



Roj: **STS 3436/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3436**

Id Cendoj: **28079130032018100379**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **09/10/2018**

Nº de Recurso: **2783/2016**

Nº de Resolución: **1492/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 9703/2016,**
STS 3436/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.492/2018

Fecha de sentencia: 09/10/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **2783/2016**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Procedencia: T.S.J.GALICIA CON/AD

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **2783/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1492/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 9 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **2783/2016**, interpuesto por la Xunta de Galicia representada por el procurador de los tribunales don Arguimiro Vázquez Guillén, por la mercantil Norvento S.L.U., representada por la procuradora de los tribunales doña María Isabel Campillo García y bajo la dirección letrada de don Francisco García Gómez de Mercado, por Aldesa Energía Renovables de Galicia, S.L., (ALDENER) representada por la procuradora de los tribunales doña María Dolores de la Plata Corbacho y con la asistencia de la letrada doña Sofía acuña Acuña Dorado, y por la sociedad Kaekias Eólica, S.A., representada por la procuradora de los tribunales doña Silvia Vázquez Senín y bajo la dirección letrada de doña Sara Martínez Lodeiros, contra la sentencia de 10 de febrero de 2016, dictada por la Sección Terca de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el procedimiento ordinario número 7532/2011, contra la resolución de la Consellería de Economía e Industria de fecha 10 de mayo de 2011, que rechaza en alzada el recurso presentado contra la decisión de 20/12/2010, que aprueba la relación de anteproyectos de parques eólicos seleccionados al amparo de la Orden de 29 de marzo de 2010, para asignar 235 MW.

Han intervenido como partes recurridas la procuradora de los tribunales doña Nuría Munar Serrano en nombre y representación de Capital Energy, S.A, con la asistencia del letrado don Federico Lara González y el procurador de los tribunales don Antonio Rafael Rodríguez Muñoz en representación de las sociedades mercantiles Eólica Galenova, S.L., y T.H. Eólica, S.L., bajo la dirección letrada de don Ramón Martínez Martínez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Xunta de Galicia y las entidades Norvento SLU, Aldeasa Energía Renovables de Galicia SL (en adelante Aldener), Kaekias Eólica SA, interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección 3 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 10 de febrero de 2016 por la que se estimó parcialmente el recurso interpuesto por diferentes empresas contra la resolución de la Consellería de Economía e Industria de 10 de mayo de 2011 que rechazó el recurso de alzada presentado contra la decisión de 20 de diciembre de 2010 por la que se aprobó la relación de anteproyectos de parques eólicos seleccionados al amparo de la Orden de 29 de marzo de 2010 para asignar 2325 MW.

La parte dispositiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

«FALLAMOS.-

Que, con rechazo de las causas de inadmisión formuladas y acogimiento parcial en cuanto al fondo del presente recurso contencioso-administrativo PO n.º. 7532/2011, interpuesto contra la resolución de la Consellería de Economía e Industria de fecha 10/05/2011, que rechaza en alzada el recurso presentado contra la decisión del 20/12/2010, que aprueba la relación de anteproyectos de parque eólicos seleccionados al amparo de la Orden de 29-03-2010, para asignar 235 MW, con expediente n.º RAI CEI 64/10, debemos:

Primero: declarar la disconformidad a derecho de la resolución objeto de recurso que, en consecuencia, anulamos.

Segundo: ordenar la retroacción de actuaciones a la fase de valoración de ofertas presentadas por cada promotor, para que la Comisión haga una nueva propuesta de resolución conforme a derecho, teniendo en cuenta los criterios consignados en el FJ 3º de esta resolución.

Tercero: No hacer expresa imposición de las costas causadas en el procedimiento.».

En dicha sentencia se acordó declarar la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas y ordena la retroacción de actuaciones a la fase de valoración de ofertas presentadas por cada promotor, para que la Comisión haga una nueva propuesta de resolución conforme a derecho, teniendo en cuenta los criterios fijados en el fundamento jurídico tercero de dicha resolución.



