



Roj: **SAN 5807/2021 - ECLI:ES:AN:2021:5807**

Id Cendoj: **28079230042021100646**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **23/12/2021**

Nº de Recurso: **727/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso:** 0000727 /2019

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 11079/2019

**Demandante:** ASSOCIACIÓ EUROPEA DE SERVEIS ENERGÈTICS BÀSICS AUTÒNOMS - SEBA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. **MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO**

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. **MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D<sup>a</sup>. CARMEN ALVAREZ THEURER

D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintitrés de diciembre de dos mil veintiuno.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo tramitado con el **número 727/2019**, interpuesto por la mercantil **ASSOCIACIÓ EUROPEA DE SERVEIS ENERGÈTICS BÀSICS AUTÒNOMS - SEBA**, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Blanca Berriatúa Horta, contra la desestimación presunta y posteriormente expresa de la reclamación presentada el día 8 de noviembre de 2018, por la Asociación ahora recurrente ante la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Ha comparecido como parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



1. La parte actora interpuso, en fecha 31 de julio de 2019 este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo y forma mediante escrito presentado en fecha 8 de noviembre de 2019; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

*&q uot;(…) previos los trámites procesales oportunos se acuerde de conformidad anulando y dejando sin efecto la resolución expresa impugnada dictada por la CNMC, así como por producido el acto administrativo de silencio estimatorio firme dictado por parte de la DGPEyM, acordando que se proceda a practicar nueva liquidación de las retribuciones del RRE correspondientes a la producciones de energía vertidas por la instalación de mi representada a la red eléctrica correspondiente conforme al IT-00007 para todos los ejercicios desde 2013 en que entró en vigor el RD413/2014, y se condene a la CNMC a la realización de los pagos oportunos a mi representada con la inclusión de los intereses que correspondan, y expresa imposición de costas a la parte demandada. "*

2. Dado traslado al Abogado del Estado, éste contestó a la demanda mediante escrito presentado, en fecha 5 de diciembre de 2019, en el cual tras exponer los hechos y refutar cada uno de los argumentos de derecho de la actora, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se desestime el recurso.

3. Fijada la cuantía del procedimiento en indeterminada, se dio a las partes el plazo para presentar conclusiones sucintas, quedando seguidamente las actuaciones pendientes de señalamiento.

4. Finalmente, se dictó Providencia por la que se señaló para votación y fallo el día 16 de diciembre de 2021, en que efectivamente se deliberó y votó.

En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El objeto inicial del recurso fue la desestimación presunta de la reclamación presentada ,el día 8 de noviembre de 2018, por la Asociación ahora recurrente ante la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que, *"teniendo por asignado el Código de Instalación Tipo (IT) IT-00007 (de conformidad con 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) a la instalación fotovoltaica con RIPRE 17/10129 y CIL n<sup>o</sup> ES00310000005025 16 XR1Fde la cual es titular la ahora recurrente, a fin de que se procediese a practicar nueva liquidación de las retribuciones correspondientes al régimen retributivo específico regulado en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, con efectos del 14 de julio de 2013, con el subsiguiente pago de las diferencias, con la inclusión de los correspondientes intereses".*

Posteriormente el recurso fue ampliado a la resolución expresa de la CNMC quien dictó, con fecha 10 de octubre de 2019, resolución desestimatoria de la referida solicitud.

2. La solicitud en cuestión se basó en las siguientes alegaciones:

"Previa,- El expediente administrativo señalado tiene por objeto la modificación del Código de Instalación Tipo (IT) que le ha sido asignado a la instalación titularidad de mi representada (de 5kW de potencia nominal, ubicada en la calle Prat de la Riba, 11 de Castelló d'Empúries en Girona).

Teniendo en consideración la clasificación de las instalaciones tipo según la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio (Anexo I, punto 6<sup>o</sup>: subgrupo b.I.I, con un rango de potencia igual o inferior a los 5kW, tecnología fija, autorizada definitivamente en el año 2008) esta instalación debería tener asignado un IT-00007. En cambio, esta instalación fue agrupada a la instalación con RIPRE RE-107033 (de 65 kW de potencia nominal, ubicada en la calle Gironès, 7-9 y 11 de Castelló d'Empúries en Girona), asignándoles conjuntamente un IT-00030.

A nuestro parecer esta agrupación no cumple con el criterio I, 1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup> del artículo 14.2<sup>o</sup> .letra b) del Real Decreto 413/2014, por el cual se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Los datos o parámetros retributivos que corresponden a cada uno de los IT están regulados en el Anexo II de dicha Orden IET/1045/2014 (y actualizados a través de la Orden ETU/130/2017, de 17 de febrero) y, a través de los cuales, se determina y liquida el régimen retributivo específico. En el caso de aplicarse un IT-00030 en vez del IT-00007 a la instalación de mi representada, se produce una reducción muy significativa de la



retribución que, además, tiene repercusiones de tipo fiscal (por ejemplo, respecto al Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica).

