

RESOLUCIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN PRESENTADO POR PROWAT ENERGÍA SOLAR, S.L. EN RELACIÓN CON LA LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DEL RÉGIMEN RETRIBUTIVO ESPECIAL DE 2012.

R/AJ/005/19

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 5 de noviembre de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Aprobación de la Resolución recurrida.

El día 14 de julio de 2016 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó la liquidación definitiva de las primas equivalentes, primas, incentivos y complementos de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos correspondiente al ejercicio de 2012 (expte. LIQ/DE/4/16).

Por lo que se refiere a la instalación con código CIL [---] (Instalación “Pitiegua” para Prowat Energía Solar), de titularidad de Prowat Energía Solar, S.L., la resolución de la CNMC mencionada incluía un anexo (anexo II.B) en el que, para cada uno de los meses del año 2012 objeto de liquidación, se exponía al interesado los motivos por los que no había resultado estimada su alegación sobre la tecnología de seguimiento de su instalación.

El anexo indicaba lo siguiente:

“Con fecha 07/03/2016 ha tenido entrada en esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia registro número 2016RT008874, presentado por el representante IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ULTIMO RECURSO, S.A.U, que contiene alegación de PROWAT ENERGIA SOLAR S.L. a la

propuesta de Liquidación Definitiva del CIL [---], por la producción correspondiente al periodo entre el [...] y el [...].

Dicha alegación se presenta bajo la tipología de "Régimen Retributivo Incorrecto (potencia, clasificación, etc.)" y "Régimen Retributivo Incorrecto (potencia, clasificación, etc.)" en Sicilia. En la misma, el titular de la instalación, a través de su representante ha manifestado lo siguiente:

"La tecnología consta como fija (100%), cuando en realidad es con seguimiento a un eje, por lo que las HER son 1.644 y no las 1.250 consideradas. Documentación justificativa aportada en 3 RT 2016RT008765, 2016RT008766 Y 2016RT008767."

"Se aporta documentación en 3 registros 2016RT008765, 2016RT008766 y 2016RT008767. Por eso no ha sido posible enviarlo en uno."

Una vez analizado el contenido de la alegación, se ha concluido que:

La Orden ITC/688/2011, de 30 de marzo, establecía en la Disposición transitoria segunda que "Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas deberán comunicar a la Dirección General de Política Energética y Minas, antes del 1 de julio de 2011, las potencias pico instaladas de las instalaciones fotovoltaicas de su competencia, así como la fecha de instalación de las mismas y la tecnología de seguimiento (fija, seguimiento a un eje y seguimiento a dos ejes). Se entenderá como potencia pico de una instalación o fracción, la suma de las potencias unitarias de los paneles fotovoltaicos que la componen. En el caso en el que las instalaciones hubieran sido puestas en marcha o ampliadas en diferentes momentos, o estuvieran dotadas de distintos tipos de tecnología de seguimiento, la información a que se hace referencia en el párrafo anterior será remitida de forma desagregada para cada fase".

Tras revisar la documentación enviada en la alegación presentada, el informe de inspección con nº de expediente IB3076_003, de fecha 21 de noviembre de 2012, así como la información del registro administrativo de instalaciones de régimen especial (RAIPRE) del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en el que no consta la tecnología de la instalación, se concluye que la información relativa a la tecnología de la instalación disponible en SICILIA es correcta, puesto que coincide con la comprobada durante la inspección.

Adicionalmente, indicarle que se ha dado traslado de su alegación al Encargado de Lectura para confirmar la medida. En su respuesta, éste ratifica la información facilitada con anterioridad a esta Comisión, empleada para el cálculo de la liquidación provisional, comunicando "La medida reclamada es igual a la enviada y liquidada. No es una reclamación de medidas"

A consecuencia de lo anterior, se ha procedido a desestimar su alegación."

Tanto al pie de la resolución aprobada, como al pie de los dos anexos transcritos, se indicaba lo siguiente: "La presente Resolución agota la vía administrativa pudiendo ser recurrida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio. Contra la presente Resolución no podrá interponerse Recurso de Reposición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.2 de la Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia."

