

Roj: **STS 3555/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3555**Id Cendoj: **28079130032017100369**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **02/10/2017**Nº de Recurso: **4085/2015**Nº de Resolución: **1484/2017**Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 2 de octubre de 2017

Esta Sala ha visto el presente recurso contencioso-administrativo núm. **1/4085/2015**, interpuesto por **PAGOLA, S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ascensión de Gracia López Orcera, contra el Real Decreto 947/2015, de 16 de octubre, por el que se establece una convocatoria para el otorgamiento del régimen retributivo específico a nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de biomasa en el sistema eléctrico peninsular y para instalaciones de tecnología eólica y la Orden IET/2212/2015, de 23 de octubre, por la que se regula el procedimiento de asignación del régimen retributivo específico en la convocatoria para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de biomasa en el sistema eléctrico peninsular y para instalaciones de tecnología eólica, así como sus parámetros retributivos. Han sido partes recurridas el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**, el Procurador de los Tribunales D. José Carlos García Rodríguez en nombre y representación de **EMPLAZAMIENTOS RADIALES, S.L.**, el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado (sustituido por D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero) en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN EMPRESARIAL EÓLICA**, la Procuradora de los Tribunales D^a. Beatriz Prieto Cuevas en nombre y representación de **GAS NATURAL FENOSA RENOVABLES, S.L.**, el Procurador de los Tribunales D. Eduardo Codes Pérez-Andujar en nombre y representación de **OMI POLO ESPAÑOL, S.A.** y el Procurador de los Tribunales D. José Luis Martín Jaureguibeitia en nombre y representación de **IBERDROLA RENOVABLES ENERGÍA, S.A.**

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dictado Real Decreto 947/2015, de 16 de octubre, por el que se establece una convocatoria para el otorgamiento del régimen retributivo específico a nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de biomasa en el sistema eléctrico peninsular y para instalaciones de tecnología eólica, fue publicado en el BOE de 17 de octubre. Y la Orden IET/2212/2015, de 23 de octubre, por la que se regula el procedimiento de asignación del régimen retributivo específico en la convocatoria para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de biomasa en el sistema eléctrico peninsular y para instalaciones de tecnología eólica, así como sus parámetros retributivos, fue publicada en el BOE de 24 de octubre.

SEGUNDO.- La representación procesal de PAGOLA, S.A., mediante escrito de 20 de noviembre de 2015, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto y la Orden IET mencionadas. 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, se solicitó por parte de la recurrente ampliación del recurso a la resolución de 30 de noviembre de 2015 de la Secretaría de Estado de Energía que convoca la subasta de potencia eólica y de biomasa. Por auto de fecha 22 de enero de 2016,



la Sala acordó denegar la ampliación solicitada por la parte recurrente, que fue recurrido en reposición por la recurrente, siendo resuelto en sentido desestimatorio por el de 3 de marzo de 2016.

TERCERO.- Recibida la ampliación del expediente administrativo solicitada por la parte recurrente y concedido plazo para formalizar la demanda, la representación procesal de PAGOLA, S.A. formalizó por escrito en fecha 16 de noviembre de 2016, en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos jurídicos que consideró procedentes, terminó suplicando a la Sala que, en mérito a lo expuesto en su escrito, estime el recurso, declarando la disconformidad a Derecho de las disposiciones impugnadas.

Solicita se fije la cuantía en indeterminada, el recibimiento del pleito a prueba sobre los puntos de hecho que determina en su escrito, documental que se acompaña y convocatoria y procedimiento de la segunda subasta que se aportará, y el trámite de conclusiones escritas.

CUARTO.- El Abogado del Estado, se opuso a la demanda con su escrito en fecha 20 de diciembre de 2016 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala resuelva mediante sentencia que desestime íntegramente el recurso interpuesto. Con costas a cargo de la parte recurrente.

Solicita se fije la cuantía en indeterminada, se deniegue la prueba respecto los hechos que indica en su escrito de contestación (los hechos enumerados en lugar segundo y tercero del otrosí correspondiente de la demanda) y los medios correspondientes a los mismos, de modo que solo se admita la prueba respecto del hecho primero señalado en el otrosí correspondiente de la demanda y el trámite de conclusiones escritas.

QUINTO.- El Procurador de los Tribunales D. José Carlos García Rodríguez, en nombre y representación de EMPLAZAMIENTOS RADIALES, S.L. se opuso a la demanda con su escrito en fecha 6 de febrero de 2017 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia por la que se estime la causa de inadmisibilidad y, en su defecto, se desestime el recurso contencioso-administrativo, declarando la conformidad a derecho de las disposiciones impugnadas. Todo ello con expresa imposición de costas.

Solicita se fije la cuantía en indeterminada, se opone al recibimiento del pleito a prueba y el trámite de conclusiones escritas.

SEXTO.- Por auto de fecha 14 de febrero de 2017 Sala acordó tener por precluidos en el trámite de contestación a la demanda a la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL EÓLICA, GAS NATURAL FENOSA RENOVABLES, S.L., OMI POLO ESPAÑOL, S.A. e IBERDROLA RENOVABLES ENERGÍA, S.A.

SÉPTIMO.- Mediante decreto de 3 de marzo de 2017, se fija la cuantía como indeterminada y por auto de fecha 14 de marzo de 2017, la Sala acordó el recibimiento del pleito a prueba, se admite y declara pertinente la prueba documental del punto primero, teniéndose por aportados y reproducidos los documentos aportados con el escrito de demanda y en relación con la convocatoria y procedimiento de la segunda subasta que se aportará en cuanto se publicara, no se admite, sin perjuicio de lo que la Sala decida en su momento, si la demandante, una vez realizada la publicación de dicha convocatoria, decidiera aportarla al procedimiento.

OCTAVO.- Declarado terminado y concluso el período de proposición y práctica de prueba concedido y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concedió por la Sala a la parte actora el plazo de diez días a fin de presentar su escrito de conclusiones sucintas, trámite que fue evacuado mediante su escrito de fecha 18 de abril de 2017.

NOVENO.- Habiendo evacuado la parte demandante el trámite de conclusiones mediante escrito de fecha 21 de abril de 2017, se dió traslado del mismo a las partes demandadas para que presentasen sus conclusiones y que realizaron el Abogado del Estado mediante escrito presentado el 26 de abril de 2017 y la representación procesal de EMPLAZAMIENTOS RADIALES, S.L. el 3 de mayo de 2017, quedando las actuaciones conclusas y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

DÉCIMO.- Por providencia de 16 de junio de 2017, se señaló para votación y fallo el día 19 de septiembre de 2017, en que tuvo lugar su celebración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Las disposiciones impugnadas.

