



Roj: **SAN 3489/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3489**

Id Cendoj: **28079230042017100337**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **14/06/2017**

Nº de Recurso: **410/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso:** 0000410 / 2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04705/2015

**Demandante:** GESTIÓN INTEGRAL SOLAR, S.L. (GEINSOL) Y SUS FILIALES

**Procurador:** D<sup>a</sup> ADELA CANO LANTERO

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

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

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a catorce de junio de dos mil diecisiete.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente recurso tramitado con el número **410/2015**, interpuesto por la entidad **GESTIÓN INTEGRAL SOLAR, S.L. (GEINSOL) Y SUS FILIALES**, representada por la procuradora doña Adela Cano Lantero contra las resoluciones: 1<sup>a</sup>) la Resolución de fecha 30 de junio de 2015 dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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 energía renovables, cogeneración y residuos, correspondiente al ejercicio de 2011, así como las resoluciones particulares adjuntas a la misma (la "Liquidación Definitiva de 2011 referida a la propia entidad recurrente; y 2<sup>a</sup>) la Resolución, de 12 de mayo de 2016, de la solicitud de revocación presentada por BERGÉ GENERACIÓN,



S.L. y Solar Jienense, S.L., en relación con el anterior acto administrativo que aprueba la liquidación definitiva, respecto a la cual se solicitó la ampliación del recurso contencioso.

Ha comparecido como parte demandada la Administración General del Estado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte actora interpuso ante esta Sala con fecha de 31 de julio de 2015, recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones antes mencionadas, acordándose la incoación del proceso contencioso-administrativo, al que se dio el cauce procesal previsto en la Ley reguladora de esta jurisdicción.

**SEGUNDO.-** La recurrente formalizó la demanda mediante escrito presentado el 19 de septiembre de 2015 en el cual, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando:

Que teniendo por presentado este escrito junto con sus copias y documentos anexos, así como el expediente administrativo, los admita y tramite; y en mérito al mismo, tenga por deducida demanda en nombre de mi representada; y, tras los trámites legales oportunos, sírvase dictar sentencia en la que, con íntegra estimación de este recurso, acuerde:

Declarar la invalidez de las Resoluciones Impugnadas; a saber:

Resolución, de 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 correspondientes al ejercicio 2011; así como las resoluciones particulares adjuntas a la misma.

Resolución, de 12 de mayo de 2016, de la solicitud de revocación presentada por BERGÉ GENERACIÓN, S.L. y Solar Jienense, S.L., en relación con la Resolución de 30 de junio de 2015, por la que se aprueba la liquidación definitiva de las primas equivalentes, primas, incentivos y complementos correspondiente a 2011.

Restablecer la situación jurídica individualizada de mis representadas en los términos que hemos precisado en el Fundamento de Derecho tercero anterior. >>

**TERCERO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 8 de noviembre de 2016, en el cual, tras exponer los hechos y refutar cada uno de los argumentos de derecho de la actora, terminó suplicando se dicte sentencia desestimatoria de la demanda presentada de contrario, con imposición de las costas a la parte recurrente.

**CUARTO.-** Tras acordarse el recibimiento del pleito a prueba y practicarse la propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, tras lo cual se señaló para que tuviera lugar la votación y fallo el día 7 de junio de 2017, fecha en la que tuvo lugar

**QUINTO.-** Se ha fijado la cuantía del presente procedimiento en indeterminada.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**PRIMERO.-** Se impugnan en el presente recurso jurisdiccional las dos siguientes resoluciones: 1ª) la Resolución de fecha 30 de junio de 2015 dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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 energía renovables, cogeneración y residuos, correspondiente al ejercicio de 2011, así como las resoluciones particulares adjuntas a la misma (la "Liquidación Definitiva de 2011 referida a la propia entidad recurrente; y 2ª) la Resolución, de 12 de mayo de 2016, de la solicitud de revocación presentada por BERGÉ GENERACIÓN, S.L. y Solar Jienense, S.L., en relación con el anterior acto administrativo por el que se aprueba la liquidación definitiva, respecto a la cual se solicitó la ampliación del presente recurso contencioso mediante el escrito de 22 de junio de 2016.

