



Roj: **SAN 2820/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2820**

Id Cendoj: **28079230042022100400**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **12/05/2022**

Nº de Recurso: **615/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000615/2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04238/2020

Demandante: ENERGYWORKS ARANDA, S. L

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA MARTÍN VALERO

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a doce de mayo de dos mil veintidós.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **615/2020** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **ENERGYWORKS ARANDA, S.L** representada por la Procuradora D^a Nuria Munar Serrano, y asistida de la Letrada D^a Esther Lumbreras Sancho contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 3 de abril de 2020, por la que resuelve el recurso de alzada interpuesto contra el Acuerdo del Director de Energía de 7 de febrero de 2020, sobre incumplimiento de requisitos de eficiencia energética; siendo demandada la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 5 de junio de 2020, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 8 de junio de 2020, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Una vez recibido el expediente administrativo y en el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 23 de julio de 2020, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) en su día dicte sentencia por la que estime el presente recurso y en consecuencia: a) anule la Resolución y el Acuerdo recurridos (la Resolución de 3 de abril de 2020 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC y el Acuerdo del Director de Energía de dicho organismo de 7 de febrero de 2020, que en aquella se dice convalidar), declarando por añadidura que el valor de referencia (RefH) aplicable a la instalación de mi representada para el cálculo del REE es del 85% y que, por ello, no ha existido incumplimiento de las condiciones de eficiencia energética en el ejercicio 2018; b) reconozca el derecho de mi representada a ser restituida de las cantidades (402.993,74 euros, para un total de 487.662,43 euros IVA incluido) que, en concepto de minoración de la retribución de la instalación de su titularidad en el ejercicio 2018, le fueron descontadas en la liquidación provisional 2/2020 en ejecución del Acuerdo recurrido, con abono de los respectivos intereses legales desde que dicha minoración se hizo efectiva, ordenando a la CNMC que proceda a hacer inmediatamente efectiva dicha restitución con cargo al sistema eléctrico>>.

TERCERO. - La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado en fecha 16 de septiembre de 2020, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO. - Acordado el recibimiento del pleito a prueba, y practicada la propuesta y admitida, se presentó escrito de conclusiones, tras lo cual quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo cual fue fijado el día 5 de mayo de 2022, fecha en que tuvo lugar.

QUINTO. - La cuantía del recurso se ha fijado en 487.662,43 €.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a Ana I. Martín Valero, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La entidad Energyworks Aranda, S.L interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 3 de abril de 2020, por la que, en el recurso de alzada interpuesto contra el Acuerdo del Director de Energía de 7 de febrero de 2020, sobre incumplimiento de requisitos de eficiencia energética, resuelve:

" **PRIMERO.** - Convalidar el acuerdo del Director de Energía de 7 de febrero de 2020, relativo al incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética de la empresa Energyworks Aranda, S.L.

SEGUNDO. - Declarar la pérdida de objeto del recurso de alzada interpuesto por Energyworks Aranda, S.L contra el mencionado Acuerdo del Director de Energía de 7 de febrero de 2020"

SEGUNDO. - Para centrar el objeto del presente procedimiento resulta conveniente poner de manifiesto los antecedentes de hecho de los que parte la resolución impugnada:

. - El 29 de marzo de 2019 tuvo entrada en la CNMC certificado relativo al cumplimiento en la anualidad de 2018 del rendimiento eléctrico equivalente de la instalación de cogeneración Energyworks Aranda (que se corresponde con los tres códigos CIL1 siguientes: ES0021000016036888NC1F001, ES0021000016036888NC1F002 y ES0021000016036888NC1F003), instalación de titularidad de la empresa Energyworks Aranda, S.L.

. - Tras el análisis de dicho certificado, desde la oficina de liquidaciones de la CNMC se puso en conocimiento del representante de la instalación (Iberdrola Generación España, S.A.) el desacuerdo existente respecto de la tecnología de la instalación indicada en el certificado y respecto de la fórmula empleada en el cálculo del valor del calor útil.

. - Tras varias alegaciones efectuadas por el representante de la instalación de cogeneración, y correspondientes contestaciones remitidas desde la oficina de liquidaciones, en diciembre de 2019 se publicó en el sistema de liquidaciones la propuesta de las re-liquidaciones a aplicar en la retribución de la instalación mencionada, como consecuencia del incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética.

. - Frente a dicha propuesta, Iberdrola Generación España, S.A. presentó de nuevo reclamación, a la que se dio contestación por escrito del Director de Energía de 7 de febrero de 2020 (LIQ/DE/307/15). En dicho escrito se concluye lo siguiente:

"(...) Dicho todo lo anterior se concluye que, en aplicación de la legislación vigente, el cálculo del REE de la planta de IBERDROLA GENERACION ESPAÑA SA - EW Aranda debe realizarse aplicando (excepcionalmente) la fórmula 7 de la Guía para la determinación del calor útil, así como el valor de Ref H del 90%, en aplicación del Reglamento Delegado (UE) 2015/2402."