Se impugna el Real Decreto 947/2015, de 16 de octubre, por el que se establece una convocatoria para el otorgamiento del régimen retributivo específico a nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de biomasa en el sistema eléctrico peninsular y para instalaciones de tecnología eólica (BOE de 17 de octubre de 2015) y la Orden IET/2212/2015, de 23 de octubre, por la que se regula el procedimiento de



asignación del régimen retributivo específico en la convocatoria para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de biomasa en el sistema eléctrico peninsular y para instalaciones de tecnología eólica, así como sus parámetros retributivos (BOE de 24 de octubre de 2015).

SEGUNDO.- Los motivos de impugnación.

Invoca los siguientes motivos, ampliamente desarrollados:

1º) Nulidad de pleno derecho de la Orden IET/2212/2015 por haberse aprobado al amparo de una delegación de segundo grado proscrita en el artículo 13 de la Ley 30/1992 y en el artículo 97 de la CE (*Delegata potestas non delegatur*).

2º) Inexistencia de habilitación suficiente. Infracción del artículo 12.2.a) de la LOFAGE y del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la CE).

a) La habilitación debía realizarse por Ley y no por Real Decreto.

b) La Orden IET/2212/2015 tiene naturaleza de disposición de carácter general y un contenido claramente sustantivo.

c) Además, habilitación insuficiente y proscripción de la habilitación genérica o remisión en bloque.

d) Por último, tampoco es admisible una subdelegación de tercer nivel.

3º) Indebida ausencia del preceptivo dictamen del Consejo de Estado.

4º) Extralimitación reglamentaria. Infracción del artículo 14.7 de la Ley del Sector Eléctrico .

5º) Desviación de poder reglamentaria.

6º) Infracción del artículo 14.7 de la Ley del Sector Eléctrico .

7º) Discriminación tecnológica.

8º) Consideración como ayuda de estado.

TERCERO.- El resultado de la subasta.

El BOE de 21 de enero de 2016 publica la Resolución del Ministerio de Industria, Energía y Turismo de 18 de enero de 2016, por la que se resuelve la subasta convocada para la adjudicación, en régimen competitivo, de instalaciones de producción de electricidad en régimen especial, eólica y biomasa.

Su consideración en este recurso no deja de ser relevante en la medida que la recurrente achaca a las disposiciones impugnadas una serie de aspectos negativos, a su juicio, que iban a ponerse de manifiesto en la primera subasta, o sucesivas, que se convocase. Como parece que dicho resultado ha venido a contradecir los augurios que hacía la recurrente, creemos oportuno, tal y como apunta la Abogacía del Estado, traer aquí una reseña del resultado de tal subasta.

De la publicación de los resultados de la subasta resultan los siguientes hechos:

A. Los parámetros retributivos considerados en la subasta para determinar la Retribución a la Inversión y a la Operación (Rinv y Ro), fueron determinados por el Anexo 1 a la Orden IET/2212/2015 (valor de la inversión de referencia, costes de explotación, coste de materias primas e ingresos por venta al sistema, horas equivalentes de funcionamiento, horas de funcionamiento máximo, mínimo y umbral, entre otros), son relativamente similares o idénticos a los tenidos en cuenta en la Orden IET/1045/2014 en el caso de la biomasa -IITT 00847 y 00848- y en el caso de la eólica -IITT 00665 y 00666-, excepto el valor de la inversión de referencia, que es inferior, y de las horas de funcionamiento, que son superiores.

B. Ha sido adjudicada la totalidad de la potencia ofertada en la subasta.

C. Los adjudicatarios han optado por no percibir retribución alguna a la inversión. Habiendo sido adjudicada la subasta, en su totalidad, con una Retribución a la Inversión de cero.

D. El precio de la electricidad considerado, y los límites superior e inferior de ajuste, por desviaciones de precios, y coeficientes de apuntamiento, son idénticos en las Órdenes IET/2212/2015 (Anexo 2) e IET/1045/2014 (Anexo III y VI).

E. En relación a la producción mediante biomasa debe llamarse la atención que la Retribución a la Operación (en el año 2015 y 2016, para poder homogeneizarlo con los parámetros de la Orden IET/1045/2014) prevista en la subasta, fue la establecida en el Anexo a la Orden IET/2212/2015, que establece una retribución a la operación de 50,858 €/MWh en 2015, y de 51,575 €/MWh en 2016. La Ro en la IT-00847 en 2015 es de 51,433 €/MWh y la Ro para la IT-00848 en 2016 es 51,468 €/MWh.



F. Los parámetros retributivos son aceptados por el mercado en su mejor oferta, esto es con criterios de empresa eficiente y bien gestionada.

G. El régimen retributivo derivado de la subasta es notoriamente inferior al de la Orden IET/1045/2014; y los parámetros tenidos en cuenta para la subasta son los mismos o similares. Habiendo sido no solamente aceptados por el mercado, sino también reducida drásticamente su cuantía, al eliminarse completamente la Rinv.

H. La rentabilidad razonable establecida en la Orden IET/2212/2015 (Anexo 2.4), es la misma reflejada en la disposición adicional 1 del RD 413/2014 y la Orden IET /1045/2014 (Anexo VI.1.3). Habiendo sido aceptada por el mercado. Y, no sólo es que se acepte, es que se reduce con ocasión de haberse adjudicado la subasta, en su integridad, con una Rinv de cero.

I. El resultado de la subasta es la mejor prueba, absolutamente real, de la racionalidad de los parámetros retributivos y su ajuste económico a un mercado en competencia.

CUARTO.- El marco normativo.

Como recoge la Exposición de Motivos de las disposiciones impugnadas, la promulgación del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico supuso una importante medida en el proceso de reforma del sector eléctrico y estableció el mandato al Gobierno para aprobar un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Asimismo, introdujo los principios concretos sobre los que se articularía el régimen aplicable a estas instalaciones, que fueron posteriormente integrados en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

En cumplimiento de dicho mandato se aprobó 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, que establece el régimen jurídico y económico para dichas instalaciones.

La Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, autoriza, en su artículo 14.7, a que excepcionalmente el Gobierno pueda establecer un régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, cuando exista una obligación de cumplimiento de objetivos energéticos derivados de Directivas u otras normas de Derecho de la Unión Europea o cuando su introducción suponga una reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior, fijando los términos en los que ha de realizarse.