Se ejercita en el proceso una pretensión de plena jurisdicción en la que se postula, además de la anulación de las citadas resoluciones y en virtud de la remisión que en el suplico de la demanda se hace al fundamento jurídico tercero de la misma, que se ordene a la CNMC que dicte una liquidación definitiva correspondiente al año 2011 aplicando el régimen retributivo propio de las "instalaciones de seguimiento"; así como que indemnice a la actora por el perjuicio económico sufrido como consecuencia de la liquidación dictada, teniendo en cuenta que la misma se ejecutó parcialmente mediante compensación de diferencias, y cuantificándose dicho perjuicio en el importe de 792.541,88 euros, por lo que también se estima que procede, como medio para



el pleno restablecimiento de la situación jurídico individualizada, el reintegro de la referida cifra actualizada mediante la aplicación de los intereses correspondientes.

**SE GUNDO.-** Las alegaciones que se vierten en el escrito de demanda, en pro de las referidas pretensiones, pueden sintetizarse en las dos siguientes bloques argumentales:

**1ª) Que las resoluciones impugnadas son inválidas en tanto han sido dictadas por una Administración -la del Estado- que carece de competencia, en la medida que en ellas se ha resuelto sobre la determinación de la tecnología de las instalaciones de que se trata, ya que tal aspecto corresponde decidirlo a las Comunidades Autónomas .**

Formula a este respecto la parte demandante unos presupuestos que avalan este motivo, que denomina como contextos fáctico y normativo existentes en el momento de dictarse la resolución recurrida.

**A)** Así y en cuanto al primero - **contexto fáctico** -, señala en concreto lo siguiente:

a) Que las instalaciones de que se trata, según la certificación de fecha 23 de junio de 2011 emitida por la Junta de Andalucía -a quien corresponde determinar el tipo de tecnología empleada- son " de seguimiento " y por tanto no " fijas ".

b) Que la misma Administración estatal ha emitido decisiones de signo contradictorio en cuanto a la determinación de las instalaciones cuestionadas: en el seno del procedimiento de liquidación del año 2011, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la "CNMC") en las liquidaciones provisionales aplicó el régimen retributivo correspondiente a las " instalaciones de seguimiento a un eje ", y sin embargo en la liquidación definitiva las calificó como instalaciones " fijas ". Con ello se ha separado injustificadamente, no sólo ya del criterio expresado en el Certificado de la Junta de Andalucía, sino incluso de sus propios precedentes.

c) También se aprecian decisiones contradictorias en cuanto a las adoptadas por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo respecto de la inscripción de las Instalaciones en el RAIPRE, a saber:

- En fecha 25 de febrero de 2016 la Subdirección General de Energía Eléctrica del Ministerio certificó " que los datos que obran en [el RAIPRE] remitidos por el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondientes a las [Instalaciones] son los siguientes: [...] tecnología de seguimiento: seguimiento a 1 eje " (folios 1036 y siguientes del expediente).

- Sin embargo días después se rectificó dicho certificado dictándose las dos siguientes resoluciones: en el asunto " Tecnología fotovoltaica instalaciones «Olivares» ", en la que se señala que las Instalaciones " constan inscritas [en el RAIPRE] con tecnología de seguimiento FIJA "; y en la resolución intitulada " Corrección de errores del certificado emitido con fecha 25 de febrero de 2016, relativo a los datos que obran en [el RAIPRE] remitidos por el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente a las [Instalaciones] ", de acuerdo con el cual " **advertidos los errores materiales en dicho certificado, se procede a efectuar las siguientes correcciones en su anexo I, para cada una de las instalaciones que constan en él relacionadas: donde dice: tecnología de seguimiento: seguimiento a 1 eje; debe decir: tecnología de seguimiento: Fija** ".

Mas a juicio de la actora estas dichas resoluciones, a parte de que evidencian una situación anómala que le ha sumido en una incertidumbre, no pueden servir de fundamento a las resoluciones impugnadas, ya que en todo caso las instalaciones han de ser retribuidas conforme a su tecnología efectiva, la cual ha sido certificada por la Junta de Andalucía, que es quien ostenta la competencia para determinar las características técnicas de las instalaciones renovables, que en el caso de las de la actora las calificó como " de seguimiento ".