Primera.- El pasado día 12/05/2016 presentamos la correspondiente solicitud de modificación de datos retributivos, al amparo del artículo 50.2 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Se acompañan respectivamente como DOCUMENTOS N° 2 y 3, esta solicitud de modificación de datos retributivos con el acuse de recibo.

Dicha solicitud no fue resuelta, superando los 6 meses establecidos en el mismo artículo 50.2 del Real Decreto 413/2014. Mi representada consideró el sentido del silencio administrativo como negativo, en aplicación de la Ley 30/1992 (según la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 39/2015), remitiendo su artículo 43.1 a la Disposición Adicional 3 2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Segunda.- El pasado día 13/02/2017 formulamos recurso de alzada frente a dicho acto presunto consistente en la desestimación por silencio negativo de la solicitud presentada el día 12/05/2016 arriba indicada.

Igualmente, se acompañan respectivamente como DOCUMENTOS N° 4 y 5, el citado recurso de alzada con el acuse de recibo.

Asimismo, se acompaña como DOCUMENTO N° 6 y 7, Oficio de 22/05/2017 de la Subdirección General de Recursos, Reclamaciones y Relaciones con la Administración de Justicia, perteneciente a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, por el que se comunica la entrada del recurso y se le asigna la referencia E-2017-00185, así como el correspondiente acuse de recibo.

Este recurso tampoco fue resuelto, habiendo superado con creces el plazo legal previsto (3 meses), por lo que el silencio debe de considerarse positivo, en aplicación de la Ley 39/2015 (según la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 39/2015), que en su artículo 122.2 que remite al 24.1, párrafo tercero de la misma norma.

Tercera.- No habiendo recibido resolución alguna respecto del recurso de alzada interpuesto, al amparo del artículo 24.4 de la Ley 39/2015 el día 24/05/2017 formulamos una primera petición de Certificado acreditativo del silencio administrativo estimatorio que nunca ha sido resuelta.

Acompañamos respectivamente como DOCUMENTOS N e 8 y 9, esta solicitud de certificado con el correspondiente acuse de recibo.

Y el siguiente día 30/05/2017 recibimos una Comunicación de la Subdirección General de Energía que pertenece a la Dirección General de Política Energética y Minas, dentro de la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, por la que se comunica el traslado de 11/05/2017 del recurso de alzada presentado el día 13/02/2017 a la Subdirección General de Recursos, Reclamaciones y Relaciones con la Administración de Justicia, citada anteriormente.

Adjuntamos respectivamente como DOCUMENTOS N° 10 y 11, dicha comunicación y su acuse recibo.

El día 19/10/2017 recibimos otra Comunicación por la que se informa del traslado de fecha 14/09/2017 de la solicitud de certificado del silencio administrativo estimatorio a la misma Subdirección General que la anterior comunicación de fecha 30/05/2017.

Acompañamos respectivamente como DOCUMENTOS N° 12 y 13, la comunicación y su acuse de recibo.

Tercera.- Y de nuevo, en virtud del artículo 24.4 de la Ley 39/2015, el pasado día 5/4/2018 interesamos un segundo certificado acreditativo del silencio administrativo estimatorio de la solicitud presentada el día 12/05/2016, sin que hasta la fecha nos haya sido notificada su expedición y entregado dicho ejemplar.

Asimismo, se acompañan respectivamente como DOCUMENTOS N° 14 y 15, esta solicitud de certificado con su acuse de recibo.

Y, aun después, otra Comunicación fecha 21/06/2018 por la que se informa del traslado de 19/04/2018 de la anterior solicitud de certificado del silencio administrativo estimatorio de fecha 5/4/2018 a la misma Subdirección General que las anteriores comunicaciones de fecha 30/05/2017 y 19/10/2017.

Se acompaña esta comunicación como DOCUMENTO N° 16.

Cuarta.- Habiendo transcurrido el plazo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma haya sido emitida, el acto administrativo producido por silencio surge efectos desde este vencimiento y podrá hacerse valer como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Por lo que habiendo sucedido esta circunstancia el pasado día 13/05/2017, de conformidad con la solicitud formulada por esta representación causa de la incoación del presente procedimiento, no deben considerarse agrupadas las



citadas instalaciones tal y como se expone en nuestra alegación previa y, en consecuencia, conforme a nuestra petición a la instalación de nuestra titularidad con RIPRE 17/10129 debe asignársele un IT-00007, con todos los efectos legales que se desprenden de esta modificación.

