



Roj: **STS 4293/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4293**

Id Cendoj: **28079130032020100293**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **16/12/2020**

Nº de Recurso: **11/2019**

Nº de Resolución: **1754/2020**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1.754/2020**

Fecha de sentencia: 16/12/2020

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: **11/2019**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/12/2020

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

Procedencia: MINISTERIO INDUSTRI Y ENERGIA

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

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: **11/2019**

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1754/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech



D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Fernando Román García

En Madrid, a 16 de diciembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo número **11/2019**, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Germán Marina y Grimau, con la asistencia letrada de D. Gervasio Martínez-Villaseñor Fernández, en representación de Naturgy Renovables S.L., contra la Orden TEC/1174/2018, de 8 de noviembre, por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines aprobadas por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y se actualizan para el semiperiodo 2017-2019, y en el que han intervenido como parte demandada la Administración del Estado, que ha estado representada y defendida por la Abogacía del Estado y EDP España, SAU, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María Teresa Uceda Blasco, con la asistencia letrada de D<sup>a</sup>. Jorgelina Exposito Blanco.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- La representación procesal de Naturgy Renovables S.L. interpuso el 15 de enero de 2019 recurso contencioso administrativo contra la Orden TEC/1174/2018, de 8 de noviembre, por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines aprobadas por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y se actualizan para el semiperiodo 2017-2019, mediante escrito presentado el 15 de enero de 2019, y el Letrado de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 31 de enero de 2019, admitió a trámite el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.**- Recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que formulase demanda, lo que verificó por escrito presentado el 21 de noviembre de 2019, en el que alegó como motivos de impugnación que: 1) la orden impugnada fija indebidamente la retribución a la operación de las instalaciones de tratamiento de purines, con i) infracción del principio de proscripción de la arbitrariedad y ii) infracción de la metodología retributiva establecida en la Ley del Sector Eléctrico y en el Real Decreto 413/2014, y 2) invalidez parcial del anexo IV de la orden impugnada.

Finalizó la parte recurrente su escrito de interposición del recurso contencioso administrativo solicitando a la Sala que, con íntegra estimación de este recurso:

- Declare la nulidad de la Orden TEC/1174/2018 en lo que respecta a la determinación de la retribución a la operación de las instalaciones de tratamiento de purines; concretamente, el valor de la retribución a la operación que resulta del artículo 4 y de los Anexos II (apartado 5), III, IV y VI de la mentada Orden TEC/1174/2018.

En relación con esta pretensión declarativa, que se restablezca la situación jurídica individualizada de la recurrente, en concreto: (i) que se imponga a la Administración la obligación de aprobar una retribución a la operación de las instalaciones de tratamiento de purines conforme a derecho, y (ii) que se reconozca a la recurrente el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados de la Orden TEC/1174/2018, debiendo venir determinada la indemnización por la diferencia que existe entre la retribución específica fijada por la Orden impugnada y la que resulte de aplicar la retribución que de aprobar la Administración, incrementándose el importe de la indemnización con el interés legal del dinero.

- Declare la nulidad del siguiente inciso del anexo IV de la Orden Impugnada [relativo al "umbral de funcionamiento anual Uf 2018 y 2019 (h)"]: "para el año 2018 se considerarán las horas mínimas (Nh) y umbrales (Uf) indicadas, multiplicadas por el número de días desde la publicación en el BOE de la presente orden hasta el 31 de diciembre de 2018, y divididas entre 365. Para el año 2018 no serán de aplicación los porcentajes en los periodos de 3, 6 y 9 meses.

En relación con esta pretensión declarativa, declare el derecho de la recurrente a ser indemnizada por los perjuicios ocasionados por el mencionado inciso (perjuicios que se podrán consolidar en su patrimonio jurídico cuando la CNMC dicte la oportuna liquidación definitiva correspondiente al año 2018, lo que a fecha de hoy no ha acontecido).



**TERCERO.-** La Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación el 30 de diciembre de 2019, en el que se opuso a las alegaciones de la demanda y solicitó a la Sala que dicte sentencia desestimatoria del recurso que confirme la disposición recurrida, con costas.

Por diligencia de ordenación de 12 de febrero de 2020, se tuvo a la codemandada EDP España S.A.U. por precluida en el trámite de contestar a la demanda.

**CUARTO.-** Por auto de 11 de septiembre de 2020 se recibió el recurso a prueba y se admitió y declaró pertinente: i) la prueba documental propuesta por la parte recurrente, teniendo por aportados y reproducidos el expediente administrativo y los documentos que se acompañaron al escrito de demanda y ii) la prueba pericial propuesta por la parte recurrente, obrante como documento nº 1 de la demanda, consistente en el informe emitido por doña Verónica, señalándose el 23 de septiembre de 2020 para la ratificación de dicho informe, diligencia que se llevó a cabo en la fecha indicada.

**QUINTO.-** Se presentaron escritos de conclusiones por la parte recurrente, en fecha 14 de octubre de 2020 y por la Abogacía del Estado el 22 de octubre de 2020.

Por diligencia de ordenación de 4 de noviembre de 2020 se tuvo por precluido en el trámite de conclusiones a EDP España, SAU.

**SEXTO.-** Por providencia de 10 de noviembre de 2020, se acordó el señalamiento para votación y fallo el día 1 de diciembre de 2020, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.-La orden impugnada y sus antecedentes.**

Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Orden TEC/1174/2018, de 8 de noviembre, por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines aprobadas por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y se actualizan para el semiperíodo 2017-2019.

Para una mejor comprensión de las cuestiones debatidas en este recurso, es conveniente una referencia a los antecedentes de la orden impugnada.

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico estableció un nuevo marco jurídico y económico del indicado sector, en cuyo desarrollo se dictaron 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 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.

En el Anexo II de la citada Orden 1045/2014 se establecieron los parámetros retributivos de las instalaciones tipo, entre las que figuraban las instalaciones tipo de tratamiento de purines de porcino (códigos de IT-01412 a IT-01427) y para el cálculo de dichos parámetros retributivos se consideraron los datos incluidos en los anexos VII y VIII de la misma orden.

Esta Sala en la sentencia de 20 de junio de 2016, recaída en el recurso 485/2014, promovido por la Asociación de Empresas para el Desimpacto Ambiental del Purín (ADAP), seguida de otras muchas dictadas en recursos promovidos por empresas titulares de instalaciones de tratamiento de purines, de fechas 20 de junio de 2016 (recurso 428/2014), 7 de julio de 2016 (recurso 429/2014), 26 de julio de 2016 (recursos 504/2014 y 508/2014), 19 de septiembre de 2016 (recurso 505/2014), 14 de noviembre de 2016 (recursos 431/2014 y 509/2014), 16 de marzo de 2017 (recurso 430/2014) y 23 de marzo de 2017 (recurso 497/2014), entre otras, apreciaron la falta de correspondencia entre los parámetros fijados en la orden impugnada y la situación real de las instalaciones, por lo que anuló los Anexos II, VII 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, ordenando a la Administración la aprobación de la regulación sustitutiva de la que se declaró nula.