**B)** En lo que hace al **contexto de carácter normativo** , se refiere la recurrente, concretamente, a las distintas disposiciones que atribuyen la competencia para determinar las características técnicas de cada instalación fotovoltaica a las Comunidades Autónomas, particularmente en cuanto a la autorización administrativa de las instalaciones acogidas al régimen de potencia inferior a 50 MW que no están ubicadas en más de una Comunidad Autónoma. Y así, entre los distintos tipos de instalaciones establecidos por el Estado, ha de determinar a cuál de ellos son subsumibles las ubicadas en su territorio, comunicándolo además a los correspondientes órganos estatales con el fin, entre otros, de que éstos procedan a practicar la oportuna inscripción en el RAIPRE, registro éste en el que han de constar las características técnicas de las instalaciones que han sido previamente determinadas por las Comunidades Autónomas en cuanto a las instalaciones de su competencia. Se trata, a juicio de la actora, de una competencia típicamente ejecutiva, que consiste en aplicar la normativa reguladora del sector energético a los efectos de particularizar el régimen jurídico de una determinada instalación; habiéndose llamado a la colaboración de las Comunidades Autónomas para que, precisamente en el ejercicio de sus competencias ejecutivas, determinen la configuración técnica de cada una de tales instalaciones.



En este mismo sentido advierte que el Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia 103/1999 de 3 de junio, que " *la competencia de "ejecución" se extiende generalmente a todos los actos aplicativos, esto es, a la potestad de administrar* "; y en cambio el Estado ejerce su competencia en materia de legislación básica, regulando en este caso el régimen retributivo de las instalaciones fotovoltaicas, disponiendo, sí, las particularidades propias de las instalaciones " *fijas* " y " *de seguimiento* ", mas no le corresponde determinar la configuración que tenga cada una de ellas.

Como preceptos que invoca, se refiere en primer lugar al artículo 149.1.25º de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de " *bases del régimen... energético* ", pudiendo las Comunidades Autónomas, según el artículo 149.3 del mismo texto constitucional, asumir las competencias de desarrollo y ejecución de la legislación básica del Estado. También alude al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Andaluza, que le atribuye esa competencia respecto de las " *instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando este transporte transcurra íntegramente por el territorio de Andalucía y su aprovechamiento no afecte a otro territorio* ", así como también para el " *otorgamiento de autorización de estas instalaciones* " (artículo 49.1.a).

Y también menciona otros tantos preceptos: el artículo 3 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico; los artículos 4, 11.3 y 12.2 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 Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico; y la Disposición transitoria segunda de la Orden ITC/688/2011, de 30 de marzo.

**2ª) Que las resoluciones impugnadas son asimismo inválidas por incurrir en arbitrariedad, ya que han aplicado un régimen retributivo que nada tiene que ver con la realidad de las instalaciones: ha aplicado el régimen de las instalaciones " fijas " a unas plantas que son de " seguimiento " .**

**TE RCERO.-** La Abogada del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, sin llegar a negar directamente el planteamiento de la parte recurrente en cuanto a la distribución de las competencias, se opone sin embargo a las pretensiones deducidas en base a considerar que las instalaciones cuestionadas, aunque sean de rotación manual, son en realidad fijas.

Mas como quiera que sus alegaciones, en su mayor parte, van a ser tratadas en los siguientes fundamentos jurídicos, no es ahora necesario hacer una exposición pormenorizada de las mismas.

**CU ARTO.-** Como se acaba de expresar, la Administración demandada no cuestiona, en su escrito de contestación a la demanda, y al margen de algunas discrepancias terminológicas sobre las que ahora no es preciso pormenorizar, que la determinación de las características de cada instalación corresponde efectuarla a la Comunidad Autónoma que resulte competente en cada caso en función de la ubicación territorial de la instalación.