. - Asimismo, mediante un segundo escrito de fecha 7 de febrero de 2020 se comunica formalmente a Iberdrola Generación España, S.A. el incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética de los tres códigos CIL correspondientes a la instalación de cogeneración Energyworks Aranda, conforme a lo establecido en el artículo 32.3 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos:

"(...) Visto lo anterior, se comunica formalmente que las instalaciones incluidas en el anexo y que están actualmente bajo su representación en el sistema de liquidaciones de instalaciones renovables, de cogeneración y de residuos, no han cumplido con los valores mínimos de eficiencia energética exigidos en el Real Decreto de aplicación para el año 2018. Estas instalaciones se consideran, por ello, como incumplidoras, y en consecuencia se procederá, en cuanto al régimen retributivo a percibir por las mismas correspondiente al año 2018, a la corrección de los ingresos anuales en los términos previstos en el artículo 32.1, en correlación con el apartado 2 de la disposición transitoria novena del RD 413/2014, de 6 de junio .

Con la presente comunicación se tiene por notificado el incumplimiento de las condiciones de eficiencia energética previsto en el artículo 32.3 del RD 413/2014, de 6 de junio , informando que en cumplimiento igualmente del citado precepto se da traslado de la presente notificación a la Dirección general de Política Energética y Minas".

. - Ambos escritos de fecha 7 de febrero de 2020 fueron notificados el 10 de febrero de 2020 a Iberdrola Generación España.

Asimismo, por escrito de esa misma fecha de 7 de febrero de 2020, y en cumplimiento del artículo 32.3 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, se comunicó a la Dirección General de Política Energética y Minas la relación de instalaciones que en el año 2018 no habían cumplido las condiciones de eficiencia energética exigidas en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio. Entre esas instalaciones se encontraban las de la empresa Energyworks Aranda, S.L.

. - El 10 de marzo de 2020 se recibe en el registro de la CNMC escrito de Energyworks Aranda, S.L. por el que formula alegaciones a los escritos recibidos del Director de Energía, y, subsidiariamente, de entenderse que los mismos implican la adopción de una decisión, se interpone contra ellos recurso de alzada. En dicho escrito se efectúan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

- Presentado en plazo un certificado de rendimiento eléctrico equivalente, la declaración de la existencia de un incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética debería realizarse únicamente tras una inspección de la CNMC, que debería enmarcarse en un procedimiento interlocutorio, y en el que la Dirección de Energía realizaría sólo los actos de instrucción.

- La utilización de la ecuación 7 de la Guía del calor útil en relación con instalaciones de cogeneración dadas de alta en el régimen especial con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, ha de realizarse cualquiera que sea la cuantía del retorno de condensados.

- El incremento en cinco puntos porcentuales del valor de referencia de la eficiencia para la producción de calor, previsto en el anexo II del Reglamento Delegado (UE) 2015/2402 (y que lleva a la CNMC a atribuir al parámetro Ref H el valor del 90%), sólo debe tener aplicación en los casos en que, existiendo retorno de condensados, éste no se tenga en cuenta en el cálculo del calor útil (pero no cuando el parámetro tenga valor nulo por no existir dicho retorno).

TERCERO. - La resolución, que considera el escrito presentado por Energyworks Aranda, S.L un recurso de alzada, lo resuelve de acuerdo con la siguiente fundamentación, sintetizada:

1.- *Competencia para adoptar una decisión sobre el cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética.*

Energyworks Aranda, S.L. presentó en plazo un certificado de rendimiento eléctrico equivalente referido a la anualidad de 2018.

Sin embargo, ese certificado no permite acreditar el cumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente. Esta conclusión, adoptada por el Director de Energía, es notificada a Energyworks Aranda mediante dos comunicaciones de fecha 7 de febrero de 2020 (una, por al que se declara formalmente el incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética de Energyworks Aranda, y otra, en la que se explican los motivos por los que está calculado incorrectamente el rendimiento eléctrico equivalente de la instalación).



De acuerdo con lo establecido en el artículo 14.1 de la Ley 3/2103, de 4 de junio, de creación de la CNMC, "El Consejo es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar".

Corresponde, por tanto, al Consejo (y, en particular, a la Sala de Supervisión regulatoria, conforme a lo indicado en los artículos 18 y 21 de la mencionada Ley 3/2013) adoptar una decisión sobre el cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética.

2.- *Sobre las actuaciones a realizar para poder apreciar el incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética.*

La referencia a la "inspección" que se contiene en el artículo 32.2 debe ser entendida en el sentido de evaluación o supervisión por la CNMC del certificado presentado. Si para esa evaluación se necesita realizar una visita de inspección, tal actuación habrá de llevarse a cabo, pero, si las inconsistencias del certificado son evidentes y no requieren de una visita de inspección, no puede entenderse como requisito para adoptar una decisión sobre el cumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente la realización de una actuación administrativa que sea innecesaria (en este caso una inspección in situ).

En el caso de la instalación de cogeneración de Energyworks Aranda, es claro (y no lo cuestiona el recurrente) que el vapor no se incorpora al producto elaborado, sino que se aprovecha en la fábrica de Michelin, no habiendo retorno de condensados.