SEGUNDO. El recurso de la Junta de Galicia funda su recurso en un único motivo de casación en el que, al amparo del art. 88.1.d) de la LJ denuncia la infracción de los artículos 14 y 9.3 de la Constitución en relación con el art. 62.1.a) de la Ley 30/1992, de los artículos 54.1.a) y 54.2 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia sobre la obligación de valoración por las comisiones de valoración, contenida en la STS de 6 de octubre de 2011 (rec. 5891/2009) y sobre la discrecionalidad técnica contenida en las STS de 18 de marzo de 2011 (rec. 4278/2009) y STS 1 de abril de 2009 (rec. 6755/2004).

La Junta argumenta que la orden de convocatoria, de 29 de marzo de 2010 tenía como objetivo la asignación de 2.325 MW de potencia en la modalidad de nuevos parques eólicos en Galicia, y recogía en su artículo 1.1.2 la potencia máxima a adjudicar (potencia a admitir a trámite), 2.325 megawatt (MW). Esta potencia estaba distribuida en diez zonas, que engloban las áreas de desarrollo eólico (ADE) recogidas en el Plan Sectorial Eólico de Galicia, estableciendo la potencia máxima para desarrollar en cada zona.

El procedimiento de concurrencia se determina y resuelve para cada zona, en caso de que el número de MWs solicitados en los anteproyectos presentados fuera superior al indicado para la zona correspondiente. Considera que los anteproyectos presentados por Capital Energy que se indica en la demanda de instancia (PR Banzas de 39 MWy PE Maragouto de 33 MW) se encontraban en la zona 7, por lo que el fallo debió quedar limitado a tal zona y, sin embargo se extendió a otras zonas.

En esa zona la que potencia máxima a adjudicar era inicialmente de 100 MW, pero en la resolución de adjudicación de 20 de diciembre de 2010 la potencia adjudicada en la zona 7 fue de 123 MW. El incremento de potencia se debió a que existía una potencia sobrante de 23 MW en otra zona que incrementó la zona 7.

La cuestión en la instancia giraba en torno a la adjudicación de 2.325 MW en aprovechamientos de energía eólica, discutiéndose diferentes cuestiones, entre ellas la valoración del factor de ponderación K1 cuya inaplicación motivó la sentencia de instancia.

La sentencia de instancia consideró que la Comisión de valoración hizo dejación de sus funciones valorativas en concreto en relación con el coeficiente K1 (relativo al sector industrial en el que se desarrolla el plan industrial) al otorgar a todos los concurrentes la misma puntuación (otorgó un punto cuando podría haber otorgado de 0 a 3 puntos). La Junta considera que no se trata de un supuesto de abstención, sino que otorgó una valoración en uso de sus facultades (otorgó 1 punto a todos los proyectos presentados). La Orden no establece unos criterios de aplicación de este valor salvo que se valore preferentemente los sectores emergentes así como la posibilidad de que en los sectores eólico o energético, excepto sectores regulados y sectores estratégicos para el desarrollo socioeconómico, prevé una puntuación máxima de 3 puntos. Pero la pertenencia a uno de estos sectores, con ser un requisito previo necesario, no conlleva automáticamente que deba otorgarse la puntuación de 3 puntos, esta decisión le compete a la Comisión.

La Comisión ante la dificultad de definir qué sectores podían ser considerados proyectos emergentes o estratégicos decidió a todos los planes industriales 1 punto para este coeficiente.

A juicio de la Junta yerra la Sala al considerar que la Comisión no hizo valoración alguna de este coeficiente multiplicador sino que simplemente al no poder determinar cuál de los proyectos era más emergente o estratégico aplicó el mismo coeficiente multiplicador a todos ellos.

Es más, el TSJ de Galicia en la sentencia de 27 de noviembre de 2013 (rec. 7392/2010) validó una actuación similar a la ahora criticada, sentencia que fue confirmada en casación por STS 2229/2016, de 14 de octubre. En dicha sentencia, al igual que en el caso que nos ocupa, que la aplicación de este coeficiente le podría haber supuesto la obtención de la selección y asignación solicitada (aun suponiendo que a la entidad recurrente se le aplicase el coeficiente multiplicador de 3 puntos y a las demás empresas el de 1 punto). De hecho, la empresa desistió de la pretensión, inicialmente planteada como subsidiaria, de que se retrotrajesen las actuaciones a las fases de valoración de las ofertas de todos los promotores. Y la primera pretensión no se le puede conceder porque el hecho de subir el citado coeficiente a la empresa recurrente no implica que hubiera dado lugar a su selección.