Por lo tanto la cuestión aquí litigiosa se torna a la postre en dilucidar si, en función de las particulares características reales de las instalaciones litigiosas, incluso según los datos que constan en el certificado emitido por la Comunidad Autónoma de Andalucía, merecen las mismas ser calificadas como de tecnología " *fija* " (a un eje), o por el contrario como de " *seguimiento* ". Y en la determinación de tal aspecto, que como decimos es a la postre el verdaderamente relevante, irá el empeño de la Sala.

Así las cosas, el primer elemento a tomar en consideración, y puesto que la parte actora centra sus esfuerzos en demostrar que según el criterio de la Comunidad Autónoma de Andalucía -la competente para efectuar la calificación de la instalación- se trata de instalaciones con tecnología de " *seguimiento* ", no puede ser otro precisamente que el certificado de fecha 23 de junio de 2011 emitido por la citada Junta de Andalucía (folios 42 y siguientes del expediente administrativo), cuyo contenido ha sido transcrito en la página 4 del escrito de demanda y que dice: " *Al objeto de dar cumplimiento a la disposición transitoria segunda de la Orden ITC/688/2011, de 30 de marzo, este Servicio Certifica el listado que se acompaña a esta comunicación y que se adjunta en archivo Excel. (...)*

*En el listado se indica como tipo de seguimiento la siguiente denominación: " 1 seguimiento manual " para aquellas instalaciones que no son fijas por realizar un seguimiento estacional activado de forma manual, sin motorización . "*

Gran parte de los problemas vienen de la distinta interpretación que mantienen las partes respecto al contenido de ese certificado, pues mientras que para el recurrente el mismo claramente señala que se trata de instalaciones " *que no son fijas* ", lo que significa necesariamente a su juicio, incluso ontológicamente, que han de ser del otro tipo alternativo (no puede decirse una cosa y la contraria); para la Administración demandada, en cambio, el hecho de que no sean fijas o totalmente estáticas no significa que necesariamente tengan que ser calificadas como de seguimiento, pues el empleo en la normativa para este último tipo de expresiones

como " *tecnología de seguimiento* " o " *equipos electromecánicos* ", supone que se requiere que cuenten las mismas con unos dispositivos de carácter técnico automatizados accionados con electricidad y mediante los que se sigue la trayectoria del sol.

En este sentido, reseñar que en la documentación que fue remitida a la Dirección General de Política Energética y Minas por la Junta de Andalucía, con ocasión de la solicitud de revocación, se describe el concreto sistema con el que cuentan las instalaciones litigiosas de la siguiente manera: " *En el listado se indica como tipo de seguimiento la siguiente denominación "seguimiento manual" para aquellas instalaciones que no son fijas por realizar un seguimiento estacional activado de forma manual, sin motorización* ." (Folio 32 del documento 2 de la demanda).

Por otro lado, y cara también a determinar los elementos de carácter fáctico de las instalaciones, están los datos que obran en los registros estatales, y más en particular el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica (RAIPRE), que ciertamente y como denuncia la parte recurrente refleja unos datos un tanto contradictorios: en fecha 25 de febrero de 2016 la Subdirección General de Energía Eléctrica del Ministerio certificó " *que los datos que obran en [el RAIPRE] remitidos por el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondientes a las [Instalaciones] son los siguientes: [...] tecnología de seguimiento: seguimiento a 1 eje* " (folios 1036 y siguientes del expediente); pero posteriormente, en la corrección de errores de 22 de marzo de 2016 y en el certificado emitido con fecha 25 de febrero, respecto a los datos que obran en el RAIPRE remitidos por la Comunidad Autónoma, se indica que " *advertidos los errores materiales en dicho certificado, se procede a efectuar las siguientes correcciones en su anexo I, para cada una de las instalaciones que constan en él relacionadas: donde dice: tecnología de seguimiento: seguimiento a 1 eje; debe decir: tecnología de seguimiento: Fija* ".

