



Roj: **STS 3820/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3820**

Id Cendoj: **28079130032017100406**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **31/10/2017**

Nº de Recurso: **4952/2016**

Nº de Resolución: **1655/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 31 de octubre de 2017

Esta Sala ha visto el presente recurso contencioso-administrativo núm. **1/4952/2016**, interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COGENERACIÓN(ACOGEN)**, representada por el Procurador de los Tribunales D. Carmelo Olmos Gómez y asistida por el Letrado D. Gerard Pérez Olmo, contra la Orden IET/1345/2015, de 2 de julio, por la que se establece la metodología de actualización de la retribución a la operación de las instalaciones con régimen retributivo específico. Han sido partes recurridas el Abogado del Estado en la representación y defensa que legalmente ostenta de la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO y GAS NATURAL, S.A.** representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana Isabel Colmenarejo Jover y asistida por la Letrada D^a Victoria Serrano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la Asociación Española de Cogeneración (ACOGEN), se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Orden IET/1345/2015, de 2 de julio, por la que se establece la metodología de actualización de la retribución a la operación de las instalaciones con régimen retributivo específico, de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. La Sala tuvo por interpuesto el recurso y por personado al recurrente, procediéndose a reclamar el expediente administrativo correspondiente.

Recibido el expediente administrativo, y concedido plazo para formalizar la demanda, la recurrente solicitó ampliación del mismo a la Orden IET/1209/2016, de 20 de julio, por la que se establecen los valores de la retribución a la operación correspondientes al segundo semestre natural del año 2016 y se aprueba una instalación tipo y sus correspondientes parámetros retributivos, a lo que se opuso el Abogado del Estado, resolviéndose por la Sala mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2016 no ha lugar a la acumulación.

SEGUNDO.- Por providencia de 22 de noviembre de 2016 se tuvo poralzada la suspensión acordada por diligencia de 20 de octubre de 2016, por recibido el expediente administrativo digital, por personada y parte a la Administración General del Estado como parte demanda y se concedió a la parte recurrente el plazo de veinte días para que formalizase la demanda.

TERCERO.- En fecha 13 de diciembre de 2016 se tuvo por personada como parte codemandada a la Procuradora de los Tribunales D^a Ana Isabel Colmenarejo Jover, en nombre y representación de Gas Natural SDG, S.A.

CUARTO.- La parte recurrente formalizó su demanda mediante su escrito presentado en fecha 22 de diciembre de 2016, en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y solicitó a la Sala que dicte en su día sentencia por la cual, con estimación del presente recurso contencioso-administrativo:



(i) Se declare la disconformidad a Derecho y, en consecuencia, anule íntegramente los siguientes artículos de la Orden IET 1345/2015, de 2 de julio:

Artículos 3 a 6 de la Orden, que establecen la metodología de actualización de la retribución a la operación de las instalaciones con régimen retributivo específico.

Anexos I y II de la Orden, en la parte referida a las instalaciones de cogeneración, por fijar una retribución a la operación aplicable durante el segundo semestre de 2015 que no garantiza la suficiencia retributiva a los cogeneradores.

(ii) Se imponga a la Administración demandada la obligación de aprobar una nueva metodología de actualización de la retribución a la operación que se ajuste a derecho, en los términos descritos en el motivo Primero del presente recurso.

(iii) Se imponga a la Administración demandada la obligación de aprobar unos parámetros retributivos que permitan garantizar la suficiencia retributiva a los operadores de cogeneración, en los términos descritos en el motivo Segundo del presente recurso.

(iv) Se impongan las costas procesales a la Administración demandada.

Solicita se fije la cuantía en indeterminada, el recibimiento del pleito a prueba (documental y testifical-pericial) sobre los puntos de hecho que indica en su escrito y, sin perjuicio de aquellos que se puedan añadir una vez conozca los términos de la contestación a la demanda.

QUINTO.- El Abogado del Estado se opuso a la demanda con su escrito en fecha 7 de febrero de 2017 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala se dicte sentencia por la que se inadmita el recurso en cuanto a las cuestiones reseñadas en el punto II.3 de su escrito y, subsidiariamente, se desestime el recurso y se impongan las costas a la parte recurrente. Con considera necesaria la celebración de vista y solicita se acuerde que las partes presentes conclusiones sucintas.

SEXTO.- La parte recurrente mediante escrito presentado el 10 de marzo de 2017 renunció a a prueba solicitada en el cuarto otrosí de su escrito de demanda consistente en la declaración de D^a Soledad , firmante del informe aportado como documento núm. 3 de su demanda, para la ratificación del mismo.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 14 de marzo de 2017 se tuvo por caducado a la parte codemandada Gas Natural SDG, S.A. en el trámite de contestación a la demanda.

OCTAVO.- Fijada la cuantía del procedimiento como indeterminada, por auto de 15 de marzo de 2017 se acordó admitir y declarar pertinente la prueba documental propuesta por la parte recurrente y se concedió por la Sala a la parte recurrente el plazo de diez días a fin de presentar su escrito de conclusiones sucintas.

NOVENO.- La parte recurrente formuló sus conclusiones mediante escrito el 3 de abril de 2017, del que se dió traslado al resto de partes, presentando el Abogado del Estado sus conclusiones en fecha 11 de abril siguiente y teniendo por caducado en el trámite a la parte codemandada.

DÉCIMO .- Quedando las actuaciones conclusas y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda. Se señaló para votación y fallo el día 24 de octubre de 2017, en que tuvo lugar su celebración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La disposición impugnada.

La Asociación Española de Cogeneración (ACOGEN) impugna la Orden IET/1345/2015, de 2 de julio, por la que se establece la metodología de actualización de la retribución a la operación de las instalaciones con régimen retributivo específico (BOE de 7 de julio de 2015).

En su "*Exposición de Motivos*", la Orden recoge:

«La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, contempla en su artículo 14.4 , para las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos con régimen retributivo específico, que al menos anualmente se actualizarán los valores de retribución a la operación para aquellas tecnologías cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible.

Por su parte, el artículo 20 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, establece que al menos anualmente se revisará, de acuerdo con la metodología que reglamentariamente se establezca, la retribución a la operación para aquellas instalaciones tipo a las que resulte de aplicación y cuyos costes de



explotación dependan esencialmente del precio del combustible. Asimismo, se añade que como consecuencia de esta revisión anual, no se podrán eliminar ni incorporar nuevos tipos de instalaciones a los que resulte de aplicación la retribución a la operación.

En desarrollo de los anteriores preceptos, mediante esta orden se establece la metodología de actualización de la retribución a la operación de las instalaciones tipo para las que haya sido aprobado por orden ministerial un valor de la retribución a la operación distinto de cero y cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible.

La metodología de actualización de la retribución a la operación se basa en la evolución de los precios de los combustibles, y en el caso de las tecnologías que utilizan mayoritariamente gas natural, también se considera la variación de los peajes de acceso a la red gasista.

Dicha metodología no será de aplicación a las instalaciones tipo para las que no haya sido aprobado, por orden ministerial, un valor de la retribución a la operación o cuando este sea nulo. En estos casos la retribución a la operación se calculará según lo previsto en 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 en la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Adicionalmente, esta orden establece los valores de la retribución a la operación resultantes de lo anterior, que serán de aplicación durante el segundo semestre de 2015, dando así cumplimiento a lo previsto en el citado artículo 20 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, tanto en lo relativo al establecimiento de la metodología como a la actualización de estos valores al menos anualmente.