Pues bien, a este respecto, el certificado aportado por Energyworks Aranda, S.L. resultaba inconsistente por dos motivos:

- Porque empleaba la ecuación 6 de la Guía técnica para la medida y determinación del calor útil (aprobada por resolución de 14 de mayo de 2008 de la Secretaría General de Energía; BOE 24 de junio de 2008), cuando resulta que dicha ecuación se refiere expresamente a las "Cogeneraciones en las cuales el vapor de agua se incorpora al producto".

- Porque aplicaba un valor de referencia de la eficiencia para la producción separada de calor igual a 85%, cuando el anexo II del Reglamento Delegado (UE) 2015/2402 prevé que se ha de aplicar el valor del 90% si, en la generación de vapor, usando como combustible gas natural, no hay retorno de condensados.

Así, como se ve, las discrepancias entre la CNMC y la empresa Energyworks Aranda, S.L. no se refieren a datos de hecho de la instalación de cogeneración (datos de hecho cuya discusión podría requerir la realización de una inspección), sino a las normas aplicables (y, particularmente, al valor de referencia de la eficiencia para la producción separada de calor que, conforme al anexo II del Reglamento Delegado (UE) 2015/2402, debe aplicarse a una instalación con las características de la instalación de Energyworks Aranda).

(...)

Hay que aclarar que esta previsión de que las instalaciones sean consideradas incumplidoras (serán consideradas, a todos los efectos, como incumplidoras) es una previsión del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que, en realidad, tiene efecto con la liquidación de la retribución. Pues bien, en este sentido, y al respecto de lo manifestado por el recurrente acerca de la ausencia de procedimiento, ha de indicarse que, sin perjuicio de la realización de liquidaciones provisionales (como la liquidación 11/2019, con ocasión de cuya propuesta se planteó inicialmente a Energyworks Aranda la aplicación de las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de eficiencia), el procedimiento para la aprobación de la liquidación definitiva se encuentra aún pendiente de tramitar.

Por lo demás, es evidente, a la vista de los antecedentes de hecho expuestos en esta resolución, que la declaración de incumplimiento realizada por el Director de Energía se produce tras la oportunidad conferida a Energyworks Aranda, y ejercitada por dicha empresa a través de su representante, de presentar varias alegaciones con carácter previo a la adopción de dicha declaración de incumplimiento.

3.- *Sobre la aplicación de la ecuación 7 (para el cálculo del parámetro H).*

El apartado 3.2.2. de la Guía técnica para la medida y determinación del calor útil (aprobada por resolución de 14 de mayo de 2008 de la Secretaría General de Energía; BOE 24 de junio de 2008) contempla una ecuación 6 para el cálculo del calor útil (parámetro H) para las "Cogeneraciones en las cuales el vapor de agua se incorpora al producto elaborado en el proceso", y unas ecuaciones 7 y 8 para el cálculo de ese mismo parámetro para las "Cogeneraciones en las cuales el vapor de agua no se incorpora al producto elaborado en el proceso". En cuanto a estas últimas ecuaciones, la ecuación 7 está prevista para cuando el proceso demandante de calor retorna



condensados en una cuantía mínima del 70% respecto del vapor entregado a dicho proceso, y la ecuación 8 para el resto de los casos.

Dadas las características de la instalación de cogeneración Energyworks Aranda, la ecuación 6 empleada en el certificado para calcular el valor del calor útil producido resultaba improcedente. Así se puso de manifiesto a Energyworks Aranda desde la oficina de liquidaciones, indicando la procedencia de emplear la ecuación 8. Ante esta circunstancia, Energyworks Aranda viene a reconocer la improcedencia de emplear la ecuación 6, pero defiende la aplicabilidad de la ecuación 7, con base en la previsión excepcional contemplada en la propia Guía Técnica para la medida y determinación del calor útil. En efecto, en la mencionada Guía, después de enunciar la ecuación 8 se indica lo siguiente:

"De forma excepcional, las cogeneraciones inscritas en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial ANTES de la entrada en vigor del RD 661/2007 podrán realizar el cálculo del calor útil únicamente a efectos de la comprobación del cumplimiento del REE mínimo para su permanencia en el Régimen Especial de acuerdo a la ecuación '7' del punto 'A' independientemente de la cuantía de retorno de condensados."

(...)

Este primer argumento técnico efectuado por Energyworks Aranda no presenta mayor discrepancia. La CNMC reconoce en el acuerdo de 7 de febrero de 2020 que es objeto de impugnación, la aplicabilidad de la ecuación 7. Ahora bien, lo que carece de sentido es que Energyworks Aranda cuestione la decisión de la CNMC de aplicar el valor del 90% como referencia de la eficiencia para la producción separada de calor (parámetro Ref H) pretendiendo que la misma está vinculada a la mera aplicabilidad de la excepción establecida en favor de la ecuación 7 para el cálculo del valor del calor útil (H). Al contrario, como se indica en la comunicación de 7 de febrero de 2020 en la que se explica por qué está mal calculado el rendimiento eléctrico equivalente, "la aplicación de una u otra de las diferentes fórmulas para la determinación del calor útil que establece la Guía no excluye la utilización de uno u otro de los parámetros Ref H". Se trata, por tanto, de dos cuestiones independientes. Y como se verá en el apartado siguiente de estos fundamentos de derecho, la aplicabilidad del valor del 90% como referencia de la eficiencia para la producción separada de calor se debe, no a la aplicabilidad en sí de la ecuación 7 para el cálculo del valor del calor útil, sino al hecho de que en la generación de vapor por la cogeneración de Energyworks Aranda, para lo que se usa como combustible gas natural, no hay retorno de condensados.

