibir la retribución a la operación (Ro) aplicable al biogás agroindustrial.

2. Que se incremente la retribución a la operación y mantenimiento (Ro), para que compense totalmente los costes reales de acuerdo con las estimaciones del propio PER 2011- 2020, de forma que la suma del precio de venta al mercado y del valor de la retribución a la operación (Ro) se incremente, como mínimo, hasta 90 €/MWh.

3. La nulidad de pleno derecho de la reducción en la retribución a la inversión por efecto de las subvenciones.

4. Que la nulidad de las retenciones a los productores de las cantidades retenidas relativas al período Julio 2013 a Junio 2014».

Solicita se fije la cuantía en indeterminada y el recibimiento del pleito a prueba.

TERCERO

.- Por escrito de 23 de abril de 2015, el Abogado del Estado comunica a esta Sala la existencia de un expediente ante la Comisión Europea de examen preliminar de ayudas del Estado -Nº de asunto SA. 40348.2014 N- y que dicho expediente se ha extendido al régimen de retribución de las energías renovables anterior al vigente, por lo que el Abogado del Estado solicita la suspensión de la tramitación procesal del recurso a resultas de la decisión que en su momento adopte la Comisión Europea, que fue rechazada por la Sala mediante auto de 1 de septiembre de 2015.

El Abogado del Estado interpuso recurso de reposición contra el anterior auto y presentadas las alegaciones de la parte recurrente oponiéndose a la petición de la Administración, esta Sala lo resolvió mediante auto de 6 de octubre de 2015 , en el que acordaba su desestimación y consecuente denegación de suspensión de la tramitación del presente procedimiento.

CUARTO

El Abogado del Estado se opuso a la demanda con su escrito en fecha 12 de mayo de 2015 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia por la que sea inadmitido o, en su defecto y subsidiariamente, desestimado el recurso, con imposición de las costas a la parte recurrente. No considerando necesaria la celebración de vista pública, solicita se formulen conclusiones en el presente procedimiento.

QUINTO

Fijada la cuantía del procedimiento como indeterminada, por auto de 2 de junio de 2016 se acordó no ha lugar al recibimiento del pleito a prueba, sin perjuicio de tener por reproducidos e incorporados a los autos todos los documentos aportados por el demandante con el escrito de demanda, y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concedió por la Sala a la parte actora el plazo de diez días a fin de presentar su escrito de conclusiones sucintas.

SEXTO

Habiendo evacuado la parte demandante el trámite de conclusiones mediante escrito en fecha 23 de junio de 2015, se dió traslado del mismo a la parte demandada para que presentase sus conclusiones y que realizó mediante escrito en fecha 7 de julio de 2015 al que acompaña dos informes (uno general y otro específico de la tecnología propia de las instalaciones del recurrente: Informes sobre Metodología General para la definición de instalaciones tipo de la Orden 1045/2014 (RCL 2014, 858 y 1157) y sobre Metodología para la definición de instalaciones tipo de la Orden 1045/2014 "Área Biogás") que han sido elaborados por el Instituto para la Diversificación y el Ahorro Energético.

SÉPTIMO

La parte recurrente interpuso recurso de reposición contra la providencia de 11 de septiembre de 2015 en la que se daba traslado de los informes presentados por el Abogado del Estado en su demanda y que fue desestimado por la Sala por auto de 20 de octubre de 2015.

OCTAVO

.- Por providencia de 18 de abril de 2016, se acordó oír a las partes sobre la incidencia que pueda tener en el presente procedimiento la sentencia del Tribunal Constitucional STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015 (RTC 2015, 270) . El Abogado del Estado y la parte recurrente formularon sus respectivas alegaciones, quedando las actuaciones concluidas y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

NOVENO

.- Se señaló para votación y fallo el día 4 de julio de 2017, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO****La disposición impugnada y las pretensiones de la recurrente.**

El presente recurso contencioso-administrativo núm. 831/2014 lo interpone la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BIOGAS (AEBIG), contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio (RCL 2014, 858 y 1157) , 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.

La demandante es una entidad fundada en el año 2009 como asociación de empresas, personas e instituciones activas en el sector del biogás agroindustrial (subgrupo b.7.2) en el ámbito nacional y representa, promueve, fomenta y defiende dicho sector como fuente de energía renovable, mejora ambiental y apoyo al desarrollo rural, estableciendo una plataforma de comunicación y colaboración entre los actores a nivel nacional e internacional. Está constituida en la actualidad por 28 empresas relacionadas con el sector del biogás agroindustrial, siendo la asociación más representativa a nivel nacional y la única asociación española federada con la Asociación Europea de Biogás (EBA: European Biogas Association).

