

Roj: **STS 3797/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3797**Id Cendoj: **28079130032016100321**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **26/07/2016**Nº de Recurso: **504/2014**Nº de Resolución: **1976/2016**Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de julio de 2016

Esta Sala ha visto, constituida en su **Sección Tercera** por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 1/504/2014, interpuesto por Sociedad de Tratamiento Hornillos, S.L., representada por el procurador D. Germán Marina Grimau y bajo la dirección letrada de D. Gervasio Martínez-Villaseñor Fernández, 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. Es parte demandada la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 31 de julio de 2014 la representación procesal de la demandante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario 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, resoluciones que habían sido publicadas en los Boletines Oficiales del Estado de fechas 10 y 20 de junio de 2014, respectivamente. Se ha tenido por interpuesto el recurso por diligencia de ordenación de 22 de septiembre de 2014.

SEGUNDO .- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito, al que acompaña documentación, en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia en la que, con íntegra estimación del recurso, con carácter principal se declare la invalidez de los asertos, partes, declaraciones y disposiciones de la Orden IET/1045/2014 que determinan la retribución de la instalación tipo IT-01415 en la que se ha clasificado la instalación, con restablecimiento de la situación jurídica individualizada de la actora en los términos que interesa en el fundamento de derecho quinto de la demanda, y, con carácter subsidiario, que se declare la invalidez del régimen de vigencia temporal del Real Decreto 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014 establecido en el apartado 2 de la disposición adicional segunda del citado Real Decreto, con restablecimiento de la situación jurídica individualizada de la actora en los términos que interesa en el fundamento de derecho quinto de la demanda. Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que debe considerarse que la cuantía del recurso es indeterminada, y solicita que se acuerde el recibimiento a prueba del mismo, exponiendo los puntos de hecho sobre los que la misma debería versar y proponiendo los medios probatorios que estima convenientes, así como la realización del trámite



de conclusiones escritas; asimismo por otrosí solicita que se acuerde el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

TERCERO .- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, habiendo presentado el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que sea inadmitido o, en su defecto y subsidiariamente, desestimado el recurso interpuesto, con imposición de las costas a la recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción .

CUARTO .- En decreto de fecha 26 de junio de 2015 la Secretaria judicial ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada, habiéndose dictado a continuación auto de 6 de julio acordando el recibimiento a prueba del mismo y la admisión de los medios propuestos considerados pertinentes, procediéndose a su práctica, con ratificación por el perito del dictamen aportado por la actora con el escrito de demanda.

QUINTO .- Finalizada la fase probatoria se ha concedido a las partes plazo por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones, que han evacuado.

El Abogado del Estado ha adjuntado al suyo copia de los informes de 17 de junio de 2015 del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) sobre Metodología General para la definición de instalaciones tipo de la Orden 1045/2014 y sobre Metodología específica para la definición de instalaciones tipo de la Orden 1045/2014 en cada área; se ha acordado la unión a los autos de los referidos documentos, dándose traslado de los mismos a la actora, que ha presentado escrito en el que alega que, además de no servir de justificación de la Orden impugnada, carecen de las condiciones y requisitos necesarios para que les sea otorgada la virtualidad pretendida por la contraparte de servir como elemento a contraponer a las pruebas practicadas en el proceso.

A continuación se han declarado conclusas las actuaciones por resolución de 17 de diciembre de 2015.

SEXTO .- Durante la tramitación del presente recurso la representación procesal de la Administración demandada ha solicitado que se acordara la suspensión de la tramitación procesal del recurso a resultas de la decisión que en su día la Comisión Europea dicte en el procedimiento de examen preliminar de ayudas de Estado SA.40348.2014/N, lo que se ha rechazado mediante auto de 17 de julio de 2015.

SÉPTIMO .- Se ha dictado providencia de 11 de marzo de 2016 concediendo a las partes plazo para alegar sobre la posible incidencia en el presente proceso de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en fecha 17 de diciembre de 2015 (STC 270/2015).