4.- Sobre la aplicación del valor de referencia del 90% (para el cálculo del parámetro Ref H).

El Reglamento Delegado (UE) 2015/2402 de la Comisión, de 12 de octubre de 2015, por el que se revisan los valores de referencia de la eficiencia armonizados para la producción por separado de calor y electricidad, determina en su artículo 1 que "Los valores de referencia de la eficiencia armonizados para la producción por separado de calor y electricidad son los que figuran en el anexo I y el anexo II". En el cuadro del anexo II se prevé un valor del 85% de eficiencia para los supuestos en que se reúnen las siguientes características: instalaciones que se han construido con anterioridad a 2016, generan vapor y emplean como combustible gas natural. Además, mediante un asterisco en el cuadro se añade la siguiente previsión: "Si las centrales de vapor no tienen en cuenta el retorno de condensados en su cálculo de la eficiencia de la producción de calor por cogeneración, los valores de eficiencia del vapor indicados en el cuadro anterior deben aumentarse en 5 puntos porcentuales".

Es un hecho incuestionado que en la cogeneración Energyworks Aranda no hay retorno de condensados, lo que determina que el valor de referencia deba ser 90%.

Energyworks Aranda argumenta que, precisamente por ser "0" el retorno de condensados, en su caso no procede aplicar esta previsión del anexo II del Reglamento Delegado (acogiéndose a una interpretación literalista, Energyworks Aranda considera que la previsión mencionada sólo sería de aplicación cuando existiese retorno de condensados, pero dicho retorno no hubiera sido tenido en cuenta en el cálculo del calor útil).

Ahora bien, el Reglamento Delegado se limita a establecer, con carácter general, una minoración del combustible evitado en las instalaciones de cogeneración que no tengan instalados sistemas de retorno de condensados, extremo que parece a todas luces razonable y alineado con la lógica que impera en la regulación de la cogeneración.

La interpretación de Energyworks Aranda carece de sentido, pues únicamente permitiría establecer una penalización en casos altamente improbables, a saber, aquellas instalaciones que a pesar de haber invertido recursos no desdeñables para disponer de una infraestructura que permitiera el retorno de condensados, luego (de forma sorprendente y difícilmente justificable desde la lógica técnico-económica) optaran por no

considerar esa energía en los cálculos de su calor útil. No cabe asumir que esa fuera la intención a la hora de redactar un Reglamento de aplicación general como el citado .

De acuerdo con lo expuesto, y dada la competencia de la Sala de Supervisión Regulatoria para adoptar una decisión sobre el cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética, y vistos los fundamentos técnicos de la decisión tomada al respecto de la instalación de Energyworks Aranda, procede a convalidar el acuerdo adoptado por el Director de Energía el 7 de febrero de 2020, en atención a lo establecido en el artículo 52.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, en consecuencia, a declarar la pérdida de objeto del recurso de alzada.

CUARTO. - La entidad recurrente sostiene en la demanda que el Acuerdo adoptado por el Director de Energía de la CNMC el 7 de febrero de 2020 y, con ello, la resolución de convalidación adoptada por la Sala de Supervisión Regulatoria, son nulos por absoluta omisión del procedimiento.

Argumenta que el artículo 32.2 RD 413/2014 permite declarar el incumplimiento de las condiciones de eficiencia energética si el interesado no realiza en plazo la comunicación de los datos a ellas relativas a que viene normativamente obligado. Pero, si dicha presentación se lleva a cabo en tiempo (como aquí ha ocurrido), el mero hecho de que la CNMC entienda que esa comunicación no acredita el debido cumplimiento de dichas condiciones no le faculta para declarar sin más la existencia de incumplimiento, sino que esa declaración debe necesariamente ir precedida de una preceptiva inspección de la instalación y de un ulterior procedimiento administrativo que a sus resultados culmine en esa declaración.

Y discrepa del criterio de la CNMC cuando afirma que la inspección puede realizarse, no sólo mediante una visita a la instalación, sino también por otros medios alternativos, como la evaluación o supervisión del certificado presentado por el titular de la instalación. A estos efectos, entiende que el término inspección es claramente unívoco en su significado y se contrae al debido ejercicio por la CNMC de las facultades de inspección que se regulan en el artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de manera que, cuando en otros preceptos del mismo RD 413/2014, el redactor ha querido admitir medios alternativos a la realización de una inspección para acreditar determinados incumplimientos lo ha indicado así de forma expresa. En tal sentido, tanto los artículos 49.1.e) y 49.1.k) como la Disposición Adicional Decimotercera del RD 413/2014, en los que, en relación con otros incumplimientos susceptibles de determinar la cancelación del régimen retributivo, se establece expresamente que así procederá cuando resulten acreditados "como consecuencia de una inspección o de cualquier otro medio válido en derecho". El artículo 32.2 no incorpora añadido alguno de esa naturaleza, exigiendo taxativamente que medie previa inspección.