Para las instalaciones tipo del grupo a.1 que utilizan como combustible principal gas natural, gasóleo, GLP o fuelóleo y para las instalaciones tipo correspondientes a instalaciones acogidas a la disposición transitoria primera del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que anteriormente se encontraban acogidas a la disposición transitoria segunda del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, se han considerado como referencias el National Balancing Point (NBP), el Henry Hub (HH) y el Brent. Estas referencias se han utilizado para definir los índices RC y RL que se definen en la metodología y en todas ellas se ha establecido como referencia el año 2014. La variación de los índices considerados para el segundo semestre natural del año 2015 respecto del segundo semestre del 2014 ha sido del -10,5 por ciento para el índice RC, del -12,5 por ciento para el índice RL, y del -21,8 por ciento para la cotización de futuros del barril Brent expresada en €/bbl.

Para las instalaciones que utilizan biomasa como combustible se ha considerado el índice de variación establecido en los anexos III y VI de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, dado que no existe un mercado organizado de este combustible. De este modo se aplica un incremento del 1 por ciento en el valor del precio medio de la biomasa para el segundo semestre de 2015 respecto al valor medio de la biomasa del segundo semestre del año 2014.

La actualización de la retribución a la operación se realiza con periodicidad semestral coincidiendo dichos periodos con semestres naturales de cada año, esto es, a partir de 1 de enero, y a partir de 1 de julio.

El valor de la retribución a la operación de las instalaciones tipo incluidas en el ámbito de aplicación de esta orden para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de julio de 2015 será el establecido, para el año 2014, en la orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y en las órdenes que, en su caso, pudieran dictarse para la aprobación de los parámetros retributivos de instalaciones tipo.

El valor de la retribución a la operación de las instalaciones tipo para las que no haya sido aprobado por orden ministerial un valor de la retribución a la operación o cuando este sea nulo, y que se establecen por primera vez en esta orden, será de aplicación desde la fecha de inicio de devengo del régimen retributivo específico de conformidad con el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, lo dispuesto en la presente orden ha sido informado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con fecha 7 de mayo de 2015 IPN/DE/00415. El trámite de audiencia de esta orden ha sido evacuado mediante consulta a los representantes en el Consejo Consultivo de Electricidad, de acuerdo a lo previsto en la disposición transitoria décima de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

Mediante acuerdo de 2 de julio de 2015, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos ha autorizado al Ministro de Industria, Energía y Turismo a dictar la presente orden».



Conforme dispone su artículo 1 esta orden tiene por "objeto" el establecimiento de la metodología de actualización de la retribución a la operación para aquellas instalaciones tipo a las que resulte de aplicación.

Establece los valores de la retribución a la operación correspondientes al segundo semestre natural del año 2015 resultantes de la aplicación de la citada metodología a las instalaciones tipo a las que resulte de aplicación.

Así mismo, es objeto de la orden establecer por primera vez la retribución a la operación correspondiente al segundo semestre de 2015, de las instalaciones tipo que fueron establecidas en la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, para las que no se estableció retribución a la operación por tener fecha de autorización de explotación definitiva posterior a 2014.

Y en su artículo 2, fija su "Ámbito de aplicación".

«1. Esta orden será de aplicación a aquellas instalaciones tipo para las que haya sido aprobado por orden ministerial un valor de la retribución a la operación distinto de cero y cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible, correspondientes a los siguientes colectivos:

a) Instalaciones tipo de los grupos a.1, b.6 y b.8 definidos en el artículo 2 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.

b) Instalaciones tipo correspondientes a instalaciones acogidas a la disposición transitoria primera del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que hubieran estado acogidas a la disposición transitoria segunda del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

2. Asimismo, será de aplicación a la parte correspondiente de las instalaciones híbridas que perciban retribución a la operación».

En concreto, se impugnan en este recurso los artículos 3 a 6 de la Orden, que establecen la metodología de actualización de la retribución a la operación de las instalaciones con régimen retributivo específico. Así integran su capítulo II ["*Metodología de actualización de la retribución a la operación*", y regulan la "*periodicidad de la actualización de la retribución a la operación*" (artículo 3), las "*instalaciones tipo que utilicen como combustible gas natural*" (artículo 4), las "*instalaciones tipo que utilicen como combustible hidrocarburos líquidos distintos del gas natural*" (artículo 5) y las "*instalaciones que utilicen como combustible biomasa*" (artículo 6)].

Nos remitimos a su tenor íntegro, con las correspondientes ecuaciones para calcular la retribución y definición de los conceptos, fórmulas y parámetros en el propio texto de la Orden.

Además impugna los Anexos I ("*Actualización de la retribución a la operación para el segundo semestre de 2015 de las instalaciones que utilicen como combustible principal gas natural o hidrocarburos líquidos distintos del gas natural*") y II ("*Valores de retribución a la operación para el segundo semestre de 2015 y parámetros A, B y C de aplicación a los años 2015 y 2016*") de la Orden, en la parte referida a las instalaciones de cogeneración, por fijar una retribución a la operación aplicable durante el segundo semestre de 2015 que no garantiza la suficiencia retributiva a los cogeneradores.

Y solicita que se imponga a la Administración demandada la obligación de aprobar una nueva metodología de actualización de la retribución a la operación que se ajuste a derecho, en los términos descritos en el motivo primero del recurso. Y también que se imponga a la Administración la obligación de aprobar unos parámetros retributivos que permitan garantizar la suficiencia retributiva a los operadores de cogeneración, en los términos que describe en el motivo segundo del recurso.

SEGUNDO.- Los motivos del recurso.

ACOGEN -después de destacar las importantes especialidades de la actividad de cogeneración y el notable impacto que ha tenido la última normativa aprobada por el MINETUR para esta actividad en España- enuncia los siguientes motivos:

1.- Defectos de la nueva metodología de actualización de la retribución a la operación fijada por la Orden 1345/2015.

1.1. Infracción de varios principios básicos de buena regulación, previstos por la Ley 39/2015 y la Ley 2/2011.

1.2. Otras deficiencias de la metodología que impiden evaluar la adecuación de la retribución a costes e ingresos reales de los estándares del sector, contrariamente a lo previsto por el Real Decreto 413/2014.



2.- Carácter contrario a derecho de la retribución a la operación establecida por la Orden 1345/2015 para el segundo semestre de 2015, al no garantizar la suficiencia retributiva de los cogeneradores.

3.- La Orden 1345/2015 y sus efectos han obstaculizado la consecución de los objetivos establecidos por la Directiva 2012/27/UE, de eficiencia energética.

TERCERO.- La impugnación por ACOGEN del Real Decreto 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014.

Pues bien, como resulta de la transcrita Exposición de Motivos de la Orden IET/1345/2015 y del objeto de la misma, es inevitable hacer algunas consideraciones iniciales.

La Orden IET/1345/2015 atribuye carácter semestral la revisión.

En la metodología de actualización de la retribución a la operación que establece hay dos aspectos importantes que conviene separar, a saber, por un lado, la estimación del incremento en el precio de combustible de aplicación a un determinado semestre y, por otro, el cálculo de la retribución a la operación en dicho semestre basado en la estimación de precios del combustible y en la retribución a la operación del semestre anterior.

Se trata de aplicar por tanto una fórmula recurrente que, partiendo como primer dato de entrada del valor de la retribución a la operación publicado en la Orden IET/1045/2014, permite calcular los sucesivos valores semestrales de la retribución a la operación.

En este sentido, los parámetros As, Bs y Cs condensan la información que sirvió de base para la Orden IET/1045/2014. No se trata de parámetros que aporten información sustancialmente nueva respecto a la contenida en las fichas del Anexo VIII de la Orden IET/1045/2014, en el cual se cuantifican los costes e ingresos de las distintas instalaciones tipo, sino que son valores utilizados para expresar un cálculo de la actualización de la retribución a la operación de forma recurrente respecto al semestre anterior.