En cumplimiento de lo acordado en las indicadas sentencias de esta Sala, el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital aprobó la Orden ETU/555/2017, de 15 de junio, por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines aprobadas por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y se actualizan para el semiperíodo 2017- 2019.

Sin embargo, en incidentes de ejecución de las sentencias antes citadas, esta Sala ha dictado autos de fechas 8 de noviembre de 2017 (recurso 428/2014), 20 de noviembre de 2017 (recurso 508/2014), 29 de noviembre



de 2017 (recurso 485/2014), 20 de diciembre de 2017 (recurso 429/2014) y 12 de enero de 2018 (recurso 504/2014), entre otros, en los que apreció que la Orden ETU/555/2017 no ejecutaba en su integridad las sentencias de esta Sala y anuló dicha Orden en lo que se refería a los puntos siguientes:

- 1) El artículo 5, en cuanto reducía la vida útil regulatoria de las instalaciones a 15 años.
- 2) La disposición transitoria única, en cuanto persigue utilizar, en perjuicio de los titulares de las instalaciones, el régimen de aplazamiento de pagos previsto en beneficio de estos últimos en la disposición transitoria octava del Real Decreto 413/2014, y
- 3) El Anexo I, apartado 2, al establecer un número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo de las instalaciones diferente de cero y el Anexo III, cuando reconoce unas horas equivalentes de funcionamiento totalmente alejadas de la realidad de unas instalaciones que cesaron sus operaciones.

Con la finalidad de adecuar los parámetros de las instalaciones tipo correspondientes a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines a lo resuelto en los autos de este Tribunal, el Ministerio para la Transición Ecológica ha dictado la Orden TEC/1174/2018, impugnada en el presente recurso contencioso administrativo.

A la vista del contenido de la Orden TEC/1174/2018, la Sala acordó en los incidentes de ejecución seguidos en relación con las sentencias de 20 de junio de 2016 (recurso 485/2014) y demás que antes se han citado, tener por ejecutadas las indicadas sentencias, por autos de 8 de enero de 2019 (recurso 428/2014), 22 de febrero de 2019 (recursos 505/2014 y 509/2014), 14 de marzo de 2019 (recurso 429/2014), 16 de mayo de 2019 (recurso 485/2014) y otros, sin perjuicio de reconocer a las partes el derecho a impugnar directamente la nueva orden, habilitando para ello un plazo de dos meses a partir de la notificación de los referidos autos, para el caso de que no hubiesen sido interpuesto ya dichos recursos.

#### **SEGUNDO.-Los motivos de impugnación invocados por la parte recurrente.**

La demanda articula dos motivos de impugnación de la orden recurrida: i) la orden impugnada fija indebidamente la retribución a la operación de las instalaciones de tratamiento de purines y ii) infracción de las normas que regulan la metodología retributiva establecida en la Ley 24/2013 y el Real Decreto 413/2014.

1) En el primer motivo de impugnación la parte actora expone que la controversia que somete a la Sala se refiere a la metodología empleada por la orden impugnada para determinar la retribución a la operación de las instalaciones de purines, estimando que dicha orden fija indebidamente los valores de los costes de derechos de emisión porque, en lugar de emplear los datos conocidos (reales o disponibles) en el momento de su aprobación, determina dichos valores empleando las estimaciones para el período 2013 a 2020, realizadas en el año 2014 por la Orden IET/1045/2014, y porque fija los precios del gas natural empleando los datos conocidos (reales o disponibles) solamente hasta el primer semestre de 2017, ignorando los datos conocidos al momento de aprobarse (hasta el primer semestre de 2018).

La parte recurrente considera que la orden impugnada vulnera tanto el principio de proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como la metodología retributiva establecida en el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico de 1997, en el artículo 14.7 de la Ley del Sector Eléctrico de 2013 y en los artículos 11 y siguientes del Real Decreto 413/2014.

1.1) Sostiene la parte recurrente que la orden impugnada incurre en una clara arbitrariedad porque la retribución a la operación ha sido fijada empleando estimaciones pasadas, sin tener en consideración los gastos conocidos (reales o disponibles) existentes, como resulta de la prueba pericial acompañada a la demanda.

1.2) La orden impugnada infringe la metodología retributiva establecida en la Ley del Sector Eléctrico y en el Real Decreto 413/2014, que exige que los valores determinantes de la retribución sean fijados de acuerdo con los mejores datos disponibles existentes en cada momento, que naturalmente serán los históricos cuando se refieran a realidades pasadas y estimativos cuando tengan por objeto realidades económicas futuras, y la infracción de la metodología se produce porque la orden impugnada impide la íntegra recuperación de los costes de explotación de las instalaciones de tratamiento de purines, que es uno de los criterios, junto con el de obtención de una rentabilidad razonable, establecidos por los artículos 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico de 1997, 14.7 de la Ley del Sector Eléctrico de 2013 y 11.2 del Real Decreto 413/2014.

2) En el segundo motivo de impugnación la parte actora alega la invalidez parcial del anexo IV de la orden impugnada, [relativo "*al umbral de funcionamiento anual Uf 2018 y 2019 (h)*"]: "*para el año 2018 se considerará las horas mínimas (Nh) y umbrales (Uf) indicadas, multiplicadas por el número de días desde la publicación en el BOE de la presente orden hasta el 31 de diciembre de 2018, y divididas entre 35. Para el año 2018 no serán de aplicación los porcentajes en los períodos de 3, 6 y 9 meses*". La parte considera contraria a derecho la devolución de la totalidad de la inversión del ejercicio 2018 por aquellas instalaciones que no hayan cumplido las horas de funcionamiento correspondientes a los 47 días que transcurrieron entre la entrada en vigor de la



orden impugnada y el final del año 2018, sin limitarse a la devolución a la retribución correspondiente a esos 47 días, porque se trata de igual forma dos subperíodos con parámetros diferentes, con infracción del artículo 21.6 del RD 413/2014, pues desde el 1 de enero al 14 de noviembre de 2018 las horas mínimas exigidas son cero y desde el 15 de noviembre de 2018 al final de ese año, las horas mínimas exigidas son 533.

### **TERCERO.-Sobre la metodología seguida por la Orden impugnada en la fijación del coste de los derechos de emisión de CO2.**

La parte recurrente plantea en el primer apartado del primer motivo de impugnación su desacuerdo con la orden impugnada, por considerar que fija indebidamente los valores de los costes de derechos de emisión de CO2.

Esta Sala ha tratado de algunas de las cuestiones que plantea la parte recurrente, en relación con la infracción por la Orden TEC/1174/2018 de la metodología retributiva establecida en las leyes del sector eléctrico de 1997 y 2013 y en el Real Decreto 413/2014, en sus sentencias de 6 de julio de 2020 (recurso 297/2019) y 8 de julio de 2020 (recurso 12/2019), cuyos criterios seguiremos en lo que resulte de aplicación, por razones de unidad de doctrina y seguridad jurídica.