Asimismo en la contestación a la demanda se adjunta como documento nº 1 la respuesta de fecha 22 de marzo de 2016 dada a la solicitud de información que fue formulada por la CNMC al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, y en la cual se expone: " *En contestación a su escrito de 2 de marzo de 2016, en el que solicita se informe acerca de la tecnología de seguimiento que consta inscrita en el registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica, con relación a las instalaciones "OLIVARES 1, OLIVARES 2, OLIVARES 3, OLIVARES 4", se le informa de que en dicho registro las citadas instalaciones constan inscritas con tecnología de seguimiento "FIJA* " .

Y también importa, siempre para determinar las características reales de las instalaciones mencionadas, el informe de la entidad Solar Jienense, S.L. sobre el sistema implantado en las instalaciones de la actora, acompañado a la demanda como documento nº 2 (págs. 17 y ss.) y que fue aportado por Bergé Generación a la solicitud de revocación: " *Se establecen cuatro periodos de inclinación en el año: En la época de Otoño-Invierno, cuando el sol está más bajo, concretamente desde Octubre hasta Febrero la inclinación de la planta fotovoltaica se fija en 35°. Esta inclinación permite el máximo aprovechamiento de la radiación sin sombrear los módulos de una hilera con la hilera precedente. Seguidamente en los meses de Marzo y Abril, podría denominarse época de primavera, la inclinación óptima se da a los 25°, se cambia toda la soportación quedando preparadas para la siguiente posición.*

*En una tercera fase desde los meses de Mayo hasta principios de Agosto la inclinación se fija en 15°. En estos meses, la planta sería más productiva incluso con menos inclinación, la limitación en este caso es la suciedad y el polvo, que se fijaría al panel excesivamente para inclinaciones menores.*

*La siguiente fase, en los meses de Agosto y Septiembre, la inclinación optima vuelve a ser de 25°, sería nuevamente una fase de transición para finalmente volver a colocar el generador fotovoltaico a 35° para el invierno.*

***El cambio de la inclinación del plano de paneles se realiza con la ayuda de un sistema de actuadores hidráulicos, lo llevan a cabo tres operarios. El comienzo de los trabajos se da en la última semana del mes de cambio: Febrero, Abril, Julio y Septiembre y normalmente para cambiar toda la planta son necesarios en torno a 25 días*** .< /span> & amp; q uot;

**QU INTO.-** A tenor de lo expuesto en el precedente fundamento jurídico, la Sala goza de elementos suficientes para determinar las características "reales" que tienen las instalaciones cuestionadas: la Comunidad Autónoma andaluza las calificó como "no fijas" en base a que tales instalaciones no están "inmóviles", consistiendo esta movilidad en que de forma manual y con la ayuda de un sistema hidráulico (" *sin motorización* ") accionado por unos operarios se rota la placa cuatro veces al año en función de cada una de las estaciones del año; pero lo que no significa que estén las mismas dotadas de dispositivos automatizados adecuados que sigan la trayectoria del sol (" *seguidores* "), ya que no tienen programada la rotación de los paneles para que a lo largo del día se produzca el desplazamiento angular de manera que las placas se coloquen en una posición perpendicular al sol.



Mas el problema que ahora toca es calificar jurídicamente, a efectos los efectos retributivos que nos ocupan, tales instalaciones que nos ocupan: como "fija" o como de "seguimiento".

La solución a priori no parece fácil, pues como reconoce la propia demandada la normativa hace sólo una enumeración de los tipos de instalaciones, sin definir de manera explícita las características de cada uno de ellos; esto es, no define técnicamente las tecnologías fijas y de seguimiento; ahora bien existen, a juicio de esta Sala, elementos suficientes que permiten afirmar que ésta última tecnología requiere de la utilización de sistemas automatizados e informáticos con el fin de que la movilidad de las placas solares se efectúe de manera que roten a lo largo del día siguiendo la orientación de los rayos solares.

Así, el primer elemento interpretativo nos viene dado por el tenor del **Anexo III del Real Decreto 661/2007**, a la hora de describir los datos que han de figurar en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica en Régimen Especial, que describe la " *Tecnología de seguimiento* " en estos términos: " *Tecnología de seguimiento: Fija, seguimiento a un eje, seguimiento a dos ejes* ". Ahora bien, es lo cierto que realmente no se hacía referencia alguna al mecanismo o mecánica de movimiento de los ejes, diferenciando entre manuales o motorizados.