Así, y es especialmente importante, la ahora impugnada Orden IET/1345/2015 no puede entenderse como una norma aislada, sino que se basa y complementa la Orden IET/1045/2014.

Pues bien, esta Sala, como conocen y ponen de manifiesto ambas partes, en la Sentencia de 5 de diciembre de 2016 -recurso núm. 759/2014- desestima el recurso interpuesto por ACOGEN contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Ahora, como entonces, ACOGEN alega que es una entidad fundada en 2006, cuya misión estatutaria es la de fomentar y apoyar la actividad de cogeneración en todo el territorio español, que integra cerca de 116 grupos industriales cogeneradores, tres grandes sectores industriales estrechamente vinculados a la actividad de cogeneración (ASPAPPEL, HISPALYT y ASCER) y cerca de treinta empresas de servicios y suministradoras de bienes de equipo para cogeneración, representando los socios de ACOGEN cerca de 4.500 MW de potencia instalada de cogeneración en nuestro país.

En la reseñada sentencia, entre otros motivos de impugnación, se examinaban los siguientes (fundamentos de derecho cuarto, séptimo y octavo), que por lo demás son análogos a otros varios interpuestos por distintas empresas de cogeneración, contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014.

A) Así sobre la supuesta incompatibilidad con distintos preceptos de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

«CUARTO.- En el primer apartado del motivo primero del recurso, la parte recurrente sostiene que la aplicación del RD 413/2014, conjuntamente con la Orden IET/1045/2014, es incompatible con varios preceptos de la Ley 24/2013, pues resulta discriminatoria para el sector de la cogeneración, al que impide competir en igualdad de condiciones con otras tecnologías de generación eléctrica, ya que la aplicación efectiva de las normas impugnadas y los nuevos parámetros retributivos a las actividades de cogeneración, tiene por efecto que en modo alguno se garantice una rentabilidad razonable que permita competir en condiciones de igualdad con otras tecnologías operativas en el sector eléctrico, lo que demuestra el informe elaborado por la consultora Energía Local, firma especializada en cogeneración, que la parte recurrente acompañó con la demanda.

El informe a que se refiere la parte recurrente, y en el que basa sus alegaciones relativas a la discriminación del sector de la cogeneración en relación con otros sectores de la producción de energía, fue encargado por la asociación recurrente a la empresa de asesoría energética Energía local, y es de fecha 2 de septiembre de 2014. Posteriormente, el informe fue ampliado y actualizado por otro posterior, elaborado por la misma firma de asesoría en fecha 7 de mayo de 2015.



En base a dichos informes, alega la demanda que los criterios de retribución a la operación, establecidos en el artículo 17 del RD 413/2014, no se cumplen por la normativa aprobada por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, porque los rendimientos económicos equivalentes considerados por la Orden IET/1045/2014 están muy por encima de los rendimientos mínimos exigidos en la anterior regulación aplicable a la actividad de cogeneración (RD 661/2007), lo que ha provocado que numerosas instalaciones que aun cumpliendo con la normativa vigente en el momento en que decidieron invertir en plantas de cogeneración, sufran un agravio retributivo en el cálculo de la rentabilidad histórica, que imposibilite en adelante su viabilidad económica.

Sobre las cuestiones que plantea la parte recurrente en este apartado, debe señalarse que el RD-ley 9/2013, de 12 de julio, y posteriormente la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, definen la rentabilidad razonable de las instalaciones de producción de energía eléctrica de fuentes renovables por referencia a una instalación tipo o estándar que resulta aplicable en cada caso, en atención al tipo de tecnología, potencia generada, y otras características de la instalación.

Así resulta del artículo 1, apartado dos, del RD-ley 9/2013, que modificó el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y del artículo 14.7 de la Ley 24/2013, que señalan que las instalaciones podrán percibir una retribución específica, que estará compuesta por un término por unidad de potencia instalada, que cubrirá los costes de inversión de una instalación tipo que no puedan ser recuperados por la venta de la energía, y un término a la operación que cubra la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de dicha instalación tipo.

Por tanto, en las normas de rango legal que el RD y la Orden IET desarrollan, la retribución razonable se desvincula de la situación particular de cada empresa productora de electricidad, es decir, de los concretos costes de inversión, ingresos por venta de energía y gastos de explotación de cada instalación, y se determina en atención a los datos correspondientes a una instalación tipo, que el artículo 1, apartado dos, del RD-ley 9/2013 y el artículo 14.7 de la Ley 24/2013 definen como la correspondiente a la actividad de una empresa "eficiente y bien gestionada".

En cuanto a los rendimientos tenidos en cuenta para calcular la retribución a la operación de las plantas de cogeneración, que según la demanda están muy por encima de los rendimientos mínimos exigidos por el RD 661/2007, no puede estimarse que su determinación en la Orden IET impugnada sea contraria a las normas del RD-Ley 9/2013 y a la Ley 24/2013, que en ningún momento los referencian a los rendimientos mínimos del RD 661/2007 que cita la demanda, sino a los ingresos por la participación en el mercado de la instalación tipo que sea aplicable en cada caso.

Como explica la Memoria del Análisis del Impacto Normativo de la Orden IET impugnada (folio 51), que obra en el expediente, los parámetros de funcionamiento de las instalaciones tipo se formularon tomando como base "los datos reales medios declarados por los propios cogeneradores en sus estadísticas de funcionamiento a la CNMC", y esta forma de cálculo de los parámetros retributivos es plenamente conforme con el RD-ley 9/2013 y Ley 24/2013 que, como hemos indicado, definen la retribución razonable por referencia a una instalación tipo administrada por una empresa eficiente y bien gestionada.

Añade la demanda que el nuevo estándar retributivo recogido en la Orden IET reconoce el precio de la venta de calor útil de la cogeneración a precio de sustitución de la producción de energía térmica en calderas convencionales, sin considerar a través de un descuento el ahorro en los servicios energéticos prestados y/o la mejora competitiva asociada a la cogeneración. Añade que este descuento en la venta de calor útil es una práctica común y extendida en todas las cogeneraciones en Europa, y el informe de la empresa de asesoría energética acompañado a la demanda señala al respecto que, de una muestra de 30 instalaciones consideradas, resulta que el descuento medio en España en la venta de calor útil es de un 29%.

El artículo 24.2 del RD 413/2014 dispone que el cálculo del régimen retributivo específico de las instalaciones tipo de cogeneración tendrá en cuenta los ingresos estándares indirectamente procedentes de la producción de calor útil asociado, y el propio precepto añade que el cálculo de estos ingresos "se realizará valorando el calor útil al coste alternativo de producirlo mediante equipos convencionales que utilizaran el mismo tipo de combustible que la instalación de cogeneración", sin incluir ninguna indicación ni referencia sobre el descuento en dicho precio que pretende la parte recurrente.

Esta cuestión fue planteada por las empresas de cogeneración en el trámite de audiencia del procedimiento de elaboración de la Orden IET, sin que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo aceptara la propuesta de aplicar un descuento al precio del combustible evitado, según explica la Memoria del Análisis del Impacto Normativo (página 51), debido a que "el calor proporcionado por la cogeneración está sustituyendo a calor que de otra manera debería haber sido producido por el combustible cuya valoración se haría a precio de dicho combustible".



El descuento a que se refiere la parte recurrente únicamente podría tener sentido cuando la instalación de cogeneración y la planta industrial pertenezcan a titulares distintos, no cuando exista identidad entre los mismos. En ese caso, el acuerdo de descuento entre el productor de calor útil y el adquirente es un pacto que responde a la voluntad de las partes, pero ajeno al sistema eléctrico, por lo que la opción del RD impugnado de no trasladar ese descuento como coste al sistema eléctrico no puede considerarse irrazonable o arbitraria.