QUINTO. - El artículo 32. 2º RD 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, determina que:

"Aquellas instalaciones que no hayan efectuado la comunicación de los datos relativos al cumplimiento de las condiciones de eficiencia energética o que, tras la realización de una inspección, no puedan acreditar el cumplimiento de las condiciones de eficiencia energética exigidas, serán consideradas, a todos los efectos, como incumplidoras, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 34".

La Sala comparte con la resolución impugnada que la referencia a la "inspección" que se contiene en este precepto puede alcanzar la evaluación o comprobación de la comunicación presentada por la instalación para acreditar el cumplimiento de las condiciones de eficiencia energética, de modo que, si de esa comunicación se estima que es necesario hacer una inspección de la instalación, habría de realizarse esa actuación, pero si los datos comunicados en la certificación aportada demuestran un posible incumplimiento sin necesidad de efectuar una visita de inspección, como en el caso de autos, es posible adoptar la decisión sobre el cumplimiento de rendimiento eléctrico equivalente sin más actuaciones que dar audiencia a la parte interesada para que pueda formular alegaciones sobre ese incumplimiento y aportar los documentos o elementos de prueba que estime convenientes o subsanar, en su caso, los defectos observados.

Ello ha tenido lugar en el caso que nos ocupa, en un procedimiento separado y previo al proceso de liquidación definitiva tal y como se indica en la resolución impugnada ("el procedimiento para la aprobación de la liquidación se encuentra aún pendiente de tramitar"), de modo que no cabe apreciar que se haya producido una omisión absoluta del procedimiento legalmente establecido, determinante de la nulidad de pleno derecho de la resolución.

En efecto, la entidad aportó un "Certificado de Eficiencia del proceso de cogeneración según exigencias del RD 413/2014 de la instalación cogeneración Energyworks Aranda", conteniendo los datos relativos al cumplimiento de las condiciones de eficiencia energética.

Tras revisar esa documentación, la CNMC consideró que la misma no era correcta porque, para determinar el REE, empleaba la ecuación 6 de la guía técnica, en lugar de la ecuación 8, y un valor Ref h del 85% en lugar del 90%, y dio traslado al titular de la instalación para que pudiera formular alegaciones, lo que realizó mediante escrito de fecha 22 de agosto de 2020.

La CNMC no admitió los argumentos de la instalación y mantuvo su criterio sobre el cálculo del calor útil, lo que comunicó a Energyworks Aranda indicándole que, conforme a dicho cálculo, resultaba incumplidora de los requisitos de eficiencia energética para el ejercicio 2018.

En respuesta a esta comunicación, la entidad presentó nuevo escrito de alegaciones, justificando la utilización de la ecuación 7 en base a una excepción prevista en la guía técnica para instalaciones " *inscritas en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial ANTES de la entrada en vigor del RD 661/2007 podrán realizar el cálculo del calor útil únicamente a efectos de la comprobación del cumplimiento del REE mínimo para su permanencia en el Régimen Especial*".

La CNMC admitió esta alegación, permitiendo la utilización de la ecuación 7, pero entendió que en este caso debe considerarse un valor de referencia de la eficiencia para la producción separada de calor (Ref H) de un 90%. No obstante, bajo estas hipótesis, el REE de la planta de nuevo no alcanza el mínimo establecido en un 59% por lo que resulta incumplidora.

La entidad presentó nuevas alegaciones, que fueron contestadas mediante Acuerdo del Director de Energía de 7 de febrero de 2020, posteriormente convalidado por la resolución que resuelve el recurso de alzada, aquí recurrida.

Lo que no parece ser la finalidad del precepto es que la CNMC no pueda comprobar la corrección de los datos consignados en la comunicación presentada si no es mediante la realización de una inspección, cuando la misma no es necesaria por no venir referida la discrepancia a elementos o características de la instalación sino a la manera del calcular el REE en la propia certificación, como la ecuación empleada para el cálculo del calor útil o el valor de referencia de la eficiencia aplicado.

La demandante no explica, por otro lado, qué garantías adicionales para su derecho de defensa frente al incumplimiento de las condiciones de eficiencia energética apreciado por la CNMC hubiera supuesto la realización de una inspección, cuando ha tenido la oportunidad de exponer los argumentos en base a los cuales consideraba que no se había producido dicho incumplimiento. De hecho, alguno de esos argumentos fue aceptado, como la aplicación de la ecuación 7 de la Guía técnica.

Por tanto, este motivo ha de ser desestimado.

SEXTO. - La siguiente cuestión que se plantea en la demanda se refiere ya al incumplimiento de las condiciones de eficiencia energética, negando la existencia de tal incumplimiento y la infracción por los actos recurridos del Reglamento Delegado (UE) 2015/2402 y con ello de la Disposición Transitoria Novena y del Anexo XIV del RD 413/2014.

