

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA SOLICITUD DE REVOCACIÓN PRESENTADA POR UNIBAIL RODAMCO SPAIN, S.L.U. EN RELACIÓN CON LA DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO CONTRA EL ACUERDO DEL DIRECTOR DE ENERGÍA DE 28 DE JULIO DE 2017 RELATIVO A LA RETRIBUCIÓN PRIMADA DE LOS AÑOS 2010 A 2016.

R/AJ/062/17

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a. María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

SECRETARIO DE LA SALA

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 12 de abril de 2018

Vista la solicitud de revocación presentada por Unibail Rodamco Spain, S.L.U. con respecto a la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 5 de diciembre de 2017, relativa al recurso de alzada interpuesto por esa empresa contra el Acuerdo del Director de Energía de 28 de julio de 2017 por el que se deniega la percepción de retribución primada a la instalación de cogeneración Los Arcos, de titularidad de esa empresa, respecto de los años 2010 a 2016, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Solicitud formulada por Unibail Rodamco Spain a través de su representante.

Mediante escrito de 12 de julio de 2017, [---], representante a efectos de liquidaciones de la instalación de cogeneración Los Arcos (CIL ¹ ---), de titularidad de Unibail Rodamco Spain, S.L.U., informó a la CNMC que, por medio de una Resolución de 11 de febrero de 2016, la Dirección General de Política Energética y Minas había reconocido a la instalación el derecho a resultar inscrita en el Registro de Régimen Retributivo Específico en estado de

¹ Código de Instalación de producción a efectos de Liquidación.

explotación, y había considerado que la fecha a partir de la cual tiene derecho a percibir dicho régimen es la del 1 de enero de 2010. Al amparo de esa Resolución, [REPRESENTANTE] solicitaba a la CNMC el abono de las correspondientes retribuciones.

[REPRESENTANTE] adjuntaba a su solicitud la Resolución de 11 de febrero de 2016 de la Dirección General de Política Energética y Minas. Esta Resolución acuerda inscribir a la instalación, como instalación en estado de explotación, en el Registro de Régimen Retributivo Específico, indicando que la inscripción de esa misma instalación en estado de preasignación fue realizada el 14 de julio de 2015 como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recaída en el recurso contencioso-administrativo 4/2013 (Sentencia que anula la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 26 de enero de 2012, que tuvo a esa empresa por desistida de su solicitud de inscripción en el Registro de Preasignación de Retribución).

Segundo.- Contestación del Director de Energía a la solicitud formulada.

Mediante escrito de 28 de julio de 2017, el Director de Energía de la CNMC remitió a [REPRESENTANTE] la siguiente contestación relativa a la solicitud presentada:

“La CNMC en cuanto tuvo conocimiento de la citada Resolución de inscripción, procedió a realizar con diligencia las actuaciones necesarias para la práctica de las correspondientes liquidaciones a la instalación. Los motivos por los que, no obstante, la instalación de cogeneración denominada Los Arcos no ha percibido retribución, aun estando dada de alta en estado de explotación desde el 1 de enero de 2010, son de diversa índole según se expone a continuación:

1.- Por incumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente (REE) para las cogeneraciones.

- En cuanto al ejercicio 2010, se ha comprobado que, no obstante presentar un documento para la determinación del calor útil, de la electricidad y del ahorro de energía primaria de cogeneración, no puede considerarse cumplida la obligación de acreditación del REE de la instalación al no estar certificado por una entidad reconocida por la Administración competente, de conformidad con lo exigido en el artículo 19.1 del ya derogado RD 661/2007, de 25 de mayo, vigente durante ese año.*
- En cuanto a los ejercicios 2011, 2012 y 2013, no presentaron certificado alguno del cumplimiento del REE al que se refiere el artículo 48 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, en los términos previstos en su artículo 19.*

Tanto en este supuesto de no presentación, como en el anterior correspondiente al ejercicio 2010 de presentación incorrecta, hay que aplicar las penalizaciones previstas en el propio RD 661/2007, que establece como condición necesaria para acogerse al régimen especial el cumplimiento y acreditación del REE en los promedios establecidos.