También expone la demanda en este apartado que los desajustes temporales en la percepción diferida de los ingresos previstos en las disposiciones impugnadas provocan situaciones de insuficiencia de tesorería en las instalaciones de cogeneración, ya que los ingresos percibidos no cubren los costes de la operación. Sobre tal cuestión, el informe de la empresa de asesoría energética Energía Local acompañado a la demanda expresa que la cogeneración presenta una serie de características y diferencias sustantivas en relación con las tecnologías renovables, entre las que destaca que en estas últimas, debido a que el precio de venta de electricidad al mercado es superior al coste de la operación, existe un margen (cash flow) operacional positivo, mientras que en el caso de la cogeneración, por razón de que el coste del consumo de los combustibles fósiles es superior a los ingresos por venta de energía, se producen situaciones de tesorería negativa de elevada cuantía, que deben ser cubiertos con fondos adicionales sujetos a un coste, y efectúa una comparación de resultados en el nuevo modelo retributivo entre la tecnología de cogeneración y la tecnología eólica, que no requiere importantes gastos de explotación y en la que nunca se produce la situación de déficit de tesorería.

Por lo que se refiere a estas situaciones de tesorería negativa, propias de las instalaciones de cogeneración, por ser los costes superiores a los ingresos antes de la percepción de la retribución específica, que les impide competir en condiciones de igualdad con otras tecnologías de energías renovables como la solar y la eólica, debemos considerar que los rasgos específicos de cada tecnología sirvieron de base para establecer los diferentes grupos, subgrupos y categorías previstos en el artículo 2 del derogado Real Decreto 661/2007, con sus propias particularidades en materia retributiva, como sucede también ahora en el RD 413/2014 y la Orden IET impugnados en este recurso, que tienen en cuenta las diferentes tecnologías, junto con otros parámetros, para establecer las diferentes instalaciones tipo que determinan la retribución de las diferentes instalaciones, lo que impide aceptar la existencia de la discriminación normativa que invoca la parte recurrente, pues no se da un trato idéntico a situaciones diferentes.

Por el contrario, esta Sala ha declarado en numerosas ocasiones, entre otras en sentencias de 30 de marzo de 2012 (recurso 432/2010), 12 de abril de 2012 (recurso 40/2011) y 12 de diciembre de 2014 (recurso 5511/2011), que cada tecnología de producción de energía eléctrica, tanto las convencionales como las que utilizan fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, tiene su especificidad propia, pues cada una presenta sus propios rasgos, tecnológicos y económicos, por lo que un tratamiento diferenciado de una de ellas no supone, por sí mismo, un trato discriminatorio, y ese tratamiento diferenciado está presente en los parámetros retributivos de las distintas instalaciones tipo, fijados en la Orden IET impugnada, que tuvieron en cuenta distintos elementos en atención a los diversos criterios clasificatorios utilizados, uno de los cuales fue el de la tecnología de las instalaciones.

Por tanto, no podemos acoger la alegación que efectúa la parte recurrente de discriminación de la tecnología de la cogeneración, en relación con otras tecnologías.

En el informe ampliatorio y de actualización de Energía Local, de 7 de mayo de 2015, se hace también referencia, como nuevo obstáculo que impide a la tecnología de cogeneración competir en el mercado eléctrico en igualdad de condiciones al resto de las tecnologías, a la inadecuada contabilización del coste del "overhaul", pues los costes considerados en dicho concepto por las disposiciones impugnadas son inferiores a la realidad, ya que se han considerado dos "major overhauls" a lo largo de los 25 años de vida útil para las instalaciones de cogeneración, cuando realmente debían considerarse más operaciones de mantenimiento de este tipo.

Estas alegaciones relativas a los costes de mantenimiento (overhaul) no pueden ser acogidas, pues se limitan a expresar los criterios que deberían haberse seguido para la determinación de dichos valores, sin tener en cuenta que, como resulta de los principios básicos del nuevo régimen retributivo fijados por el RD-ley 9/2013 y por la Ley 24/2013, a que hemos hecho constante referencia en esta sentencia, no se trata de calcular las inversiones, ingresos y los costes reales de una determinada instalación o del grupo de ellas que la parte considere representativo, sino de determinar las inversiones, ingresos y gastos estándar de las instalaciones agrupadas por los criterios homogéneos que determina el artículo 13 del RD 413/2014, en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, y para ello, tratándose de las instalaciones existentes en la fecha de la entrada en vigor del nuevo régimen retributivo, la Orden IET impugnada ha fijado, como ya se ha dicho en esta sentencia, no unos valores teóricos, sino unos valores que responden al promedio calculado a partir de los datos históricos correspondientes a las instalaciones reales.



Como resaltan el Informe de la CNMC y la Memoria de Impacto de la Orden IET/1045/2014, la consecuencia de dicha forma de cálculo es que, como toda forma de retribución diseñada a partir de estándares, *"conllevará que determinadas instalaciones se vean afectadas de forma distinta en función de su grado de adaptación al estándar definido"*.

Por tanto, los valores considerados por las disposiciones impugnadas como costes de mantenimiento ("overhaul"), son valores medios reales de las instalaciones existentes, sin que puedan acogerse las críticas del informe aportado por la parte recurrente por la estimación de que los costes de "overhaul" considerados por la Orden IET/1045/2014 son inferiores a la realidad, por carecer de apoyo en datos reales, y ser contradictoria con la información que al respecto proporciona la Memoria del Análisis del Impacto Normativo (página 63) y el Informe del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDEA), que prestó asistencia técnica a la Secretaría de Estado de Energía mediante la aportación de datos y cálculos para la definición de las Instalaciones Tipo (páginas 13 y 14), que indican que los costes de explotación sufren variaciones con el transcurso de los años, lo que justifica su ponderación en atención a la fecha de entrada en funcionamiento de las instalaciones, y que los costes de explotación considerados han tenido en cuenta tanto los gastos asociados a la operación como los de mantenimiento "overhaul" de equipos principales.

En concreto el Informe del IDEA indica que la fuente de los parámetros sobre costes de explotación considerados en las Instalaciones Tipo son 604 datos de gastos de operación y mantenimiento, pertenecientes a diversos tipos de plantas, con diversos años de inversión y explotación, habiéndose tratado para lograr una información de forma diferenciada para conjuntos que compartan características de tecnología, combustible, rango de potencia y año de explotación, obteniendo características de evolución temporal de los costes de operación y mantenimiento hasta 2013, y considerando que a partir del año 2014 se produce un incremento interanual del 1% de este coste».

B) Sobre los principios legales de proporcionalidad y estabilidad regulatoria.

«SÉPTIMO.- El apartado cuarto del primer motivo del recurso alega que el RD 413/2014, en aplicación conjunta con la Orden IET, atentan contra los principios legales de proporcionalidad y estabilidad regulatoria. En concreto, invoca la parte recurrente lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que dispone que en el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica y critica las medidas establecidas en el Real Decreto y en la Orden IET mencionadas respecto a la generación de electricidad mediante cogeneración, en las que la proporcionalidad y la razonabilidad son claramente inexistentes.

Destaca el importante impacto total en el sector de la cogeneración que cuantifica en la suma de 1.167 millones de euros y que afecta drásticamente a centenares de proyectos puestos en marcha en los últimos años, en los que numerosos operadores han invertido ingentes cantidades de dinero confiando en un marco regulatorio mínimamente estable, razonable y previsible y añade a lo anterior que existen otras vías alternativas para obtener resultados parecidos de forma menos traumática para numerosos agentes privados, como establecer un calendario de adaptación transitoria y gradual a las nuevas reglas retributivas, extremo descartado por el Gobierno.