Por todo ello entiende que ni podía accederse a ninguna de las pretensiones de la recurrente ni procedía la retroacción decretada dado que no podría alcanzar a todas las zonas, cuando lo debatido se circunscribía a la zona 7.

TERCERO. La entidad Norvento SLU interpone recurso de casación contra la misma sentencia en base a los siguientes motivos:

1º En primer lugar, y al amparo del art. 88.1.c) de la LJ, denuncia el quebrantamiento de forma esencial del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia al entender se ha infringido el principio de congruencia del art. 33.1 de la LJ en relación con el art. 24.1 de la CE.



El Tribunal solo puede juzgar el asunto dentro del ámbito determinado por las partes. En el caso que nos ocupa la demanda de la recurrente tenía una pretensión principal y otra subsidiaria. La pretensión principal solicitaba la declaración de nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas y, en consecuencia, la asignación de la valoración adecuada a los parques eólicos de Capital Energy SA en la zona 7 (Baza y Maragouto) y sean inscritos en la relación de parques eólicos selecciones con asignación de potencia, y subsidiariamente retrotraer las actuaciones a la fase de valoración de las ofertas presentada por cada promotor, pero en el escrito de conclusiones limitó su pretensión a la principal, renunciando a la subsidiaria. Sin embargo, la sentencia acoge la pretensión subsidiaria ordenando la retroacción de actuaciones respecto de todas las ofertas del concurso cuando debería haber ordenado una nueva valoración de los parques eólicos Banzas y Maragouto situados en la zona 7, sin afectar a las demás zonas del concurso eólico, por lo que, a su juicio, incurre en una incongruencia por exceso al acoger una pretensión no mantenida por las partes.

2º En segundo lugar, y al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la vulneración de la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica de la Administración y los conceptos jurídicos indeterminados al valorar las proposiciones u ofertas de los concursos.

A su juicio, la aplicación del coeficiente K1 para valorar las proposiciones presentadas forma parte de la discrecionalidad técnica de la que goza la comisión de valoración en el ejercicio de su libertad valorativa. La Comisión de Valoración, en uso de su discrecionalidad técnica, consideró que todos merecían la misma puntuación, sin existir diferencias significativas. No puede considerarse, como hace la sentencia de instancia, que nos encontremos ante un supuesto de abstención valorativa por parte de la Comisión sino ante una valoración de un punto para cada uno de los proyectos presentados, acordada en virtud de su discrecionalidad técnica. Y la resolución administrativa proporciona al interesado los elementos suficientes para conocer los motivos en los que funda la aplicación de la misma puntuación en este apartado.

CUARTO. La entidad Aldesa Energías Renovables de Galicia SL (en adelante Aldener) interpone recurso de casación contra la misma sentencia en base a los siguientes motivos:

1º Incongruencia extrapetita de la sentencia, con infracción del art. 33.1 de la Ley Jurisdiccional.

Dado que en el orden contencioso-administrativo rige el principio de disposición de las partes objeto del proceso, por aplicación supletoria del art. 19 de la LEC, debe tomarse en consideración que el art. 74 de la LJ establece la posibilidad de desistir del recurso o parcialmente de sus pretensiones, siendo el momento adecuado para ello el escrito de conclusiones tal y como establece la STS, Sala Tercera Sección 6ª, de 3 de febrero de 2016. Y dado que en el escrito de conclusiones se había desistido la pretensión subsidiaria manteniéndose únicamente la pretensión principal la sentencia no estaba facultada para decidir extralimitándose sobre dicha pretensión.

2º En segundo lugar se alega la vulneración de la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica de la Administración y los conceptos jurídicos indeterminados al valorar las proposiciones u ofertas de los concursos.

La dificultad con la que se enfrentó la Comisión de Valoración para la asignación de puntuación al coeficiente K1, ante la imprecisión de los conceptos «sector estratégico» y «sector emergente» se resolvió otorgando 1 punto a cada licitador. Argumenta que el art. 10 del TRLCSP señala la improcedencia de aplicar criterios de valoración indeterminados por lo que ante la existencia de tales conceptos en las normas de valoración la Comisión suplió este defecto con la decisión correcta, valorando de forma igualitaria todos los proyectos en este extremo

La sentencia invoca erróneamente las características de los conceptos jurídicos indeterminados (en los que solo cabe una solución justa) cuando realmente se trata del ejercicio de la discrecionalidad técnica por la Comisión de Valoración en el que de las posibles soluciones todas ellas son igualmente validas, sin que los tribunales puedan ejercer un control sobre la decisión discrecional salvo en supuestos específicos y muy restrictivos (dolo o infracción legal o arbitrariedad manifiesta).