La resolución, junto con sus anexos, fue notificada a Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U., representante de Prowat Energía Solar, S.L., el día 19 de julio de 2016.

SEGUNDO.- Interposición del recurso extraordinario de revisión.

El 28 de enero de 2019 se ha recibido en el registro de la CNMC escrito de Prowat Energía Solar, S.L. interponiendo recurso extraordinario de revisión contra la liquidación definitiva antes mencionada. El recurso se fundamenta en el artículo 118.1.1ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sobre actos en los que, al dictarlos, se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

Dicho error de hecho, a juicio del recurrente, se pone de relieve por dos circunstancias:

- El informe de inspección -al que se refiere la resolución que aprueba la liquidación definitiva de 2012- alude a una ubicación de la instalación (parcela 39 del polígono 509 de Pitiegua) que no se corresponde con la que ésta en realidad tendría (parcela 46 del polígono 509 de Pitiegua).
- La documentación aportada por el interesado al expediente durante el trámite de audiencia (proyecto de instalación, fotografías y contrato de mantenimiento de motores) revelaría que la instalación cuenta con tecnología de seguimiento a un eje.

El recurrente afirma que la sentencia dictada el 3 de octubre de 2018 por la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario 519/2015 (recurso interpuesto por Prowat Energía Solar contra la liquidación definitiva de la CNMC de 2011) confirmaría las circunstancias expuestas.

Prowat Energía Solar solicita, por medio de su recurso, la anulación de la resolución recurrida, procediéndose a reconocer a su instalación una retribución superior, conforme a la tecnología de seguimiento a un eje.

TERCERO.- Solicitud de dictamen del Consejo de Estado.

Previa formulación de propuesta de resolución elaborada por la Asesoría Jurídica, la Sala de Supervisión Regulatoria, en atención a lo establecido en el artículo 22.nueve de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y en el artículo 126 de la Ley 39/2013, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, acordó en su sesión de 27 de marzo de 2019 recabar dictamen del Consejo de Estado en relación con el recurso extraordinario de revisión presentado por Prowat Energía Solar, S.L., con carácter previo a la resolución del procedimiento, remitiendo a tal efecto el expediente administrativo.

La propuesta de resolución formulada preveía lo siguiente:

“ACUERDA PROPONER

A la Sala de Supervisión Regulatoria, como órgano competente para resolver el presente recurso,

ÚNICO.- Desestimar el recurso extraordinario de revisión presentado por Prowat Energía Solar, S.L. contra la resolución de 14 de julio de 2016 por la que se aprueba la liquidación definitiva de las primas equivalentes, primas, incentivos y complementos de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos correspondiente al ejercicio de 2012.”

CUARTO.- Solicitud de información efectuada por el Consejo de Estado.

El 27 de enero de 2020 tuvo entrada en el registro de la CNMC oficio del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital por el que se da traslado de solicitud de información efectuada por el Consejo de Estado acerca del recurso extraordinario de revisión presentado por Prowat Energía Solar. En concreto, el Consejo de Estado solicitaba la siguiente información:

“Auto de firmeza o, en su caso, testimonio de preparación e interposición de recurso de casación por parte de la Abogacía del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 3 de octubre de 2018, que estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo n° 519/2015, interpuesto por la representación de la mercantil “Prowat Energía Solar, S.L.” contra (a Resolución de la CNMC de fecha 30 de junio de 2015 por la que se aprueba la liquidación definitiva de las primas equivalentes, las primas, incentivos y complementos a las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, correspondiente al ejercicio de 2011.”

La información requerida fue remitida por escrito de 29 de enero de 2020.

QUINTO.- Dictamen del Consejo de Estado

El 15 de octubre de 2020 se ha recibido en el registro de la CNMC escrito del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital por el que se remite a la CNMC el dictamen de 1 de octubre de 2020 emitido por el Consejo de Estado.