Se expone que la cogeneración propicia el ahorro de energía primaria y, por esta razón, tanto la Unión Europea como el Reino de España la fomentan mediante el establecimiento para las plantas de cogeneración de un régimen retributivo específico que complementa los ingresos del mercado que pueden obtener por la venta de la energía eléctrica generada y que es esencialmente regulado por el RD 413/2014 y por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio.

Para garantizar que la finalidad que justifica el otorgamiento de ese régimen retributivo específico es adecuadamente servida por las instalaciones de cogeneración acogidas al mismo, el RD 413/2014 exige que las mismas acrediten el cumplimiento de ciertas condiciones de eficiencia energética. En concreto, la disposición transitoria novena del RD 413/2014 señala que, a tal fin, las instalaciones de cogeneración que, como la que es objeto de este recurso, disfrutaban ya de un régimen retributivo primado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, deberán acreditar el cumplimiento de las condiciones que se detallan en el Anexo XIV del citado RD 413/2014 y, entre ellas, la de alcanzar un determinado valor mínimo del denominado "Rendimiento Eléctrico Equivalente" ("REE"), que es un indicador alternativo de la eficiencia de la cogeneración y se calcula comparando el consumo real de energía primaria de una planta de cogeneración con el consumo teórico que sería necesario para la producción separada de calor y electricidad.

El Anexo XIV del RD 413/2014 establece la fórmula con la que ha de realizarse el cálculo del aludido REE:

El término H refleja el calor útil producido por la instalación, el cual debe calcularse con arreglo a la denominada "Guía técnica para la medida y determinación del calor útil, de la electricidad y del ahorro de energía primaria de cogeneración de alta eficiencia" ("Guía del calor útil"), que fue elaborada por el Instituto para la Diversificación



y Ahorro de la Energía ("IDAE"), aprobada por Resolución de la Secretaría General de Energía de 14 de mayo de 2008 y publicada en el BOE de 24 de junio de 2008.

Aunque por las características de la instalación de la recurrente (no tiene retorno de condensados), el cálculo del término H debería realizarse mediante la ecuación 8, las resoluciones impugnadas han admitido que se realice haciendo uso de la ecuación 7, que se aplica con carácter general cuando: a) el medio transmisor del calor sea el vapor de agua; b) ese vapor de agua no se incorpore al producto elaborado en el proceso industrial; c) consecuentemente, se produzca un retorno de condensados a la cogeneración y ello en una cuantía mínima del 70% respecto del vapor inicialmente entregado a dicho proceso. Ello a tenor de una previsión de la citada Guía del calor útil, según la cual " *de forma excepcional, las cogeneraciones inscritas en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial ANTES de la entrada en vigor del RD 661/2007 podrán realizar el cálculo del calor útil únicamente a efectos de la comprobación del cumplimiento del REE mínimo para su permanencia en el Régimen Especial de acuerdo a la ecuación '7' del punto 'A' independientemente de la cuantía de retorno de condensados*".

Esta ecuación incluye dos factores (el factor mc y el factor hc) que tienen por expreso objeto incorporar al cálculo del calor útil el efecto del retorno de condensados, que en este caso sería 0.

Pero el núcleo de la controversia reside en el valor de referencia o RefH que debe ser tomado en consideración para el cálculo del REE, si el 90%, como sostiene la CNMC en aplicación del Reglamento Delegado (UE) 2015/2402 de la Comisión, de 12 de octubre de 2015, o el del 85% que defiende la recurrente.

Según el Reglamento Delegado (UE) 2015/2402 de la Comisión, de 12 de octubre de 2015, con carácter general para instalaciones construidas antes de 2016 en las que el medio de entrega del calor útil sea el vapor de agua y que utilicen como combustible el gas natural, el valor de referencia se establece por defecto en 85%. Pero este valor, con arreglo a la nota al pie del Anexo II del Reglamento Delegado de 2015, debe " *aumentarse en 5 puntos porcentuales*" si se da el caso de que " *las centrales de vapor no tienen en cuenta el retorno de condensados en su cálculo de la eficiencia de la producción de calor por cogeneración*".

Es precisamente la aplicación de lo dispuesto en esta nota lo que ha determinado que la CNMC considere que el valor Ref H ha de ser en este caso el 90%, dado que la instalación no tiene retorno de condensados.

Y es en este punto en el que discrepa la recurrente que entiende que lo dispuesto en esa nota es de aplicación a aquellas instalaciones que tienen retorno de condensados, pero la normativa no lo tiene en cuenta para el cálculo del calor útil, pero no a aquellas que carecen de retorno de condensados.

SÉPTIMO. - La cogeneración es la generación simultánea en un proceso de energía térmica y eléctrica y/o mecánica, lo cual puede conllevar un ahorro de energía primaria, eliminación de pérdidas en la red y reducción de emisiones, así como contribuir a la seguridad del abastecimiento y la competitividad de la industria.

Con la finalidad de fomentar de la cogeneración de alta eficiencia, se aprobó la Directiva 2004/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía y por la que se modifica la Directiva 92/42/CEE.

El artículo 4 de la Directiva preveía que la Comisión estableciera valores de referencia de la eficiencia armonizados para la producción por separado de electricidad y calor. Estos valores fueron fijados en la Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 2006, por la que se establecen valores de referencia armonizados para la producción por separado de electricidad y calor.

