



Roj: **STS 3556/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3556**

Id Cendoj: **28079130032016100296**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **14/07/2016**

Nº de Recurso: **963/2014**

Nº de Resolución: **1785/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 14 de julio de 2016

Esta Sala ha visto el presente recurso contencioso-administrativo con el número 1/963/2014 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña María Isabel Campillo García y de la "Asociación Española de la Industria Solar Termoeléctrica" ("Protermosolar"), bajo la dirección Letrada de Doña Coral Yáñez Cañas, contra la Orden IET 1882/2014, de 14 de octubre, por la que se establece la metodología para el cálculo de la energía eléctrica imputable a la utilización de combustibles en las instalaciones solares termoeléctricas. Han sido partes demandadas el Procurador de los Tribunales Don José Luis Martín Jaureguibeitia y de Iberdrola España, S.A.U., la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el 15 de diciembre de 2014, la representación procesal de "Protermosolar", interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden IET 1882/2014, de 14 de octubre, por la que se establece la metodología para el cálculo de la energía eléctrica imputable a la utilización de combustibles en las instalaciones solares termoeléctricas.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de fecha 15 de enero de 2015 se tiene por personado y parte recurrente a la Procuradora de los Tribunales Doña María Isabel Campillo García y de la "Asociación Española de la Industria Solar Termoeléctrica", y se admite a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte, requiriéndose a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo en los términos que establece el artículo 48 de la Ley de esta Jurisdicción (Ley 29/1998, de 13 de julio), y que practique los emplazamientos previstos en el artículo 49 de dicha Ley .

TERCERO.- Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el día 15 de julio de 2015 la representación procesal de "Protermosolar", formuló escrito de demanda alegando los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPlico: <<[...] dicte sentencia en la que, estimando las pretensiones de esta parte, declare la nulidad de pleno derecho de los artículos 5 y 5, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

[...]

Segundo Otrosí Digo: cuantía indeterminada.

Tercero Otrosí Digo: conclusiones escritas>>.

CUARTO.- Con fecha 2 de octubre de 2015 el Abogado del Estado formula su contestación a la demanda, en la que tras alegar cuanto estima procedente, se opuso a la misma, interesando a la Sala: <<[...] dictándose



sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas>>>.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de 20 de noviembre de 2015 se acordó declarar caducado el trámite de contestación a la demanda a la representación procesal de la entidad "Iberdrola, S.A".

SEXTO.- La Sala dictó Auto, en fecha 16 de diciembre de 2015 en el que se acuerda no recibir el proceso a prueba. Y conceder a la parte recurrente el término de diez días para la presentación de escrito de conclusiones sucintas, lo que realiza en escrito de fecha 8 de enero de 2015.

Por diligencia de ordenación de fecha 16 de septiembre de 2015, se concede, asimismo a las partes recurridas el plazo de diez días a fin de que presenten escrito de conclusiones, lo que lleva a cabo el Abogado del Estado en escrito de fecha 19 de enero de 2015. Teniéndose por caducado el trámite de conclusiones a Iberdrola S.A.

SÉPTIMO.- Evacuados todos los trámites legalmente previstos, se dieron por conclusas las actuaciones, y se fijó para votación y fallo de este recurso el día 5 de julio de 2016, fecha en que tuvo lugar, haciéndose observado todos los trámites previstos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso interpuesto por el representante legal de la Asociación Española de la Industria Solar Termoeléctrica ("Protermosolar") impugna los artículos 4 y 5 de la Orden IET/1992/2014, de 14 de octubre por la que se establece la metodología para el cálculo de la energía eléctrica imputable a la utilización de combustibles en las instalaciones solares termoeléctricas.