En el dictamen emitido, el Consejo de Estado concluye indicando que *“procede estimar el recurso extraordinario de revisión interpuesto por “PROWAT ENERGÍA SOLAR, S. L.” contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 14 de julio de 2016, por la que se aprueba la liquidación definitiva de las primas, los incentivos y los complementos a las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, correspondiente al ejercicio de 2012”.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

- a) Competencia para efectuar las liquidaciones de las primas, los incentivos y los complementos a las instalaciones de producción en régimen especial:

La competencia para efectuar las liquidaciones de la retribución regulada de las instalaciones de producción de energía eléctrica basadas en fuentes renovables, cogeneración o residuos, materia sobre la que trata el fondo del recurso, corresponde a la CNMC por virtud de lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, en relación a lo establecido en la disposición adicional octava, apartado 1.d), de dicha Ley.

- b) Competencia para la resolución del presente recurso:

De acuerdo con el artículo 125.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la competencia para resolver el recurso extraordinario de revisión corresponde al órgano que dictó el acto objeto de dicho recurso (en este caso, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC): *“Contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución...”*

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE.

El recurso extraordinario de revisión interpuesto por Prowat Energía Solar se ampara formalmente en la circunstancia 1ª del artículo 118.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que prevé que puede interponerse el mencionado recurso contra actos firmes cuando *“al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente”*.

Así, el recurrente se basa en la Ley 30/1992, que está derogada por la Ley 39/2015. Pues bien, es cierto que, al tiempo de dictarse la resolución recurrida (14 de julio de 2016), no había entrado en vigor la Ley 39/2015 (de acuerdo con lo previsto en su disposición final séptima¹). Ahora bien, a la vista de lo establecido en la disposición transitoria tercera² de la Ley 39/2015, y teniendo

¹ *“La presente Ley entrará en vigor al año de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.*

² *“a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.*

en cuenta que el presente procedimiento se inicia el 28 de enero de 2019 (estando en vigor la Ley 39/2015), debe considerarse de aplicación al mismo la Ley 39/2015.

En cualquier caso, el artículo 125.1.a) de la Ley 39/2015 contempla el mismo supuesto que el del artículo 118.1.1ª de la Ley 30/1992 a los efectos de justificar un recurso extraordinario de revisión.

De acuerdo con el apartado 2 de este artículo 125 de la Ley 39/2015, el plazo para interponer recurso extraordinario de revisión fundamentado en la circunstancia prevista en la letra a) del artículo 125.1 es de cuatro años, contados desde la notificación de la resolución impugnada: *“El recurso extraordinario de revisión se interpondrá, cuando se trate de la causa a) del apartado anterior, dentro del plazo de cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada. En los demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme.”*

A la vista de lo expuesto, procede admitir a trámite el recurso extraordinario de revisión presentado.

III. SOBRE LOS MOTIVOS DE FONDO DEL RECURSO INTERPUESTO.

La instalación fotovoltaica de Prowat Energía Solar fue objeto de una inspección realizada el 22 de abril de 2013 por la Comisión Nacional de Energía.

En el informe inicial de inspección de la CNE, emitido el 31 de mayo de 2013, y en el definitivo, emitido el 24 de septiembre de 2013, se hacía constar que la instalación fotovoltaica de Prowat Energía Solar, pese a haber declarado esta empresa a la CNE que la instalación era con seguimiento solar a un eje, debía ser considerada como instalación fija, pues sólo disponía de un sistema de accionamiento manual para la rotación del ángulo de inclinación de los paneles.

Como consecuencia de ello, las liquidaciones definitivas del régimen especial aprobadas para la instalación de referencia a partir de la inspección realizada

b) Los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán por las normas establecidas en ésta.

c) Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán, en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma.

d) Los actos y resoluciones pendientes de ejecución a la entrada en vigor de esta Ley se regirán para su ejecución por la normativa vigente cuando se dictaron.

e) A falta de previsiones expresas establecidas en las correspondientes disposiciones legales y reglamentarias, las cuestiones de Derecho transitorio que se susciten en materia de procedimiento administrativo se resolverán de acuerdo con los principios establecidos en los apartados anteriores.”

pasaron a liquidar la misma como instalación fija, asignando, por tanto, a la instalación una retribución primada menor que si ésta hubiera sido con seguimiento a un eje.