La parte demandante ha presentado escrito en el que expresa que lo resuelto en dicha sentencia es ajeno al debate objeto del recurso, que no afecta a la virtud de los motivos en que se sustenta el mismo ni mucho menos determina la procedencia de desestimarlo, y tampoco impide que se plantee por la Sala una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013 en los términos solicitados en el escrito de demanda. El Abogado del Estado, en su escrito, después de formular alegaciones, suplica que no procede plantear cuestión de inconstitucionalidad, debiendo continuar la tramitación para su resolución por sentencia en los términos suplicados en la contestación a la demanda.

OCTAVO .- Con posterioridad el Abogado del Estado ha presentado escrito adjuntando la respuesta de la Comisión Europea en relación con la petición 2520/2014 realizada por Bernardino , en nombre de la Asociación Nacional de Productores e Inversores de Energías Renovables (ANPIER), al Parlamento Europeo sobre la situación del sector fotovoltaico y la legalidad de los cambios legislativos realizados por el gobierno español.

Se ha acordado dar traslado de dicha documentación a la demandante, quien ha presentado un escrito manifestando que debe rechazarse la aportación del documento o, de admitirse su aportación, no debe darse relevancia alguna al mismo, por resultar ajeno al objeto del recurso.

Se ha dictado a continuación resolución acordando la unión a los autos de estos escritos.

NOVENO .- Mediante providencia de fecha 30 de mayo de 2016 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 5 de julio de 2016, en que han tenido lugar dichos actos.

DÉCIMO .- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, a causa de la complejidad jurídica del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La empresa Sociedad de Tratamiento Hornillos, S.L. interpone recurso contencioso administrativo 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.

La demanda basa su argumentación en que las disposiciones impugnadas han tratado equivocadamente a las empresas de cogeneración de purines como si fuesen empresas de cogeneración ordinarias, atribuyendo a los parámetros retributivos unos valores por completo inadecuados, lo cual supone una actuación arbitraria contraria al artículo 9.3 de la Constitución. Subsidiariamente invoca la invalidez del régimen de eficacia temporal de las dos disposiciones impugnadas, régimen que sería contrario al principio de seguridad jurídica, y la nulidad de la Orden 1045/2014 por vulnerar el principio de confianza legítima.

Solicita que se declare la nulidad de la Orden 1045/2014 en lo que respecta a los elementos que determinan la retribución de la instalación tipo en la que se le ha clasificado y que se restablezca la situación jurídica individualizada ordenando al Ministerio de Industria, Energía y Turismo que determine dicha retribución mediante parámetros adecuados, con la indemnización derivada de lo que habría dejado de percibir. Subsidiariamente que se declare la invalidez de la eficacia temporal de las dos disposiciones impugnadas y el consiguiente restablecimiento de la situación jurídica individualizada.

El Abogado del Estado solicita la inadmisión del recurso por falta de jurisdicción, al partir la demanda de la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 9/2013; de ser admitido el recurso, pide la desestimación de la demanda. Procede rechazar la inadmisión del recurso por falta de jurisdicción pues la actora impugna disposiciones administrativas cuyo conocimiento corresponde a esta Sala, siendo perfectamente conforme a derecho el que dicha impugnación tenga como fundamento la inconstitucionalidad de la norma de rango legal que desarrollan, lo que supondría, de ser aceptadas sus alegaciones, el correspondiente planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

SEGUNDO .- Sobre los precedentes relativos a las instalaciones de cogeneración de purines.

Esta Sala ha resuelto, como es sabido, numerosos recursos dirigidos contra las mismas disposiciones impugnadas en el presente procedimiento. Resulta necesario por ello referirse a las sentencias dictadas en aquellos recursos, planteados igualmente por titulares de instalaciones de cogeneración de purines, en cuyo planteamiento argumental existe una coincidencia más o menos plena con el del presente procedimiento, coincidencia que ha de conducir congruentemente, como veremos, a una solución estimatoria del recurso de autos.

