

JURISPRUDENCIA GENERAL: DERECHO ADMINISTRATIVO

ANNA PALLARES SERRANO
Profesora Contratada Doctor
Universitat Rovira i Virgili

Son diversas las Sentencias del Tribunal Supremo sobre cuestiones medioambientales, dictadas en el período comprendido entre el 14 de abril de 2017 y el 14 de octubre de 2017, que consideramos que merecen nuestra atención.

1. Costas, espacios naturales y urbanismo

La STS 1610/2017, de 24 de abril, declara que ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Pollença contra la Sentencia dictada, el 15 de septiembre de 2015, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares a resultas del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de la solicitud de la mercantil Menani, S.A. en cuanto a la servidumbre de acceso al mar a través del camino de Ternelles. La sentencia casada expresa:

«Estimamos el recurso contencioso-administrativo seguido a instancia de Menani S.A. contra la desestimación presunta de la solicitud planteada por la mercantil recurrente ante el Ayuntamiento de Pollença el 25 de noviembre de 2011. Anulamos el acto presunto impugnado por no ser acorde a derecho. Excluimos de las previsiones del PGOU la servidumbre de acceso al mar a través del camino de Ternelles»

Los datos de que parte la sentencia casada son los siguientes:

1. La mercantil Menani S.A. es propietaria de las fincas conocidas como Ternelles donde existe un camino de 9 kilómetros por el que se accede a la “platja Es Castell”.
2. Respecto a ellas existe una servidumbre de paso a favor del Ayuntamiento de Pollença.
3. El PGOU de Pollença asegura el uso público idóneo de las fincas afectadas por la servidumbre para acceder al mar, sobre la base de lo establecido en el artículo 28.2 de la Ley de Costas, de acuerdo con criterios para preservar los valores naturales y culturales de dichas fincas.

4. El Decreto 19/2007, de 16 de marzo, aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Naturales de la Serra de Tramontana, que comprende esta zona.
5. La parte actora presenta el 25 de noviembre de 2011 ante el Ayuntamiento de Pollença un escrito en el que solicita la adaptación del PGOU de Pollença al PORN y que se suprima del planeamiento municipal la posibilidad de constituir la servidumbre peatonal de paso en la finca de Ternelles. El Ayuntamiento deniega la solicitud a través del mecanismo del silencio negativo
6. Para acceder a la “platja Es Castell” por el camino de Ternelles es necesario obtener autorización del Ayuntamiento de Pollença, permitiendo éste un paso a pie de máximo de 20 personas al día.
7. El camino de acceso a la playa citada discurre 65 m por Zona de Exclusión en su tramo final. Hay 2.864 m repartidos en distintos tramos que invaden Zona de Uso Limitado. Toda la zona limítrofe con la ribera del mar es Zona de Exclusión. De manera que la única forma de acceder al mar es cruzando dicha zona.

La sentencia casada utiliza para fundamentar su decisión fundamentalmente el siguiente argumento jurídico:

“La imposibilidad de acceder el público al mar y a su ribera es una realidad que contempla el artículo 2 b) de la Ley 22/1 988 de Costas cuando establece que "La actuación administrativa sobre el dominio público marítimo terrestre perseguirá (...) garantizar el uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo terrestre, sin más excepciones que las derivadas de interés público debidamente justificadas". El ámbito territorial del PORN incluye en la Zona de Exclusión de ese concreto paraje a la zona de dominio público marítimo terrestre. Pues bien, si bien la Ley de Costas establece la garantía del uso público del mar y de su ribera, también lo es que la propia Ley de Costas permite determinadas excepciones debidamente justificadas. Y el PORN ha contemplado esa excepción al disfrute recreativo del mar en esa concreta zona y aguas, y ello por

encontrarse en un paraje de alto valor ecológico y ambiental, motivo por el cual se ha calificado de Zona de Exclusión”.

Ante el fallo transcrito con anterioridad dictado por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, donde se excluye de las previsiones del PGOU la servidumbre de acceso al mar, a través del camino de Ternelles, el Ayuntamiento de Pollença interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo falla casando y anulando la sentencia y expresando:

“Que estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por MENANI S.A, contra la desestimación presunta de la solicitud formulada el 25 de noviembre de 2011, sobre adaptación del PGOU de Pollensa, en cuanto a la servidumbre de acceso al mar a través del Camino de Ternelles, declarando la nulidad de la referida desestimación por ser contraria al ordenamiento jurídico y ordenando que por la administración competente se proceda a adaptar el PGOU de Pollensa, en las concretas determinaciones objeto del recurso a las prescripciones contenidas en el PORN de la Serra de la Tramontana, aprobado por Decreto 19/2007, de 16 de Marzo”.

Para llegar a este fallo el Tribunal tiene en cuenta las prescripciones de la Ley de Costas que establecen que la actuación administrativa sobre el dominio público marítimo terrestre ha de perseguir garantizar el uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas y, en consecuencia, considera que el PORN se ha acogido a esta excepción “al disfrute recreativo del mar en esa concreta zona y aguas, y ello por encontrarse en un paraje de alto valor ecológico y ambiental, motivo por el cual se ha calificado de “Zona de Exclusión””. Además, ante la discrepancia entre el PGOU y el PORN, el Tribunal aplica las normas sobre prelación de instrumentos planificaciones que determina la Ley de Conservación de los Espacios Naturales donde se establece una prevalencia y superioridad del planeamiento medioambiental sobre el urbanístico y el mandato de que los instrumentos urbanísticos se han de adaptar el planeamiento ambiental. En definitiva, la STS va más allá de la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares y ordena adaptar el PGOU al PORN.

2. Relación entre la declaración de impacto ambiental y la evaluación de impacto ambiental

La STS 3074/2017, de 18 de julio, confirma y asienta la doctrina establecida por la STS de 9 de julio de 2015 sobre la relación entre la Declaración de impacto ambiental y la Evaluación de impacto ambiental. La sentencia que comentamos trae causa de un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia número 301, de 2 de junio de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, donde se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto en nombre de la Asociación de Vecinos de Morata de Tajuña y Ecologistas en Acción Madrid-Aedenat contra las ordenes 2613 y 2615 de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, ambas de 25 de septiembre de 2013, por virtud de las cuales se desestimaron sendos recursos de alzada interpuestos por ambas entidades contra la resolución de 30 de abril de 2013 del Director General de Evaluación Ambiental relativa a la modificación sustancial de la Autorización Ambiental Integrada y la Declaración de Impacto Ambiental para la instalación de fabricación de cementos Portland Valderribas SA en el término de Morata de Tajuña.

La STS 3074/2017 examina ante todo el primer motivo de casación - Nulidad o anulabilidad de la resolución impugnada por subversión de los trámites del procedimiento evaluatorio y de control integrado - ya que su estimación hace innecesario examinar los restantes. Este motivo de casación se funda en que la sentencia infringe las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable al caso, que no permiten la tramitación y resolución simultánea y conjunta del trámite de evaluación de impacto ambiental y la autorización ambiental integrada, lo que plantea un supuesto de nulidad de pleno derecho por prescindirse total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Este motivo se basa en que:

“(...) la sentencia recurrida rechaza la nulidad de una Autorización Ambiental Integrada resuelta y publicada conjuntamente con la Declaración de Impacto Ambiental, siendo así que se trata de dos instrumentos claramente diferenciados, dado que su objeto y naturaleza jurídica es netamente diferente, uno de carácter resolutorio -la AAI- y el otro que en puridad es un mero informe -la DIA-”.

La Sala considera que la sentencia recurrida yerra al aplicar la normativa estatal y al no aplica la doctrina establecida por la STS de 9 de julio de 2015 argumentando que se refiere a un caso de Cataluña donde se aplica una normativa que separa el trámite de la Declaración de Impacto Ambiental de la Evaluación ambiental integrada con un alcance que no tiene el derecho aplicable a este caso, y no tiene en cuenta que la sentencia citada para fundamentar su resolución no solo apela a la normativa catalana sino también a la normativa europea y, sobre todo, a la normativa estatal básica.

Lo que se cuestiona en el presente caso, al igual que en la STS de 9 de julio de 2015, es "la exigencia de publicación de la declaración de impacto ambiental con carácter previo al otorgamiento de la autorización ambiental" y según la citada sentencia (FJ 7) este trámite tiene las siguientes finalidades:

"B) Es evidente, así las cosas, que el trámite de evaluación ambiental (que culmina en la consiguiente declaración de impacto) ha de realizarse también con carácter previo al otorgamiento de la correspondiente autorización ambiental: sólo así la administración actuante está en grado de tomar en consideración y ponderar los valores ambientales presentes antes de adoptar la correspondiente resolución.

También puede deducirse la necesidad de atender a esta exigencia sin demasiado esfuerzo de la propia normativa aplicable (artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1302/1986 : "Con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización o, en su caso, autorización de la obra, instalación o actividad de que se trate, el órgano ambiental remitirá al expediente al órgano ambiental (...) al objeto de que éste formule una declaración de impacto, en la que determine las condiciones que deben establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente y los recurso naturales").

(...) Proyectadas las consideraciones precedentes sobre el supuesto de autos, es claro que, otorgada la autorización ambiental integrada en la misma fecha en que se emitió la declaración de impacto, resulta imposible que en el mismo día la administración actuante haya podido

realizar la ponderación a que estaba emplazada de acuerdo con lo expuesto. Acierta, por consiguiente, la sentencia también en este punto.

C) Una vez afirmada la necesidad de proceder a la publicación de la declaración de impacto ambiental y sentado también que la declaración debe realizarse con carácter previo al otorgamiento de la autorización ambiental, combinadas y sumadas ambas exigencias, de ellas resulta como consecuencia lógica y natural que dicha publicación debe producirse también con anterioridad al otorgamiento de la indicada autorización.

Dicho de otro modo, la declaración de impacto ambiental ha de ser previa a la resolución autorizadora y ha de publicarse, como ya sabemos. Llegados a este punto, en efecto, no cabe ya discusión posible sobre ambos extremos. Pues bien, el eslabón de la cadena que falta y que sirve de nexo de unión entre ambas exigencias es, precisamente, el que ahora queda por establecer: en los casos que nos ocupan, la declaración no solo ha de ser previa a la autorización y ha de hacerse pública, sino que, además, la publicación de la declaración ha de efectuarse con carácter previo al otorgamiento de la autorización.

(...) La configuración del trámite de evaluación, por consiguiente, reclama en estos casos la prosecución del procedimiento y la apertura de una nueva fase tras la declaración. Y esta segunda fase solo puede adquirir relieve sustantivo si la declaración se pone en conocimiento de todos. La declaración busca así igualmente informar al público en general de la existencia de tales valores ambientales, difundirlos y darles publicidad, en definitiva, ponerlos en circulación y fomentar de este modo la participación ciudadana”.

Todas las consideraciones realizadas conducen a estimar el recurso de casación, revocar la sentencia recurrida en casación, estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las Órdenes 2613 y 1615 por virtud de las cuales se desestiman sendos recursos de alzada interpuestos contra la

resolución de 30 de abril de 2013 del Director General de Evaluación Ambiental relativa a la modificación sustancial de la Autorización Ambiental Integrada y la Declaración de Impacto Ambiental para la instalación de fabricación de cementos Portland Valderribas SA en el término de Morata de Tajuña, declarar dichas resoluciones disconformes a Derecho y anularlas.

3. Contaminación acústica

La STS 2401/2017, de 13 de junio, es fruto de un recurso de casación interpuesto por la Asociación Empresarial de Hostelería de Madrid (La Viña), la Asociación de Empresarios de Ocio Nocturno de la Comunidad de Madrid, la Asociación de Comerciantes Triball, la Asociación de Salas de Música en directo (La Noche en Vivo), la Asociación de Hosteleros de Malasaña y la Asociación de Empresas y Profesionales para Gays y Lesbianas, Bisexuales y Transexuales de Madrid y su Comunidad, y por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia núm. 252, de 1 de abril de 2015, dictada el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, estimatoria parcial del recurso núm. 1782/2012 formulado por las asociaciones arriba indicadas frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de 26 de septiembre de 2012, por el que se aprueba la normativa del Plan Zonal Específico de la Zona de Protección Acústica Especial del Distrito Centro (BOCM de 16 de octubre de 2012), declarando la nulidad de los arts. 8.1º,3º y 7º, 11.1º, 2º y 8º y 14.1º,3º y 5º de la citada normativa. El fallo del TS establece que ha lugar, en parte, al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia núm. 252, de 1 de abril de 2015, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual se revoca en la cuestión relativa a la declaración de nulidad del art. 8.3 de la normativa del Plan Zonal Específico de la Zona de Protección Acústica Especial del Distrito Centro, precepto que la sentencia aquí comentada declara conforme a derecho.

