

Sentencia de la Sala tercera de 5 de marzo de 2018 (rec.674/2015)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 341/2018

Fecha de sentencia: 05/03/2018

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 674/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/02/2018

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 674/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 341/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 5 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso número 674/2015, interpuesto por Asociaciones de Productores de Energía Hidroeléctrica URWATT y de la Associació de Productors i usuaris d'Energia Elèctrica (APUEE) representadas por el procurador de los tribunales don Jorge Laguna Alonso y bajo la dirección letrada de doña Nerea Goiriena Arce, contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones, a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Han sido partes demandas el procurador de los tribunales don José Luis Martín Jaureguibeitia en nombre y representación de Iberdrola España, S.A. y bajo la dirección letrada de don Gerardo Codes Calatrava y la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de la Audiencia Nacional el 9 de septiembre de 2014, el procurador don Jorge Laguna Alonso, en representación de Asociaciones de Productores de Energía Hidroeléctrica URWATT y de la Associació de Productors i usuaris d'Energia Elèctrica (APUEE), interpone recurso 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.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado presentó escrito de fecha 16 de septiembre de 2014 solicitando que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se declarase incompetente por razón de la materia.

Por diligencia de ordenación de 17 de septiembre de 2014, se acordó oír a las partes, evacuado el trámite con el resultado que es de ver en autos.

Por *Auto de la Sección Cuarta la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2014*, se acordó: <<Declarar la incompetencia por razón de la materia de esta Sala para conocer de las actuaciones, remitiendo las mismas para su conocimiento a la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Firme que sea esta Resolución

emplácese a las partes ante el Alto Tribunal. Sirviendo el presente auto de exposición razonada>>.

TERCERO.- Por *Auto de la Sección Primera de esta Sala de fecha 9 de abril de 2015 dictado en el recurso 56/2014* (Cuestión de Competencia) se acordó: <<1º.- Declarar la competencia de esta Sala para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto por "la Asociación de Productores de Energía Hidroeléctrica "URWATT" y por la Associació de Productors i Usuaris d'Energia Elèctrica "APUEE" 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.

2º.- Remitir las presentes actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, para que continúe la tramitación ante la misma del citado recurso contencioso-administrativo.

3º.- Poner esta resolución en conocimiento de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y

4º.- Notificar la presente resolución a las partes personadas.>>.

CUARTO .- Recibidas las actuaciones en la sección Tercera, por diligencia de ordenación de 25 de mayo de 2015 se acordó publicar en el BOE la interposición del presente recurso y conceder a la representación procesal de la parte actora el plazo de veinte días para formalizar la demanda.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 12 de junio de 2015, se tiene por personado como demandado al procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia en nombre y representación de Iberdrola España, S.A.

SEXTO.- Por el procurador don Jorge Laguna Alonso, en representación de Asociaciones de Productores de Energía Hidroeléctrica URWATT y de la Associació de Productors i Usuaris d'Energia Elèctrica (APUEE) se presentó escrito solicitando la ampliación del presente recurso a la Orden IET/1344/2015, de 2 de julio.

Oídas las partes se acordó por diligencia de ordenación de fecha 27 de noviembre de 2015 no haber lugar a la ampliación.

Por la representación procesal de URWATT y APUEE, se interpuso recurso de reposición contra la diligencia de 27 de noviembre de 2015, oídas las partes. Por auto de 10 de febrero de 2016, se acuerda desestimar el recurso de reposición.

SÉPTIMO.- Por el representante legal de la Asociación Administrativa Productores de Energía Hidroeléctrica URWATT y APUEE, se presenta escrito de demanda de fecha 16 de marzo de 2016, contra la Orden Ministerial IET/1045/2014 en el que solicita se estima la demanda declarando la nulidad total o, en su defecto, parcial (*artículos 2 , 3 , 5 , 7 , 8 , Disposición Transitoria Primera , Disposición Adicional Segunda y Disposición Adicional Cuarta de la Orden en la medida en que los considera contrario al Derecho europea, a la Constitución y a la legalidad ordinaria.*

La demanda se basa en los siguientes motivos de impugnación:

1º Nulidad de la Orden Ministerial IET/1045/2014 por defectos formales acaecidos en su tramitación; ausencia de participación de los sectores afectados, falta de transparencia e información en el proceso de elaboración.

2º Nulidad de la Orden al incurrir en retroactividad propia o auténtica proscrita por el *artículo 9.3 de la Constitución* .

3º Nulidad de pleno derecho del artículo 5 de la Orden.

4º Nulidad de pleno derecho de la *Disposición Transitoria Primera "asignación de instalaciones tipo por defecto de conformidad con la disposición transitoria Primera del Real Decreto 413/2014 de 6 de junio" de la OM 1045/2014.*

5º Nulidad de pleno derecho del artículo 3 de la Orden así como de los Anexos a los que dicho precepto se remite en relación con la fijación de la "rentabilidad razonable".

6º Efecto retroactivo de la Orden.

7º Infracción de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima al alterar el régimen retributivo de las inversiones ejecutadas.

8º Vulneración por la Orden Ministerial 1045/2014 de la Directiva Europea 2009/28/CE de fomento de las energías renovables

9º Nulidad de pleno derecho del *artículo 7 de la Orden Ministerial 1045/2014, así como del artículo 21.4, letra c) del RD 413/2014* al cual desarrolla, al incurrir en arbitrariedad prohibida por el *artículo 9.3 de la Constitución* al establecer un umbral sin excepciones y en discriminación contraria al *artículo 14 de la Constitución* .

10º Nulidad de pleno derecho de la *Disposición Adicional Cuarta de la Orden IET/1045, relativa a la obligación de envío telemático de todas las comunicaciones por parte de los productores de renovables, residuos y cogeneración, en cuanto resulta contraria al artículo 27.6 de la Ley 11/2007* de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

11º Nulidad del *artículo 8 y del apartado cuarto del artículo 6 de la Orden Ministerial al regular el límite de horas máximo de funcionamiento a efectos de la retribución a la operación, es contraria al artículo 14.2 de la Ley del Sector Eléctrico* .

12º Nulidad de la *Disposición Adicional Segunda de la Orden por resultar contraria al artículo 115.4 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril* por el que se aprueba el "Reglamento del Dominio Público Hidráulico que desarrolla los títulos preliminar, I, IV, V, VI, VII y VIII del Texto refundido de la Ley de Aguas".

13º Infracción de los principios constitucionales de garantía de capacidad económica y no confiscatoriedad, en concreto, nulidad de pleno derecho de los Anexos I, II, III, IV, V, VI, VII y VIII de la OM 1045/2014.

14º La Orden es contraria al principio de igualdad del *artículo 14 de la*

Constitución y al principio europeo de no discriminación, al no tener en cuenta todos los costes derivados de obligaciones públicas, con independencia de si son aplicables sobre todo o parte del territorio Español.

OCTAVO.- Con fecha 3 de mayo de 2016 el Abogado del Estado formula su contestación a la demanda, en la que tras alegar cuanto estima procedente, se opuso a la misma, interesando a la Sala que: <<[...] resolver este proceso por sentencia que INADMITA el recurso en lo que se refiere a la pretensión de aplicación a la recurrente del anterior sistema retributivo y desestime el recurso en lo demás, con costas.>>.

A la representación procesal de Iberdrola España, S.A., se le tuvo por caducado el trámite de contestar a la demanda.

NOVENO.- Por decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de fecha 15 de junio de 2016, se fijó la cuantía del presente recurso en indeterminada.

DÉCIMO.- La Sala dictó Auto, en fecha 22 de julio de 2016, en el que se acuerda recibir el proceso a prueba, admitir las propuestas por la demandante como documental publica y testifical en su escrito de demanda y la documental instada por la Administración en su escrito de contestación a la demanda y no admitir la propuesta por la demandante como pericial judicial.

Por el procurador de la parte actora se interpuso recurso de reposición contra el mencionado auto, tras oír a las partes, se dictó auto de fecha 28 de septiembre de 2016, acordando la práctica de la prueba propuesta como "pericial judicial".

DÉCIMO PRIMERO.- Por diligencia de ordenación de 2 de diciembre de 2016, se declaró terminado y concluyó el periodo de prueba y se concede a la parte demandante el término de 10 días para que presente escrito de conclusiones sucintas, lo que lleva a cabo por escrito de fecha 22 de diciembre de 2016.

Por diligencia de ordenación de fecha 9 de enero de 2017, se concede, asimismo a las partes recurridas el plazo de diez días a fin de que presenten escrito de conclusiones, lo que lleva a cabo el Abogado del Estado en escrito de fecha 24 de enero de 2017. Teniéndose por caducado el trámite a la representación procesal de Iberdrola España, S.A.

