

**Tribunal Supremo****TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia num.  
1007/2017 de 7 junio**

JUR\2017\141425

**ANEXO III DE LA ORDEN IET/1045/2014, DE 16 DE JUNIO, POR LA QUE SE APRUEBAN LOS PARÁMETROS RETRIBUTIVOS DE LAS INSTALACIONES TIPO APLICABLES A DETERMINADAS INSTALACIONES DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA A PARTIR DE FUENTES DE ENERGÍA RENOVABLES, COGENERACIÓN Y RESIDUOS: HIPÓTESIS CONSIDERADAS EN EL CÁLCULO DE LOS PARÁMETROS RETRIBUTIVOS DEL ANEXO II. PARQUES EÓLICOS DE GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L.**

**Jurisdicción:** Contencioso-Administrativa

Recurso de Casación 441/2014

**Ponente:** Excmo Sr. JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

**SENTENCIA**

En Madrid, a 7 de junio de 2017

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número 1/441/2014 interpuesto por la procuradora doña Pilar Iribarren Cavallé, en representación de la mercantil ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., con asistencia del letrado don Luis Pérez de Ayala, 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. Han sido partes demandadas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado; y las mercantiles IBERDROLA, S.A., representada por el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia y defendida por el letrado don Santiago Martínez Garrido; HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., representada por el procurador don Carlos Mairata Laviña y defendida por el letrado Joaquín Suárez Saro; y E.ON ESPAÑA, S.L.U., representada por la procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves y defendida por la letrada Nuria Encinar Arroyo.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO**

La Procuradora doña Pilar Iribarren Cavallé, en representación de la mercantil ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., interpuso con fecha 8 de julio de 2014, recurso contencioso-administrativo, que se registró con el número 1/427/2014, 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.

### **SEGUNDO**

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

### **TERCERO**

En su escrito de demanda presentado el 22 de julio de 2015, y ampliada por escrito de 20 de abril de 2016, la representación procesal de la mercantil ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L. demandante, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y los concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito, lo admita junto a los documentos a él anexos, y, en su virtud, tenga por formulada DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA contra la Orden Ministerial 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, que desarrolla el RD 413/2014 ( RCL 2014, 807 ) , y, seguidos los trámites oportunos dicte, en su día, sentencia por la que se declare nulo y contrario a derecho el Anexo III de la OM citada, y se emplace a la Administración demandada para que apruebe una nueva regulación en su sustitución.

Por Primer Otrosí pide que se fije la cuantía del presente recurso en indeterminada.

Por Segundo Otrosí interesa el recibimiento del pleito a prueba y fija los puntos de hecho sobre los que versará la misma.

Por Tercer Otrosí solicita trámite de conclusiones. » .

**CUARTO**

Por Decreto de la Secretaria Judicial de 29 de julio de 2015, se acordó, una vez oídas las partes, desestimar el recurso de reposición formulado por la representación procesal de la mercantil ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L. contra la diligencia de ordenación de 8 de julio de 2015, en la que se acuerda unir la documentación solicitada remitida por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, así como el testimonio de la providencia de 26 de junio de 2015, que acuerda la confidencialidad de los DVDs 4 y 5.

**QUINTO**

Interpuesto recurso de revisión por la representación procesal de la mercantil ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L. contra el Decreto de 29 de julio de 2015, la **Sección Tercera** de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 3 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva dice literalmente:

« ESTIMAR EN PARTE el recurso de revisión formulado contra el Decreto de 29 de julio de 2015, en los términos fundamentados, requiriendo a la Administración para que en el plazo de quince días remita una versión no confidencial de dicha información, en los términos señalados en el fundamento jurídico primero de este auto » .

**SEXTO**

El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito presentado el 18 de mayo de 2016, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

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

Por Otrosí, dice que acompaña el documento elaborado por el IDAE sobre Metodología para la definición de instalaciones tipo de la Orden 1045/2014 ( RCL 2014, 858 y 1157) , general y área eólica. » .

**SÉPTIMO**

Por diligencia de ordenación de 24 de junio de 2016, se tiene por caducado el derecho y perdido el trámite de contestación a la demanda a las codemandadas Iberdrola, S.A., Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. y E.On España, S.L.U., al haber transcurrido en exceso el plazo concedido por diligencia de ordenación de 19 de mayo de 2016, sin que hayan presentado escrito alguno.

**OCTAVO**

Por Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de 13 de julio de 2016, se acuerda fijar la cuantía del presente recurso contencioso-administrativo en indeterminada.

**NOVENO**

Por providencia de 13 de julio de 2016, a la vista de la solicitud que se contiene en el escrito de contestación a la demanda de suspensión de este proceso, y subsistiendo la razones que se dieron en la providencia de 11.06.2015 y en el Auto de 17.07.2015, se acordó estar a lo acordado en el citado Auto.

**DÉCIMO**

El 13 de septiembre de 2016, se dictó Auto cuya parte dispositiva dice literalmente:

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

Se admite y declaran pertinentes las pruebas propuestas por la parte actora:

a) Documental pública. Consistente en tener por reproducidos los documentos contenidos en el expediente administrativo que se tiene por reproducido.

b) Pericial: Se admite y declara pertinente la prueba pericial propuesta, informe de PwC de fecha 17 de julio de 2015, teniéndolo por aportado como **documento nº 1**, y para su práctica se **señala el próximo día 29 de septiembre de 2016, a las 13 horas**, debiendo ser citadas las partes y los peritos D. Edemiro, D. Marino, D. Vicente y D. Abelardo, librándose las oportunas cédulas de citación que serán entregadas a la representación procesal de la parte recurrente para la comparecencia de los indicados peritos, quedando citadas las partes a dicho acto con la notificación.

c) Más documental, Se admiten y declaran pertinentes la pruebas, consistentes **documento nº 2** - informe de 14 de noviembre de 2014, elaborado a instancia de la Asociación empresarial Eólica (AEE), por la entidad RBB Economics y **documento nº 3**, consistente en ratificación pericial de los peritos D. Gaspar y Doña Eufrosia, del referido informe realizado en el procedimiento ordinario 456/14 en fecha 24 de junio de 2015., teniendo por aportados y por incorporados los citados documentos.».

**UNDÉCIMO**

Por providencia de 3 de octubre de 2016 se declara terminado y concluso el periodo de proposición y práctica de prueba concedido; unir las las practicadas a los autos; y, no estimándose necesaria la celebración de vista, y conceder al representante procesal del actor el plazo de diez días a fin de que presente escrito de conclusiones sucintas de los hechos por el mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoye, evacuándose dicho trámite por la procuradora doña Pilar Iribarren Cavallé, por escrito

presentado el 19 de octubre de 2016, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, los concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por evacuado el trámite de conclusiones y resuelva de acuerdo con lo solicitado en el escrito de Demanda y ampliación de la Demanda:

- Declarando la nulidad de pleno derecho de los Anexos III y VIII de la Orden IET/1045/2014 ( RCL 2014, 858 y 1157 ) , en la parte que contiene los criterios, parámetros y valores retributivos aplicables a las instalaciones eólicas, y que se ven afectados por los aspectos citados en la demanda, por cuanto los mismos no permiten alcanzar la rentabilidad prevista en 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 y en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre ( RCL 2013, 1852 ) , del Sector Eléctrico,

- Ordenando a la Administración que dicte una nueva Orden Ministerial en la que se fije una retribución superior, tomando en cuenta: (i) las estimaciones de precio de pool que estaban disponibles cuando se aprobó la Orden 1045/2014; (ii) los ingresos realmente obtenidos por los parques de la "convocatoria cero"; (iii) la evolución real de los costes de operación de los parques eólicos, (iv) los ingresos reales recibidos por los productores al optar por la venta a tarifa, y (v) los costes reales de inversión y de operación que corresponden a las instalaciones en las Islas Canarias, todo ello para fijar un marco retributivo que esta vez sí permita alcanzar la rentabilidad legal.

- Condenado a la Administración demandada a pagar las costas del presente procedimiento. » .

#### **DUODÉCIMO**

Por diligencia de ordenación de 24 de octubre de 2016, se acuerda entregar copia del escrito de conclusiones a las partes demandadas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y las mercantiles IBERDROLA, S.A., HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A. y E.ON ESPAÑA, S.L.U.) otorgándose el plazo de diez días para que presenten las suyas. No habiéndose presentado escrito alguno por las representaciones de las mercantiles codemandadas, por diligencia de ordenación de 16 de noviembre de 2016, se les tiene por caducado en dicho trámite. Evacuó dicho trámite el Abogado del Estado en escrito presentado el 7 de noviembre de 2016, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, los concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito con su copia se sirva admitirlo, teniendo por formuladas conclusiones. » .

#### **DECIMOTERCERO**

Por providencia de 25 de noviembre de 2016, se acordó conferir a las partes un plazo común de diez días para que formulen alegaciones acerca de la incidencia que pueda tener sobre las cuestiones

suscitadas en este proceso la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, STC 270/2015, de 17 de diciembre ( RTC 2015, 270 ) , publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 19 de 22 de enero de 2016. Asimismo, dar traslado sobre la procedencia de admitir el documento, notificación a los miembros del Parlamento Europeo petición 2520/2014, presentado por el Abogado del Estado, para que pueda alegar en el mismo plazo lo que estime conveniente sobre los efectos de dicho documento en el objeto de este recurso, evacuándose dicho trámite, con el siguiente resultado:

1º.- El Abogado del Estado en escrito presentado el 2 de diciembre de 2016, expuso las alegaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

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

2º.- La procuradora doña Pilar Iribarren Cavallé, en representación de la mercantil ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L. presentó escrito el 14 de diciembre de 2016, en el que alegó, asimismo, las manifestaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que tenga por presentado el presente escrito, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por evacuado el trámite de alegaciones conferido en relación con la Sentencia 270/2015 del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2015 . » .

Por diligencia de ordenación de 20 de diciembre de 2016 se tiene por caducadas en el trámite de alegaciones conferido por providencia de 25 de noviembre de 2016, a las mercantiles Iberdrola, S.A., Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. y E.On España, S.L.U.

#### **DECIMOCUARTO**

Por providencia de 12 de mayo de 2016, se acuerda, entre otros extremos, conceder a las partes un plazo de cinco días a fin de que puedan alegar lo que a su derecho convenga sobre la procedencia de admitir el documento, notificación a los miembros del Parlamento Europeo petición 2520/2014, presentado por el Abogado del Estado, evacuándose dicho trámite por la representación de la mercantil demandante, por escrito presentado el 16 de enero de 2017, en el que tras efectuar las alegaciones que estimó pertinentes, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado el presente escrito y por formuladas alegaciones al documento aportado a autos por la Administración del Estado consistente en la respuesta del Parlamento Europeo a la petición de ANPIER cuestionando la validez de las reformas operadas desde el año 2010 hasta febrero de 2013 » .

## DECIMOQUINTO

Por providencia de 21 de marzo de 2017, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señala para la votación y fallo de este recurso el día 30 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar el acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO

#### **Sobre el objeto y el planteamiento del recurso contencioso-administrativo.**

El recurso contencioso-administrativo que enjuicamos, interpuesto por la representación procesal de ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L. tiene por objeto la pretensión de que se declare nulo y contrario a derecho el Anexo III de 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.

Se solicita que se emplace a la Administración demandada para que apruebe una nueva regulación en sustitución del Anexo III de la citada Orden ministerial.

Para una adecuada comprensión de la controversia jurídica planteada en el recurso contencioso-administrativo, procede transcribir el contenido del Anexo III de la Orden Ministerial impugnada, que contiene las hipótesis consideradas en el cálculo de los parámetros retributivos del Anexo II:

« 1. Hipótesis de cálculo comunes a todas las tecnologías:

1.1. Evolución anual del precio de mercado, y establecimiento de los límites superiores e inferiores aplicables a los años 2014, 2015 y 2016, así como al año 2013, a partir el 14 de julio.

Para el periodo comprendido entre el 14 de julio y el 31 de diciembre de 2013, se han considerado los precios medios reales del mercado eléctrico diario publicados por la OMIE, con un valor medio para el periodo de 51,29 €/MWh.

Los valores de los precios del mercado eléctrico para los años 2014, 2015 y 2016 han sido calculados para cada uno de esos años como media aritmética (redondeada a dos decimales) de los precios, para periodos de suministro anuales, de los Contratos de Futuros, carga Base, para España, en los días que han estado abiertos a negociación durante el segundo semestre de 2013, de acuerdo con los datos publicados por OMIP. De 2017 en adelante, se ha adoptado la hipótesis de que el precio del mercado eléctrico se mantiene constante en un valor de 52 €/MWh.

Los valores de los precios estimados del mercado y de los límites anuales superiores e inferiores del precio medio anual del mercado diario e intradiario, vigentes durante el primer semiperiodo regulatorio (hasta el 31 de diciembre de 2016), para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 22 del Real Decreto

413/2014, de 6 de junio ( RCL 2014, 807 ) , serán los siguientes:

2014 2015 2016 2017 en adelante

Precio estimado del

Mercado (€/MWh) 48,21 49,52 49,75 52

LS2 (€/MWh) 56,21 57,52 57,75 60

LS1 (€/MWh) 52,21 53,52 53,75 56

LI1 (€/MWh) 44,21 45,52 45,75 48

LI2 (€/MWh) 40,21 41,52 41,75 44

Los valores del precio estimado del mercado utilizado durante la restante vida útil regulatoria de la totalidad de instalaciones tipo definidas a partir de 2017, se corresponden con el valor indicado en la tabla para 2017.

#### 1.2 Coeficientes de apuntamiento tecnológico.

Los precios anteriores se han corregido con unos coeficientes de apuntamiento para obtener los precios de mercado eléctrico aplicables a cada tecnología. En concreto, se han utilizado los coeficientes de apuntamiento tecnológico para 2014 calculados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la información disponible en esa Comisión hasta el 31 de diciembre de 2013, relativa a los años 2011, 2012 y 2013.

Los coeficientes de apuntamiento considerados sobre el precio estimado del mercado, para cada tecnología son los siguientes.

- Tecnologías de cogeneración (grupos a.1 y a.2): 0,9997
- Tecnología solar fotovoltaica (subgrupo b.1.1): 1,0207
- Tecnología solar termoeléctrica (subgrupo b.1.2): 1,0207
- Tecnología eólica en tierra (subgrupo b.2.1): 0,8889
- Tecnologías del grupo b.3: Distinto, en función de la tecnología específica
- Tecnología hidroeléctrica (grupos b.4 y b.5): 0,9390
- Tecnologías que utilicen como combustible principal biomasa o biolíquidos (grupos b.6, b.7 y b.8): 0,9643
- Tecnologías que utilicen como combustible principal residuos (grupos c.1, c.2 y c.3): 0,9997



Respecto al coeficiente de apuntamiento tecnológico para el grupo b.3, al estar formado por tecnologías muy diferentes, se han considerado dos coeficientes de apuntamiento distintos para los dos proyectos singulares que existen: energía de las olas: 0,8800, y energía oceanotérmica: 0,9721.

### 1.3 Valor aplicable para la rentabilidad razonable.

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 ( RCL 2013, 1092 ) , (periodo julio 2003 a junio 2013), de las Obligaciones del Estado a diez años que menciona el apartado 5 de la disposición adicional segunda del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y aplicable a los cálculos de parámetros retributivos para las instalaciones con derecho a la percepción del régimen económico primado, es de 4,398.

Al sumarle a este valor 300 puntos básicos, el valor de rentabilidad razonable aplicable utilizado para el cálculo es de 7,398.

### 1.4 Evolución de los costes de explotación a partir del 2014.

Respecto al valor considerado para cada instalación tipo en 2014, publicado en el anexo VIII, se ha considerado un incremento anual del 1% hasta el final de su vida útil regulatoria, a excepción de aquellas partidas cuya evolución está ya regulada, tales como el coste del peaje de acceso establecido por el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre ( RCL 2010, 3241 ) , por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico y el Real Decreto 1544/2011, de 31 de octubre ( RCL 2011, 2054 y 2534 ) , por el que se establecen los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución que deben satisfacer los productores de energía eléctrica (valor fijo de 0,50 €/MWh), o el Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (IVPEE) que establece la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, con un valor fijo del 7% proporcional a la facturación.

### 1.5 Metodología de cálculo de la retribución a la inversión.

Para estas instalaciones tipo se ha aplicado la metodología de cálculo del valor neto del activo y del coeficiente de ajuste según lo establecido en el Anexo XIII del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

## 2. Hipótesis de cálculo específicas para cada tecnología.

### 2.1 Tecnologías de cogeneración (grupos a.1 y a.2).

- Para cada instalación tipo en las fichas de parámetros característicos que se publican en el anexo VIII, se han calculado los costes e ingresos en función del precio del combustible, costes de explotación, precio de venta de energía eléctrica al sistema, coste evitado de compra de energía eléctrica y coste evitado de combustible por aprovechamiento del calor útil. En todos los cálculos se han considerado las horas brutas anuales equivalentes de funcionamiento en bornes de alternador.

- La retribución a la inversión de las instalaciones tipo del subgrupo a.1.3. se han calculado utilizando las mismas hipótesis de cálculo que las empleadas para la obtención de los parámetros retributivos de las instalaciones tipo de los subgrupos a.1.1. y a.1.2 correspondientes. Estas instalaciones no percibirán retribución a la operación.

#### 2.2 Tecnología solar fotovoltaica (subgrupo b.1.1).

- Horas equivalentes de funcionamiento: A partir de 2014, se considera que todas las instalaciones sufren una pérdida de rendimiento, y por tanto de producción, del 0,50% anual, que empieza a aplicar en 2015.

#### 2.3 Tecnología solar termoeléctrica (subgrupo b.1.2)

- Horas equivalentes de funcionamiento: A partir de 2014, se considera que todas las instalaciones sufren una pérdida de rendimiento, y por tanto de producción, del 0,20% anual, que empieza a aplicar en 2015.

#### 2.4 Tecnología eólica en tierra (subgrupo b.2.1)

- Horas equivalentes de funcionamiento: Consideración de una pérdida acumulada del 0,5% anual a partir del año 16 de su vida útil regulatoria.

- Ingresos por venta de electricidad al Sistema en el mercado en 2013, desde el 14 de julio: Incluye la retribución en concepto de complemento por continuidad frente a huecos de tensión.

- Se consideran los siguientes valores para los costes de desvíos a partir de 2014: 1 €/MWh en 2014, 0,80 €/MWh en 2015 y 0,60 €/MWh de 2016 en adelante, hasta el final de la vida útil regulatoria.

#### 2.5 Tecnología hidroeléctrica (grupos b.4 y b.5)

- La potencia instalada con fecha de puesta en marcha anterior al año 1994 del grupo b.4. (subgrupo b.4.1. y subgrupo b.4.2.) y grupo b.5. (subgrupos b.5.1. y b.5.2.), con régimen económico reconocido primado, se ha incluido toda en este año con la entrada en vigor del Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre ( RCL 1994, 3576 ) , sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, empezando a contar desde este año la vida regulatoria de estas instalaciones.

- Horas equivalentes de funcionamiento: A partir de 2014, se han calculado como la media móvil de los últimos 15 años de acuerdo con el criterio establecido por la Directiva 2009/28/CE ( LCEur 2009, 780 ) .

#### 2.6 Tecnologías que utilicen como combustible principal biomasa o biolíquidos (grupos b.6, b.7 y b.8)

- Grupos b 6 y b 8: Consideración de un incremento anual del coste de precios del combustible del 1% a partir de 2014.

- Grupos b 6 y b 8: Consideración de la evolución del rendimiento neto entre el 19% y el 26%.

- Grupo b.7: Consideración del impuesto de hidrocarburos para biogás a partir de 2013. Aunque el coste de combustible considerado es cero, para el cálculo de los parámetros se ha incluido el correspondiente impuesto de hidrocarburos para biogás igual a 0,65 €/GJ.

- Grupo b.7: Consideración de la evolución del rendimiento neto entre el 28% y el 38%.

2.7 Tecnologías que utilicen como energía primaria residuos con valorización energética (categoría c)

- Coste combustible para los grupos c1 y c2: 0 €/t.

- Grupo c3: incremento coste anual del combustible: 1%.

- Consideración del canon de tratamiento de residuos para las instalaciones del grupo c1 a partir del canon de tratamiento de las zonas afectadas por plantas de este grupo en operación.

- Consideración de los ingresos por tratamiento de residuos para las instalaciones del grupo c2 (excepto gases residuales y licores negros).

- Consideración de los costes evitados para el tratamiento del gas residual en el caso más representativo de las instalaciones de grupo c2 que utilizan gas residual como combustible.

- Incremento anual canon de tratamiento y costes evitados para los grupos c1 y c2 (excepto licores negros): 1%.

- Evolución rendimiento neto para los grupos c1 y c2 (excepto gases residuales y licores negros): entre el 18% y el 20%.

- Evolución rendimiento neto para c2 con gases residuales: entre el 22% y el 24%.

- Licores negros: consideración de la inversión y los costes de operación específicos para la adecuación de los licores negros para la producción de energía eléctrica. » .

La impugnación de la Orden IET/10457/2014, se fundamenta, en primer término, en la alegación de que infringe el mandato contenido 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, que establece que las instalaciones existentes deben alcanzar, según estándares, una rentabilidad razonable del 7,398 %.

Se aduce que la Orden impugnada incluye previsiones que impiden a las plantas generadoras de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables lograr esa ratio, violando así el principio de jerarquía normativa, al no respetar el referido mandato legal.

En la formulación del segundo motivo de impugnación de la Orden IET/1045/2014 se alega que debe declararse la ilegalidad del Anexo III de la mencionado Orden ministerial, porque establece el precio de la electricidad sin tener en cuenta la existencia de datos reales o más recientes, a pesar de que el Ministerio

disponía de datos reales (primer semestre de 2014) o actualizados (segundo semestre de 2014, 2015, 2016 y 2017), lo que revela que no ha desarrollado toda la diligencia que le era exigible en la fijación de los precios.

Se alega, en tercer término, que el Anexo III de la Orden IET/1045/2014 es ilegal, porque el mecanismo de ajuste por desviaciones en el precio del mercado es discriminatorio para las instalaciones tipo con una mayor retribución proveniente del pool.

Como cuarto motivo de impugnación se cuestiona la determinación de los costes de explotación, al no tener en cuenta el IPC ni la mayor tasa de desgaste de aquellas instalaciones con mas años de funcionamiento.

En quinto lugar, se afirma que el Anexo III de la Orden IET/1045/2014 incurre en ilegalidad, porque no prevé una tipología específica para las instalaciones eólicas afectadas por las limitaciones establecidas en el artículo 6 del Real Decreto 1614/2010 ( RCL 2010, 3121 ) .

En sexto lugar, se aduce que debe declararse la ilegalidad el Anexo III de la Orden IET/1045/2014, porque no considera el riesgo asumido por los productores al optar por vender en el libre mercado y no a tarifa regulada bajo el Real Decreto 436/2004 ( RCL 2004, 823 y 972 ) .

En último término, la declaración de ilegalidad del Anexo III de la Orden IET/1045/2014, se sustenta en que no ha previsto una tipología específica para las instalaciones situadas en los territorios insulares.

En el escrito de ampliación de la demanda se denuncia la falta de rigor en el cálculo de los parámetros retributivos y la ausencia de justificación de los criterios adoptados en la Orden IET/1045/2014, singularmente, en relación con las instalaciones eólicas.

## **SEGUNDO**

### **Sobre la improsperabilidad del recurso contencioso-administrativo.**

#### **a) Sobre el motivo de impugnación fundamentado en la falta de justificación de la Orden de parámetros.**

El motivo de impugnación formulado contra la Orden IET/1045/2014 ( RCL 2014, 858 y 1157 ) , basado en la falta de rigor en el cálculo de los parámetros retributivos y en la carencia de justificación de los criterios adoptados en la referida disposición, no puede ser estimado.

Como sostuvimos en la sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2016 (RCA 523/2014 ), 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 ( RCL 2013, 1092 ) 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 prescindir de las inversiones reales de cada una de las instalaciones, pues con ello no hace sino cumplir con el mandato legal que se le encomendó, sustentado en las ideas de aplicar una metodología definida por estándares a la enorme diversidad de instalaciones existentes que se agrupan por criterios homogéneos, elaborarlos partiendo de la premisa de que se trata de una instalación "eficiente y bien gestionada". A tal efecto, el 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".

Bastará, en consecuencia, con determinar, también con carácter general, si al tiempo de elaboración de la Orden se utilizaron criterios objetivos y contrastables en los que fundar los elementos que se tomaron en consideración para fijar la retribución específica en sus variables fundamentales.

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

Pero esta conclusión no puede ser asumida, pues la ausencia de un informe elaborado por una empresa privada externa con el fin de servir de apoyo técnico al órgano administrativo encargado de dictar la norma reglamentaria no es una exigencia procedimental ni su ausencia condiciona la validez de dicha norma. A diferencia de otros informes preceptivos previstos para la elaboración de este tipo de normas reglamentarias, tales informes externos pueden ser solicitados para coadyuvar a la labor técnica

de la Administración, ( artículo 82 de la Ley 30/1992 ( RCL 1992, 2512 , 2775 y RCL 1993, 246) y artículo 24.1.b de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno ) pero son facultativos y no vinculantes ( artículo 83.1 de la ley 30/1992 ). El hecho de que la Administración inicialmente considerase conveniente elaborar un informe de estas características y que posteriormente prescindiese del mismo, tal vez por la conveniencia de aprobar lo antes posible los criterios técnicos que desarrollaban el nuevo régimen retributivo de este sector o por disponer de la información suficiente al respecto, no vicia de nulidad dicha norma, pues su existencia no era preceptiva para su tramitación, siempre que se alcance la conclusión de que la justificación de tales criterios puede obtenerse por otras vías.

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

Con carácter general ha de señalarse que el Real Decreto 413/2014 ( 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 (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 su transporte, instalación y puesta en marcha, junto con la partida de ingeniería y dirección de obras asociadas, entre otras partidas"-; b) respecto de los criterios para establecer los costes de explotación asociados a la generación eléctrica para cada tecnología distingue entre costes de explotación variables -enumerando a título enunciativo los costes de seguros, gastos de administración, gastos de representación en el mercado, coste de peaje de acceso a las redes de transporte y distribución...- y los costes fijos de explotación -entre los que cita los costes de alquiler de terrenos, gastos asociados a la

seguridad de las instalaciones y el impuesto sobre bienes inmuebles de características especiales-; c) señala los criterios utilizados para el cálculo de las horas de funcionamiento -las horas anuales que han realizado las instalaciones según los datos publicados por la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia-; d) y finalmente identifica la fuente de la que se obtuvo la estimación del precio de mercado.

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

**b) Sobre el motivo de impugnación fundamentado en la infracción del principio de jerarquía normativa.**

El motivo de impugnación formulado contra la Orden IET/1045/2014, fundamentado en la alegación de que la Orden infringe el principio de jerarquía normativa al no respetar el mandato legal expresado en el Real Decreto-ley 9/2013, relativo a que las plantas existentes de generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables deben alcanzar, según estándares, una rentabilidad razonable del 7'398 %, no puede ser estimado.

Para ello, como sostuvimos en la sentencia de esta Sala de 29 de junio de 2016 , hemos partido de la premisa de que la disposición final tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , en su apartado 3 fija, en consonancia con lo dispuesto en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 9/2013 , la rentabilidad razonable que tienen derecho a percibir los titulares de instalaciones de producción de energía a partir de fuentes de energía renovables que tenían reservado un régimen económico primado, que se vincula a toda la vida útil regulada de la instalación, así como un límite a la aplicación de dicho régimen retributivo:

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

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

Una consideración general del régimen jurídico y económico de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, establecido en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y

ulteriormente regulado en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, nos permite afirmar:

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

2) El nuevo régimen retributivo, que deroga el previsto en el Real Decreto 661/2007 ( RCL 2007, 1007 y 1450) , fue introducido por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, régimen que es asumido y completado por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

El Real Decreto-ley 9/2013, fue la norma que modificó el artículo 30.4 de la Ley 54/1997 ( 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. Y así se encargó de destacarlo la STC 270/2015 , afirmando que fue el Real Decreto Ley 9/2013 el que *"viene a establecer un nuevo régimen retributivo para determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica"* posteriormente asumido por la Ley 24/2013.

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

La definición de los elementos esenciales de este nuevo sistema retributivo ya se encontraba en el artículo 1 del Real Decreto-ley por el que se modifica el artículo 30.4 de la ley 54//1997 , vinculando la retribución de estas instalaciones a la venta de energía valorada al precio de mercado, estableciendo una retribución específica por unidad de potencia instalada que comprenda los costes de inversión y los costes de explotación de una instalación tipo, aplicando la rentabilidad razonable *"a lo largo de su vida útil regulatoria"* , y especificando que el cálculo de la rentabilidad razonable 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".

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

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

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

**c) Sobre el motivo de impugnación basado en la alegación de que en el Anexo III de la Orden IET/1045/2014 se estiman los precios del pool eléctrico sin tener en cuenta los datos reales o actualizados sobre el precio de la electricidad.**

El motivo de impugnación formulado contra el Anexo III de la Orden IET/1045/2014, en que se cuestiona que se estime el precio de la electricidad a considerar para la determinación de los parámetros retributivos, sin tener en cuenta la existencia de datos reales o más recientes, no puede ser estimado.

En efecto, procede referir que esta Sala ya ha rechazado expresamente esta alegación en la sentencia de 12 de julio de de 2017 (RCA 456/2014 ) en que sostuvimos que la regulación contenida en el Anexo III de la Orden IET/1045/2014, relativa a las estimaciones para le fijación del precio de la electricidad no era errónea, porque se ajusta a lo dispuesto en las previsiones contenidas en la disposición adicional primera del Real Decreto 413/2014 , con la expresión de los siguientes razonamientos jurídicos:

«[...] Pues bien, el alegato no puede ser acogido, pues la determinación del precio de mercado para el primer semestre del año 2014, al que en esencia se refiere la queja, resulta de la aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera y del artículo 22 del Real Decreto 413/2014 . Este último contempla como ha de hacerse la estimación de los precios de mercado en los siguientes términos " *para cada año del semiperíodo regulatorio se calculará como la media aritmética de las cotizaciones de los contratos de futuros anuales correspondientes negociados en el mercado de futuros de electricidad organizado por OMIP durante un periodo de seis meses anterior al inicio del semiperíodo para el que se estima el precio del mercado. Los seis meses a considerar para la estimación del precio del mercado anterior, serán los últimos que se en encuentren disponibles en el momento en que se efectúe la revisión*".

Por otro lado, en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 413/2014 , se afirma 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 OMIP durante los últimos seis meses de 2013*".

En concordancia la Orden IET 1045/2014, se ajusta, pues, a las previsiones del Real Decreto 413/2014 y a su Disposición Adicional Primera que se refiere específicamente al período regulatorio de referencia, que determina la forma de estimación del precio de mercado atendiendo a la media aritmética de las cotizaciones de contratos de futuros, en términos que no cabe tildar de arbitrarios o irrazonables.».

**d) Sobre el motivo de impugnación sustentado en el carácter discriminatorio del mecanismo de ajustes por desviaciones del precio de mercado de la electricidad.**

El motivo de impugnación del Anexo III de la Orden IET/1045/2014, fundamentado en la alegación de que el mecanismo de ajuste por desviación en los precios de mercado comporta un tratamiento discriminatorio para aquellas instalaciones tipo a las que les asigna una mayor remuneración proveniente del pool, que infringe el artículo 14 de la Ley del Sector Eléctrico , en relación con lo dispuesto en el artículo 22 del Real Decreto 413/2014 , no puede ser estimado.

En efecto, esta Sala no comparte la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que la Orden ministerial IET/1045/2014 debe anularse porque no establece límites por desviaciones en los precios del mercado distintos para cada tipología de instalaciones, de

manera que todas ellas tuvieran una exposición de riesgo similar, en cuanto de este modo no se contradice lo dispuesto en el artículo 23 del Real Decreto 413/2014 .

Cabe referir al respecto, que, en la sentencia de esta Sala de 12 de julio de 2016 (RCA 456/2014 ), nos hemos pronunciado sobre la legalidad de los criterios establecidos en el artículo 22 del Real Decreto 413/2014 , en los siguientes términos:

«[...] Cabe indicar no obstante, como ya hemos indicado, que la fijación del precio de dicho semestre se hace en virtud de la Disposición Adicional Primera que no se impugna por la recurrente, que sí objeta el artículo 22 por la supuesta contradicción con el artículo 14.4.2 de la Ley del Sector Eléctrico . No obstante, la dicción de este último precepto que contempla la revisión de las estimaciones de ingresos por la venta de energía generada valorando el precio de mercado de producción no ampara la tesis de la actora, pues dicho precepto se refiere a la revisión y ajustes de la estimación del precio de mercado en función del valor real sin que, en fin, pueda advertirse la contradicción que se denuncia.».

Alega también la Asociación recurrente la vulneración del artículo 14.7.b) de la Ley del Sector Eléctrico , pues, en su tesis «no es dable a las instalaciones eólicas, que se ven privadas de la retribución a la inversión, o de retribución específica, competir en nivel de igualdad con el resto de tecnologías y obtener una rentabilidad razonable».

Alegación que tampoco puede ser acogida. La demanda no llega a concretar cuáles son esas medidas regulatorias del RD 413/2014, que causan la discriminación de las tecnologías eólicas respecto de las de otras tecnologías, ni las medidas que ocasionan la discriminación de las instalaciones eólicas o hidráulicas respecto de las demás instalaciones de producción de energía a partir de fuentes renovables.

Frente a las genéricas alegaciones de infracción de los principios de igualdad y no discriminación, basta señalar que es doctrina reiterada de esta Sala, recogida -entre otras- en sentencias de 30 de marzo de 2012 ( RJ 2012, 5160 ) ( recurso 432/2010), de 12 de abril de 2012 ( recurso 40/2011 ) y 12 de diciembre de 2014 ( RJ 2015, 54 ) , ( recurso 5511/2011 ), que cada tecnología de producción de energía eléctrica, tanto las convencionales como las que utilizan fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, tiene su especificidad propia, pues cada una presenta sus propios rasgos, tecnológicos y económicos, por lo que un tratamiento diferenciado de una de ellas no supone, por si mismo, un trato discriminatorio.

**e) Sobre el motivo de impugnación del Anexo III de la Orden IET/104572014, fundamentado en el incorrecto cálculo de los costes de explotación.**

El motivo de impugnación formulado contra el Anexo III de la Orden IET/1045/2014, fundamentado en la alegación de que se han estimado los costes de explotación sin tener en cuenta el IPC ni la mayor tasa de desgaste de aquellas instalaciones con mas años de funcionamiento, no puede ser estimado.

Cabe referir al respecto, que esta Sala ya ha rechazado en precedentes sentencias que proceda revisar la metodología establecida en la Orden de parámetros para determinar las hipótesis de cálculo de los costes de operación de los parques eólicos.

En la sentencia de esta Sala de 15 de julio de 2016 (RCA 543/2014 ), cuya fundamentación jurídica reproducimos en las sentencias de 14 de noviembre de 2016 (RCA 545/2016 ) y de 26 de mayo de 2017 (RCA 545/2014 ), dijimos:

«[...] También se impugna el Anexo III de la Orden al no contemplar el incremento en los costes de explotación a medida que transcurre la vida de la instalación. Las instalaciones sufren desgastes derivados de su operación y los costes de mantenimiento se incrementan con el tiempo, sin que dicho Anexo ni en el detalle de los costes de las instalaciones tipo se refleje este hecho.

La memoria de impacto normativo respecto de la Orden afirma que se fijan unos costes de explotación variables, que incluyen diversos costes (costes, de seguros, gastos de administración y los costes de mantenimiento tanto preventivo como correctivo, entre otros) por lo que sí están incluidos los costes de mantenimiento de las instalaciones. La modificación de los costes de explotación esta prevista en el art. 19 del Real Decreto 413/2014 al disponer que <<al finalizar cada periodo regulatorio se podrán revisar el resto de los parámetros retributivos (en donde se incluyesen los costes de explotación) mediante Orden del Ministro de Industria y Energía y Turismo>> por lo que no es posible sostener que no se acomodarán los costes de mantenimiento, que, por otra parte, se han fijado, tal y como hemos señalado, anteriormente para cada instalación tipo que se definen, entre otros criterios, por la antigüedad de las instalaciones.

Se desestima esta alegación.

f) Sobre la valoración de los ingresos percibidos por las instalaciones y el precio de mercado.

Se reprocha que la Orden atribuya a cada instalación tipo un valor relativo a los ingresos percibidos que resulta de aplicación a todas y cada una de las instalaciones concretas que se incluyan en dicha IT, con independencia de los ingresos reales que efectivamente haya obtenido hasta ese momento y obtenga en el futuro mediante la venta de su energía en el mercado eléctrico. Dichos ingresos, a efectos del cálculo de la retribución a la inversión, coinciden con los de la instalación tipo asignada en función de la fecha del acta de puesta en marcha y se aplica un coeficiente por tecnología para tener en cuenta que la media del precio de venta de la instalación tipo será inferior al precio medio del mercado (coeficiente de apuntamiento) y unos límites en los valores de ajuste que reducen la cantidad que recuperará la instalación por este concepto. Tales puntos de partida, son a juicio de a parte recurrente, absolutamente inmotivados y contradicen la realidad.

Considera que el coeficiente de apuntamiento es el cociente entre el precio medio al que la teórica

instalación tipo vendería su energía dividido por el precio medio de mercado, pero este valor solo se puede calcular a posteriori y será diferente para cada instalación y para cada año. En consecuencia los valores de ingresos dispuestos para cada una de las IT no se ajustan a la verdadera realidad de lo percibido y, por lo tanto, resultan arbitrarios.

Por ello entiende que la media aritmética anual del precio marginal del mercado no es el precio medio al que vende la instalación a mercado y es siempre mayor que el precio medio anual efectivamente percibido por los parques eólicos y las centrales hidroeléctricas, solo deberían utilizar los ingresos que se obtienen en su explotación.

Para dar respuesta a alegación es preciso afirmar que el coeficiente de apuntamiento tecnológico se ha fijado, según expresa la memoria de impacto en relación con la tecnología hidráulica, de acuerdo con lo establecido en el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en relación con las instalaciones tipo y se establece la metodología de actualización de la retribución a la operación tomando los valores de coeficiente de apuntamiento actualizados para el 2014 según consta en su informe de 3 de abril de 2013 y que se calcularon con la información disponible de la Comisión hasta el 31 de diciembre de 2013, correspondientes a la media observada a lo largo de los tres años anteriores.

Por otra parte no es posible pretender, como se deduce de su alegación, que el esquema retributivo no gire en torno a una instalación tipo o estándar sino a los costes o ingreso de cada instalación concreta, pues ello es contrario al sistema diseñado, el cual ya sido analizado y considerado conforme a derecho en su conjunto a lo largo de los razonamientos de esta resolución.».

Procede añadir que en este proceso se cuestiona la Orden de parámetros, con la aportación de un Informe pericial, elaborado por la Consultora PWC el 17 de julio de 2016, por no tener en cuenta la realidad de la evolución de los costes de operación, por no incluir los costes de operación y mantenimiento ni la actualización del IPC, porque sus consideraciones no resultan convincentes para demostrar la irrazonabilidad o arbitrariedad en la determinación de la hipótesis de cálculo de los parámetros retributivos en razón de los sólidos argumentos expuestos por el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda.

**f) Sobre el motivo de impugnación del Anexo III de la Orden IET/104572014, basado en la falta de previsión de una tipología específica para las instalaciones eólicas afectadas por el Real Decreto 1614/2010 ( RCL 2010, 3121 ) .**

El motivo de impugnación formulado contra el Anexo III de la Orden IET/1045/2014, basado en el argumento de que no prevé una tipología específica para las instalaciones eólicas afectadas por las limitaciones establecidas en el artículo 6 del Real Decreto 1614/2010 , no puede ser estimado.

En efecto, esta Sala ya ha rechazado en la sentencia de 13 de junio de 2016 (RCA 624/2014), que proceda la declaración de nulidad de la Orden IET/1045/2014, por no prever una instalación tipo propia para aquellas instalaciones eólicas afectadas por las limitaciones establecidas en el artículo 6 del Real Decreto 1614/2010, con la expresión de las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] La alegación de la entidad recurrente no puede ser estimada. Tal como explica la propia entidad actora, el artículo 6 del Real Decreto 1614/2010 dio una nueva oportunidad de incorporarse al régimen entonces vigente establecido por el Real Decreto 661/2007, con posteriores modificaciones, a aquellas instalaciones eólicas que hubieran obtenido el acta de puesta en servicio, provisional o definitiva, con anterioridad al 1 de mayo de 2010 y que no hubieran sido inscritas hasta el momento de entrada en vigor del propio Real Decreto 1614/2010 en el registro de preasignación de retribución.

Como es sabido, el Real Decreto-ley 6/2009 (RCL 2009, 949 y 1147) creó, en su artículo 4, el registro de preasignación de retribución para las instalaciones de régimen especial, y en su disposición transitoria cuarta abrió un plazo para que las instalaciones que a la entrada en vigor del propio Decreto-ley cumpliesen los requisitos exigidos pudiesen optar a inscribirse en dicho registro. Pues bien, tal como recuerda la entidad actora, determinadas instalaciones eólicas no pudieron inscribirse en dicho momento por no cumplir la totalidad de los requisitos contemplados en el artículo 4 del referido Real Decreto -ley y lo que hizo el Real Decreto 1614/2010 fue abrir una nueva ocasión de hacerlo, aun con algunas modulaciones sobre el régimen aplicable.

El artículo 6 del Real Decreto 1614/2010 prevé lo siguiente:

*"Artículo 6. Convocatoria de preasignación de retribución para instalaciones de tecnología eólica que hubieran obtenido el acta de puesta en servicio con anterioridad al 1 de mayo de 2010 .*

1. Tendrán derecho al régimen económico regulado en este artículo, las instalaciones eólicas que hubieran obtenido el acta de puesta en servicio provisional o definitiva con anterioridad al 1 de mayo de 2010, y que no hubieran sido inscritas, hasta el momento de la entrada en vigor del presente real decreto en el Registro de preasignación de retribución al amparo de la disposición transitoria cuarta del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, hasta alcanzar una potencia de 300 MW.

Para ello, los titulares de las citadas instalaciones deberán solicitar de la Dirección General de Política Energética y Minas que se complete su inscripción en el Registro de preasignación de retribución, aportando los documentos adjuntando los documentos justificativos del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 4.3 del Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril .

La cobertura de este objetivo adicional de potencia de 300 MW se hará por exceso, inscribiéndose las instalaciones en el Registro de preasignación de retribución cronológicamente en función de la fecha más

antigua del acta de puesta en servicio, provisional o definitiva, siendo la última solicitud aceptada aquella cuya no consideración supondría la no cobertura de dicho objetivo adicional de potencia. En caso de igualdad de varias instalaciones, como resultado de la aplicación del criterio de prioridad citado, la preferencia entre aquellas vendrá determinada, por este orden, por la fecha de la autorización administrativa, la de licencia de obras y la de depósito del aval regulado en el apartado i del artículo 4.3 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, considerando mejor la fecha más antigua. Si, no obstante, se mantuviese la igualdad, tendrá preferencia el proyecto de instalación de menor potencia.

2. Las instalaciones a las que se refiere el apartado anterior, podrán optar por una de las dos opciones siguientes, debiendo solicitarlo, en el plazo máximo de dos meses desde la entrada en vigor del presente real decreto:

a) Vender la energía neta producida percibiendo por ello la retribución del mercado de producción hasta el 31 de diciembre de 2011, y a partir del 1 de enero de 2012, vender su energía de acuerdo con la opción a) del artículo 24.1 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, percibiendo, por la energía vendida, la retribución fijada en dicho Real Decreto 661/2007.

b) Vender la energía neta producida percibiendo por ello la retribución del mercado de producción hasta el 31 de diciembre de 2012, y a partir del 1 de enero de 2013, vender su energía de acuerdo con la opción b) del artículo 24.1 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, percibiendo, por la energía vendida, la retribución fijada en el artículo 5.2 del presente real decreto.

3. El cómputo de plazo durante el cual la instalación tendrá derecho a prima o prima equivalente, se realizará desde la fecha de comienzo de la percepción de prima o prima equivalente, según corresponda.

4. En el caso en el que el operador del sistema deba restringir la producción de energía eléctrica de instalaciones de tecnología eólica por razones de seguridad del sistema, las instalaciones a las que se refiere este artículo serán restringidas de forma prioritaria."

Como puede comprobarse, el apartado dos abre dos posibilidades, a decidir por las propias instalaciones, según deseen incorporarse al sistema primado el 1 de enero de 2012 o de 2013. Hasta esa fecha percibirían únicamente la retribución correspondiente a la venta de energía en el mercado y a partir de dicha fecha quedarían adscritas respectivamente a la opción a) o b) del artículo 24.1 del Real Decreto 661/2007. Además y como especificidad adicional, estas instalaciones, en cualquiera de las opciones, serían sometidas de forma prioritaria a restricciones de producción en caso de que el operador del sistema debiera adoptar dicha medida respecto a las instalaciones de tecnología eólica por razón de seguridad del sistema, esto es, en los supuestos de sobregeneración de energía eléctrica.

Lo relevante, sin embargo, es que las instalaciones que se acogiesen a cualquiera de dichas posibilidades (esto es, las instalaciones eólicas denominadas de convocatoria cero) lo que hacen es

incorporarse al régimen ordinario regulado en el Real Decreto 661/2010, con un régimen transitorio que duraría desde que efectivamente se incorporasen al sistema hasta el 1 de enero de 2012 o 2013, esto es, algo menos de uno o dos años según la opción escogida. En efecto, el Real Decreto entró en vigor el 9 de diciembre de 2010, lo que quiere decir que dicho período sin prima es inferior a un año (lo que restase de 2011 desde su incorporación efectiva) o a dos años (lo que restase de 2011 más 2012), según los casos.

Así pues, resultan evidentes dos cosas. Una, que las instalaciones de convocatoria cero durante el referido período transitorio tuvieron en principio una menor retribución que las que ya estuviesen incorporadas al régimen ordinario y vertiendo energía a la red, dado que aquéllas no recibieron prima durante dicho período y, además, estuvieron sujetas a la prioridad en las restricciones decididas por el operador del sistema. Y en segundo lugar, que dicho período tuvo una duración bastante menos prolongada, que lo que la recurrente afirma.

Como vimos, el Abogado del Estado sostiene también que las instalaciones de régimen ordinario pertenecientes a la misma IT que la actora (la IT-660, con instalaciones con acta de puesta en servicio en 2010), resultaron afectadas por la periodización del vertido a la red ordenado por el acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, que postergaba la fecha de vertido de energía según un calendario en tres fases hasta el 1 de enero de 2011, 2012 o 2013.

En realidad no es preciso entrar en dicha cuestión. La previsión de la disposición adicional segunda, apartado 4, del Real Decreto 413/2014 señala lo siguiente:

" Disposición adicional segunda. Instalaciones con derecho a la percepción de régimen económico primado a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

[...]

4. Por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del gobierno para Asuntos Económicos, se fijarán los parámetros retributivos de las instalaciones tipo que serán aplicables a las instalaciones reguladas en esta disposición.

Dicha orden podrá distinguir diferentes valores de los parámetros retributivos de la instalación tipo en función de la tecnología, potencia, antigüedad, sistema eléctrico, así como cualquier otra segmentación que se considere necesaria para garantizar la correcta aplicación del régimen retributivo específico. Para cada instalación tipo que se defina se fijarán un código, que será incluido en el registro de régimen retributivo específico y se utilizará a efectos de liquidaciones.

El régimen retributivo específico aplicable a cada instalación será el correspondiente a la instalación tipo que en función de sus características le sea asignada."



A la vista de dicho precepto, es claro que la pretensión de la parte consistente en que el nuevo sistema creado por el Real Decreto-ley 9/2013 y desarrollado por el Real Decreto 413/2014 debía haber tenido en cuenta dicha menor retribución durante el referido período transitorio no puede ser acogida. Es claro que las especificidades señaladas no eran de tecnología, potencia, antigüedad o sistema eléctrico, que son las categorías contempladas de forma expresa. Y no es posible deducir de la redacción de la disposición adicional que resultase legalmente obligado crear una IT específica para las instalaciones acogidas a la posibilidad abierta por el artículo 6 del Real Decreto 1614/2010, por entender que se trataba de una "segmentación necesaria para garantizar la correcta aplicación del régimen retributivo específico". No cabe duda de que las instalaciones que se acogieron a dicha posibilidad estuvieron sometidas a una regulación transitoria específica, pero tampoco es dudoso, sin embargo, que se trata de una especificidad de escasa duración y que considerada desde la perspectiva del total de la vida regulatoria -y no sólo en función del limitado período en que les afectó- se trata de una especificidad no especialmente significativa. » .

**g) Sobre el motivo de impugnación del Anexo III de la Orden IET/1045/2014, sustentado en que no considera el riesgo asumido por los productores por vender la electricidad libremente en el mercado.**

El motivo de impugnación formulado contra al Anexo III de la Orden IET/1045/2014, sustentado en la alegación de que no considera el riesgo asumido por los productores al optar por vender la electricidad en el libre mercado, de acuerdo con las previsiones establecidas en el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo ( RCL 2004, 823 y 972) , no puede ser estimado.

Esta Sala no comparte la tesis que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que procede declarar la ilegalidad del Anexo III de la Orden de parámetros porque, en la determinación de los ingresos históricos de aquellos parques eólicos prestan su servicio desde la vigencia del Real Decreto 436/2004, se ha contemplado cada año el medio registrado, que evidenciaría la arbitrariedad el Ministerio de Industria, Energía y turismo al no tener en cuenta un factor fundamental de la inversión como lo es el riesgo asumido asociado a dicha inversión, puesto que constatamos que dicho argumento no se soporta en la infracción de ninguna disposición de la normativa reguladora del sector eléctrico.

**h) Sobre el motivo de impugnación del Anexo III de la Orden IET/1045/2014, basado en la falta de previsión de una tipología específica para las instalaciones situadas en territorios insulares.**

El motivo de impugnación formulado contra el Anexo III de la Orden IET/1045/2014, basado en la alegación de que es ilegal al no haber previsto una tipología específica para las instalaciones situadas en los territorios insulares, no puede prosperar.

En efecto, estimamos que este motivo de impugnación, en los términos planteados, carece de

fundamento. Observamos que se cuestiona la legalidad del Anexo III de la Orden de parámetros por no prever una tipología específica para las instalaciones eólicas situadas en los territorios insulares, en cuanto los costes de inversión y de explotación son superiores a los de las instalaciones peninsulares, eludiendo -como aduce el Abogado del Estado-, que dicho Anexo III de la mencionada Orden no establece parámetros retributivos de las instalaciones tipo, sino hipótesis de cálculo de los parámetros retributivos del Anexo II.

Se ignora también que la regulación que se cuestiona se contiene específicamente en la Orden IET/1459/2014, de 1 de agosto ( RCL 2014, 1109 ) , por la que se aprueban los parámetros retributivos y se establece el mecanismo de asignación del régimen retributivo específico para nuevas instalaciones eólicas y fotovoltaicas en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares, es la norma que regula específicamente la retribución de la generación de energía eléctrica en los territorios insulares.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse los motivos de impugnación alegados, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L. 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.

### **TERCERO**

#### **Sobre las costas procesales.**

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

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : **Primero.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo** interpuesto por la representación procesal de la mercantil ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L. 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. **Segundo.- No procede hacer expresa imposición de las costas** procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

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

Así se acuerda y firma.

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

## **VOTO PARTICULAR**

**VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo ordinario 1/441/2014.**

**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 ( RCL 2014, 807 ) y la Orden 1045/2014 ( RCL 2014, 858 y 1157) . Sin perjuicio de los argumentos específicos presentes en muchos de ellos, lo cierto es que en la mayor parte de los casos se plantean determinadas cuestiones que constituyen un núcleo común y esencial de la impugnación de ambas disposiciones.

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

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

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

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

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

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

**SEGUNDO** .- El nuevo sistema retributivo implantado por el Real Decreto-ley 9/2013 ( RCL 2013, 1092).

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 (RCL 1997, 2821) 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 constatase 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 ( RCL 2013, 1852 ) 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 (RCL 2014, 940 y 1009) 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 ( RTC 2015, 270 ), 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 un elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que



hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica.

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

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

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

que obliga a los poderes públicos a adaptar su regulación al cambio de las circunstancias." (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 ( RCL 1978, 2836 ) .

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 ( RCL 2007, 1007 y 1450 ) , 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 ( RCL 2008, 1663 y 1752 ) , 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 ( 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 ) , 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 ." (fundamento jurídico 7)

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

Por lo demás, el voto particular del magistrado Xiol Rius -más enfocado a la problemática planteada en este voto particular- es coincidente con la posición mayoritaria, si bien echa en falta un tratamiento más pormenorizado del principio de confianza legítima. Así, entiende también que no se ha producido vulneración del citado principio, puesto que los cambios se insertan "en el marco de un proceso normativo que, como ya se ha expuesto anteriormente, tiene su arranque en el año 2.007", y que no afecta a "las legítimas expectativas de los interesados a las que en este concreto caso daba protección el principio de confianza legítima aparecen vinculadas a la existencia de un sistema de incentivos estatales primados

para este tipo de producción de la energía eléctrica, cuya concreción queda al desarrollo reglamentario, y que dicho sistema tuviera como objetivo conseguir unas tasas de rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales".

Y continúa

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

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

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

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

Pero el sentido básico de este voto particular es subrayar que si bien el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2015 pueden ser interpretados de conformidad con la Constitución -tal como ha hecho el Tribunal Constitucional con la primera de dichas disposiciones-, el desarrollo que ha efectuado el Gobierno del

nuevo modelo retributivo mediante el Real Decreto y Orden impugnados proyecta la aplicación del nuevo modelo hasta un extremo de retroactividad que lo hace incompatible con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

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

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

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

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

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

a. Los elementos de la retribución específica.

A los efectos de que las instalaciones de régimen especial a las que se dedica el artículo 30 de la Ley

54/1997 pudiesen competir en términos de igualdad con el resto de tecnologías, el apartado 4 de dicho precepto contempla una retribución específica respecto a la que se estipula lo siguiente:

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

a) Los ingresos estándar por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción.

b) Los costes estándar de explotación.

c) El valor estándar de la inversión inicial.

"[...]"

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

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

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

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

De nuevo es preciso subrayar que esa referencia a la rentabilidad razonable "a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación" -inciso que no se contiene en las menciones a la rentabilidad razonable en el 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 ( LCyL 2013, 440 ) - interpretación de la legalidad cuya máxima responsabilidad corresponde a este Tribunal Supremo- en un sentido que no incurra en vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, como ocurre, a mi modesto entender, con la interpretación que ha resultado mayoritaria.



**SEXTO** .- Conclusión.

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

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

Eduardo Espin Templado

**VOTO PARTICULAR**

QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA DICTADA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO 1/441/2014 .

Por medio de este voto particular manifiesto mi respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria en dos puntos sustanciales de la controversia:

**A/** De un lado, no comparto los apartados de la fundamentación jurídica de la sentencia en los que se desestiman las alegaciones de la parte demandante sobre la eficacia la retroactiva del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio ( RCL 2014, 807 ) , y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio ( RCL 2014, 858 y 1157) , y la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

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

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

**PRIMERO.-** Comenzaré señalando que el Real Decreto-ley 9/2013 ( RCL 2013, 1092 ) y la Ley 24/2013 ( RCL 2013, 1852 ) , 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 ( RCL 2010, 2984 , 3290 y RCL 2011, 425) , y el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre ( RCL 2010, 3241 ) , 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 ( RCL 2007, 1007 y 1450) .

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 ( RJ 2012, 5275 ) (recurso 35/2011 ), 19 de junio de 2012 (recurso 62/2011 ), 24 de septiembre de 2012 ( RJ 2012, 9408 ) (recurso 60/2011 ), 25 de septiembre de 2012 ( RJ 2012, 8947 ) (recurso 71/2011 ), 26 de junio de 2012 ( RJ 2012, 8444 ) (recurso 566/2010 ) y 26 de junio de 2013 ( PROV 2013, 262539 ) (recurso 261/2013 ), entre otras- y en aquellas ocasiones esta Sala razonaba que el concepto de "retroactividad prohibida" es mucho más limitado que el de la retroactividad a secas; que no se incurría en retroactividad ilícita por el hecho de que para determinar rentabilidades futuras se tuviesen en cuenta las rentabilidades pasadas; que los cambios introducidos en el llamado régimen especial, en particular los que suponían un acortamiento de la vida regulatoria de las instalaciones o una pérdida de retribución, no incurrían en retroactividad prohibida por tratarse de medidas normativas cuya eficacia no se proyectaba "hacia atrás" en el tiempo sino "hacia adelante". En esas mismas sentencias se indica que los ajustes vinculados a la necesidad de reducir el déficit tarifario tampoco vulneraban los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima pues los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones; que la práctica eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a la tarifa regulada, sin competir en precios con el resto de agentes en el mercado, es de suyo una ventaja cuyo reverso lo constituye precisamente, entre otras, la posibilidad de alteración de las medidas administrativas ante cambios de las circunstancias ulteriores; y, en fin, que la limitación de la tarifa regulada o, en general, del régimen retributivo inicial con que había sido favorecido el conjunto del sector de energías renovables era previsible a la vista del curso de las ulteriores circunstancias, especialmente las económicas y técnicas, sobrevenidas después del año 2007.

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

**SEGUNDO.-** Comparto el parecer de mis compañeros cuando señalan que los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional - STC 270/2015, de 17 de diciembre ( RTC 2015, 270 ) , cuya doctrina se reitera luego en las ulteriores SsTC 19/2016, de 4 de febrero ( RTC 2016, 19 ) , 29/2016, de 18 de febrero ( RTC 2016, 29 ) , 30/2016, de 18 de febrero ( RTC 2016, 30 ) , 42/2016, de 3 de marzo ( RTC 2016, 42 ) y 61/2016, de 17 de marzo ( RTC 2016, 61 ) - 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 ( RCL 1997, 2821 ) ) y artículo 14 de la Ley 24/2013 , así como disposiciones finales 2ª del Real Decreto- ley 9/2013 y 3ª de la Ley 24/2013 -.

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

Ahora bien, esos preceptos con rango de ley a los que acabo de aludir están muy lejos de agotar la regulación, pues únicamente enuncian las bases o directrices generales del nuevo sistema retributivo, remitiendo lo demás al ulterior desarrollo reglamentario. Y es precisamente este desarrollo -materializado en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014- el que, mediante las concretas determinaciones que incorpora, incurre en retroactividad prohibida y vulnera los principios los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, sin que pueda afirmarse que estuviese necesariamente abocado a ello

por las normas de rango legal de las que trae causa, pues éstas bien podrían (deberían) haber sido objeto de un desarrollo reglamentario que no incurriese en tales deficiencias. Veamos:

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

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

El Real Decreto y la Orden podrían haber establecido que a partir de la entrada en vigor de la reforma las instalaciones preexistentes quedasen incardinadas en alguna de 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 decidida voluntad de operar de manera retroactiva, porque, como he intentado explicar, la eficacia de la reforma no se proyecta únicamente hacia adelante en el tiempo sino también hacia atrás.

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

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

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

Ahora bien, esta conclusión respecto de las normas con rango legal no es trasladable sin más a la regulación contenida en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, dado que el sistema retributivo específico, apenas enunciado en las normas de rango legal, ha quedado configurado en el

Real Decreto y la Orden con un sesgo retrospectivo significativamente gravoso que no es, desde luego, el único desarrollo reglamentario que admitían aquellas genéricas previsiones legales y que, a mi entender, sí incurre en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

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

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

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

Es cierto, ya lo he señalado, que tanto el Real Decreto-ley 9/2013 (disposición transitoria 3<sup>a</sup> y derogatoria única) como la Ley 24/2013 (disposición transitoria 6<sup>a</sup>) dejaron establecido que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, o Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre ( RCL 2008, 1663 y 1752) , según los casos); y que recibirían esa retribución con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el desarrollo reglamentario. Sin

embargo, es en el Real Decreto 413/2014 donde se materializa y concreta el alcance de aquella previsión legal; y lo hace la norma reglamentaria en términos que resultan vulneradores de los de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, pues determinó que las instalaciones hubiesen de operar ,a ciegas., sin conocer el régimen regulatorio que sería de aplicación a su actividad no sólo en el futuro sino también el propio período transitorio.

Así, a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 las empresas tuvieron que decidir si continuaban o no la actividad de cada instalación sin conocer a qué régimen jurídico iba a quedar sometida ésta; y dado que en aquel momento no era previsible, ya lo he señalado, que las normas reglamentarias de desarrollo vendrían a establecer una regulación con las características y el alcance retroactivo que antes he descrito, no es aventurado suponer que algunas o muchas de las empresas habrían procedido de un modo distinto, o incluso habrían decidido suspender su actividad, de haber conocido entonces que iban a quedar sujetas, también para ese período de intermedio de incertidumbre, a un régimen retributivo como el que luego establecerían el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014.

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

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

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

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

acerca de la procedencia de los datos que se han manejado y de los criterios técnicos seguidos para las fijación de los parámetros, con explicaciones suficientes sobre la razón de ser de los valores estándar en los que se asientan aquellos parámetros.

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

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

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

El Pliego de Condiciones Técnicas publicado por el IDAE el 25 de julio de 2013 definía con claridad la finalidad y objeto de los informes que se encargaban. En la introducción de dicho Pliego de Condiciones se indica que ,... dada la importante repercusión económica 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 termoeléctrica, 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 y mantenimiento, coste de combustibles, otros costes relevantes para cada tecnología

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

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

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

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

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

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

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

*Mercados y la Competencia* , (página 27 de la Memoria). Nada indica en cambio la Memoria sobre la procedencia, el grado de acomodo a la realidad y el sustento técnico de los datos y valores sobre los que han calculado los distintos parámetros asignados a cada instalación tipo.

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

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

En fin, no cabe considerar que la ausencia de sustento técnico que se advierte en el expediente administrativo hayan podido quedar suplida o subsanada por los informes del IDAE que la Abogacía del Estado ha aportado en un buen número de los procesos que se tramitan antes esta Sala referidos al Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014. Tratándose de informes elaborados por el 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*>>

**CUARTO.-** En definitiva, por las razones que he expuesto en los apartados anteriores considero que el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, deberían haber sido

declarados nulos por incurrir en retroactividad ilícita y en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, en cuanto la regulación que se contiene en tales disposiciones reglamentarias se proyecta retrospectivamente sobre la actividad que las instalaciones preexistentes habían desarrollado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio.

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

En Madrid, en la misma fecha que la sentencia.

Maria Isabel Perello Domenech

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia con sus votos particulares, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FIDE