BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ062730

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1423/2017, de 25 de septiembre de 2017
Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)
Rec. n.º 762/2014

SUMARIO:

Energía eléctrica. Renovables. Real Decreto 413/2014. Seguridad jurídica. Confianza legítima. Retroactividad. Delegación en blanco. Igualdad de trato. Inversión en instalaciones. Gastos financieros. Motivación. Régimen de primas. La protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino que se refiere a la creencia racional y fundada de que, por actos anteriores, la Administración adoptará una determinada decisión, y 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 caso no existe, o al menos no se invoca, 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 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 RD 661/2007, al que estaban acogidas las instalaciones, garantizaba que la tarifa regulada fuera inmodificable. La jurisprudencia ha sido constante 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. 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. 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 la norma 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 la jurisprudencia. Por lo que se refiere al ámbito propio de regulación de las normas reglamentarias, puede ser perfectamente lícito que el Consejo de Ministros, al promulgar un Reglamento, defiera al Ministerio correspondiente puntos concretos y de carácter accesorio que no supongan una modificación o alteración sustantiva de aquél, sino simplemente un mero desarrollo objetivo y puntual de las normas reglamentarias. La colaboración entre la ley y el reglamento no se agota en el primer escalón de la pirámide normativa -real decreto-, pudiendo diferirse a escalones inferiores, cuando las peculiaridades del caso requieran de una formulación mucho más precisa, al exigir complejas operaciones técnicas. Votos particulares.

PRECEPTOS:

Tratado de 25 de Marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 267.
Constitución Española, art. 9.3.

Ley 54/1997 (Sector eléctrico), art. 30.
RDL 9/2013 (medidas para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico), art. 1 y disps. adic. primera y finales primera y segunda.
Ley 24/2013 (Sector Eléctrico), art. 14.7 y disps. finales tercera y cuarta.
RD 661/2007 (producción de energía eléctrica en régimen especial), art. 36.
RD 413/2014 (producción de energía eléctrica a partir de renovables), arts. 16, 17 y disp. adic. segunda.

PONENTE:

Don José María del Riego Valledor.

SENTENCIA

En Madrid, a 25 de septiembre de 2017

Esta Sala ha visto constituida la sección tercera por los magistrados al margen relacionados, el recurso contencioso administrativo número 762/2014, interpuesto por el Procurador D. Javier Vázquez Hernández con la asistencia letrada de Dª. Olga Carbonell Iztueta, en representación de la COMUNIDAD DE BIENES DIRECCION000 CB, contra el Real Decreto 413/2014 de 6 de junio, que regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE de 10 de junio de 2014), en el que la ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

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

La representación procesal de la Comunidad de Bienes DIRECCION000 CB interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución de referencia, mediante escrito presentado el 10 de septiembre de 2014, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 2 de octubre de 2014, admitió a trámite el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

Segundo.

Con fecha 5 de noviembre de 2014 se recibió comunicación del Tribunal Constitucional en el que se ponía en conocimiento de la Sala la admisión a trámite del conflicto positivo de competencia núm. 5958/2014 , promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra diversas disposiciones del RD. 413/2014.

Oídas las partes, y no siendo el mismo objeto del presente recurso, se acordó la continuación del trámite.

Tercero.

Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que formalizase la demanda, lo que verificó por escrito de 5 de marzo de 2015, en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y solicitó a la Sala que, previos los trámites legales oportunos, dicte en su día sentencia por la que se reconozca y declare:

Primero.

Que declare contraria a derecho la redacción del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio (BOE de 10 de junio de 2014), en todo el contenido que regula el régimen aplicable a las instalaciones con derecho a la percepción del régimen económico primado a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 9/2013 de 12 de julio, por ser una modificación general del régimen económico que no atiende a situaciones coyunturales, sino a una sustitución del régimen aplicable a la interesada cuando se realizaron las inversiones y se cumplieron los requisitos legales.

Segundo.

Que se declare contrario a derecho el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por no estar ajustadas a derecho las disposiciones legales y reglamentaria en las que se ampara, para el supuesto de que una sentencia definitiva así lo declare, en su caso, por aplicación retroactiva y vulneración del artículo 9.3 de la Constitución , o por vulnerar los derechos a la seguridad jurídica y a la confianza legítima, establecidos en nuestra normativa interna o en la Europea.

Tercero.

Que para el caso de que no prospere ninguna de las solicitudes mencionadas, o lo sean parcialmente, que se declare la Orden ministerial nula por falta de motivación de los parámetros determinantes del régimen económico.

Cuarto.

Que se declare que se deben adicionar los gastos financieros y todos los demás gastos incluidos en el Plan General de Contabilidad "antes de impuestos".

Quinto.

Que en caso de aplicación del nuevo régimen se indemnice a la parte recurrente en el daño causado por pérdida de valor de las instalaciones o pérdida de la rentabilidad del nuevo régimen, en comparación con el que tenía asignado, que se determinaría en ejecución de sentencia, en su caso.

Sexto.

Que dada la generalidad de la cuestión planteada, que afecta a una multitud de instalaciones, que no se le aplique a la interesada un régimen menos favorable al que sería de aplicación a otras instalaciones análogas a la interesada y bajo las mismas condiciones.

Séptimo.

Que se condene en costas a la Administración Pública demandada.
Solicitó el recibimiento del pleito a prueba, y fijó la cuantía como indeterminada.

Quinto.

La Administración demandada formuló, en fecha 24 de abril de 2015, escrito de contestación a la demanda, en el que se opuso a la pretensión de la actora, con las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, y solicitó a la Sala que resuelva este proceso por sentencia que desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto, con costas.
Alegó desviación procesal de la demanda por desconexión de sus pretensiones con el objeto del proceso.
Fija la cuantía como indeterminada, se opone al recibimiento del pleito a prueba y no se opone al trámite de conclusiones escritas.

Sexto.

Mediante Decreto de 25 de mayo de 2015 se fija la cuantía del recurso como indeterminada.