El planteamiento del motivo no puede ser acogido, pues como hemos expresado en precedentes ocasiones, como en las sentencias de 16 y 18 de marzo de 2015, -en relación con la impugnación de la Orden IET/221/2013- *«es cierto que se ha producido una serie de numerosas disposiciones, legislativas o reglamentarias, que en poco tiempo han afectado al sistema eléctrico español modificando sucesivamente sus condiciones regulatorias. Modificaciones y sucesión de reformas cuyo juicio político, o económico, o de oportunidad y conveniencia no corresponde a los tribunales»*.

En la medida en que la queja de la parte recurrente se sustenta en los sucesivos cambios de las condiciones regulatorias operados y en la existencia de otras alternativas en la regulación que considera *«menos gravosas»*, cabe concluir sobre la inviabilidad de las alegaciones deducidas, por referirse esencialmente a los criterios de oportunidad y conveniencia en la elección del nuevo modelo retributivo, que no compete enjuiciar a este Tribunal.

Al margen de lo que ya hemos declarado en las reseñadas sentencias, la alegación sobre los principios de estabilidad regulatoria y de proporcionalidad no presentan fundamento pues, además del carácter genérico del planteamiento, no cabe olvidar que la deseable estabilidad regulatoria a la que se refiere el artículo 4 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, se encuentra condicionada a la realidad económica y a la sostenibilidad del sistema, de modo que este principio no impide que graves situaciones de desvío de costes del sector eléctrico y de incremento del déficit, como las concurrentes en este caso, que se reflejan en el Preámbulo del Real Decreto-ley 9/2013, puedan hacer necesario la adopción de ajustes en el marco normativo, esto es, la realización de las modificaciones necesarias para asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema.



En este sentido lo manifiesta el Tribunal Constitucional en relación al reseñado Real Decreto-ley 9/2013, en la STC 270/2015, al indicar que «la estabilidad regulatoria es compatible con los cambios regulatorios, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras de interés general».

Como antes hemos expuesto, las reformas acometidas en el Real Decreto 413/2014 y en la Orden IET 1045/2014 impugnadas, se justifican de forma suficiente y adecuada a través de las explicaciones expuestas en la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, en cuyo Preámbulo se hace mención al desequilibrio entre ingresos y costes que determinan el déficit estructural y el riesgo de quiebra del sistema eléctrico, y en el Real Decreto-ley 9/2013, cuya constitucionalidad ha sido declarada por el TC, se hace mención al grave contexto económico existente, circunstancias que determinaron la necesidad de acometer las modificaciones del régimen jurídico y económico de modo inmediato, en atención a la grave situación económica existente.

En fin, la necesidad de la reforma del régimen retributivo se justifica a través de datos y razones de carácter objetivo, sin que la parte recurrente haya acreditado que las singulares medidas resulten desproporcionadas o no resulten adecuadas a la legítima finalidad perseguida. La parte recurrente se limita a afirmar en su demanda que existen otros métodos o sistemas retributivos diferentes y menos gravosos, que permiten obtener los mismos resultados, si bien, como ya hemos indicado, el juicio de oportunidad o de conveniencia es ajeno a los cometidos de esta Sala, que debe ceñirse a examinar las disposiciones impugnadas desde la única perspectiva de su legalidad, y en este plano y atendiendo a los principios jurídicos aplicables, singularmente el de proporcionalidad, es claro que no cabe formular objeción a las medidas contempladas en el Real Decreto y en la Orden impugnadas.

Por lo tanto, no podemos acoger las alegaciones relativas a la falta de proporcionalidad del RD 413/2014 y la Orden IET impugnadas, que no examinan ni ponen en relación las medidas adoptadas por las disposiciones generales recurridas y la situación a que tratan de poner remedio, a que antes se ha hecho referencia, descrita por el Preámbulo de la Ley 24/2013, que indica que en la última década se ha acumulado un déficit estructural en el sector eléctrico, que en la fecha de promulgación de la citada Ley alcanzaba una deuda acumulada de veintiséis mil millones de euros y un déficit estructural de diez mil millones de euros anuales, cuya no corrección conllevaba el riesgo de quiebra del sector eléctrico.

No apreciamos, por tanto, la infracción por las disposiciones impugnadas de los principios de proporcionalidad y estabilidad regulatoria».

C) Sobre los objetivos de eficiencia energética, introducidos por la Directiva 2012/27/CE.

«OCTAVO.- La parte recurrente alega, como apartado quinto de su primer motivo, que las normas impugnadas no hacen sino culminar un proceso de medidas estatales, cuyo objeto y efecto es obstaculizar la consecución de los objetivos de eficiencia energética, introducidos por la Directiva 2012/27/CE, entre otras normas europeas. Añade que las disposiciones impugnadas, al margen de lesionar otros derechos de la recurrente, ponen en riesgo de forma evidente la consecución de importantes objetivos de política energética europea, consistentes en el fomento de medidas de eficiencia energética, siendo estos objetivos no solo políticos, sino también jurídicos.

Procede empezar por destacar que el hecho de que las últimas modificaciones legales, y muy especialmente por lo que ahora nos interesa la contenida en el Real Decreto-ley 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 ya de manifiesto en el Real Decreto 1578/2008, en el que se contenía una clara referencia a la necesidad de conciliar el propósito de fomento de la generación renovable con la contención de los gastos, afirmando que *"así como una retribución insuficiente haría inviables las inversiones, una retribución excesiva podrá repercutir de manera significativa en los costes del sistema eléctrico y desincentivaría la apuesta por la investigación y el desarrollo, disminuyendo las excelentes perspectivas a medio y largo plazo para esta tecnología"*.

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

De modo que si bien conforme a la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al fomento de la energía procedente de fuentes renovables, 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 (artículo 3.3 de la Directiva) y en la definición de los sistemas de apoyo (artículo 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 para 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 artículo 1 del RD-Ley 9/2013 y se reafirma en los artículos 16 y 17 del Real Decreto 413/2014 .

Además, las medidas de fomento para el uso de energía procedente de fuentes renovables, y entre ellas las medidas de apoyo que de conformidad con el artículo 3.3 de la Directiva 2009/28/CE pueden aplicar los Estados miembros, tienen un carácter instrumental, pues como resulta del artículo 3.2 de la Directiva 2009/28/CE , su adopción por los Estados miembros tiene por finalidad "garantizar que la cuota de energía procedente de fuentes renovables sea igual o superior a la que figura en la trayectoria indicativa establecida en el anexo I, parte B", debiendo señalarse al respecto que el Preámbulo de la Ley 24/2013 cita, entre las circunstancias concurrentes que justifican la reforma del régimen retributivo de las tecnologías de producción a partir de fuentes de energía renovable, 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, limitándose la parte recurrente a señalar una situación de riesgo en la consecución de los objetivos de política energética europea, pero sin tener en consideración ni hacer la menor indicación o mención en su demanda a datos sobre la trayectoria seguida en el cumplimiento de los objetivos nacionales establecidos por la Directiva 2009/28/CE.

De acuerdo con lo razonado, desestimamos el primer motivo del recurso contencioso administrativo».

Por lo demás, se hicieron allí una serie de consideraciones generales sobre la implantación del nuevo régimen retributivo del sector eléctrico aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (fundamento de derecho tercero), el principio de irretroactividad de las normas relativas a los derechos de los administrados por su aplicación desde julio de 2013 (fundamento de derecho quinto), los principios de seguridad jurídica y confianza legítima (fundamento de derecho sexto) y la alegada desviación de poder en la finalidad de las disposiciones impugnadas (fundamento de derecho noveno).