De conformidad con los razonamientos que se expondrán, la Sala considera que la orden impugnada no incurre en arbitrariedad, porque la retribución que fija en relación con los costes de los derechos de emisión de CO2 no son fruto del capricho o de criterios ocultos o desconocidos, sino que son el resultado de la aplicación de criterios metodológicos objetivos, plasmados en las normas reguladoras de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos que ahora indicaremos.

#### **3.1.) El nuevo régimen retributivo específico establecido por el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013.**

Los artículos 1.2 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 y 14 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE), establecieron un nuevo marco jurídico y económico para las instalaciones de generación de energía renovable, cogeneración y residuos, al tiempo que encomendaron al Gobierno y al Ministro de Industria, Energía y Turismo su desarrollo reglamentario.

Este nuevo marco jurídico y económico, regulado en el RD-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013, se ha desarrollado en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y en la Orden 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.

Entre las novedades introducidas por la LSE se encuentra el establecimiento de un régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, que se configuró en el artículo 14.7 de la LSE como un régimen retributivo adicional a la retribución por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción, y está compuesto por: i) un término por unidad de potencia instalada que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, y ii) un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo.

En este recurso trataremos únicamente de esta segunda retribución, la retribución de la operación (Ro).

#### **3.2) La fórmula de cálculo de la retribución a la operación (Ro).**

El artículo 17.1 del Real Decreto 413/2014, en línea con la definición de la retribución a la operación contenida en el artículo 14.7 de la LSE a que acabamos de hacer referencia, determina la forma de cálculo de la retribución a la operación:

"La retribución a la operación por unidad de energía de la instalación tipo se calculará de forma que adicionada a la estimación de los ingresos de explotación por unidad de energía generada iguale a los costes estimados de explotación por unidad de energía generada de dicha instalación tipo, todo ello en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada."

Por tanto, la retribución a la operación regulada en los artículos 14.7 de la LSE y 17.1 del RD 431/2014, pretende lograr una situación de equilibrio entre los ingresos procedentes del mercado de electricidad y otros ingresos estimados, todos ellos para una instalación tipo y los costes de explotación estimados para dicha instalación tipo, de tal forma que sumada esa retribución (Ro) a los ingresos estimados de la instalación tipo, se cubran o igualen los costes de explotación igualmente estimados para la misma instalación tipo.

#### **3.3) Los costes de explotación considerados en el cálculo de la retribución a la operación.**



El preámbulo de la Orden 1045/2014 contiene una relación de los costes asociados a la generación eléctrica para cada tecnología, necesarios para realizar la actividad de forma eficiente y bien gestionada, que se han tenido en cuenta para calcular los costes de explotación de las distintas instalaciones tipo.

Entre esos costes figuran, de manera enunciativa y no limitativa, costes fijos de explotación, como el coste del alquiler de los terrenos, los gastos asociados a la seguridad de las instalaciones y el impuesto sobre bienes inmuebles de características especiales (BICES) y costes variables de explotación, como los costes de seguros, gastos de administración y otros gastos generales, gastos de representación en el mercado, coste del peaje de acceso a las redes de transporte y distribución que deben satisfacer los productores de energía eléctrica, la operación y el mantenimiento (tanto preventivo como correctivo), impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica que establece la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética así como el resto de tributos regulados en dicha ley. En su caso, se han considerado también los consumos auxiliares (agua, gas, etc.) y los costes de combustible asociados a la operación de la instalación tipo.

El listado del Preámbulo de la Orden 1045/2014 de costes que se han considerado para calcular los costes de explotación de una instalación tipo incluye también, en el caso de las instalaciones de cogeneración y tratamiento de residuos, *"el coste de los derechos de emisión de CO2 no obtenidos por asignación gratuita"*, a que se refiere este recurso.

### **3.4) Los criterios legales para la revisión de los parámetros retributivos de las instalaciones.**

Las bases del nuevo régimen retributivo específico de las instalaciones de generación de energía renovable, cogeneración y residuos, establecidas en el artículo 14 de la LSE, también concretan los criterios y la forma de revisión de los parámetros retributivos de dichas instalaciones.

De acuerdo con el artículo 14.4 de la LSE, los parámetros de retribución de la actividad de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos con régimen retributivo específico adicional se fijarán *"teniendo en cuenta la situación cíclica de la economía, de la demanda eléctrica y la rentabilidad adecuada para estas actividades por períodos regulatorios que tendrán una vigencia de 6 años"*.

A los efectos que interesan a este recurso, la disposición adicional décima, apartados 1 y 2, de la LSE señala que para las actividades de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos con régimen retributivo específico, el primer periodo regulatorio se inició en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 (el 14 de julio de 2013) y finalizó el 31 de diciembre de 2019.

El régimen de modificación de los parámetros retributivos de las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos se sujeta, en el artículo 14.4 de la LSE, a los siguientes criterios.

1) En la revisión que corresponda a cada periodo regulatorio de 6 años, se podrán modificar todos los parámetros retributivos, incluido el valor sobre el que girará la rentabilidad razonable en lo que reste de vida regulatoria de las instalaciones tipo, que se fijará legalmente. Los únicos parámetros que no podrán revisarse son los de la vida útil regulatoria y el valor estándar de la inversión inicial de las instalaciones.

2) Cada 3 años se revisarán para el resto del periodo regulatorio las estimaciones de ingresos por la venta de energía generada, valorada al precio del mercado de producción, en función de la evolución de los precios del mercado y las previsiones de las horas de funcionamiento, y además, se ajustarán los parámetros retributivos en función de las desviaciones del precio del mercado respecto de las estimaciones realizadas para el periodo de tres años anterior.

3) El artículo 14.4 de la LSE también contempla la siguiente actualización, en cuya interpretación discrepan las partes en este recurso:

*"Al menos anualmente se actualizarán los valores de retribución a la operación para aquellas tecnologías cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible."*

El artículo 20 de RD 413/2014 emplea similares términos para referirse a la misma actualización:

*"Al menos anualmente se revisará, de acuerdo con la metodología que reglamentariamente se establezca, la retribución a la operación para aquellas instalaciones tipo a las que resulte de aplicación y cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible."*

### **3.5) La metodología para la actualización de la retribución a la operación.**

En desarrollo de los artículos 14.4 de la LSE y 20 del RD 413/2014, se dictó la Orden IET/1345/2015, de 2 de julio, por la que se establece la metodología de actualización de la retribución a la operación de las



instalaciones con régimen retributivo específico, cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible.

La metodología de actualización de la retribución a la operación de la Orden IET/1345/2015 se basa, como explica su Preámbulo, en la evolución de los precios de los combustibles, y en el caso de las tecnologías que utilizan mayoritariamente gas natural, también se considera la variación de los peajes de acceso a la red gasista.

La concreta metodología de actualización se detalla en el Capítulo II de la Orden IET/1345/2015, en sus artículos 3 a 6, que contemplan una actualización al alza o a la baja de los valores de la retribución a la operación, que se aprobará con periodicidad semestral por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, con aplicación desde el 1 de enero o el 1 de julio, según se trate de la actualización del primer o segundo semestre del año.