Asimismo, esta modificación de IT debe tener efectos desde el día 14/07/2013, fecha desde la cual rige el régimen retributivo específico regulado por el Real Decreto 413/2014, en virtud de su Disposición Adicional Segunda que se remite a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptaron medidas urgentes de estabilidad financiera del sistema eléctrico.

Y, por tanto, todas las liquidaciones de venta de energía que se han efectuado a partir de dicha fecha (14/07/2013) hasta la actualidad, deben de ser rectificadas a tenor de los parámetros retributivos correspondientes al IT-00007 que se desprenden de la Orden IET 1045/2014, y su actualización a través de la Orden ETU/130/2017."

**3.** Para una mejor comprensión de la cuestión planteada, a la que en seguida nos referiremos, es preciso tomar en consideración los siguientes antecedentes:

- Al amparo del Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de Producción de Energía Eléctrica en Régimen Especial, la ASOCIACIÓN SEBA promovió la instalación fotovoltaica con el Código CIL antes referida, legalizada con una potencia nominal de 5 Kw. Sin embargo, a raíz de la entrada en vigor del nuevo régimen retributivo aprobado por el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, dicha instalación pasó a ser considerada parte de una agrupación junto con otra ubicada en las proximidades, asignándoles los parámetros retributivos correspondientes a una **Instalación Tipo IT-00030** (inscrita en el Registro de Régimen Retributivo Específico) correspondiente a una potencia de **65 Kw**, cuando a la instalación por potencia - según la recurrente - le correspondía la IT-00007, con unos parámetros retributivos más beneficiosos.

- Con fecha 12 de mayo de 2016 la hoy recurrente inició trámite de modificación de datos inscritos en el RRRE previsto en el artículo 50.2 del RD 413/2014, solicitando al Ministerio de Industria (hoy Ministerio para la Transición Ecológica) que, rectificando el error cometido, se asignase a la instalación la IT-00007 y se liquidase toda la producción de electricidad conforme a sus parámetros retributivos con efectos desde la entrada en vigor de dicho Real Decreto.

- Tal solicitud de cambio de la Instalación Tipo asignada a la instalación fotovoltaica titularidad de la hoy recurrente no fue resuelta en plazo por el Ministerio. Y contra esa falta de resolución la Asociación interpuso recurso administrativo, que tampoco fue resuelto en plazo, operando entonces, a juicio de la solicitante, el silencio positivo. No obstante, dicho silencio positivo, según manifiesta la propia Asociación, no ha sido certificado por el Ministerio a pesar de haberse así requerido.

- Así las cosas, la Asociación solicitó en su escrito a la CNMC que asignase la IT-00007 a la instalación de su titularidad, a los efectos de las funciones que ejercita la CNMC respecto a liquidar la retribución específica que conforme a dicha nueva Instalación Tipo (re-liquidando conforme a la misma las liquidaciones practicadas según la anterior Instalación Tipo cuando tales liquidaciones se hayan practicado desde el momento en que, siempre a entender de la solicitante, habría operado el silencio positivo).

- Por último, la CNMC desestimó la solicitud de la ahora recurrente mediante la referida resolución que constituye el objeto de la presente impugnación.

**4.** La demandante discrepa de la resolución de la CNMC cuando esta expresa en su resolución que no puede liquidar una retribución diferente de la que corresponde conforme a los parámetros que constan en el Registro de Régimen Retributivo Específico. Esa es en realidad la principal discrepancia entre las partes. Dice la resolución que la CNMC no puede alterar las Instalaciones Tipo, ni asignar una distinta a la del Registro si previamente éste no ha sido modificado.

La propia demandante reconoce que la CNMC en su resolución se ha limitado a aplicar los derechos retributivos reconocidos a través de los parámetros que corresponden a la Instalación Tipo asignada a la instalación de la actora, que son los que constan inscritos en el Registro. Ahora bien, y no obstante reconocerse en la demanda que la CNMC no puede alterar las inscripciones, en concreto las IT, se considera por la demandante que se deben aplicar los parámetros retributivos correspondientes a la Instalación asignada a través del acto producido por silencio estimatorio por parte del órgano competente, y ello a pesar de que no haya sido modificada en el Registro de RRE.

En definitiva, la demandante considera que no le resulta exigible la inscripción de la modificación cuando dicha modificación ha sido acordada precisamente por silencio positivo como consecuencia de la pasividad en resolver del Ministerio y, a su vez, porque dicha inscripción no es requisito constitutivo de la modificación.



En último término, se considera que la hipotética desestimación de este recurso basada en la necesidad de reclamar al Ministerio previamente la inscripción de la modificación de datos en el RRRE, a la vista de la persistente pasividad adoptada por el órgano competente, equivaldría a la vulneración del artículo 24 CE por indefensión.