QUINTO.- Consideraciones generales.

Antes de examinar los motivos de impugnación del presente recurso merecen destacarse, con carácter general, las siguientes consideraciones:

1) El artículo 12 del Real Decreto 413/2014 dispone que para el otorgamiento del régimen retributivo específico se establecerán mediante real decreto las condiciones, tecnologías o colectivo de instalaciones concretas que podrán participar en el mecanismo de concurrencia competitiva, así como los supuestos en los que se fundamente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.7 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre .

2) Al objeto de avanzar en el cumplimiento de los objetivos vinculantes establecidos en la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, el Real Decreto 947/2015 establece una convocatoria para el otorgamiento del régimen retributivo específico para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de biomasa situadas en el sistema eléctrico peninsular y para instalaciones de tecnología eólica.

3) Igualmente, de acuerdo con el artículo 5.2 y la disposición transitoria décima de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dicho Real Decreto ha sido objeto de informe por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, quien para la elaboración de su informe ha tomado en consideración las observaciones y comentarios del Consejo Consultivo de Electricidad, a través del cual se ha evacuado el trámite de audiencia al sector y consultas a las comunidades autónomas.

4) De conformidad con el artículo 14.7 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , el otorgamiento del régimen retributivo específico y el valor de la inversión inicial se determinará mediante un procedimiento de concurrencia competitiva.

Mediante la Orden IET/2212/2015 se desarrolla el mecanismo de asignación del régimen retributivo específico, que se realizará mediante una subasta.



De conformidad con el artículo 14.7 c) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, en el procedimiento de concurrencia competitiva, los productos a subastar serán la potencia (kW) con derecho a la percepción del régimen retributivo específico de nuevas instalaciones de biomasa y de instalaciones eólicas, obteniéndose como resultado de la subasta un porcentaje de reducción del valor estándar de la inversión inicial de la instalación tipo de referencia, con el que se obtendrá el valor estándar de la inversión inicial de la instalación tipo. A partir de este último valor y del resto de parámetros retributivos de la instalación tipo se obtendrá la retribución a la inversión de la instalación tipo aplicando la metodología retributiva establecida en el título IV 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.

Para el cálculo de los parámetros retributivos de la instalación tipo de referencia se han considerado los costes necesarios para realizar la actividad por una empresa eficiente y bien gestionada, evitando que se generen retribuciones no adecuadas, de acuerdo con lo previsto en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Asimismo, y en desarrollo de los artículos 12 y siguientes del Real Decreto 413/2014, la Orden aprueba los parámetros retributivos de las instalaciones tipo de referencia para nuevas instalaciones de biomasa y para instalaciones eólicas que serán de aplicación en la convocatoria de asignación de régimen retributivo específico a la que se refiere el Real Decreto 947/2015.

5) De acuerdo con lo prescrito en el artículo 5.2 y en la disposición transitoria décima de la citada Ley 3/2013, la Orden ha sido objeto de informe por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, quien para la elaboración de su informe ha tomado en consideración las observaciones y comentarios del Consejo Consultivo de Electricidad, a través del cual se ha evacuado el trámite de audiencia al sector y consultas a las comunidades autónomas.

6) Mediante acuerdo de 22 de octubre de 2015, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos ha autorizado al Ministro de Industria, Energía y Turismo a dictar la indicada orden.

7) Es inevitable añadir, a la vista de las anteriores consideraciones y las constantes menciones que se hacen en este asunto al 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 a 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, que dichas normas han sido reiteradamente examinadas por esta Sala rechazándose los innumerables recursos interpuestos contra aquellas disposiciones y confirmándose su legalidad (a salvo la singularidad de las empresas relativas a las plantas de tratamiento de purines) cuya cita resulta ociosa por ser suficientemente conocidas por las partes.

8) Y, finalmente, como veremos a lo largo de los siguientes fundamentos de derecho -compartiendo la posición de la Abogacía del Estado-, los motivos de impugnación son en general genéricos y formales, sin cuestionar de forma precisa ningún precepto concreto.

SEXTO.- Los motivos de carácter formal.

Examinaremos, en primer lugar, los motivos de carácter formal, primero a tercero, antes enunciados.

Así, la alegada nulidad de pleno derecho de la Orden IET/2212/2015 por haberse aprobado al amparo de una delegación de segundo grado proscrita en el artículo 13 de la Ley 30/1992 y en el artículo 97 de la CE; la inexistencia de habilitación suficiente con infracción del artículo 12.2.a) de la LOFAGE y del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la CE); y la indebida ausencia del preceptivo dictamen del Consejo de Estado.

A) Sobre la competencia para aprobar la Orden y la delegación.

La demanda tacha de nula la Orden impugnada porque, a su juicio, el Ministro carecía de competencia para su aprobación, de modo que se habría producido una delegación de segundo grado que no tiene amparo legal. Para la recurrente, la Ley delega en el Gobierno que, a su vez, en el apartado 2 del artículo 12 del Real Decreto 413/2014, delega en el Ministro. Añade la recurrente que la autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos no sana el vicio de nulidad de pleno derecho y apunta que, al tener el Real Decreto 947/2015, un contenido que se agota en la primera subasta convocada no es normativo y sí lo es la Orden IET/2212/2015 que se convierte en un reglamento ejecutivo del artículo 14.7 de la LSE de 2013, con la consecuencia de que vuelve a ser nula al no existir dictamen del Consejo de Estado. Añade que la Orden en cuestión tiene un contenido que excede de la habilitación porque la regulación del procedimiento de concurrencia competitiva no es una cuestión técnica, sino una cuestión general vedada al reglamento.



Pues bien, como antes se recogió, el artículo 14.7 de la LSE de 2013 es consecuencia del Real Decreto-Ley 9/2013, norma esencial sobre el nuevo régimen retributivo de la producción de energía eléctrica mediante energías renovables, cogeneración y residuos, y sobre el que ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sus sentencias núm. 270/2015, de 17 de diciembre, núm. 19/2006, de 4 de febrero, núm. 29/2016, de 18 de febrero, núm. 30/2016, de 18 de febrero y núm. 61/2016, de 17 de marzo, ampliamente citadas por esta Sala y en donde se analizó la adecuación a la Constitución del Real Decreto-Ley 9/2013, descartando la vulneración de los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima.