Esta normativa comunitaria fue incorporada al derecho español mediante el Real Decreto 616/2007, de 11 de mayo, sobre fomento de la cogeneración, el cual define el valor de la eficiencia de la producción separada como " *la eficiencia de las producciones alternativas separadas de calor y electricidad que se pretende sustituir mediante el proceso de cogeneración*" (art. 2.k).

El artículo 4 de este Real Decreto, cuya rúbrica es "Valores de referencia para la producción por separado de electricidad y calor", establece que " *A efectos de determinar la eficiencia de la cogeneración, de conformidad con lo preceptuado en el anexo III del presente real decreto, se utilizarán los valores de referencia de la eficiencia armonizados para la producción por separado de electricidad y calor, establecidos en la Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 2006, por la que se establecen valores de referencia de la eficiencia armonizados para la producción por separado de electricidad y calor de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2004/8/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, modificados, en su caso, por los factores de corrección correspondientes, de acuerdo con lo establecido en dicha Decisión*".

La Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 2006, establecía un valor de referencia de la eficiencia para la producción por separado de calor, cuando el medio transmisor del calor es vapor de agua y el combustible

gas natural, de 90%, si bien mediante una nota a pie del Anexo II se indicaba que: " *La eficiencia del vapor debe rebajarse en 5 puntos porcentuales en caso de que los Estados miembros que aplican el artículo 12, apartado 2, de la Directiva 2004/8/CE incluyan el retorno de condensados en los cálculos de la unidad de cogeneración*".

Esta Decisión fue derogada por la Decisión de Ejecución de la Comisión de 19 de diciembre de 2011, la cual establece un valor de referencia de la eficiencia para el vapor de agua y combustible gas natural del 90%, sin otros matices adicionales.

Posteriormente, esa normativa europea fue sustituida por la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética y por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2402 de la Comisión de 12 de octubre de 2015 por el que se revisan los valores de referencia de la eficiencia armonizados para la producción por separado de calor y electricidad, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, y por el que se deroga la Decisión de Ejecución 2011/877/UE de la Comisión.

El Reglamento Delegado (UE) 2015/2402 de la Comisión, establece con carácter general para instalaciones construidas antes de 2016 en las que el medio de entrega del calor útil sea el vapor de agua y que utilicen como combustible el gas natural, un valor de referencia del 85%. Pero, de conformidad con la nota al pie del Anexo II " *Si las centrales de vapor no tienen en cuenta el retorno de condensados en su cálculo de la eficiencia de la producción de calor por cogeneración, los valores de eficiencia del vapor indicados en el cuadro anterior deben aumentarse en 5 puntos porcentuales*".

OCTAVO. - Pues bien, el valor de referencia de la eficiencia es una de las variables para calcular el Rendimiento Eléctrico Equivalente (REE) que habilita a las instalaciones de cogeneración, en caso de alcanzar el mínimo legalmente previsto en cada caso, a percibir una retribución complementaria.

En relación con el cumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente para cogeneraciones, el artículo 27 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio establece las condiciones de eficiencia energética que deben cumplir las cogeneraciones, disponiendo:

"1. Las instalaciones de cogeneración que tengan otorgado un régimen retributivo específico deberán cumplir con la definición de cogeneración de alta eficiencia establecida en el artículo 2 del Real Decreto 616/2007, de 11 de mayo, sobre fomento de la cogeneración.

2. Estas instalaciones deberán calcular y acreditar el ahorro de energía primaria porcentual real alcanzado por su instalación en cada año en los términos previstos en el Real Decreto 616/2007, de 11 de mayo, comunicándolo por vía electrónica al organismo encargado de la liquidación antes del 31 de marzo del año siguiente. Para ello, deberán acreditar y justificar el calor útil producido por la planta y efectivamente aprovechado por la instalación consumidora del mismo. Para ser consideradas como cogeneraciones de alta eficiencia deberán superar los mínimos exigidos en dicho real decreto.

(...)"

La Disposición Transitoria 9ª de este mismo Real Decreto, por su parte, dispone que las instalaciones de cogeneración que tuvieran reconocida retribución primada a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, que no hubieran sido objeto de una modificación sustancial bajo el amparo de lo previsto en el artículo 4.bis del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, y que tengan un valor de retribución a la inversión distinto de cero, deberán cumplir con las condiciones de eficiencia energética dispuestas en el anexo XIV.

Asimismo, deberán calcular y acreditar el rendimiento eléctrico equivalente alcanzado por su instalación en cada año, superando los mínimos exigidos, en los términos previstos en el anexo XIV, comunicándolo por vía electrónica al organismo encargado de la liquidación antes del 31 de marzo del año siguiente. Para ello, deberán acreditar y justificar el calor útil producido por la planta y efectivamente aprovechado por la instalación consumidora del mismo.

En este caso, el REE mínimo, según determina el Anexo XIV, es del 59% (Gas natural y GLP en turbinas de gas)

La determinación del Rendimiento Eléctrico Equivalente se concreta en ese Anexo, mediante la siguiente fórmula:

Siendo Ref H: Valor de referencia del rendimiento para la producción separada de calor que aparece publicado en el anexo II de la Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 2011, por la que se establecen valores de referencia armonizados para la producción por separado de electricidad y calor.