Así, en la Sentencia de 20 de junio de 2016, dictada en el recurso contencioso administrativo 1/485/2014, en respuesta a una argumentación semejante sobre la inadecuación de los valores de los parámetros retributivos de la instalación tipo de purines aplicable a la sociedad recurrente, dijimos:

" **CUARTO**.- Tiene razón la parte recurrente cuando señala que en las sucesivas normas reguladora del régimen retributivo especial o primado dictadas en desarrollo del artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico -esto es, el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, y el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo- se ha venido reconociendo la singularidad y especificidad de las plantas de tratamiento del purín con relación a las restantes instalaciones de cogeneración.

El origen de las instalaciones de tratamiento de purín se encuentra en las normas de Derecho comunitario europeo dirigidas a combatir la contaminación de las aguas, y, en concreto, la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura (*Directiva de nitratos*), y el Reglamento (CE) nº 1069/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009 por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales y los productos derivados no destinados al consumo humano y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1774/2002 (*Reglamento sobre subproductos animales*, conocido también como *Reglamento SANDACH*).

Por el incumplimiento de las referidas normas del ordenamiento comunitario el Reino de España fue condenado en diversas ocasiones por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea) (sentencias de 1 de octubre de 1998 - TJCE 1998\233-; 13 de abril de 2000 - TJCE 2000\81-; 8 de septiembre de 2005 -TJCE 2005\260-).

La reacción se produjo mediante el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración, que introdujo un nuevo tipo de instalación de producción de energía eléctrica que recibiría una retribución regulada con cargo al sistema eléctrico en atención a ser una instalación de generación medioambientalmente beneficiosa. Ello dio lugar al diseño y construcción de plantas de tratamiento de purines de porcino mediante



cogeneración, las primeras de las cuales empezaron a operar en el año 1999 (datos extraídos del informe de 13 de diciembre de 2013 de la Subsecretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, que obra en el expediente).

La singularidad de las instalaciones de tratamiento de purines de porcino se mantuvo en el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, cuyo artículo 2 las incluía, dentro de la categoría d/, en el grupo d.1, referido específicamente a "instalaciones de tratamiento y reducción de purines de explotaciones de porcino de zonas excedentarias". Y en la disposición adicional primera del citado Real Decreto 436/2004 se establecía que << *El régimen económico de estas instalaciones tendrá en cuenta especialmente su contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, al ahorro de energía primaria y a la eficiencia energética, y tendrá en cuenta los costes de inversión en que hayan incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en los mercados de capitales* >>. Por lo demás, la regulación contenida en el Real Decreto 436/2004 introduce una nota que refuerza la vinculación de esta clase de instalaciones con la finalidad medioambiental, pues su rendimiento se mide por el volumen de purines tratado; y si no se cumple el objetivo señalado en el anexo-I del propio Real Decreto la instalación pierde el derecho a la prima e incurre en causa de revocación de la autorización como instalación de producción de energía eléctrica en régimen especial (disposición adicional primera del Real Decreto 436/2004).

Esa especificidad de las plantas de tratamiento de purines también se mantuvo en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial; y si bien esta norma delimita temporalmente el acogimiento de estas instalaciones al régimen retributivo de tarifa regulada, para el que establece un periodo transitorio máximo de quince años (disposición transitoria segunda.1), tal limitación temporal no se establecía respecto de la opción de precio de mercado más prima. Y, en todo caso, se mantiene en el Real Decreto 661/2007 la exigencia de tratamiento de un volumen de purines determinado so pena de incurrir en causa de revocación de la autorización como instalación de producción en régimen especial (disposición transitoria segunda.3 del Real Decreto 661/2007).

La secuencia normativa que acabamos de reseñar pone de manifiesto que, además de por las características propias de las plantas de tratamiento de purines en el plano puramente industrial o tecnológico, el reconocimiento normativo de su singularidad, con el consiguiente reflejo en el régimen retributivo, venía determinado en gran medida por su contribución a la mejora del medio ambiente, por tratarse de instalaciones concebidas y construidas con el objetivo específico de resolver problemas medioambientales del sector agropecuario; siendo esta significación medioambiental la que llevó a decidir que el sistema eléctrico asumiese no sólo la compensación de los costes suplementarios de la producción de electricidad por esta vía -finalidad propia del régimen retributivo especial o primado- sino también los costes propios del proceso de tratamiento de purines.