5. El Abogado del Estado defiende la conformidad a derecho de la resolución recurrida considerando que el otorgamiento y seguimiento de la asignación de las retribuciones específica, calculada conforme a los parámetros y la Instalación Tipo, se realiza conforme al Registro, cuya llevanza es competencia de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica.

Por ello la CNMC, a quien le corresponde la liquidación de ese régimen retributivo específico lo hace aplicando los parámetros retributivos conforme a las inscripciones del Registro, sin que la CNMC tenga capacidad para modificar los datos contenidos en dicho Registro o para aplicar una retribución diferente de la que corresponde con arreglo a los parámetros que constan en el mismo.

Y, de otra parte, niega el representante de la Administración, que en este caso exista prueba del silencio estimatorio, ya que no se ha aportado la certificación exigida ( artículo 43.4 de la Ley 30/1992 y artículo 24.4 de la Ley 39/2015); además de hacer referencia a que una solicitud idéntica a la que recurrente considera ahora estimada por silencio administrativo fue ya desestimada expresamente por la referida Dirección General con fecha 26 de enero de 2015 y el recurso de alzada interpuesto contra dicha resolución fue inadmitido mediante resolución del Subsecretario de Energía, Turismo y Agenda Digital de fecha 23 de enero de 2017, sin que exista constancia de que dicha resolución haya sido recurrida.

6. La única cuestión a determinar es si en este caso la CNMC ha aplicado correctamente en la liquidación de la retribución de la instalación de la recurrente los parámetros retributivos que constan en el RRRE o, como por la actora se pretende, debió aplicar los parámetros retributivos que resultarían del acto pretendidamente acordado por silencio positivo.

El Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y establece un régimen retributivo específico para las instalaciones que, como la de la demandante, realicen esa actividad. Esa retribución que se reconoce a este tipo de instalaciones se establece en función de la asignación de una Instalación Tipo para la que se definen unos parámetros retributivos calculados por referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada (artículo 13.2).

El otorgamiento y seguimiento de la asignación de la retribución específica que corresponde a cada una de las instalaciones, conforme a los parámetros mencionados, se realiza conforme al Registro de Régimen Retributivo Específico a que se refiere el artículo 43.2 del Real Decreto 413/2014, cuya llevanza es competencia de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica. Es -tal y como correctamente afirma la resolución de la CNMC- a la propia CNMC a quien le corresponde la liquidación de ese régimen retributivo específico y debe hacerlo aplicando los parámetros retributivos con arreglo a las inscripciones en el Registro y en función de la producción de energía eléctrica generada por la instalación, sin que tenga competencia para modificar los datos contenidos en el Registro o para aplicar una retribución diferente de la que corresponde con arreglo a los parámetros que constan en el RRRE.

De ahí que no podamos aceptar la tesis de la demandante, al no ser competencia de la CNMC la pretendida modificación de los datos del Registro de Régimen Retributivos Específico.

Pero es que, además, la actora guarda silencio sobre la cuestión alegada por el Abogado del Estado en su contestación, respecto a que una solicitud idéntica a la que la recurrente considera ahora estimada por silencio administrativo fue ya desestimada por la Dirección General de Minas con fecha 26 de enero de 2016 y el recurso de alzada interpuesto contra aquella resolución resultó inadmitido mediante resolución del Subsecretario de Energía, Turismo y Agenda Digital de fecha 23 de enero de 2017, sin que nada se haya alegado en contra de la firmeza de dicha resolución.

7. Amén de lo anterior, de por sí suficiente para desestimar el recurso, la actora plantea una cuestión -si los datos contenidos en el Registro son o no correctos- ajena de todo punto a la resolución administrativa que constituye el objeto del presente recurso. No corresponde a la CNMC la modificación de la Instalación Tipo asignada a la instalación fotovoltaica titularidad de la recurrente, sino a la citada Dirección General del Ministerio para la Transición Ecológica; y de ahí que resulte irrelevante el sentido del silencio -positivo o negativo- de dicho órgano administrativo a que refiere la recurrente, actuación administrativa que, como decimos, es ajena a la resolución en los presentes impugnada y cuya revisión, en fin, tampoco correspondería a este Tribunal.



8. Las costas se impondrán a la parte actora, al haber sido íntegramente desestimado el recurso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA.

#### FA LLO

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

**DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo **num. 727/2019** interpuesto por la representación procesal de **ASSOCIACIÓ EUROPEA DE SERVEIS ENERGÈTICS BÀSICS AUTÒNOMS - SEBA** contra la Resolución de la CNMC de 10 de octubre de 2019, por la que se denegó la solicitud de modificación de los parámetros retributivos de la instalación fotovoltaica de la recurrente, que confirmamos por ser conforme al Ordenamiento Jurídico.

Con imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.