

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2021 (rec.7190/2019)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 589/2021

Fecha de sentencia: 29/04/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7190/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA CON/AD SEC.3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Transcrito por: LMR

Nota:

R. CASACION núm.: 7190/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 589/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Antonio Montero Fernández, presidente

D. José Díaz Delgado

D. Ángel Aguallo Avilés

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Isaac Merino Jara

D^a. Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 29 de abril de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 7190/2019 interpuesto por la procuradora, doña Nuria Munar Serrano en nombre y representación de IBERDROLA RENOVABLES ENERGÍA, S.A., y de IBERENOVA PROMOCIONES, S.A., contra la *sentencia número 1266/2019, de 30 de julio, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el procedimiento Ordinario 327/2017*, relativo a liquidaciones del canon de aprovechamiento hidroeléctrico, de la energía gratuita y de compensación por energía reservada al Estado en el aprovechamiento de Domeño, en el salto del pie de presa del embalse de Loriguilla y en el embalse de Benagéber.

Comparece como parte recurrida la Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Resolución recurrida en casación.*

Este recurso de casación tiene por objeto la *sentencia dictada el 30 de julio de 2019 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que estimó parcialmente el recurso 327/2017*, interpuesto por IBERDROLA RENOVABLES ENERGÍA, S.A. (en adelante IBERDROLA) y de IBERENOVA PROMOCIONES, S.A. (IBERENOVA en lo sucesivo) contra la resolución de la Confederación Hidrográfica del Júcar, de 25 de noviembre de 2016 por la que se inadmite a trámite los recursos de reposición interpuestos frente a las liquidaciones del canon de aprovechamiento hidroeléctrico, de la energía gratuita y de compensación por energía reservada al Estado en el aprovechamiento de Domeño, en el salto del pie de presa del embalse de Loriguilla y en el embalse de Benagéber, y confirma las liquidaciones recurridas.

SEGUNDO.- *Hechos relevantes. El procedimiento de instancia.*

1.- Con fecha 1 de abril de 2016 fue notificada a IBERENOVA la liquidación de la compensación por "Energía Reservada" de la Central Hidroeléctrica de Domeño (Canal Principal Campo del Turia), desde el inicio de la explotación (octubre de 2013) hasta el cuarto trimestre de 2015. Y con fecha 18 de agosto de 2016 le fueron notificadas las liquidaciones correspondientes al primer y segundo trimestre de 2016 por los conceptos de aprovechamiento hidroeléctrico ("canon de producción"), energía reservada y energía gratuita del embalse de Loriguilla, y las correspondientes al primer y segundo trimestre de 2016 por los conceptos de aprovechamiento hidroeléctrico

("canon de producción") y energía reservada del aprovechamiento de Domeño.

2.- Con fecha 17 de agosto de 2016 le fueron notificadas a IBERDROLA las liquidaciones correspondientes al primer y segundo trimestre de 2016 por los conceptos de aprovechamiento hidroeléctrico ("canon de producción"), energía reservada y energía gratuita del embalse de Benagéber.

3.- Contra las citadas liquidaciones interpusieron las interesadas sendos Recursos de Reposición, fundamentado en los siguientes motivos:

- Las liquidaciones basan el método de actualización del Canon de Producción en la variación trimestral del IPC sin haberse respetado y aplicado los factores de actualización establecidos en la Instrucción de la Directora General del Agua relativa a los criterios a aplicar en la actualización del canon concesional y los principios de recuperación de costes al amparo de lo establecido en el artículo 21 de la Ley de régimen jurídico y procedimiento administrativo común de 6 de octubre de 2014 (en adelante DGA 2014) y en la Instrucción complementaria a la citada Instrucción del Subdirector General de Gestión Integrada del Dominio Público Hidráulico de 1 de julio de 2015 (a partir de aquí SGGI 2015).

- La aplicación de la doctrina del *factum principis* exige en este caso tener por no puesta la cláusula de Energía Reservada, incompatible con el actual marco retributivo y, por tanto, generadora de un desequilibrio esencial en la economía de la Concesión.

- No cabe la liquidación compensatoria sino sólo el cumplimiento de la obligación de entrega de la Energía Reservada al precio fijado en el título concesional en la propia Central. Subsidiariamente, la compensación por Energía Reservada y por Energía Gratuita debe liquidarse tomando en consideración el precio del mercado minorista y los criterios establecidos por las Instrucciones DGA 2014 y SGGI 2015 sobre la actualización del Canon de Producción.

La Confederación Hidrográfica del Júcar (en lo sucesivo, CHJ), inadmitió los recursos de reposición en resolución de 25 de noviembre de 2016 que resolvía "No admitir a trámite los Recursos de Reposición interpuestos, por cuanto que las cuestiones que se plantean exceden del ámbito de la impugnación, y confirmar las liquidaciones recurridas".

4. - No conforme con la anterior resolución, la representación procesal de las mercantiles interpuso recurso contencioso administrativo que fue seguido con el número 327/2017 ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Complimentados los preceptivos trámites, *la Sala dicto sentencia el día 30 de julio de 2019* .

La sentencia de instancia comienza por hacer referencia a la jurisprudencia relativa a la distinción entre el canon de regulación y la tarifa de utilización del agua [sentencia de 2 de enero de 2013 (casación 7182/2010; ES:TS:2013:65)], señalando que estamos en presencia de un canon concesional por aprovechamiento hidráulico y, tras aludir a las *sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de [21] de junio de 2006 (casación 3837/2000; ES:TS:2006:4198)*, *20 de diciembre de 1996 (apelación 7729/1991; ES:TS:1996:7416)* y *7 de febrero de 2007 (recurso contencioso 78/2003; ES:TS:2007:1497)*, relativas al carácter de resoluciones administrativas de naturaleza no reglamentaria de las instrucciones, circulares u

órdenes de servicio, considera que la DGA 2014, carece de carácter normativo, en atención a su contenido (determinación de la forma de realizar la actuación de las actividades del sistema eléctrico vinculadas al IPC, indicando los factores de actualización que se han de aplicar en las concesiones en las que haya dejado de tener vigencia el índice o forma de actualización prevista en el documento concesional), razonando [FD 6º] al respecto lo siguiente:

"[...] las Instrucciones se limitan a orientar la actividad de los órganos subordinados en ese aspecto concreto, sin pretender regular normativamente la conducta de los ciudadanos, teniendo, como únicos destinatarios, a los órganos jerárquicamente subordinados a los que imparte unos determinados criterios de actuación, lo que permite concluir que las citadas Instrucciones carecen de valor normativo.

[...] resulta evidente que nos encontramos ante una Instrucción que trata de criterios fijados por el Sr. Comisario de Aguas para dirigir, coordinar, unificar y establecer criterios de actuación e interpretación de su personal jerárquicamente dependiente, que son los únicos destinatarios de la Instrucción, no afectando a los derechos y deberes de los interesados ni regulando normativamente, en modo alguno, su conducta.

Tampoco se ha infringido procedimiento alguno, pues la parte insiste en la aplicación de las Instrucciones, ni se infringe el *artículo 14 CE*, pues la circunstancia de que otros organismos de Cuenca hayan aplicado dichas instrucciones no determina, per se, que la Confederación Hidrográfica del Júcar deba aplicarlas, sin que la parte haya acreditado que las circunstancias son idénticas".

El fallo de la sentencia es del tenor literal siguiente: "1.- ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por las mercantiles IBERDROLA RENOVABLES ENERGÍA S.A. y IBERENOVA PROMOCIONES S.A., contra la Resolución de la CHJ de 25 de noviembre de 2016 por la que se inadmite a trámite los recursos de reposición interpuestos frente a las liquidaciones del canon de aprovechamiento hidroeléctrico, de la energía gratuita y de compensación por energía reservada al Estado en el aprovechamiento de Domeño, en el salto del pie de presa del embalse de Loriguilla y en el embalse de Benagéber, la cual se revoca en cuanto declara la inadmisión de los recursos de reposición.

2.- SE DESESTIMAN el resto de las pretensiones de la parte actora, considerando que las liquidaciones son ajustadas a derecho".

TERCERO.- *Preparación y admisión del recurso de casación.*

El procurador D. Onofre Marmaneu Laguía, en representación de las entidades IBERDROLA e IBERENOVA presentó escrito preparando recurso de casación contra la *sentencia dictada el 30 de julio de 2019*.

Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, en primer lugar, identifica como infringidas las siguientes normas del ordenamiento jurídico estatal: (i) el *artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (BOE de 27 de noviembre) ["LRJPAC"] [actual *artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público* (BOE de 2 de octubre) ["LRJSP"]; (ii) el *artículo 9.3 de la Constitución* ["CE

"]; y (iii) el artículo 14 CE .

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana* tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 16 de octubre de 2019 , ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo. La Sección de admisión de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo lo admitió en otro de 11 de junio de 2020, en el que aprecia que concurre en este recurso de casación la circunstancia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia prevista en el artículo 88.2.e de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), precisando que la cuestión que presenta ese interés es la siguiente:

" *Determinar si una instrucción dictada por la titular de la Dirección General del Agua y dirigida a las distintas confederaciones hidrográficas de cuenca, que tienen la consideración de organismos autónomos adscritos, a efectos administrativos, al Ministerio competente en materia de medio ambiente, tiene naturaleza jurídica de una verdadera instrucción, circular u orden de servicio o, por el contrario, se trata de una disposición de carácter reglamentario, atendidas las circunstancias del caso, su contenido y finalidad, en especial, su repercusión sobre el canon por producción del aprovechamiento hidroeléctrico.*

En caso de que la referida instrucción no tenga naturaleza reglamentaria, precisar si, de acuerdo con el principio de confianza legítima, los concesionarios pueden exigir a la Administración pública que se les aplique en aquellos supuestos en que comporte un efecto favorable para ellos, dada su vinculación especial con la Administración.

Para el caso de entender que se produce el incumplimiento o infracción de esa instrucción, circular u orden de servicio, determinar el alcance o proyección respecto de la validez de los actos dictados o derivados de ese incumplimiento o infracción.

3º) Identificar como preceptos que, en principio, serán objeto de interpretación: los artículos 3.1 y 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público , y 9.3 de la Constitución , sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de esta última".

CUARTO.- *Interposición del recurso de casación.*

Doña Nuria Munar Serrano, procuradora de IBERDROLA e IBERENOVA interpuso el recurso de casación mediante escrito de 28 de agosto de 2020, que observa los requisitos legales y en el que solicita de esta Sala: "dicte sentencia que interprete los artículos citados como infringidos y resuelva las cuestiones sometidas a este recurso de casación, de tal modo que:

a) Que con estimación del presente recurso de casación se anule la sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

b) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, el Tribunal Supremo se sitúe en la posición procesal propia del Tribunal de instancia, y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado

el debate procesal en la instancia;

c) En consecuencia estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte contra la Resolución de la Presidenta de la Confederación Hidrográfica del Júcar de 2 de febrero de 2018, en virtud de la cual se inadmiten a trámite las solicitudes de revisión de oficio y devolución de los importes indebidamente ingresados relativas a diversas liquidaciones giradas por la propia CHJ por los conceptos canon de aprovechamiento hidroeléctrico, energía gratuita y compensación por energía reservada al Estado correspondientes a los aprovechamientos de Benagéber y Loriguilla y a los trimestres tercero y cuarto del año 2013, en los términos solicitados en el escrito de demanda, y por tanto, proceda a anular la citada Resolución, anulando y dejando sin efecto las Liquidaciones practicadas y ordene se proceda a su práctica con arreglo a la metodología establecida en las Instrucciones de 2014 y 2015".

Dado traslado del escrito de interposición a la parte recurrida, con fecha 23 de octubre de 2020 la Abogado del Estado presentó escrito de oposición al presente recurso que finaliza solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia impugnada.

QUINTO.- *Señalamiento para deliberación, votación y fallo.*

En virtud de la facultad que le confiere el *artículo 92.6 LJCA*, la Sección no consideró necesaria la celebración de vista pública, por lo que las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, circunstancia que se hizo constar en la oportuna providencia, señalándose al efecto el día 9 de marzo de 2021, fecha en que, efectivamente, comenzó la deliberación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Objeto del presente recurso de casación.*

Estamos en presencia de un canon concesional, como señala la sentencia recurrida. La clave del presente recurso reside en el carácter de las Instrucciones DGA 2014 y de SGGI 2015 ya citadas en los antecedentes. Como se señala en el auto de admisión, aunque existe un abundante cuerpo jurisprudencial sobre la determinación de la naturaleza jurídica de las circulares y de las instrucciones, el recurso que ahora se admite, plantea un supuesto que no ha sido estrictamente examinado, pues lo que se trata ahora de determinar es si la falta de aplicación de una mera instrucción en relación con unos concesionarios, en particular, en el supuesto de que su aplicación produzca para ellos un efecto favorable, puede comportar la quiebra del principio de confianza legítima. La sentencia recurrida considera que carece de carácter normativo, en atención a su contenido (determinación de la forma de realizar la actuación de las actividades del sistema eléctrico vinculadas al IPC, indicando los factores de actualización que se han de aplicar en las concesiones en las que haya dejado de tener vigencia el índice o forma de actualización prevista en el documento concesional), carácter que es rechazado por la parte recurrente, quien, además, aun aceptando a efectos dialecticos tal calificación, considera infringido el principio de confianza legítima y de igualdad, en tanto en cuanto, se le han girado unas liquidaciones por parte de la CHJ que no han aplicado dichas Instrucciones.

Por esos cauces debe discurrir el presente recurso, en consonancia con los distintos apartados de la cuestión casacional.

SEGUNDO.- *Los términos de la controversia y la posición de las partes.*

Las sociedades recurrentes son titulares de los aprovechamientos de las centrales hidroeléctricas de Loriguilla, Domeño y Benagéber. Los títulos concesionales de tales aprovechamientos regulan el régimen económico del mismo, que incluye los conceptos del canon de producción, del derecho a energía gratuita y del derecho a energía reservada.

Señalan las recurrentes que, tras la desaparición generalizada de los índices de actualización, previstos en las concesiones de aprovechamiento hidroeléctrico y sin una norma que previera las consecuencias derivadas de su eliminación, los distintos Organismos de cuenca, de modo unilateral, emplearon criterios diferentes en la actualización de los regímenes económicos de las concesiones. En particular, en el ámbito de la CHJ, se acordó la aplicación del Índice de Evolución de Precios de Consumo, para actualizar los tres conceptos objeto de liquidación: el canon de producción, la energía reservada y la energía gratuita.

Ello, no obstante, consideran que esa situación ha cambiado, tal como reflejan la Instrucción DGA 2014, complementada por la también citada Instrucción SGGI 2015, en la que se establecían los factores para 2013 y 2014.

Defienden que, lejos de establecer meras directrices orientativas, estas Instrucciones contienen verdaderos mandatos, cuyo incumplimiento no incide en el ámbito interno y organizativo de la Administración, sino que tiene efectos frente a terceros, en cuanto que regulan los criterios aplicables ante la modificación normativa acontecida e integran la regulación de las concesiones existentes.

Aducen que su inaplicación por parte de la CHJ, lesiona la expectativa de sus efectos para los administrados, suponiendo un trato desigual a éstos y, además, les ocasiona daños injustificados. Manifiestan que los métodos de cálculo empleados por la CHJ difieren de modo sustancial de los utilizados por otras Confederaciones Hidrográficas ante supuestos sustancialmente idénticos, apartándose radical e injustificadamente de los criterios establecidos en dichas Instrucciones.

Anticipan que, en este contexto, hay que plantearse la verdadera naturaleza de las Instrucciones y la obligatoriedad de su aplicación por parte de la CHJ. Asimismo, hay que cuestionarse si, aún en el caso de que tal naturaleza no llevara aparejada la imperativa observancia de la metodología prevista en las mismas, su inaplicación, vulneraría el principio de confianza legítima de los administrados.

Aseguran que la sentencia recurrida en casación infringe el *art. 21.1 LRJPAC, actual artículo 6 LRJSP*, puesto que no realiza una correcta interpretación de la naturaleza de las Instrucciones, que no depende de su *nomen iuris*, sino de su contenido y alcance, y mucho menos, -apostillan- de la discrecionalidad en su aplicación por parte del órgano subordinado que debe proceder a su cumplimiento.

Mantienen las recurrentes que las Instrucciones en cuestión tienen naturaleza normativa puesto que, utilizando la apariencia de instrucción, repercuten en los derechos y obligaciones a los administrados, en este caso, concesionarios, integrándose en el sistema de fuentes del Derecho Administrativo y, por tanto, afectando a la concesión administrativa, sus derechos y obligaciones.

Y ello es así, -manifiestan las recurrentes- con independencia de que, para la

modificación de las obligaciones de las concesiones administrativas afectadas, sea necesario un acto posterior conforme al procedimiento administrativo correspondiente.

Aseguran que nos encontramos con normas que se facilitan por la DGA y por SGGI a las Confederaciones Hidrográficas para regular las consecuencias de una modificación normativa relativa a la actualización del canon concesional.

Atendiendo a su contenido, sostienen las recurrentes, que "las Instrucciones DGA 2014 y SGGI 2015 no se limitan a cuestiones meramente organizativas e internas de funcionamiento en el marco de una Administración, sino que tienen una clara proyección *ad extra* si bien para que ésta se materialice sea preciso que el órgano competente dicte los actos de aplicación que tendrán efectos directos sobre el administrado, afectando a todo aprovechamiento hidroeléctrico que quede incluido en su ámbito de aplicación".

Según las sociedades, las Instrucciones DGA 2014 y SGGI 2015, establecen el derecho de los concesionarios a que las actualizaciones de los cánones que están obligados a satisfacer, se realicen con arreglo a los criterios en ella explicitados. Postulan que no se trata de disposiciones *ad intra*, sino de verdaderas normas que tienen una repercusión favorable en la liquidación de los conceptos económicos de las concesiones de aprovechamiento hidroeléctrico, sin perjuicio, -admiten- de que ello se materialice por medio de los actos de aplicación de los Organismos de cuenca.

Apuntan que en íntima relación con lo anterior, la sentencia de instancia, infringe los *arts. 9.3 y 103 de la CE*, que garantizan el principio de seguridad jurídica y, por tanto, el de confianza legítima, que proscriben la arbitrariedad de la Administración y dispone que aquélla sirve con objetividad los intereses generales.

Subrayan que la sentencia recurrida deja al arbitrio de los órganos subordinados destinatarios de las órdenes de su superior jerárquico su cumplimiento o no, afectando directamente al principio de jerarquía, con la consiguiente vulneración de los principios de confianza legítima de los administrados, que esperan una actuación de la Administración sujeta a la legalidad y a las órdenes emanadas de órganos superiores.

Piensan que, incluso haciendo abstracción del debate sobre la naturaleza jurídica de las Instrucciones que nos ocupan en particular, y de las instrucciones, circulares y órdenes de servicio con carácter general, no hay lugar a dudas de que tales Instrucciones son de obligado cumplimiento para los órganos jerárquicamente dependientes de aquellos que los dictan, incurriéndose, en caso de incumplimiento, en responsabilidad disciplinaria.

Conectan esa apreciación con lo dispuesto en el *art. 21.1 LRJPAC, actual artículo 6 LRJSP*, por cuanto que la posibilidad de dirección de los órganos administrativos de las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes carecería de virtualidad, deviniendo facultativa y dando lugar a la arbitrariedad y tratos desiguales a los administrados, según el criterio que en cada momento decida adoptar el órgano que dicte el acto administrativo para el que tenga competencia, si el órgano dependiente, como ha ocurrido esta vez, no aplica tales Instrucciones.

Consideran que "esta facultad de dar cumplimiento o no a una instrucción, circular u orden de servicio cuando contengan mandatos claros y objetivos y no meras indicaciones orientativas, daría lugar a tratos desiguales, con la correspondiente

infracción del principio de legalidad, de jerarquía normativa, coordinación, eficacia, entre otros, en el ámbito de todas las Administraciones Públicas", añadiendo después que "quiebra con ello el principio de confianza legítima que implica que los ciudadanos tienen derecho a confiar en que la Administración actuará de forma coherente con sus propios precedentes y mandatos de órganos jerárquicamente superiores". Insisten en que "genera una legítima confianza el contenido de una Instrucción, vinculante y dirigida en concreto a determinados organismos y en la que no se contienen meras directrices sino verdaderos mandatos, objetivos, precisos y claramente delimitado su ámbito de aplicación temporal, atendiendo a las circunstancias concretas de los aprovechamientos afectados"

Abogan que en el supuesto de llegar a un razonamiento distinto se estaría infringiendo el derecho a la igualdad que consagra el *art. 14 de la CE*, toda vez que las Confederaciones Hidrográficas del Ebro y del Duero sí siguen las instrucciones dadas por la DGA, mientras que la CHJ se desmarca de éstas sin que exista elemento alguno que justifique tal apartamiento de las directrices dadas por el órgano jerárquicamente superior.

Opinan que no puede olvidarse que "tal quebranto incide directamente sobre la esfera jurídica de los concesionarios de la CHJ, que ven cómo las liquidaciones que se realizan por ésta se basan en acuerdos transitorios y superados por las Instrucciones de 2014 y 2015 y se arrojan como consecuencia de ello, resultados perjudiciales para éstos".

Finalmente señalan, como corolario lógico de todo lo anterior, que el incumplimiento o infracción de una instrucción como la que nos ocupa, tiene proyección frente a terceros y alcanza a la validez de los actos dictados como consecuencia de tal incumplimiento, en este caso, a la validez de las liquidaciones efectuadas por la CHJ.

La Abogacía del Estado comienza señalando que, en síntesis, la sentencia recurrida desestima las pretensiones de la parte recurrente relativa a la nulidad de las liquidaciones practicadas por el concepto de canon de producción basándose en la ausencia del carácter normativo de las citadas instrucciones, en la inexistente vulneración del principio de igualdad y en el carácter meramente retórico y falta de sustento de los restantes motivos de nulidad invocados.

La Abogacía del Estado sostiene, en relación con la primera parte de la cuestión con interés casacional, que las Instrucciones indicadas carecen de valor normativo, aplicando los criterios reflejados en la *STS de 19 de diciembre de 2018 (rec. cas. 31/2018)* citada en el propio auto de admisión.

Mantiene que, tanto su denominación, como la referencia que contiene al artículo 21 LRJPAC y la declaración expresa que se contiene al final de la Instrucción DGA 2014 de que carece de rango normativo sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se puede incurrir en caso de incumplimiento, "son plenamente coherentes con su contenido y finalidad centrados en el establecimiento de directrices dirigidas a las Confederaciones Hidrográficas sobre los criterios a aplicar en la actualización del canon concesional en aquellos supuestos en los que haya dejado de tener vigencia el índice o forma de actualización prevista en el documento concesional, con el objetivo de dividir, coordinar y establecer criterios de actuación de los Organismos de cuenca, únicos destinatarios de la Instrucción".

Asegura que la instrucción no innova el ordenamiento jurídico y no responde a un mandato general del legislador, expreso o implícito.

Afirma que la instrucción no es una disposición general en la medida en que la materia sobre la que versa, limitada a la forma de actualización del canon concesional, es de naturaleza contractual o convencional y, por tanto, su determinación es ajena a la vocación de generalidad propia de las normas jurídicas.

En relación con la segunda parte de la cuestión con interés casacional, la aplicación de la Instrucción relativa al principio de confianza legítima, recuerda un extremo al de que otorga gran importancia cual es que, como pone de manifiesto la sentencia recurrida, la aplicación del IPC, como criterio de actualización del canon que recogen las liquidaciones impugnadas, es fruto de la propuesta de las concesionarias, aceptada por el Organismo de cuenca.

Llama la atención sobre el planteamiento de la recurrente que pasa por considerar la Instrucción de 2014 como "precedente administrativo" cuyo incumplimiento supondría la vulneración de la doctrina de los actos propios y el principio de confianza.

Rechaza tal planteamiento, manifestando que "la CHJ no ha variado el criterio que ha venido manteniendo en las liquidaciones giradas a las concesionarias que, en sustitución de los criterios de actualización previstos en la cláusula concesional, ya inaplicables, establecen el IPC como factor de actualización del canon concesional, tal y como propusieron los recurrentes".

Subraya la Abogacía del Estado que, más bien, la calificación de "precedente administrativo" debe atribuirse al criterio aplicado en las liquidaciones que se recurren, no a la mentada Instrucción de 2014.

Descarta que haya tenido lugar en esta ocasión alguna actuación del administrado que haya sido orientada por la Instrucción. Propugna que "la instrucción de 2014 no es, "per se" un acto idóneo para revelar una vinculación jurídica que quiebre la confianza legítima de los concesionarios en cuanto determinante de su futura conducta o decisión a adoptar".

Advierte que lo congruente es rechazar que la instrucción de 2014 tenga carácter normativo y rechazar también que la Administración no quede vinculada por ella frente a los concesionarios, pues lo contrario sería tanto "como admitir en la práctica el reconocimiento de su carácter *ad extra* sin ser una norma reglamentaria, ni por tanto haberse sometido en su elaboración a las garantías procedimentales pertinentes".

En relación con el alcance del incumplimiento de la instrucción respecto de la validez de los actos dictados o derivados del mismo, señala que debe partirse del mandato legal del *artículo 21.2 LRJPAC -hoy artículo 66 LRJSP* -. En ese sentido, rebate la tesis de que, con carácter y proyección general, que la falta de aplicación de una instrucción interna sea, siempre, manifestación de una conducta administrativa arbitraria. Defiende que ello dependerá de las concretas circunstancias del caso y, en la presente ocasión, afirma, la alegación de la parte recurrente es meramente retórica y, además, insiste en ello, "la aplicación del IPC como factor de actualización del canon concesional que se contiene en las liquidaciones fue pactada por las concesionarias y la CHL, en el marco del ámbito contractual en el que se enmarcan las concesiones, lo que

construye un verdadero precedente a aplicar".

Por último, rechaza la pretendida vulneración del principio de igualdad, basándose, como ya hizo la sentencia recurrida, en la falta de prueba de la identidad de los supuestos que se invocan de contraste.

TERCERO.- *El criterio interpretativo de la Sala con respecto a la cuestión con interés casacional.*

La Instrucción de la Directora General del Agua, de 6 de octubre de 2014, relativa a los criterios a aplicar en la actualización del canon concesional y a los principios de recuperación de costes al ampro de lo establecido en el *artículo 21 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común*, establece los factores de actualización de los cánones concesionales. Esta instrucción era de aplicación a la actualización de los cánones concesionales hasta el año 2013. En su apartado 5, habilita a la Subdirección General de Gestión Integrada del Dominio Público Hidráulico a desarrollar con idénticos criterios, los sucesivos factores de actualización. Haciendo uso de esa habilitación con fecha 1 de julio de 2015 se dictó la correspondiente Instrucción complementaria, que se aplica a los cánones concesionales correspondientes a las liquidaciones de los años 2013 y siguientes. Ninguna de las dos instrucciones se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado. Constan en los autos al haber sido aportadas por las empresas recurrentes .

Con fecha 4 de julio de 1991 se otorgó a Hidroeléctrica Española la concesión para la explotación de los aprovechamientos hidroeléctricos de los saltos de pie de presa de los embalses de Benagéber y de Loriguilla y del Salto de Domeño sobre el canal principal del campo del Turia. Esta concesión fue segregada con fecha 12 de septiembre de 2001 en tres títulos concesionales independientes a favor de tres aprovechamientos hidroeléctricos: la Central Hidroeléctrica de Benagéber, bajo la titularidad de IBERDROLA RENOVABLES ENERGIRA, S.A., la Central Hidroeléctrica de Loriguilla y la Central Hidroeléctrica de Domeño, ambos para la titularidad de IBERNOVA PROMOCIONES, S.A. Posteriormente, la CHJ acordó la transferencia de tales aprovechamientos en favor de las hoy actoras.

La primitiva concesión de 1991, y los títulos resultantes de su segregación en 2001, contemplan tres tipos de derechos económicos en favor de la Administración (que se reducen a dos en el caso del aprovechamiento de la Central Hidroeléctrica de Domeño): a) el canon por la producción de energía eléctrica; b) el derecho a energía gratuita y c) el derecho a energía reservada.

En relación con el canon por la producción de energía eléctrica, la cláusula 22ª establece el abono, por parte de la concesionaria, de un canon de 0,30 pesetas por cada Kwh producido, con determinadas especificaciones, canon que se revisará periódicamente, según lo dispuesto en la cláusula 23ª. Por lo que se refiere a los índices de actualización, ante la desaparición de las tarifas con arreglo a las cuales se llevaba a cabo dicha revisión, con fecha 24 de enero de 2010, las concesionarias (las hoy recurrentes) propusieron que la actualización del precio medio de referencia (PMR) se realizase aplicando la variación mensual del IPC, tomando como base el valor de dicho precio de junio de 2008, correspondiente a cada uno de los embalses, a lo que la CJH accedió mediante comunicación de 3 de febrero de 2011.

El *artículo 132.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico*, aprobado por *Real Decreto 849/1986, de 11 de abril*, prevé la posibilidad de utilizar, con fines

hidroeléctricos, presas de embalse o los canales construidos total o parcialmente con fondos del Estado o propios del Organismo de cuenca. Esa utilización, según establece el artículo 133 de dicho Reglamento, entraña el pago de un canon anual denominado concesional o contractual, que se revisa con arreglo al documento concesional.

Señala la sentencia recurrida, remitiéndose la Instrucción de 2014, que, en algunas ocasiones, los índices o tarifas de referencia han dejado de elaborarse o han perdido su vigencia por las modificaciones normativas del sector eléctrico. En estos casos, los Organismos de cuenca han optado por aplicar distintas formas de actualización. La Instrucción dispone que los factores de actualización que en ella se establecen serán de aplicación en las concesiones en las que haya dejado de tener vigencia el índice o forma de actualización prevista en el documento concesional. No ha sido ese el caso, como pone de manifiesto la sentencia recurrida, puesto que han sido las propias actoras las que han propuesto, y la Confederación Hidrográfica del Júcar ha aceptado, las distintas maneras de actualización, como se ha indicado en uno de los precedentes párrafos.

El debate se centra, en primer lugar, en la naturaleza de las Instrucciones de 2014 y 2015 ya mencionadas. Pues bien, la Instrucción de la Directora General del Agua de 6 de octubre de 2014, indica que se dicta al amparo de lo establecido en el *artículo 21 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común*, que establece en su apartado 1 que:

"Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes, mediante instrucciones y órdenes de servicio.

Quando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda".

No existe ninguna duda de que, desde el punto de vista formal, las instrucciones son lo que dicen ser, esto es, instrucciones. Así se desprende de sus respectivas denominaciones y, asimismo, se deduce de la declaración contenida en el último párrafo de la Instrucción DGA 2014 de que "la presente instrucción carece de rango normativo, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en la que se pueda incurrir en caso de incumplimiento" (Cfr. *STS de 19 de diciembre de 2018, rec. cas. 1844/2018*). Su estructura, por lo demás, no se asemeja a las disposiciones que tienen carácter normativo, esto es, no se ordena en títulos, capítulos, artículos, disposiciones adicionales, finales, derogatorias.

Con todo y con eso, las dudas sobre su naturaleza no quedan despejadas, puesto que la mera denominación como instrucciones, no excluye que puedan tener carácter normativo y eso es lo que se desprende de su contenido. Como señala la *STS de 31 de enero de 2018, rec. cas. 2289/2016*, hay que distinguir las normas reglamentarias de "las meras instrucciones, órdenes en definitiva, que con fundamento en la potestad de auto organización que es inherente a toda Administración Pública, pueden hacer los órganos superiores sobre los inferiores en cuanto al funcionamiento interno de cada Administración; en esa función de "dirigir la actividad" interna de la Administración dando órdenes e instrucción sobre los órganos jerárquicamente subordinados y que, en cuanto tal, ni innovan el ordenamiento jurídico, sino que lo ejecutan, ni trascienden a los ciudadanos, porque se reserva para el ámbito interno, doméstico, de la propia Administración, haciendo abstracción de la sujeción general de la ciudadanía a la potestad reglamentaria, aunque ciertamente esas órdenes internas

tengan la vocación de regir en las relaciones de los respectivos órganos administrativos para con los ciudadanos dentro del ámbito establecido por la norma legal o reglamentaria que regule una determinada actividad prestacional o de relación con ellos". Se ha dicho que "el carácter normativo o no que haya de atribuirse a una determinada decisión de un órgano administrativo, no depende solo de la clase de materia sobre la que verse. Lo verdaderamente decisivo es el alcance y significación que su autor otorgue a dicha decisión. Esto último comporta que, cuando la decisión tenga como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo, y exteriorice por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar, habrá de admitirse que lo que se está dictando no es un acto normativo con eficacia externa para los ciudadanos sino una de esas instrucciones u órdenes de servicio que autoriza y regula el citado artículo 21 de la LRJ/PAC " (STS de 21 de junio de 2006, rec. 3837/2000)".

Lo decisivo, por tanto, no es *nomen iuris*. Tanto da como se llame (instrucción o circular) lo relevante es su contenido. La teoría está clara, tal como se desprende de la consolidada doctrina jurisprudencial, las dificultades para decantarse por una u otra opción surgen en la práctica, de suerte que la solución vendrá dada en función del concreto contenido de la "instrucción".

Las instrucciones controvertidas carecen de carácter normativo cuando, como es el caso, "su vocación es la de simple mandato dirigido a los funcionarios públicos a los que establece criterios de actuación meramente interpretativos de las disposiciones reglamentarias, que aun pudiendo incidir en los intereses de los particulares, no innovan el ordenamiento jurídico" (cr. STS de 31 de enero de 2018, (rec. cas. 2289/2016).

Efectivamente, las Instrucciones 2014 y 2015 no introducen ningún requisito nuevo. No innovan el ordenamiento. Las Instrucciones que nos ocupan, en tanto tales, van dirigidas, desde el punto de vista subjetivo, a los órganos administrativos destinatarios de las mismas, no van dirigidas a terceros ajenos a dicho ámbito .

No consideramos que las Instrucciones mencionadas tengan carácter normativo. Examinado su contenido llegamos a la conclusión de que respetan los márgenes que, a las instrucciones o circulares, atribuye el artículo 21 21.2 LRJPAC -hoy artículo 6 6 LRJSP -. El contenido de tales instrucciones es el propio de las mismas, fijar unos criterios o pautas interpretativas por parte de órganos superiores jerárquicos a los Organismos de cuenca. Sus únicos destinatarios son los órganos jerárquicamente dependientes de las que las dictan, a los que se imparten unas determinadas pautas interpretativas sobre la actualización del canon concesional. Únicamente a ellos vinculan esas directrices, de suerte que su incumplimiento no trasciende la esfera interna a la que van dirigidas. Pueden acarrear responsabilidad disciplinaria, como así se advierte en la Instrucción DGA 2014, pero su inaplicación no tiene repercusión, por si misma, sobre la validez de las liquidaciones giradas (las aquí recurridas).

Las instrucciones controvertidas al carecer de la naturaleza y de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no regulan derechos y deberes de los concesionarios. No contienen previsiones *ad extra* que vinculen o afecten a terceros (los concesionarios) incidiendo en su situación jurídica al fijar en determinados aspectos las condiciones de la concesión y, entre ellas, la actualización del importe del canon concesional.

No se concretan por las recurrentes los aspectos que demostrarían que lo recogido en las Instrucciones va más allá de un simple mandato dirigido a órganos dependientes de quien la ha dictado. Se realizan afirmaciones genéricas desde un enfoque amplio, pero no se desciende al plano de lo concreto, lo cual es necesario si, como en este caso, se pretende demostrar que, pese a su denominación, su verdadero carácter es ser normas reglamentarias, que no meras instrucciones.

No solo no carecen de carácter normativo las Instrucciones motivo de controversia, sino que, en modo alguno, han podido generar una confianza legítima en los concesionarios de que en las liquidaciones giradas por la CHJ debían aplicarse tales instrucciones. No se ha demostrado qué, en circunstancias como las concurrentes, tales Instrucciones se hayan aplicado. El desarrollo que ha venido rigiendo la relación de la CHJ con las hoy actoras, en materia de actualización del canon concesional, conduce a una solución contraria. La parte recurrente parte de la premisa de que, sea cual sea su naturaleza, las instrucciones serían aplicables a las liquidaciones recurridas. Lo cierto es que esa premisa no se cumple, en esta ocasión. Por tanto, ningún efecto desfavorable tiene, sobre la validez de las liquidaciones recurridas, el hecho de que tales instrucciones no se hayan aplicado en esta ocasión.

A la vista de todo, procede que respondamos a la cuestión con interés casacional declarando:

- primero, que la instrucción de 6 de octubre de 2014 dictada por la Dirección General del Agua, y la Instrucción complementaria de 1 de julio del Subdirector General de Gestión Integrada del Dominio Público Hidráulico dirigidas a las distintas Confederaciones hidrográficas de cuenca, que tienen la consideración de organismos autónomos adscritos, a efectos administrativos, al Ministerio competente en materia de medio ambiente, tienen naturaleza jurídica de verdaderas instrucciones, atendidas las circunstancias del caso, su contenido y finalidad, en especial, su repercusión sobre el canon por producción del aprovechamiento hidroeléctrico;

- y, segundo, que, con arreglo al principio de confianza legítima, atendidas las circunstancias del caso, los concesionarios no pueden exigir a la Administración pública que se les apliquen en aquellos supuestos en que comporte un efecto favorable para ellos, dada su vinculación especial con la Administración.

No procede que nos pronunciemos sobre la tercera parte de la cuestión con interés casacional puesto que consideramos que, ciñéndonos al presente caso, que es el que ahora importa, no se ha producido el incumplimiento o la infracción de esas instrucciones, que vendría motivada por su inaplicación, puesto que, como se ha dicho anteriormente, no se ha acreditado por las recurrentes que su aplicación, en las circunstancias analizadas en el presente recurso de casación, fuera exigible por los concesionarios.

CUARTO.- *Resolución de las pretensiones deducidas en el recurso de casación.*

A la vista de los razonamientos expresados en el fundamento de derecho precedente, procede declarar no haber lugar al recurso de casación, lo que comporta la confirmación de la sentencia recurrida y, con ella, la de los actos y resoluciones recurridas.

QUINTO.- *Pronunciamiento sobre costas.*

En virtud de lo dispuesto en el *artículo 93.4 LJCA* , al no apreciarse mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede declaración expresa de condena en dicho concepto en lo que se refiere a las causadas en este recurso de casación.

FALLO

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

1º- Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia.

2º- No haber lugar al recurso de casación número 7190/2019 interpuesto por la procuradora, doña Nuria Munar Serrano en nombre y representación de IBERDROLA RENOVABLES ENERGÍA, S.A., y de IBERENOVA PROMOCIONES, S.A., contra la *sentencia número 1266/2019, de 30 de julio, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el procedimiento Ordinario 327/2017* , relativo a liquidaciones del canon de aprovechamiento hidroeléctrico, de la energía gratuita y de compensación por energía reservada al Estado en el aprovechamiento de Domeño, en el salto del pie de presa del embalse de Loriguilla y en el embalse de Benagéber, con lo cual se confirma y, con ella las liquidaciones recurridas.

3º- No hacer imposición de las costas procesales de esta casación.

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

Así se acuerda y firma.

La Excm. Sra. Dña. Esperanza Córdoba Castroverde votó en Sala pero no pudo firmar, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sección Segunda D. José Antonio Montero Fernández.