2.- *Por incumplimiento del número de horas equivalentes de funcionamiento.*

- *En lo que se refiere a los ejercicios 2014, 2015 y 2016, el motivo de la no liquidación, no obstante la presentación del certificado del REE para cada ejercicio, es que el número de horas de funcionamiento anual de la instalación no ha superado el umbral de funcionamiento al que se refiere el artículo 21.1 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, de aplicación desde el 14 de julio de 2013.*

En este caso, resulta de aplicación lo dispuesto literalmente en el apartado c) del artículo 21.4 que literalmente dispone:

"En el caso de que el número de horas equivalentes de funcionamiento de la instalación sea inferior al umbral de funcionamiento de la instalación tipo en dicho año, el titular de la instalación perderá el derecho al régimen retributivo específico en ese año"

En conclusión, no obstante estar dada de alta su instalación en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación desde el 1 de enero de 2010 y así constar igualmente en nuestro Sistema de Liquidación (SICILIA), no puede percibir la retribución primada/retributiva específica que pudiera corresponderle durante los años indicados por incumplimiento de las obligaciones exigidas por la legislación, en su momento aplicable, en los términos antedichos."

El Acuerdo adoptado por el Director de Energía fue notificado a [REPRESENTANTE] el 1 de agosto de 2017.

Tercero.- Recurso interpuesto por Unibail Rodamco Spain.

El 31 de agosto de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Unibail Rodamco Spain, S.L., por el que se viene a interponer recurso contra la decisión del Director de Energía, y por el que se solicita, de nuevo, que se le reconozca su derecho a percibir la retribución regulada desde el año 2010.

- Específicamente, respecto a la retribución de los años 2010 a 2013, Unibail Rodamco Spain considera que, dado que hasta la Resolución de 11 de febrero de 2016 de la Dirección General de Política Energética y Minas se le denegó el derecho al régimen de retribución regulada, no se le puede denegar ahora el abono de las liquidaciones correspondientes a dicho régimen con base en las obligaciones formales que dicho régimen establecía. En cualquier caso, Unibail Rodamco Spain adjunta a su escrito documentación que considera que certifica el cumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente.
- En cuanto a los años 2014 a 2016, Unibail Rodamco Spain argumenta que fue precisamente la incorrecta actuación de la Administración (la cual no le reconoció derecho al régimen de retribución regulada sino

hasta el 11 de febrero de 2016) lo que le impidió explotar con normalidad su instalación y cumplir así con las horas de funcionamiento anual.

Cuarto.- *Subsanación del escrito de interposición.*

Por escrito de 17 de octubre de 2017, notificado el 20 de octubre de 2017, la CNMC, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 y 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requirió a Unibail Rodamco Spain para que acreditara la representación que ostentaba el firmante del escrito presentado, o subsanase dicho escrito por persona o personas debidamente apoderadas.

El 31 de octubre de 2017 se recibió en el Registro de la CNMC la subsanación requerida, presentada por un representante habilitado de la instalación.

Quinto.- *Resolución del recurso de alzada.*

El 5 de diciembre de 2017 la Sala de Supervisión Regulatoria acordó desestimar el recurso de alzada interpuesto:

- En lo relativo a la retribución de los años 2010 a 2013, se consideró que los documentos presentados por Unibail Rodamco Spain junto con su recurso no pueden considerarse como cumplimiento del requisito establecido en el artículo 19.1, párrafo segundo, en relación con el artículo 48.1, del Real Decreto 661/2007, relativo a la certificación –por parte de entidad acreditada- del rendimiento eléctrico equivalente de una instalación. Esos documentos presentados por Unibail Rodamco Spain consistían en los resúmenes- anuales del anexo IV del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, y no recogen el dato del rendimiento eléctrico equivalente, ni están emitidos por una entidad acreditada.
- En lo relativo a la retribución de los años 2014 a 2016, se consideró que no procede, respecto de esos años, el reconocimiento de la retribución regulada de la instalación por motivo de la falta de superación del umbral de funcionamiento aplicable de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio. Asimismo, se indicó que, si Unibail Rodamco Spain apreciase nexo causal entre la falta de producción de su instalación y la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 26 de enero de 2012 (que tuvo a esa empresa por desistida de su solicitud de inscripción en el Registro de Preasignación de Retribución, y que fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid), lo que procedería es que esa empresa instara una reclamación de responsabilidad patrimonial (pero no puede pretender que la CNMC infrinja los requisitos previstos en la normativa aplicable, para reconocerle una retribución que, conforme a las previsiones de dicha normativa, no le corresponde).