Las fórmulas de actualización se desarrollan en los artículos 4 a 6 de la orden citada, en relación con las siguientes instalaciones tipo:

1º) Las instalaciones tipo que utilicen como combustible principal gas natural (artículo 4 de la orden), cuya actualización semestral de la Ro se calculará *"considerando la variación de la estimación del coste de la materia prima y de los peajes de acceso respecto al semestre anterior y del valor de la retribución a la operación del semestre anterior"*, de acuerdo con la fórmula y criterios de los apartados 2 y 3 del indicado artículo 4 de la orden.

2º) Las instalaciones tipo que utilicen como combustible principal hidrocarburos líquidos distintos del gas natural (artículo 5 de la orden), cuya actualización semestral de la Ro se calculará *"considerando la variación de la estimación del coste de la materia prima respecto al semestre anterior y del valor de la retribución a la operación del semestre anterior"*, de acuerdo con la fórmula y criterios de los apartados 2 y 3 del indicado artículo 5 de la orden.

3º) Las instalaciones tipo que utilicen como combustible biomasa (artículo 6 de la orden), cuya actualización semestral de la Ro se calculará *"considerando la variación de la estimación del coste de la materia prima respecto al semestre anterior y el valor de la retribución a la operación del semestre anterior"*, de acuerdo con la fórmula y criterios de los apartados 2 y 3 del indicado artículo 6 de la orden.

Se aprecia entonces con facilidad que la Orden IET/1345/2015, al establecer la metodología de actualización de la retribución a la operación de las instalaciones con régimen retributivo específico, cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible, conforme al mandato efectuado por el artículo 20 del RD 413/2014, no contempla la revisión de costes de explotación distintos a los combustibles a que se ha hecho referencia (gas natural, hidrocarburos líquidos distintos del gas natural y biomasa) y a los peajes de acceso, y en particular, en lo que interesa a este recurso, no incluye la revisión del coste de los derechos de emisión entre los costes de explotación que deben actualizarse semestralmente.

### **3.6) Sobre la adecuación de la orden impugnada a la metodología de las actualizaciones de la retribución a la operación, en cuanto a los derechos de emisión de CO2.**

De acuerdo con lo que se lleva dicho, las revisiones de los valores de retribución a la operación se fijan en base a estimaciones, tanto de los ingresos de explotación como de los gastos de explotación, lo que es lógico, pues se trata de fijar dichos valores ex ante, para un período posterior todavía no transcurrido, del que se desconocen por tanto los precios reales y ciertos de los ingresos y gastos. Así ocurre, por vía de ejemplo, con la Orden TED/171/2020, de 24 de febrero, que establece o, más precisamente, actualiza 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, a efectos de su aplicación al período regulatorio que tuvo su inicio el 1 de enero de 2020.

Es claro que en la fecha de elaboración de la orden de parámetros de 2020 que acabamos de citar se desconocían los datos reales de ingresos y costes que van a experimentar las instalaciones tipo durante el nuevo período regulatorio, que se inicia en 2020 y tendrá una duración de 6 años, por lo que dichos datos se basan en estimaciones, sin perjuicio de las revisiones previstas reglamentariamente a que antes hemos hecho referencia, cada 6 meses de los costes de combustible y peajes de acceso y cada tres meses de los ingresos de explotación.

Sin embargo, en el presente caso está presente la circunstancia singular de haberse dictado la orden impugnada de fijación de los parámetros retributivos de las instalaciones de tratamiento de purines, no ex ante, sino con posterioridad a parte del período regulatorio, pues la fecha de aprobación de la orden recurrida es de 8 de noviembre de 2018 y los parámetros que establece para las instalaciones de tratamiento de purines



comprenden la totalidad del primer período regulatorio, que se inició el 14 de julio de 2013 y finalizó el 31 de diciembre de 2019, lo que fue debido a que, como hemos relatado al inicio de la fundamentación jurídica de esta sentencia, la orden recurrida fue aprobada en la fecha indicada en ejecución de sentencia, atendiendo lo ordenado por esta Sala en las sentencias también antes reseñadas que anularon la Orden IET/1045/2014, en la parte referida a determinados valores y parámetros de las instalaciones de tratamiento y reducción del purín.

Tal circunstancia posibilitó que la Administración, en el momento de elaborar la orden recurrida, conociera los datos reales de ingresos y costes de las instalaciones de la parte del período regulatorio hasta entonces transcurrido, y tales datos fueron los considerados en la determinación de los valores iniciales del período regulatorio.

Así resulta de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (MAIN) que en el apartado A.3, bajo la rúbrica de "*Principales hipótesis y datos de partida para la aplicación del Anexo XIII*", subapartado "*Costes de explotación*" (página 14), señala que los costes de explotación, entre los que incluye los derechos de emisión, han sido obtenidos de las cuentas anuales de las plantas de tratamiento de purín.

"Los costes de explotación diferentes al combustible han sido obtenidos de las cuentas anuales de las plantas de tratamiento de purín de las tecnologías más significativas, por lo que tienen en cuenta los gastos asociados a la operación y mantenimiento, overhaul de equipos principales, pago de seguros cánones y agente representante, peajes de acceso a la red desde 2011, los derivados de la compra de los derechos de emisión y el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (7ª del valor de la producción). Estos costes de explotación se refieren tanto a los equipos de producción de electricidad y calor como a los de tratamiento de purín. Para ejercicios anuales a partir del año 2013 se ha considerado un incremento anual del 1% de estas partidas de costes."

Buena prueba de que en el inicio del período regulatorio se fijaron los costes de derechos de emisión en coincidencia con los costes reales se encuentra en la propia demanda de la parte recurrente que, apoyada en el dictamen pericial, no denuncia ningún desajuste entre los costes de derechos de emisión fijados y el precio real en ese momento de inicio del período regulatorio, sino que su denuncia se centra en la evolución de los costes determinados en la orden recurrida a partir de julio de 2017, es decir, a partir del cuarto año después de inicio del período regulatorio, en el que ciertamente aumenta de manera notable el precio de los derechos de emisión, como evidencia el gráfico aportado en la prueba pericial e incorporado en la demanda, incremento que esta Sala tiene por acreditado, sin que fuera recogido dicho incremento por la orden impugnada.

La cuestión decisiva en este recurso es que una vez fijado el coste de los derechos de emisión de CO2 en el inicio del período regulatorio, en una cantidad respecto de la que la parte recurrente no tiene queja alguna, con un incremento anual del 1% para ese coste durante el resto del período regulatorio al igual que el resto de las partidas de costes, como señala la MAIN, la metodología establecida para la actualización de la retribución a la operación, a que antes hemos hecho referencia, no permite ya ninguna actualización para dicho coste hasta el inicio de un nuevo período regulatorio.

Así resulta de los artículos 14.4 de la LSE y 20.1 del RD 413/2014, que establecen que al finalizar cada período regulatorio se podrán modificar todos los valores de los parámetros retributivos, salvo la vida útil regulatoria y el valor estándar de la inversión inicial de la instalación tipo, que no podrán revisarse.

El régimen de actualización de la retribución a la operación, establecido en los artículos 14.4 de la LSE y 20 del RD 413/2014 admite como también hemos visto dos excepciones a esa regla general de la modificación al iniciarse cada período regulatorio. Una excepción es la revisión al finalizar cada semiperíodo regulatorio, esto es, cada tres años, de las estimaciones de ingresos estándar de las instalaciones tipo por la venta de energía valorada al precio de mercado y la segunda excepción es la revisión semestral del coste del combustible para aquellas instalaciones cuyos costes de explotación dependan esencialmente de dicho precio, cuya metodología desarrolla la Orden IET/1345/2015.

Como vemos, la revisión o actualización de los costes de los derechos de emisión de CO2 no está incluida en ninguna de las dos excepciones a que acabamos de referirnos de revisión trianual y semestral, por lo que deberá ser de aplicación entonces la regla general de revisión al finalizar cada período regulatorio.

Por tanto, el coste de los derechos de emisión se determinó, en el inicio del período regulatorio, de acuerdo con los precios reales, que es la forma que propugna la parte recurrente, y con posterioridad a dicha fijación no se modificó o revisó dicho precio para ajustarlo al alza de los precios de derechos de emisión que se produjo a partir de julio de 2017, porque la metodología de actualización de la retribución a la operación no contempla ninguna revisión de dicho coste inicial distinta a la revisión general de todos los parámetros retributivos al finalizar cada período regulatorio de seis años.





La precisa aplicación del citado régimen jurídico de actualización de la retribución a la operación explica que la orden impugnada no revisara el coste de los derechos de emisión y, sin embargo, procediera a la actualización del precio del combustible, lo que no es un ejemplo de incoherencia regulatoria como afirma la parte recurrente, pues a diferencia de lo que ocurre con los derechos de emisión del CO<sub>2</sub>, las revisiones o actualizaciones semestrales del combustible si vienen impuestas por las normas de la LSE, RD 413/2014 y Orden IET/1345/2015 a que hemos hecho referencia en esta sentencia.

Se desestiman, por tanto, las alegaciones relativas a la arbitrariedad de la orden impugnada en la fijación de los los costes de derechos de emisión de CO<sub>2</sub>.

#### **CUARTO.- Sobre la metodología seguida por la Orden impugnada en la fijación del precio del gas natural del segundo semestre de 2017 y primer semestre de 2018.**

La parte recurrente critica la determinación de los precios del gas natural, porque la orden impugnada fijó dichos valores empleando los datos conocidos (reales o disponibles), pero solo hasta el primer semestre de 2017. La parte recurrente está conforme con esa utilización de valores conocidos hasta ese primer semestre de 2017, y su disconformidad se centra en la utilización de valores estimados en el segundo semestre de 2017 y primer semestre de 2018, por considerar que se podían también haber utilizado los datos conocidos hasta la aprobación de la orden impugnada en noviembre de 2018. Para la parte recurrente la arbitrariedad de la orden en este punto es evidente.

Es cierto que, como alega la parte recurrente, las actualizaciones o revisiones semestrales de la retribución a la operación para el segundo semestre de 2015, los dos semestres de 2016 y el primer semestre de 2017, se calcularon en base a los precios del gas natural comunicados por los comercializadores de acuerdo con la Circular 5/2008, de 22 de diciembre, de la Comisión Nacional de la Energía, de información para el mercado minorista español de gas natural, mientras que en la actualización de la retribución a la operación para el segundo semestre de 2017 y primer semestre de 2018, se ha aplicado la metodología basada en estimaciones de la Orden IET/1345/2015, de 2 de julio, por la que se establece la metodología de actualización de la retribución a la operación de las instalaciones con régimen retributivo específico.

Debe reseñarse que en ambos casos se utiliza la misma formulación, con la particularidad en el segundo semestre de 2015, los dos semestres de 2016 y el primer semestre de 2017, de la sustitución de las estimaciones empleadas con carácter general en la metodología de actualización de la Orden 1345/2015 por los precios históricos conocidos.

Sin embargo, el cambio de valores de gas natural conocidos por estimados en el segundo semestre de 2017 y primer semestre de 2018, no puede considerarse arbitrario o basado en el capricho, sino que obedece a las razones que justifica el Ministerio demandado en la MAIN de la orden impugnada.

En su informe sobre la propuesta de orden emitido por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 28 de junio de 2018 (documento 6 del expediente administrativo, apartado 3.2), se criticó la propuesta de orden remitida, porque utilizaba en un mismo semestre, aquel que marca la transición del último período ya pasado al primero de los futuros (el segundo semestre de 2017), simultáneamente el precio real y el estimado, y como el precio real aplicado en el primer semestre de 2017 resultó ser inferior al precio estimado, y la corrección subsiguiente habría de calcularse respecto al precio estimado, la CNMC advirtió en el indicado informe que el ajuste por el descenso experimentado en el coste del combustible entre el primer y el segundo semestre de 2017 sería repercutido dos veces en lugar de una.

En su informe la CNMC reconoció la dificultad de aplicar a un tiempo pasado una metodología diseñada para realizar estimaciones a futuro, a que ya se ha hecho referencia en esta sentencia, debida dicha dificultad a la fecha de aprobación (noviembre de 2018) de una orden destinada a establecer los parámetros retributivos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio hasta el 31 de diciembre de 2019, como consecuencia de la anulación de las órdenes anteriores.

"Ciertamente es delicado aplicar a un lapso de tiempo que arranca tres años atrás (desde el segundo semestre de 2015) una metodología compleja diseñada para estimar la variación a futuro de la retribución a la operación de un semestre a partir de la evolución esperada de cotizaciones internacionales observadas durante el semestre precedente. Se utiliza esta herramienta para una situación distinta a aquella para la que fue concebida."

Propuso la CNMC para resolver esta cuestión la utilización de un único precio de referencia para el gas natural consumido por las instalaciones de purines en el segundo semestre de 2017, con dos opciones:



1) O bien se reemplaza en la fórmula del segundo semestre de 2017 el coste real por la estimación utilizada en su momento para todas las demás instalaciones a las que se aplica esta metodología (más el correspondiente peaje).

2) O bien en la fórmula del primer semestre de 2018 se reemplaza la antedicha estimación (más su peaje) por el precio real de suministro.

En la duda, la CNMC consideró aconsejable optar por la alternativa menos desfavorable para las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la propuesta.

El Ministerio demandado efectuó la siguiente valoración en la MAIN, en relación con la propuesta de la CNMC que aceptó (página 25):

"Valoración

*De las dos Alternativas propuestas por la CNMC se ha utilizado en la presente orden la Alternativa 1. De este modo para el segundo semestre de 2017 se ha reemplazado en la fórmula de actualización el coste real del gas del segundo semestre de 2017 por la estimación que se utilizó en su momento para las demás instalaciones a las que aplica esta metodología más el correspondiente peaje. Lo anterior supone que la fórmula de actualización de la retribución a la operación para el primer semestre de 2018 considera un incremento del precio del combustible que parte del valor considerado por la actualización del semestre anterior.*

La adopción de la Alternativa 1 es, siguiendo también la recomendación de la CNMC, la más favorable para las instalaciones de purín de porcino, ya que conduce a estimar un precio de combustible para el segundo semestre superior al que resultaría de considerar la Alternativa 2".

La parte recurrente no impugna en su escrito de demanda la anterior motivación de la MAIN sobre la fórmula utilizada en el cálculo del precio del gas natural en el segundo semestre de 2017 y primer semestre de 2018, y tampoco propuso prueba alguna para acreditar la equivocación de los planteamientos de la CNMC aceptados por la orden impugnada, pues el informe pericial acompañado a la demanda trata únicamente de la valoración por la orden impugnada de los derechos de emisión de CO<sub>2</sub>

En consecuencia con lo expuesto, no podemos considerar arbitraria la utilización por la orden recurrida de valores estimados del precio del gas natural en las actualizaciones de la retribución a la operación del segundo semestre de 2017 y primer semestre de 2018, porque responde a las razones justificadas en la MAIN, es conforme con la metodología de la actualización establecida en la Orden 1345/2015 y la parte recurrente ni siquiera ha articulado prueba para acreditar que la metodología empleada en los dos citados semestres le hubiera ocasionado perjuicios.

#### **QUINTO.- Sobre la impugnación del anexo IV de la Orden TEC/1174/2018.**

1.- La parte recurrente alega la invalidez parcial del apartado 1º anexo IV de la orden recurrida, en lo relativo a la determinación del número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo anual (Nh) de 2018 y del umbral de funcionamiento anual (Uf) de 2018.

En dicha determinación, el apartado 1º del Anexo IV de la orden recurrida establece igual número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo anual (4.140 horas) e igual umbral de funcionamiento anual (1.260 horas), para 2018 y 2019, si bien para 2018 establece la siguiente particularidad (\*\*):

"(\*\*) Para el año 2018 se considerarán las horas mínimas (Nh) y umbrales (Uf) indicadas, multiplicadas por el número de días desde la publicación en BOE de la presente orden hasta el día 31 de diciembre de 2018, y divididas entre 365. Para el año 2018 no serán de aplicación los porcentajes en los periodos de 3, 6 y 9 meses."

Alega la parte recurrente que la indicada determinación es contraria a derecho porque exige la devolución de la totalidad de la retribución a la inversión del ejercicio 2018 a aquellas instalaciones que no hayan cumplido con el umbral de horas de funcionamiento correspondientes a los 47 días que discurrieron entre la publicación de la orden en el BOE y el final del año 2018, y sostiene que el umbral de funcionamiento debía aplicarse exclusivamente a la retribución a la inversión correspondiente a dichos 47 días, de conformidad con el artículo 21.6 del RD 413/2014.

Añade la parte recurrente que los autos dictados por esta Sala en ejecución de sentencia frente a la Orden ETU/555/2017 avalan esta conclusión, porque anularon dicha orden en el apartado relativo a la determinación de los umbrales de funcionamiento porque, al no poder cumplirse por las instalaciones, impedían la obtención de la retribución a la operación, en una situación igual a la que nos encontramos ahora, con la fijación ex post facto de unos umbrales de funcionamiento que determinan la imposibilidad de obtener la retribución a la inversión en el período de referencia.



2.- Así como las dos primeras alegaciones formuladas por la parte recurrente en su escrito de demanda, de las que ya nos hemos ocupado en esta sentencia, sobre los valores aplicados por la orden recurrida por derechos de emisión de CO2 y precio del gas natural, no fueron objeto de pronunciamiento de la Sala en los incidentes de ejecución de las sentencias que anularon la Orden 1045/2014 en la parte referida a las instalaciones de tratamiento y reducción del purín, esta particular alegación sobre la determinación del número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo anual y umbral de funcionamiento si fue abordada en las resoluciones de la Sala dictadas en dicha ejecución de sentencia, si bien en relación con años distintos a 2018, que es el período al que se limita la disconformidad de la parte recurrente.

En el FD 1º de esta sentencia se ha dicho que en la ejecución de sentencia a que acabamos de hacer referencia se impugnó la Orden ETU/555/2017, de 15 de junio, por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines aprobadas por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y se actualizan para el semiperiodo 2017- 2019, y la Sala, por autos de 8 de noviembre de 2017 (recurso 428/2014) y otros, anuló dicha orden en lo que se refería a los puntos siguientes: i) la reducción de la vida útil regulatoria de las instalaciones a 15 años, ii) el régimen de aplazamiento de pagos y iii) el establecimiento de un número de horas equivalentes mínimo de las instalaciones diferentes a cero.

La anulación del número de horas equivalentes mínimo se ciñó a los años 2014 a 2016 y obedeció, según razonó la Sala en los autos en los que así se acordó, a que convertía en imposible las indemnizaciones reconocidas a las instalaciones de tratamiento y reducción del purín en las sentencias que anularon parcialmente la Orden IET/1045/2014, porque fijaba un número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo anual en los indicados años 2014 a 2016 que no pudieron cumplirse en ningún caso, dado el cese de la actividad de la generalidad de estas instalaciones.

Los autos de la Sala dictados también en ejecución de la sentencia de anulación de la Orden IET/1045/2014, en la parte relativa a las instalaciones de tratamiento y reducción del purín, esta vez en relación con la Orden TEC/1174/2018 -aquí impugnada- que fue dictada en sustitución de la anulada Orden ETU/555/2017, apreciaron que la Orden TEC/1174/2018 dio cumplimiento a lo acordado por la Sala en relación con el número de horas equivalentes mínimo de los años 2014 a 2016.

En efecto, el Anexo I, apartado 2, de la Orden TEC/1174/2018, impugnada en este recurso, de acuerdo con las sentencias y autos de esta Sala a que se ha hecho referencia, no estableció valores para las horas equivalentes de funcionamiento mínimo anual ni para el umbral de funcionamiento anual de los años 2014 a 2016, ni tampoco el Anexo IV, apartado 1 estableció esos valores para el año 2017, limitándose la orden impugnada a fijar las horas equivalentes de funcionamiento mínimo anual y el umbral de funcionamiento anual para los ejercicios 2018 y 2019, como antes se ha indicado.

Cabe anticipar ahora que la circunstancia de cese de la actividad de la generalidad de estas instalaciones de tratamiento y reducción del purín, que justificó la anulación por la Sala de los valores de horas equivalentes de funcionamiento mínimo anual y umbral de funcionamiento anual en los años 2014 a 2016, no concurrían en el año 2018, como más adelante se verá.