La asociación demandante expone en su escrito de demanda que el biogás agroindustrial está clasificado como "instalación de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía

renovables, cogeneración y residuos" en el artículo 2 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio (RCL 2014, 807) , en la Categoría b): "Instalaciones que utilicen como energía primaria alguna de las energías renovables no fósiles". Grupo b.7: "Centrales de generación eléctrica o de cogeneración que utilicen como combustible principal biolíquido producido a partir de la biomasa, entendiéndose como tal el combustible líquido destinado a usos energéticos distintos del transporte e incluyendo el uso para producción de energía eléctrica y la producción de calor y frío, o que utilicen biogás procedente de la digestión anaerobia de cultivos energéticos, de restos agrícolas, de deyecciones ganaderas, de residuos biodegradables de instalaciones industriales, de residuos domésticos y similares o de lodos de depuración de aguas residuales u otros para los cuales sea de aplicación el proceso de digestión anaerobia (tanto individualmente como en codigestión), así como el biogás recuperado en los vertederos controlados. Todo ello en los términos que figuran en el anexo I. Se entenderá como combustible principal aquel combustible que suponga, como mínimo, el 90 por ciento de la energía primaria utilizada, medida por el poder calorífico inferior". Subgrupo b.7.2: "Instalaciones que empleen como combustible principal biolíquidos o el biogás generado en digestores procedente de cultivos energéticos o de restos agrícolas, de deyecciones ganaderas, de residuos biodegradables de instalaciones industriales, de residuos domiciliarios o similares, de lodos de depuración de aguas residuales u otros para los cuales sea de aplicación el proceso de digestión anaerobia, tanto individualmente como en co-digestión. Estas instalaciones podrán abastecerse con hasta un 50 por ciento de energía primaria procedente de biogás de vertederos controlados".

La parte actora en el suplico de la demanda interesa:

Se declare nula de pleno Derecho la Orden IET/1045/2014 del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, de 16 de junio.

O, subsidiariamente, se declare:

1. La nulidad de la limitación de horas con derecho a percibir la retribución a la operación (Ro) aplicable al biogás agroindustrial.
2. Que se incremente la retribución a la operación y mantenimiento (Ro), para que compense totalmente los costes reales de acuerdo con las estimaciones del propio PER 2011- 2020, de forma que la suma del precio de venta al mercado y del valor de la retribución a la operación (Ro) se incremente, como mínimo, hasta 90 €/MWh.
3. La nulidad de pleno derecho de la reducción en la retribución a la inversión por efecto de las subvenciones.
4. Que la nulidad de las retenciones a los productores de las cantidades retenidas relativas al período julio 2013 a junio 2014.

SEGUNDO

Los motivos del recurso.

Para fundamentar tales pretensiones la demandante aduce diversos argumentos que pasamos a resumir:

Primero.- Arbitrariedad y falta de justificación en el establecimiento de los parámetros retributivos en la Orden IET/1045/2014 del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (RCL 2014, 858 y 1157) .

Segundo.- Limitación al número de horas equivalentes de funcionamiento máximo para tener derecho a percibir la retribución a la operación.

Tercero.- Costes de generación eléctrica.

Cuarto.- Tratamiento de la inversión.

Quinto.- Aplicación de los estándares con efecto retroactivo.

Sexto.- Consecuencias de la aplicación de los estándares IET/1045/2014.

Septimo.- Nulidad de pleno derecho de la Orden.

TERCERO

Las causas de inadmisión.

Antes de examinar las cuestiones que plantea la demanda, debemos pronunciarnos sobre las causas de inadmisibilidad del recurso que opone el Abogado del Estado, para quien el recurso es inadmisibile por la falta de legitimación de la actora y el manifiesto defecto legal en el que incurre al pretender la anulación integral de la Orden IET 1045/2014 recurrida, sin plantear ninguna alegación que como tal puede referirse a la integridad de tal disposición y acarrear como consecuencia lógica su anulación completa o -alternativamente- sin impugnar todas y cada una de sus previsiones argumentar en contra de las mismas, como resultaría obligado para plantear una pretensión general de anulación.

Las causas de inadmisión deben ser rechazadas.

En lo que respecta a la falta de legitimación, basta para justificarla el que se trate de empresas dedicadas a la producción de energía eléctrica en régimen especial -lo que no es puesto en duda por el representante de la Administración-, tal circunstancia les legitima para la impugnación de normas que regulan el modelo retributivo en todos sus aspectos, y no sólo de los artículos por los que se les aplica el nuevo régimen.

Igualmente ha de rechazarse el alegado defecto formal por pretender la anulación íntegra de la Orden cuestionada, siendo reiterados los supuestos análogos en los que se ha admitido la impugnación de la citada Orden.

CUARTO

Los precedentes.

Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre la legalidad del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio (RCL 2014, 807) , por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y la aquí cuestionada Orden IET/1045/2014, de 16 de junio (RCL 2014, 858 y 1157) , por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, contestando en buena medida a idénticos o análogos argumentos a los que aquí expone la parte recurrente.