Al citado Real Decreto le siguió el **1003/2010, de 5 de agosto** (BOE de 6 de agosto); y el 29 de septiembre de 2008 se cerró la posibilidad de acceso de nuevas instalaciones al régimen de primas previsto en el Real Decreto 661/2007, de conformidad con la resolución de la Secretaría General de Energía de 27 de septiembre de 2007, que determinaba el día final para la aplicación del régimen primado regulado por el citado real decreto.

Pues bien, las instalaciones inscritas en los correspondientes registros antes de dicha fecha tendrían derecho al régimen de ayudas correspondiente, siempre que cumplieran con los requisitos habilitantes; requisitos que, tras las comprobaciones e inspecciones que se realizaron, no concurrían en las instalaciones litigiosas.

En este sentido, sin privar de eficacia a las autorizaciones administrativas autonómicas, habilitantes a su titular para poder producir y para cobrar el precio de mercado que por tal producción corresponda, es obvio que no se podía dejar al margen la efectiva comprobación de las condiciones y requisitos por los órganos de la Administración central. Y es que el ámbito de control se establecía en dos niveles diferentes (i) una en la Comisión mediante el pago de la prima, en tanto se practica la comprobación de la disposición de los elementos necesarios para el funcionamiento; y (ii) otro en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, la cual tendrá por objeto la depuración jurídica de los datos del registro, la inaplicación del régimen pretendido y la pérdida de otros derechos accesorios.

Con el **Real Decreto-Ley 14/2010**, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico (BOE de 24 de diciembre), en su disposición transitoria segunda, estableció las horas equivalentes de referencia para las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica acogidas al régimen económico establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, serían las siguientes:

Tecnología: Horas equivalentes de referencia/año:

Instalación fija 1 .250

Instalación con seguimiento a 1 eje 1.644

Instalación con seguimiento a 2 ejes 1.707

Y tampoco ésta transitoria hace referencia alguna al carácter motorizado o manual del sistema; no obstante, si lleva cabo una clasificación que no se corresponde exactamente con la contemplada en el Real Decreto 661/2007, donde como se ha visto se habla con carácter general de seguimiento y como clases de seguimiento se distingue entre instalaciones fijas, a un eje o a dos ejes.

Sin embargo la Ley parece atribuir al seguimiento una condición o característica diferente, ello cuando identifica, por un lado, a las instalaciones fijas, y, por otro, a las de «seguimiento», como si la movilidad de la instalación mereciera una consideración especial a la hora de establecer una diferente retribución.

En similar sentido en la **Orden ITC/688/2011**, de 30 de marzo, en concreto en sus disposiciones transitoria segunda y adicional segunda, en las cuales se establecen como datos que han de obrar en ese registro y que asimismo han de comunicar los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, los siguientes: "...la tecnología de seguimiento (fija, seguimiento a un eje, seguimiento a dos ejes)". Quizás aquí puede encontrarse una de las razones de la confusión, pues nótese que se utiliza el término " *seguimiento* " para aludir al género (" *tecnología de seguimiento* "), para a continuación emplear la misma expresión con ocasión de aludir a dos de las tecnologías incluidas en el mismo (" *seguimiento a un eje, seguimiento a dos ejes* ).



Por otro lado, y aunque no resulta aplicable al caso que nos ocupa por razones temporales, cabe mencionar, por cuanto también proporciona un criterio interpretativo, el **Real Decreto 1699/2011**, de 18 de noviembre, que da nueva redacción al apartado 7 del artículo 4 bis del Real Decreto 661/2007, en el que se dispone: "*Para las instalaciones de tecnología fotovoltaica, se considerará modificada sustancialmente, a efectos del régimen económico, la fracción de potencia de una instalación que sea objeto de sustitución de los equipos electromecánicos para variar su tecnología entre fija, con seguimiento a un eje y seguimiento a dos ejes, indistintamente* (...)".