3.- La parte recurrente alega que la determinación del número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo anual (Nh) y el umbral de funcionamiento anual (Uf), correspondientes a 2018, establecido en el apartado 1 del Anexo IV de la orden impugnada, infringe el artículo 21. 6 del RD 413/2014, que establece lo siguiente:

*6. En el caso de que durante el periodo analizado se produzcan modificaciones en los parámetros retributivos o en los datos de la instalación que afecten a la metodología de cálculo, se procederá a aplicarla de forma independiente en cada uno de los subperiodos en los que se debería dividir el periodo analizado, de forma que dichos valores se mantengan constantes en el subperiodo. Cada subperiodo comprenderá uno o varios meses naturales completos.*

La Sala no aprecia la infracción del citado precepto que alega la parte recurrente, porque lo cierto es que la orden recurrida no establece ninguna modificación de parámetros retributivos en el ejercicio 2018, lo que se produciría si estableciera un umbral distinto en dos subperiodos de ese año, sino que fija un número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo "anual" y un umbral de funcionamiento "anual" para todo el año 2018, cifras que son exigibles en cómputo anual, sin ninguna desigualdad o distinción dentro de dicho año.

4.- Como antes se ha dicho, la orden impugnada no establece valores para el número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo anual, ni para el umbral de funcionamiento anual para los años 2014 a 2016, de acuerdo con lo dispuesto en las resoluciones de esta Sala antes citadas, y adicionalmente, aunque nada se dispuso al respecto por las resoluciones de esta Sala, la orden recurrida tampoco estableció horas equivalentes de funcionamiento mínimas y umbral de funcionamiento respecto del año 2017, debido a que la situación de



paralización de actividad de las instalaciones imposibilitaría en dichos ejercicios las indemnizaciones previstas por las resoluciones que anularon las Ordenes IET/1045/2014 y ETU/555/2017.

Sin embargo, la situación de inactividad de las instalaciones cambió a partir de 2017, como evidencia el cuadro sobre horas de funcionamiento de las instalaciones que se incorpora en el apartado 3.1 del informe sobre la propuesta de orden, elaborado por la CNMC (informe IPN/CNMC/012/18, en documento nº 6 del expediente administrativo), que muestra que la gran mayoría de las instalaciones de tratamiento y reducción del purín, encuadradas en las instalaciones tipo IT-01413 a IT-01427, volvieron a la actividad en el ejercicio 2017, y lo mismo se advierte en el ejercicio 2018, siendo de destacar la circunstancia de que a pesar de que el cuadro incluido en el citado informe de la CNMC solo ofrece datos de los dos primeros meses de 2018, ya en ese breve período un buen número de las instalaciones que desarrollaban actividad habían superado el umbral de funcionamiento anual de 2018, que como antes se ha dicho se estableció en el Anexo IV, apartado 1, de la orden impugnada reduciendo las horas exigidas en la parte proporcional a los 47 días de vigencia de la orden en dicho año.

5.- En última instancia, las razones que justifican en términos generales la vinculación de la retribución a la inversión a la exigencia de cumplimiento de un número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo anual y a un umbral de funcionamiento anual, son las mismas que respaldan la aplicación de dichos parámetros retributivos en el ejercicio 2018.

En las ocasiones en que esta Sala ha examinado impugnaciones en relación con estos parámetros retributivos (horas equivalentes de funcionamiento mínimo anual y umbral de funcionamiento anual), como hicimos entre otras en la sentencia 1609/2016 de 1 de julio (recurso 419/2014, FJ 6º), hemos señalado que el establecimiento de dichos parámetros retributivos obedece al hecho de que, a diferencia de lo que ocurrían en el anterior régimen retributivo de los productores de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos, integrados en el llamado "*régimen especial*", que percibían una retribución ligada a la cantidad de energía producida, en el nuevo régimen retributivo diseñado en el Real Decreto-ley y la Ley 24/2013, se establece una "*retribución específica*", que ya no se vincula a la energía producida sino a la unidad de potencia instalada.

El nuevo sistema retributivo ligado a la potencia instalada exige la fijación de un número determinado de horas de funcionamiento de la instalación, de cuyo cumplimiento dependa la percepción de la totalidad o parte de los ingresos procedentes del régimen retributivo específico, pues de otra manera se posibilitaría la percepción de la retribución específica sin un funcionamiento efectivo de la instalación, lo que sería contrario a los artículos 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico de 1997 y 14.7 de la Ley del Sector Eléctrico de 2013, que vinculan el cálculo de esta retribución específica a la actividad realizada por "*una empresa eficiente y bien gestionada*", concepto que exige, entre otras cosas, que la empresa desarrolle de forma eficiente la actividad por la que recibe la retribución específica, lo que supone un funcionamiento efectivo de dicha instalación en su actividad de producción de energía eléctrica durante un número mínimo de horas de funcionamiento.

Procede, por tanto, la desestimación del segundo motivo de impugnación de la orden recurrida, relativo al establecimiento en el apartado 1º del Anexo IV de un número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo de anual (Nh) de 2018 y un umbral de funcionamiento anual (Uf) de 2018.

Como conclusión de lo que se lleva dicho, la Sala considera que la orden impugnada no infringe la normativa que desarrolla, ni incumple los términos de los fallos de las resoluciones de esta Sala antes citadas, que anularon la Orden IET/1045/2014 y ETU/555/2017, en lo relativo a los valores y parámetros asignados a las instalaciones de tratamiento de purines, por lo que debemos desestimar el presente recurso contencioso administrativo.

#### **SEXTO.-Costas.**

De conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA, no se hace imposición de costas al presentar el caso serias dudas de derecho.

#### **FALLO**

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

**DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Naturgy Renovables S.L., contra la Orden TEC/1174/2018, de 8 de noviembre, por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines aprobadas por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y se actualizan para el semiperíodo 2017-2019.

Sin imposición de costas.



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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D<sup>a</sup>, M<sup>a</sup> Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor D. Diego Córdoba Castroverde

D. Fernando Román García

### Voto particular

que formulan los Magistrados Excmos. Srs. D. Diego Córdoba Castroverde, D. Eduardo Calvo Rojas y D. Fernando Román García a la sentencia dictada en el recurso **11/2019**

Discrepamos respetuosamente de la interpretación que el parecer mayoritario del Tribunal realiza del art. 14.4.3 de la LSE y del artículo 20.3 del RD 413/2014 en torno a la necesidad de proceder a una actualización, al menos anual, de los derechos de emisión de CO2 como parte integrante de los valores de retribución a la operación para aquellas tecnologías cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible.

Esta discrepancia conllevaría la estimación del recurso entablado con la consecuencia de declarar la nulidad de la Orden TEC/1174/2018, de 8 de noviembre, por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines aprobadas por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y se actualizan para el semiperiodo 2017-2019, por la falta de actualización al coste real de adquisición de los derechos de emisión de CO2 para determinar la Ro.

Reconociendo la calidad de la sentencia y de los argumentos que la avalan, empezaremos por afirmar que estamos conformes con ella cuando afirma que el precio de adquisición de los derechos de emisión de CO2 se incluye, junto con otros, como un coste de explotación de las instalaciones tipo. Así, se reconoce en la Orden IET/1045/2014 y no existe controversia de las partes sobre este extremo.

También estamos de acuerdo en sostener que la retribución a la operación cubre, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de una instalación tipo, así se desprende del art- 17.1 del RD 413/2014.