Al ser coincidentes muchas de las cuestiones suscitadas en este recurso con las planteadas por distintos recurrentes en otros procesos seguidos ante esta misma Sala, les daremos respuesta reiterando consideraciones que hemos expuesto en esas otras ocasiones.

Por todas, citaremos las sentencias de esta Sala de fechas 1 de junio de 2016 -recursos núms. 564/2014 , 630/2014 , 650/2014 , 651/2014 , 654/2014 , 787/2014 -, 8 de junio de 2016 - recurso núm.

745/2014 -, 10 de junio de 2016 -recurso núm. 694/2014 -, 20 de junio de 2016 -recurso núm. 428/2014 -, 29 de junio de 2016 -recurso núm. 711/2014 -, 8 de julio de 2016 -recurso núm. 531/2014 -, 11 de julio de 2016 -recurso núm. 510/2014 -, 14 de julio de 2016 -recurso núm. 555/2014 -, 20 de julio de 2016 -recurso núm. 695/2014 -, 21 de julio de 2016 -recurso núm. 648/2014 -, 22 de julio de 2016 -recurso núm. 704/2014 -, 26 de julio de 2016 -recurso núm. 782/2014 -, 22 de septiembre de 2016 -recurso núm. 534/2014 -, 29 de septiembre de 2016 -recurso núm. 523/2014 -, 30 de septiembre de 2016 -recurso núm. 563/2014 -, 6 de octubre de 2016 -recurso núm. 735/2014 -, 14 de noviembre de 2016 -recursos núms. 531/2014 , 545/2014 y 779/2014 -, 16 de noviembre de 2016 -recurso núm. 558/2014 -, 1 de diciembre de 2016 -recursos núms. 575/2014 y 579/2014 -, 5 de diciembre de 2016 - recurso núm. 759/2014 -, 12 de diciembre de 2016 -recurso núm. 777/2014 -, 14 de diciembre de 2016 -recurso núm. 557/2014 -, 19 de diciembre de 2016 -recursos núms. 573/2014 y 577/2014 , 22 de diciembre de 2016 -recurso núm. 581/2014 -, 13 de enero de 2017 -recurso núm. 610/2014 -, 6 de abril de 2017 -recurso núm. 560/2014 -, 4 de mayo de 2017 -recurso núm. 432/2014 -, 11 de mayo de 2017 -recurso núm. 526/2014 - y 19 de mayo de 2017 -recurso núm. 571/2014 -, entre otras, y a lo que en ellas se ha dicho nos ajustamos.

QUINTO

Consideración general.

Conviene empezar por afirmar que ni el Real Decreto 413/2014 (RCL 2014, 807) -al que nos referiremos en la medida que resulte oportuno, sin perjuicio de que el mismo no se impugne expresamente en este recurso-, ni la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/1045/2014 (RCL 2014, 858 y 1157) que lo desarrolla, impugnada en este recurso, crean *ex novo* el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

El nuevo régimen retributivo, que deroga el previsto en el Real Decreto 661/2007 (RCL 2007, 1007 y 1450) , es introducido por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio (RCL 2013, 1092) , 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 (RCL 2013, 1852) , del Sector Eléctrico.

En efecto, fue el Real Decreto-ley 9/2013, que modificó el artículo 30.4 de la Ley 54/1997 (RCL 1997, 2821) , 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, 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).

Este 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, aquí impugnada.

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 de la Orden IET/1045/2014, que se limitan al desarrollo del nuevo régimen retributivo introducido por el Real Decreto-ley 9/2003 y por la Ley 24/2013, y la particular revocación o, más precisamente, derogación del Real Decreto 661/2007, fue establecida de forma expresa por la Disposición derogatoria única, apartado 2, del Real Decreto-ley 9/2013.

SEXTO

Sobre el principio de retroactividad.

Examinamos en primer lugar las alegaciones de la demanda relativas a la vulneración del principio de retroactividad.

La sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015 -y las demás antes citadas- examinaron la cuestión de si el RDL 9/2013 (RCL 2013, 1092) incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE (RCL 1978, 2836) , al derogar de forma expresa el RD 661/2007, de 25 de mayo (RCL 2007, 1007 y 1450) , que regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y al establecer un nuevo régimen retributivo para las instalaciones que estaban acogidas a dicho régimen especial.

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

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

«Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 42/1986, de 10 de abril (RTC 1986, 42) , FJ 3 , y 65/1987, de 21 de mayo (RTC 1987, 65) , 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 (RTC 1987, 99) , 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 (RTC 1987, 126) , 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 (RTC 1988, 227) , 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 ».