Estas consideraciones, junto a los datos reflejados en la prueba pericial, permiten anticipar unas primeras conclusiones referidas a la situación existente con anterioridad a la reforma iniciada por el Real Decreto-ley 9/2013:

1/ Las sucesivas regulaciones contenidas en el Real Decreto 2818/1998, el Real Decreto 436/2004 y el Real Decreto 661/2007 han reconocido a las plantas de tratamiento de purines de porcino una singularidad y un tratamiento diferenciado con respecto a las restantes instalaciones de cogeneración.

2/ Esas sucesivas regulaciones caracterizaban a las instalaciones de tratamiento de purines por su finalidad medioambiental, subordinando la percepción de la prima con cargo al sistema eléctrico al efectivo tratamiento del purín.

3/ Los datos y cuadros comparativos expuestos en el informe pericial ponen de manifiesto que, sea por la singularidad propia de estas plantas y su significación medioambiental, sea en atención a sus mayores costes de inversión y de explotación, o por la concurrencia conjunta de todos esos factores, lo cierto es que en las tres normas reglamentarias a las que nos estamos refiriendo -Real Decreto 2818/1998, el Real Decreto 436/2004 y el Real Decreto 661/2007- la retribución a las plantas de purines era superior a la de las instalaciones de cogeneración en sus distintas clases y categorías.

QUINTO.- Es sabido que el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, introdujo un nuevo régimen retributivo específico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos que deroga el que venía previsto en el Real Decreto 661/2007.



El nuevo régimen es asumido y completado por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico; y desarrollado luego por el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

La parte demandante no cuestiona el cambio normativo introducido por Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013; y tampoco el desarrollo reglamentario llevado a cabo por el Real Decreto 413/2014. Y ello -explica la recurrente- porque lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 8, del Real Decreto 413/2014 pone de manifiesto, de un lado, que la nueva regulación sigue contemplando a las plantas de tratamiento y reducción del purín como instalaciones de producción de energía eléctrica distintas a las de cogeneración; y, de otra parte, que el Real Decreto 413/2014 continúa exigiendo el tratamiento de purín como condición para la percepción de la retribución específica el plantas de cogeneración. Aspectos ambos que van en línea de continuidad con los regímenes regulatorios anteriores, que antes hemos reseñado, y que no merecen reproche alguno según la demandante.

No cabe excluir que el legislador y el titular de la potestad reglamentaria arbitren en el futuro medidas, por la vía regulatoria que estimen adecuada, para que no sea el sistema eléctrico quien sufrague los costes propios del proceso de tratamiento de purines. Pero en el momento actual debemos atenernos al régimen jurídico vigente, que, como acabamos de señalar, sigue incluyendo las plantas de tratamiento y reducción del purín entre las instalaciones de producción de energía eléctrica que puede acogerse al régimen retributivo específico; y continúa exigiendo a tales instalaciones el tratamiento de purín como condición para la percepción de dicha retribución específica.

Partiendo de esa premisa, lo que se cuestiona en la demanda es la fijación de los parámetros retributivos llevada a cabo en la Orden IET/1045/2014, que según la parte actora es contraria a derecho por las siguientes razones: i/ La retribución fijada en la Orden contraviene el principio legal de suficiencia de la retribución para las plantas de tratamiento del purín dado que la fijada no permite cubrir ni siquiera los costes de explotación, haciendo que las instalaciones de este tipo sean inviables (todas las plantas de purines existentes han cesado en su actividad). ii/ El principio de "empresa eficiente y bien gestionada" no ha sido respetado, pues no es asumible un sistema de parámetros según el cual todas las empresas del sector resultarían ineficientes o mal gestionadas; y lo que sucede es que se han aplicado unos parámetros que podrían ser adecuados para las instalaciones de cogeneración pero que desde luego no lo son para las plantas de tratamiento de purines. iii/ Los parámetros sobre ingresos, costes e inversiones que fija responderán, en su caso, a los estándares propios de la cogeneración, pero en modo alguno reflejan la realidad de los ingresos, costes e inversiones de las plantas de tratamiento de purines, como pone de manifiesto la prueba pericial, de donde se deriva que la Orden IET/1045/2014 no ha creado una verdadera instalación tipo de las plantas de tratamiento de purines.

Pues bien, desde ahora queda anticipado que el planteamiento de la demandante debe ser acogido. Veamos.

SEXTO.- Cuando en otros procesos hemos examinado alegaciones en las que se denunciaba con carácter general la falta de justificación técnica de los parámetros establecidos en la Orden IET/1045/2014 -pueden citarse, entre otras, sentencias de esta Sala dictadas en los recursos 631/2014, 641/2014 y 783/2014-, hemos reseñado diversos fragmentos de la exposición de motivos de la Orden IET/1045/2014, de la memoria de impacto normativo de la citada Orden, así como del informe sobre la propuesta de la Orden emitido el 3 de abril de 2014 por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia, donde se ofrecen explicaciones sobre la utilización de valores promedio o estándar apegados a la realidad histórica de las instalaciones. Sin embargo, la prueba practicada en este proceso ha venido a acreditar que en el caso de las plantas de tratamiento de purines los parámetros fijados en la Orden IET/1045/2014 no se corresponden con las características de esa clase de instalaciones, ni con su realidad histórica.

La prueba pericial consistente en el informe emitido por D^a Claudia , Ingeniero Industrial, y D. Jorge , Economista, que han examinado los datos reales (cuentas anuales) de 26 de las 29 plantas de purines que han operado en España desde el año 1999, pone de manifiesto, dicho aquí de forma resumida, los siguientes puntos en los que se aprecia esa falta de correspondencia de los parámetros fijados en la Orden IET/1045/2014 con la situación real de las instalaciones:

· Coste de inversión: La inversión asignada por la Orden es sistemáticamente inferior a la real, pues los valores reales de inversión se sitúan entre un 6% y un 134% por encima de los fijados en la Orden (en caso de no considerar las plantas que consumen biogás, los valores de inversión se situación entre un 6% y un 92% por encima de los asignados).

· Costes de explotación: Hasta el año 2012 los valores asignados por la Orden son sistemáticamente inferiores a los costes de explotación reales de las plantas. Así, en 2012 los costes reales medios eran de 26?36 ?/MWh bruto (24?55 ?/MWh bruto si se eliminan de la muestra las plantas con biogás), magnitud sensiblemente inferior al parámetro establecido en la Orden, que oscila entre 19?05 y 20?69 ?/MWh). En 2013 los costes de explotación se incrementan sustancialmente, como consecuencia de la introducción de un impuesto sobre la



producción de energía eléctrica, hasta alcanzar los 34?41 ?/MWh bruto (32?08 ?/MWh bruto si se excluyen de la muestra las plantas con biogás) en tanto que los parámetros de la Orden se sitúan entre 32?30 y 35?98 ?/MWh bruto, con lo que pasan a estar en línea con los costes reales de las plantas.

· Ingresos por venta de electricidad y otros ingresos de explotación: Los parámetros de la Orden se encuentran, en términos generales, en línea con los valores reales de las plantas en lo que se refiere a ingresos por venta de electricidad, si bien no se ha tenido en cuenta en la comparación el año 2013 porque los ingresos reales de ese ejercicio (recogidos en las cuentas anuales) reflejan a posteriori el impacto del nuevo marco regulatorio definido en 2014. Donde se aprecia una sensible diferencia es en lo relativo a "otros ingresos de explotación", pues en este punto los ingresos reales de las plantas son sistemáticamente inferiores a los asignados en la Orden IET/1045/2014 y prácticamente se reducen a la venta del abono resultante del proceso de tratamiento del purín. Así, en 2012 los ingresos medios reales, sin considerar derechos de CO₂, son de 2?23 ?/MWh bruto (1?01 ?/MWh bruto si se excluyen de la muestra las plantas con biogás) mientras que los valores de la Orden se encuentran entre 35.35 y 37?68 ?/MWh bruto, al incluir, como partida más significativa, los ingresos por venta de calor útil.

· Autoconsumo (consumo por la propia planta de la energía eléctrica necesaria para hacer funcionar los sistemas, maquinaria y equipos auxiliares, y que, por tanto, no puede ser vendida): Los autoconsumos reales de las plantas de tratamiento de purines son sistemáticamente superiores a los asignados en la Orden IET/1045/2014. En concreto, la media de autoconsumo real en el periodo 2017-2013 es del 7?58% (7?60% si se eliminan de la muestra las plantas con biogás) mientras que el autoconsumo atribuido por la Orden es del 4?6%.

Como explicación de estas significativas discrepancias advertidas entre los valores reales de las plantas de tratamiento de purines y los establecidos en la Orden IET/1045/2014, el informe pericial señala que tales diferencias son debidas a que la Orden considera en realidad las inversiones, costes y autoconsumo de una planta de cogeneración, que en términos generales son sustancialmente menores a los de una planta de purines. Y si hay un apartado, como es el de los ingresos por venta de electricidad, en el que los parámetros de la Orden se corresponden en términos generales con los valores reales de las plantas ello es debido -señala el informe- a que en ese concreto punto la Orden atribuye a las plantas de tratamiento de purines unos ingresos por venta de electricidad distintos y superiores a los de las instalaciones de cogeneración, porque, en efecto, la tarifa por venta de electricidad establecida en las sucesivas normas reguladoras - Real Decreto 2818/1998, Real Decreto 436/2004 y Real Decreto 661/2007- para las plantas de purines era sistemáticamente más alta que la que esas mismas normas establecían para las instalaciones de cogeneración; lo que suponía, por lo demás, un reconocimiento implícito en aquellas regulaciones de la singularidad de las plantas de purines, ya que la tarifa se fijaba en atención a sus mayores costes de inversión y/o explotación y para garantizar una rentabilidad razonable sobre la inversión realizada.

SÉPTIMO.- Mención especial merecen las explicaciones del informe pericial sobre el valor asignado a "otros ingresos de explotación" y, en particular, a la estimación de ingresos por venta de calor útil. Tanto para las plantas de tratamiento de purines como para las instalaciones de cogeneración convencionales se computan dentro de esta partida unos ingresos por venta de calor útil (el que se genera mediante la combustión del gas natural), que en el caso de las plantas de purines se utiliza para la deshidratación y secado del purín; pero sucede que las plantas de purines no han recibido ningún ingreso por este concepto.

Esta ausencia de ingreso por venta de calor se explica en el informe pericial señalando que todas las plantas de tratamiento de purines -recuérdese, 26 de las 29 que ha operado en España desde 1999- se han construido en la modalidad "llave en mano", lo que significa que una empresa externa diseña las instalaciones, compra los equipos, lleva a cabo la construcción y montaje y pone en marcha la planta, incluyendo todos aquellos elementos necesarios para el correcto funcionamiento de la instalación, de manera que el propietario la recibe una vez que la planta ha superado un período de pruebas y una vez acreditado el cumplimiento de los valores de prestación garantizados, quedando normalmente la planta después en un período de garantía que suele ser de un año.

Este modo de ejecución "llave en mano" constituye una singularidad con respecto de las plantas de cogeneración que proveen de calor útil a procesos industriales asociados, pues en éstos lo habitual es que la industria hubiese comenzado a funcionar con anterioridad, abasteciéndose de calor con equipos convencionales (calderas), pasando sólo en un momento posterior a abastecerse de calor a través de una planta de cogeneración asociada (del mismo o de diferente propietario).

Las plantas de tratamiento de purines nacieron ya con una concepción unitaria de los procesos de generación de electricidad y de calor; apreciación que se corrobora por el hecho -accesorio, si se quiere, pero significativo- de que en aquellos contratos "llave en mano" la garantía para la devolución de la deuda venía dada por los



flujos de caja generados por el proyecto en su conjunto, estos es, tanto la actividad de generación eléctrica como cualquier otro posible flujo de caja.