Prowat Energía Solar recurrió ante la Audiencia Nacional la liquidación definitiva de 2011 (rec. 519/2015) y la liquidación definitiva de 2013 (rec. 24/2018). Prowat Energía Solar no recurrió la liquidación definitiva de 2012, que es contra la que ahora interpone recurso extraordinario de revisión.

Al respecto del recurso 519/2015 (relativo a la liquidación definitiva de 2011), la Audiencia Nacional dictó sentencia el 3 de octubre de 2018. En dicha sentencia, como expone Prowat Energía Solar en su recurso extraordinario de revisión, la Audiencia Nacional estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mencionada empresa. En su sentencia, la Audiencia Nacional no cuestiona su teoría de que el seguimiento manual no puede ser considerado seguimiento a los efectos de la retribución primada que se asigna para garantizar la sostenibilidad y eficiencia de las energías renovables, de cogeneración y residuos; lo que la Audiencia Nacional cuestiona en su sentencia es que la concreta instalación de Prowat Energía Solar sea una de esas instalaciones con seguimiento manual, porque entiende que la misma sí dispone de un sistema de seguimiento automatizado que le permite mover las placas solares para seguir durante el día la trayectoria del sol.

Del mismo sentido es la sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 13 de marzo de 2019 relativa al recurso 24/2018, sobre la anualidad de 2013.

En cuanto a la anualidad de 2012, que no fue recurrida en vía contencioso-administrativa, y que es objeto del presente recurso extraordinario de revisión, el dictamen emitido por el Consejo de Estado considera que el recurso extraordinario de revisión interpuesto no supone un desplazamiento injustificado de la vía de los recursos ordinarios:

“Es innegable que la recurrente ha observado distinta conducta respecto de las liquidaciones retributivas de sus instalaciones de régimen especial correspondientes a los ejercicios 2011 y 2013 (las cuales recurrió en la vía contencioso-administrativa, habiendo recaído en el primero de dichos recursos la SAN de 21 de noviembre de 2018 repetidamente citada) y respecto de la liquidación correspondiente al año 2012.

Es igualmente claro que los motivos o causas de pedir que ha esgrimido en una y otra vía -la ordinaria, que abría en este caso de forma directa la vía contenciosa, y la extraordinaria del presente expediente- son las mismas. (...)

Es decir, PROWAT ENERGÍA SOLAR, S. L. ha combatido en la vía ordinaria y en la extraordinaria la existencia de idénticos errores de hecho en las resoluciones de liquidación de la CNMC. El hecho de que el recurso extraordinario se haya interpuesto contra la única resolución no recurrida (y por

tanto firme) no significa, en este caso, un desplazamiento fraudulento de los recursos ordinarios.

Tampoco la circunstancia de que en la vía ordinaria de recurso el motivo principal de la estimación haya consistido -precisamente- en la apreciación de la existencia de un error de hecho, puede conducir a la conclusión de que la hoy recurrente haya abusado del recurso extraordinario de revisión, sino que ha empleado esta vía (de manera tempestiva) para defenderse de una circunstancia invalidante concurrente en la resolución que ganó firmeza.”

De conformidad con el dictamen emitido por el Consejo de Estado, procede estimar el recurso extraordinario de revisión interpuesto.

Vistos los antecedentes y fundamentos de Derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria,

RESUELVE

Único.- Estimar, de acuerdo con el Consejo de Estado, el recurso extraordinario de revisión presentado por Prowat Energía Solar, S.L. contra la resolución de 14 de julio de 2016 por la que se aprueba la liquidación definitiva de las primas equivalentes, primas, incentivos y complementos de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos correspondiente al ejercicio de 2012, habiéndose de proceder a liquidar a la instalación de titularidad de esa empresa conforme a la consideración de instalación con seguimiento a un eje.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio y en el artículo 36.2 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC.