

Roj: STS 1696/2017 - **ECLI:**ES:TS:2017:1696
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 685/2014
Nº de Resolución: 770/2017
Fecha de Resolución: 05/05/2017
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

RD 413/2014 e IET/1045/2014. Renovables. Cogeneración-Purines. -GALLEGA DE RESIDUOS GANADEROS SA.-

Encabezamiento

SENTENCIA

En Madrid, a 5 de mayo de 2017

Esta Sala ha visto constituida la **Sección Tercera** por los magistrados al margen relacionados el recurso contencioso-administrativo nº 685/2014 y 686/2014 acumulados, interpuestos por GALLEGA DE RESIDUOS GANADEROS SA, representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, con la asistencia letrada de D. Francisco Javier García Martínez, contra el Real Decreto 413/2014 de 6 de junio y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por los que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y se fijan los parámetros retributivos de las instalaciones, a partir de fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos. Se ha personado como demandado el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dictado el Real Decreto 413/2014 de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, fue publicado en el BOE de 10 de junio de 2014. Dictada 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 energías renovables, cogeneración y residuos, fue publicada en el BOE de 20 de junio de 2014.

SEGUNDO.- La representación procesal de GALLEGA DE RESIDUOS GANADEROS SA, interpuso recursos contencioso-administrativos el 9 de septiembre de 2014 contra el RD 413/2014 que se siguió ante esta Sala con el número 1/ 685/2014 , y contra la Orden IET/1045/2014 seguido ante esta Sala con el número 1/686/2014,

posteriormente acumulados. La Sala tuvo por interpuesto ambos recursos, y por personado al recurrente, procediéndose a reclamar los expedientes administrativos correspondientes.

Admitido los recursos se suspendió el plazo de formalizar demanda y se solicitaron ampliaciones de los expedientes administrativos.

TERCERO.- Se incorporaron a los autos oficio del Tribunal Constitucional por la que se comunicaba a la Sala la admisión del conflicto positivo de competencia núm. 5958/2014, promovido contra determinados artículos del RD 413/2014.

Por providencia de 14 de noviembre de 2014 se procedió a dar traslado a las partes para alegaciones.

La recurrente se opone a la suspensión, y el Abogado del Estado solicita que se suspenda el procedimiento, a la espera de que se resuelva el mencionado conflicto positivo de competencia.

CUARTO.- Por Providencia de 12 de febrero de 2015, la Sala acordó no haber lugar a la acumulación de los recursos que se tramitan en la misma sección, llevándose testimonio a los recursos 1/542/14, 1/549/14, 1/557/14, 1/668/14, 1/686/14, 1/745/14, 1/757/14, 1/793/14, 1/795/14, 1/810/14, 1/815/14, 1/833/14, 1/835/14, 1/837/14, 1/838/14, 1/839/14, 1/840/14 y 1/844/14.

QUINTO. - Mediante escrito de 21 de abril de 2015, la Administración del Estado comunica a esta Sala la existencia de un expediente ante la Comisión Europea de examen preliminar de ayudas del Estado -Nº de asunto SA.40348.2014N- y que dicho expediente se ha extendido al régimen de retribución de las energías renovables anterior al vigente, por lo que el Abogado del Estado solicita la suspensión de la tramitación procesal del recurso a resultas de la decisión que en su momento adopte la Comisión Europea.

Mediante providencia de 12 junio de 2015 se procedió a requerir a la Administración del Estado la aportación de copia de la comunicación estatal a la Comisión Europea sobre inicio del procedimiento de examen preliminar y régimen de retribución de las energías renovables.

Cumplido el requerimiento y dado plazo de alegaciones, la parte recurrente manifiesta que no existe causa para acordar la suspensión solicitada por la Administración.

Por Auto de 17 de julio de 2015, la Sala acordó no haber lugar a la suspensión del procedimiento que propugnaba la Administración.

SEXTO. - Recibido el expediente administrativo, y concedido plazo para formalizar la demanda, GALLEGA DE RESIDUOS GANADEROS SA presentó su escrito de demanda el 10 de julio de 2015, en el recurso planteado contra el RD 413/2014, en el que expuso los motivos que consideró oportunos, y suplicó a la Sala dicte sentencia por la que se anulen y dejen sin efecto aquellas disposiciones del RD que se refieren al régimen retributivo de aplicación a las instalaciones existentes, en particular:

- La Disposición Adicional Segunda,

- La Disposición Transitoria Octava,
- Título IV, Capítulo I (artículos 11 a 27 ambos incluidos),
- Anexo XIII,

-En general, cualquier otra disposición a la que éstas se remitan o que regulen el régimen retributivo correspondiente a las instalaciones existentes como la planta de purines de la recurrente.

Mediante otrosí digo, solicita el recibimiento del pleito aprueba (documental incorporada al expediente administrativo, y la acompañada al escrito de demanda; periciales aportadas: como documento 3 el informe BLUECAP MANAGEMENT CONSULTING SL (solicitada por ADAP), como documento 4 el Informe de D. Adolfo(de ILV SILVER); Testigo Perito para la ratificación del informe 4. Interesa la celebración del trámite de conclusiones escritas, y fija la cuantía del recurso es indeterminada.

Por escrito de 30 de julio de 2015 formulaba demanda en el recurso planteado contra la IET/1045/2014, y la demandante tras las alegaciones que consideró oportunas, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia por la que se anulen y dejen sin efecto los parámetros retributivos establecidos para la planta de purines titularidad de GALLEGA DE RESIDUOS GANADEROS SA (código IT-01426).

Por otrosí digo estima la cuantía como indeterminada, solicita el recibimiento a prueba [Documental, por reproducido el expediente administrativo y la acompañada con el escrito de demanda, y los DVDs 4 y 5 y CD 2 del expediente administrativo, que fueron declarados confidenciales y en los que se recoge el expediente técnico justificativo de los parámetros establecidos por la Orden; Pericial aportada como documento 3 el informe de BUECAP MANAGEMENT CONSULTING SL (solicitado por ADAP), como documento 4 el informe de D. Adolfo, de ILV SILVER; y testifical pericial del perito del informe número 4], y solicitó el trámite de conclusiones escritas.

SÉPTIMO .- El Abogado del estado en su escrito de contestación a la demanda de 27 de julio de 2015, realiza alegaciones sobre la inadmisibilidad de las pretensiones de nulidad contra normas jurídicas formuladas de forma genérica; y sobre incompetencia de jurisdicción al cuestionarse la regulación del RD-ley 9/2013 y la LSE/2013, la inconstitucionalidad de esos preceptos sustentan parte de la nulidad respecto del RD 413/2014, lo que provocaría la inadmisión de acuerdo con elArt. 69.a) LJCA.

Tras realizar manifestación al respecto de la procedencia de suspender el curso del procedimiento, realizó los razonamientos que a su derecho convenían y suplicó se dicte sentencia por la que se inadmita en su totalidad y subsidiariamente lo desestime íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en costas al actor. Aporta documentación elaborada por el IDAE sobre las plantas de tratamiento y reducción de purines de porcino, información sectorial y costes energéticos de producción.

En su escrito de 5 de octubre de 2015, de contestación a la demanda en el recurso contra la Orden IET/1045/2014, tras las consideraciones que consideró oportunas aportó como documentación informes del IDAE, en relación a la Metodología para la definición de instalaciones tipo, referida al Área de Cogeneración para demostrar la racionalidad y motivación de los cálculos realizados para determinar las

instalaciones tipo, sus categorías, valores y sus parámetros de la Orden IET y su adecuación a derecho, solicitando el recibimiento a prueba. Se opone a la prueba propuesta de contrario.

OCTAVO .- Por Decreto de 16 de septiembre de 2015, se fija la cuantía como indeterminada. En el Auto de 29 de septiembre de 2015 se acordó el recibimiento del pleito a prueba, admitiéndose la propuesta por la parte recurrente y por el Abogado del Estado. Y por Auto de 6 de noviembre de 2015, la Sala acordó acumular los recursos 1/ [685/2014](#) y 1/686/2014.

NOVENO .- El Abogado del Estado aportó al procedimiento un documento del Parlamento Europeo en el que se rechaza una solicitud de la Asociación Nacional de Productores e Inversores de Energías Renovables (ANPIER) en la que se pedía que abriera una investigación a España por el cambio regulatorio de los apoyos a las renovables. La Administración del Estado pone de manifiesto que el mencionado documento indica "no procede tomar ninguna acción legal contra España porque la reforma eléctrica es una recomendación del propio Consejo, en línea con las Directrices de ayudas de Estado de la comisión y la elección de los sistemas de apoyo a las RES es una competencia de cada EEMM para poder cumplir con los objetivos 2020 y no hay ninguna limitación en la Directiva 28/2009/CE".

DÉCIMO .- Por Decreto de 25 de mayo de 2016, se acuerda estimar en parte el recurso de reposición planteada por el Abogado del Estado, contra la Diligencia de Ordenación de fecha 5 de mayo de 2016, dejando sin efecto el requerimiento respecto de la presentación de la documentación origen del presente recurso por vía Lexnet, manteniéndola en el resto de sus pronunciamientos, sin hacer imposición de costas.

UNDECIMO .- Por Decreto de 21 de septiembre de 2016, se fija la cuantía del procedimiento como indeterminada. En Auto de 5 de octubre de 2016, se acuerda recibir el recurso a prueba. Por providencia de 18 de octubre de 2016, se acordó la extensión de los efectos de la ratificación del perito, practicada en el recurso [685/2014](#) , al recurso 686/2014, acumulado.

DUODECIMO .- Se formularon alegaciones por la parte recurrente y por el Abogado del Estado.

DECIMOTERCERO .- Mediante providencia de fecha 2 de diciembre de 2016 se acordó conferir a las partes un plazo común de diez días para que pudiesen formular alegaciones acerca de la incidencia que pueda tener sobre las cuestiones suscitadas en este proceso la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional,STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 19 de 22 de enero de 2016.

Este trámite de alegaciones se cumplimentó por las partes demandada y demandante mediante sendos escritos presentados los días 12 y 22 de diciembre de 2016, respectivamente.

DECIMOCUARTO.- Practicado lo anterior, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 25 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, en sustitución

del ponente designado Excm. Sra. D^a Maria Isabel Perello Domenech, que formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recursos contencioso-administrativo nº 685/2014 y 686/2014 acumulados, los interpone la representación de la mercantil GALLEGA DE RESIDUOS GANADEROS SA, contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos; y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

La actora a lo largo de su escrito de demanda hace referencia a que es titular de una planta de cogeneración asociada al tratamiento de purines, de 14,804 MW de potencia ubicada en Sarreaus, Ourense. Manifiesta que las plantas de cogeneración se caracterizan por ser instalaciones industriales de muy alta eficiencia, capaces de generar energía eléctrica y calor útil en el mismo proceso productivo. Su implementación y puesta en marcha conlleva altos costes de inversión y explotación. Además alega que concurre la circunstancia particular de que una de las plantas de cogeneración (Sarreaus) se encuentra asociada al tratamiento de purines, residuo orgánico generado en las explotaciones de ganado porcino, lo que puede convertirse en un producto altamente contaminante si no se gestiona adecuadamente.

La instalación recibía una retribución asociada a una planta de cogeneración, una planta de tratamiento de purines y una planta de tratamiento de lodos de aceite de oliva con año de autorización de explotación definitiva 2003 y rango de potencia entre 10 y 25 MW.

Como hemos visto en los antecedentes, en el suplico de la demanda la parte actora pide, dicho ahora de forma resumida, se anulen y dejen sin efecto aquellas disposiciones del RD que se refieren al régimen retributivo de aplicación a las instalaciones existentes, en particular:

- La Disposición Adicional Segunda,
- La Disposición Transitoria Octava,
- Título IV, Capítulo I (artículos 11 a 27 ambos incluidos),
- Anexo XIII,

-En general, cualquier otra disposición a la que éstas se remitan o que regulen el régimen retributivo correspondiente a las instalaciones existentes como la planta de purines de la recurrente.

Y en relación a la Orden Ministerial impugnada, que se anulen y dejen sin efecto los parámetros retributivos establecidos para la planta de purines titularidad de GALLEGA DE RESIDUOS GANADEROS SA (código IT-1426).

Por lo demás, la demandante sustenta sus pretensiones anulatorias en los argumentos que pasamos a sintetizar:

1. Por omisión del trámite de audiencia como titular de una instalación de producción de energía eléctrica de cogeneración asociada al tratamiento de purines, y la falta de emisión de informes en la elaboración de la Orden IET/1045/2014, con vulneración del artículo 62.2 de la LJPAC.

2. El marco retributivo establecido en las disposiciones impugnadas vulnera, en determinados aspectos, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución). La fijación de parámetros retributivos la Orden IET/1045/2014 se ha hecho sin ninguna motivación, lo que constituye una arbitrariedad. En particular, la demandante expone con detenimiento lo que considera manifestaciones de la arbitrariedad del marco retributivo respecto de las instalaciones de producción de electricidad con tratamiento de purines, señalando que no se ha tenido en cuenta la singularidad de estas instalaciones con relación a las demás plantas de cogeneración, en particular en aspectos tales como la toma en consideración de "otros ingresos de explotación" (*sobrestimación* de los ingresos estimados por la producción de calor útil y *subestimación* de la electricidad auto-consumida y de los costes reales de inversión).

3. La recalificación de parte de los beneficios del pasado como "irrazonables" y su posterior compensación con la retribución futura son supuestos de retroactividad prohibida (artículo 9.3 de la Constitución).

4. Vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima (artículo 9.3 de la Constitución).

5. Los ingresos estándar imputados a las instalaciones tipo infringen el principio de legalidad, al considerar ingresos distintos de los previstos en el artículo 30.4 de la Ley del Sistema Eléctrico.

6. El régimen retributivo establecido por el RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 resulta incompatible con la normativa comunitaria existente en materia de fomento de las energías renovables.

7. El régimen retributivo establecido por el RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 de parámetros vulnera el principio de rentabilidad razonable. Sobre la rentabilidad razonable fijada por el RD para las instalaciones existentes, considera que no toma en cuenta la particularidad del negocio o actividad sobre la que se aplica, ni examina los riesgos a la inversión, ni la gestión real de la empresa Y se asocia la rentabilidad razonable a las obligaciones del Estado y no al Wacc. Daño especial para las plantas de purines, que constituye una discriminación respecto al trato regulatorio otorgado a otras tecnologías sin tantos costes de operación. No permite a los productores competir en condiciones de igualdad con otras tecnologías. (Rinv, Ro).

SEGUNDO.- El Abogado del Estado en su contestación a la demanda, alega la causa de inadmisibilidad del recurso por falta de jurisdicción, o al menos lo son parte de sus pretensiones -que el Abogado del Estado no individualiza- porque si bien la parte actora intenta aparentar que su recurso se dirige contra las normas de rango reglamentario que recurre, en rigor lo que pretende impugnar es el contenido del Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013.

La causa de inadmisibilidad no puede ser acogida, pues aunque sea cierto que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET 1045/2014 se dictaron en desarrollo y

aplicación de las normas con rango legal que cita el Abogado del Estado, el RD-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, sin embargo el recurso contencioso administrativo se dirige, con toda claridad, contra las citadas normas reglamentarias, que de conformidad con el artículo 25.1 de la LJCA constituyen una actividad administrativa impugnada ante esta jurisdicción, que debe pronunciarse por tanto sobre las pretensiones anulatorias de las disposiciones reglamentarias deducidas en la demanda.

La causa de inadmisibilidad que opone el Abogado del Estado, relativas a que se formulan de forma genérica las pretensiones de nulidad contra las normas jurídicas, al pretender la anulación del RD 413/2014 y la de "cualesquiera otra disposición a que éstas se remitan o que regulen el régimen retributivo correspondiente", lo que no permitiría incluir la orden IET/1045/2014, que manifiesta el Abogado del Estado, no ha sido recurrida en forma, por lo que la pretensión de nulidad alcanzaría a preceptos ajenos a la situación del recurrente, y desvinculados de su interés legítimo.

No cabe acoger la causa de inadmisibilidad, dado que el Abogado del Estado realiza esa oposición al contestar la demanda relativa al RD 413/2014 impugnado, pero no realiza la misma impugnación en la contestación a la demanda relativa a la Orden IET/1045/2014, recursos que hasta ese momento se tramitaron separados y se han acumulado. Y sobre la falta de referencia a los concretos preceptos impugnados del Real Decreto, la recurrente desarrolla los preceptos a lo largo de los fundamentos jurídicos de su demanda, cuya conexión con su interés legítimo no se cuestiona por el Abogado del Estado.

Además, a lo largo del recurso se aduce la vulneración de infracciones referidas al principio de irretroactividad de las normas, confianza legítima y seguridad jurídica, que tienen incidencia directa sobre el conjunto de los preceptos de la resolución impugnada, tal y como han sido planteados en la demanda, por lo que no se aprecia la concurrencia de este defecto.

A continuación examinaremos las cuestiones suscitadas y motivos de impugnación esgrimidos por la parte actora, aunque por razones de sistemática lo haremos alterando el orden en que han sido formulados. Por lo demás, algunas de las cuestiones que suscita la demandante son sustancialmente coincidentes con las planteadas en los recursos 428/2014, 431/2014, 485/2014 y 508/2014, donde las allí recurrentes también cuestionan el tratamiento que se dispensa en la Orden IET/1045/2014 a las plantas de tratamiento de purines, por lo que nuestra respuesta será coincidente en aquellos extremos que estos procesos tienen en común.

TERCERO. - Consideraciones generales .

Conviene empezar por afirmar que ni el Real Decreto 413/2014 ni la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/1045/2014, impugnados en este recurso, crean " *ex novo* " el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

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

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

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

Los elementos esenciales de este nuevo sistema ya se encontraban en el artículo 1 del Real Decreto-ley por el que se modifica el artículo 30.4 de la ley 54/1997, vinculando la retribución de estas instalaciones a la venta de energía valorada al precio de mercado, estableciendo una retribución específica por unidad de potencia instalada que comprenda los costes de inversión y los costes de explotación de una instalación tipo, aplicando la rentabilidad razonable *"a lo largo de su vida útil regulatoria"*, y especificando que el cálculo de la rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado, que se concretó en un incremento de 300 puntos básicos (Disposición Adicional Primera).

Régimen que es asumido por la Disposición Final Tercera de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico por remisión a los criterios fijados por el Real Decreto-Ley 9/2013, añadiendo en su apartado cuarto, a modo de cláusula de cierre del sistema, que "En ningún caso podrá resultar de dicho nuevo modelo retributivo la reclamación de las retribuciones percibidas por la energía producida con anterioridad al 14 de julio de 2013, incluso si se considerase que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad".

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

Ahora bien, estas normas reglamentarias, que constituyen el objeto directo de este recurso, no introducen novedades en los elementos esenciales, ni puede entenderse que con ellas se defina un nuevo régimen jurídico desconocido o al menos imprevisible en su configuración final que no estuviese ya establecido en todos sus elementos básicos por las normas legales antes referidas. El cálculo de la retribución específica sobre parámetros estándar (costes de explotación y valor de la inversión) en función de las *"instalaciones tipo"* que se establezcan, o la proyección del nuevo

modelo retributivo desde el comienzo del funcionamiento de las instalaciones y a lo largo de toda "su vida útil regulatoria" -con el límite de no tener que devolver las retribuciones ya percibidas que superasen la rentabilidad razonable fijada para cada una de las instalaciones tipo-, entre otras cuestiones, ya se contenían en dichas normas legales, por lo que el nuevo régimen retributivo ahora impugnado ni se crea ni se define por vez primera por las normas ahora impugnadas.

En definitiva, la modificación del régimen retributivo primado establecido por el RD 661/2007, no es obra de las disposiciones generales que se impugnan en este recurso, el RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, que se limitan al desarrollo del nuevo régimen retributivo introducido por el RD-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 RD-ley 9/2013.

Es por ello que los motivos de impugnación que aduce la parte recurrente, referidos a la infracción de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad por el cambio del modelo retributivo y su aplicación a las instalaciones ya existentes no puede imputarse directamente a las disposiciones generales ahora impugnadas, contra las que no se invoca en la demanda defecto alguno por extralimitación en la habilitación legal, sino que deben referirse a las normas con rango de ley que las disposiciones impugnadas desarrollan.

Sentada esta premisa, cobran especial relevancia los pronunciamientos del Tribunal Constitucional contenidos en sus sentencias 270/2015, de 17 de diciembre, 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 18 de febrero, 30/2016, de 18 de febrero y 61/2016, de 17 de marzo, en las que se analizó la adecuación a la Constitución del Real Decreto Ley 9/2013, y se descartó la pretendida vulneración de los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima que ahora invoca la parte recurrente.

Los pronunciamientos contenidos en tales sentencias constituyen la obligada referencia para abordar tales infracciones y sirven para descartar la necesidad de plantear una nueva cuestión de inconstitucionalidad sobre estas mismas infracciones.

CUARTO.- Sobre el principio de retroactividad prohibida.

La parte recurrente considera que el Real Decreto 413/2014 proyecta sus efectos hacia el pasado, pues para calcular la rentabilidad razonable aplicable se retrotrae a los costes de la inversión y a la vida útil de la instalación, lo que supone regular hacia atrás, ya que tiene en cuenta las primas ya recibidas, por lo que se trata de un supuesto de retroactividad prohibida, en el que la retribución cobrada en el pasado mermaría la del futuro, ya que tiene la condición de entrega a cuenta, y con el nuevo régimen puede darse el caso, como sucede con algunas instalaciones eólicas, que ya han percibido más que la rentabilidad razonable prevista en el Real Decreto, lo que supondría que tendrían que devolver lo cobrado de más, prueba evidente de que el Real Decreto 413/2014 incurre en retroactividad prohibida.

La sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015-y las demás antes citadas-examinaron la cuestión de si el RDL 9/2013 incurre en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE, al derogar de forma expresa el RD 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 TC citada que el límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes garantizado por el artículo 9.3 se circunscribe a las leyes sancionadoras y las restrictivas de derechos individuales, y que fuera de dichos ámbitos nada impide al legislador dotar a la ley de efectos retroactivos, pues lo contrario podría conducir a situaciones de petrificación del ordenamiento jurídico.

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

«Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3, y65/1987, de 21 de mayo, FJ 19), lo que se prohíbe en eseart. 9.3 CEes la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas,SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), y178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9], de forma que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos delart. 9.3 CEcuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas [STC 99/1987, FJ 6 b)], supuesto en el que la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. Por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

En suma, conforme a la doctrina de este Tribunal, elart. 9.3 CEno contiene una prohibición absoluta de retroactividad que conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias alart. 9.3 CE(STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11), ni impide que las leyes puedan afectar a derechos e intereses derivados de situaciones jurídicas que siguen produciendo efectos, pues no hay retroactividad proscrita cuando una norma regula pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor o cuyos efectos no se han consumado, ya que el legislador puede variar ex nunc el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 9).

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

De este modo una medida normativa como la impugnada no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida por elart. 9.3 CE, pues nos hallamos ante relaciones jurídicas no concluidas, cuya resistencia a la retroactividad de la ley es menor que en

los supuestos de retroactividad auténtica, debiendo reconocérsele al legislador un amplio margen de libertad en la constatación de la concurrencia de circunstancias concretas y razones que pudieran ser discutibles en el debate político, pero que, desde el punto de vista constitucional, aparecen como suficientes para justificar la retroactividad impropia ante la que nos encontramos.

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

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

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

A su vez la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, 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 período regulatorio se iniciará en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013.

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

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

Es cierto que para el cálculo de la rentabilidad razonable se toman en consideración las retribuciones ya percibidas en el pasado proyectando el nuevo

modelo retributivo desde el comienzo del funcionamiento de las instalaciones, pero esta previsión tan solo implica que la rentabilidad razonable que tienen derecho a percibir los titulares de estas instalaciones se calcula sobre toda "su vida útil regulatoria" sin tener que devolver las cantidades ya percibidas en el pasado, como 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 susentencia 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.

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

liquidables devengados por las instalaciones con arreglo al régimen anterior.

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

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

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

Dicha hipótesis constituiría, sin duda, un supuesto de retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE, al afectar a "*derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto*", como señalan las STC 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).

Concluiremos señalando, de conformidad con lo expuesto en los párrafos anteriores, que la Orden IET/1045/2014 no incurre en retroactividad ilícita; y que cuando dicha Orden y el Real Decreto 413/2004 fueron dictados estaban ya derogadas, por virtud del Real Decreto-ley 9/2013, las normas reguladoras a las que pretende acogerse la demandante, esto es el artículo 30 de la Ley 54/1997 en su redacción originaria y el Real Decreto 661/2007.

QUINTO.- Sobre la infracción del principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

La citada STC 270/2015 (F.D. 7) inicia el examen de la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima por el Real Decreto-ley 9/2013

señalando que esta norma legal no es "una norma incierta o falta de la indispensable claridad, pues cuenta con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados".

Seguidamente, la indicada STC razona que el principio de seguridad y su corolario, el principio de confianza legítima, no resultan vulnerados por las modificaciones en el régimen retributivo llevadas a cabo por el Real Decreto-ley 9/2013, en la forma siguiente:

«El principio de seguridad jurídica, entendido como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación de derecho, no resulta afectado por los preceptos que son objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, ni se justifica en el texto de la demanda en qué medida tales preceptos pueden generar confusión o incertidumbre en su aplicación. No estamos ante una norma incierta o falta de la indispensable claridad, pues cuenta con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados.»

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

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

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

«El preámbulo del Real Decreto-ley determina que su objeto es evitar la "sobre-retribución" de determinadas instalaciones de régimen especial, sin que los

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

«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.»

Aceptada la conformidad con los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima del nuevo régimen retributivo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables instaurado por el Real Decreto-ley 9/2013, debe resaltarse, en lo que se refiere a este recurso, que el escrito de demanda, a pesar de que se dirige contra las normas de desarrollo, el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, sin embargo guarda silencio sobre la forma en que estas normas reglamentarias impugnadas vulneran los antedichos principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima, limitándose a referir las vulneraciones a la "revocación" del régimen retributivo anterior y su sustitución por uno nuevo, con olvido de que, como hemos repetido, esa "revocación" no es obra de las normas reglamentarias impugnadas en este recurso, sino de las disposiciones con rango legal que desarrollan.

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que tampoco cabe apreciar ninguna vulneración de tales principios por las disposiciones impugnadas, desde la perspectiva de la jurisprudencia elaborada por esta Sala.

El artículo 3.1 de la Ley 30/1992 sujeta la actuación de las Administraciones Públicas al respeto de los principios de buena fe y confianza legítima, y como señala la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, que introdujo estos principios al dar nueva

redacción al citado artículo 3 de la Ley 30/1992, se trata de principios derivados del de seguridad jurídica, que venían siendo aplicados por la jurisprudencia contencioso administrativa, haciendo referencia el segundo a *"la confianza de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente."*

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional STC 150/1990 y otras, así como con el voto particular concurrente de la STC 270/2015, el principio de seguridad jurídica *"protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles"*.

A su vez, la jurisprudencia de esta Sala, recogida en las sentencias de 10 de mayo de 1999 (recurso 594/1995), 6 de julio de 2012 (recurso 288/2011), 22 de enero de 2013 (recurso 470/2011) y 21 de septiembre de 2015 (recurso 721/2013), entre otras, señala que el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de seguridad jurídica y buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta *"que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones."*

Este principio de confianza legítima encuentra su fundamento último, de acuerdo con las sentencias de esta Sala de 24 de marzo de 2003 (recurso 100/1998) y 20 de septiembre de 2012 (recurso 5511/2009), *"en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y el deber de coherencia de dicho comportamiento"*, y en el principio de buena fe que rige la actuación administrativa, pues como afirma la sentencia de la Sala de 15 de abril de 2005 (recurso 2900/2002) y nuevamente la ya referenciada de 20 de septiembre de 2012, *"si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado."*

Ahora bien, 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 presente caso desde luego no existe, o al menos no se invoca en la demanda, ningún tipo de compromiso o de signo externo, dirigido por la Administración a los recurrentes, en relación con la inalterabilidad del marco regulatorio vigente en el momento de inicio de su actividad de generación de energía procedente de fuentes renovables.

Tampoco estimamos que el ordenamiento vigente en aquel momento pudiera considerarse -por sí mismo- un signo externo concluyente bastante para generar en la

parte recurrente la confianza legítima, esto es, la creencia racional y fundada, de que el régimen retributivo de la energía eléctrica que producía no podía resultar alterado en el futuro, pues ninguna disposición del Real Decreto 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 producción de energía eléctrica a partir 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:

Así, hace ya más de diez años, esta Sala señalaba, en la sentencia de 15 de diciembre de 2005 (recurso 73/2004), recaída en un procedimiento sobre la legalidad del Real Decreto 436/2004, de metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, que *"ningún obstáculo legal existe para que el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con que cuenta en una materia fuertemente regulada como la eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución siempre que se mantenga dentro del marco establecido por la LSE."* y en el mismo sentido, la STS de 25 de octubre de 2006 (recurso 12/2005), recaída en un recurso en el que se impugnaba el Real Decreto 2351/2004, de modificación del procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico, señalaba que el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico permitía a las empresas correspondientes aspirar a *"unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales"* o, a *"una retribución razonable para sus inversiones"*, sin que el régimen retributivo analizado garantice, por el contrario, a los titulares de instalaciones en régimen especial *"la intangibilidad de un determinado nivel de beneficios o ingresos por relación a los obtenidos en ejercicios pasados, ni la permanencia indefinida de las fórmulas utilizables para fijar las primas."*

Esta línea jurisprudencial ha continuado hasta nuestros días, en sentencias de este Tribunal de 20 de marzo de 2007 (recurso 11/2005), 9 de diciembre de 2009 (recursos 149/2007 y 152/2007), 12 de abril de 2012 (recurso 40/2011), 13 de septiembre de 2012 (recurso 48/2011), 15 de octubre de 2012 (recurso 64/2011), 10 de diciembre de 2012 (recurso 138/2011), 29 de enero de 2013 (recurso 232/2012), 29 de mayo de 2013 (recurso 193/2010) y de 16 de marzo de 2015 (recurso 118/2013), entre otras, en las que este Tribunal ha venido insistiendo, ante sucesivas modificaciones normativas, en que no era posible reconocer pro futuro a los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, un "derecho inmodificable" a que se mantenga inalterado el marco retributivo aprobado por el titular de la potestad reglamentaria, siempre que se respeten las prescripciones de la Ley del Sector Eléctrico en cuanto a la rentabilidad razonable de las inversiones.

A los 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 del TC 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.*"

Asimismo, entre las circunstancias concurrentes que justifican la reforma del régimen retributivo de las tecnologías de producción 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 el camino de 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 el 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.

Por otro lado, y a los efectos de completar el examen sobre la vulneración del principio de confianza legítima que denuncia la demanda, debemos tener en cuenta el alcance del cambio en el régimen retributivo de las energías renovables.

El nuevo sistema retributivo de las energías renovables que instaura el Real Decreto-ley 9/2013 modificó el régimen anterior, que se caracterizaba por el reconocimiento de una prima o tarifa regulada, y lo sustituyó por la participación en el mercado, si bien el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, tras la modificación operada por el indicado Real Decreto-ley 9/2013, contempla el complemento de los ingresos procedentes del mercado con una retribución regulada específica que garantice a las instalaciones una rentabilidad razonable.

Por tanto, el nuevo régimen jurídico mantiene la medida de incentivo tradicional para la producción de energías renovables de garantizar una rentabilidad razonable, y esta garantía se dota de mayor seguridad, al incorporar su sistema de cálculo a una norma con rango de ley, ya que ahora el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013, dispone dicha 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."

En el caso de las instalaciones que, como la de la sociedad demandante, a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen retributivo tuvieran derecho a un régimen primado, ese diferencial fue fijado por la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 9/2013 en 300 puntos básicos, sin perjuicio de su posible revisión cada dos años.

Para estas instalaciones existentes con régimen primado en la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, como el valor de las Obligaciones del Estado de referencia equivale a 4,398 por ciento, de acuerdo con la Memoria de la Orden impugnada, una vez sumados los 300 puntos establecidos como diferencial para el primer período regulatorio, la rentabilidad razonable establecida por el citado Real Decreto-ley es de 7398 por ciento.

Por tanto, el nuevo régimen jurídico de las energías renovables mantiene una retribución regulada específica para las instalaciones que garantiza una rentabilidad razonable de las inversiones.

Por las razones expresadas, no estimamos que las modificaciones introducidas en el régimen retributivo de las instalaciones a que se refiere este recurso por el Real Decreto-ley 9/2013, la Ley 24/2013 y, en su desarrollo, el Real Decreto y la Orden IET impugnados, hayan vulnerado los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

SEXTO.- Infracción del Derecho Comunitario.

Procede empezar por destacar que el hecho de que las últimas modificaciones legales, y muy especialmente por lo que ahora nos interesa la contenida en el Real Decreto-ley 9/2013, persiga introducir medidas para corregir los desajustes entre los costes del sector eléctrico y los ingresos obtenidos a partir de los precios regulados, no es incompatible sino que coadyuva a garantizar un sistema que permita el fomento de estas tecnologías con un régimen primado y a la sostenibilidad económica del sistema eléctrico. Y así se puso ya 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 esta última es condición necesaria de la propia subsistencia de aquellas, pues carece de sentido diseñar un sistema de apoyo a estas tecnologías que sea insostenible financieramente y, por tanto, no resulte viable económicamente a medio y largo plazo.

De modo que si bien conforme a la Directiva 2009/28/CE los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a velar por el fomento de las energías renovables garantizando el acceso de la energía generada a la red, estableciendo unos objetivos globales nacionales en cuanto a la cuota de energía procedente de fuentes renovables, conforme a dicha norma no resulta obligado mantener inalterable un régimen de tarifas o primas sino que se concede una amplia libertad a los Estados en la definición

de las medidas de fomento, (art. 3.3 de la Directiva) y en la definición de los sistemas de apoyo (art. 2.K de la Directiva) y, por lo tanto, para configurar el alcance de las medidas, instrumentos y mecanismos incentivadores de estas fuentes de energía, y establecer los sistemas de apoyo que estime coherentes con la sostenibilidad y eficiencia del sector eléctrico, con el fin de cumplir dichos objetivos.

Tampoco puede entenderse, con carácter general, que la modificación operada por el RD y la Orden impugnados 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.

Por lo que respecta a la pretendida vulneración del art. 16.2 de la Directiva 2009/28/CE, referido a la regulación del régimen de despacho, debe partirse de que en el considerando 60 de la mencionada Directiva 2009/28/CE, se exponen la naturaleza y contenido del derecho de los productores de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables a acceder a la red y despachar prioritariamente la energía vertida:

«El acceso prioritario y el acceso garantizado para la electricidad procedente de energías renovables son importantes para la integración de las fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, de acuerdo con el artículo 11, apartado 2, y como desarrollo ulterior del artículo 11, apartado 3, de la Directiva 2003/54/CE. Los requisitos relativos al mantenimiento de la fiabilidad y la seguridad de la red y a la gestión de las interconexiones pueden diferir en función de las características de la red nacional y de su funcionamiento seguro. El acceso prioritario a la red da a los generadores de electricidad procedente de fuentes renovables de energía conectados la garantía de que podrán vender y enviar dicha electricidad conforme a las normas de conexión en todo momento, siempre que la fuente esté disponible. En caso de que la electricidad procedente de fuentes renovables de energía esté integrada en el mercado al contado, el acceso garantizado asegura que toda la electricidad vendida y con ayuda accede a la red, permitiendo el uso de un máximo de electricidad obtenida a partir de fuentes renovables de energía procedente de instalaciones conectadas a la red. No obstante, ello no implica obligación alguna para los Estados miembros de respaldar o introducir obligaciones de adquisición de energía procedente de fuentes renovables. En otros sistemas, se determina un precio fijo para la electricidad procedente de fuentes renovables, normalmente en combinación con una obligación de compra para el gestor de red. En este caso, ya se ha concedido el acceso prioritario.»

Por tanto, en razón de la naturaleza del mandato contenido en el artículo 16.2 de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009-cuya interpretación no puede descontextualizarse del resto de disposiciones de la norma comunitaria-, no consideramos que proceda declarar nulo el artículo 6.2 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que establece el régimen jurídico de la prioridad de despacho de las instalaciones de producción de energía eléctrica que utilicen fuentes de energía renovables "a igualdad de condiciones económicas en el mercado"- porque no estimamos irrazonable que entre los derechos de los productores de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables no se establezca un tratamiento prioritario con carácter absoluto a la venta de energía a través del operador del sistema respecto de la energía procedente de otras fuentes, que pueda obstaculizar

otros objetivos explicitados en la Directiva de que los usuarios accedan al servicio de suministro eléctrico a precios asequibles. Un acceso prioritario absoluto, con independencia de las condiciones económicas del mercado, supondría que el Estado estaría obligado a asumir el diferencial entre el precio ofrecido por los productores de energía renovable y el obtenido por su venta en el mercado, volviéndose a un régimen primado de toda la energía generada al precio fijado por dichos productores, lo cual socavaría la base misma del sistema regulatorio diseñado y haría inviables la sostenibilidad del sistema eléctrico, sin que tal exigencia venga impuesta por la normativa comunitaria, pues el propio considerando de la Directiva antes transcrito destaca que "En caso de que la electricidad procedente de fuentes renovables de energía esté integrada en el mercado al contado, el acceso garantizado asegura que toda la electricidad vendida y con ayuda accede a la red, permitiendo el uso de un máximo de electricidad obtenida a partir de fuentes renovables de energía procedente de instalaciones conectadas a la red. No obstante, ello no implica obligación alguna para los Estados miembros de respaldar o introducir obligaciones de adquisición de energía procedente de fuentes renovables".

La regulación de prioridad de despacho establecida en el artículo 6.2 del Real Decreto 413/2014 impugnado constituye un desarrollo reglamentario del artículo 26.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que dispone que «la energía eléctrica procedente de instalaciones que utilicen fuentes de energía renovables y, tras ellas, la de las instalaciones de cogeneración de alta eficiencia, tendrá prioridad de despacho a igualdad de condiciones económicas en el mercado, sin perjuicio de los requisitos relativos al mantenimiento de la fiabilidad y la seguridad del sistema, en los términos que reglamentariamente se determinen por el Gobierno», y que establece que «sin perjuicio de la seguridad de suministro y del desarrollo eficiente del sistema, los productores de energía eléctrica procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneraciones de alta eficiencia tendrán prioridad de acceso y de conexión a la red, en los términos que reglamentariamente se determinen, sobre la base de criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios».

Consideramos que el artículo 26.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, no contraviene la Directiva 2009/28/CE, por justificarse la limitación a la prioridad de despacho por razones imperiosas de interés general, en orden a coadyuvar a la sostenibilidad del sistema eléctrico español, por lo que no resulta incompatible con el Derecho de la Unión Europea, no procediendo por ello plantear, en este extremo, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 6 de febrero de 2014 se expone que la principal finalidad del régimen jurídico establecido en el proyecto de Real Decreto que enjuiciamos en este recurso contencioso-administrativo, es que las instalaciones de producción energética a partir de fuentes de energía renovables puedan competir en un nivel de igualdad con el resto de tecnologías y obtener una rentabilidad razonable, lo que no resulta incompatible con los objetivos explicitados en la Directiva 2009/28/CE.

Como hemos expuesto, consideramos que un Estado miembro puede introducir cambios en la regulación del sistema de ayudas siempre que la modificación estuviera justificada por razones de interés general y no se desnaturalice sustancialmente el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones existentes asignadas al régimen especial, reconociéndoles el derecho a complementar los ingresos obtenidos por la venta de energía eléctrica en el mercado con la percepción de una retribución específica que les garantice tasas de rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida

útil regulatoria de la instalación.

Respecto de la vulneración de los principios generales de Derecho Comunitario de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida, esta Sala considera que el enjuiciamiento que ha realizado el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, y confirmado en las ulteriores sentencias 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, sobre la constitucionalidad del cambio normativo producido en la regulación de la retribución económica de las instalaciones de producción de energía eléctrica procedente de fuentes de energía renovables, introducido por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, que son objeto de desarrollo en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 impugnados en este recurso contencioso-administrativo, descartando que haya vulnerado los principios de seguridad jurídica y su corolario de confianza legítima, e irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, es plenamente trasladable para resolver el motivo de impugnación sustentado en el mencionado epígrafe de la demanda.

El estándar de protección de los principios generales del Derecho Comunitario de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad prohibida, que emana de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no difiere del aplicado por el Tribunal Constitucional español.

En efecto, estimamos que el significado constitucional del principio de confianza legítima, como principio integrador de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad enunciados en el artículo 9.3 de la Constitución, que ha aplicado el Tribunal Constitucional en las sentencias 270/2015, de 17 de diciembre, 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 18 de febrero, 30/2016, de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo, es plenamente acorde con su configuración como principio general del Derecho Comunitario Europeo, pues integra los elementos de previsibilidad razonable de la modificación de la norma regulatoria, así como el referente a su necesidad, por exigencias claras e inequívocas de interés general, que impide que el legislador o el titular de la potestad reglamentaria adopten medidas que defrauden en las legítimas expectativas de los destinatarios de la norma.

En el supuesto que enjuiciamos en este recurso contencioso-administrativo, la derogación del régimen primado establecido 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, y su sustitución por el nuevo sistema, basado en la percepción de la retribución específica, no puede calificarse de «inesperada» para los titulares de este tipo de instalaciones, tal como refiere el Tribunal Constitucional, ya que se debió a la excepcional situación en la que se encontraba el sector eléctrico, que arrastraba un déficit de tarifa que ponía en grave riesgo la sostenibilidad del sistema.

Debe, en este sentido, señalarse que para determinar si se ha producido una violación del principio general del Derecho de la Unión Europea de protección de la confianza legítima por el ajuste adoptado por el legislador de urgencia en el Real Decreto-ley 9/2013, procede analizar si las expectativas legítimas de los afectados han sido generadas por una regulación procedente del legislador, que contempla garantías precisas, incondicionales y coherentes con la normativa aplicable, que es susceptible objetivamente de suscitar esas expectativas en un operador diligente e informado, o bien es imputable a una normativa en que el mantenimiento de la situación jurídica preexistente puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de los

poderes públicos condicionada a la evolución de las condiciones económica.

Conforme a los parámetros de enjuiciamientos expuestos, esta Sala considera que la regulación contemplada en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, en desarrollo y concreción de las previsiones del Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, no constituyen una ablación de las expectativas legítimas de aquellos agentes u operadores económicos e inversores que decidieron beneficiarse del régimen primado establecido por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

A estos efectos, lo que resulta sustancial es que esta regulación les garantizaba un sistema de incentivos económicos de desarrollo de su actividad empresarial de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cuya determinación y corrección quedaba al desarrollo reglamentario, y que dicho sistema primado tenía como objetivo conseguir la tasa de rentabilidad razonable, con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales.

Esta Sala sostiene, además, que concurre en la normativa reglamentaria enjuiciada el presupuesto de interés público que legitima el cambio normativo derivado del Real Decreto-ley 9/2013, pues, tal como se refiere en la Exposición de Motivos de dicha norma, se justifica la necesidad imperiosa de adoptar una serie de medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, que obliga a revisar -ante la excepcional coyuntura de crisis económica- el marco regulatorio que permita mantener la sostenibilidad del sistema eléctrico, uno de cuyos pilares esenciales es la aprobación de un régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a puntos de fuentes de energía renovables existentes.

Por ello, cabe estimar que no procede el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo de lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en cuanto, a juicio de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no consideramos que la derogación del régimen primado y su sustitución por un mecanismo de incentivos de las energías renovables que garantiza una retribución razonable, sea contrario al Derecho de la Unión Europea, tanto si tomamos como referencia normativa de contraste los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima o el artículo 16 de la Directiva 2009/28/CE cuanto si se entendiera que la Carta Europea de la Energía y el Protocolo tienen aquella dimensión en virtud de la ya citada Decisión del Consejo y de la Comisión de 23 de septiembre de 1997.

Por todo ello procede rechazar este motivo.

SÉPTIMO. - Sobre la alegada inobservancia del trámite de audiencia.

En relación con esta cuestión reiteraremos aquí lo que hemos declarado, en respuesta a alegaciones similares referidas a la tramitación de la Orden IET/1045/2014 y del Real Decreto 413/2014, en nuestras sentencias de 1 de junio de 2016 (recurso 564/2014) y 28 de junio de 2016 (recurso 499/2014).

Comenzaremos señalando que el Tribunal Constitucional en las SSTC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, y 61/2016, de 17 de marzo de 2016 declaró que no existió vulneración del artículo 86.1 de la Constitución por la utilización de la vía del Real Decreto-ley para la aprobación de la reforma introducida por el Real Decreto-ley

9/2013, de 12 de julio. Pues bien, las razones dadas por el Tribunal Constitucional llevan a considerar también justificada la tramitación urgente del Real Decreto 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014.

Por otra parte, conviene recordar que el trámite de audiencia aparece contemplado con carácter general en el artículo 24.1, apartados b), c) y d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, 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 del 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 9/2013 (disposición adicional 2ª) 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 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, de 17 de diciembre de 2015, y 61/2016, de 17 de marzo de 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).

OCTAVO.- Sobre los precedentes relativos a las instalaciones de cogeneración de purines.

Esta Sala ha resuelto, como es sabido, numerosos recursos dirigidos contra las mismas disposiciones impugnadas en el presente procedimiento. Resulta necesario por ello referirse a las sentencias dictadas en aquellos recursos, planteados igualmente por titulares de instalaciones de cogeneración de purines, en cuyo planteamiento argumental existe una coincidencia más o menos plena con el del presente

procedimiento, coincidencia que ha de conducir congruentemente, como veremos, a una solución estimatoria del recurso de autos.

Así, en la Sentencia de 20 de junio de 2016, dictada en el recurso contencioso administrativo 1/485/2014, en respuesta a una argumentación semejante sobre la inadecuación de los valores de los parámetros retributivos de la instalación tipo de purines aplicable a la sociedad recurrente, dijimos:

«CUARTO. - Tiene razón la parte recurrente cuando señala que en las sucesivas normas reguladora del régimen retributivo especial o primado dictadas en desarrollo del artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico-esto es, el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, y el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo- se ha venido reconociendo la singularidad y especificidad de las plantas de tratamiento del purín con relación a las restantes instalaciones de cogeneración.

El origen de las instalaciones de tratamiento de purín se encuentra en las normas de Derecho comunitario europeo dirigidas a combatir la contaminación de las aguas, y, en concreto, la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura (*Directiva de nitratos*), y el Reglamento (CE) nº 1069/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009 por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales y los productos derivados no destinados al consumo humano y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1774/2002 (*Reglamento sobre subproductos animales*, conocido también como *Reglamento SANDACH*).

Por el incumplimiento de las referidas normas del ordenamiento comunitario el Reino de España fue condenado en diversas ocasiones por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea) (sentencias de 1 de octubre de 1998 -TJCE 199833-; 13 de abril de 2000 -TJCE 20001-; 8 de septiembre de 2005 - TJCE 200560-).

La reacción se produjo mediante el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración, que introdujo un nuevo tipo de instalación de producción de energía eléctrica que recibiría una retribución regulada con cargo al sistema eléctrico en atención a ser una instalación de generación medioambientalmente beneficiosa. Ello dio lugar al diseño y construcción de plantas de tratamiento de purines de porcino mediante cogeneración, las primeras de las cuales empezaron a operar en el año 1999 (datos extraídos del informe de 13 de diciembre de 2013 de la Subsecretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, que obra en el expediente).

La singularidad de las instalaciones de tratamiento de purines de porcino se mantuvo en el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, cuyo artículo 2 las incluía, dentro de la categoría d/, en el grupo d.1, referido específicamente a "instalaciones de tratamiento y reducción de purines de explotaciones de porcino de zonas excedentarias". Y en la disposición adicional primera del citado Real Decreto 436/2004 se establecía que << *El régimen económico de estas instalaciones tendrá en cuenta especialmente su contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, al*

ahorro de energía primaria y a la eficiencia energética, y tendrá en cuenta los costes de inversión en que hayan incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en los mercados de capitales >>. Por lo demás, la regulación contenida en el Real Decreto 436/2004 introduce una nota que refuerza la vinculación de esta clase de instalaciones con la finalidad medioambiental, pues su rendimiento se mide por el volumen de purines tratado; y si no se cumple el objetivo señalado en el anexo-I del propio Real Decreto la instalación pierde el derecho a la prima e incurre en causa de revocación de la autorización como instalación de producción de energía eléctrica en régimen especial (disposición adicional primera del Real Decreto 436/2004).

Esa especificidad de las plantas de tratamiento de purines también se mantuvo 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; y si bien esta norma delimita temporalmente el acogimiento de estas instalaciones al régimen retributivo de tarifa regulada, para el que establece un periodo transitorio máximo de quince años (disposición transitoria segunda.1), tal limitación temporal no se establecía respecto de la opción de precio de mercado más prima. Y, en todo caso, se mantiene en el Real Decreto 661/2007 la exigencia de tratamiento de un volumen de purines determinado so pena de incurrir en causa de revocación de la autorización como instalación de producción en régimen especial (disposición transitoria segunda.3 del Real Decreto 661/2007).

La secuencia normativa que acabamos de reseñar pone de manifiesto que, además de por las características propias de las plantas de tratamiento de purines en el plano puramente industrial o tecnológico, el reconocimiento normativo de su singularidad, con el consiguiente reflejo en el régimen retributivo, venía determinado en gran medida por su contribución a la mejora del medio ambiente, por tratarse de instalaciones concebidas y construidas con el objetivo específico de resolver problemas medioambientales del sector agropecuario; siendo esta significación medioambiental la que llevó a decidir que el sistema eléctrico asumiese no sólo la compensación de los costes suplementarios de la producción de electricidad por esta vía -finalidad propia del régimen retributivo especial o primado- sino también los costes propios del proceso de tratamiento de purines.

Estas consideraciones, junto a los datos reflejados en la prueba pericial, permiten anticipar unas primeras conclusiones referidas a la situación existente con anterioridad a la reforma iniciada por el Real Decreto-ley 9/2013:

1/ Las sucesivas regulaciones contenidas en el Real Decreto 2818/1998, el Real Decreto 436/2004 y el Real Decreto 661/2007 han reconocido a las plantas de tratamiento de purines de porcino una singularidad y un tratamiento diferenciado con respecto a las restantes instalaciones de cogeneración.

2/ Esas sucesivas regulaciones caracterizaban a las instalaciones de tratamiento de purines por su finalidad medioambiental, subordinando la percepción de la prima con cargo al sistema eléctrico al efectivo tratamiento del purín.

3/ Los datos y cuadros comparativos expuestos en el informe pericial ponen de manifiesto que, sea por la singularidad propia de estas plantas y su significación medioambiental, sea en atención a sus mayores costes de inversión y de explotación, o por la concurrencia conjunta de todos esos factores, lo cierto es que en las tres normas reglamentarias a las que nos estamos refiriendo -Real Decreto 2818/1998, el

Real Decreto 436/2004 y el Real Decreto 661/2007- la retribución a las plantas de purines era superior a la de las instalaciones de cogeneración en sus distintas clases y categorías.

QUINTO.- Es sabido que 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, introdujo un nuevo régimen retributivo específico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos que deroga el que venía previsto en el Real Decreto 661/2007.

El nuevo régimen es asumido y completado por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico; y desarrollado luego por el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

La parte demandante no cuestiona el cambio normativo introducido por Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013; y tampoco el desarrollo reglamentario llevado a cabo por el Real Decreto 413/2014. Y ello -explica la recurrente- porque lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 8, del Real Decreto 413/2014 pone de manifiesto, de un lado, que la nueva regulación sigue contemplando a las plantas de tratamiento y reducción del purín como instalaciones de producción de energía eléctrica distintas a las de cogeneración; y, de otra parte, que el Real Decreto 413/2014 continúa exigiendo el tratamiento de purín como condición para la percepción de la retribución específica de las plantas de cogeneración. Aspectos ambos que van en línea de continuidad con los regímenes regulatorios anteriores, que antes hemos reseñado, y que no merecen reproche alguno según la demandante.

No cabe excluir que el legislador y el titular de la potestad reglamentaria arbitren en el futuro medidas, por la vía regulatoria que estimen adecuada, para que no sea el sistema eléctrico quien sufrague los costes propios del proceso de tratamiento de purines. Pero en el momento actual debemos atenernos al régimen jurídico vigente, que, como acabamos de señalar, sigue incluyendo las plantas de tratamiento y reducción del purín entre las instalaciones de producción de energía eléctrica que puede acogerse al régimen retributivo específico; y continúa exigiendo a tales instalaciones el tratamiento de purín como condición para la percepción de dicha retribución específica.

Partiendo de esa premisa, lo que se cuestiona en la demanda es la fijación de los parámetros retributivos llevada a cabo en la Orden IET/1045/2014, que según la parte actora es contraria a derecho por las siguientes razones: i/ La retribución fijada en la Orden contraviene el principio legal de suficiencia de la retribución para las plantas de tratamiento del purín dado que la fijada no permite cubrir ni siquiera los costes de explotación, haciendo que las instalaciones de este tipo sean inviables (todas las plantas de purines existentes han cesado en su actividad). ii/ El principio de "empresa eficiente y bien gestionada" no ha sido respetado, pues no es asumible un sistema de parámetros según el cual todas las empresas del sector resultarían ineficientes o mal gestionadas; y lo que sucede es que se han aplicado unos parámetros que podrían ser adecuados para las instalaciones de cogeneración pero que desde luego no lo son para las plantas de tratamiento de purines. iii/ Los parámetros sobre ingresos, costes e inversiones que fija responderán, en su caso, a los estándares propios de la cogeneración, pero en modo alguno reflejan la realidad de los ingresos, costes e inversiones de las plantas de tratamiento de purines, como pone de manifiesto la prueba pericial, de donde se deriva que la Orden IET/1045/2014 no ha creado una verdadera instalación tipo de las plantas de tratamiento de purines.

Pues bien, desde ahora queda anticipado que el planteamiento de la demandante debe ser acogido. Veamos.

SEXTO.- Cuando en otros procesos hemos examinado alegaciones en las que se denunciaba con carácter general la falta de justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014 -pueden citarse, entre otras, sentencias de esta Sala dictadas en los recursos 631/2014, 641/2014 y 783/2014-, hemos reseñado diversos fragmentos de la exposición de motivos de la Orden IET/1045/2014, de la memoria de impacto normativo de la citada Orden, así como del informe sobre la propuesta de la Orden emitido el 3 de abril de 2014 por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia, donde se ofrecen explicaciones sobre la utilización de valores promedio o estándar apegados a la realidad histórica de las instalaciones. Sin embargo, la prueba practicada en este proceso ha venido a acreditar que en el caso de las plantas de tratamiento de purines los parámetros fijados en la Orden IET/1045/2014 no se corresponden con las características de esa clase de instalaciones, ni con su realidad histórica.

La prueba pericial consistente en el informe emitido por D^a Rosario, Ingeniero Industrial, y D. Valentín, Economista, que han examinado los datos reales (cuentas anuales) de 26 de las 29 plantas de purines que han operado en España desde el año 1999, pone de manifiesto, dicho aquí de forma resumida, los siguientes puntos en los que se aprecia esa falta de correspondencia de los parámetros fijados en la Orden IET/1045/2014 con la situación real de las instalaciones:

·Coste de inversión: La inversión asignada por la Orden es sistemáticamente inferior a la real, pues los valores reales de inversión se sitúan entre un 6% y un 134% por encima de los fijados en la Orden (en caso de no considerar las plantas que consumen biogás, los valores de inversión se sitúan entre un 6% y un 92% por encima de los asignados).

·Costes de explotación: Hasta el año 2012 los valores asignados por la Orden son sistemáticamente inferiores a los costes de explotación reales de las plantas. Así, en 2012 los costes reales medios eran de 26,36 €/MWh bruto (24,55 €/MWh bruto si se eliminan de la muestra las plantas con biogás), magnitud sensiblemente inferior al parámetro establecido en la Orden, que oscila entre 19,05 y 20,69 €/MWh). En 2013 los costes de explotación se incrementan sustancialmente, como consecuencia de la introducción de un impuesto sobre la producción de energía eléctrica, hasta alcanzar los 34,41 €/MWh bruto (32,08 €/MWh bruto si se excluyen de la muestra las plantas con biogás) en tanto que los parámetros de la Orden se sitúan entre 32,30 y 35,98 €/MWh bruto, con lo que pasan a estar en línea con los costes reales de las plantas.

·Ingresos por venta de electricidad y otros ingresos de explotación: Los parámetros de la Orden se encuentran, en términos generales, en línea con los valores reales de las plantas en lo que se refiere a ingresos por venta de electricidad, si bien no se ha tenido en cuenta en la comparación el año 2013 porque los ingresos reales de ese ejercicio (recogidos en las cuentas anuales) reflejan a posteriori el impacto del nuevo marco regulatorio definido en 2014. Donde se aprecia una sensible diferencia es en lo relativo a "otros ingresos de explotación", pues en este punto los ingresos reales de las plantas son sistemáticamente inferiores a los asignados en la Orden IET/1045/2014 y prácticamente se reducen a la venta del abono resultante del proceso de tratamiento del purín. Así, en 2012 los ingresos medios reales, sin considerar

derechos de CO₂, son de 23 €/MWh bruto (101 €/MWh bruto si se excluyen de la muestra las plantas con biogás) mientras que los valores de la Orden se encuentran entre 35.35 y 37.68 €/MWh bruto, al incluir, como partida más significativa, los ingresos por venta de calor útil.

·Autoconsumo (consumo por la propia planta de la energía eléctrica necesaria para hacer funcionar los sistemas, maquinaria y equipos auxiliares, y que, por tanto, no puede ser vendida): Los autoconsumos reales de las plantas de tratamiento de purines son sistemáticamente superiores a los asignados en la Orden IET/1045/2014. En concreto, la media de autoconsumo real en el periodo 2017-2013 es del 58% (60% si se eliminan de la muestra las plantas con biogás) mientras que el autoconsumo atribuido por la Orden es del 46%.

Como explicación de estas significativas discrepancias advertidas entre los valores reales de las plantas de tratamiento de purines y los establecidos en la Orden IET/1045/2014, el informe pericial señala que tales diferencias son debidas a que la Orden considera en realidad las inversiones, costes y autoconsumo de una planta de cogeneración, que en términos generales son sustancialmente menores a los de una planta de purines. Y si hay un apartado, como es el de los ingresos por venta de electricidad, en el que los parámetros de la Orden se corresponden en términos generales con los valores reales de las plantas ello es debido -señala el informe- a que en ese concreto punto la Orden atribuye a las plantas de tratamiento de purines unos ingresos por venta de electricidad distintos y superiores a los de las instalaciones de cogeneración, porque, en efecto, la tarifa por venta de electricidad establecida en las sucesivas normas reguladoras -Real Decreto 2818/1998, Real Decreto 436/2004 y Real Decreto 661/2007- para las plantas de purines era sistemáticamente más alta que la que esas mismas normas establecían para las instalaciones de cogeneración; lo que suponía, por lo demás, un reconocimiento implícito en aquellas regulaciones de la singularidad de las plantas de purines, ya que la tarifa se fijaba en atención a sus mayores costes de inversión y/o explotación y para garantizar una rentabilidad razonable sobre la inversión realizada.