La discrepancia surge en torno a la interpretación del art. 14.4 en su tercer inciso de la LSE y del art. 20.3 del Real Decreto 413/2014 que lo desarrolla en torno a la existencia de una obligación normativa de actualizar, al menos anualmente, el coste de adquisición de los derechos de emisión de CO2. Y, eventualmente, sobre la obligación de que la Orden IET/1345/2015, que estableció una metodología de actualización de la Ro, incluyese la actualización de las variaciones experimentadas en el precio de adquisición de estos derechos de emisión.

El parecer mayoritario de este Tribunal sostiene que el tenor literal de estos preceptos no permiten concluir que exista la obligación de actualizar, al menos anualmente, todos los costes de explotación de las instalaciones, y más específicamente el precio de adquisición de los derechos de emisión de CO2, que ahora se reclama. Y consecuentemente la Orden IET/1345/2015, que estableció una metodología de actualización de la Ro, no estaba obligada a incluirlo, bastando con que previese la actualización del precio del combustible.

El artículo 14.4 destinado a regular el régimen de modificación de los parámetros retributivos de las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos establece un criterio general y dos excepciones.

La regla general es que todos los parámetros retributivos se revisaran en cada periodo regulatorio de 6 años (no pueden revisarse la vida útil regulatoria y el valor estándar de la inversión inicial de las instalaciones).

Y las dos excepciones:

- cada 3 años se revisarán las estimaciones de ingresos por la venta de energía generada, valorada al precio del mercado de producción, en función de la evolución de los precios del mercado y las previsiones de las horas de funcionamiento.
- Y la que ahora nos ocupa, "Al menos anualmente se actualizarán los valores de retribución a la operación para aquellas tecnologías cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible."

Y en similares términos se pronuncia el artículo 20.3 del Real Decreto 413/2014, aunque con una llamada a un futuro desarrollo reglamentario, estableciendo que "Al menos anualmente se revisará, de acuerdo con la



metodología que reglamentariamente se establezca, la retribución a la operación para aquellas instalaciones tipo a las que resulte de aplicación y cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible".

La sentencia de la que discrepamos, en consonancia con la Administración, interpreta estos preceptos entendiendo que "el único valor concreto que aparece mencionado explícitamente en la llamada a la actualización de la retribución a la operación es el precio del combustible, que es el coste que marca la línea divisoria entre las tecnologías cuyos valores se revisarán y aquellas en las que no se producirá esa revisión".

Lo cierto es que, a nuestro parecer, tanto el tenor literal del precepto como la finalidad que con esta actualización se persigue no permiten alcanzar esta conclusión, sino la contraria.

El inciso analizado establece, a nuestro juicio, un mandato de que, al menos anualmente, se actualicen "los valores de retribución a la operación" y ya hemos tenido ocasión de destacar, y así lo reconoce la propia sentencia, que el precio de adquisición de los derechos de emisión de CO<sub>2</sub> es un coste de explotación. La interpretación literal de estos preceptos no deja margen a la duda (*in claris not fit interpretatio*): se actualizarán anualmente los valores que retribuyen los costes a la operación.

Ni la LSE, ni el artículo 20.3 del Real Decreto 413/2014, dejan dudas en cuanto a que lo que se debe actualizar son los valores de la Ro -teniendo en cuenta todos los costes de explotación, sin distinción o especificación-, y no solo el coste del combustible. Si la norma hubiese querido que tan solo se actualizase la variación del precio de combustible así lo habría dicho expresamente, como hace en el inciso anterior al prever una revisión cada 3 años tan solo de "las estimaciones de ingresos por la venta de energía generada, valorada al precio del mercado de producción".

La referencia que dichos preceptos realizan al combustible no es para especificar el coste que debe ser actualizado sino para concretar la tecnología a las que se aplicará la actualización ("aquellas tecnologías cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible"), pero en ningún caso se afirma que la actualización se referirá tan solo al precio del combustible.

La vinculación de dicha actualización a aquellas tecnologías cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible trata de corregir las disfunciones que se generan en la retribución aquellos elementos que tienen porcentaje alto de volatilidad cuando el peso específico de dichos elementos es especialmente relevante, por lo que su revisión es imprescindible para que una eficiente y bien gestionada recupere sus costes de explotación. Pero esa volatilidad también se aprecia, al menos desde 2018, en el precio de adquisición de los derechos de emisión de CO<sub>2</sub>.

De modo que tanto la interpretación literal como la teleológica del art. 14.4 inciso tercero de la LSE contienen, a nuestro juicio, una previsión de actualización, al menos anual, de los costes de explotación, sin distinción o especificación-, y no solo del coste del combustible. Y así se consideró también por la CNMC que en el informe que emitió en relación con la propuesta de Orden afirmó que "si bien el coste del CO<sub>2</sub> no es estrictamente parte del coste de combustible, tiene un impacto directo en los costes de explotación de la cogeneración y es un concepto que, de nuevo, puede estar sujeto a una volatilidad relevante que haría recomendable su inclusión en la metodología de actualización periódica del término retributivo a la operación".

El artículo 20.3 del Real Decreto 413/2014, con una redacción idéntica a la contenida en el precepto legal, añade una llamada a un desarrollo reglamentario, estableciendo que dicha actualización se realizará "de acuerdo con la metodología que reglamentariamente se establezca". Dicho desarrollo se llevó a cabo a través de la Orden IET/1345/2015, que, sin embargo, al regular la metodología de actualización de la retribución a la operación no contempla la revisión de costes de explotación distintos a los combustibles.

Es por ello que, consideramos que la Orden IET/1345/2015 incurre en una ilegalidad por omisión al no incluir en la metodología la actualización las variaciones de otros costes de explotación como los derechos de emisión de CO<sub>2</sub>, lo que determina, conforme a la jurisprudencia citada en el voto mayoritario, que dicha omisiones reglamentarias es controlable "en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la Ley".

Y ello con independencia de que consideremos que la actualización de los derechos de emisión era posible al margen de dicha metodología, tal y como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 15/2018, que cuantificó el precio de la tonelada de Co<sub>2</sub> en valores superiores a los 20 € en el 2018.



Dado que ha quedado acreditado que el coste de los derechos de emisión establecido por la Orden Ministerial para el primer semestre de 2018 y en los semestres sucesivos de este año y el siguiente (5,5 €/tCO<sub>2</sub>) es muy inferior a los precios reales del mercado (para ese mismo periodo varían entre 12,1 y 26,7 €/tCo<sub>2</sub>) ese mayor coste de explotación debió ser actualizado para calcular la correcta retribución a la operación de las instalaciones tipo de las plantas de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, sin que el desequilibrio pueda entenderse compensado por el mayor precio de mercado por la venta de la energía al existir cauces y mecanismos diferentes para compensar y ajustar las desviaciones derivadas de la retribución a la inversión y la retribución por operación.

D. Eduardo Calvo Rojas D. Diego Córdoba Castroverde

D. Fernando Román García

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