El Real Decreto-ley 9/2013 acometió la revisión del marco regulatorio del sistema eléctrico, con diversas disposiciones, entre las que se encontraba la modificación del artículo 30.4 de la Ley 54/1997 (RCL 1997, 2821) , que establece el nuevo régimen retributivo de las hasta entonces denominadas instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, sustituyendo la percepción de una prima por una retribución específica, cuyos principios deja determinados, con habilitación al Gobierno para su desarrollo reglamentario.

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

A su vez la Ley 24/2013, de 26 de diciembre (RCL 2013, 1852) , del Sector Eléctrico, estableció en su artículo 14.4 que los parámetros de retribución de la actividad de producción a partir de fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos, se fijarán teniendo en cuenta las circunstancias que detalla (situación cíclica de la economía, de la demanda eléctrica y de la rentabilidad adecuada), "por periodos regulatorios" que tendrán una vigencia de seis años, con la precisión que añade la Disposición adicional décima de la Ley 24/2013 de que, para las actividades a que nos venimos refiriendo de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, el primer periodo regulatorio se iniciará en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013.

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

Por otra parte, los criterios recogidos en la sentencia de esta Sala de 25 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 8947) (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 (RCL 2010, 2984 , 3290 y RCL 2011, 425) , nos llevan a estimar que el RD ahora impugnado no incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE , pues carece de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, en el sentido de que no anula, ni modifica ni revisa las retribuciones pasadas, percibidas por los titulares de instalaciones de energía renovables bajo la vigencia del régimen del RD 661/2007, sino que el RD impugnado proyecta sus efectos a partir de la entrada en vigor del nuevo régimen retributivo, instaurado por el RD-ley 9/2013, que sustituyó el anterior régimen retributivo.

Es cierto que para el cálculo de la rentabilidad razonable se toman en consideración las retribuciones ya percibidas en el pasado proyectando el nuevo modelo retributivo desde el comienzo del funcionamiento de las instalaciones, pero esta previsión tan solo implica que la rentabilidad razonable que tienen derecho a percibir los titulares de estas instalaciones se calcula sobre toda "su vida útil regulatoria" sin tener que devolver las cantidades ya percibidas en el pasado, como expøndremos 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 (RJ 2012, 7116) (recurso 59/2011) y se reiteró en la sentencia de 19 de junio de 2012 (recurso 62/2011) que «[...] el principio de rentabilidad razonable se ha de aplicar, en efecto, a la totalidad de la vida de la instalación, pero no como parece entender la parte en el sentido de que durante toda ella dicho principio garantice la producción de beneficios, sino en el sentido de que se asegure que las inversiones empleadas en la instalación obtengan, en el conjunto de la existencia de la misma, una razonable rentabilidad. Lo cual quiere decir, como es evidente, que la previsión legal de que se asegure una rentabilidad razonable no implica la pervivencia de una determinada prima durante toda la vida de la instalación, pues puede perfectamente ocurrir que dichas inversiones hayan sido ya amortizadas y hayan producido una tal rentabilidad razonable mucho antes del fin de su período de operatividad. En consecuencia, no se deriva del precepto invocado que el régimen económico primado deba perdurar durante toda la vida de la instalación».

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

El nuevo régimen retributivo establecido por el RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, precisaba de su desarrollo reglamentario que determinase los parámetros concretos para su aplicación efectiva a las distintas instalaciones de producción de energía eléctrica, por lo que la disposición transitoria 3ª del RD-ley 9/2013 previó la aplicación con carácter transitorio de los derogados RD 661/2007 y 1578/2008, hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo, es decir, hasta la aprobación del RD 413/204 y Orden IET/1045/2014 (RCL 2014, 858 y 1157) impugnados en este recurso, de forma que el organismo encargado de la liquidación seguirá abonando hasta dicho momento de aprobación de las disposiciones reglamentarias de desarrollo, con carácter de "pago a cuenta", los conceptos liquidables devengados por las instalaciones con arreglo al régimen anterior.

Por tanto, no debe confundirse, este pago a cuenta previsto en la disposición transitoria 3ª del RD-ley 9/2013 , que está limitado exclusivamente a ese periodo intermedio entre la entrada en vigor del RD-ley (el 14 de julio de 2013), y la aprobación de las normas reglamentarias de desarrollo, con las retribuciones pasadas percibidas bajo la vigencia del RD 661/1997 (RCL 1997, 1328) , que quedaron integradas en el patrimonio de los titulares de las instalaciones de forma definitiva y no resultaron afectadas por el nuevo

régimen retributivo.

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

Finalmente tampoco puede considerarse que en el nuevo régimen retributivo pueda darse el caso de que algunas instalaciones tengan que devolver lo "cobrado de más".

Dicha hipótesis constituiría, sin duda, un supuesto de retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE , al afectar a "derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto", como señalan las SSTC 99/1987 , y otras muchas, entre ellas la STC 270/2015 de constante cita en este recurso, pero esa eventualidad invocada por la demanda no tiene cabida en el nuevo régimen retributivo, porque lo impide de forma expresa la disposición final tercera, apartado 4 , de la Ley 24/2013 , que establece 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 constatare que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad»>> (la rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación, a que se refiere el apartado 3 de la misma disposición final tercera de la Ley 24/2013).

En definitiva, la orden cuestionada no incurre en retroactividad prohibida.

SÉPTIMO

.- Sobre la justificación de la Orden impugnada.

Viene a sostener la recurrente que no existe en el expediente una justificación de dichos parámetros. Entiende que tal falta de justificación determina que sean arbitrarios y que no permitan alcanzar la rentabilidad razonable prevista en el Real Decreto-ley 9/2013 (RCL 2013, 1092) y en la Ley del Sector Eléctrico.

Para dar respuesta a esta alegación ha de partirse de que el nuevo régimen retributivo instaurado se basa en la fijación de unos parámetros estándar que pivotan en torno a una "instalación tipo", separándose así del anterior régimen basado en una retribución por "prima" y una rentabilidad razonable calculada sobre los costes de inversión reales en que se hubiese incurrido, por lo que la utilización de unos valores estándar de la inversión y de los costes estándar de explotación es uno de los pilares en torno al que gira el nuevo sistema retributivo diseñado en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013 (RCL 2013, 1852) por remisión al mismo. Desde esta perspectiva, ningún reproche puede dirigirse a la Orden por el hecho de que utilice tales valores estándar o medios y prescinda de las inversiones reales de cada una de las instalaciones, pues con ello no hace sino cumplir con el mandato legal que se le encomendó, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme

diversidad de instalaciones existentes que se agrupan por criterios homogéneos, elaborarlos partiendo de la premisa de que se trata de una instalación "eficiente y bien gestionada". A tal efecto, el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico, tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2013, ya disponía que el cálculo de la retribución específica debe establecerse en relación con unas instalaciones tipo con referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, tomando en consideración los "ingresos estándar" por la venta de la energía generada valorada al precio de mercado de producción, los "costes estándar de explotación" y el "valor estándar de la inversión inicial".

El problema se centra, por tanto, en determinar si la Administración justificó los criterios y los parámetros utilizados basándose en datos objetivos.

Con carácter general ha de señalarse que el Real Decreto 413/2014 (RCL 2014, 807), tal y como establece el artículo 13, encomienda al Ministro de Industria, Energía y Turismo la labor de fijar, mediante una Orden, la clasificación de las instalaciones tipo atendiendo a la tecnología, potencia instalada, antigüedad, sistema eléctrico y cualquier otra segmentación necesaria para la aplicación de régimen retributivo, y en su artículo 13 indica, a título enunciativo, los parámetros retributivos más relevantes para cada régimen retributivo específico, dedicando los artículos siguientes a fijar los criterios para la clasificación de las instalaciones tipo (artículo 14), la determinación de los periodos regulatorios (artículo 15), los criterios para calcular la retribución a la inversión y la retribución a la operación de la instalación tipo (artículos 16 y 17) y las correcciones de los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación como consecuencia del número de horas equivalentes de funcionamiento de las mismas (artículo 21). De modo que ya en el Real Decreto se contienen unos criterios generales en los que fundar los criterios técnicos y retributivos en los que debería basarse la Orden.

Por otra parte, la exposición de motivos de la Orden IET/1045/2014 (RCL 2014, 858 y 1157) (apartado III) especifica aún más los criterios utilizados para el cálculo de la retribución: a) para la determinación del valor estándar a la inversión menciona los "equipos principales nuevos, así como el resto de equipos y sistemas electromecánicos, de regulación y control, equipos de medida y líneas de conexión, incluyendo sus transporte, instalación y puesta en marcha, junto con la partida de ingeniería y dirección de obras asociadas, entre otras partidas"; b) respecto de los criterios para establecer los costes de explotación asociados a la generación eléctrica para cada tecnología distingue entre costes de explotación variables -enumerando a título enunciativo los costes de seguros, gastos de administración, gastos de representación en el mercado, coste de peaje de acceso a las redes de transporte y distribución...- y los costes fijos de explotación -entre los que cita los costes de alquiler de los terrenos, gastos asociados a la seguridad de las instalaciones y el impuesto sobre bienes inmuebles de características especiales-; c) señala los criterios utilizados para el cálculo de las horas de funcionamiento -las horas anuales que han realizado las instalaciones según los datos publicados por la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia-; d) y finalmente identifica la fuente de la que se obtuvo la estimación del precio de mercado.