De manera análoga, 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, aprobada en desarrollo del nuevo régimen retributivo que se contempla en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, establece un "subtipo de tecnología", que para las instalaciones fotovoltaicas implica distinguir entre "FIJ: Instalación FTV fija", "S1E: Instalación FTV con seguimiento a un eje", y "S2E: Instalación FTV con seguimiento a dos ejes".

Asimismo nos proporciona un criterio, en el sentido antes adelantado, el **Plan de Energías Renovables 2011-2020**, aprobado por el Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011, en el que se contemplan las "Propuestas de planificación/promoción" relativas a las instalaciones fotovoltaicas (apartado 4.9.6 del Plan), refiriéndose a la necesidad de promover la implantación de sistemas de seguimiento, aludiéndose en concreto a la existencia de un sistema informático (**hardware y software**) como elementos que influyen en la eficiencia en la generación fotovoltaica: "**Igualmente el diseño y la innovación en otros componentes como inversores, sistemas de seguimiento (hardware y software), etc., que mejoren las prestaciones, son factores determinantes en el aumento de la eficiencia y en la mejora de la competitividad de todo el sector**" (Página 389).

Y, por último, resulta muy clarificador el **Acuerdo del Consejo de la CNE de fecha 15 de septiembre de 2011**, por el que se aprueba el informe solicitado por una Comunidad Autónoma sobre el cambio de una instalación fotovoltaica con estructura fija a seguimiento manual con un eje, señalando: "*A este respecto, y sin perjuicio de la resolución que finalmente se adopte por el órgano competente, esta Comisión entiende que la modificación que se detalla en el escrito -instalación fotovoltaica de estructura fija a seguimiento manual con un eje- no cumpliría los requisitos exigibles para considerar dicho cambio aplicable a tecnología de seguimiento a un eje, a los efectos del límite de horas de producción aplicable según el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre. La razón es que no puede considerarse seguimiento manual como tecnología diferenciada de la tecnología originaria fija, puesto que de otro modo se estaría desvirtuando lo dispuesto en el antedicho Real Decreto. Mediante ese supuesto cambio de tecnologías se estaría incrementando artificialmente las horas primadas en un 30%.*"

**SE XTO.-** Si lo anteriormente expuesto conduce ya a la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo, existen no obstante otras razones que conducen a la misma solución.

Destacaremos entre ellas, y a mayor abundamiento de lo ya razonado, que correspondiendo a la Administración efectuar una calificación de las instalaciones a efectos retributivos, y aún sin apartarse realmente de los datos que de las mismas obran en los registros autonómicos, pero que, eso sí, habrán de ser adecuadamente interpretados, y siendo tal labor eminentemente técnica que requiere disponer de conocimientos especializados, no podrá dudarse que corresponde a la misma hacer un cotejo de las instalaciones para en función de ello, en el ejercicio de la discrecionalidad técnica que le corresponde, aplicar -o seleccionar- a cuál pertenecen las mismas entre los tres tipos previstos; y tal labor necesariamente habrá de efectuarse en función de las características reales de tales instalaciones.

Ciertamente en el Anexo III del Real Decreto 661/2007, a la hora de describir los datos que han de figurar en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica en Régimen Especial, no ha recogido todos los avances tecnológicos ni ha glosado todas las tecnologías posibles. Mas ello no impide que la Administración determine, siempre en función de las reiteradas características reales de la instalación, a qué tipo pertenece la misma para fijar los correspondientes efectos retributivos. De este modo la Sala, reconociendo como decimos el margen de apreciación que en estos casos corresponde a dicha Administración, considera que esa labor no se ha llevado a cabo de manera arbitraria o irrazonable, ni tampoco que haya incurrido la misma en error a la hora de calificar las instalaciones de la actora, incluso desde los datos que obraban en el certificado de la Junta de Andalucía; ya que teniendo en cuenta que las mismas, como el mismo refleja, están dotadas de sistemas de movilidad manual sólo durante cuatro veces al año, no cabe apreciar que tengan verdaderamente como "*Tecnología de seguimiento*" la denominada como de "*seguimiento a un eje*", sino la "*fija*", pues como se ha visto las primeras requieren de "seguidores" de la trayectoria del sol, cuya función no se cumple con los sistemas de rotación manual no automatizados y carentes de hardware y software.