Sexto.- Solicitud de revocación relativa a la desestimación que afecta al período 2010-2013.

El 24 de enero de 2018 se ha recibido en el Registro de la CNMC escrito de Unibail Rodamco Spain, por el que se indica que la resolución desestimatoria del recurso de alzada incurre en error en relación con la decisión adoptada respecto del período 2010-2013, ya que no se ha considerado un certificado del rendimiento eléctrico equivalente emitido por la entidad [---], que fue presentado el 31 de agosto de 2017 en la CNMC a través de otra entrada registral diferente a la del escrito de interposición del recurso de alzada.

Por lo demás, con respecto al período 2014-2016, Unibail Rodamco Spain señala lo siguiente en esta solicitud de revocación: *“Que, en relación con la retribución correspondiente a los años 2014 a 2016, desestimada por no superar el umbral de funcionamiento aplicable, mi representada muestra igualmente su disconformidad con la Resolución notificada. En tal sentido, debe notarse que UNIBAIL-RODAMCO había interpuesto ya la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, sin perjuicio de lo cual se reserva, asimismo, el ejercicio de las acciones legales que en Derecho procedan frente a la resolución objeto del presente escrito.”*

Por ello, Unibail Rodamco Spain solicita a la CNMC lo siguiente: *“se revoque o anule la Resolución de 5 de diciembre de 2017 y se dicte una nueva Resolución por la que se reconozca y abone a mi representada la retribución correspondiente al régimen primado de los años 2010, 2011, 2012 y 2013, en los términos solicitados y acreditados en este escrito”.*

Unibail Rodamco Spain adjunta a su solicitud de revocación certificación del rendimiento eléctrico equivalente de su instalación Los Arcos, emitida por [---] el 11 de agosto de 2017, relativa al período 2010-2013.

Esta misma documentación fue presentada nuevamente por [REPRESENTANTE], representante de la instalación, el 30 de enero de 2018, a través del registro telemático.

El 12 de febrero de 2018, Unibail Rodamco Spain volvió a presentar un nuevo escrito en el Registro de la CNMC, adjuntando, con carácter complementario, un certificado de la existencia de equipos de medida de calor útil y de energía primaria adecuados para una instalación de cogeneración. Dicha documentación fue nuevamente presentada por [REPRESENTANTE] el 15 de febrero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- SOBRE LAS SOLICITUDES DE REVOCACIÓN.

El artículo 109.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, permite a las Administraciones Públicas revocar los actos desfavorables para los interesados, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción, y que la revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico, al interés público o infrinja el principio de igualdad: *“Las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.”*

En este sentido, Unibail Rodamco Spain solicita a la CNMC que revoque su resolución desestimatoria de 5 de diciembre de 2017 en relación con el período 2010-2013, porque considera que su instalación cumple, para dicho período, el requisito para obtener la retribución regulada, al existir un certificado de entidad acreditada acerca del cumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente aplicable.

SEGUNDO.- SOBRE LA DOCUMENTACIÓN PRESENTADA POR UNIBAIL RODAMCO SPAIN EN RELACIÓN CON EL RENDIMIENTO ELÉCTRICO EQUIVALENTE DEL PERÍODO 2010-2013.