La representación procesal de la Administración no niega que la Orden impugnada haya asignado a las plantas de purines valores y parámetros coincidentes con los de las instalaciones de cogeneración, pero considera que ello es ajustado a derecho. Lo explica la Abogacía del Estado señalando que las plantas de purines son también plantas de cogeneración; que para valorar los costes imputables a la producción de energía eléctrica es necesario cuantificar aquéllos que se destinan a un uso distinto, esto es, la producción de calor (artículos 14.7.b de la Ley 24/2013 y 24.2 del Real Decreto 413/2014); que la legislación de ningún modo ha impedido llegar a acuerdos retribuidos con los ganaderos para el tratamiento de los residuos; y, en fin, que la decisión de no cobrar a los ganaderos por el tratamiento del purín fue del propietario de la planta de tratamiento pero no viene determinada por una "imposibilidad" que, en cualquier caso, no ha sido explicada.

Sin embargo, las razones que ofrece la Abogacía del Estado no nos parecen asumibles. En primer lugar, el informe pericial destaca el hecho de la localización de las plantas, pues encontrándose todas ellas en el campo, aisladas de otros centros industriales y de servicios, difícilmente podrían haber vendido la energía térmica para otros usos.

Pero, sobre todo, la venta del calor útil resulta impedida por la propia normativa reguladora, pues, como ya vimos, las plantas de tratamiento de purines deben destinar la energía térmica al secado del purín, lo que excluye su destino para otros usos. Esa singularidad, vinculada al propio origen de estas instalaciones, que nacieron por una exigencia medioambiental (hecho al que ya nos hemos referido) que ha sido mantenida en las sucesivas regulaciones -Real Decreto 2818/1998, Real Decreto 436/2004 y Real Decreto 661/2007- y persiste en la actualidad, según hemos visto, en la disposición adicional segunda, apartado 8, del Real Decreto 413/2014, en la que el cumplimiento del requisito de eficiencia energética exige el tratamiento del purín como condición para el mantenimiento del régimen retributivo.

Lo anterior lleva a considerar que en lo que se refiere a las plantas de tratamiento de purines las actividades de generación de electricidad, generación de calor y tratamiento del purín, aun siendo conceptualmente diferenciables, han recibido desde el origen mismo de estas instalaciones un tratamiento jurídico y económico unitario, considerando en su régimen retributivo la totalidad de sus costes e inversiones como una realidad inescindible, lo que las diferencia y singulariza con respecto a las instalaciones convencionales de cogeneración.

OCTAVO.- Conclusión.

La Orden IET/1045/2014 ha ignorado las singularidades de las plantas de tratamientos de purines, que desde su origen han venido siendo consideradas como instalaciones de producción de energía eléctrica distintas a las de cogeneración y estrechamente vinculadas al compromiso medioambiental de tratamiento y reducción de residuos; consideración ésta que se mantiene en el Real Decreto 413/2014 (disposición adicional segunda, apartado 8), que continúa exigiendo el tratamiento del purín como condición para la percepción de la retribución específica.

El hecho de que todas las instalaciones de tratamiento de purines existentes en España hayan cesado en su actividad no es por sí mismo una prueba determinante; pero tiene un indudable valor indicativo de las disfunciones que han generado los parámetros establecidos en la la Orden IET/1045/2014.

En efecto, la prueba pericial practicada ha puesto de manifiesto que, al equiparar las plantas de tratamiento de purines con las instalaciones convencionales de cogeneración, la Orden IET/1045/2014 ha asignado a aquéllas unos valores y parámetros que no se ajustan a la realidad ni se corresponden con los estándares del sector, tanto en lo que se refiere a costes de inversión y de explotación como en lo relativo a otros ingresos de explotación (venta de calor útil) y ponderación del autoconsumo. Son aspectos todos ellos en los que la Orden impugnada debe ser considerada contraria a derecho, pues no se configura en ella una instalación tipo que posibilite la obtención de una rentabilidad razonable, contraviniendo el principio legal de suficiencia de la retribución para las plantas de tratamiento del purín (artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, según redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y artículo 14 de la Ley 24/2013, de 26 de noviembre, del Sector Eléctrico).