A pesar de los esfuerzos argumentales de la entidad recurrente, los razonamientos que allí se expusieron para rechazar la impugnación por las empresas de cogeneración del Real Decreto 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014 son trasladables al presente recurso. Ya hemos dicho que la Orden IET/1345/2015 no es una norma aislada sino continuadora y complementaria de la Orden IET/1045/2014 y que, salvo para las empresas de tratamiento de purines que esta Sala ha estimado en parte los correspondientes recursos, se han dictado reiteradas sentencias rechazando la impugnación de aquellas normas, conforme a una línea jurisprudencial sobradamente conocida por las partes.

CUARTO.- El recurso contra la Orden IET 1345/2015.

Sin perjuicio de que los precedentes invocados y las consideraciones generales que se han hecho al hilo de la Exposición de Motivos ya aportan razones muy sólidas para desestimar este recurso, en la medida en que esta Orden desarrolla la Ley del Sector Eléctrico (artículo 14.4) y el Real Decreto 413/2014 (artículo 20) y que, en el fondo, la recurrente reitera en buena medida los argumentos contra la Orden IET/1045/2014, rechazados por esta Sala en la sentencia transcrita -y en otras muchas- haremos algunas consideraciones que llevan también a la desestimación del recurso.

A) Motivo primero: infracción por la Orden IET/1345/2015 de los principios de buena regulación plasmados en el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo , así como en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre .

Alega que los artículos 3 a 6 deben ser anulados porque no explican en términos comprensibles los parámetros As, Bs, Cs que establece.

Lo cierto es que la Administración, de acuerdo con las observaciones de la CNMC, modificó (parcialmente) la MAIN con ciertas aclaraciones adicionales respecto de los criterios A, B y C y cuestiona los criterios As, Bs, Cs no tanto porque resulten ininteligibles u "opacos" sino porque las aclaraciones que constan en la MAIN no

se incluyen en la propia Orden. Lo cierto es que figura en la MAIN la explicación que se reclama en la que se explica el cambio introducido.

Las propuestas de Orden y MAIN contenían la siguiente información en relación con tales parámetros:

1) En la propuesta de Orden a la vista de tales observaciones de la CNMC y de las alegaciones deducidas en el trámite de audiencia, el Ministerio modificó la MAIN introduciendo los siguientes contenidos:

«En la formulación intervienen tres parámetros As, Bs, Cs que son propios de cada instalación tipo y cuyo significado es el siguiente:

As: Cuantifica la influencia de la variación semestral del combustible en la retribución a la operación y sus unidades son consumo de combustible por energía eléctrica vendida a red.

En el caso de biomasa depende del rendimiento eléctrico neto de la instalación y del impuesto a la generación eléctrica (7% según la Ley 15/2012), mientras que en el caso de plantas de cogeneración y tratamiento de residuos depende adicionalmente de los rendimientos térmicos de las plantas.

Varía para cada instalación tipo y también a lo largo de los semestres de aplicación (esto último solo para cogeneración y tratamiento de residuos) debido a variaciones en los rendimientos energéticos de los equipos (eléctrico en el caso de biomasa y eléctrico y térmico en el caso de plantas de cogeneración y tratamiento de residuos).

Bs: Cuantifica la variación semestral proporcional de la retribución a la operación respecto la aplicable al semestre anterior sin considerar la influencia de la variación del precio del combustible y es adimensional.

En las plantas de cogeneración y tratamiento de residuos depende de los rendimientos eléctrico y térmico, así como del impuesto a la generación eléctrica (7% según la Ley 15/2012), variando para cada instalación tipo y también a lo largo de los semestres de aplicación debido a variaciones en los rendimientos eléctrico y térmico. Su valor es próximo o coincidente con la unidad.

En el caso de biomasa, al no considerarse variaciones en los datos operativos de las plantas el valor adoptado de este parámetro es siempre la unidad.

Cs: Cuantifica el desplazamiento lineal semestral de la retribución a la operación sin considerar la influencia en la variación del precio del combustible y sus unidades son euros por energía vendida a red.

Depende de las prestaciones energéticas (rendimientos), de los costes de explotación diferentes al de los combustibles y de los ingresos de explotación adicionales a la retribución a la operación (ingresos por precio de mercado y por valoración eco-nómica del calor transferido al proceso para plantas de cogeneración y tratamiento de residuos). Varía también para cada instalación tipo y a lo largo de los semestres debido a variaciones de los costes económicos y, en el caso de cogeneración tratamiento de residuos, también por las variaciones de los rendimientos. Su valor es próximo o coincidente con cero».

A la vista de esta explicación la recurrente insiste que la explicación que demanda no figure en el texto de la propia Orden ministerial.

De cualquier forma, se incorporó una descripción detallada y explícita de los tales parámetros a la MAIN de la Orden IET/1345/2015. Por otro lado, con posterioridad a la Orden impugnada, fueron tramitadas la Orden IET/2735/2015 y la Orden IET/1209/2016, que incluyeron en sus MAIN textos descriptivos adicionales de los parámetros controvertidos.

Ya hemos dicho que la Orden IET/1345/2015 no es una norma aislada. Los titulares de las plantas de cogeneración pueden, con base en la información aportada tanto en esta Orden como en la Orden IET/1045/2014, debidamente complementada con el informe "Metodología para la definición de las instalaciones tipo de la orden IET/1045/2014, área de cogeneración, IDAE", que fue aportado en los distintos recursos contra la misma (y, en particular, en el ya mencionado interpuesto por ACOGEN, que tuvo así conocimiento y pudo trasladarlo a sus asociados), realizar estimaciones sobre la evolución tanto a corto como a largo plazo de la RO, antes de la sucesiva publicación por el Ministerio de su valor actualizado.

El Anexo VIII de la Orden IET/1045/2014 establece una previsión de ingresos y costes de explotación de cada instalación tipo para cada año durante toda la vida útil regulatoria, con cuantificación expresa del coste del combustible y del precio de mercado de la energía eléctrica. Esto significa que cualquier productor puede realizar estimaciones sobre las variaciones que puedan experimentar estos datos bajo las hipótesis que crea conveniente y obtener así valores previsibles de la RO y la RI durante la vida útil regulatoria, cuyas estimaciones serán tan precisas como lo sean sus propias hipótesis de evolución de precios de mercado de la electricidad y de combustibles.



Alude también la recurrente a los índices de combustible empleados.

Pues bien, según recuerda el Abogado del Estado:

a) Como ha declarado reiteradamente esa Sala en las distintas sentencias dictadas en la Orden IET/1345/2014, los parámetros retributivos son determinados, por expreso imperativo del artículo 14.7 de la Ley 24/2013, para una instalación eficiente y bien gestionada.

b) En este contexto, debe tenerse presente que las referencias a los índices Henry Hub, NBP y Brent que figuran en los términos RCs y RLs empleadas en la fórmula de la Orden IET/1345/2015, lejos de ser arbitrarias, se basan y corresponden con la fórmula de cálculo de la tarifa de último recurso (TUR) de gas que estaba en vigor en el momento de elaborar la orden. Esta fórmula había sido publicada en la Orden ITC/1660/2009, de 22 de junio (llevaba, por tanto, 6 años de aplicación) y se basaba en una ponderación del coste del "gas de invierno" y del "gas de base". El coste del primero se calculaba precisamente como semisuma de las cotizaciones de los mercados Henry Hub y NBP, mientras que el coste del segundo utilizaba la fórmula indexada al crudo Brent, en términos numéricamente idénticos a los que figuran en el artículo 4 de la Orden IET/1345/2015 para definir el parámetro RLs.