DÉCIMO SEGUNDO.- Por providencia de 1 de febrero de 2017 la Sala acordó, oír a las partes sobre la incidencia que pudiera tener en el presente recurso la *sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre* (BOE nº 19, de 22 de enero de 2016), y presentaron escritos de alegaciones el Abogado del Estado, en fecha 2 de febrero de 2017 y la parte recurrente el 17 de febrero de 2017 y

DÉCIMO TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 20 de febrero de 2017, se acordó oír a las partes por plazo de cinco días sobre la admisión de la *STC dicta en el RI 164/2013*, presentada por el Abogado del Estado, lo que lleva a cabo la parte actora en escrito de fecha 27 de marzo. Declarándose caducado el trámite a Iberdrola España, S.A.

DÉCIMO CUARTO.- Por providencia de 22 de enero de 2018 se señaló para votación y fallo de este recurso el día 27 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado todos los trámites previstos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso interpuesto por el representante legal de la Asociación Administrativa Productores de Energía Hidroeléctrica URWATT y APUEE, asistidos por el Letrado Nerea Goiriena contra la Orden Ministerial IET/1045/2014 en el que solicita se estime la demanda declarando la nulidad total o, en su defecto, parcial (*artículos 2 , 3 , 5 , 7 , 8 , Disposición Transitoria Primera , Disposición Adicional Segunda y Disposición Adicional Cuarta de la Orden*) en la medida en que los considera contrario al Derecho europea, a la Constitución y a la legalidad ordinaria.

Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre la legalidad 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 también sobre 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, contestando a idénticos o análogos argumentos a los que aquí expone la parte recurrente.

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

Por todas, citaremos las *sentencias de esta Sala de fechas 1 de junio de 2016 -recursos núms. 564/2014 , 630/2014 , 650/2014 , 651/2014 , 654/2014 , 787/2014 - , 8 de junio de 2016 -recurso núm. 745/2014 - , 10 de junio de 2016 -recurso núm. 694/2014 - , 20 de junio de 2016 -recurso núm. 428/2014 - , 29 de junio de 2016 -recurso núm. 711/2014 - , 8 de julio de 2016 -recurso núm. 531/2014 - , 11 de julio de 2016 -recurso núm. 510/2014 - , 14 de julio de 2016 -recurso núm. 555/2014 - , 20 de julio de 2016 -recurso núm. 695/2014 - , 21 de julio de 2016 -recurso núm. 648/2014 - , 22 de julio de 2016 -recurso núm. 704/2014 - , 26 de julio de 2016 -recurso núm. 782/2014 - , 22 de septiembre de 2016 -recurso núm. 534/2014 - , 29 de septiembre de 2016 -recurso núm. 523/2014 - , 30 de septiembre de 2016 -recurso núm. 563/2014 - , 6 de octubre de 2016 -recurso núm. 735/2014 - , 14 de noviembre de 2016 -recursos núms. 531/2014 , 545/2014 y 779/2014 - , 16 de noviembre de 2016 -recurso núm. 558/2014 - , 1 de diciembre de 2016 -recursos núms. 575/2014 y 579/2014 - , 5 de diciembre de 2016 - recurso núm. 759/2014 - , 12 de diciembre de 2016 -recurso núm. 777/2014 - , 14 de diciembre de 2016 -recurso núm. 557/2014 - , 19 de diciembre de 2016 -recursos núms. 573/2014 y 577/2014 , 22 de diciembre de 2016 -recurso núm. 581/2014 - y 13 de enero de 2017 -recurso núm. 610/2014 - y a lo que en ellas se ha dicho nos ajustamos, sin perjuicio de reiterar algunos razonamientos expuestos en dichos precedentes, aunque, estrictamente, no se invoquen idénticos motivos en el presente recurso.*

SEGUNDO. Consideraciones generales.

Tal y como hemos venido señalando en dichas sentencias 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 que:

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

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

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

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 girara, 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>>.

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.

Estas normas reglamentarias 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 reseñadas.

La modificación del régimen retributivo primado establecido por el Real Decreto 661/2007, no es obra de las disposiciones generales citadas, el Real Decreto 413/2014 que se impugna en este recurso, 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.

TERCERO. Nulidad de la Orden Ministerial IET/1045/2014 por defectos formales acaecidos en su tramitación; ausencia de participación de los sectores afectados, falta de transparencia e información en el proceso de elaboración.

Se alega la inexistencia de una real participación pública pues la Orden se tramitó sin mediar dialogo con los operadores, ni se proporcionó información con antelación suficiente, ni se dio un plazo adecuado para formular alegaciones. Considera que tampoco en el proceso de elaboración se ha respetado los principios de buena regulación (*art. 4.1 y 6 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible*). Aduce que la primera propuesta de la Orden tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 31 de enero de 2014, se presentaron muchas alegaciones en el trámite de audiencia. Se presentó una nueva propuesta de Orden, el 14 de mayo de 2014 y tan solo se concedió un plazo de alegaciones de tres días, por lo que el trámite de alegaciones no resultó eficaz. Por ello entiende que el Real Decreto 413/2014 no se ajusta a los principios de transparencia, accesibilidad y simplicidad por lo que incurre en un vicio de nulidad.

Así mismo se aduce como defecto en la tramitación de dicha norma la ausencia de informe preceptivo de la CNMC, pues si bien con la primera propuesta de la Orden si se remitió a la CNMC para que informase, y dicho organismo emitió el informe de 3 de abril de 2014, posteriormente se presentó una nueva propuesta que no fue sometida al informe preceptivo de la CNMC, pese a que la nueva propuesta introducía importantes cambios.

Tal y como ha señalado este Tribunal en anteriores sentencias el trámite de audiencia aparece contemplado con carácter general en el artículo 24.1, apartados b/, c/ y d/, del que resulta que el plazo del trámite de audiencia ha de ser "un plazo razonable", nunca inferior a quince días hábiles (a salvo de la matización que el mismo precepto añade). Es innegable que la razonabilidad del plazo guarda relación con la mayor o menor complejidad de la normativa de que se trate, de manera que la duración el trámite de audiencia pueda ser distinta según venga referido a regulaciones de escasa entidad o a disposiciones normativas extensas y técnicamente complejas. En este caso, sin embargo, fue el propio *Real Decreto-ley 9/2913 (disposición adicional 2^a)* el que estableció que las alegaciones en trámite de audiencia y posterior informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deberían producirse en el plazo mínimo de quince días señalado en la Ley del Gobierno.

Por ello, siendo comprensible el desacuerdo de los interesados con la brevedad del plazo que tuvieron para formular alegaciones durante el procedimiento de elaboración del que luego sería Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, al tener éste por objeto una regulación reglamentaria de considerable extensión y complejidad, lo cierto es que su tramitación por vía de urgencia, con el correspondiente acortamiento del plazo para el trámite de audiencia, venía decidida por una norma con rango legal, que, por lo demás, resulta coherente con la apreciación de urgencia que llevó a la utilización de la vía del Real Decreto-ley, que, como hemos visto en el apartado anterior, se ha considerado suficientemente justificada en las *SSTC 270/2015* y *61/2016*.

Consideraciones similares pueden hacerse con relación a la tramitación de la Orden Ministerial que se elaboró de forma paralela con la del Real Decreto. La propuesta de Orden se remitió para informe a la CNMC interesando que la Comisión diera audiencia a los interesados a través del Consejo Consultivo de la Electricidad; lo que efectivamente se llevó a efecto, dándoles un plazo de veinte días hábiles para alegaciones. Y aunque puede objetarse que también en este caso el plazo resultaba demasiado ajustado, dada la complejidad de la regulación, hemos de remitirnos a las razones expuestas con relación a la tramitación urgente del Real Decreto. Por lo demás, no puede decirse que las alegaciones que los interesados formularon en ese plazo fuesen luego enteramente ignoradas o cayesen en el vacío, pues la "Memoria del análisis del impacto normativo del proyecto de Orden" que obra en el expediente se refiere con algún detenimiento a las alegaciones formuladas en este trámite de audiencia llevado a cabo a través del Consejo Consultivo de Electricidad (páginas 25 y siguientes de la citada Memoria).

La MAIN explica que en el trámite de audiencia se presentaron 619 alegaciones, tanto de empresas y asociaciones del sector, como de las distintas Comunidades Autónomas, y las mismas fueron examinadas en diferentes apartados, en atención a que las cuestiones planteadas tuvieran un carácter más general, como el respeto del principio de legalidad y de rentabilidad razonable, la aportación de los estudios e informes que sirvieron de base para elaborar las Instalaciones Tipo, el rango normativo de la **disposición general**, la retribución en el período entre la entrada en vigor del Real Decreto ley 9/2013 y la remisión de la propuesta de orden al Consejo Consultivo de Electricidad, y la metodología para la determinación del precio de la electricidad, o bien en atención a que las cuestiones planteadas tuvieran un carácter más técnico, siendo a su vez estas últimas alegaciones más técnicas agrupadas y examinadas por grupos por razón de la tecnología a que se referían, eólica, fotovoltaica, termoeléctrica, biomasa, residuos y licores negros, hidráulica,

cogeneración y tratamiento de residuos.