Finalmente sostiene que, en base al principio de conservación de los actos administrativos, no resulta procedente una nueva valoración de todos los parques eólicos de Galicia cuando muchos de ellos no se verían afectados por la aplicación de este coeficiente.

QUINTO. La entidad Kaekias Eólica SA interpone recurso de casación contra esta misma sentencia al considerar que la sentencia vulnera el art. 33 de la LJ al juzgar al margen de las pretensiones sostenidas por las partes. La pretensión principal se concretaba en la nulidad de la puntuación obtenida por la mercantil Capital Energy SA para sus parques eólicos situados en la zona 7, para que resultasen inscritos en la relación de parques eólicos seleccionados con asignación de potencia. Esta fue la única pretensión que se mantuvo a lo largo del proceso, dado que renunció a la pretensión subsidiaria, sin embargo la sentencia, desentendiéndose

de la petición de las partes, acogió la petición subsidiaria de la demanda a la que se había renunciado. Y así en el fundamento jurídico tercero d) de la sentencia (folio 19) afirma «se acoge el recurso en este punto y concretamente en la petición subsidiaria de anular el resultado del concurso eólico» y en el fundamento jurídico 5 (folio 22) se afirma «la argumentación expuesta en el fundamento jurídico tercero debe conducir al acogimiento parcial de las pretensiones de la parte demandante».

A su juicio, la sentencia no respetó los límites de las pretensiones objeto de debate produciéndose un desajuste entre el fallo y las pretensiones formuladas por las partes, sin que la sentencia pudiese resolver sobre los parques eólicos que no fueran de la zona 7ª a los que la empresa Capital Energy ni siquiera se había presentado.

Considera que incluso la pretensión subsidiaria era de mera anulabilidad no de nulidad absoluta.

SEXTO. La entidad Capital Energy Eólica SA se opone al recurso considerando que la sentencia no incurrió en incongruencia alguna y su solución resulta coherente con una aplicación igualitaria en el proceso selectivo. Así mismo niega la infracción de la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica de las comisiones de valoración.

SÉPTIMO. Tanto la entidad Eólica Galenova SL como la entidad T.H. Eólica SL sostienen que si bien es cierto que la sentencia incurrió en la incongruencia denunciada pero el alcance de la sentencia del Tribunal Supremo tan solo puede referirse, tal y como solicitó la empresa en su demanda de instancia, a los parques de Maragouto y Banzas, ambos incluidos en la zona 7 del concurso eólico, pues solo respecto de ellos solicitó en la instancia una puntuación alternativa, sin que además pueda el Tribunal Supremo acceder a realizar por sí mismo esa nueva valoración pretendida, que incluye la aplicación de normas autonómicas, por lo que debe devolver las actuaciones a la instancia para que dicte una nueva sentencia.

OCTAVO. Se dieron por concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 2 de octubre de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Xunta de Galicia y las entidades Norvento SLU, Aldeasa Energía Renovables de Galicia SL (en adelante Aldener), Kaekias Eólica SA, interponen sendos recursos de casación contra la sentencia de la Sección 3 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 10 de febrero de 2016.

SEGUNDO. Sobre la incongruencia extrapetita.

Se plantea, en primer lugar, la incongruencia extrapetita o por desviación de la sentencia de instancia al haber resuelto al margen de la pretensión subsistente.

Debe partirse de que la demanda de instancia, formulada por la empresa Capital Energy SA, contenía inicialmente dos pretensiones: una principal y otra subsidiaria, del siguiente tenor:

«1. Acuerde estimar el presente recurso contencioso administrativo y declare nula la resolución de 20 de diciembre de 2010 por la que se aprueba la relación de anteproyectos de parques eólicos seleccionados al amparo de la Orden, y en consecuencia, la resolución de la Consellería de Economía e Industria de 10 de mayo de 2011, por la que se resuelve nuestro recurso de alzada ratificando la anterior, y en consecuencia, asigne a los parques eólicos de Capital Energy, S.A. presentados al concurso la valoración adecuada, por lo que deben ser inscritos en la relación de parques eólicos seleccionados con asignación de potencia.

2. Subsidiariamente a lo anterior, que estime el presente recurso contencioso administrativo y declare que las resoluciones antes referidas han incluido vicios de anulabilidad, por lo que procede anular el resultado del concurso eólico de Galicia y retrotraer las actuaciones a la fase de valoración de las ofertas presentadas por cada promotor, a fin de que la Comisión de Valoración siga los criterios expuestos en el presente escrito».

En definitiva, la pretensión principal se circunscribía a la declaración de nulidad de la resolución impugnada para que se valorasen de nuevo los parques eólicos Banza y Maragouto de Capital Energy SA. La empresa Capital Energy solicitó 7 parques eólicos para diferentes zonas, pero solo dos (Banza y Maragouto incluidos en la zona 7) estaban vinculados con actuaciones industriales. Por ello, en la demanda de instancia en la que se cuestionaba la indebida aplicación del coeficiente K1, aplicable a las valoraciones de actuaciones industriales, tan solo solicitaba una puntuación diferente, en aplicación del coeficiente K1, para estos dos parques sin proponer una puntuación alternativa para los demás proyectos de dicha empresa no seleccionados y a los que no vinculaba actuación industrial alguna.



La pretensión subsidiaria, sin embargo, era más amplia al solicitar la nulidad de todo el concurso eólico de Galicia para que se retrotrajesen las actuaciones a la fase de valoración de las ofertas presentadas por cada promotor.

Ahora bien, en el escrito de conclusiones la demandante, desistió de la pretensión subsidiaria de la demanda que quedó limitada a su pretensión a la pretensión principal.

La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda declarando la disconformidad a derecho de las resoluciones administrativas impugnadas y ordenó «la retroacción de las actuaciones a la fase de valoración de ofertas presentadas por cada promotor, para que la comisión haga una nueva propuesta de resolución conforme a derecho, teniendo en cuenta los criterios fijados en la Fundamentación Jurídica 3ª de esta resolución.» En el fundamento jurídico tercero d) de la sentencia afirma «se acoge el recurso en este punto y concretamente en la petición subsidiaria de anular el resultado del concurso eólico» y en el fundamento jurídico 5 se afirma «la argumentación expuesta en el fundamento jurídico tercero debe conducir al acogimiento parcial de las pretensiones de la parte demandante».

Planteada por las empresas codemandadas una solicitud de aclaración de sentencia, en la que se argumentaba que se había renunciado en el escrito de conclusiones a la pretensión subsidiaria, y que, por lo tanto, se aclarase el alcance del fallo anulatorio dictado. El tribunal consideró que la renuncia a la pretensión subsidiaria ello no impedía anular todo el concurso por cuanto la nueva valoración que debía realizarse no puede restringirse a las empresas de la demandante sino que debía extenderse al resto de los concursantes. A tal efecto razona que:

«[...] la pretensión de la demandante (a la que se suma la administración) de reducir la retroacción a su posición en el concurso, dejaría al resto de los concursantes en una flagrante e inadmisibles situación de infracción del principio de igualdad, porque el factor K, que no fue valorado en el concurso, es nada más y nada menos que un coeficiente multiplicados, que permite hasta triplicar el resultado del apartado, de forma que si al demandante se le aplica la norma y al resto de los concursantes no, la solución sería notoriamente injusta [...]».

Siendo cierto que las partes pueden desistir de todo o parte de sus pretensiones y que el escrito de conclusiones es un momento adecuado para ello, el problema no se centra en determinar en si la sala resolvió acogiendo una pretensión subsidiaria a la que se había renunciado, aunque lo afirmado en algunos de los párrafos de la sentencia induzcan a esta conclusión, sino si a la vista de lo manifestado en el Auto de aclaración, la declaración de nulidad de un factor de valoración obligaba a valorar de nuevo todos los proyectos del concurso.

Es cierto, tal y como señala el Auto de aclaración, que si en un proceso selectivo se considera incorrecta la aplicación un criterio de valoración, el pronunciamiento de la sentencia, por razones de igualdad del proceso selectivo, no puede circunscribirse a que el nuevo criterio se aplique tan solo a las empresas de la recurrente, excluyendo a las demás que con ella concurren. Acierta en este extremo el tribunal de instancia.

Ahora bien, ello no implica que se deba anular el proceso selectivo desarrollado en todas las zonas. El razonamiento es impecable siempre que se trate de una valoración conjunta para todas las zonas, o dicho de otra forma, esta premisa solo es válida siempre que el proceso de selección se hiciera de forma conjunta y no por zonas, pues en ese caso la falta de valoración de un factor influye en el resultado final de la selección. Si, por el contrario, el proceso selectivo se resuelve por zonas, que operan como compartimentos estancos y autónomos, aun cuando el coeficiente corrector sea el mismo, la pretensión de una empresa tan solo puede circunscribirse a aquellas zonas en las que considera que la indebida aplicación de dicho coeficiente afectó a sus proyectos, pues la selección realizada no afecta a las demás ni la nulidad del proceso de selección de una zona se transmite o comunica a las otras cuyos interesados no han formulado reclamación al respecto.

De modo que la pregunta clave para determinar si la sentencia incurrió en una incongruencia por exceso o por desviación es si la resolución del concurso operaba por zonas de forma independiente, de forma que una o varias empresas concurrían a una zona determinada con independencia y autonomía de lo que se resolviese en las demás o si, por el contrario, la resolución del concurso era conjunta para todas las zonas.

La Junta de Galicia sostiene, y así parece desprenderse del conjunto de la convocatoria, que el procedimiento de selección competitiva se resolvía para cada zona, en caso de que el número de MWs solicitados en los anteproyectos presentados fuera superior al indicado para la zona correspondiente. En efecto, la selección de anteproyectos para la instalación de nuevos parques eólicos en Galicia se debería hacer, según la Ley 8/2009 de 22 de diciembre, mediante autorizaciones administrativas precedidas de un trámite de selección competitiva.

Con fecha 31 de marzo de 2010, se publicó en el Diario Oficial de Galicia la Orden de 29 de marzo de 2010, por la que se abrió una convocatoria pública para la selección de nuevos parques eólicos en Galicia de 2010, asignando 2.325 MW de potencia. Esta potencia estaba distribuida en diez zonas que abarcaban las



áreas de desarrollo eólico (ADE) recogidas en el Plan Sectorial Eólico de Galicia, estableciéndose para cada zona la potencia máxima a adjudicar. En base a ello, diversos licitadores presentaron sus correspondientes anteproyectos para las diferentes zonas.

Cada solicitante solamente podía presentar una única solicitud para cada una de las zonas, sin perjuicio de poder solicitar un parque eólico para cada una de las áreas de una misma zona (art. 3.3 de la orden). Cada parque eólico debe estar situado únicamente en una de las áreas de desarrollo eólico fijadas, sin permitirse que un mismo parque eólico esté ubicado en dos o más de estas áreas (art. 6.2 de la Orden de la convocatoria). Y la propuesta de la Comisión de Valoración se realizaba para «cada una de las zonas de áreas de desarrollo eólico» fijando una lista de las solicitudes admitidas en función de las puntuaciones alcanzadas y se establecía una lista de suplentes por zonas (art. 12.1 de la Orden de convocatoria). Siendo el último parque eólico seleccionado para cada una de las zonas el que debía de cubrir el límite de potencia para cada zona. Y finalmente la resolución del Director General de Industria asignaba potencias a los anteproyectos seleccionados para cada una de las zonas (art. 13.1 de la Orden).

En definitiva, parece claro a la vista de las normas que regían la convocatoria que la resolución del proceso de selección competitiva de parques eólicos se producía por zonas, en atención a las solicitudes presentadas por cada una de las empresas. Y que la decisión del proceso selectivo operaba con autonomía en cada una de estas zonas respecto a las restantes, por lo que los criterios de valoración, entre ellos los referidos al coeficiente K, referido al «sector industrial en el que se desarrolla el plan industrial», operaba respecto de los proyectos presentados en esa zona.

La empresa recurrente, tal y como se desprende de su pretensión principal (única subsistente tras la renuncia de la pretensión subsidiaria) y del conjunto de su demanda, tan solo solicitaba una valoración alternativa de ese coeficiente corrector para los proyectos "Banza" y "Maragouto", incluidos en la zona 7, al ser los únicos que la empresa vinculaba con actuaciones industriales. Al resto de los proyectos presentados por dicha empresa en otras zonas no les afectaba la aplicación de dicho coeficiente y por ello no solicitaba en su demanda una valoración alternativa de tales proyectos.

Por todo ello, cuando el tribunal de instancia entendió que la infracción se circunscribía a la incorrecta valoración del coeficiente K1 que, por lo que respecta a la empresa recurrente, tan solo afectaba a dos proyectos incluidos en la zona 7, la declaración de nulidad y consiguientemente la nueva valoración debió circunscribirse tan solo a los proyectos presentados en esa zona, sin poder comunicar su nulidad a otras zonas en las que la empresa recurrente no pretendía una valoración alternativa para sus proyectos y la aplicación del coeficiente no le afectaba.

El Tribunal puede, sin vulnerar el principio de congruencia, conceder menos de lo pedido pero no algo diferente y ajeno a lo pedido.

Es cierto que dicho coeficiente fue también aplicado en los mismos términos en las demás zonas, pero al operar la selección en cada zona de forma autónoma respecto de las demás y dado que la empresa recurrente tan solo sostenía una valoración alternativa de los proyectos presentados en una zona determinada (la zona 7), sin que la aplicación de dicho factor de valoración incidiese en los proyectos presentados por la empresa en otras zonas, la sentencia incurrió en una desviación respecto de la única pretensión planteada por la empresa recurrente, sin que tampoco razones de coherencia o de aplicación igualitaria justificasen la extensión de un pronunciamiento a áreas ajenas a los intereses legítimos manifestados por la recurrente y en las que los concursantes que concurrieron en esas otras zonas a los que se les aplicó dicho criterio de valoración no habían formulado, o al menos no en este recurso, reproche alguno.

Por ello, se estima este motivo de casación y se considera que la sentencia incurrió en una incongruencia por exceso al extender su decisión de anulación a todo el concurso sin circunscribir la nulidad y la consiguiente retroacción de actuaciones a la zona 7 para que solo en ella se procediese a una nueva valoración de las ofertas presentadas.

TERCERO. Sobre la vulneración de la discrecionalidad técnica.

En segundo lugar, se cuestiona la indebida anulación del proceso selectivo por entender que el tribunal de instancia interpretó y aplicó de forma errónea la discrecionalidad técnica de la que disponía la Comisión de valoración para aplicar uno de los coeficientes correctores de la valoración.

A tal efecto, ha de señalarse que el coeficiente K1 que ahora nos ocupa, era uno de los criterios de valoración vinculado con los planes industriales que se regulaba en el apartado D.1 del Anexo V «Criterios de valoración» de la Orden de 29 de marzo de 2010. Conforme lo establecido en dicho apartado, la valoración de los planes industriales se realizaba mediante dos valoraciones parciales, de un lado, la valoración de las inversiones en activos fijos tangibles, y de otro lado, la valoración de los puestos de trabajo directos creados, estableciéndose



los factores que debían ser tenidos en cuenta a los efectos de dichas valoraciones, y a cada uno de los cuales le era asignado un coeficiente de ponderación (k1, k2, k3, k4, k5, k6 y k7).

Para la valoración del coeficiente k1 «Sector industrial en el que se desarrolla el plan industrial» se establece que:

«Se valoraran preferentemente los sectores emergentes, teniendo en cuenta además otras variables económicas asociadas al sector (contribución al PIB gallego, potencial del sector en Galicia, número de empleos generados en la actualidad...). La valoración de este coeficiente para cada uno de los planes industriales presentados se realizará por parte de la Comisión de Valoración, atendiendo a los mejores planes industriales para la Comunidad Autónoma de Galicia. Este coeficiente se encuentra entre 1,0 y 3,0.

Sectores Puntuación Máxima

Sector eólico o energético, excepto sectores

regulados y aquellos sectores estratégicos para el P = 3 puntos desarrollo socioeconómico».