Por tanto, la fórmula de la cogeneración se limita a emplear una metodología de costes de gas natural que llevaba siendo utilizada desde el año 2009.

c) En tercer lugar, la Orden IET/1345/2015 ha determinado la toma en consideración de unos precios de gas natural que son superiores a los reales, por lo que, lejos de causar perjuicio alguno a los titulares de instalaciones de cogeneración, les ha beneficiado.

Se puede observar que la Orden IET/1045/2014 y sobre todo la Orden IET/1345/2015 han asociado a las instalaciones tipo del área de cogeneración un precio de gas natural muy superior al dato estadístico disponible para el mismo escalón de consumo, aumentando incluso el diferencial a lo largo de las actualizaciones de precios de los semestres de los años 2015 y 2016 que realiza la Orden IET/1345/2015.

Lo anterior significa que las fórmulas de la recurrida Orden IET/1345/2015 están asignando una retribución a la operación superior a la que hubiera correspondido a las plantas de cogeneración si se atendiera a la situación real de precios del gas natural, con lo que se concluye que la orden IET/1345/2015 ha beneficiado notablemente a los intereses de los titulares de plantas de cogeneración.

B) Motivo segundo: sobre la supuesta insuficiencia de la retribución a la operación.

La respuesta a los alegatos de ACOGEN sobre la arbitrariedad y falta de justificación de los índices escogidos se encuentra dentro de la propia MAIN en la que se dice:

«Consideración sobre el artículo 3.

a. El informe de la CNMC propone utilizar para el cálculo de la estimación del coste del gas en frontera el promedio de los valores mensuales para el periodo de enero de 2014 a diciembre de 2014.

Dado que finalmente se ha optado por aceptar la sugerencia de la CNMC de que la revisión sea semestral, se ha tomado como valor inicial, a efectos de calcular la variación de precio, el coste del gas en frontera promedio del segundo semestre de 2014.

b. La CNMC propone reducir el peso de las cotizaciones del gas en el Henry Hub (HH) y National Balancing Point (NBP), aumentando el peso del Brent al menos hasta un 70-80%.

No se considera conveniente realizar esta modificación. La fórmula propuesta relaciona los suministros por gasoducto (GN) con la fórmula del gas de base de la TUR (RBn) que está indexada a las cotizaciones del Brent, mientras que asocia los suministros por GNL con las cotizaciones HH y NBP, ambos suministros están ponderados por el coeficiente α , que es el porcentaje de los suministros nacionales cubiertos mediante GNL.

Efectivamente, pueden existir contratos de GNL que estén indexados al barril Brent, sin embargo la experiencia de los últimos años ha demostrado que en la práctica estos contratos se deben valorar al coste de oportunidad del GNL en otros mercados, ya que, a pesar de la existencia de cláusulas de destino, durante 2013 y 2014 muchos cargamentos fueron desviados a otros mercados, especialmente el asiático. En cambio, debido a las restricciones en las interconexiones y el mayor coste de los peajes de acceso, las posibilidades de mover GN de unos mercados a otros son más limitadas.

El alza de cotizaciones en el mercado asiático como consecuencia del accidente de Fukushima ya no tiene lugar, sin embargo, es de esperar que en el futuro cualquier tipo de eventos, operaciones comerciales o variaciones en la demanda puedan alterar a la baja o al alza el precio internacional del GNL, dichas oscilaciones sin duda se trasladarán a las cotizaciones internacionales HH y NBP.



En resumen, la utilización de cotizaciones de HH y NBP en lo que respecta a los suministros de GNL, no viene dada por las fórmulas de indexaciones de los contratos de suministro, sino por la propia movilidad del producto que ha hecho global el mercado del GNL.

c. Sobre los costes de peajes la CNMC propone que se aclaren las hipótesis sobre el grado de utilización que se han considerado para el cálculo de cada uno de los peajes que componen la fórmula de los términos PAN.

Esta aclaración se ha incluido en el apartado de "Análisis jurídico y técnico" de esta memoria.

3) Consideración sobre el artículo 4.

a. La CNMC plantea que no se han logrado reproducir fielmente los valores del Fuelóleo y Gasóleo en 2014 y señala que la propuesta no indica el rango de cotizaciones utilizadas.

Tras el informe de la CNMC se ha procedido a la revisión de los cálculos, comprobándose que existía un pequeño error en la cotización del Fuelóleo en 2014, mientras que se ha comprobado que la cotización del Gasóleo 2014 era correcta. No obstante, dado que finalmente se ha decidido realizar la actualización de la Ro con periodicidad semestral, los valores considerados correspondientes al segundo semestre de 2014 ascienden a 384,55 €/t para el Fuelóleo y 591,49 €/t para el Gasóleo. El cálculo se ha realizado a partir de los valores diarios calculados como la media de la cotización alta y baja de Platts de cada día y se les ha aplicado el tipo de cambio promedio mensual €/\$/ publicado por el BCE.

b. En relación con el cálculo de los precios internacionales de fuelóleo y gasóleo para el año 2014 la Comisión plantea que podría ser considerado un factor de ponderación de 70% MED Y 30% NWE.

Se considera adecuado mantener la ponderación propuesta en la orden de 55% mercado MED (zona mediterránea) y 45% mercado NWE (zona noroeste). Este porcentaje se determinó a partir del análisis del origen de las importaciones de gasóleo en España durante los años 2005, 2006 y 2007 suministradas por CORES y es el valor que se viene utilizando habitualmente por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo para el cálculo de las cotizaciones internacionales de referencia en España.

c. La CNMC propone utilizar como tipo de cambio medio de 2014 el valor publicado por el BCE que es 1,3285 \$/€ en lugar de 1,3282 \$/€ como figura en la Propuesta.

Aunque la matización introducida por la CNMC es correcta, dado que finalmente se ha utilizado una actualización semestral, el tipo de cambio utilizado ha sido el medio del segundo semestre de 2014 cuyo valor es 1,2883 \$/€».

C) Motivo tercero: la pretendida imposibilidad, a sus resultados, de dar cumplimiento a los objetivos de la Directiva 2012/27/UE.

La actora, finalmente, alega que el valor de la retribución a la operación determinado por la Orden IET/1345/2014, es insuficiente e impide el cumplimiento de los objetivos señalados en la Directiva 2012/27/UE.

El Abogado del Estado señala que la pretensión de la actora resulta inadmisibles por concurrir la excepción de cosa juzgada ya que so pretexto de la impugnación de la Orden 1345/2014 (que no hace sino aprobar una metodología para actualizar ciertas retribuciones) lo que en realidad cuestiona son las propias retribuciones aplicables a las instalaciones de cogeneración, es decir, algo que ya fue analizado y desestimado por esta Sala, en términos revestidos de la eficacia de cosa juzgada, en la sentencia de 5 de diciembre de 2016, relativa al recurso 759/2014, interpuesto por esa Asociación contra la Orden IET/1045/2014 que la propia ACOGEN reseña en la cual, por ejemplo, y en lo que se refiere al empleo de criterios de eficiencia superiores a los establecidos como mínimos en el Real Decreto 661/2007, a los descuentos sobre el calor útil y al coste de denominado "over-haul", se razona en el fundamento de derecho cuarto antes transcrito. Nos remitimos pues a dicha sentencia que conoce la recurrente.

Tampoco cabe atender, la pretendida extensión al sector de la cogeneración de los pronunciamientos que, sobre las instalaciones de purines, ha emitido esta Sala, en tanto tales sentencias descansan, precisamente, en la consideración de que no cabe la asimilación entre unas y otras instalaciones.

A modo de conclusión, reiterando lo que dijo la Sala en la Sentencia de 5 de diciembre de 2016 -recurso núm. 759/2014 - no se aprecia la discriminación de la tecnología de la cogeneración en relación con otras tecnologías (vid. aquel fundamento de derecho cuarto, al que nos remitimos en su integridad) y con lo que, en definitiva, queda contestado el argumento que subyace en todo el recurso.