Mediante Auto de 9 de junio de 2015, se acuerda no haber lugar al recibimiento del proceso a prueba, sin perjuicio de tener por reproducidos e incorporados a los autos todos los documentos aportados por el demandante con el escrito de demanda.

Séptimo.

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

La parte recurrente, se opone a la suspensión interesada por la Administración del Estado.

Mediante providencia de 15 de 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.

Octavo.

Aportada la documentación requerida a la Administración del Estado, y oída la recurrente que se opone a la suspensión, por Auto de 17 de julio de 2015, la Sala acordó no haber lugar a la suspensión del procedimiento que propugnaba la Administración.

Recurrido dicho Auto en reposición, fue resuelto por Auto desestimatorio de 17 de septiembre de 2015.

Noveno.

Ambas partes procesales evacuaron el trámite de conclusiones escritas.

Por providencia de 8 de abril de 2016, se concedió a las partes plazo de alegaciones sobre la incidencia en el presente procedimiento de la STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, dictada en el Recurso 5347/2013 . El demandante presentó alegaciones y el Abogado del estado aportó al procedimiento la sentencia dictada por el TC en el recurso de inconstitucionalidad 5852/2013 . Se unieron las alegaciones de ambas partes.

Décimo.

- El Abogado del Estado mediante escrito de 19 de abril de 2016 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".

La parte recurrente manifiesta que la Notificación de la Comisión no incide en el presente procedimiento.

Undécimo.

Se señaló para votación y fallo el día 18 de julio de 2017, suspendiéndose la misma por necesidades del servicio, señalándose nuevamente para el 19 de septiembre de 2017, fecha en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, en sustitución del ponente designado Excma. Sra. Dª Maria Isabel Perello Domenech, que formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se interpone recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

En su escrito de demanda indica la parte recurrente que es titular de cinco instalaciones fotovoltaicas fijas (DANGLARS SINERGIAS SL, MANNERLY EUROGROUOP SL, MISTIFY TTRADER SL, MOTLEY TRADER SL, y MOVE BACK ASC 21 SL), de 100 Kw cada una de ellas, emplazadas en las parcelas NUM000 , NUM001 , NUM002 y NUM003 del polígono NUM004 en Segorbe (Castellón), con puesta en servicio e inscritas definitivamente en el registro autonómico con anterioridad al 29 de septiembre de 2008, que estaban acogidas al régimen económico regulado por el artículo 36 del Real Decreto 661/2010 .

Segundo.

La parte actora formula en su demanda las pretensiones de nulidad del RD 413/2014, de 6 de junio, en los términos que se recogen en los antecedentes de derecho de esta sentencia, con base en los siguientes motivos de impugnación:

1º) La parte actora alega que la normativa en vigor en el momento en que el interesado realizó la inversión y obtuvo la autorización administrativa era la contenida en el RD 661/2007, de forma que el derecho a una prima fija y el cálculo de la rentabilidad en función de los costes reales de inversión están contenidos en el régimen económico que considera aplicable, que es el previsto por el artículo 30 de la Ley 54/1997 , en la redacción vigente en el momento que se otorgó la autorización, y en su desarrollo reglamentario efectuado por el RD 661/2007, sin que sea de aplicación la disposición adicional primera del RD-ley 9/2013 y la redacción dada al artículo 30 de la Ley 54/1997 por dicha disposición, porque se produciría una aplicación retroactiva que vulnera el artículo 9.3 de la CE , el principio de seguridad jurídica y el derecho a la confianza legítima, produciéndose una expropiación parcial del valor económico de la instalación.

2º) Si se consideran de aplicación la disposición adicional primera del RD-ley 9/2013 y la redacción que dicha norma da al artículo 30 de la Ley 54/1997 , se aducen los siguientes motivos de impugnación:

a) Indebida delegación en blanco, pues la delegación normativa de la disposición final tercera de la Ley 24/2013 y de la disposición final segunda del RD-ley 9/2013 constituyen una delegación en blanco, que ha dado lugar al desarrollo de un régimen económico nuevo que se aplica retroactivamente, con vulneración del artículo 9.3 CE .

b) Exceso de delegación, pues el artículo 30.4 de la Ley 54/1997 , en la redacción dada por el RD-ley 9/2013, establece que la determinación de la retribución específica se debía realizar por medio de un Real Decreto, y sin embargo, el Real Decreto 413/2014 ha delegado a su vez en una Orden Ministerial la regulación de facto del régimen económico, incumpliendo así el mandato legal, pues era el Real Decreto el que debió regular los parámetros o primas aplicables a las instalaciones.

c) Vulneración del principio de igualdad, por tratar de manera igual a los distintos inversores, ya que los nuevos inversores, tras la entrada en vigor del RD-ley 9/2013, conocen el régimen económico antes de realizar la inversión, se benefician de la gran reducción de costes de la inversión en las instalaciones productoras y se les mantienen las condiciones existentes en el momento de la concesión del régimen, mientras que a los inversores sometidos al marco normativo del RD 661/2007, con un coste de inversión real mucho mayor, se les modifica el régimen retributivo, en el que no se tiene en cuenta el coste de la inversión realmente efectuada, por lo que entiende que se da un trato igual para inversores con costes de inversión sustancialmente diferentes.

d) Por regular un régimen de parámetros no amparados por la normativa legal de delegación, al no tener en cuenta la inversión en que incurrió en el momento en el que se concedió la autorización administrativa, a lo que añade que la disposición final primera del RD-ley 9/2013 dispone que la rentabilidad razonable girará "antes de impuestos" y el apartado cuarto del artículo 30 de la Ley 54/1997 se refiere a que se han de utilizar los costes de explotación para determinar la rentabilidad razonable. Señala que según el Plan General de Contabilidad los gastos antes de impuestos incluyen los gastos financieros de la actividad, por lo que el RD 413/2014, que es la disposición que debió desarrollar el régimen, debió referirse a que en todo caso los parámetros debían calcularse de manera que la rentabilidad se obtuviese antes de impuestos. Considera, por tanto, que el Real Decreto 413/2014 vulnera la

disposición final tercera de la Ley 24/2013 , en su punto 3, y que la omisión en el apartado 4 de la disposición adicional segunda del RD 413/2014 de incluir los gastos financieros, haciendo una absoluta delegación en blanco a la Orden, supone una vulneración de la delegación conferida por la disposición final segunda del RD-ley 9/2013 .

e) Falta de motivación, ya que la delegación en blanco que hace el RD 413/2014 ha provocado que la determinación de los parámetros aplicables a las instalaciones se efectúe en cientos de tablas, cuya determinación no se explica, ni como se calcula la rentabilidad establecida en la Ley, con el resultado de unas tablas con unos parámetros cuya comprobación resulta imposible, lo que determina la nulidad de la Orden ministerial por falta de motivación o por haber omitido la obligación de haber regulado de forma suficientemente precisa el régimen aplicable a las instalaciones.

f) Vulneración del principio de confianza legítima, pues el régimen retributivo es absolutamente novedoso, con un sistema de parámetros imposibles de prever, y que no estaba contenido en el marco normativo existente antes de la entrada en vigor del RD-ley 9/2013, sustituyendo los parámetros existentes en el momento de la concesión.

g) Vulneración de las Directivas 2009/28/CE y 2009/72/CE, por infracción del principio comunitario de no aplicación retroactiva de modificaciones a las políticas incentivadoras de las instalaciones y, por tanto, del compromiso suscrito por España de mantener un sistema de incentivos dentro del marco de la normativa comunitaria y el principio de confianza legítima de los inversores. Más concretamente, en la medida en que para las instalaciones existentes en la fecha de entrada en vigor del RD-ley 9/2013 se ha aplicado la metodología de cálculo del valor neto del activo y del coeficiente de ajuste según lo establecido por el Anexo XIII del RD 413/2014, que no está ajustado a derecho.

3º) Alega la parte actora el derecho a que se respeten las condiciones básicas o esenciales del régimen vigente en el momento en el que se concedió la autorización administrativa, se realizó la inversión y se le asignaron las condiciones económicas asociadas a la inversión.

4º) Finalmente la recurrente termina solicitando de este Tribunal el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y/o una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por lo que respecta a la primera razona que algunas de las cuestiones planteadas y desarrolladas por las disposiciones del RD 413/2014 dependen de que la disposición legal que desarrollan o en que se fundamentan, del Real Decreto ley 9/2013 o de la Ley 24/2013, sea o no contraria a la Constitución, por lo que entiende que debería plantearse cuestiones de inconstitucionalidad en relación con los siguientes preceptos:

- Disposición adicional primera del RD Ley 9/2013 , por cuanto supone una modificación con carácter retroactivo que vulnera el artículo 9.3 de la Constitución y el principio de igualdad por tratar de igual manera a los distintos inversores (los nuevos y los que ya hubiesen realizado la inversión con anterioridad).
- Disposición final segunda del RD Ley 9/2013 , porque supone una delegación al Gobierno para desarrollar una norma retroactiva.
- Disposición final tercera de la Ley 24/2013 de la Energía , por los mismos motivos y del artículo 34, en la media que su última redacción se aplique retroactivamente.

Por lo que respecta al eventual planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, argumenta que las disposiciones impugnadas establecen una modificación del régimen económico que desincentiva la inversión en fuentes de energía renovables y vulnera el principio de confianza legítima de los empresarios y su derecho a conocer con claridad el incentivo que la Administración ofrece en el momento de realizar la inversión, o cuando se le concede la autorización vinculada a un régimen concreto de incentivos, sosteniendo que no se pueden realizar modificaciones de este régimen con efectos retroactivos. Argumenta también que el planteamiento de la cuestión permitiría aplicar el mismo régimen a los inversores nacionales que a los internacionales, que se pueden acoger al Tratado sobre la Carta de la Energía y acudir a organismos internacionales.

Considera que la normativa española no cumple con la confianza de los inversores (Directiva 2001/77/CE art. 4.e), por la aplicación retroactiva de un régimen económico después de haber materializado la inversión, y es incompatible con la obligatoriedad de mantener la confianza del inversor. La necesidad de proporcionar al sector estabilidad a largo plazo, que necesita para poder realizar inversiones razonables y sostenibles, es requisito exigido por la Directiva 2009/28/CE y por la Directiva 2001/77/CE de 27 de septiembre de 2001.

Antes de examinar las cuestiones que plantea la parte recurrente en su demanda, hemos de referirnos a la alegación suscitada por el representante procesal de la Administración demandada, que considera que el recurso incurre en desviación procesal por desconexión de sus pretensiones con el objeto del proceso, pues la pretensión de la demanda se dirige al RD 413/2014 «y sin embargo postula la nulidad de preceptos ajenos a su situación particular, como sucede cuando pide la anulación completa de la Orden IET/1045/2014 que no es objeto del proceso». De forma que la pretensión de nulidad alcanza a preceptos ajenos a la situación del recurrente, y desvinculados de su interés legítimo.

Pues bien, no cabe acoger tal alegación, que ni siquiera se articula como causa de inadmisibilidad, ni en la contestación a la demanda ni en el suplico, por lo que se pasa a examinar los motivos de impugnación. Es claro que el objeto del recurso contencioso-administrativo queda circunscrito a la impugnación del RD 413/2014 de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos, y estando planteado en similares términos al recurso 747/2014, nos remitimos a su fundamentación jurídica.

Tercero.

En los apartados que siguen abordaremos los motivos de impugnación formulados en la demanda, que acabamos de enunciar, y como algunas de las cuestiones que se suscitan son sustancialmente coincidentes con las planteadas por diversos recurrentes en otros procesos seguidos ante esta misma Sala contra la misma disposición que ahora se impugna, les daremos respuesta reiterando consideraciones que hemos expuesto en esas otras ocasiones, entre otras muchas, en las sentencias dictadas en los recursos 531/2014 , 536/2014 , 541/2014 , 543/2014 , 544/2014 , 545/2014 , 546/2014 , 547/2014 , 564/2014 , 637/2014 , 643/2014 , 650/2014 , 651/2014 , 654/2014 , 694/2014 , 704/2014 , 747/2014 , 763/2014 , 787/2014 y 790/2014 .

También debe indicarse que el recurso se dirige exclusivamente contra el RD 413/2014, de 6 de junio, si bien la parte también ha impugnado la Orden IET/1045/2014, que trae causa del RD aquí impugnado, en el recurso 851/2014, en el que esta Sala ha dictado sentencia de 7 de junio de 2016 , desestimatoria de las pretensiones deducidas por la parte, apoyadas en gran parte en los mismos argumentos y en similares términos a los planteados en este recurso. Así mismo, en el Recurso 747/2014 se ha dictado sentencia de 21 de diciembre de 2016 , resolviendo pretensiones semejantes a las del presente procedimiento, por lo que seguiremos ahora los razonamientos de nuestras precedentes sentencias.

Debe partirse de que el nuevo régimen retributivo, diseñado por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y desarrollado por RD 413/2014 y por la Orden IET/1045/2014, resulta aplicable a las instalaciones fotovoltaicas existentes que, como la de la recurrente, estaban acogidas al régimen retributivo primado fijado por el RD 661/2007. Así se desprende de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera y la Disposición Final Segunda del Real Decreto-ley 9/2013 , preceptos que respecto a las instalaciones que a la fecha de la entrada en vigor del real decreto-ley tuvieran derecho a un régimen económico primado, lo someten al régimen retributivo de rentabilidad razonable fijado en dicha norma y contemplado en el art. 30 de la Ley 54/1997 , en la redacción dada por dicha norma legal.

Partiendo de esta premisa, procede analizar los motivos de impugnación planteados, si bien el adecuado análisis de los mismos exige alterar el orden en que han sido formulados por la parte demandante, comenzando con el análisis de lo que considera una vulneración del principio de confianza legítima y el de irretroactividad. El primero por entender que el nuevo régimen retributivo es absolutamente novedoso al establecer un sistema de parámetros imposibles de prever y que no estaba contenido en el marco normativo existente antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013. Y el segundo al suscitar, aunque al hilo de otros motivos, que no se pueden modificar parámetros retributivos diferentes eliminando los existentes en el momento de la concesión.

A) Principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

Los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima protegen a los ciudadanos ante cambios legislativos que no sean razonables y previsibles.

Tal y como hemos señalado anteriormente, ni el Real Decreto 413/2014 ni la Orden IET/1045/2014 crearon "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 y por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Y también hemos destacado la relevancia de 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 en las que se descartó la pretendida vulneración de los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima ahora invocados, a cuyos fundamentos nos remitimos.

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 RD-ley 9/2013, tampoco cabe apreciar ninguna vulneración de tales principios por la disposiciones impugnadas, desde la perspectiva de la jurisprudencia elaborada por 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. En ellas se 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 RD 661/2007, al que estaban acogidas sus instalaciones, garantizaba que la tarifa regulada fuera inmodificable.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha sido constante a lo largo de los años al señalar, en la interpretación y aplicación de las normas ordenadoras del régimen jurídico y económico de la 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 RD 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 RD 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 retributiva 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 RD-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 RD-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 RD-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 RD-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 RD-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 RD-ley es de 7,398 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 RD-ley 9/2013, la Ley 24/2013 y, en su desarrollo, el RD y la Orden IET impugnadas, hayan vulnerado los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

B) Retroactividad de la norma.

También se aduce la vulneración del principio de irretroactividad de las normas por entender que no se pueden modificar los parámetros retributivos que le resultaban aplicables en el momento de la concesión.

A tal efecto, baste señalar que la sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015 -y las demás antes citadas- también examinaron si el RDL 9/2013 incurría 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.

Tal y como hemos señalado en numerosas sentencias de esta Sala, entre ellas la 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, debe concluirse que ni el RD 413/2014 ni la Orden IET/1045/2014 incurren 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.

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 porque lo impide de forma expresa la disposición final tercera, apartado 4, de la Ley 24/2013 .

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

Cuarto. *Delegación en blanco, e Indebida delegación del RD 413/2014 en la Orden de parámetros.*

La demanda cuestiona también la habilitación conferida por la Disposición Final Tercera de la Ley 24/2013 del Sector eléctrico y por la Disposición Final Segunda del Real Decreto Ley 9/2013 en favor del Real Decreto 413/2014 para regular esta materia, al entender que constituyen una "delegación en blanco" que ha dado lugar al desarrollo de un régimen económico nuevo que se aplica retroactivamente. Paralelamente también cuestiona la indebida delegación del Real Decreto 413/2014 en la Orden Ministerial para establecer la regulación fáctica de los parámetros retributivos de las instalaciones tipo, por entender que la previsión legal contenida en el artículo 30.4 de la Ley 54/1997 , en la redacción dada por el Real Decreto Ley 9/2013, permitía que la determinación de la retribución específica se realizase por medio de un Real Decreto (así lo disponía la Disposición Final Segunda del RD Ley 9/2013), sin embargo la Disposición Adicional Segunda apartado cuarto del Real Decreto 413/2014 ha delegado a su vez en una Orden Ministerial.

Ambos motivos deben ser abordados conjuntamente.

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

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".

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

Este nuevo sistema retributivo requería el necesario desarrollo reglamentario. 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.

Las remisiones legales a normas reglamentarias se admiten en nuestro ordenamiento jurídico como complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, estableciéndose limites en las materias reservadas a la ley cuando mediante las cláusulas de remisión se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.

La STC 233/2015 , FJ 3 a) recuerda que "la reserva de ley no impide que las leyes 'contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador' (SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4 ; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 14 , y 18/2011, de 3 de marzo , FJ 9)".

En el supuesto que nos ocupa, no puede entenderse, como pretende el recurrente, que se haya producido una remisión "en blanco", pues los elementos esenciales de este nuevo régimen jurídico 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). Y 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.

En definitiva, la modificación del régimen retributivo primado establecido por el RD 661/2007, no es obra de la disposición general que se impugna en este recurso, el RD 413/2014, que se limita al desarrollo del nuevo régimen retributivo introducido por el RD-ley 9/2003 y por la Ley 24/2013, respetando las bases y directrices fundamentales fijadas en dichas normas legales.

Se cuestiona también la remisión que el Real Decreto realiza en favor de la Orden Ministerial, para concretar el régimen jurídico aplicable a cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica.

La Disposición Adicional Segunda del apartado cuarto del Real Decreto 413/2014 dispone que:

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

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

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

Estima la parte recurrente que la Orden IET 1045/2014 carece de habilitación legal para aprobar los parámetros retributivos de las instalaciones de producción eléctrica, porque la única habilitación legal en esta materia es la que efectúa la disposición final cuarta de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, "al Gobierno " para que, en el ámbito de sus competencias, dicte las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo y aplicación de la Ley, y en relación con la retribución de las actividades de producción de energía eléctrica objeto de este recurso.

El RD regula el régimen retributivo específico de las indicadas instalaciones en su Título IV, en el que desarrolla, entre otros aspectos, los términos que lo componen, la retribución a la inversión y la retribución a la operación (artículo 11), que se determinaran mediante las fórmulas matemáticas que se detallan para cada retribución (artículos 16 y 17), con expresión de los períodos regulatorios (artículo 15), la revisión del valor sobre el que girará la rentabilidad razonable (artículo 19), la revisión y modificación de los parámetros retributivos (artículo 20) y las correcciones y ajustes del régimen retributivo (artículos 21 y 22), la retribución de las instalaciones híbridas (artículo 25), el devengo y las liquidaciones (artículos 28 y 29) y las inspecciones, renuncia e incumplimientos (artículos 30 a 34). Además de la regulación de las anteriores y otras cuestiones sobre el régimen retributivo específico, el artículo 13 del RD encomienda al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, la clasificación de instalaciones tipo o instalaciones estándar, en función de la tecnología, potencia instalada, antigüedad, sistema eléctrico, así como cualquier otra segmentación que se considere necesaria para la aplicación del régimen retributivo y el cálculo de los parámetros retributivos que indica, necesarios igualmente para la aplicación del régimen retributivo específico. Y también la disposición adicional segunda del RD 413/2014 , que establece el régimen retributivo específico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, que tuvieran reconocida retribución primada a la entrada en vigor del RD-ley 9/2013, se remite a una Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo igualmente de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, para que fije los parámetros retributivos de las instalaciones tipo que sean aplicables a estas instalaciones.

Esta remisión del RD 413/2014 a una Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, encuentra su justificación en el elevado carácter técnico de su contenido, por la clasificación de las instalaciones existentes en más de 1.500 de instalaciones tipo, y la elaboración de una ficha por cada instalación tipo, que recoge la cuantificación de los diferentes parámetros requeridos por el RD 413/2014 para la aplicación del régimen retributivo específico. La Orden IET/1045/2014 se limita, en lo que afecta a este recurso, a la clasificación de las instalaciones tipo y al cálculo de los parámetros retributivos de dichas instalaciones, de acuerdo con los criterios prefijados por el RD 413/2014, siendo su contenido por tanto de ejecución y desarrollo puramente técnico de las determinaciones del Real Decreto.

Ello es conforme con la jurisprudencia de este Tribunal que, por lo que se refiere al ámbito propio de regulación de las normas reglamentarias, ha señalado que puede ser perfectamente lícito, en palabras de la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1996 (recurso de casación 873/1993), que el Consejo de Ministros, al promulgar un Reglamento, defiera al Ministerio correspondiente "puntos concretos y de carácter accesorio que no supongan una modificación o alteración sustantiva de aquél, sino simplemente un mero desarrollo objetivo y puntual de las normas reglamentarias". Y el mismo sentido, las sentencias de 19 de febrero de 2013 (recurso 1687/2011) y 27 de junio de 2013 (recurso 3438/2011), han estimado que no incide en un exceso en la colaboración reglamentaria un Real Decreto sobre normas técnicas de valoración catastral, dictado en virtud de habilitación de Ley del Catastro (RD Legislativo 1/2004), por remitirse a órganos especializados para la determinación de cuestiones puntuales, en las que resulta necesario la realización de operaciones complejas, como la fijación de los módulos y coeficientes de valoración, señalando al respecto que "la colaboración entre la ley y el reglamento no se agota en el primer escalón de la pirámide normativa -Real Decreto-, pudiendo diferirse a escalones inferiores, cuando las peculiaridades del caso, como aquí ocurre sobre la fijación de los criterios, módulos y demás elementos de valoración, requieran de una formulación mucho más precisa, al exigir complejas operaciones técnicas [...]". Doctrina ésta perfectamente trasladable al supuesto que nos ocupa por lo que tampoco puede considerarse que la remisión a la Orden como necesario complemento técnico y de detalle de los parámetros establecidos en el Real Decreto sea contrario a derecho.

Quinto. *Sobre la vulneración del principio de igualdad (trato igual a distintos inversores).*

Otro de los motivos de impugnación del presente recurso plantea la vulneración del principio de igualdad por tratar de igual manera a los distintos inversores. Considera que los nuevos inversores, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 de 12 de julio, conocen el régimen económico aplicable antes de realizar la inversión, se benefician de la gran reducción de costes de la inversión en las instalaciones productoras, y se le mantienen las condiciones existentes, mientras que a los inversores sometidos al marco normativo del RD 661/2007, con un coste de inversión real mucho mayor, ven como se les modifica el régimen retributivo, en el que no se tiene en cuenta el coste de la inversión realmente efectuada. Por ello entiende que se da un trato igual para inversiones con costes de inversión sustancialmente diferentes.

Lo cierto es que para clasificar las diferentes instalaciones tipo se han tomado en consideración, como uno de los parámetros utilizados para agruparlas por criterios homogéneos, la antigüedad de las instalaciones y al tiempo de fijar los costes de inversión, según señala el informe de la CNMV a la Orden IET/1045/2014, se han utilizado los costes medios de inversión referidos a años anteriores y de la comparativa histórica realizada en dicho informe se acredita que los valores de inversión fijados por la Orden "son, con carácter general, próximos o superiores en las IT's consideradas a los datos disponibles en esta CNM".

Lo que en realidad cuestiona el recurrente es la aplicación retroactiva del régimen retributivo a las instalaciones existentes y el que no se hayan tomado en consideración los costes de inversión reales de cada una de las instalaciones, optándose por fijar unos valores estándar que ha aplicado no solo a las instalaciones futuras sino a las que ya existían, por lo que, en definitiva, dirige un reproche de retroactividad que ya ha sido abordado anteriormente.

Sexto. *Sobre la inversión en las instalaciones y gastos financieros.*

Alega la parte recurrente que el Real Decreto impugnado no tiene en cuenta la inversión en que incurrió su instalación, en el momento en que se concedió la autorización administrativa, ni descuenta los gastos financieros.

Ya hemos abordado su discrepancia en relación con la utilización de costes de inversión estándar, en lugar de utilizar los costes de inversión reales de cada instalación, por lo que procede centrarse ahora en el reproche relativo a la necesidad de incluir los gastos financieros.

Argumenta la parte recurrente que la Disposición adicional primera del RD-ley 9/2013 y el art. 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico , al disponer que la rentabilidad razonable 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 de las Obligaciones del Estado a diez años, incrementada en 300 puntos básicos, obliga a incluir, dentro de los costes de explotación, los costes financieros. Y ello por cuanto, según el Plan General de Contabilidad, aprobado por el RD 1514/2007, los gastos antes de impuestos incluyen los gastos financieros de la actividad, por lo que entiende que el Real Decreto impugnado debió calcular la rentabilidad descontando los gastos financieros, y, sin embargo, no los ha tenido en cuenta.

La previsión legal fijando la rentabilidad razonable "antes de impuestos", por referencia a la deuda pública del Estado incrementada en 300 puntos básicos, trata de cuantificar con un criterio objetivo la rentabilidad que tendrán derecho a percibir tales empresas. Tal previsión, sin perjuicio de su revisión cada dos años, se podía cuantificar para ese primer periodo, en una rentabilidad cierta del 7,398%, ya que el tipo de interés de las Obligaciones del Estado de referencia equivale a 4,398%, de acuerdo con la Memoria de la Orden impugnada, por lo que una vez sumados los 300 puntos establecidos como diferencial para el primer período regulatorio, se alcanzaba dicho porcentaje. Se cuantifica así por ley la rentabilidad a percibir a modo de régimen primado garantizado para el fomento de estas tecnologías, y con la expresión "antes de impuestos" se hace referencia a que sobre este rendimiento garantizado se aplicarán los impuestos que la empresa esté obligada a pagar.

El hecho de que la citada norma legal, y posteriormente el Real Decreto 413/2014 (Disposición Adicional Segunda), afirmase que se trataba de una rentabilidad "antes de impuestos", no implica la traslación automática a este ámbito de las normas contables contenidas en el Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007. Estas normas contables tienen como ámbito propio la fijación de los conceptos y la correcta forma de presentar las cuentas anuales de las empresas, en la que se incluyen las diferentes partidas, tanto para ingresos como para gastos, que no son trasladables al supuesto que nos ocupa, ni contribuyen a alcanzar la correcta interpretación que ha de darse al concepto de "rentabilidad razonable" ahora enjuiciado, por cuanto están referidos a una buena práctica contable de la actividad empresarial, con independencia de la empresa y el negocio de que se trate, que es completamente ajena a la finalidad que ahora se pretende y que no es otra que la determinación de una garantía de rentabilidad para las empresas productoras de energía eléctrica en régimen primado.

La cuestión no se centra, por tanto, en determinar si han de incluirse estos gastos financieros por aplicación de la normativa contable, sino si resulta razonable en el sistema diseñado por tales normas legales incluir los gastos financieros como uno de los costes a la inversión.

El cálculo de la retribución específica se hace en relación con una instalación tipo y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada. De modo que tanto los costes de explotación como el valor de la inversión inicial se estandarizan, homogeneizándose en relación con cada una de las instalaciones tipo que se configuran, y prescindiendo de las inversiones reales realizadas por cada una de las empresas que operaban en el sector, aun cuando para esta clasificación y para la fijación de esos valores estándar se tomen en consideración valores medios ponderados e históricos.

Los gastos financieros ocasionados por la utilización de financiación ajena que hayan podido tener cada una de las empresas no tienen cabida en este modelo, sin que pueda estimarse que la Orden impugnada, al no incluir en los gastos de la inversión inicial los costes de financiación, infrinja o contradiga los principios y criterios del nuevo régimen retributivo establecidos por normas con rango legal, sino al contrario, tanto el artículo 30.4 de la Ley 54/1997 , en la redacción dada por el RD-ley 9/2013, como el artículo 14.7 de la Ley 24/2013 -que el RD 413/2014 impugnado y la Orden IET desarrollan-, al tratar de la retribución específica y de los costes de inversión de una instalación tipo, que no puedan ser recuperados por la venta de energía, establecen que "solo" se tendrán en cuenta aquellos costes e inversiones "que respondan exclusivamente a la actividad de producción de energía eléctrica", y los intereses y gastos financieros no tienen esa condición de cantidades invertidas directamente -o exclusivamente- en la producción de energía eléctrica.

Tales gastos, aun siendo efectivamente un coste que las empresas han de computar en una correcta actuación empresarial y contable, no necesariamente han de ser incluidos a los efectos de calcular la rentabilidad garantizada por el Estado, pues con la previsión legal mencionada no se trata de garantizar una correcta actividad contable, sino de fijar una cantidad primada como medida de fomento a las empresas que operen con estas tecnologías, al margen de si han necesitado o no financiación ajena para ello.

Séptimo. *Sobre la alegada falta de motivación.*

Se cuestiona que la delegación en blanco que ha hecho el RD 413/2014 ha provocado que la determinación de los parámetros aplicables a las instalaciones tipo con derecho a la percepción del régimen económico primado carezca de motivación. El reproche parte de que en la Orden se fijan cientos de tablas, sin explicar ni los valores utilizados ni la forma de calcular la rentabilidad establecida en la Ley, con el resultado de unas tablas con unos parámetros cuya comprobación resulta imposible para la parte.

Las alegaciones relativas a la falta de motivación de la Orden IET 1045/2014, determinante de su nulidad, no pueden ser acogidas en este recurso que, como hemos señalado con anterioridad se dirige exclusivamente -de acuerdo con el escrito de interposición- contra el RD 413/2014, habiendo optado la parte por impugnar la Orden IET/1045/2014 de forma separada, en el recurso 850/2014, en el que planteó la cuestión de la nulidad de la citada

Orden por falta de motivación, que ha sido desestimada en la sentencia de la Sala de 3 de mayo de 2014 , antes referenciada, cuya respuesta sobre este punto conoce la parte por haberle sido notificada la citada sentencia, a la que nos remitimos.

Octavo. *Principio de confianza legítima.*

Siguiendo el orden de la demanda, la parte recurrente alega que el nuevo régimen vulnera el principio de confianza legítima, en la medida en que es absolutamente novedoso, con un sistema de parámetros imposible de prever, y desde luego no previsto en el marco normativo concedido a las instalaciones con régimen económico primado, existentes a la entrada en vigor del RD 9/2013.

En esta sentencia, en el Fundamento de Derecho Tercero, apartado A), hemos expresado las razones por las que esta Sala no considera que el RD impugnado haya infringido los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima, por lo que a dicho apartado nos remitimos.

Noveno. *Infracción de las Directivas Comunitarias.*

Considera la parte recurrente que el Real Decreto 413/2014 infringe las Directivas 2009/28 CE y 2009/72/CE, por desconocer el principio comunitario de no aplicación retroactiva de modificaciones a las políticas incentivadoras de las instalaciones y, por lo tanto, se ha vulnerado el compromiso suscrito por España de mantener un sistema de incentivos dentro del marco de la normativa comunitaria y el principio de confianza legítima de los inversores.

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

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

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

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

Por otra parte, 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 de tales principios 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 ese sentido, cabe señalar que en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2015 (C.427/14), se sostiene que el principio de protección de la confianza legítima puede ser invocado por cualquier operador económico a quien una autoridad nacional haya inducido fundadas expectativas para la aplicación de este principio, pero no resulta pertinente -afirma la sentencia- «cuando un operador económico prudente y diligente pudiera prever la adopción de una medida que afectara a sus intereses, no podría invocar tal principio si se adopta esa medida. Además, los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente, que pueda ser modificada en el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales (véase en especial la sentencia Plantanol, C-201/08 , EU: C: 2009:539 , apartado 53)»

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 constituye 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.

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.

Décimo. *Sobre la modificación del régimen de primas establecido .*

En el apartado cuarto de su demanda, la parte actora alega su derecho a que se respeten las condiciones básicas o esenciales del régimen vigente en el momento en el que se concedió la autorización administrativa, se realizó la inversión y se le asignaron las condiciones económicas asociadas a la inversión, y que de la misma manera que es razonable que se baje la prima a medida que se desarrolla la tecnología y se cumplen los objetivos de los cupos de producción de energía con fuentes de producción renovables, no es razonable modificar con carácter retroactivo y perjudicial el régimen de primas establecido.

En este motivo de impugnación, la parte recurrente -sin cita de la vulneración de precepto legal alguno- se limita a mostrar su criterio sobre la conveniencia del mantenimiento de los elementos esenciales del régimen económico concedido, es decir, del régimen anterior al RD-ley 9/2013, que fue derogado por la disposición

derogatoria única de dicha norma legal, con nuevas referencias a que el vigente régimen retributivo quiebra el principio de confianza legítima y la prohibición de retroactividad, cuestiones estas que ya se han tratado en apartados anteriores de esta sentencia.

También refiere la parte recurrente que no existe, en su caso, una verdadera opción entre el régimen primado y la posibilidad de acudir al mercado, pues todo el régimen primado de las energías renovables se basa en que, para estar en condiciones de competir con los sistemas de producción basados en el carbono, es necesario primar a las primeras, y en el caso de las instalaciones fotovoltaicas es evidente su inviabilidad económica sin una prima, por lo que para la parte recurrente, y para las instalaciones de pequeño tamaño, no existe una opción, y no es aplicable la doctrina que ha mantenido este Tribunal de que la opción por el régimen primado supone aceptar sus modificaciones.

Aunque la parte recurrente omite la cita de cualquier sentencia de esta Sala que recoja la doctrina a que se refiere en su demanda y con la que muestra su desacuerdo, cabe entender que la cita jurisprudencial se refiere al régimen especial de generación eléctrica regulado por el RD 661/2007, que en su artículo 24 reconocía a los titulares de instalaciones a los que resultase de aplicación el Real Decreto, la opción entre ceder la electricidad al sistema, percibiendo por ella una tarifa regulada, o venderla en el mercado de producción de energía eléctrica, percibiendo el precio de mercado complementado, en su caso, con una prima, por lo que la doctrina jurisprudencial que cita la parte recurrente se refiere a un marco regulatorio que, como se ha repetido en esta sentencia, quedó expresamente derogado por el RD-ley 9/2003, sin que se ofrezca ninguna clase de argumentos sobre su aplicación en el nuevo régimen retributivo.

Como dijimos en la sentencia de esta Sala de 7 de junio de 2016 (recurso 763/2014), a propósito de unas alegaciones similares de la misma representación procesal, no cabe reconocer como se propugna, el derecho de la parte demandante a obtener una prima fija durante todo el tiempo de la vida útil regulatoria de su instalación fotovoltaica solar de la que es titular, sin modificación cada seis años, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , en la redacción vigente en el momento en que se la concedió la autorización.

El reconocimiento de esta situación jurídica individualizada supondría inaplicar el contenido de dicha disposición legal que fue modificada por el artículo 1 dos del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio , por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, lo que carece de base jurídica, una vez que el Tribunal Constitucional, como hemos expuesto, en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre , ha rechazado la inconstitucionalidad de la citada norma.

Por tanto, no puede acogerse la pretensión que se deduce en el Suplico del escrito de demanda, respecto de que se otorgue a su instalación la tarifa aprobada por RD 661/2007, ni la indemnización por el daño causado por la pérdida de valor de las instalaciones o pérdida de rentabilidad del nuevo régimen, en comparación con el que tenía asignado.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse todos los motivos de impugnación alegados, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo, sin que proceda el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, y prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que propugna la parte recurrente.

Undécimo.

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

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo núm. 762/2014 interpuesto por la representación procesal de la COMUNIDAD DE BIENES

DIRECCION000 CB, contra el Real Decreto 413/2014 de 6 de junio que regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Sin expresa imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

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

VOTO PARTICULAR que formula el MAGISTRADO EXCMO. SR. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo ordinario 1/762/2014.

Reitero en este voto particular lo que vengo sosteniendo en los distintos recursos en los que, con argumentos iguales o similares a los del presente recurso, se impugnan el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio. Mis razonamientos han de entenderse, en este caso, referidos a la impugnación del Real Decreto 413/2014.

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 el Magistrado Eduardo Calvo.

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

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

En concreto, algunas de las sentencias en la materia que nos ocupa se han dictado respecto a disposiciones que fueron reduciendo de diversas maneras la retribución mediante primas a la generación de electricidad mediante energías renovables, pero que mantenían en esencia un sistema de retribución cuyo eje central era la electricidad producida; esto es, se remuneraba en función de la mayor o menor producción de electricidad de las empresas. Como es bien sabido, la evolución a la baja de las primas tenía su causa en el elevado coste de las mismas para el sistema eléctrico, debido a una errónea apreciación inicial por parte de la Administración de la potencia que se iba

a instalar al amparo de un régimen primado sumamente beneficioso, coste que iba a contribuir de manera muy decisiva al creciente déficit del sistema eléctrico español. En todo caso, debe recordarse asimismo que la Ley del Sector Eléctrico siempre aseguró que la producción de energía eléctrica debía alcanzar una "remuneración razonable", concepto indeterminado que nuestra jurisprudencia fue acotando en algunos aspectos.

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

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

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

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

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

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

Las previsiones de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013 son recogidas de nuevo por la disposición final tercera de la nueva Ley del Sector eléctrico de 2013. Así, en ella se reitera que el nuevo modelo se aplicará a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos que tuvieran retribución primada "a la entrada en vigor del Real Decreto-ley" y que será de aplicación "desde la entrada en vigor del mismo". Y añade dos previsiones de interés: por un lado, precisa más la rentabilidad razonable "a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación", estableciendo que el diferencial sobre el referido rendimiento medio de las obligaciones del Estado en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, sería de 300 puntos básicos; por otro lado, establece en el apartado 4 que "en ningún caso podrá resultar de dicho nuevo modelo retributivo la reclamación de las retribuciones percibidas por el energía producida al 14 de julio de 2013, incluso si se 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. Cierto 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 un elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica.

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

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

económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir un déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores.

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

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

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

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

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

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

Procede ahora recordar que el límite expreso de la retroactividad in peius de las leyes que el art. 9.3 CE garantiza, se circunscribe a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, nada impide al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, ya

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

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

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

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

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

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

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

Y continúa

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

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

Como puede observarse, la posición del Tribunal Constitucional se basa en definitiva en considerar que nos encontramos ante una modificación más del sistema retributivo de las energías renovables, que cuenta con una finalidad legitima 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 imponerlo las mencionadas normas de rango legal. El primero de ellos sería la definición por el artículo

30.4 de la Ley del Sector Eléctrico de 1997 , en la redacción que le ha dado el Real Decreto-ley 9/2013, de los elementos estipulados para el cálculo de la retribución específica; el segundo la definición de rentabilidad razonable dada en el apartado 3 de la disposición final tercera de la Ley del Sector Eléctrico 24/2013; y, finalmente, la ya mencionada previsión sobre no reclamación de retribuciones percibidas con anterioridad al 14 de julio de 2013 establecida por el apartado 4 de la citada disposición final.

a. Los elementos de la retribución específica.

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

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

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

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

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

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

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

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

c. La prohibición de reclamación de retribuciones ya percibidas.

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

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

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

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

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

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

Sexto .- *Conclusión.*

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

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

D. Eduardo Espin Templado

VOTO PARTICULAR que formula el MAGISTRADO EXCMO. SR. D. EDUARDO CALVO ROJAS a la sentencia de la sección tercera de esta sala (recurso contencioso-administrativo nº 762/2014), al que se adhiere la MAGISTRADA EXCMA. SRA. Dª MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH.

Reitero en este voto particular lo que vengo sosteniendo en los distintos recursos en los que, con argumentos iguales o similares a los del presente recurso, se impugnan el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio. Mis razonamientos han de entenderse, en este caso, referidos a la impugnación del Real Decreto 413/2014.

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 misma 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 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 sobre las instalaciones que existían con anterioridad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tercero.

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.

Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.