La Comisión de Valoración al tiempo de aplicar este coeficiente multiplicador consideró que no disponía de criterios suficientes para interpretar cuales eran los sectores estratégicos o emergentes para la Comunidad Autónoma de Galicia, y, ante el silencio de la Consellería cuando fue consultada al respecto, decidió valorar el coeficiente K1 con 1 punto para todos los planes industriales presentados.

Es cierto, que el principio de discrecionalidad técnica concede a los órganos de evaluación un amplio margen de valoración, que conforma el núcleo duro de la discrecionalidad técnica, inmune a la revisión jurisdiccional, a menos que se advirtiesen errores materiales evidentes y sustanciales o una clara arbitrariedad.

La mera puntuación resulta insuficiente para explicar las razones que llevaron a la Comisión a valorar por igual a todos los proyectos presentados. Explicación que resulta, aún más necesaria, para excluir todo atisbo de arbitrariedad o error manifiesto en la decisión valorativa. A tal efecto, cuando la Comisión de valoración tuvo que afrontar la aplicación del coeficiente K1 en el que se permitía otorgar hasta una puntuación máxima de 3 puntos a los sectores emergentes y estratégicos y ante las dudas respecto al significado y alcance que había de darse a las términos «sector emergente» y «sector estratégico» planteó consulta a la Consejería de Industria y ante la falta de respuesta optó por conceder a todos los proyectos la misma puntuación (1 punto), sin valorar las circunstancias concretas y la características de cada uno de los proyectos presentados.

Nada impide que un órgano de valoración otorgue la misma puntuación a dos proyectos, si considera que concurren las mismas circunstancias y tienen los mismos méritos, y ello puede integrarse en el ejercicio de su libertad valorativa, pero en este caso su decisión fue aplicar la misma puntuación a todos por igual, o lo que es lo mismo, no diferenciar a los diferentes proyectos prescindiendo de sus características singulares, lo que implica en la práctica la inaplicación de esta regla de valoración por entender que no tenía criterio para aplicarlo. Pues bien, tal y como señala la sentencia de instancia en su fundamento jurídico tercero, no cabe admitir que la abstención en la aplicación de un parámetro evaluatorio por parte de la comisión de valoración tenga cobertura en su libertad valorativa o discrecionalidad técnica, sino que tan solo implica una dejación de sus funciones valorativas que es contraria a las bases de la convocatoria, pues la Administración convocante ha querido que se pueda diferenciar a los proyectos presentados en base a sus características, sin que la comisión de evaluación pueda lícitamente dejar de aplicarlos so pretexto de la dificultad de definir qué se entiende por sectores emergentes o estratégicos, lo cual resulta aún más reprochable si se toma en consideración, como señala la sentencia de instancia, que la Comisión evaluadora está integrada, entre otros, por varios funcionarios de la Consejería de Industria y del Instituto Gallego de la Promoción económica y el presidente nombrado por el Consejero de industria, al que se pidió que aclarase el alcance de estos conceptos.

Es por ello que no se aprecia vulneración de la discrecionalidad técnica ni de los criterios jurisprudenciales en torno a la misma, debiendo confirmarse la sentencia de instancia en este extremo.

CUARTO. Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la estimación parcial del recurso de casación sin que se aprecien circunstancias que justifiquen la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido



PRIMERO. Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por la Xunta de Galicia y las entidades Norvento SLU, Aldeasa Energía Renovables de Galicia SL (en adelante Aldener), Kaekias Eólica SA contra la sentencia de la Sección 3 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 10 de febrero de 2016 que se casa y anula en el particular referido a la incongruencia apreciada en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia.

SEGUNDO. Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Capital Energy SA, contra la resolución de la Consellería de Economía e Industria de 10 de mayo de 2011 que rechazó el recurso de alzada presentado contra la decisión de 20 de diciembre de 2010 por la que se aprobó la relación de anteproyectos de parques eólicos seleccionados al amparo de la Orden de 29 de marzo de 2010 para asignar 2325 MW.

Se declara la disconformidad a derecho de dichas resoluciones que se anulan en lo referente a la zona 7. Se ordena retrotraer la fase de valoración de ofertas presentadas, en esta misma zona 7, para que la Comisión de valoración haga una nueva propuesta de resolución conforme a derecho.

TERCERO. No hacemos expresa condena sobre las costas de este recurso de casación ni sobre las devengadas en la instancia.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde**, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.