QUINTO.- Sobre la valoración de las pruebas.



1) Dado que la actora abunda en diversos puntos de su demanda en la referencia a la existencia, a marzo de 2016, de 418 instalaciones paradas (lo que cifra en el 39% del parque de cogeneración), y 1.647 MW parados (27% del total de la potencia instalada), destaca el Abogado del Estado:

a) En primer lugar destaca que ACOGEN haya utilizado el informe mensual de estadística sobre las ventas de régimen especial que la CNMC publica con datos hasta marzo del 2016, que no así el último informe disponible (con datos hasta julio de 2016), que fue publicado por la CNMC el 9 de diciembre de 2016 (el escrito de demanda está fechado el 22 de diciembre de 2016).

b) Por otra parte, estas cifras no están comparadas con las correspondientes a los ejercicios previos a las modificaciones normativas que afectaron al colectivo de plantas de cogeneración, por lo que no pueden ser asociadas directamente a las modificaciones normativas ni a la Orden IET/1345/2015.

Para subsanar estas dos graves deficiencias de las cifras, el Abogado del Estado ha utilizado el informe de ventas de régimen especial más reciente publicado por la CNMC (datos hasta julio de 2016).

A partir de los datos obrantes en dicho informe ha obtenido tanto el número de plantas como la potencia sin producción eléctrica en el año 2012 y en el año 2016 (periodo enero a julio), estudiando de este modo el incremento de estas cifras de plantas paradas.

Es decir, el incremento de la potencia parada antes y después de la reforma normativa es del 15%, frente al 27% al que ACOGEN alude y pretende, infundadamente, vincular causalmente con la Orden IET/1345/2015, obviando que son muchas las circunstancias que pueden ocasionar la detención de una planta de cogeneración (como, por ejemplo, situaciones de crisis en sectores industriales).

Por último, el dato sobre el incremento del número de plantas paradas es un dato sin relevancia sectorial, ya que de forma indiscriminada asigna el mismo peso a plantas de diferente potencia (existe un rango muy amplio de potencia en el parque de plantas de cogeneración, y también un notable número de cogeneraciones en los rangos más bajos de potencia inferior a 1MW).

2) La actora también incorpora en su demanda datos de energía vertida a red, instalaciones paradas y plantas sin retribución:

a) Energía vertida a red: afirma ser un 18% menor en el 2016 (datos hasta julio) respecto al 2012.

b) Instalaciones paradas: afirma que un 38% de las 1.067 instalaciones no han funcionado de enero a mayo de 2016, y, en particular, que 446 instalaciones y 1.816 MW no han producido energía en mayo de 2016.

c) Plantas sin retribución: señala que un 38% de la potencia instalada no ha recibido retribución por parte del MINETAD en marzo de 2016 y que 500 instalaciones no reciben retribución en el mes de mayo de 2016 (54% de las instalaciones).

Estas cifras en general también adolecen de las dos deficiencias antes indicadas, por lo que se harán parejas correcciones, con empleo de las mismas fuentes.

En cuanto a la energía vertida a red, la tabla siguiente muestra todos los datos mensuales publicados por la CNMC a fecha de redacción del presente informe, y su comparación con el mismo mes del año 2012.

Estos datos proceden, del informe de ventas del régimen especial con datos hasta julio de 2016 y de los informes de liquidaciones provisionales mensuales de agosto, septiembre, octubre y noviembre del 2016, todos ellos disponibles en la página de internet de la CNMC.

Desde el mes de junio el diferencial se ha reducido notablemente, de tal forma que en los últimos meses la energía vertida a red es solo del orden de un 9% menor respecto a la del mismo mes del año 2012, y, más aún, en agosto de 2016 fue un 8% mayor. Esto denota que el parque de cogeneración ha aumentado su régimen de funcionamiento, estando las cifras de los últimos meses muy alejadas del 18% indicado por ACOGEN.

Las cifras más completas del año 2016, debidamente comparadas con el ejercicio 2012, ya se han detallado anteriormente: el incremento de potencia parada respecto el año 2012 es del 15%, y no se podría asegurar que esta disminución sea debida a las modificaciones normativas que afectaron al parque de cogeneración.

3) Por último, las cifras que aporta ACOGEN en relación a las plantas que no reciben retribución carecen de relevancia y no son útiles para medir la situación sectorial de la cogeneración. Esto es debido a lo siguiente:

- Estas cifras incluyen plantas que han finalizado la vida útil regulatoria definida en el Real Decreto 413/2014 y, por lo tanto, no tienen derecho a retribución específica, pero que sí están en funcionamiento.

- También incluyen plantas que por haber alcanzado la rentabilidad razonable no perciben ni RI ni RO (como por ejemplo las plantas del grupo a.2), por mucho que puedan estar en funcionamiento.



- A mayor abundamiento, ha de tenerse presente la advertencia que la propia CNMC incluye en sus informes estadísticos:

«Debe tenerse en cuenta que parte de la "Potencia Instalada", aun cuando esté asociada a instalaciones operativas y que producen energía, no está incluida en la "Potencia Primada", bien porque dicha energía no es vertida a las redes y por tanto no es objeto de retribución específica (sería el caso de las instalaciones en modalidad de producción con autoconsumo, cuando no exista energía excedentaria), bien porque corresponde a instalaciones que no son susceptibles de percibir retribución específica en el periodo en cuestión (dentro de este caso se incluirían aquellas instalaciones que no hubieran alcanzado el umbral de horas equivalentes de funcionamiento aplicables a su 'Instalación Tipo' en un año)».

De este modo se evidencia -termina el Abogado del Estado- que las cifras de ACOGEN también pueden incluir plantas que en un periodo mensual todavía no hayan alcanzado horas mínimas de funcionamiento, pero que en cómputo anual sí lo alcancen. Y también pueden incluir cogeneraciones que autoconsuman su energía eléctrica y que, por no verter a la red, no perciban retribución específica.

En definitiva, la documentación invocada por ACOGEN -Encuesta ACOGEN 2016, Informe de Energía Local de diciembre de 2016 *"Análisis de diversos aspectos introducidos por la Orden IET/1345/2015, de 2 de julio, por la que se establece la metodología de actualización de la retribución a la operación de las instalaciones con régimen retributivo específico que afectan a la economía de las plantas de cogeneración"*, es insuficiente a los efectos pretendidos, atendido lo que se dijo en la Sentencia de 5 de diciembre de 2016 -recurso núm. 759/2014 -, examinando, tanto entonces como ahora, pruebas e informes análogos, como el de Energía Local, así como a la vista de la documentación aportada e invocada por la Abogacía del Estado (informes estadísticos reseñados en su escrito de contestación a la demanda, datos publicados por la CNMC también mencionados e informe de la CNMC de 18 de enero de 2017 sobre *"Información de precios de gas natural comunicada por los comercializadoras de acuerdo con la Circular 5/2008 de la CNE para los escalones de peaje 2.4 y 2.5"*).

SEXTO.- Las costas.

Al declararse no haber lugar al recurso, procede imponer a la parte recurrente las costas procesales del recurso (artículo 139.1 de la LJCA).

Al amparo de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la citada Ley , se determina que el importe de las costas procesales, por todos los conceptos, no podrá rebasar la cantidad de 4.000 euros más el IVA que corresponda.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : Declaramos no haber lugar al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COGENERACIÓN (ACOGEN)** , contra la Orden IET/1345/2015, de 2 de julio, por la que se establece la metodología de actualización de la retribución a la operación de las instalaciones con régimen retributivo específico. Con imposición de las costas a la parte recurrente, con el límite que fijamos en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.