El 31 de agosto de 2017 Unibail Rodamco Spain presentó de forma presencial en el registro de la CNMC su escrito de interposición del recurso de alzada (entrada con nº de registro 42520, efectuada a las 9:31 de ese día 31 de agosto; folio 9 del expediente administrativo R/AJ/62/17). A dicho escrito de interposición se adjuntaba un único documento (denominado “documento 1”), al que se aludía en la página 6 del escrito de interposición (folio 16 del expediente administrativo), y que se presentaba a los efectos de acreditar el rendimiento eléctrico equivalente de los años 2010-2013. Dicho documento (contenido en los folios 19 a 22) consistía en la memoria-resumen sobre los datos de la instalación, elaborada de acuerdo con el anexo IV del Real Decreto 661/2007, de 26 de mayo, que se firma por el propio representante de la instalación, y que no se refiere al rendimiento eléctrico equivalente de la misma.

En su solicitud de revocación, Unibail Rodamco Spain alude, sin embargo, a otro documento que fue presentado, y que sí contenía una certificación del rendimiento eléctrico equivalente.

A este respecto, se ha podido comprobar que el propio 31 de agosto de 2017 [REPRESENTANTE] presentó de forma telemática en el registro de la CNMC (entrada nº 2017RT026006, efectuada a las 14:49 de dicho día 31 de agosto)

un certificado emitido el 11 de agosto de 2017 por [---] en relación con la instalación de cogeneración Los Arcos y respecto del período 2010-2013. La remisión de este certificado no venía acompañada de un escrito de presentación, y en el formulario de presentación telemática no se aludía en modo alguno al recurso de alzada presentado previamente por Unibail Rodamco Spain; de hecho, al identificar el “Procedimiento” en el apartado correspondiente del formulario de presentación, se indicaba meramente lo siguiente (ver folio 146 del expediente administrativo): *“Circular 1/2017, que regula la solicitud de información y el procedimiento de liquidación, facturación y pago del régimen retributivo específico de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos”*.

Asimismo, cuando se requirió subsanación a Unibail Rodamco Spain en el marco del procedimiento R/AJ/62/17, nada indicó esta empresa acerca de que su representante hubiera presentado un documento complementario al del escrito de interposición del recurso que se solicitaba subsanar (ver folios 31 y 32 del expediente).

De este modo, no se estableció ninguna vinculación entre el recurso presentado por Unibail Rodamco Spain y la documentación sobre el rendimiento eléctrico equivalente presentada por su representante a efectos de liquidaciones: Ni en el recurso se aludía a ese certificado que se presentaba de forma separada, ni en la presentación del certificado se aludía en modo alguno al recurso. Es más, el recurso aportaba -por toda justificación del rendimiento eléctrico equivalente- la memoria-resumen que adjuntaba.

Expuestas estas circunstancias, que permiten aclarar los hechos producidos, lo cierto es que se conoce ahora que Unibail Rodamco Spain disponía de un certificado del rendimiento eléctrico equivalente, presentado en el registro de la CNMC con carácter previo a la resolución adoptada el 5 de diciembre de 2017.

Este certificado está emitido por [---], entidad acreditada por ENAC, y, conforme al mismo, se certifican los siguientes rendimientos de la instalación de cogeneración Los Arcos:

	2010	2011	2012	2013
ree	60,1%	59,3%	50,1%	80,5%

La instalación de cogeneración Los Arcos, funciona con gas natural. Según el anexo I del Real Decreto 661/2007, disposición aplicable en relación con el período 1 de enero de 2010 – 13 de julio 2013, el rendimiento eléctrico equivalente de una instalación de cogeneración que funciona con gas natural en motores térmicos ha de ser del 55%; si bien, *“Para aquellas instalaciones cuya potencia instalada sea menor o igual 1MW, el valor del rendimiento eléctrico equivalente mínimo requerido será un 10 por ciento inferior”*.

Siendo la instalación de cogeneración Los Arcos de 999 kW, el rendimiento eléctrico exigible a esta instalación era, por tanto, del 49,5%.

La misma exigencia del 55%, y la misma previsión sobre la reducción del 10%, se contiene en el anexo XIV del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio; disposición aplicable con respecto a la producción efectuada desde el 14 de julio de 2013, de acuerdo con lo previsto a este respecto en la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio.