Los preceptos de la Normativa de Plan Zonal Específico de la Zona de Protección Acústica Especial del Distrito Centro, cuya nulidad se declara en la sentencia recurrida establecen las siguientes medidas:

- Los artículos 8.7º, 11.8º y 14.5º referidos, respectivamente, a las Zonas de Contaminación Acústica Alta, Moderada y Baja, que disponen que: "Todas las actividades nuevas deberán disponer, con carácter exclusivo, de un número de

plazas de aparcamiento igual al 10 % de su aforo en un radio máximo de 200 metros de su ubicación". Estas prescripciones se consideran contrarias al ordenamiento jurídico, entre otras razones, por la imposibilidad material de llevar a cabo la obligación impuesta sin que el Ayuntamiento, en el recurso de casación, haya desvirtuado tal imposibilidad y, por lo tanto, pueda prosperar el motivo de casación alegado por el Ayuntamiento de Madrid.

- Los art. 8.1º, 11.1º y 2º, y 14.1º y 3º se anulan en cuanto al régimen diferenciador entre actividades desarrolladas en edificios residenciales y las actividades desarrolladas en edificios de uso exclusivo no residencial, que la sentencia recurrida considera que no está justificado e infringe el principio de igualdad de trato (art. 14 CE). Se argumenta, al respecto, que con la adopción de medidas correctoras se busca corregir y paliar el incumplimiento de los objetivos de calidad acústica de una determinada área acústica y para lograrlo no hay que diferenciar entre edificio de uso residencial y edificio de uso exclusivo no residencial, por cuanto la contaminación acústica que se quiere reducir se constata fuera de los edificios. Así lo ha entendido también la STS objeto de estudio, rechazando el motivo de casación formulado por el Consistorio.

- El art. 8.3º, cuya nulidad también se declara, habilita a la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid para adelantar el horario de cierre previstos en la regulación propia de la materia de horarios, durante los días en que se haya comprobado la superación de los objetivos de calidad acústica en periodo nocturno de los locales, y ello con referencia a determinado tipo de establecimientos que se enumeran en el precepto. El argumento de la sentencia recurrida es que: "(...) las medidas del plan de acción deben contenerse en el propio Plan y haber sido adoptadas en el marco de su procedimiento de aprobación, y por ende, por el órgano competente para ello".

Según este razonamiento estas medidas adoptadas serian efectivas de manera inmediata y durante toda la duración del Plan Zonal Específico.

El TS se separa de esta fundamentación argumentando;

“La interpretación del art. 25.4 de la Ley del Ruido que hace la sentencia de instancia es excesivamente estricta y rígida pues sigue un planteamiento de "todo o nada" en cuanto a las medidas

incorporadas al Plan, que puede resultar disfuncional para que el mismo sea idóneo con el cumplimiento de los objetivos que debe alcanzar. Además no concuerda con la amplitud y flexibilidad con que se regulan las medidas correctoras en el citado precepto, que establece con carácter abierto, y en modo alguno exhaustivo, varias medidas posibles. (...) permitiendo que el plan se limita a señalar las zonas o las vías, configurar el ámbito de la restricción que se haya de imponer, difiriendo su efectiva aplicación en atención a circunstancias que pueden ser cambiantes y por tanto no requerirían, en todo caso, de la implantación permanente de las respectivas medidas en tanto que no se cumplan los objetivos del plazo zonal (...). Además, los planes zonales específicos que configura el art. 25.3 de la Ley del Ruido son una modalidad singularizada, aplicable en las zonas de protección especial, de la categoría general constituida por los Planes de Acción regulados en el art. 23 de la Ley del Ruido , que son aplicables con carácter general. (...) Es decir, los planes de acción, de los que los planes zonales son una especie, permiten establecer determinadas acciones prioritarias a realizar para el caso de que se produzca el evento. Las acciones prioritarias deben quedar convenientemente prefiguradas en el plan en cuanto a los presupuestos de aplicación y alcance, quedando diferida la aplicación efectiva de la medida a la comprobación de que concurra el hecho determinante, esto es, la superación de los valores límites de emisión o inmisión o el incumplimiento de los objetivos de calidad acústica”.

Por todo lo expresado, la sentencia acaba estimando el motivo de casación alegado por el Ayuntamiento de Madrid por haber infringido la sentencia recurrida el art. 25 de la Ley del Ruido, revocándose la sentencia en este punto y declarando conforme a derecho el art.8.3 de la Normativa de Plan Zonal Específico de la Zona de Protección Acústica Especial del Distrito Centro.

4. Recursos 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

Existen multitud de sentencias que traen causa del 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. Algunas sentencias son fruto de recursos contra la desestimación de reclamaciones por responsabilidad patrimonial del Estado Legislador y otras responden a recursos 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. Pasamos a comentar una de cada tipo de recurso:

a) La STS 2059/2017, de 25 de mayo, se pronuncia a resultas de la impugnación, por Frimancha Industrias Cárnicas, S. A, de la denegación presunta del Ministro de Industria, Energía y Turismo de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por los daños respecto de la planta de producción de energía eléctrica por cogeneración por la aplicación del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y de la Orden IET/ 1045/2014, de 16 de junio, que aprueba los parámetros retributivos de las instalaciones que producen energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Sostiene la parte recurrente que:

“las citadas normas -- Real Decreto de 2014 y Orden de 2014-- han implantado un nuevo régimen retributivo respecto de las instalaciones de energía eléctrica por cogeneración que modifica los parámetros de cálculo anteriores y suprime la prima o subvención a percibir por los titulares de este tipo de instalaciones, que ocasionan un daño antijurídico que ha de ser indemnizado. Considera la recurrente que el nuevo sistema se aplica retroactivamente, pues se aplica no sólo a la futuras instalaciones que surjan tras ese cambio normativo, sino también a las que ya se encuentran en funcionamiento. Se vulnera, por tanto, la seguridad jurídica, y también la confianza legítima, ya que se llevaron a cabo unas inversiones en la creencia de que el régimen retributivo se mantendría durante la vida útil de la instalación”.

La STS objeto de análisis reitera lo declarado en la STS de 25 de enero 2017, dictada a consecuencia del recurso contencioso-administrativo número 871/2015, y en la STS de 15 de febrero de 2017, que fue fruto del recurso

contencioso-administrativo número 40/2015, ambas sobre responsabilidad del Estado Legislador por los daños causados tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio, el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014.

En relación a la consideración de que el nuevo sistema retributivo se aplica retroactivamente, el TS para reprobar esta consideración utiliza la jurisprudencia del TC que establece que:

“(…) lo que prohíbe el citado artículo 9.3 de la CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya cerrados, ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad sólo es aplicable a los derechos que ya han sido consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los todavía pendientes, futuros, condicionados y expectativas, por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, y 178/1989, de 2 de noviembre. De modo que una norma es retroactiva, con lesión del artículo 9.3 de la CE, cuando incide sobre relaciones ya consagradas y afecta a situaciones terminadas y agotadas.

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 por el citado artículo 9.3 de la CE, 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, según declara la STC 270/2015, de 17 de diciembre”.

Respecto a la vulneración de la confianza legítima y la seguridad jurídica con relevancia a efectos de determinar la antijuricidad del daño, la Sala considera que tales principios no han sido lesionados porque estamos ante un ámbito - la regulación del régimen retributivo de la producción de energía eléctrica - que constantemente es objeto de reformas para adaptarse a las diferentes situaciones concurrentes y al interés público.

En referencia a la necesidad de que exista un daño antijurídico, es decir un daño que el afectado no tenga el deber jurídico de soportar, para que prospere la reclamación de responsabilidad del Estado Legislador, la sentencia determina que la falta de lesión de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima determina la ausencia de antijuricidad.

En coherencia con los fundamentos jurídicos expuestos, en el fallo se expresa que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de "Frimancha Industrias Cárnicas, S. A.", contra la denegación presunta del Ministro de Industria, Energía y Turismo por responsabilidad patrimonial formulada por los daños causados tras la entrada en vigor del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio.

b) La STS 3363/2017, de 25 de septiembre, se pronuncia a resultas de la interposición, por una Comunidad de Bienes, de un 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. La sala falla desestimando el recurso.

Esta sentencia tiene dos votos particulares. Uno suscrito por el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, que acaba concluyendo que la normativa recurrida incurre en retroactividad contraria a derecho por vulnerar los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. El otro voto particular los suscriben el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas y la Magistrada Excma. Sra. María Isabel Perello Domenech que consideran:

“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”.

El fallo de la sentencia se apoya sobre todo en el argumento de que el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, que es desarrollado por el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, ha sido declarado constitucional por diferentes sentencias del TC y se utilizan, entre otros, los fundamentos utilizados en estas sentencias para resolver en sentido desestimatorio. Ambos votos particulares coinciden en expresar que, el hecho que el Real Decreto Ley 9/2013 sea constitucional no significa, necesariamente, que el desarrollo normativo que se haya hecho de la citada norma tenga que merecer el mismo calificativo.

Así, en el primer voto particular sobre el alcance de la retroactividad que establecen el Real Decreto 413/2014, y la Orden que la desarrolla, se afirma:

“(...) sí, 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”.