En dicho Real Decreto-Ley 9/2013, de medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, se contiene un mandato expreso al Gobierno (disposición final segunda) para que apruebe un nuevo régimen retributivo para la producción de electricidad a partir de las fuentes renovables, cogeneración y residuos que vendrá a sustituir al anterior. El Real Decreto-Ley 9/2013 establece los principios básicos de ese nuevo régimen retributivo que se recogen en la nueva redacción del artículo 30 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

Esos mismos principios son posteriormente incorporados a la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, cuyo artículo 14.7 dispone:

"Excepcionalmente, el Gobierno podrá establecer un régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, cuando exista una obligación de cumplimiento de objetivos energéticos derivados de Directivas u otras normas de Derecho de la Unión Europea o cuando su introducción suponga una reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior, en los términos establecidos a continuación ... a) El otorgamiento de este régimen retributivo específico se establecerá mediante procedimientos de concurrencia competitiva".

La previsión de la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 9/2013, se desarrolla mediante 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. Concretamente, en su artículo 11 se regulan los aspectos generales del nuevo régimen retributivo específico; mientras que, en su artículo 12, se regula el otorgamiento del mismo.

El artículo 12.1 del Real Decreto 413/2014, señala que, mediante Real Decreto se establecerán:

"...las condiciones, tecnologías o colectivo de instalaciones concretas que podrán participar en el mecanismo de concurrencia competitiva, así como los supuestos en los que se fundamente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.7 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre".

Esta previsión se ha cumplido mediante el Real Decreto 947/2015 cuyo objeto se recoge en el artículo 1 del mismo que dispone:

"1. En primer lugar, constituye el objeto de este real decreto el establecimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.1 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, de las condiciones, tecnologías o colectivo de instalaciones concretas que podrán participar en una convocatoria para el otorgamiento del régimen retributivo específico para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de biomasa situadas en el sistema eléctrico peninsular y para instalaciones de tecnología eólica.

2. Asimismo se aprueba la convocatoria para la asignación del régimen retributivo específico, regulado en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio".

El objeto del Real Decreto se ajusta a las previsiones del apartado 1 del artículo 12 del Real Decreto 413/2014.

A su vez, el apartado 2 del artículo 12 del Real Decreto 413/2014 estableció que, una vez aprobado el Real Decreto previsto en el apartado anterior:

"...se fijarán por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, los parámetros retributivos correspondientes a las instalaciones tipo de referencia que sean objeto del mecanismo de concurrencia competitiva, así como los términos en que se desarrollará dicho mecanismo y aquellos otros aspectos necesarios para la posterior inscripción de las instalaciones o modificaciones de las existentes en el registro de régimen retributivo específico de acuerdo con lo previsto en el título V. Esta orden especificará asimismo los supuestos previstos en el artículo 14.7 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre en los que se fundamente el otorgamiento del régimen retributivo específico.

La citada orden podrá establecer que se otorgue el régimen retributivo para un valor de potencia determinado de una tecnología y características establecidas, no asociado con una instalación concreta".

La recurrente considera que la regulación del mecanismo de concurrencia competitiva (a diferencia de la fijación de los parámetros retributivos) excede de la competencia del Ministro porque es sustancial y el



reglamento solo puede innovar con respecto de la Ley. Al hilo de este argumento considera que la Orden desarrolla directamente la LSE de 2013 y la convierte en reglamento ejecutivo de la Ley.

B) Sobre la habilitación al Gobierno.

La habilitación al Gobierno arranca de la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 9/2013 que encomienda al Gobierno la aprobación del nuevo modelo de retribución de la producción de electricidad mediante fuentes renovables, de cogeneración y residuos con arreglo a los criterios sentados en el artículo 30.4 LSE de 1997 al que se da nueva redacción en el artículo 1.Dos del mismo Real Decreto -Ley.

Ese mandato se cumple con el Reglamento 413/2014. Así, los mencionados artículos 11 (sobre dicho régimen) y 12 (sobre el otorgamiento de dicho régimen).

El artículo 12 del Real Decreto tiene a su vez dos previsiones lógicas, la primera, de su apartado 1 para que el Gobierno mediante Real Decreto fije las condiciones, tecnología o colectivo de instalaciones concretas que podrán participar en el mecanismo de concurrencia competitiva y los supuestos en que se fundamente con remisión al artículo 14.7. Esta remisión no excede de la habilitación legal al Gobierno y esta habilitación se acota al objeto previsto en el artículo 12 como resulta del artículo 1 del Real Decreto 947/2015.

La segunda habilitación al Ministro de Industria, Energía y Turismo para que apruebe, con la autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, lo que ha sido la Orden IET/2212/2012, no constituye una subdelegación.

Tampoco se trata de una norma sustantiva que desarrolle directamente la LSE de 2013. Por el contrario, es una norma que parte y queda delimitada por el Real Decreto 947/2015.

El artículo 12.2 del Real Decreto 413/2014, se refiere a esta regulación mediante Orden señalando que *"Posteriormente se fijarán por orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, los parámetros retributivos correspondientes a las instalaciones tipo"* (como se hizo con la Orden IET/1045/2014) que sean objeto del procedimiento de concurrencia competitiva (lo que supone una facultad de elección acorde con las causas que justifican "ex lege" la convocatoria cuya existencia descansa en el presupuesto "... excepcionalmente" del artículo 14.7, que refiere la selección al Gobierno a quien incumbe la política energética y económica y "... los términos en que desarrollará dicho mecanismo", es decir, el mecanismo de concurrencia competitiva previsto en el artículo 14.7, que, tiene un marcado carácter técnico como puede verse con el mero análisis de la Orden IET/2212/2015, así como "... aquellos otros aspectos necesarios para la posterior inscripción de las instalaciones o modificaciones de las existentes en el registro de régimen retributivo específico de acuerdo con lo previsto en el Título V", lo que no es sino una consecuencia accesoria que completa la regulación prevista.

La previsión del artículo 14.7 se desarrolla en los artículos 11 y 12 del Real Decreto 413/2014, pero la concreción del mismo exige, convocatoria y, una vez realizada la convocatoria, el otorgamiento del mismo se establece mediante procedimientos de concurrencia competitiva. Es necesario: a) fijar los parámetros retributivos de las instalaciones tipo (cuestión netamente técnica); b) determinar los términos del procedimiento de concurrencia competitiva previsto en el artículo 14.7. El informe de la CNMC emitido sobre la doble propuesta de Real Decreto y Orden señala que la subasta elegida a dicho efecto es el procedimiento idóneo para tecnologías que ya han alcanzado la madurez como sucede con las seleccionadas de biomasa y eólica; y, c) establecer las consecuencias accesorias inexorables de registro de las nuevas instalaciones o instalaciones modificadas para que puedan percibir el régimen retributivo.