En consecuencia, acogiendo en lo sustancial las pretensiones i/ y ii/ del suplico de la demanda, debe declararse la nulidad de los Anexos II y VIII de la Orden IET/1045/2014 en la parte referida a las instalaciones de tratamiento y reducción del purín en cuanto a los valores y parámetros relativos a costes de inversión y de explotación, así como en la ponderación de otros ingresos de explotación y del autoconsumo.

Ahora bien, más allá de las razones que hemos expuesto para sustentar el pronunciamiento anulador que acabamos de enunciar, no procede que hagamos ninguna precisión adicional sobre el contenido que deba



darse a la regulación que sustituya a la que ahora se declara nula, pues si bien los datos recogidos en la prueba pericial practicada han venido a poner de manifiesto que los parámetros establecidos en la Orden impugnada no reflejan la realidad de las instalaciones de tratamiento de purines, no cabe atribuir al parecer de los peritos un grado tal de acierto y fijeza que permitiese afirmar que los valores que se recogen en su informe deban ser aceptados como los valores reales a tomar en consideración para la fijación de los parámetros. Por otra parte, un pronunciamiento de esta Sala que determinase el contenido de la nueva regulación vulneraría lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por ello nos limitaremos a señalar que la Administración deberá aprobar los nuevos parámetros en el plazo de cuatro meses.

Por último, la conclusión alcanzada respecto de las pretensiones i/ y ii/ del suplico de la demanda hace innecesario que examinemos los demás argumentos de impugnación aducidos por la parte actora; e improcedente que nos pronunciemos sobre la pretensión iii/ del suplico de la demanda, formulada con carácter subsidiario." (fundamentos de derecho cuarto a octavo)

De las consideraciones que se acaban de transcribir y dejando al margen las concretas referencias fácticas relativas a la empresa recurrente en aquél procedimiento, se colige fácilmente que hemos de estimar el presente recurso, pues las alegaciones principales del mismo son sustancialmente coincidentes con las apreciadas en la Sentencia de 20 de junio de 2016. En efecto, como hemos expuesto en el fundamento de derecho anterior, dichas alegaciones se basan precisamente en la errónea catalogación de las instalaciones de purines como instalaciones ordinarias de cogeneración y en la consiguiente inadecuación de los parámetros retributivos aplicables, razones que condujeron a la estimación del recurso en la Sentencia transcrita.

TERCERO .- Conclusión y costas.

De acuerdo con lo indicado en el anterior fundamento de derecho, procede estimar la pretensión principal formulada en el recurso y, en su virtud, anular las determinaciones de la Orden 1045/2014 relativas a la instalación tipo IT-01415 y ordenar a la Administración que en el plazo de cuatro meses apruebe la regulación sustitutiva que ahora se anula.

Si bien el recurso se dirige genéricamente contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014, tales impugnaciones genéricas se fundan en alegaciones y pretensiones subsidiarias, que resulta innecesario entrar a examinar y pronunciarse sobre ellas dada la estimación de la pretensión principal.

Por el contrario, la pretensión principal y los motivos que la fundamentan se restringen a los concretos extremos de las disposiciones impugnadas relativos a la instalación tipo de purines IT-01415, que hemos anulado de conformidad con lo solicitado por la parte, por lo que procede la plena estimación del recurso.

En razón de la controversia jurídica que suscitaban las cuestiones planteadas, no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1. Rechazar la inadmisibilidad que plantea la Administración demandada por falta de jurisdicción. 2. Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Sociedad de Tratamiento Hornillos, S.L. 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; y anular las determinaciones relativas a la IT-01415, ordenando a la Administración que en el plazo de cuatro meses apruebe la regulación sustitutiva que ahora se anula. 3. Reconocer el derecho de la sociedad actora a ser indemnizada con las cantidades que resulten de la aplicación de la normativa que se apruebe por la Administración en ejecución de la presente Sentencia. 4. No se imponen las costas procesales a ninguna de las partes. 5. Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta resolución en el Boletín Oficial del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción.

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.-Diego Cordoba Castroverde.-Firmado.-
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-