Así, ha de concluirse que la instalación de cogeneración Los Arcos cumple, con respecto a todo el período 2010-2013, el requisito sobre certificación del rendimiento eléctrico equivalente, establecido en el artículo 19.1, párrafo segundo,² del Real Decreto 661/2007, en relación con el artículo 48.1 del mencionado Real Decreto³.

No procede, por tanto, aplicar la previsión del anexo I del Real Decreto 661/2007 de que, en caso de incumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente, la instalación no podrá acogerse al régimen económico primado: *“Será condición necesaria para poder acogerse al régimen especial regulado en este real decreto, para las instalaciones de producción del grupo a.1 del artículo 2.1 [cogeneraciones] y para aquéllas que estén acogidas a la disposición transitoria segunda del presente real decreto y anteriormente les fuese de aplicación este requisito, que el rendimiento eléctrico equivalente de la instalación, en promedio de un período anual, sea igual o superior al que le corresponda según la siguiente tabla: (...)”*

TERCERO.- PROCEDENCIA DE LA REVOCACIÓN PARCIAL.

Habiéndose acreditado el cumplimiento del requisito del rendimiento eléctrico equivalente para el período 2010-2013, procede revocar la Resolución de 5 de diciembre de 2017, como acto desfavorable que es para el interesado.

Esta revocación no es contraria al ordenamiento jurídico, ni al orden público, ni se produce después del plazo de prescripción de la acción. La revocación es, en realidad, conforme al ordenamiento jurídico, al haberse acreditado, para el

² *“En el caso de las instalaciones que tengan la obligación del cumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente se remitirá un certificado, de una entidad reconocida por la Administración competente, acreditativo de que se cumplen las exigencias mínimas del anexo I, así como del valor realmente alcanzado de rendimiento eléctrico equivalente, debiendo notificar cualquier cambio producido en los datos aportados para la autorización de la instalación, para la inclusión en el régimen especial o para la inscripción en el registro.”*

³ *“Cualquier instalación de cogeneración a la que le sea exigible el cumplimiento de lo establecido en el anexo I del presente real decreto [cumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente], deberá calcular y acreditar a final de año el rendimiento eléctrico equivalente real alcanzado por su instalación. Para ello además deberá acreditar y justificar el calor útil producido por la planta y efectivamente aprovechado por la instalación consumidora del mismo.”*

período de tiempo indicado, el cumplimiento del requisito que permite atribuir a la planta la percepción de la retribución primada, y eliminarse con ello, el obstáculo establecido en ese sentido en el anexo I del Real Decreto 661/2007.

Ahora bien, esta revocación ha de ser parcial, pues lo señalado afecta, como se ha venido indicando, y tal y como solicita Unibail Rodamco Spain en su solicitud de revocación, sólo al período de 2010-2013. Asimismo, ha de matizarse que el hecho de que se haya eliminado el impedimento para la percepción de la retribución que está establecido en el anexo I del Real Decreto 661/2007 no es obstáculo para la aplicación de los parámetros y coeficientes que correspondan a los efectos de determinar dicha retribución, ni, por tanto, predetermina la necesidad de cobrar una determinada retribución.

A este respecto, ha de destacarse que el año 2013 (al que parcialmente resultan de aplicación los parámetros y condiciones establecidos en el Real Decreto 413/2014, en los términos que establece la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 9/2013) quedará sujeto a las correcciones que, en su caso, resulten del artículo 21 de dicho Real Decreto 413/2014 (*“Correcciones de los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación como consecuencia del número de horas equivalentes de funcionamiento de la misma”*); corrección que tiene lugar a través de la aplicación del coeficiente “d”.

Vistos los hechos y fundamentos expuestos, la Sala de Supervisión Regulatoria

RESUELVE

ÚNICO-. Revocar parcialmente la Resolución de 5 de diciembre de 2017 relativa al recurso de alzada interpuesto por Unibail Rodamco Spain, S.L.U., estimando, en consecuencia, la solicitud de dicha empresa en lo relativo a la acreditación del rendimiento eléctrico equivalente de la instalación de cogeneración Los Arcos en el período 2010-2013, debiendo la citada instalación percibir la retribución regulada que, en su caso, le corresponda por el citado período de tiempo.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses,

de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.