SÉPTIMO. - Mención especial merecen las explicaciones del informe pericial sobre el valor asignado a "otros ingresos de explotación" y, en particular, a la estimación de ingresos por venta de calor útil. Tanto para las plantas de tratamiento de purines como para las instalaciones de cogeneración convencionales se computan dentro de esta partida unos ingresos por venta de calor útil (el que se genera mediante la combustión del gas natural), que en el caso de las plantas de purines se utiliza para la deshidratación y secado del purín; pero sucede que las plantas de purines no han recibido ningún ingreso por este concepto.

Esta ausencia de ingreso por venta de calor se explica en el informe pericial señalando que todas las plantas de tratamiento de purines -recuérdese, 26 de las 29 que ha operado en España desde 1999- se han construido en la modalidad "llave en mano", lo que significa que una empresa externa diseña las instalaciones, compra los equipos, lleva a cabo la construcción y montaje y pone en marcha la planta, incluyendo todos aquellos elementos necesarios para el correcto funcionamiento de la instalación, de manera que el propietario la recepciona una vez que la planta ha superado un período de pruebas y una vez acreditado el cumplimiento de los valores de prestación garantizados, quedando normalmente la planta después en un período de garantía que suele ser de un año.

Este modo de ejecución "llave en mano" constituye una singularidad con

respecto de las plantas de cogeneración que proveen de calor útil a procesos industriales asociados, pues en éstos lo habitual es que la industria hubiese comenzado a funcionar con anterioridad, abasteciéndose de calor con equipos convencionales (calderas), pasando sólo en un momento posterior a abastecerse de calor a través de una planta de cogeneración asociada (del mismo o de diferente propietario).

Las plantas de tratamiento de purines nacieron ya con una concepción unitaria de los procesos de generación de electricidad y de calor; apreciación que se corrobora por el hecho - accesorio, si se quiere, pero significativo- de que en aquellos contratos "llave en mano" la garantía para la devolución de la deuda venía dada por los flujos de caja generados por el proyecto en su conjunto, estos es, tanto la actividad de generación eléctrica como cualquier otro posible flujo de caja.

La representación procesal de la Administración no niega que la Orden impugnada haya asignado a las plantas de purines valores y parámetros coincidentes con los de las instalaciones de cogeneración, pero considera que ello es ajustado a derecho. Lo explica la Abogacía del Estado señalando que las plantas de purines son también plantas de cogeneración; que para valorar los costes imputables a la producción de energía eléctrica es necesario cuantificar aquéllos que se destinan a un uso distinto, esto es, la producción de calor (artículos 14.7.b de la Ley 24/2013y24.2 del Real Decreto 413/2014); que la legislación de ningún modo ha impedido llegar a acuerdos retribuidos con los ganaderos para el tratamiento de los residuos; y, en fin, que la decisión de no cobrar a los ganaderos por el tratamiento del purín fue del propietario de la planta de tratamiento pero no viene determinada por una "imposibilidad" que, en cualquier caso, no ha sido explicada.

Sin embargo, las razones que ofrece la Abogacía del Estado no nos parecen asumibles. En primer lugar, el informe pericial destaca el hecho de la localización de las plantas, pues encontrándose todas ellas en el campo, aisladas de otros centros industriales y de servicios, difícilmente podrían haber vendido la energía térmica para otros usos.

Pero, sobre todo, la venta del calor útil resulta impedida por la propia normativa reguladora, pues, como ya vimos, las plantas de tratamiento de purines deben destinar la energía térmica al secado del purín, lo que excluye su destino para otros usos. Esa singularidad, vinculada al propio origen de estas instalaciones, que nacieron por una exigencia medioambiental (hecho al que ya nos hemos referido) que ha sido mantenida en las sucesivas regulaciones -Real Decreto 2818/1998, Real Decreto 436/2004 y Real Decreto 661/2007- y persiste en la actualidad, según hemos visto, en la disposición adicional segunda, apartado 8, del Real Decreto 413/2014, en la que el cumplimiento del requisito de eficiencia energética exige el tratamiento del purín como condición para el mantenimiento del régimen retributivo.

Lo anterior lleva a considerar que en lo que se refiere a las plantas de tratamiento de purines las actividades de generación de electricidad, generación de calor y tratamiento del purín, aun siendo conceptualmente diferenciables, han recibido desde el origen mismo de estas instalaciones un tratamiento jurídico y económico unitario, considerando en su régimen retributivo la totalidad de sus costes e inversiones como una realidad inescindible, lo que las diferencia y singulariza con respecto a las instalaciones convencionales de cogeneración.

OCTAVO.- Conclusión.

La Orden IET/1045/2014 ha ignorado las singularidades de las plantas de tratamientos de purines, que desde su origen han venido siendo consideradas como instalaciones de producción de energía eléctrica distintas a las de cogeneración y estrechamente vinculadas al compromiso medioambiental de tratamiento y reducción de residuos; consideración ésta que se mantiene en el Real Decreto 413/2014 (disposición adicional segunda, apartado 8), que continúa exigiendo el tratamiento del purín como condición para la percepción de la retribución específica.

El hecho de que todas las instalaciones de tratamiento de purines existentes en España hayan cesado en su actividad no es por sí mismo una prueba determinante; pero tiene un indudable valor indicativo de las disfunciones que han generado los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014.

En efecto, la prueba pericial practicada ha puesto de manifiesto que, al equiparar las plantas de tratamiento de purines con las instalaciones convencionales de cogeneración, la Orden IET/1045/2014 ha asignado a aquéllas unos valores y parámetros que no se ajustan a la realidad ni se corresponden con los estándares del sector, tanto en lo que se refiere a costes de inversión y de explotación como en lo relativo a otros ingresos de explotación (venta de calor útil) y ponderación del autoconsumo. Son aspectos todos ellos en los que la Orden impugnada debe ser considerada contraria a derecho, pues no se configura en ella una instalación tipo que posibilite la obtención de una rentabilidad razonable, contraviniendo el principio legal de suficiencia de la retribución para las plantas de tratamiento del purín (artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, según redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, artículo 14 de la Ley 24/2013, de 26 de noviembre, del Sector Eléctrico).

En consecuencia, acogiendo en lo sustancial las pretensiones i/ y ii/ del suplico de la demanda, debe declararse la nulidad de los Anexos II y VIII de la Orden IET/1045/2014 en la parte referida a las instalaciones de tratamiento y reducción del purín en cuanto a los valores y parámetros relativos a costes de inversión y de explotación, así como en la ponderación de otros ingresos de explotación y del autoconsumo.

Ahora bien, más allá de las razones que hemos expuesto para sustentar el pronunciamiento anulatorio que acabamos de enunciar, no procede que hagamos ninguna precisión adicional sobre el contenido que deba darse a la regulación que sustituya a la que ahora se declara nula, pues si bien los datos recogidos en la prueba pericial practicada han venido a poner de manifiesto que los parámetros establecidos en la Orden impugnada no reflejan la realidad de las instalaciones de tratamiento de purines, no cabe atribuir al parecer de los peritos un grado tal de acierto y fijeza que permitiese afirmar que los valores que se recogen en su informe deban ser aceptados como los valores reales a tomar en consideración para la fijación de los parámetros. Por otra parte, un pronunciamiento de esta Sala que determinase el contenido de la nueva regulación vulneraría lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por ello nos limitaremos a señalar que la Administración deberá aprobar los nuevos parámetros en el plazo de cuatro meses.

Por último, la conclusión alcanzada respecto de las pretensiones i/ y ii/ del suplico de la demanda hace innecesario que examinemos los demás argumentos de impugnación aducidos por la parte actora; e improcedente que nos pronunciemos sobre la pretensión iii/ del suplico de la demanda, formulada con carácter subsidiario." (fundamentos de derecho cuarto a octavo)

De las consideraciones que se acaban de transcribir y dejando al margen las concretas referencias fácticas relativas a la empresa recurrente en aquél procedimiento, se colige fácilmente que hemos de estimar el presente recurso, pues las alegaciones principales del mismo son sustancialmente coincidentes con las apreciadas en la Sentencia de 20 de junio de 2016. En efecto, como hemos expuesto en el fundamento de derecho anterior, dichas alegaciones se basan precisamente en la errónea catalogación de las instalaciones de purines como instalaciones ordinarias de cogeneración y en la consiguiente inadecuación de los parámetros retributivos aplicables, razones que condujeron a la estimación del recurso en la Sentencia transcrita.

NOVENO. - Conclusión y costas.

De acuerdo con lo indicado en el anterior fundamento de derecho, procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo, en relación a la pretensión principal formulada en el recurso y, en su virtud, anular las determinaciones de la Orden 1045/2014 relativas a la instalación tipo IT-01426.

Si bien el recurso se dirige genéricamente contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014, resulta innecesario entrar a examinar y pronunciarse las demás impugnaciones dada la estimación de la pretensión principal.

Por el contrario, la pretensión principal y los motivos que la fundamentan se restringen a los concretos extremos de las disposiciones impugnadas relativos a la instalación tipo de purines IT-01426, que hemos anulado de conformidad con lo solicitado por la parte, por lo que procede la estimación parcial del recurso.

En razón de la controversia jurídica que suscitaban las cuestiones planteadas, no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1. Rechazar la inadmisibilidad que plantea la Administración demandada por falta de jurisdicción, y por plantearse de forma genérica las pretensiones de nulidad de las normas jurídicas. 2. Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por GALLEGA DE RESIDUOS GANADEROS SA, contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos; y anular las determinaciones relativas a la IT-01426. 3. No se imponen las costas procesales a ninguna de las partes. 4. Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta resolución en el Boletín Oficial del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres

Sanchez-Cruzat D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D.
Angel Ramon Arozamena Laso

Voto particular

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo ordinario 1/685/2014 .

PRIMERO .- Sobre el sentido del presente voto particular.

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

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

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

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

consiguientemente, implican por propia definición un mayor o menor grado de retroactividad, en la medida en que afectan a relaciones que nacieron bajo una regulación y que quedan sometidas a las disposiciones que se dictan con posterioridad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, tanto el Real Decreto-ley como la Ley 24/2013 estipulan de manera expresa que el nuevo modelo se aplica a partir de la entrada en vigor del referido Real Decreto-ley. A mi juicio, y aquí radica la discrepancia fundamental con la posición mayoritaria en estos litigios, la cuestión esencial es cómo compatibilizar lo que

ha establecido de manera incontestable el legislador, y es que el nuevo sistema se aplica **a partir de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013**, con el hecho, también indubitado, de que dicho nuevo modelo toma en consideración parámetros anteriores a dicha fecha, como lo son las inversiones realizadas en su momento y, sobre todo, la entera vida útil regulatoria de las instalaciones.