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

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

A tal efecto, resulta relevante el contenido del informe sobre la propuesta de la Orden, emitido el 3 de abril de 2014 por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia. En dicho informe, por lo que respecta a los criterios de clasificación de las diferentes instalaciones tipo, se afirma "que el criterio elegido para realizar la clasificación por instalaciones tipo ha sido, con carácter general, el distinguir tantas categorías como circunstancias normativas históricas hayan existido y años hayan transcurrido, pues en la nueva metodología retributiva es relevante la contabilización y descuento de flujos y costes habidos y previstos". Añadiendo que existe un "argumento de peso para haber seguido este criterio" consistente en "ofrecer un tratamiento que se ciña tanto como sea posible a la realidad económica, también dispar, que han vivido las instalaciones". Es más "los parámetros identificados para los ejercicios pasados en la fichas que para cada IT proporciona el anexo VII de la propuesta...responde al promedio calculado de datos históricos, correspondiente a las instalaciones reales que integran cada IT. Es decir, no se trata de estándares teóricos, cuyas características pudieran haberse inferido únicamente de documentación técnica o parámetros constructivos, sino de valores medios reales correspondientes a las instalaciones que integran cada IT". Y sin bien entiende que se producen situaciones puntuales anómalas concluye que "en definitiva, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas, la clasificación empleada es, pese a su complejidad, posiblemente la más objetiva y probablemente también la más robusta; arroja valores esperables cuando una IT engloba un volumen de instalaciones tal que permite alcanzar un grado de representatividad suficiente o bien, cuando aun agrupando un número reducido de instalaciones ..estas son muy parecidas entre sí". No cabe duda, por tanto, que los criterios clasificatorios tomados en consideración por la orden para establecer las diferentes instalaciones tipo están justificados en razones objetivas que son conocidas y, por lo tanto, contrastables permitiendo a la parte discutir la sujeción o no a tales criterios al tiempo de definir la instalación tipo en que su ubica su concreta instalación.

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

Por lo que respecta a los ratios de inversión estándar, en dicho informe se afirma que los reflejados en la propuesta se corresponden con los recopilados de instalaciones reales con motivo de la Circular 3/2005, de 13 de octubre, de la Comisión Nacional de la Energía, basada en la petición de información de inversiones, costes, ingresos y otros parámetros de las instalaciones de producción de electricidad en régimen especial y que se reflejan en los diversos informes públicos que menciona, por lo que también en este punto es posible conocer los datos en los que se funda. Es más, el propio informe, tras efectuar un estudio comparado con los costes medios de inversión referidos a años concretos disponibles, concluye que "los resultados obtenidos de este análisis muestran que los valores de inversión que reconoce la Propuesta son, con carácter general, próximos o superiores en las ITŽs consideradas a los datos disponibles en esta CNM", destacando algunas excepciones.

También resulta relevante a estos efectos analizar la información proporcionada por la memoria de impacto normativo de la Orden, en la que especifican los datos e informes tomados en consideración por tipos de tecnologías y el impacto económico por grupos de tecnologías. Es más, la memoria aclara, en respuesta a las cuestiones planteadas en el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a las alegaciones (más de 600) presentadas por empresas y asociaciones del sector y por las Comunidades Autónomas, las razones que le llevan a aceptar o rechazar las mismas, lo que, en definitiva, implica exteriorizar los criterios o razones tomadas en consideración para aceptar determinados elementos de cuantificación. Sirva como ejemplo el hecho de que dicha memoria afirme que «ha revisado, con carácter general los valores de inversión y el resto de los parámetros retributivos de las instalaciones tipo incluida en los anexos de la orden, especialmente aquellos posibles errores puestos de manifiesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y por los interesados en el trámite de audiencia. Además, se ha mejorado la justificación de determinadas hipótesis que se han considerado en el nuevo modelo retributivo (como la fijación del precio del mercado previsto a futuro).

Por todo ello, no se considera que la Orden carezca de la necesaria motivación o que se desconozcan los elementos tomados en consideración para fijar las distintas variables que conforman los parámetros fundamentales de la retribución específica de las instalaciones tipo.

La anterior conclusión conlleva igualmente la desestimación de las quejas relativa a la rentabilidad de las instalaciones y al concepto de empresa eficiente y bien gestionada. En cuanto a lo primero, porque es una consecuencia directa de la metodología empleada basada en valores medios, lo que puede originar, para ciertas categorías de instalaciones e instalaciones en concreto, en su caso, diferencias en cuanto a la rentabilidad media previstas en la Ley. Y en cuanto al concepto de empresa eficiente y bien gestionada porque no puede afirmarse que se trate de un concepto arbitrario o carente de sentido, sino que responde a una metodología que en si mismo no puede ser calificada de contrario a derecho, como ya se ha justificado.

En definitiva, la parte discrepa de la metodología empleada, pero la misma ha sido ya declarada conforme a derecho en las numerosas sentencias dictadas en los recursos dirigidos contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden que se impugna en este concreto recurso por las razones que se han explicitado en los fundamentos anteriores.

OCTAVO

.- Vulneración del principio de legalidad.