El recurso, fundado en un único motivo, considera que los parámetros que integran el cálculo contenido en el art. 4 de la orden no resultan ajustados a derecho y son desproporcionados, pues no recogen las particularidades del consumo de gas en las plantas termosolares, tras el cambio del régimen retributivo en el que se pagaba un prima por cada kwh producido por una cantidad fija por la inversión efectuada. Considera que la Administración incurre en arbitrariedad a la hora de desarrollar la metodología de cálculo de la energía eléctrica imputable a la utilización de combustibles de apoyo en las centrales termosolares, pues no atiende a la realidad del funcionamiento de las centrales. Y ello tiene, a su juicio, un impacto negativo en la retribución de las plantas pues excluye del Ro una mayor cantidad de energía eléctrica procedente de la utilización de combustibles de apoyo que la que, en realidad, corresponde.

Por todo ello, considera que los artículos 4 y 5 de la orden impugnada deben declararse nulos de pleno derecho por vulneración de lo establecido en normas de rango superior, el RD-ley 9/2013 y RD 413/2014, el principio de proporcionalidad y el principio de interdicción de la arbitrariedad recogido en el art. 9 de la Constitución .

A lo largo de su recurso hace una prolija y detallada exposición de las características técnicas y funcionamiento de las instalaciones de las centrales solares termoeléctricas, que concentran la energía solar para producir energía térmica -calor-, y de sus diferentes tipos en función de la tecnología utilizada.

Al tiempo de razonar sobre la nulidad de los artículos 4 y 5 de la orden que regulan la metodología de cálculo empleada para calcular la energía eléctrica imputable a la utilización de combustibles de apoyo critica los diferentes parámetros utilizados en la fórmula que pretender calcular la parte de la energía eléctrica que procede de la utilización de gas natural, pues esa energía no se computa a la hora de calcular la retribución a la operación que perciben las citadas plantas. Y su reproche, en términos generales, es que los parámetros que integran dicha fórmula no han tomado en consideración las particularidades propias de las centrales termosolares con la consiguiente repercusión en su régimen retributivo.

A lo largo de su escrito se dedica a analizar los diferentes términos que componen esa fórmula entendiendo que no son los adecuados. Y así critica los siguientes puntos:

- el rendimiento de conversión de la energía térmica y la energía eléctrica (Nc) y los valores utilizados en la Orden entendiendo que a la hora de calcular los rendimiento de conversión no ha tenido en cuenta determinadas circunstancias técnicas que inciden en el funcionamiento de las plantas (la energía utilizada para autoconsumo y otros elementos que especifica por cada tecnología).

- la energía primaria total anual procedente de los combustibles de apoyo (Cc total) por entender que el art. 6 de la Orden, al utilizar como dato de medición de la energía procedente de combustibles de apoyo los datos procedentes de los equipos de medida instalados y, si existe suministro, los datos procedentes de albaranes de compra, no se ha tomado en consideración la pérdida (aproximadamente del 2%) que se produce en el proceso de transformación del gas licuado en caminos en gas.



- la energía primaria anula procedente de los combustibles de apoyo destinados a usos técnicamente imprescindible que no general energía ni directa ni indirectamente (Cc dr). Esta energía se excluye de la energía eléctrica pero esta limita a 300 Mwh (PCs) por MW de potencia instalada. Alega que dado que las calderas instaladas en la centrales termosolares son de condensación la referencias al poder calorífico del gas deber ser al Poder calorífico Inferior (PCI) en lugar de al Poder Calorífico Superior (PCS). Pero, aun admitiendo dicho valor, se podría aplicar a las centrales CCp sin almacenamiento y al resto de las tipologías pero no a las centrales con almacenamiento térmico porque al tener un mayor tamaño de campo solar necesitan mayores cantidades de aceite térmico (fluido calo portador) y cuentan con un sistema de sales fundidas en el que se hace necesario mantener una temperatura de seguridad. Por ello entiende que es necesario incrementar el valor Cc_dr para las centrales de almacenamiento. Y, en todo caso, el valor reflejado en la orden sería erróneo para todas las centrales al no haber tenido en cuenta las necesidades de consumo en los periodos de puesta en marcha y de demostración de cumplimiento de los requisitos de gestionabilidad con las pruebas exigidas por el operador del sistema, ni ha tenido en cuenta los primeros años de operación de las centrales en los que se producen mayores consumos.