Pues bien, considero que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima debían haber llevado a esta Sala a interpretar la nueva regulación eléctrica y, en particular, el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014, en un sentido estrictamente ajustado a su aplicación sólo a partir de la mencionada fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013. Desdichadamente se ha dado plena prevalencia a consideraciones generales ajenas a la estricta interpretación de las normas en juego, como el interés del sistema eléctrico o la congruencia interior del nuevo sistema -consideraciones que en todo caso sin duda había que tener presentes-, por encima del interés legítimo de los sujetos del sistema que han operado en el mismo de conformidad con la regulación que el legislador había puesto en marcha y que ha modificado luego de forma drástica. En efecto, el desarrollo que el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014 han hecho del sistema instaurado por el Real Decreto-ley 9/2013 aplica el mismo con una retroactividad de grado máximo que no era exigida por ésta última disposición (pese a que la misma tuviera en cuenta parámetros anteriores a su entrada en vigor) y que, a mi entender, vulnera con claridad los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

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

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

vida regulatoria de tal instalación, pasada y futura.

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

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

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

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

Debo reseñar en este voto particular, aunque sea con brevedad, la Sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, seguida por otras con la misma doctrina, por afectar directamente a la temática discutida en este voto particular. Como es sabido, dicha Sentencia (al igual que el voto particular concurrente) declaró que el Real Decreto-ley que instauraba el nuevo sistema no incurría en retroactividad prohibida ni conculcaba los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

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

indispensable claridad, pues cuenta con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados."

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

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

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

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

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

como lo es la actividad de producción de energía eléctrica. Ello hace particularmente inviable la pretensión de que los elementos más favorables de su régimen económico estén investidos de una pretensión de permanencia e inalterabilidad en el tiempo, pues es precisamente la protección de esos intereses generales la premisa que obliga a los poderes públicos a adaptar su regulación al cambio de las circunstancias." (fundamento jurídico 7)

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

"c) Se alega, por último, que la regulación impugnada se limita a establecer los principios del nuevo régimen retributivo de producción de energía eléctrica en régimen especial, cuya concreción se deriva a un ulterior desarrollo reglamentario, disponiéndose expresamente que el real decreto de desarrollo será aplicable desde la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto-ley, lo que implicaría el establecimiento de una retroactividad incompatible con lo dispuesto en el art. 9.3 CE.

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

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

En definitiva, el Real Decreto-ley 9/2013 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, (tal y como establece su disposición final

décima), pero sus efectos, en lo relativo a las liquidaciones derivadas del nuevo régimen retributivo, se aplican a partir de la publicación del Real Decreto 413/2014, produciéndose una disociación temporal entre la vigencia inmediata de la norma y el ámbito temporal de eficacia, que tiene un efecto retroactivo.

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

En suma, conforme a la doctrina de este Tribunal, el art. 9.3 CE no contiene una prohibición absoluta de retroactividad que conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.3 CE (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11), ni impide que las leyes puedan afectar a derechos e intereses derivados de situaciones jurídicas que siguen produciendo efectos, pues no hay retroactividad proscrita cuando una norma regula *pro futuro* situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor o cuyos efectos no se han consumado, ya que el legislador puede variar ex nunc el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 9).

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

De este modo una medida normativa como la impugnada no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE, pues nos hallamos ante relaciones jurídicas no concluidas, cuya resistencia a la retroactividad de la ley es menor que en los supuestos de retroactividad auténtica, debiendo reconocérsele al legislador un

amplio margen de libertad en la constatación de la concurrencia de circunstancias concretas y razones que pudieran ser discutibles en el debate político, pero que, desde el punto de vista constitucional, aparecen como suficientes para justificar la retroactividad impropia ante la que nos encontramos.

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

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

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

Y continúa

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

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

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

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

Pero el sentido básico de este voto particular es subrayar que si bien el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/1015 pueden ser interpretados de conformidad con la Constitución -tal como ha hecho el Tribunal Constitucional con la primera de dichas disposiciones-, el desarrollo que ha efectuado el Gobierno del nuevo modelo retributivo mediante el Real Decreto y Orden impugnados proyecta la aplicación del nuevo modelo hasta un extremo de retroactividad que lo hace incompatible con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

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

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

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

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

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

a. Los elementos de la retribución específica.

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

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

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

b) Los costes estándar de explotación.

c) El valor estándar de la inversión inicial.

"[...]"

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

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

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

"3. En los términos previstos en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, para el establecimiento de ese nuevo régimen retributivo la rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación girará,

antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, de las Obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos, todo ello, sin perjuicio de su ulterior revisión en los términos legalmente previstos."

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

c. La prohibición de reclamación de retribuciones ya percibidas.

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

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

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

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

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

Reiteremos, por último, que si el Real Decreto-ley 9/2013 no ha incurrido en los vicios de inconstitucionalidad que se le imputa por los recurrentes -así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en un examen limitado a enjuiciar la constitucionalidad de dicha disposición- resultaba obligado interpretar tanto dicho Real Decreto-ley como el Real Decreto 413/2013 y la Orden 1045/2013 -interpretación de la legalidad cuya

máxima responsabilidad corresponde a este Tribunal Supremo- en un sentido que no incurra en vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, como ocurre, a mi modesto entender, con la interpretación que ha resultado mayoritaria.

SEXTO .- Conclusión.

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

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

Eduardo Espin Templado

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a Maria Isabel Perello Domenech A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 685/2014).

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

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

B/ Discrepo asimismo del criterio mayoritario en lo que se refiere a la apreciación de suficiencia de la justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014, pues entiendo que la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, debería haber sido declarada nula por carecer de justificación técnica los valores y parámetros de diversa índole que en ella se fijan como definidores del régimen retributivo para cada instalación tipo. Sin embargo, no desarrollaré aquí este segundo aspecto de discrepancia toda vez que se refiere a una cuestión que en este proceso concreto no ha sido abordada.

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

actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial que hasta entonces venía regulada por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo.

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

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

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

SEGUNDO.- Comparto el parecer de mis compañeros cuando señalan que los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional -STC 270/2015, de 17 de diciembre, cuya doctrina se reitera luego en las ulteriores SsTC 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 18 de febrero, 30/2016, de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo- han dejado zanjada en sentido desestimatorio la

formulación de esos mismos reproches contra el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y la Ley 24/2013, de 26 de diciembre. Ahora bien, la asunción de que las citadas normas con rango legal no incurren en retroactividad prohibida ni vulneran los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, por haberlo declarado así el Tribunal Constitucional, no excluye que esos defectos o alguno de ellos puedan estar presentes en las normas reglamentarias de desarrollo que aquí se enjuician.

Es cierto que son normas de rango legal las que establecen las bases del régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos. Así, partiendo del propósito declarado de asegurar una ,rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación,, tales normas legales contemplan un régimen retributivo adicional por la venta de la energía generada por alguna de aquellas instalaciones ,... compuesto por un término por unidad de potencia instalada que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo , -artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2013(que da nueva redacción al artículo 30 de la Ley 54/1997) y artículo 14 de la Ley 24/2013, así como disposiciones finales 2ª del Real Decreto- ley 9/2013 y 3ª de la 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 instalaciones tipo que se contemplan, para aplicarles en lo sucesivo el régimen correspondiente a esa categoría de instalación. Pero lo que hace la regulación reglamentaria es algo mucho más complejo y, al mismo tiempo, ajeno a la realidad de las cosas, pues parte de la base -una base necesariamente ficticia y, por ello mismo, perturbadora- de que las instalaciones siempre estuvieron sujetas a la normativa que ahora se instaura, como si no hubiese existido una regulación anterior y toda la vida de la instalación hubiese sido un continuo homogéneo sometido *ex tunc* al nuevo régimen regulatorio.

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

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

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

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

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

Ahora bien, esta conclusión respecto de las normas con rango legal no es trasladable sin más a la regulación contenida en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, dado que el sistema retributivo específico, apenas enunciado en las normas de rango legal, ha quedado configurado en el Real Decreto y la Orden con un sesgo retrospectivo significativamente gravoso que no es, desde luego, el único desarrollo reglamentario que admitían aquellas genéricas previsiones legales y que, a mi entender, sí incurre en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

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

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

intentado explicar, no ya una reducción de la tarifa sino una regulación enteramente nueva del régimen retributivo que, además, enjuicia con los criterios y parámetros que ahora se establecen toda la actividad desarrolla por la instalación desde su inicio.

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

Es cierto, ya lo he señalado, que tanto el Real Decreto-ley 9/2013 (disposición transitoria 3ª y derogatoria única) como la Ley 24/2013 (disposición transitoria 6ª) dejaron establecido que mientras no se produjese el correspondiente desarrollo reglamentario las instalaciones preexistentes que tuviesen derecho al régimen económico primado continuarían percibiéndolo transitoriamente con arreglo a la normativa anterior (Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, o Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, según los casos); y que recibirían esa retribución con el carácter de pago a cuenta sujeto a ulterior liquidación una vez que se produjese el desarrollo reglamentario. Sin embargo, es en el Real Decreto 413/2014 donde se materializa y concreta el alcance de aquella previsión legal; y lo hace la norma reglamentaria en términos que resultan vulneradores de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, pues determinó que las instalaciones hubiesen de operar, a ciegas,, sin conocer el régimen regulatorio que sería de aplicación a su actividad no sólo en el futuro sino también durante el propio período transitorio.

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

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

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

TERCERO.- En definitiva, por las razones que he expuesto en los apartados anteriores considero que el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y la Orden

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

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. Pero, como indiqué al comienzo, el desarrollo argumental de este segundo aspecto de mi discrepancia con la mayoría de la Sala corresponderá hacerlo con ocasión de sentencias en las que se aborde la cuestión relativa a la justificación técnica de la Orden IET/1045/2014.

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

Maria Isabel Perello Domenech

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia y votos particulares por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.