Por otra parte, ya se ha dicho reiteradamente (por todas, sentencias de 30 de mayo de 2017 -recurso núm. 678/2014 - y 16 de junio de 2017 -recurso núm. 681/14 -) cuando se alega que las normas reglamentarias impugnadas incurren en una extralimitación al tomar en consideración las horas de funcionamiento de una instalación, en los términos fijados en el artículo 21 del Real Decreto 413/2014 (RCL 2014, 807) , para reducir o eliminar la retribución, y entiende que ello no responde a la estandarización exigida por el artículo 30.4 de la Ley 54/1997 (RCL 1997, 2821) , del Sector Eléctrico , redactado por el Real Decreto-ley 9/2013 (RCL 2013, 1092) .

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

entre los parámetros retributivos más relevantes necesarios para la aplicación de dicho régimen retributivo específico menciona, el "umbral de horas de funcionamiento mínimo" y el "umbral de funcionamiento".

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

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

Es cierto que las normas con rango de ley antes citadas (artículo 30.4 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico , redactado por el Real Decreto-ley 9/2013, y artículo 14.7 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre (RCL 2013, 1852) , del Sector Eléctrico) no contienen una referencia expresa a la existencia de un umbral de funcionamiento de las instalaciones tipo; pero ello no implica que este parámetro sea ajeno al nuevo régimen retributivo previsto en tales normas legales.

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

En este contexto normativo, la fijación de un número determinado de horas de funcionamiento para la instalación, de cuyo cumplimiento dependa la percepción de la totalidad o parte de los ingresos procedentes del régimen retributivo específico, es conforme con este sistema, ya que de otra manera se estaría percibiendo una retribución prescindiendo del funcionamiento efectivo de la misma. Pero lo que es

más importante, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, esta previsión reglamentaria se encuentra implícita en la ley (artículo 30.4 de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico en la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013) que vincula el cálculo de esta retribución específica a la actividad realizada por "una empresa eficiente y bien gestionada". Este concepto exige, entre otras cosas, que la empresa desarrolle de forma eficiente la actividad por la que recibe la retribución específica, lo que supone un funcionamiento efectivo de dicha instalación en su actividad de producción de energía eléctrica durante un número mínimo de horas de funcionamiento. Así, la fijación de un umbral de funcionamiento debe ponerse en relación con la necesidad de ponderar la mayor o menor eficiencia de la instalación.

Por otra parte, la fijación de este umbral de funcionamiento, en cuanto vinculado con la producción de energía renovable, es conforme con los objetivos marcados por la Directiva 2009/28/CE (LCEur 2009, 780) , que en su artículo 3.3 exige alcanzar una cuota de un 20% como mínimo en la producción de energía procedente de fuentes renovables.

Tampoco puede entenderse que estos umbrales sean ajenos a la fijación de unos parámetros estándar, pues tal y como afirma la Memoria de Análisis de Impacto Normativo de la Orden IET/1045/2014 (RCL 2014, 858 y 1157) , "para el cálculo de las horas de funcionamiento de cada instalación tipo se han tomado como base las horas anuales reales que han realizado las instalaciones, según los datos publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para cada instalación tipo" y que "partiendo de esos valores, se han establecido consecuentemente el número de horas de funcionamiento mínimo, el umbral de funcionamiento y el número de horas de funcionamiento máximas a efectos de percepción de la retribución a la operación". De modo que el umbral se fija sobre la base de datos reales e históricos de funcionamiento de cada instalación tipo, esto es, en relación a concretas instalaciones integradas en cada instalación tipo.

NOVENO

Los informes del IDAE.

Por lo demás, y a pesar de los esfuerzos argumentativos de la recurrente, la Sala ha de ajustarse a lo que reiteradamente viene diciendo y remitirnos a los informes aportados por la Abogacía del Estado elaborados por el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) en junio de 2015 sobre "Introducción y metodología general utilizada para la definición de instalaciones tipo de la Orden IET/1045/2014 (RCL 2014, 858 y 1157) ", de 7 de junio, y "Metodología para la definición de instalaciones tipo de la Orden IET/1045/2014" (Área Biogas), de 17 de junio, aquel general y éste específico de la tecnología propia de las instalaciones de la parte recurrente, que reflejan los trabajos de asistencia técnica, apoyo y colaboración que les fueron requeridos en su día por la Secretaría de Estado de Energía con carácter previo a la aprobación de la Orden IET/1045/2014, en los que se explican de forma detallada los criterios, la metodología y las principales hipótesis utilizada por la Administración para la definición y caracterización de las diferentes instalaciones tipo definidas en el ámbito de la Ley del Sector Eléctrico y en su normativa de desarrollo, así como los datos y documentos utilizados por la Administración para la caracterización y definición de los parámetros técnicos y económicos de las instalaciones tipo definidas en el ámbito de la Ley del Sector Eléctrico y en su normativa de desarrollo. Dichos informes reseñan la colaboración del IDAE en la elaboración de la norma cuestionada, como recoge su "nota de cierre". Y sin que su aportación con el escrito de conclusiones, teniendo en cuenta su fecha y la oportunidad de pronunciarse sobre los mismos en el trámite al efecto conferido, cause indefensión alguna a la recurrente.