Argumenta que no ha tenido en cuenta los efectos sobre este parámetro de causas de fuera mayor o avería prolongada de la planta que impida su funcionamiento por largo tiempo. No entiende las razones por las que no se ha contemplado la posibilidad de dejar sin efecto el límite de consumo de gas para usos imprescindibles en casos de incidentes que afectan a partes vitales de la instalación que suponga una parada prolongada de la central. Argumentado que si el RD 413/2014 prevé que las instalaciones tendrán derecho a percibir el régimen retributivo específico siempre y cuando alcance unos horas mínimas de funcionamiento anual, dejando de percibir, en caso contrario, el complemento por inversión. Si se produjese una avería prolongada el consumo de gas destinado a usos imprescindibles podrá ser mucho mayor del permitido en la orden con el efecto de se dejaría de percibir el régimen retributivo específico y se computaría el consumo de gas en unos imprescindibles como consumo de uso prescindible y caso de superarse más de dos años consecutivos el límite del consumo máximo del 12% se cancelaría la inscripción en el registro

- límite al parámetro de la energía eléctrica imputable a los combustibles de apoyo (Ec). Es un hecho admitido que la energía eléctrica imputable a los combustibles de apoyo no puede ser superior a la energía generada en barras de central, sin embargo en el artículo de la Orden IET/1882/2014 no menciona este límite, omisión que, a su juicio, vulneraría lo preceptuado en la Disposición Adicional Novena del Real decreto 413/2014 ., porque dicho precepto prevé expresamente una obligación de reintegro, no una obligación de pago, como podría ocurrir si dicho límite no se incluyese en la orden aquí impugnada.

Por todo ello, solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de los artículos 4 y 5 de la Orden impugnada.

SEGUNDO . Sobre la competencia del Tribunal Supremo.

El Abogado del Estado considera que el Tribunal Supremo carece de competencia para conocer en instancia de un recurso directo contra una Orden dictada por el Ministro, siendo competencia de la Audiencia Nacional.

Alega que la Orden Ministerial impugnada ha sido dictada por el Ministro de Industria, y si bien consta que contaba con la previa autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, este acuerdo no es preceptivo ni vinculante, pues la Orden no requería la previa autorización de dicha Comisión, de acuerdo con el art. 14.7.d) de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico , e invoca la doctrina fijada en el ATS, sección 3ª, del 20 de julio de 2012 (Recurso: 857/2011).

Para rechazar la falta de competencia planteada por el Abogado del Estado basta con acudir a lo ya manifestado en el ATS de 20 de julio de 2012 (Recurso: 857/2011). En dicha resolución afirmábamos y ahora reiterados que "El artículo 25.e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) (se refiere, en realidad a la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno) establece que las disposiciones y resoluciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno adoptarán la forma de acuerdos de dicho órganos y que tales acuerdos revestirán la forma de órdenes ministeriales del ministro competente cuando la competencia corresponda a distintos ministros. A su vez, el artículo 12.1.a) de la Ley de la Jurisdicción estipula que es competencia de esta Sala del Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno.

Pues bien, en aplicación de los citados preceptos esta Sala ha admitido su propia competencia respecto de los recursos contencioso administrativos dirigidos contra órdenes ministeriales que se adoptan previo acuerdo de una Comisión Delegada del Gobierno, puesto que hemos entendido que pese a la competencia del ministro correspondiente para dictar tales órdenes, la Comisión Delegada adoptaba un acuerdo o resolución aprobatorio de la disposición que quedaba comprendido en la competencia de esta Sala determinada por el citado artículo 12.1.a) de la Ley jurisdiccional "



Y esto es precisamente lo que sucede en el supuesto que nos ocupa, a diferencia del enjuiciado en aquella resolución.

La Orden IET/1882/2014 dictada por el Ministro de Industria, Energía y Turismo, que es objeto del presente recurso, fue dictada, según se afirma en su parte expositiva, previo acuerdo de 9 de octubre de 2014 de la Comisión Delegada del Gobierno autorizando al Ministro de industria, Energía y Turismo a dictar la presente orden. Se diferencia así este supuesto del analizado en el Auto de 20 de julio de 2012 en el que no existía tal acuerdo previo de habilitación o autorización en favor del Ministro correspondiente, pues la orden aprobada por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo simplemente "fue informada por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos". En aquel caso se razonaba que la emisión de un mero informe que "no es ni preceptivo ni vinculante, y que puede entenderse como una intervención consistente en un mero conocimiento de la orden o una suerte de visto bueno político o incluso, en su caso, en la exposición de un criterio substantivo sobre su contenido, pero no un acto aprobatorio que acarree la competencia de esta Sala para conocer de la impugnación de la orden en cuestión".

En el supuesto ahora enjuiciado, a diferencia del enjuiciado en aquel caso, si ha existido un acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos autorizando al Ministro de Industria, Energía y Turismo a dictar la Orden del Ministro, en cumplimiento del artículo 25.e) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, por lo que el conocimiento para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal Supremo, según dispone el art. 12.1.a) de la Ley de la Jurisdicción.

Carece de trascendencia, por lo demás, la alegación del Abogado del Estado cuando afirma que este Acuerdo no era preceptivo o necesario, pues el hecho es que se dictó y como tal ha de ser enjuiciado por el tribunal competente. Sin que pueda compartirse la afirmación del Abogado del Estado sosteniendo que el Acuerdo de la Comisión Delegada no es "vinculante", pues ello cobra sentido respecto de los informes emitidos, pero no es aplicable a un acuerdo formalmente adoptado por un órgano administrativo competente.

TERCERO. Por lo que respecta a la cuestión de fondo planteada, se critican los parámetros y los elementos de cálculo utilizados basándose en afirmaciones técnicas del recurrente, carentes de apoyo probatorio.

Las consideraciones técnicas contenidas en la demanda, incluso las propuestas alternativas formuladas, no constituyen base suficiente en las que sustentar un pronunciamiento de arbitrariedad, pues no puede pedirse a un tribunal de justicia que valore su conveniencia ni mucho menos emita un juicio de arbitrariedad, sin que estén avaladas por una prueba que le lleve a este convencimiento.

Argumenta que sus reproches constituyen <<evidencias técnicas que no requieren prueba alguna>> o que <<cualquier fabricante de turbinas de vapor es perfectamente conocer de la pérdida relativa de rendimiento entre la condición de potencia nómima y el funcionamiento en el mínimo técnico [...] es de cerca del 40%>>. Y la parte recurrente justifica la ausencia de toda actividad probatoria afirmando que se trata de una <<Asociación que representa la industria solar termoeléctrica en España, siendo así que dicha Asociación debe reputarse como la voz más autorizada en el sector>> por lo que <<los argumentos aportados por Protermosolar están soportados por evidencias, datos y valores que reflejan con todo rigor la verdadera realidad del funcionamiento de las plantas [...]>>.

Conviene aclarar que lo que la parte denomina "evidencias técnicas" distan mucho de ser hechos notorios no necesitados de prueba y, desde luego no pueden equiparse con "evidencias jurídicas", por lo que la parte que acude a un tribunal impugnando unos parámetros técnicos, contenidos en una disposición general, necesita convencerle de la arbitrariedad de los parámetros utilizados, sin que la mera afirmación de la parte recurrente, por muy reputada que sea, sirva para tener por acreditado las afirmaciones en las que se sustenta.

La demanda ni acompaña informe pericial alguno ni solicita el recibimiento a prueba del recurso, por lo que por Auto de 16 de diciembre de 2015 se denegó el recibimiento del pleito a prueba al considerar que en su demanda no se contenían los puntos de hecho sobre los ha de versar la prueba ni y los medios de prueba que se proponían.

CUARTO. Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso imponiendo las costas a la parte recurrente sin que se aprecien motivos que justifiquen la no imposición de las costas por existir serias dudas de hecho o de derecho.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Que debemos Desestimar el recurso interpuesto por el representante legal de la Asociación Española de la



Industria Solar Termoeléctrica ("Protermosolar") contra los artículos 4 y 5 de la Orden IET/1992/2014, de 14 de octubre, sin hacer expresa condena en costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro José Yagüe Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