Desde otra perspectiva, y dado que cabe admitir que la tecnología empleada en las instalaciones litigiosas no encajan "del todo" en ninguna de las legalmente previstas, será posible entonces resolver la cuestión acudiendo a criterios de analogía, esto es, habrá de determinarse, en función de las características reales de la instalación de que se trata, con cuál de los tipos normativamente previstos presenta más analogías; y la respuesta no podría ser otra, de nuevo, que la de concluir que aquellas tienen más parecidos con las de tecnología fija.

Es verdad que el régimen jurídico descrito más arriba no efectúa, como debiera, una detallada descripción de los avances o realidades tecnológicas en los sistemas de seguimiento de los paneles -no puntualiza con la debida precisión el sistema de movilidad (automatizado o manual) que facilita y permite un mejor seguimiento de la radiación solar por cada panel-. Mas y aun con ello, no puede prescindirse de que la Administración, en la liquidación del régimen primado y siguiendo el criterio de mayor eficiencia en la generación y producción de la energía, ha considerado que los paneles manuales a un eje se aproximan más en cuanto a su eficiencia tecnológica a los fijos, pues y como ya se ha expresado su movilidad es tan escasa que se limita a su orientación manual en cada estación del año, pese a la confusión y escaso rigor del sistema legal descrito.

Así, sólo estaríamos en condiciones de estimar el recurso si los parámetros, criterios y razones seguidas por la Administración para dictar las liquidaciones cuestionadas hubieran resultado arbitrarios o injustificados, cuando sucede que el criterio de eficiencia del sistema de técnico de la movilidad del panel, en que se sustentaron las liquidaciones del régimen primado, no puede desvirtuarse por los motivos invocados. Y es que, en definitiva, pretender equiparar dentro de las instalaciones de seguimiento a un eje todas las placas que son rotadas manualmente cuatro veces al año, a pesar de su registro inicial, con aquellas que de manera automática siguen la radiación solar a diario y/o de manera estacional, no se sustenta, más allá del deseo de quienes recurren, aunque la Administración, como se ha dicho, no haya tenido fortuna a la hora de redactar los preceptos invocados, pero sin que haya sido arbitraria la solución adoptada, siquiera a los efectos retributivos que ahora nos ocupan.

**SÉ PTIMO.-** En definitiva, en atención a las razones expresadas en los precedentes fundamentos jurídicos y a modo de resumen, puede afirmarse que las instalaciones de seguimiento no pueden ser aquellas cuyas placas son rotadas manualmente cuatro veces al año, ya que el conjunto del régimen jurídico se deduce que han de estar dotadas las mismas de elementos automatizados que hagan rotarlas a lo largo del día para adecuarlas a la trayectoria solar; siendo está la razón que impide que las ahora litigiosas sean calificadas de esa manera, pese al contenido del certificado de la Comunidad Autónoma de Andalucía que es la principal base en que se asienta la pretensión rectora, ya que bien leído el mismo no se aprecia que recoja las características indicadas. Y la consecuencia de todo ello, en fin, es que procederá la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.

**OC TAVO.-** En lo que hace al pronunciamiento sobre las costas procesales, de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la LJCA y pese a desestimarse el presente recurso contencioso-administrativo, no procederá hacer especial imposición de las mismas, ya que la contradicción en los datos consignados en distintos en los Registros administrativos acerca de las características de las instalaciones de la parte recurrente permite apreciar la existencia de dudas de hecho y de derecho.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación;

#### FA LLAMOS:

Que desestimamos el recurso contencioso administrativo recurso nº **410/2015**, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Adela Cano Lantero, en nombre y representación de la mercantil **GESTIÓN INTEGRAL SOLAR, S.L. Y DE SUS FILIALES**, contra la Resolución de fecha 30 de junio de 2015 dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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 energía renovables, cogeneración y residuos, correspondiente al ejercicio de 2011. Y ello sin hacer especial imposición en cuanto a las costas causadas en este juicio a ninguna de las partes.

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, junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PU BLICACIÓN.-** En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.