Como hemos indicado, las cuestiones planteadas por los interesados en el trámite de audiencia fueron examinadas y, en algunos casos, las propuestas fueron incorporadas al proyecto de orden.

Desde una perspectiva material, cabe, así mismo, referir que la lectura del Informe emitido el 3 de octubre de 2014 por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al proyecto de Orden ministerial 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 y se establece la metodología de actualización de la retribución a la operación, revela que el órgano regulador ha podido ejercer su función de asesoramiento con plenitud de conocimiento, en la medida en que el diseño del nuevo modelo retributivo de las energías renovables se encontraba en la regulación contenida 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, y en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Finalmente argumenta la ausencia de información sobre los cálculos económicos y métodos de cálculo empleados para fijar los parámetros retributivos de las instalaciones. Se encargaron dos informes técnicos para fijar los estándares de costes de inversión y operación. El informe de Roland Berger Strategy Consultants SA fue emitido después de que la Orden se enviara a información pública, entiende que la Orden ha sido adoptada con absoluta arbitrariedad y sin que dicho informe pueda servir de legitimación y fundamento para avalar los datos y cálculos contenidos en la Orden.

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

Pero esta conclusión no puede ser asumida, pues la ausencia de un informe elaborado por una empresa privada externa, con el fin de servir de apoyo técnico al órgano administrativo encargado de dictar la norma reglamentaria, no es una exigencia procedimental, ni su ausencia condiciona la validez de dicha norma. A diferencia de otros informes preceptivos previstos para la elaboración de este tipo de normas reglamentarias, tales informes externos pueden ser solicitados para coadyuvar a la labor técnica de la Administración (*artículo 82 de la Ley 30/1992* y *artículo 24.1.b/ de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno*) pero son facultativos y no vinculantes (*artículo 83.1 de la Ley 30/1992*). El hecho de que la Administración

inicialmente considerase conveniente elaborar un informe de estas características y que posteriormente prescindiese del mismo, tal vez por la conveniencia de aprobar lo antes posible los criterios técnicos que desarrollaban el nuevo régimen retributivo de este sector, o por disponer de la información suficiente al respecto, no vicia de nulidad dicha norma, pues su existencia no era preceptiva para su tramitación, siempre que se alcance la conclusión de que la justificación de tales criterios puede obtenerse por otras vías.

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

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

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

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

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

que sirven para determinar la rentabilidad establecida en la Ley.

A tal efecto, resulta relevante el contenido del informe sobre la propuesta de la Orden, emitido el 3 de abril de 2014 por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia.

En dicho informe, por lo que se refiere a los criterios de clasificación de las diferentes instalaciones tipo, se afirma <<que el criterio elegido para realizar la clasificación por instalaciones tipo ha sido, con carácter general, el distinguir tantas categorías como circunstancias normativas históricas hayan existido y años hayan transcurrido, pues en la nueva metodología retributiva es relevante la contabilización y descuento de flujos y costes habidos y previstos>>, añadiendo que existe un <<argumento de peso para haber seguido este criterio>>, consistente en <<ofrecer un tratamiento que se ciña tanto como sea posible a la realidad económica, también dispar, que han vivido las instalaciones>>. Es más, <<los parámetros identificados para los ejercicios pasados en la fichas que para cada IT proporciona el anexo VII de la propuesta [...] responde al promedio calculado de datos históricos, correspondiente a las instalaciones reales que integran cada IT. Es decir, no se trata de estándares teóricos, cuyas características pudieran haberse inferido únicamente de documentación técnica o parámetros constructivos, sino de valores medios reales correspondientes a las instalaciones que integran cada IT>>. Y si bien entiende que se producen situaciones puntuales anómalas, concluye que <<En definitiva, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas, la clasificación empleada es, pese a su complejidad, posiblemente la más objetiva y probablemente también la más robusta; arroja valores esperables cuando una IT engloba un volumen de instalaciones tal que permite alcanzar un grado de representatividad suficiente o bien, cuando aun agrupando un número reducido de instalaciones [...] estas son muy parecidas entre sí>>.

No cabe duda, por tanto, de que los criterios clasificatorios tomados en consideración por la Orden para establecer las diferentes instalaciones tipo están justificados en razones objetivas que son conocidas y contrastables, permitiendo a la parte discutir la sujeción o no a tales criterios al tiempo de definir la instalación tipo en que se ubica su concreta instalación.

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

En cuanto a los ratios de inversión estándar, el mismo informe de la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia señala que los reflejados en la propuesta se corresponden con los recopilados de instalaciones reales con ocasión de la Circular 3/2005, de 13 de octubre, de la CNE, basada en la petición de información de

inversiones, costes, ingresos y otros parámetros de las instalaciones de producción de electricidad en régimen especial y que se reflejan en los diversos informes públicos que menciona. Por lo que también en este punto es posible conocer los datos en los que se funda. Es más, el propio informe, tras efectuar un estudio comparado con los costes medios de inversión referidos a años concretos disponibles, concluye que <<los resultados obtenidos de este análisis muestran que los valores de inversión que reconoce la Propuesta son, con carácter general, próximos o superiores en las ITs consideradas a los datos disponibles en esta CNMC>>, destacando algunas excepciones. Más específicamente, con relación a la tecnología solar fotovoltaica, afirma que los costes de inversión tomados en consideración por la Orden se compararon con los datos históricos disponibles por dicho organismo, que se materializan en diversos gráficos aportados a dicho informe, de los que se concluye que los costes de inversión estándar son, con carácter general, superiores o iguales a aquellos. Para concluir que <<la reducción de la retribución no es atribuible con carácter general a la aplicación de ratios de inversión bajos. El ajuste retributivo se debe, pues, fundamentalmente al establecimiento de una tasa de rentabilidad aplicable a toda la vida útil regulatoria de cada instalación menor a la implícita en las primas y tarifas vigentes en el marco retributivo anterior al Real Decreto-ley 9/2013 [...]>>.

No se aprecia, por tanto, irregularidades en la tramitación de la norma generadoras de indefensión.

CUARTO. Nulidad de la Orden al incurrir en retroactividad propia o auténtica proscrita por el *artículo 9.3 de la Constitución* .

El recurso argumenta que la Orden impugnada desarrolla el Real Decreto 413/2014 y este a su vez desarrolla las previsiones del Real Decreto Ley 9/2013 y de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico. Considera que la Orden, al igual que el Real Decreto 413/2014 resulta de aplicación a instalaciones que ya estaban en funcionamiento y se les impone un régimen jurídico nuevo que afecta a la rentabilidad de la instalación. La referencia de la *Disposición Final Tercera de la Ley del Sector Eléctrico* a la vida útil regulatoria no puede suponer que sean minorados o restados ingresos pasados. La orden solo debería afectar a la vida útil restante, sin que puedan tenerse en consideración y no puedan verse afectados los ingresos obtenidos y las rentabilidades percibidas de la normativa anterior vigente.

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

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

El Real Decreto-ley 9/2013 acometió la revisión del marco regulatorio del sistema eléctrico, con diversas disposiciones, entre las que se encontraba la modificación del *artículo 30.4 de la Ley 54/1997* , que establece el nuevo régimen retributivo de las hasta entonces denominadas instalaciones de producción de energía

eléctrica en régimen especial, sustituyendo la percepción de una prima por una retribución específica, cuyos principios deja determinados, con habilitación al Gobierno para su desarrollo reglamentario.

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

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

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

Por otra parte, los criterios recogidos en la *sentencia de esta Sala de 25 de septiembre de 2012 (recurso 71/2011)*, que reproduce el contenido de *sentencias anteriores de 12 de abril y 19 y 26 de junio de ese mismo año (recursos 40/2011, 62/2011 y 566/2010)*, interpuestos contra el Real Decreto 1565/2010, nos llevan a estimar que ni el Real Decreto 413/2014 ni la Orden impugnada incurrir en retroactividad prohibida por el *artículo 9.3 de la Constitución*, pues carece de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, en el sentido de que no anula, ni modifica ni revisa las retribuciones pasadas, percibidas por los titulares de instalaciones de energía renovables bajo la vigencia del régimen del Real Decreto 661/2007, sino que proyectan sus efectos a partir de la entrada en vigor del nuevo régimen retributivo, instaurado por el Real Decreto-ley 9/2013, que sustituyó el anterior régimen retributivo.

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

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

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

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

En el nuevo régimen retributivo pueda darse el caso de que algunas instalaciones tengan que devolver lo "cobrado de más". Dicha hipótesis constituiría, sin duda, un supuesto de retroactividad prohibida por el *artículo 9.3 de la Constitución*, al afectar a "derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto", como señalan las *SSTC 99/1987*, y otras muchas, entre ellas la *STC 270/2015* de constante cita en este recurso, pero esa eventualidad invocada por la demanda no tiene cabida en el nuevo régimen retributivo, porque lo impide de forma expresa la *disposición final tercera, apartado 4, de la Ley 24/2013*, que establece que <<en ningún caso podrá resultar de dicho nuevo modelo retributivo la reclamación de las retribuciones percibidas por la energía producida con anterioridad al 14 de julio de 2013, incluso si se constatase que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad>> (la rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación, a que se refiere el *apartado 3 de la misma disposición final tercera de la Ley 24/2013*).

QUINTO. Nulidad de pleno derecho del artículo 5 de la Orden.

En el art. 5 de la Orden se establece la vida útil regulatoria para las instalaciones tipo.

El recurso considera que la vida útil regulatoria, al ser un elemento esencial para concretar el régimen económico, debe estar regulada por una norma de rango legal y que la **degradación de rango** implica una vulneración de la *Disposición Final*

Segunda del RD-Ley 9/2013 .

Conviene recordar que ni el Real Decreto 413/2014 ni la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/1045/2014, crean "ex novo" el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. El nuevo régimen retributivo es introducido por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, régimen que es asumido y completado por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

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 girara, 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).

También debe señalarse, tal y como tuvimos ocasión de señalar en nuestra *STS nº 1417/2016, de 15 de junio de 2016 (rec. 496/2014)* y que la remisión a una regulación más detallada a nivel reglamentario se deriva de las previsiones contenidas en la *Disposición Final Segunda del Real Decreto-Ley 9/2013* , reiterado en la *Disposición Final Tercera de la Ley 24/2013 de 26 de diciembre* , al establecer que <<[...] el Gobierno, a propuesta del Ministro de Industria, Energía y Turismo, aprobará un real decreto de regulación del régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos que tuvieran reconocida retribución primada a la entrada en vigor del citado real decreto-ley>>.

La remisión del RD 413/2014 a una Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, encuentra su justificación en el elevado carácter técnico de su contenido, por la clasificación de las instalaciones existentes en más de 1.500 de instalaciones tipo, y la elaboración de una ficha por cada instalación tipo, que recoge la cuantificación de los diferentes parámetros requeridos por el RD 413/2014 para la aplicación del régimen retributivo específico.

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

Ello es conforme con la jurisprudencia de este Tribunal que, por lo que se refiere al ámbito propio de regulación de las normas reglamentarias, ha señalado que puede ser perfectamente lícito, en palabras de la *sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1996 (recurso de casación 873/1993)* , que el Consejo de Ministros, al promulgar un Reglamento, defiera al Ministerio

correspondiente <<puntos concretos y de carácter accesorio que no supongan una modificación o alteración sustantiva de aquél, sino simplemente un mero desarrollo objetivo y puntual de las normas reglamentarias>>. Y el mismo sentido, las *sentencias de 19 de febrero de 2013 (recurso 1687/2011)* y *27 de junio de 2013 (recurso 3438/2011)*, han estimado que no incide en un exceso en la colaboración reglamentaria un Real Decreto sobre normas técnicas de valoración catastral, dictado en virtud de habilitación de Ley del Catastro (RD Legislativo 1/20004), por remitirse a órganos especializados para la determinación de cuestiones puntuales, en las que resulta necesario la realización de operaciones complejas, como la fijación de los módulos y coeficientes de valoración, señalando al respecto que <<la colaboración entre la ley y el reglamento no se agota en el primera escalón de la pirámide normativa -Real Decreto-, pudiendo diferirse a escalones inferiores, cuando las peculiaridades del caso, como aquí ocurre sobre las fijación de los criterios, módulos y demás elementos de valoración, requieran de una formulación mucho más precisa, al exigir complejas operaciones técnicas [...]>>. Por ello no puede considerarse que esta remisión carezca de habilitación y sea contraria al *artículo 97 CE* .

Argumenta que la Orden IET 1045/2014 ha fijado para las hidroeléctricas una vida útil regulatoria de 25 años, pero no ha asignado número de instalación tipo a aquellas centrales que hubieran superado los 25 años de vida útil regulatoria, limitación de la vida útil regulatoria que no estaba prevista en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, lo que produce, a su juicio, resultados injustos para los que compraron la centrales después de la fecha de explotación sobre la base de unas expectativas de beneficio.

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

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

La duración de la vida útil regulatoria en 25 años se justifica en la Memoria de impacto normativo de la Orden de Parámetros (página 86), que señala que <<se ha considerado un valor de 25 años, en coherencia con los sistemas de referencia utilizados hasta la fecha por instituciones nacionales e internacionales de los equipos ofrecidos por los fabricantes>>, si bien reconoce la propia Memoria seguidamente que <<En la práctica, es previsible que algunas centrales hidroeléctricas pudieran mantener su operación más allá de la vida útil regulatoria considerada, dependiendo del estado de los equipos al final del período, con base en las actuaciones de mantenimiento realizadas>> .

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

Idéntica conclusión desestimatoria se alcanza en relación al reproche que se dirige contra la Orden por el hecho de que los cálculos retributivos se adopten tomando en consideración el parámetro de la vida útil regulatoria pues ya hemos razonado el diseño de las líneas maestras del régimen retributivo deriva de las normas legales que la disposición impugnada desarrolla, sin que tales disposiciones vulneren tampoco el principio de confianza legítima tal y como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional.

SEXTO. Nulidad de pleno derecho de la *Disposición Transitoria Primera "asignación de instalaciones tipo por defecto de conformidad con la disposición transitoria Primera del Real Decreto 413/2014 de 6 de junio" de la OM 1045/2014.*

Considera que la distinción que realiza la *DT Primera, que trae causa del artículo 2 del RD 413/2014* , resulta artificial y arbitraria al no ampararse en ninguna norma.

Pues bien, tal y como ya dijimos en nuestra *STS nº 1452/2017 de 27 de septiembre de 2017 (rec. 723/2014)* el *artículo 2 del RD 413/2014* , distinguió dentro del grupo b.4), integrado por las centrales hidroeléctricas cuya potencia instalada no sea superior a 10 MW, dos subgrupos, el subgrupo b.4.1), integrado por las centrales hidroeléctricas cuyas instalaciones hidráulicas (presa o azud, toma, canal y otras) hayan sido construidas exclusivamente para uso hidroeléctrico, y el subgrupo b.4.2), formado por las centrales hidroeléctricas que hayan sido construidas en infraestructuras existentes (presas, canales o conducciones) o dedicadas a otros usos distintos al hidroeléctrico.

La Sala no considera que el indicado *artículo 2 del RD 413/2014* , al configurar dos subgrupos dentro del grupo b.4) de las centrales hidroeléctricas con potencia inferior a 10 MW, establezca una distinción que sea arbitraria o esté carente de justificación, pues se fundamenta el criterio de distinción en el hecho de que las centrales hayan sido construidas exclusivamente para un uso hidroeléctrico o, por el contrario, se hayan construido aprovechando infraestructuras preexistentes o destinadas a finalidades distintas al hidroeléctrico, sin que pueda sostenerse -o al menos la parte recurrente no ha intentado prueba al efecto- que dicha diferenciación sea artificial y no responda a la realidad. Admitido el hecho de que existen estos dos tipos de centrales, es decir, las que, como señala la Abogada del Estado en su contestación, son de nueva construcción, que para aprovechar hidroeléctricamente un determinado emplazamiento han tenido que construir todas las instalaciones hidráulicas exclusivamente para uso hidroeléctrico, y las que han sido construidas aprovechando otras infraestructuras ya existentes o dedicadas a otros usos, es

también razonable sostener que, en principio y como regla general, los costes de inversión de las primeras, que han tenido que construir toda la instalación, serán mayores que los costes de las segundas.

En el supuesto que nos ocupa, no puede entenderse, que se haya producido exceso en la norma reglamentaria por el hecho de que, para establecer el régimen retributivo aplicable a las diferentes instalaciones tipo de la tecnología hidroeléctrica, haya tomado en consideración -entre otros muchos criterios- el hecho de que las instalaciones hidráulicas hayan sido construidas exclusivamente o no para uso hidroeléctrico, pues se trata de una distinción razonable, que denota unos costes de inversión diferentes según se aprovechen o no infraestructuras ya existentes, sin que se estime ilógica o arbitraria la consideración de dicho criterio, junto con otros muchos, para la determinación de los costes estándares de las instalaciones tipo, que corresponden a una empresa eficiente y bien gestionada, que fue el encargo efectuado al Gobierno por las normas legales de habilitación antes citadas.

En este apartado la parte recurrente impugna también la disposición transitoria primera de la Orden de Parámetros que establece, para aquellos casos en que no sea posible determinar la instalación tipo, la asignación por defecto de la instalación tipo correspondiente al subgrupo b.4.2, por lo que los titulares de las instalaciones se vieron obligados a solicitar de la Dirección General de Política Energética la modificación del subgrupo retributivo.

Estimamos también conforme a derecho la citada disposición transitoria primera de la Orden de Parámetros, que establece la asignación de una instalación tipo por defecto (las instalaciones de los subgrupos b.4.2 y b.5.2), en aquellos casos en que no sea posible determinar la instalación tipo con la información que obre en el registro de instalaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, la *disposición transitoria primera, apartados 2 y 3, de la Orden IET/1045/2014* y la *disposición transitoria primera, apartado 9, del RD 413/2014*, establecen el procedimiento de modificación de la asignación tipo asignada por defecto, mediante solicitud por vía electrónica ante la Dirección General de Política Energética y Minas, acompañada de la documentación que se estime oportuna para justificar dicho cambio, que en el caso de las instalaciones hidroeléctricas puede consistir, como señala la disposición transitoria primera, apartado 3 de la Orden de Parámetros, en la concesión administrativa de aprovechamiento de aguas otorgada por el órgano competente y su certificado de inscripción en el Registro de Aguas.

SÉPTIMO. Sobre el efecto retroactivo de la Orden

En los dos motivos siguientes la parte vuelve, a plantear la existencia de una retroactiva prohibida por entender que aplica unas rentabilidades actuales a instalaciones que, en el momento de su puesta en marcha, se regulaban por unas condiciones de financiación diferentes a las actuales, por lo que procede reiterar lo ya afirmado anteriormente respecto a la inexistencia de retroactividad de la norma impugnada.

OCTAVO. Sobre la infracción de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima al alterar el régimen retributivo de las inversiones ejecutadas.

La parte considera que los artículos 2, 3, 5 y la Disposición Transitoria Primera

de la Orden alteran de manera imprevisible el régimen de retribución de las instalaciones de energía renovable vulnerando los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de los inversores que acometieron una serie de inversiones al amparo de la expectativa concreta de percepción de una retribución que con el nuevo régimen retributivo se ve frustrada. Principios consagrados tanto a nivel nacional como en el derecho de la Unión Europea.

Esta Sala no comparte la pretendida vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. El *Tribunal Constitucional, en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre*, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra 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, ha rechazado que el cambio legislativo producido respecto del régimen retributivo primado de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, sea inconstitucional, sosteniendo que «los principios de seguridad jurídica y su corolario de confianza legítima no supone el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad», porque «la estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras de interés general».

El *Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia 270/2015, de 17 de diciembre*, cuya doctrina se ratifica en las *sentencias constitucionales 19/2016, de 4 de febrero*, *29/2016, de 16 de febrero*, *30/2016, de 16 de febrero*, *42/2016, de 3 de marzo* y *61/2016, de 17 de marzo*, no aprecia que el Real Decreto-ley 9/2013 -cuyo desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y la Orden impugnada- vulnere los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

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

Al respecto, cabe poner de relieve que la decisión de instaurar un nuevo sistema de fomento de las instalaciones de generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, y de derogar el anterior régimen primado contemplado en el *artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico*, en su redacción original, y en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, es imputable directamente al legislador de urgencia.

En el *artículo 1.2 y en la disposición derogatoria única 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, se define y configura el mecanismo incentivador de las energías renovables, que pivota en torno al concepto de retribución específica, que resulta aplicable, en virtud de la *disposición adicional primera de la referida norma*, a todas las instalaciones que a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, tienen derecho a un régimen económico primado, de modo que el juicio realizado por el Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad de dichas normas, conduce a rechazar que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 impugnados, vulneren los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida, al traer causa -en los extremos cuestionados en esta litis- de la regulación contenida en el referido Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013.

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

En el supuesto enjuiciado en este recurso contencioso-administrativo no estimamos que de la regulación del sector eléctrico vigente en aquel momento pudiera considerarse -por sí mismo- un signo externo concluyente bastante para generar en los titulares de instalaciones fotovoltaicas la confianza legítima, esto es, la creencia racional y fundada, de que el régimen retributivo de la actividad de generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables que producía no podía resultar modificado o alterado en el futuro, pues ninguna disposición del RD 661/2007, al que estaban acogidas sus instalaciones, garantizaba que la tarifa regulada fuera inmodificable.

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

Son muy numerosos los pronunciamientos de esta Sala sobre la inexistencia de un derecho inmodificable, en favor de los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, y a las sentencias ya citadas cabe añadir, entre otras, las *SSTS de 13 de septiembre de 2012 (RCA 48/2011)*, *15 de octubre de 2012 (RCA 64/2011)*, *10 de diciembre de 2012 (RCA 138/2011)*, *29 de enero de 2013 (RCA 232/2012)*, *25 de junio de 2013 (RCA 252/2012)*, *1 de julio de 2013 (RCA 305/2012)*, *13 de enero de 2014 (RCA 357/2012)*, *3 de abril de 2014 (RCA 444/2014)*, y otras.

Los reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo a que se ha hecho

referencia han establecido con claridad que los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima no obstan a que el titular de la potestad reglamentaria, introduzca cambios y modificaciones en el régimen retributivo de las energías renovables, dentro del respeto al límite de la rentabilidad razonable fijado por la Ley 24/1997.

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

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

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

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

NOVENO. Vulneración por la Orden Ministerial 1045/2014 de la Directiva Europea 2009/28/CE de fomento de las energías renovables.

La pretendida vulneración del Derecho comunitario se plantea al entender el

recurrente que si bien el anterior régimen retributivo supuso una acción de fomento por parte del Gobierno español para el desarrollo de las energías renovables que diese cumplimiento a los objetivos de la normativa europea, para poder alcanzar los porcentajes de protección y producción de energía eléctrica de origen renovable y asegurar un suministro energético menos dependiente de las importaciones y un modelo más sostenible, el nuevo régimen retributivo aprobado supone una restricción de las fuentes de energía renovable en tanto que hace inviable la explotación económica de las instalaciones de producción.

El hecho de que las últimas modificaciones legales, y muy especialmente por lo que ahora nos interesa la contenida en el Real Decreto-ley 2/2013, persiga introducir medidas para corregir los desajustes entre los costes del sector eléctrico y los ingresos obtenidos a partir de los precios regulados, no es incompatible sino que coadyuva a garantizar un sistema que permita el fomento de estas tecnológicas con un régimen primado y a la sostenibilidad económica del sistema eléctrico. Y así se puso de manifiesto en el Real Decreto 1578/2008 en el que se contenía una clara referencia a la necesidad de conciliar el propósito de fomento de la generación renovable con la contención de los gastos, afirmando que <<así como una retribución insuficiente haría inviables las inversiones, una retribución excesiva podrá repercutir de manera significativa en los costes del sistema eléctrico y desincentivaría la apuesta por la investigación y el desarrollo, disminuyendo las excelentes perspectivas a medio y largo plazo para esta tecnología>>.

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

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

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

DÉCIMO. Nulidad de pleno derecho del *artículo 7 de la Orden Ministerial 1045/2014, así como del artículo 21.4, letra c) del RD 413/2014* al cual desarrolla, al incurrir en arbitrariedad prohibida por el *artículo 9.3 de la Constitución* al

establecer un umbral sin excepciones y en discriminación contraria al *artículo 14 de la Constitución* .

Se aduce por la empresa recurrente que entre los parámetros que determinan la retribución de los proyectos tipo, existe un umbral de horas de funcionamiento, según postula el *artículo 7 de la Orden en desarrollo del artículo 21.4.c del RD 413/2014* . De modo que si no se alcanza un determinado número de horas de producción se pierde del derecho a la retribución específica, cuestionando la parte que dicho umbral no sea modulable cuando circunstancias ajenas al productor no le permiten producir, pues en el caso de las mini hidráulicas factores como los meteorológicos (sequia, avenidas de agua etc) condicionan esta producción, de manera que al fijar un límite mínimo absoluto de horas a producir se está discriminando a aquellas instalaciones que tienen un menor número de horas producibles. Mostrando su disconformidad también porque se fije un umbral en función de unas horas predeterminadas aplicables de forma idéntica a todas las instalaciones de la misma tecnología, sin tener en cuenta las horas producibles, siendo frente que se impongan restricciones técnicas por el operador del sistema

Como ya sostuvimos en la *STS de 9 de junio de 2016 (rec. 496/2014)* , el *art. 13 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio* destinado a regular las instalaciones tipo establece en su apartado segundo que <<A cada instalación tipo le corresponderá un conjunto de parámetros retributivos que se calcularán por referencia a la actividad realizada por un empresa eficiente y bien gestionada, que concreten el régimen retributivo específico y permitan la aplicación de mismo a las instalaciones asociadas a dicha instalación tipo>> y entre los parámetros retributivos más relevantes necesarios para la aplicación de dicho régimen retributivo específico menciona, entre otros el <<umbral de horas de funcionamiento mínimo>> y el <<umbral de funcionamiento>>. Para desarrollar este parámetro retributivo el art. 21 del Real Decreto dispone que <<Los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación cuyo número de horas equivalentes de funcionamiento en dicho año no supere el número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo de la instalación tipo correspondiente, serán reducidos según lo establecido en el presente artículo y serán nulos si no supera el umbral de funcionamiento>>, añadiéndose más adelante que <<En todo caso el umbral de funcionamiento será inferior al número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo>>.

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

Mientras que el anterior régimen retributivo los productores de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos integrados en el llamado "régimen especial" percibían una retribución ligada a la cantidad de energía producida, la retribución consistía en la percepción de la llamada "tarifa regulada" que se dividía en dos partes: por un lado el precio de mercado de la electricidad y por otro

a denominada "prima equivalente" que consistía en la diferencia entre el precio del mercado y la cantidad reconocida como tarifa regulada para cada tipo de instalación. El nuevo régimen diseñado en el Real Decreto-ley y la Ley 24/2013, al margen de las cantidades percibidas por la venta de energía valorada al precio de mercado, se establece una "retribución específica", pero ésta, a diferencia del anterior sistema, no se vincula a la energía producida sino a la unidad de potencia instalada que comprenda los costes de inversión y los costes de explotación de una instalación tipo, que permita a estas tecnologías competir en nivel de igualdad con el resto de las tecnologías en el mercado. Y es importante destacar que el *art. 30.4 de la LSE* establece los parámetros determinantes de la retribución específica lo serán por referencia <<a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada>>.

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

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

Argumenta, sin embargo, la parte recurrente que la posibilidad de no alcanzar el umbral fijado puede deberse bien a la voluntad de su titular o a causas ajenas al mismo (por ej: en una empresa hidroeléctrica no se producirá energía eléctrica si el río no tiene suficiente caudal). Tampoco ésta objeción puede ser estimada. Y ello porque tal y como afirma la Memoria de Análisis de Impacto Normativo de la Orden IET/1045/2014 <<para el cálculo de las horas de funcionamiento de cada instalación tipo se han tomado como base las horas anuales reales que han realizado las instalaciones, según los datos publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para cada instalación tipo>> y que <<partiendo de esos valores, se han establecido consecuentemente el número de horas de funcionamiento mínimo, el umbral de funcionamiento y el número de horas de funcionamiento máximas a efectos de percepción de la retribución a la operación>>. De modo que el umbral se fija sobre la base de datos reales e históricos de funcionamiento de cada instalación tipo, esto es, en relación a concretas instalaciones integradas en cada instalación tipo, por lo que las anomalías de funcionamiento apuntadas por la parte recurrente, que necesariamente se han producido en años anteriores, han quedado reflejadas en los datos obtenidos y se han tomado en consideración para fijar tales umbrales y el número mínimo de horas de funcionamiento, sin que la parte aporte prueba alguna que tales umbrales y valores mínimos sean irracionales, arbitrarios o inalcanzables. Y,

por otra parte, las situaciones excepcionales en las condiciones meteorológicas que incidan en la producción de energía se compensaran, a medio y largo plazo, con otras más beneficiosas para la misma".

Por lo que respecta a la pretendida vulneración del principio de igualdad (*art. 14 CE*) debemos recordar lo que ya sostuvimos en la *STS nº 461/2017, de 16 de marzo de 2017 (rec. 674/2014)* la pretensión de que exista una diferenciación normativa en este concreto extremo que contempla las especificidades de la generación hidroeléctrica hemos de poner de manifiesto, ante todo, que la denominada discriminación por indiferenciación no puede situarse en el ámbito de protección del art. 14, porque este artículo no ampara un pretendido derecho a la desigualdad de trato ni, por ello, la falta de distinción entre supuestos desiguales. Existe una reiterada jurisprudencia constitucional en el sentido de que el principio constitucional de igualdad no da derecho a imponer el establecimiento de un régimen especial o singular en razón de una supuesta naturaleza desigual.

DÉCIMO PRIMERO. Nulidad de pleno derecho de la *Disposición Adicional Cuarta de la Orden IET/1045, relativa a la obligación de envío telemático de todas las comunicaciones por parte de los productores de renovables, residuos y cogeneración, en cuanto resulta contraria al artículo 27.6 de la Ley 11/2007* de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

Se cuestiona la previsión contenida en la disposición adicional cuarta de la referida Orden ministerial, que contempla que las comunicaciones de los productores de energía renovables con la Administración se realicen exclusivamente por vía electrónica, contradice la normativa española en materia de comunicaciones (*art. 38.4 de la LRJJPAC y el art. 27.1 de la Ley 11/2007*) por establecer la comunicación electrónica como obligatoria y como único medio válido de comunicación y por infringir el *art. 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio* , de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos ya que esta obligación solo puede imponerse en casos muy tasados.

Esta Sala considera que la previsión cuestionada, que contempla que las comunicaciones entre el solicitante de la inscripción en el registro del régimen retributivo específico y el órgano instructor se efectúen «exclusivamente» a través de medios electrónicos, contemplando un trámite de subsanación, tiene cobertura en el *artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio* , de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que establece que «reglamentariamente, las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos».

Y como hemos señalado en la *STS nº 461/2017 de 16 de marzo de 2017 (rec. 674/2014)* respecto a la obligatoriedad de la utilización de este medio de comunicación, cabe presumir que el colectivo de los sujetos titulares de instalaciones de generación renovable, que ha debido darse de alta en el sistema de liquidaciones gestionado originalmente por la CNE y actualmente por la CNMC, por sí o a través del correspondiente representante, tiene, por razón del desarrollo de dicha actividad económica, suficiente acceso y disponibilidad de acceso a los medios tecnológicos precisos a los fines del citado *art. 27.6 de la Ley 11/2007* .

En este sentido, ya el Real Decreto 1565/2010 vino, dando nueva redacción al *art. 19 del Real Decreto 661/2007*, a establecer que todos los titulares o explotadores de las instalaciones inscritas en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial deberán enviar al órgano que autorizó la instalación, durante el primer trimestre de cada año, una memoria-resumen del año inmediatamente anterior, y ello, necesariamente en formato electrónico. Y, de igual modo, el mismo Real Decreto 1565/2010 vino a modificar el *art. 6.2 del Real Decreto 1578/2008* expresando que tanto la solicitud de inscripción en el registro de preasignación como todas las comunicaciones ulteriores entre el solicitante y el órgano instructor se realizarían, exclusivamente, por medios electrónicos.

Desde el año 2010 hasta el presente, el acceso y disponibilidad de medios electrónicos, lejos de haberse restringido, se ha ampliado, no cabe sino concluir en la absoluta carencia de fundamento del alegato de la recurrente.

DÉCIMO SEGUNDO. Nulidad del *artículo 8 y del apartado cuarto del artículo 6 de la Orden Ministerial al regular el límite de horas máximo de funcionamiento a efectos de la retribución a la operación, es contraria al artículo 14.2 de la Ley del Sector Eléctrico*.

La Orden Ministerial, establecer un máximo de horas durante las que puede obtenerse una retribución a la operación, conduce a comportamientos ineficientes y antieconómicos por lo que entiende que no ha desarrollado de forma adecuada la previsión del *art. 14.2 de la Ley del Sector Eléctrico*, en el que se dispone que <<la retribución de las actividades se establecerá reglamentariamente con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios que incentiven la mejora de la eficiencia de la gestión, la eficiencia económica y técnica de dichas actividades y la calidad del suministro eléctrico>>.

Al margen de que como hemos razonado anteriormente la fijación de horas de funcionamiento se encuentra implícita en la ley (*art. 30.4 de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico* en la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013), que vincula el cálculo de la retribución específica a la actividad realizada por "una empresa eficiente y bien gestionada".

Esta referencia legal exige, entre otras cosas, que la empresa desarrolle la actividad, por la que recibe la retribución específica, de forma eficiente, lo que conlleva un funcionamiento efectivo de dicha instalación en su actividad de producción de energía eléctrica durante un número determinado de horas de funcionamiento.

Esta Sala ya ha rechazado esta alegación (STS nº 1257/2017 de 13 de julio de 2017 (rec. 856/2014)) señalando que la Orden IET/ 1045/2014, no contiene ninguna limitación a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, sino exclusivamente unos umbrales mínimos y máximos de producción para la percepción de la retribución específica, con la finalidad de evitar incentivar instalaciones poco eficientes o impedir el fomento de las energías renovables más allá de lo que resulte adecuado para garantizar la sostenibilidad del sistema eléctrico, por lo que dichas previsiones son plenamente congruentes con los objetivos de eficiencia económica y técnica que lo informan.

DÉCIMO TERCERO. Nulidad de la *Disposición Adicional Segunda de la Orden por resultar contraria al artículo 115.4 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril* por el que se aprueba el <<Reglamento del Dominio Público Hidráulico que

desarrolla los títulos preliminar, I, IV, V, VI, VII y VIII del Texto refundido de la Ley de Aguas>>.

El recurso cuestiona la Disposición Adicional segunda que en relación con las <<referencias a autorización de explotación>> dispone <<Las referencias incluidas en esta orden a autorización de explotación se entenderán realizadas, en su caso, al acta de puesta en marcha o en servicio>>.

A juicio de la parte recurrente esta redacción resulta ambigua en lo que se refiere a instalaciones como es el caso de las centrales mini hidráulicas, en las que existe una concurrencia de títulos habilitantes para la autorización de puesta en marcha de la central: por una parte el acta de puesta en marcha a la que se refiere el precepto cuestionado de la Orden; y por otra el acta de autorización definitiva que, de conformidad con el art. 115 apartado 4 del RDPH es el acto administrativo emitido por las Confederaciones Hidrográficas que habilita para el funcionamiento de una central mini hidráulica. A su juicio, la fecha de autorización de explotación definitiva de la instalación se ha de corresponder con la fecha del certificado de reconocimiento final de las obras de puesta en marcha efectuado por la Confederación Hidrográfica, en cumplimiento de lo preceptuado en el *artículo 115.4 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril* por el que se aprueba el Reglamento del dominio público hidráulico y el único organismo con plena competencia para emitir la autorización de explotación definitiva de una instalación hidráulica es la Confederación. Por ello solicita que respecto a las centrales hidroeléctricas se acuerde modificar la Disposición Adicional Segunda de la Orden 1045/2014 en el sentido de establecer como documento acreditativo de la puesta en marcha de las centrales hidráulicas el acta de reconocimiento final de obras emitidas por la correspondiente Confederación Hidrográfica.

Para dar respuesta a esta alegación conviene destacar que el régimen anterior al RD-ley 9/2013, el *Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que regulaba entre otras cuestiones los procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, distinguía en su artículo 115* , entre las siguientes autorizaciones: a) la autorización administrativa, que se refiere al anteproyecto de la instalación como documento técnico que se tramitará, en su caso, conjuntamente con el estudio de impacto ambiental, b) la aprobación del proyecto de ejecución, que se refiere al proyecto concreto de la instalación y permite a su titular la construcción o el establecimiento de la misma y c) la autorización de explotación, que permite, una vez ejecutado el proyecto, poner en tensión las instalaciones y proceder a su explotación comercial.

Sobre esta última autorización de explotación, el *artículo 132 del RD 1955/2000* indica que, después de ejecutado el proyecto, se presentará la solicitud de acta de puesta en servicio, acompañada de la documentación que se cita, y dicha acta de puesta en servicio se extenderá por el área o dependencia de Industria y Energía de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno respectivas que hayan tramitado el expediente, previas las comprobaciones que estimen oportunas.

A su vez, el Real Decreto 661/2007, de regulación de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, al regular el procedimiento de registro de las instalaciones de producción en régimen especial, vinculaba el inicio de su régimen económico a la fecha de la autorización de explotación o acta de puesta en marcha a que acabamos de referirnos, al indicar en su artículo 14 que la inscripción definitiva de la instalación en el Registro administrativo de instalaciones de producción

en régimen especial será requisito para la aplicación a dicha instalación del régimen económico regulado en el RD, <<con efectos desde el primer día del mes siguiente a la fecha del acta de puesta en marcha definitiva de la instalación>>.

En definitiva, la fecha de efectos del régimen económico primado que regulaba el RD 661/2007 se situaba en el primer día del mes siguiente a la fecha del acta de puesta en marcha definitiva de la instalación.

Recordemos que, de conformidad con el *artículo 132 del RD 1955/2000* la autorización de explotación coincide con el acta de puesta en servicio de la instalación. Por esa razón, la Disposición Adicional segunda de la Orden IET impugnada indica que <<las referencias incluidas en esta orden a la autorización de explotación se entenderán realizadas, en su caso, al acta de puesta en marcha o en servicio>>.

La norma pretende, por tanto, es fijar ese régimen retributivo tomando en consideración la fecha de puesta en funcionamiento de la instalación, al tratarse de un criterio objetivo y relevante para determinar la antigüedad de la misma. La opción elegida por la norma es objetiva y no puede considerarse irrazonable o arbitraria, siendo representativa del tiempo de funcionamiento efectivo de la instalación y, por lo tanto, de la antigüedad y características de sus equipos.

No se aprecia la discordancia denunciada en este motivo dado que habrá que atender a la normativa tanto eléctrica como sectorial hidráulica para determinar la fecha en que se autorizó por la Administración la puesta en funcionamiento efectiva de dicha instalación, con independencia del *nomen iuris* utilizado en cada caso. Por ello, cuando la norma impugnada se refiere a autorización de explotación o "en su caso" al acta de puesta en marcha o en servicio no se aprecia incompatibilidad o discordancia entre esta previsión y la contenida en el 115.4 del Real Decreto 849/1986 en la que se recoge la exigencia de que en las concesiones de aprovechamiento hidroeléctricos <<se condicionará la explotación total o parcial de éstas a la aprobación del acta de reconocimiento final de las obras correspondientes>>.

DÉCIMO CUARTO. Infracción de los principios constitucionales de garantía de capacidad económica y no confiscatoriedad, en concreto, nulidad de pleno derecho de los Anexos I, II, III, IV, V, VI, VII y VIII de la OM 1045/2014.

Considera que la Orden tiene naturaleza confiscatoria por el gravamen financiero que la normativa introduce respecto de las instalaciones existentes, pues al alterar los parámetros retributivos tiene un efecto pernicioso sobre el cálculo de la rentabilidad. Argumenta que el régimen económico-financiero de las centrales mini hidráulicas y que determinó la decisión inversora de los productores constituye un derecho subjetivo plenamente consolidado del que no puede ser privado sin una indemnización.

Pues bien, con independencia de que no se explica en qué consiste, en su opinión, el principio de capacidad económica al que apela ni tampoco el precepto constitucional que lo establece, referido al sistema tributario, por lo que no guarda relación alguna con el régimen retributivo que nos ocupa, dado que las reducciones retributivas que puedan resultar de la aplicación de este régimen no pueden tener la consideración de impuestos o cargas tributarias, por lo que su argumento carece de la más mínima consistencia.

Lo que la parte parece querer sostener es que el régimen económico financiero

anterior es un derecho subjetivo que no puede ser alterado sin una indemnización, lo cual ya ha sido debidamente rebatido a lo largo de esta sentencia, sin que tampoco puede afirmarse que la regulación tenga un alcance expropiatorio requiriendo una contrapartida indemnizatoria. A tal efecto, volver a reiterar que la derogación del régimen retributivo establecido por el RD 661/2007, se llevó a cabo por determinación expresa de la disposición derogatoria única, apartado 2. a) del RD-ley 9/2013, y no por el RD y la Orden IET impugnados en este recurso. Sin perjuicio de lo anterior, no pueden compartirse las alegaciones de la parte recurrente, porque el concepto de expropiación que expresa el *artículo 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa* requiere una privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, en el sentido de sustracción o ablación coactiva de bienes o derechos patrimoniales incorporados al patrimonio del expropiado, que no está presente en este caso, en el que las empresas recurrentes mantienen la titularidad de las instalaciones de producción de energía eléctrica y las cantidades percibidas conforme al anterior régimen retributivo, incluso en el supuesto de que estas superasen la rentabilidad razonable fijada el conjunto de la vida útil de dichas instalaciones (*Disposición Final Tercera, apartado 4, de la Ley 24/2013*).

Tampoco es posible entender que, en los casos en los que se produce una modificación legal, pueda considerarse como expropiatorio el establecimiento de un nuevo marco retributivo, ni expropiable la mera expectativa a seguir percibiendo idéntica retribución, al no existir un derecho adquirido a la inmutabilidad de las normas ni tampoco al mantenimiento de un determinado régimen retributivo pro futuro y de forma indefinida. Las disposiciones impugnadas, se insiste que dictadas en desarrollo de una norma con rango de ley que derogó el régimen retributivo previsto por el RD 661/2007, constituyen una regulación de carácter general, de delimitación del derecho a la retribución de la producción de energía de fuentes renovables, que respeta el contenido esencial del derecho a la obtención de una rentabilidad razonable de la inversión, garantizado por el *artículo 14.7 de la Ley 24/2013* y por el *artículo 30.4 de la Ley 54/1997*, en la redacción dada por el *artículo 1 del RD-ley 9/2013* y que por ello carece de naturaleza expropiatoria.

DÉCIMO QUINTO. La Orden es contraria al principio de igualdad del *artículo 14 de la Constitución* y al principio europeo de no discriminación, al no tener en cuenta todos los costes derivados de obligaciones públicas, con independencia de si son aplicables sobre todo o parte del territorio Español.

Finalmente la recurrente considera que la Orden es contraria al principio de igualdad del *artículo 14 de la Constitución* y al principio europeo de no discriminación, al no tener en cuenta todos los costes derivados de obligaciones públicas, con independencia de si son aplicables sobre todo o parte del territorio Español. En tienda que la Orden solo considera una parte de los costes obligatorios en que incurren los productores de energías renovables y excluye el Real Decreto 413/2013 al disponer "en ningún caso se tendrán en consideración los costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español y en todo caso, los costes e inversiones deberán responder exclusivamente a la actividad de producción de energía eléctrica".

A su juicio la mención a <<normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español>> puede resultar incierta o confusa, pues determinados impuestos como puede ser el Impuesto sobre el Valor de Producción de Energía Eléctrica, durante un tiempo no resultó de aplicación en la Comunidad Foral de Navarra, por lo que, a su juicio, se debería haber incorporado en la norma una lista de

costes incluidos en el cálculo de los parámetros retributivos. En todo caso, la no contabilización de los gastos obligatorios y no aplicables en todo el territorio español resulta contraria al principio de igualdad ya que la rentabilidad de cada proyecto de renovables varía según el territorio en el que se ubique la instalación, por ello considera que en aras a respetar la unidad del Estado el principio de igualdad consagrado en el *artículo 14 de la Constitución*, es preciso tener en cuenta, como costes de cara a calcular la retribución de las diferentes instalaciones, todos aquellos costes derivados de obligaciones impuestas por cualquier órgano dentro de la estructura territorial del Estado.

Esta alegación ya ha sido desestimada en anteriores pronunciamientos de *este Tribunal Así, en las sentencias de 11 de mayo de 2017 (recurso 526/2014), de 14 de noviembre de 2016 (recurso 545/2014)* afirmamos que "«la posibilidad de computar tan solo los costes o inversiones que no sean de aplicación en todo el territorio nacional tampoco es propia de la Orden impugnada, sino que derivada del Real Decreto-ley 9/2013 y de la Ley 24/2013. La exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013 ya disponía que "en ningún caso se tendrán en consideración los costes e inversiones que vengan determinado por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español" y la modificación en el *art. 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997* ya preveía que "en ningún caso se tendrán en cuenta aquellos costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español". Y en similares términos tal previsión es conforme con el diseño legal previsto en la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, pues con dicha norma legal se intenta evitar la posibilidad de nuevos déficit estructurales en el sistema eléctrico, de modo que la Exposición de Motivos afirma que persigue que <<cualquier medida normativa en relación con el sector que suponga un incremento de coste para el sistema eléctrico o una reducción de ingresos deberá incorporar una reducción equivalente de otras partidas de costes o incremento equivalente de ingresos que asegure el equilibrio del sistema>>, que se plasma en el *artículo 13.5 de dicha norma*, y más adelante la exposición de motivos señala la necesidad de fijar un régimen retributivo <<para realizar la actividad por una empresa eficiente y bien gestionada, mediante la aplicación de criterios homogéneos en todo el territorio español>>, de ahí que su artículo 14.7, al regular el régimen retributivo específico aplicable a estas instalaciones, dispone que <<A estos efectos, en ningún caso se tendrán en consideración los costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español>>, por lo que no es posible dirigir reproche alguno de irrazonabilidad a la Orden impugnada que se limita a recoger las previsiones contenidas en las normas de rango legal, de cuya constitucionalidad no se alberga duda, lo que por sí mismo bastaría para rechazar esta alegación.

Tan solo debe añadirse que esta previsión legal encuentra su fundamento en la distribución competencial entre el Estado y las CCAA con competencias asumidas en esta materia, en la medida que esta norma es una legislación básica para fijar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (*art. 149.1.13 CE*) y las bases del régimen ...energético (*art. 149.1.25 CE*), por lo que siguiendo la doctrina constitucional sobre la legislación básica desde un punto de vista material es incluir <<[...] las determinaciones que aseguran un mínimo común normativo en el sector material de que se trate y, con ello, una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material (*STC 223/2000, de 21 de septiembre*, FJ 6, con cita de las *SSTC 1/1982, de 28 de enero*; *48/1988, de 2 de marzo*, *147/1991, de 4 de julio* y *197/1996, de 28 de noviembre*)>> (*STC*

14/2004, de 13 de febrero , FJ 11), por lo que es una lógica consecuencia de una legislación básica estatal que regula los costes uniformes con cargo al sistema eléctrico nacional, ajeno a las previsiones derivadas de normas autonómicas o locales que puedan imponer costes añadidos.

En definitiva, esta normativa define el régimen básico de la actividad de uno de los sujetos que interviene en el sistema eléctrico, definición que ha de responder a unas características homogéneas en un sistema que opera de forma única para todo el territorio nacional, y, por otro, establece una serie de criterios generales respecto al régimen económico aplicable al mismo, extremos ambos que tienen por finalidad garantizar un desarrollo ordenado de la actividad compatible con la sostenibilidad económica y técnica del sistema en su conjunto, uno de los objetivos fundamentales de la LSE. Se trata, entonces, de una cuestión que se sitúa en el ámbito de la ordenación básica de las actividades de suministro de energía eléctrica y del establecimiento de su régimen económico, para lo que los títulos de los arts. 149.1.13 y 25 CE proporcionan fundamento competencial adecuado (STC 60/2016 de 17 de marzo , FJ 3).»

DÉCIMO SEXTO. Conclusión.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso en el que se pretende la nulidad total o parcial de la Orden IET/1045/2014 y consecuentemente resulta inviable la pretensión de que se restituya la situación jurídica individualizada subordinada a la nulidad pretendida.

DECIMO SÉPTIMO. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.1 de la LJ no procede la imposición de las costas causadas en el presente 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

Que debemos DESESTIMAR el recurso interpuesto por la Asociación Administrativa Productores de Energía Hidroeléctrica URWATT y APUEE, asistidos por el Letrado Nerea Goiriena, contra la Orden Ministerial IET/1045/2014 por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado, presidente D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA DE 5 DE MARZO DE 2018 (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 674/2015), AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a Maria Isabel Perello Domenech.

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, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

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

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

PRIMERO.- Comenzaré señalando que el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, que luego fueron desarrollados por las normas reglamentarias que son aquí objeto de controversia, introdujeron en el régimen retributivo específico para la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, un cambio normativo de trascendencia y calado muy superiores a los de otras modificaciones normativas anteriores, como fueron las introducidas en su día por el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, y el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, en relación con la retribución de actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial que hasta entonces venía regulada por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo.

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

Aquellas modificaciones introducidas en el año 2010 fueron enjuiciadas por

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

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

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

Es cierto que son normas de rango legal las que establecen las bases del régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos. Así, partiendo del propósito declarado de asegurar una "rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación", tales normas legales contemplan un régimen retributivo

adicional por la venta de la energía generada por alguna de aquellas instalaciones "... compuesto por un término por unidad de potencia instalada que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo " - artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2013 (que da nueva redacción al artículo 30 de la Ley 54/1997) y artículo 14 de la Ley 24/2013, así como disposiciones finales 2ª del Real Decreto- ley 9/2013 y 3ª de la Ley 24/2013 -.

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

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

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

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

El Real Decreto y la Orden podrían haber establecido que a partir de la entrada en vigor de la reforma las instalaciones preexistentes quedasen incardinadas en alguna de las categorías de instalaciones que se contemplan, para aplicarles en lo sucesivo el régimen correspondiente a esa categoría de instalación. Pero lo que hace la regulación

reglamentaria es algo mucho más complejo y, al mismo tiempo, ajeno a la realidad de las cosas, pues parte de la base -una base necesariamente ficticia y, por ello mismo, perturbadora- de que las instalaciones siempre estuvieron sujetas a la normativa que ahora se insta, como si no hubiese existido una regulación anterior y toda la vida de la instalación hubiese sido un continuo homogéneo sometido *ex tunc* al nuevo régimen regulatorio.

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

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

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

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

Tampoco cabe entender que el drástico cambio regulatorio introducido en el 2014 fuese previsible. Es cierto que ante la notoria necesidad de reducción del déficit

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

Ahora bien, esta conclusión respecto de las normas con rango legal no es trasladable sin más a la regulación contenida en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, dado que el sistema retributivo específico, apenas enunciado en 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 el 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 desarrollada por la instalación desde su inicio.

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

Es cierto, ya lo he señalado, que tanto el *Real Decreto-ley 9/2013 (disposición transitoria 3^a y derogatoria única)* como la *Ley 24/2013 (disposición*

transitoria 6 a) dejaron establecido que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, o Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, según los casos); y que recibirían esa retribución con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el desarrollo reglamentario. Sin embargo, es en el Real Decreto 413/2014 donde se materializa y concreta el alcance de aquella previsión legal; y lo hace la norma reglamentaria en términos que resultan vulneradores de los 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 la fijación de los parámetros, con explicaciones suficientes sobre la razón de ser de los valores estándar en los que se asientan aquellos parámetros.

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

1. Análisis de los valores estándar históricos de las principales variables con impacto en el coste total de producción de las tecnologías de generación de electricidad en régimen especial en España y contraste con las hipótesis de modelización y datos internos utilizados por el 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 (recurso contencioso-administrativo 179/2014 , F.Jº 3º) << (...) la motivación de una disposición administrativa como la impugnada debe proporcionarla la propia disposición, por si misma o por su referencia al expediente administrativo tramitado al efecto, sin que impida o subsane la infracción del principio de transparencia del artículo 15 de la Ley 54/1997 , que hemos apreciado, la posterior explicación o justificación del acto dada por la Administración o por su representante en vía de recurso>> .*

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

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

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

Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Diego Cordoba Castroverde** , estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.