Como se ha señalado anteriormente, ese valor de referencia está fijado en el Anexo II del Reglamento Delegado 2015/2402 en función de la fecha de construcción de la instalación, el combustible y el medio transmisor del calor empleados.



En concreto, para el vapor de agua y combustible gas natural, GLP y GNL, para las instalaciones construidas antes del año 2016 se establece un valor de referencia del 85%, disponiéndose, no obstante que " *Si las centrales de vapor no tienen en cuenta el retorno de condensados en su cálculo de la eficiencia de la producción de calor por cogeneración, los valores de eficiencia del vapor indicados en el cuadro anterior deben aumentarse en 5 puntos porcentuales*".

Es precisamente en la interpretación de este último inciso donde reside toda la discrepancia, pues mientras la CNMC ha aplicado el incremento de 5 puntos porcentuales al entender que esta previsión es de aplicación a las instalaciones, como la de la recurrente, que no tienen retorno de condensados, la demandante sostiene que sólo es de aplicación en aquellos supuestos en los que, existiendo retorno de condensados, no se tiene en cuenta en la fórmula establecida por el Estado Miembro en cuestión, pero no cuando la instalación carece de retorno de condensados.

NOVENO.- La postura de la demandante, aunque fundamentada, podría ser acogida en el caso de instalaciones que tuvieran realmente retorno de condensados y bajo la redacción de la nota adjunta en el Anexo II de la Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 2006, según la cual, tras establecer un valor de la eficiencia del 90%, precisa que " *La eficiencia del vapor debe rebajarse en 5 puntos porcentuales en caso de que los Estados miembros que aplican el artículo 12, apartado 2, de la Directiva 2004/8/CE incluyan el retorno de condensados en los cálculos de la unidad de cogeneración*".

Pero no en el caso de la instalación de su titularidad, que no dispone de retorno de condensados, ni de acuerdo con la normativa vigente constituida por el Reglamento Delegado 2015/2402, que establece un valor de la eficiencia del 85% que se incrementará en 5 puntos porcentuales " *Si las centrales de vapor no tienen en cuenta el retorno de condensados en su cálculo de la eficiencia de la producción de calor por cogeneración (...)*"

Es cierto que la CNMC ha admitido la aplicación de la ecuación 7, en lugar de la ecuación 8 que era la que procedía en este caso con carácter general, a pesar de que la excepción que se establece en el apartado segundo de esta última ecuación parece referirse a las instalaciones que tienen retorno de condensados en una cuantía inferior al 70%, pero no a aquellas que no tienen retorno de condensados.

De este modo, se ha empleado una ecuación que tiene en cuenta el retorno de condensados para determinar el calor útil de una instalación que carece de dicho retorno. Por tanto, aunque la ecuación contemple ese retorno, sustrayéndolo del calor útil, en este supuesto la central no ha podido tenerlo en cuenta, dada su inexistencia, y, en consecuencia, es de aplicación el incremento porcentual en 5 puntos, tal y como se desprende de la nota contenida en el Anexo II del Reglamento Delegado 2015/2402, aun con una redacción que pudiera inducir a una interpretación diferente.

El informe pericial aportado por la parte recurrente parte precisamente, al realizar sus cálculos, de instalaciones que tienen retorno de condensados (Fig. 4), y muestra la eficiencia térmica según se sustraiga o no ese retorno de condensados, pero en una instalación que no tiene retorno de condensados el valor de ese retorno sería 0, de modo que el combustible evitado es decir, el ahorro en el combustible gracias a la producción útil, será menor, y por ello es exigible un mayor valor de referencia de la eficiencia (Ref H), tal y como argumenta la CNMC.

Como indica la Guía Técnica para la medida y determinación del calor útil, la existencia de la corriente de retorno de condensados en una planta de cogeneración que aporta vapor de agua supone una medida de eficiencia energética, ya que el calor contenido en dicha corriente es captado por el proceso de cogeneración en los equipos de generación de vapor, necesitándose de este modo menos combustible para el mismo aporte calórico al proceso. Por añadidura, también supone una medida de ahorro de agua de aporte, con las ventajas económicas y medioambientales que ello supone.

Lo que no es acorde con la finalidad perseguida por la normativa es aplicar la misma fórmula y exigir el mismo valor de referencia de la eficiencia a una instalación que tiene retorno de condensados en cuantía igual o superior al 70%, que a otra que no retorna condensados y, por tanto, es menos eficiente, siendo así que el valor de referencia de la eficiencia ha de ser más exigente en este último caso.

DÉCIMO- De acuerdo con todo lo expuesto, procede desestimar el recurso, con imposición de las costas a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LRJCA.

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº **615/2020** interpuesto por la representación procesal de la entidad **ENERGYWORKS ARANDA, S.L** contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 30 de junio de 2015, por la que se



aprueba la liquidación definitiva de las primas equivalentes, las primas, los incentivos y los complementos a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos correspondientes al ejercicio 2011.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el 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.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