El Reglamento ejecutivo que aquí interviene es el Real Decreto 413/2014, reglamento ejecutivo del artículo 30 de la LSE de 1997 cuyos principios son incorporados después por el artículo 14.7, de modo que la puesta en marcha de la previsión de dicho precepto se realiza acorde con la previsión del artículo 11 del Real Decreto 413/2014 y, su otorgamiento, se produce de acuerdo con lo señalado en el Real Decreto 947/2015 y la Orden IET/2212/2015.

En definitiva, ni existe subdelegación, ni existe exceso en la regulación del contenido de la Orden impugnada, ni existe reglamento ejecutivo que obligue a someter la propuesta de Orden al dictamen del Consejo de Estado.

Como recuerda el Abogado del Estado, el artículo 4 de la Ley del Gobierno atribuye a los Ministros, como titulares de sus Departamentos, competencia para ejercer cuantas otras competencias les atribuyan "... las leyes, las normas de organización y funcionamiento del Gobierno y cualesquiera otras disposiciones" (apartado 1.d).

Por tanto, se ajusta a la previsión del artículo 12.2 del Real Decreto 413/2014, que subordina su fijación a la previa autorización de la Comisión Delegada de Gobierno para Asuntos Económicos tal y como resulta del artículo 6.4 de la Ley del Gobierno y como así recogimos antes.



En este mismo sentido, el informe de la CNMC, al hilo de la valoración del artículo 6 de la Orden sobre las características de la subasta, donde se dice que la Propuesta de Orden es el instrumento con el rango normativo adecuado para definir los principios generales de la subasta, como pieza clave del nuevo modelo retributivo; manifestación que ha de ponerse en relación con lo dicho, al valorar el mecanismo de concurrencia elegido, esto es, la subasta de la que se dice, "*... se considera el mecanismo idóneo para revelar dónde se sitúa la frontera de eficiencia energética de cada tecnología, una vez que dicha tecnología ha alcanzado un cierto grado de madurez, es decir, una vez que la curva de aprendizaje de la misma se ha estabilizado y se observan mejoras de eficiencia progresivas*".

C) Sobre la falta de dictamen del Consejo de Estado.

Así la Orden IET/2212/2015, no es un reglamento ejecutivo de la Ley del Sector Eléctrico, y no era preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, como ya se ha anticipado.

No es exigible el dictamen del Consejo de Estado cuando las disposiciones impugnadas no son reglamentos ejecutivos de la Ley. Así, por todas, sentencia de 13 de noviembre de 2015 -recurso núm. 351/2014 - sobre el régimen de la interrumpibilidad eléctrica (Orden IET/346/2014 de reforma parcial de la Orden IET/2013/2013) en donde se destaca esta doctrina con remisión a la sentencia de 29 de abril de 2016 -recurso núm. 883/2014 -. En esta última se dijo:

«TERCERO. Sobre la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado.

El segundo motivo de impugnación se centra en la nulidad de la Orden por la omisión de un trámite esencial del procedimiento de elaboración, cual es el dictamen del Consejo de Estado, invocando la infracción del art. 24 de la Ley del Gobierno en relación con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado .

Argumenta que la Orden impugnada debe considerarse como un reglamento ejecutivo de la Ley del Sector eléctrico, dictado en virtud de la habilitación contenida en el art. 49.2 en relación con la disposición final cuarta de la Ley del Sector Eléctrico . La Orden no se limita a adoptar, puntualizar o actualizar lo establecido en la Disposición Transitoria Sexta del Real Decreto 1634/2006 sino que desarrolla el contenido de dicha disposición configurando un nuevo modelo del servicio de interrumpibilidad que, incluso, resulta contrario a lo previsto en dicho Real Decreto.

En nuestra sentencia de 13 de noviembre de 2015 (rec. 351 / 2014), si bien el recurso estaba referido a la impugnación a la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo IET/346/2014, de 7 de marzo, por la que se modifica la Orden IET/2103/2013, de 31 de octubre, ya tuvimos ocasión de analizar esta alegación. Concretamente la falta del Dictamen del Consejo de Estado, en el proceso de elaboración de tales normas.

En dicha sentencia afirmábamos que:

<<[...] de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980. de 22 de abril, del Consejo de Estado , el dictamen de este Alto Órgano Consultivo del Gobierno de la Nación, es preceptivo respecto de los reglamentos ejecutivos de las leyes, por lo que, atendiendo al contexto normativo en que se adopta la mencionada Orden ministerial, en desarrollo de las precisiones establecidas en el Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, que fue objeto de concreción originariamente en la Orden IET/2370/2007, de 26 de julio, por la que se regula el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad para los consumidores que adquieren su energía en el mercado de producción, y ulteriormente en las Órdenes IET/2804/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio, por la que se regula el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad para los consumidores que adquieren su energía en el mercado de producción, y la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, y a su carácter esencialmente técnico, no resulta aplicable dicho precepto legal, en cuanto, en propiedad, no cabe caracterizarla como un desarrollo del artículo 49 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico >>.

Argumentos que resultan por entero trasladables a la impugnación que nos ocupa».

Por lo tanto, compartimos con la Abogacía del Estado, que no existe subdelegación que haga nula la Orden IET/2212/2015; tampoco se vulnera la jerarquía normativa; ni dicha Orden es un reglamento ejecutivo del artículo 14.7, por lo que no era preceptivo el dictamen del Consejo de Estado.

SÉPTIMO.- Extralimitación reglamentaria. Infracción del artículo 14.7 de la Ley del Sector Eléctrico . Desviación de poder reglamentario.

En los motivos cuarto y quinto cuestiona: a) la excepcionalidad, sobre la base de que, al tiempo de aprobarse el Real Decreto-Ley 9/2013 y ahora concurren las mismas circunstancias y necesidades respecto de la Estrategia 2020 y, sentada esta premisa (que la Administración considera no acreditada y que no pasa de ser una



opinión), se indica que era entonces y no ahora cuando se tenía que haber convocado las subastas necesarias para conseguir los objetivos europeos; b) la finalidad de las disposiciones impugnadas porque, a juicio del recurrente, no son idóneas dada la limitada potencia convocada y el tiempo necesario para la realización de nuevas instalaciones o repotenciación de las existentes que, a su juicio, se solapará con el 2020.

Dice la recurrente que según el informe de la CNMC: i) que no potenciará nuevos parques eólicos; ii) que no es rentable y no resulta una convocatoria atractiva; iii) que es discutible que las condiciones de las eólicas sean rentables para la repotenciación de parques eólicos, concluyendo que la finalidad es otra, si bien luego dice que "... *mi representada no puede conocer la verdadera finalidad del Real Decreto*", premisa desde la cual, a partir del artículo 1 del Real Decreto 947/2015, concluye que debe ir dirigida la convocatoria a retribuir instalaciones preasignadas provisionalmente que no han podido obtener la inscripción definitiva y no se han puesto en funcionamiento por no ser rentables, de donde extrae que son incompatibles con el objetivo 2020.

Pues bien, como destaca el Abogado del Estado, se trata de opiniones y conjeturas no apoyadas en prueba alguna, salvo la cita del informe de la CNMC extrayendo del mismo algunas consideraciones particulares. En definitiva, expone una opinión o una previsión que la realidad ha desvirtuado visto el resultado de la subasta publicada en el BOE, tal y como antes se reseñó.

Alude luego la parte recurrente a la tecnología de biomasa cuestionando que sea coherente con el objetivo 2020, porque hubiera sido suficiente con eliminar la limitación de 6.500 horas de producción primada de las plantas en funcionamiento y de nuevo se apoya en el informe de la CNMC.

Sin embargo, la anunciada extralimitación con respecto del artículo 14.7 no existe, cuando alega en su demanda que "*conforme a todo lo expuesto, la subasta convocada y celebrada no parece el medio más eficaz para alcanzar los objetivos establecidos en la Estrategia 2020, existiendo una desconexión absoluta entre lo que se dice perseguido y los medios que se articulan para ello*". Esta conclusión no viene precedida del análisis del resultado de la subasta ya celebrada cuyos resultados desvirtúan lo alegado. Conclusión que, además, se basa en cuestionar una decisión no por vulnerar el ordenamiento jurídico, sino porque, a juicio de la recurrente, existen alternativas mejores y la recurrente considera que no conseguirá alcanzar los objetivos 2020, previsión de futuro ajena al objeto de este proceso.

En conexión con lo anterior alega la desviación de poder reglamentaria.

En realidad, el interés de la parte recurrente se basa en que las tecnologías elegidas (biomasa y eólica) no comprenden la tecnología a cuya gestión se dedica dicha parte (fotovoltaica). Cita de nuevo el informe CNMC del que extrae que éste órgano se extrañó de la elección de tecnologías y que se pensó que no se iba a cubrir la oferta de biomasa. Cuestiona la recurrente que no se haya elegido la tecnología fotovoltaica en lugar de la biomasa. Tacha de inmotivada y desproporcionada la elección realizada y dice que está desconectada de la realidad y concluye que esa desconexión constituye desviación de poder.

No existe extralimitación. El artículo 14.7 dispone en punto a lo aquí tratado, lo siguiente:

"7. Excepcionalmente, el Gobierno podrá establecer un régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, cuando exista una obligación de cumplimiento de objetivos energéticos derivados de Directivas u otras normas de Derecho de la Unión Europea o cuando su introducción suponga una reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior, en los términos establecidos a continuación: (...)".

La norma habilita al Gobierno cuando exista una obligación de cumplimiento de objetivos energéticos derivados de Directivas u otras normas europeas o cuando su introducción reduzca el coste energético y la dependencia energética exterior.

El Real Decreto 947/2015 señala en su Exposición de Motivos las razones que han determinado su adopción:

"Actualmente se encuentra en curso el proceso de planificación de los sectores de la electricidad y gas para el horizonte 2020. En los trabajos de elaboración se ha puesto de manifiesto que será necesario un incremento de la potencia instalada de tecnologías de generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables.

Así, se ha considerado oportuno la renovación de potencia eólica existente o la incorporación de nueva potencia, dado que existe un contingente importante de instalaciones que se encuentran en zonas con elevado recurso eólico cuya renovación podría suponer un incremento significativo de la energía producida.

Del mismo modo, se ha considerado la incorporación de nueva potencia de instalaciones térmicas de biomasa por la capacidad de gestión que aportan al sistema y por su interés como vector de desarrollo de los mercados locales de biomasa para su aprovechamiento conjunto en usos térmicos".



Los motivos expresados se corresponden con las causas señaladas en el artículo 14.7. Hay pues una motivación expresa para aplicar el precepto legal (necesidad que justifica la excepcionalidad), la finalidad perseguida (objetivos 2020), así como la justificación sucinta pero precisa de las tecnologías elegidas (elevado recurso eólico disponible e interés como vector de desarrollo de los mercados locales de biomasa para su aprovechamiento conjunto en usos térmicos).

Por lo tanto, no existe extralimitación del Real Decreto respecto de la Ley. Tampoco existe extralimitación de la Orden IET/2212/2015.

La alegada desviación de poder no puede basarse en meras presunciones, como aquí ocurre.

En este caso, no se prueba la supuesta desviación de poder. La recurrente alega opiniones o conjeturas pero nunca indicios que demuestren que el mecanismo de puesta en marcha de la previsión legal del artículo 14.7 no persigue la finalidad proclamada por el ordenamiento jurídico.

Los hechos parecen que han demostrado lo contrario de lo que se alega en la demanda (así, la citada Resolución de 18 de enero de 2016 sobre resultados de la primera subasta celebrada).

En todo caso, la discrepancia del recurrente que hubiera querido que la subasta convocada incluyese tecnología fotovoltaica en lugar de otras como la biomasa, no constituye indicio de desviación de poder. En definitiva, no existe vicio de nulidad de pleno derecho de las disposiciones impugnadas.

Debe advertirse, para completar las anteriores consideraciones y ratificar las mismas, que con posterioridad se han convocado otras subastas. Así resulta, primero, del Real Decreto 359/2017, de 31 de enero, y de la Resolución de 10 de abril de 2017 de la Secretaria de Estado de Energía (que penden del recurso núm. 395/2017 de esta Sala y el correspondiente de la Audiencia Nacional); y, segundo, del Real Decreto 650/2017, de 16 de junio, y de la Resolución de 30 de junio de 2017 de la misma Secretaria de Estado. Para convocar esta segunda subasta se recoge que en aquella primera celebrada el 17 de mayo de 2017 y en la que resultó adjudicada la totalidad de los 3.000 MW de potencia instalada disponibles con la máxima reducción del valor estándar de la inversión inicial de cada instalación tipo de referencia fijada en la convocatoria, que fueron las tecnologías eólicas y fotovoltaicas las que demostraron una mayor capacidad para competir con las tecnologías convencionales en el mercado. Los resultados de aquella primera subasta hicieron que se considerara de especial interés establecer un nuevo cupo de potencia instalada al que se otorgará el derecho a la percepción del régimen retributivo específico mediante subastas adicionales a la celebrada el 17 de mayo, y estableció un cupo de 3.000 MW de potencia instalada, de nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables en el sistema eléctrico peninsular.

OCTAVO.- Sobre la infracción del artículo 14.7 de la Ley del Sector Eléctrico .

Este motivo sexto se basa en que no se ha previsto un término para retribuir la operación. Considera que la ausencia de dicho término coloca a los adjudicatarios en situación de discriminación puesto que no podrán competir en términos de igualdad con el resto de instalaciones y conjetura sobre el precio de la energía a partir de esta hipótesis.

Se trata de una alegación basada en el perjuicio de los destinatarios de la subasta por quien no participa en la subasta por explotar tecnología fotovoltaica. Es evidente que este alegato excede del interés legítimo del recurrente en este proceso.

De nuevo hay que remitirse a la Resolución de adjudicación de la subasta, de 18 de enero de 2016, de la que han resultado los hechos que recogimos en el fundamento de derecho tercero.

Además el informe de la CNMC recoge:

a) En el apartado 2.2 del informe se resume el contenido de la propuesta de Orden con resumen de las líneas maestras de dicho contenido, entre ellos, el importe de la retribución a la inversión que correspondería a las instalaciones de producción a partir de biomasa y de tecnología eólica y referencia a la MAIN.

b) En el apartado 4.2, propiamente valorando la propuesta, se alude expresamente a la retribución a la operación contemplada en el Anexo 1 respecto de las instalaciones de producción a partir de biomasa.

Así, la regulación no se aparta de los principios básicos marcados por el artículo 14.7.

NOVENO.- Sobre la supuesta discriminación tecnológica.

En este motivo séptimo se cuestiona la tecnología de biomasa con alusión a los principios generales recogidos en el artículo 14.2 de la LSE . Luego extiende el argumento a ambas tecnologías que, a juicio del recurrente, carecen de sentido tecnológica y económicamente y, en este punto, vuelve a cuestionar que se seleccione la biomasa en lugar de la tecnología fotovoltaica. Concluye que hay una diferencia de trato. Invoca el informe



de la CNMC considerando que la valoración de la diferencia de cupos de las tecnologías convocadas podría suponer para la biomasa un reto ambicioso porque históricamente no han alcanzado los objetivos sectoriales marcados. Considera que se vulnera el artículo 14.2 al introducir una discriminación, y se acude al artículo 9.3 de la Constitución porque, dice, al existir discriminación existe arbitrariedad.

Pues bien, para que exista arbitrariedad y, por tanto, discriminación tecnológica infundada sería preciso que la decisión de convocar una subasta para tecnología de biomasa y eólica no tuviera fundamento alguno. Sin embargo, en los expedientes administrativos de las disposiciones impugnadas se explican las razones por las que se han seleccionado ambas tecnologías.

Así, de la MAIN del proyecto de Orden que dio lugar a la Orden IET/2212/2015, resulta:

1º. En el apartado A) "Oportunidad de la Propuesta", 2 donde se recogen los objetivos de la Orden.

2º. En el apartado B) "Análisis jurídico y técnico", donde se dice: *"... en virtud de la citada previsión (del artículo 14.7 LSE) y al objeto de avanzar en el cumplimiento de los objetivos vinculantes establecidos en la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, se ha aprobado el Real Decreto 947/2015 ... Actualmente se encuentra en curso el proceso de planificación de los sectores de la electricidad y gas para el horizonte 2020. En los trabajos de elaboración se ha puesto de manifiesto que será necesario un incremento de la potencia instalada de tecnologías de generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables"*.

Así se ha considerado oportuno la renovación de potencia eólica existente o la incorporación de nueva potencia, dado que existe un contingente importante de instalaciones que se encuentran en zonas con elevado recurso eólico cuya renovación podría suponer un incremento significativo de la energía producida.

Del mismo modo, se ha considerado la incorporación de nueva potencia de instalaciones de biomasa por la posibilidad de gestión que aportan al sistema y por su interés como valor de desarrollo de los mercados locales de biomasa para su aprovechamiento conjunto en usos térmicos" .

3º. La estimación del impacto económico se encuentra en el apartado c) "Análisis de impactos", apartado 2, donde se hace una estimación económica general y específica de las tecnologías eólicas y de biomasa.

4º. En el informe de la CNMC se hace una valoración general de las propuestas (de Real Decreto y Orden), señalando que, se considera adecuado el uso de las subastas por ser un mecanismo idóneo para revelar donde se sitúa la frontera de eficiencia de cada tecnología, una vez que esa tecnología ha alcanzado un cierto grado de madurez. No se formula objeción a las razones y elección de tecnologías realizada.

No se discute en dicho informe el elevado recurso eólico disponible, sino que se valora si la propuesta remitida será atractiva solo para repotenciar (y modernizar) parques eólicos ya existentes o también para nuevas instalaciones de producción a partir de energía eólica. Observación que no supone una tacha de legalidad y, menos aún de apoyo de la alegación de discriminación de la demanda, siendo éste un aspecto contemplado por la MAIN como recoge el citado informe.

Respecto de la biomasa, el informe de la CNMC resalta las características de las instalaciones de producción a partir de biomasa señalando que están *"... íntimamente ligadas a su ubicación concreta, tecnología de combustión empleada, disponibilidad, tipo y, en su caso, grado de humedad del combustible utilizado, entre otras muchas especialidades. La estrecha horquilla de valor estándar de inversión inicial facilitada en la propuesta de Orden ... encaja con determinadas tipologías de plantas, si bien no sería difícil encontrar ejemplos con variaciones significativas en uno u otro sentido"*. Así, la CNMC considera adecuada la motivación que sirve de base a la propuesta de Orden y a la elección de la tecnología a partir de biomasa, motivación que se refleja en la exposición de motivos del Real Decreto 947/2015.

Las razones expresadas son proclamadas asimismo en las exposiciones de las disposiciones impugnadas en las que se justifican las razones de la elección (se transcriben en el anterior fundamento de derecho séptimo y se reitera en el octavo al hilo de la MAIN del proyecto de orden).

Y al socaire de una de las observaciones hechas por la CNMC en su informe, en la exposición de la Orden IET/2212/2015, respecto de la tecnología eólica se señala:

"... En el caso de las instalaciones eólicas, los parámetros retributivos están calculados para instalaciones existentes que sean objeto de una modificación que suponga al menos la sustitución de los aerogeneradores, pero la convocatoria estará abierta también a nuevas instalaciones para posibilitar la presentación de instalaciones eficientes que puedan competir en la subasta con las instalaciones modificadas que tienen, en principio, unos costes de inversión menores".



Por lo tanto, no era obligado incluir en la convocatoria la tecnología fotovoltaica, y la elección no ha sido caprichosa, existiendo motivación suficiente sobre la misma. Y sin que debamos entrar en motivos de oportunidad.

En definitiva, no existe la discriminación tecnológica alegada. Y tampoco es cierto que dicha tecnología fotovoltaica quede excluida de futuras subastas. Esta convocatoria no predetermina ni tampoco excluye otras, como hemos visto. Serán las circunstancias las que, en su caso, permitirán dicha convocatoria y determinarán la selección de tecnologías. De ahí que la citada Resolución de 30 de noviembre de 2015 dijera que esta subasta es "... la primera de las que se celebrarán en el nuevo marco jurídico establecido por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre y por el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio", lo que no excluye otras siempre que concurra el presupuesto señalado por la ley, en cuyo caso, incumbe al Gobierno seleccionar las tecnologías adecuadas para cumplir los fines perseguidos y explicar dicha elección.

No existe discriminación tecnológica prohibida desde el momento en que el Gobierno está facultado para seleccionar entre las tecnologías de producción de electricidad con fuentes renovables, cogeneración y residuos, y lo ha hecho explicando las razones por las que, en esta subasta, ha optado por las tecnologías de producción eólica y de biomasa.

Aquella motivación expresa justifica la selección y descarta la arbitrariedad.

DÉCIMO.- Sobre la consideración de la retribución a la producción de energía eléctrica mediante biomasa como ayuda de estado.

Este último motivo se ciñe al uso de biomasa para producir energía eléctrica con exclusión de la producción de electricidad mediante energía fotovoltaica.

Destaca la Abogacía del Estado que como la recurrente conoce las consecuencias de considerar ayuda de Estado ilegal la retribución primada de la producción de electricidad mediante energías renovables, cogeneración y residuos, acota el planteamiento a la biomasa.

Considera que existe discriminación tecnológica y dice que no se cumplen las Directrices 109 y 110 sobre Medio Ambiente, para explicar que, aunque los requisitos sean exigibles a partir de 1 de enero de 2017, ya estaban en la Directriz 110 que expone los casos en que se permite discriminación tecnológica, por lo que, como no concurrirían aquí, la subasta es una ayuda de Estado.

En numerosas sentencias referidas al nuevo régimen retributivo de la producción de electricidad mediante fuentes renovables, cogeneración y residuos (Real Decreto 413/2014 y Orden 1045/2014) ya se ha reseñado que el Estado había comunicado dicho régimen a la Comisión Europea lo que determinó la apertura del procedimiento de examen preliminar de ayudas del Estado iniciado el 13 de febrero de 2015 y en tramitación actualmente (registro de asunto SA. 40348.2014/N) que la Comisión ha extendido al régimen derogado por dichas disposiciones generales.

La convocatoria de la subasta para la producción de electricidad mediante biomasa realizada y desarrollada por las disposiciones impugnadas no constituye ayuda prohibida de Estado. Ha existido una comunicación sobre el régimen vigente extendida por la Comisión al régimen anterior que se encuentra en tramitación.

Reiterando lo que venimos recogiendo en los fundamentos anteriores:

- Existe una justificación de la selección de tecnologías para esta primera subasta. Además, la selección no excluye otras posibles elecciones en casos de sucesivas subastas siempre que concurran las circunstancias del artículo 14.7, como ya se ha dicho.

- No es exigible incluir todas las tecnologías en la elección de la primera subasta. Existe una decisión basada en la existencia de un elevado recurso eólico disponible y, respecto de la biomasa en la capacidad de gestión que aportan al sistema y por su interés como vector de desarrollo de los mercados locales de biomasa para su aprovechamiento conjunto en usos térmicos.

- Además, el sistema legal no impone tecnologías sino que deja su determinación a la elección del Gobierno. Dicha elección queda delimitada por el cumplimiento de la finalidad que justifica el uso del mecanismo excepcional del artículo 14.7. La recurrente no ha demostrado que la elección de tecnologías no esté justificada o no sirva a la finalidad expresada.

- Conforme al artículo 14.7, el uso del mecanismo debe ser compatible con la sostenibilidad económica del sistema eléctrico y estando limitado, en todo caso, a los objetivos de potencia que se establezcan en la planificación en materia de energías renovables y de ahorro y eficiencia. En este mismo sentido, el artículo 12 del Real Decreto 413/2014 dice que el otorgamiento del régimen retributivo específico se establecerá mediante Real Decreto determinando las condiciones, tecnologías o colectivo de instalaciones concretas que podrán



participar en el mecanismo de concurrencia competitiva, así como los supuestos en que se fundamente acorde lo señalado en el artículo 14.7.

No se ha demostrado que concurren los requisitos de ayuda prohibida de Estado.

De hecho -como resalta el Abogado del Estado- tampoco la demanda hace especial esfuerzo, para encajar la retribución que percibirán los adjudicatarios de la subasta en los requisitos exigidos por la doctrina del TJUE para que constituyan ayuda de Estado, máxime si se parte de una posición tan discutible como es ceñir esa ayuda a la producción de electricidad mediante biomasa excluyendo la producción mediante fotovoltaicas -la interesada por la recurrente-.

Por último, tampoco hay una precisa objeción en este sentido respecto de los parámetros tipo fijados por la Orden IET/2212/2015.

En consecuencia, debe desestimarse el recurso.

DECIMOPRIMERO.- 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 (-2.000 euros por cada una de las partes recurridas que han mantenido su oposición a la demanda).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : Desestimamos el recurso contencioso-administrativo núm. **1/4085/2015** , interpuesto por **PAGOLA, S.A.** contra el Real Decreto 947/2015, de 16 de octubre, por el que se establece una convocatoria para el otorgamiento del régimen retributivo específico a nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de biomasa en el sistema eléctrico peninsular y para instalaciones de tecnología eólica y la Orden IET/2212/2015, de 23 de octubre, por la que se regula el procedimiento de asignación del régimen retributivo específico en la convocatoria para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de biomasa en el sistema eléctrico peninsular y para instalaciones de tecnología eólica, así como sus parámetros retributivos. 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 Eduardo Espin Templado 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.