DÉCIMO**Conclusión y costas.**

De acuerdo con las consideraciones expresadas en los anteriores fundamentos de derecho, procede desestimar el recurso entablado por la entidad actora contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio (RCL 2014, 858 y 1157) , 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 conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , no procede la imposición de las costas causadas en el presente recurso, al apreciarse que la controversia presentaba serias dudas de derecho.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : 1. **Rechazar las causas de inadmisibilidad** del recurso planteadas por la Administración demandada. 2. **Desestimar** el recurso contencioso-administrativo núm. **1/831/14** , interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BIOGAS (AEBIG)** , contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio (RCL 2014, 858 y 1157) , 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. 3. No hacer expresa imposición de las **costas** procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

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

Así se acuerda y firma.

Luis Maria Diez-Picazo Gimenez Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a Maria Isabel Perello Domenech A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N^o 1/831/2014).

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 la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio (RCL 2014, 858 y 1157) :

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 falta de justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014. En mi opinión, la Orden impugnada debería haber sido declarada nula por incurrir en el defecto que se le reprocha.

B/ Considero, asimismo, que la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, lo mismo que el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio (RCL 2014, 807) , incurre en retroactividad ilícita y vulnera los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. Sin embargo, no desarrollaré aquí estos aspectos de mi discrepancia toda vez que se refieren a cuestiones que en este proceso concreto no han sido abordadas.

PRIMERO.- Centrándome entonces en el aspecto señalado en el apartado A/, considero, en contra del parecer de la mayoría de la Sala, que la Orden IET/1045/2014 carece de toda justificación técnica, al no haber constancia de ningún informe o estudio que sirva de sustento a los parámetros de diversa índole que en dicha Orden se establece.

No pretendo afirmar que la Administración hubiese debido ofrecer una detenida y pormenorizada explicación sobre la concreta cuantía asignada a todos y cada uno de los valores y parámetros que se fijan en la Orden. Ahora bien, partiendo de que la regulación reglamentaria de la retribución de las actividades de destinadas al suministro de energía eléctrica está sujeta a, entre otros, los principios de objetividad, transparencia y no discriminación (artículo 14.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre (RCL 2013, 1852) , del Sector Eléctrico , y antes artículo 15.2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre (RCL 1997, 2821)), entiendo que resultaba plenamente exigible una información razonada, respaldada por los correspondientes estudios o informes, acerca de la procedencia de los datos que se han manejado y de los criterios técnicos seguidos para las fijación de los parámetros, con explicaciones suficientes sobre la razón de ser de los valores estándar en los que se asientan aquellos parámetros.

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

esos ,estudios e informes, a los que de manera genérica e innominada alude; ni, desde luego, en qué lugar del expediente administrativo se encuentran.

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

En fin, no cabe considerar que la ausencia de sustento técnico que se advierte en el expediente administrativo hayan podido quedar suplida o subsanada por los informes del IDAE que la Abogacía del Estado ha aportado en un buen número de los procesos que se tramitan antes esta Sala referidos al Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014. Tratándose de informes elaborados por el IDEA en fechas muy posteriores al Real Decreto y la Orden que aquí se examinan, constituyen en realidad un intento de justificar *a posteriori* los valores y parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014. Pero de acuerdo con la jurisprudencia es claro que no cabe atribuir a esos documentos ninguna virtualidad o eficacia sanadora del defecto señalado, pues, como señala la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2016 (RJ 2016, 415) (recurso contencioso-administrativo 179/2014 , F.Jº 3º) << (...) *la motivación de una disposición administrativa como la impugnada debe proporcionarla la propia disposición, por si misma o por su referencia al expediente administrativo tramitado al efecto, sin que impida o subsane la infracción del principio de transparencia del artículo 15 de la Ley 54/1997 , que hemos apreciado, la posterior explicación o justificación del acto dada por la Administración o por su representante en vía de recurso*>>

SEGUNDO.- En definitiva, por las razones que he expuesto en el apartado anterior considero 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.

Además, la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, debería haber sido declarada nula por incurrir en retroactividad ilícita y en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, en cuanto la regulación que en ella se contiene 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 (RCL 2013, 1092) . Pero, como indiqué al comienzo, el desarrollo argumental de este segundo aspecto de mi discrepancia con la mayoría de la Sala corresponderá hacerlo con ocasión de sentencias en las que se aborden las cuestiones relativas a la retroactividad de la Orden y a la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

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

Maria Isabel Perello Domenech

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia y votos particulares por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.