



Roj: **SAN 982/2024 - ECLI:ES:AN:2024:982**

Id Cendoj: **28079230042024100083**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **06/02/2024**

Nº de Recurso: **847/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000847 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06738/2020

Demandante: EDF FENICE IBERICA SL

Procurador: DIAZ UREÑA, RAQUEL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a seis de febrero de dos mil veinticuatro.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **EDF FENICE IBERICA, S.L.**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Raquel Díaz Ureña, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia de fecha 9 de junio de 2020**, relativa a eficiencia energética, siendo la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por EDF FENICE IBERICA, S.L, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Raquel Díaz Ureña, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución la Comisión Nacional de Mercados y



la Competencia de fecha 9 de junio de 2020, solicitando a la Sala, dicte sentencia por la que estimándola con expresa condena en costas de la parte demandada:

a) Declare nula o, en su caso, anule la Resolución de la CNMC por entender que la Instalación de Zarzalejo ha cumplido las condiciones de eficiencia energética del ejercicio 2018.

b) Condene a la CNMC a estar y pasar por dicha declaración y a devolver a mi representada la cantidad de 8.974,28 euros, más el interés legal correspondiente, por no resultar conforme a Derecho la reducción del complemento de eficiencia de la Instalación de Zarzalejo practicada en la Reliquidación de 2018 y a comunicar a la Dirección General de política Energética y Minas el cumplimiento de las condiciones de eficiencia energética del ejercicio 2018 por parte de la Instalación de Zarzalejo.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno y solicitando la desestimación del recurso e imposición de costas a la recurrente.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veinticuatro de enero de dos mil veinticuatro.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia de fecha 9 de junio de 2020, por la que se acuerda:

"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 EDF Fenice Ibérica, S.L.

SEGUNDO.- Declarar la pérdida de objeto del recurso de alzada interpuesto por EDF Fenice Ibérica, S.L. contra el mencionado acuerdo del Director de Energía de 7 de febrero de 2020."

SEGUNDO : Los antecedentes del presente recurso son los siguientes:

1.- El 25 de marzo de 2019 tuvo entrada en la CNMC certificado (de fecha 11 de marzo de 2019) relativo al cumplimiento en la anualidad de 2018 del rendimiento eléctrico equivalente de la instalación de cogeneración Zarzalejo (que se corresponde con el código CIL1 siguiente: ES0021000016433863ES1F001), instalación que es de titularidad de la empresa EDF Fenice Ibérica, S.L.

2.- Tras el análisis de dicho certificado, desde la oficina de liquidaciones de la CNMC se pusieron en conocimiento del representante de la instalación (Cepsa Gas y Electricidad, S.A.) ciertas omisiones de información del certificado mencionado, lo que dio lugar a la emisión de un segundo certificado, relativo a la instalación Zarzalejo, de fecha 25 de abril de 2019. Tras nuevos requerimientos de información al representante de la instalación, y contestación de parte del mismo, éste procedió a la emisión de un tercer certificado, de fecha 2 de agosto de 2019, al que, nuevamente, siguieron comunicaciones de parte del mencionado representante, explicando información remitida anteriormente, así como comunicaciones de parte de la CNMC requiriendo se aclararan diversos extremos relativos a la nueva información remitida. Tras alegaciones efectuadas por el interesado, la CNMC expuso, en sus comunicaciones al mismo, su desacuerdo, en concreto, con el incremento del calor total entregado al proceso, que resultaba del último certificado aportado por el interesado.

3.- Conforme a ello, en diciembre de 2019 se publicó en el sistema de liquidaciones la propuesta de las reliquidaciones a aplicar en la retribución de la instalación mencionada, por motivo del incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética. En línea con ello, por escrito del Director de Energía de 7 de febrero de 2020 (LIQ/DE/307/15), se comunicó formalmente a Cepsa Gas y Electricidad, S.A. el incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética de la instalación de cogeneración Zarzalejo, 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.

Dicho escrito fue notificado el propio día 7 de febrero de 2020 a Cepsa Gas y Electricidad.

4.- 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 encontraba la instalación Zarzalejo de EDF Fenice Ibérica, S.L.

5.- EDF Fenice Ibérica interpuso recurso de alzada contra el acuerdo del Director de Energía de 7 de febrero de 2020 por el que se comunicaba el incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética de 2018 de la instalación Zarzalejo. Mediante la Resolución impugnada se decidió el citado recurso de alzada.

TERCERO: Como correctamente señala la recurrente en su demanda, para que una instalación de cogeneración de alta eficiencia pueda percibir el régimen retributivo específico, la normativa exige la acreditación del cumplimiento de las condiciones de eficiencia energética conforme a lo previsto en el 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.

La Disposición transitoria novena del Real Decreto 413/2014, establece:

"1. A 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, no les será de aplicación lo establecido en los apartados 1, 2 y 5 del artículo 27 y en el artículo 32.1, aplicándoseles en su lugar lo dispuesto en la presente disposición.

2. Las citadas instalaciones 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.

Aquellas instalaciones que en el cómputo de un año no hayan cumplido con dichas exigencias, verán corregidos los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico, atendiendo únicamente a la energía eléctrica que hubiera cumplido con el rendimiento eléctrico equivalente establecido en el anexo XIV. Para ello se multiplicarán los ingresos que le hubieran correspondido del régimen retributivo específico, por el ratio de la energía eléctrica que hubiera cumplido con el rendimiento eléctrico equivalente sobre la electricidad neta total generada."

Conforme al Anexo XIV del RD 413/2014, el REE de las instalaciones de cogeneración que utilicen como combustible gas natural y GLP en motores térmicos (como la Instalación de Zarzalejo) deberá ser igual o superior al 55% en el período anual.

La fórmula para la determinación del REE, es:

E

REE= -----

H

F- -----

REfH

Siendo:

E: Energía eléctrica generada medida en bornes de alternador, expresada en MWhE.

F: Consumo de combustible tanto de la cogeneración como de los dispositivos de postcombustión en caso de que existan. Este valor se expresará en MWhPCI.

H: Producción de calor útil o energía térmica útil definida de acuerdo con el apartado b) del artículo 2 del Real Decreto 616/2007, de 11 de mayo, sobre fomento de la cogeneración, y del calor producido por los dispositivos de postcombustión en caso de que existan. Este valor se expresará en MWhT.



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.

La controversia se centra en los valores del parámetro RefH y los valores del parámetro H referidos a la producción de vapor.

La CNMC considera que el incumplimiento de la actora resulta de las propias circunstancias derivadas de los certificados por ella aportado. Considera que en la instalación de cogeneración Zarzalejo, los valores del parámetro H considerados por la CNMC son los que resultan del primer y segundo certificado aportado por la empresa, sin que puedan admitirse los del tercer certificado en cuanto los recogidos en este no son en realidad valores medidos, ni resultan fiables.

El primer y segundo certificado aportados por la empresa acogen los siguientes valores a los efectos del cálculo del rendimiento eléctrico equivalente:

- Parámetro H (producción del calor útil): 13.621.344,24 kWh
- Parámetro RefH (Valor de referencia del rendimiento para la producción separada de calor): 85,79%.

Tras un nuevo análisis de estos certificados, y apreciándose por la CNMC inconsistencias en los mismos (relativas, en particular, al retorno de condensados), inconsistencias que son expuestas a la empresa, ésta aporta un tercer certificado (de fecha 2 de agosto de 2019). En este tercer certificado se acogen los siguientes valores a los efectos del cálculo del rendimiento eléctrico equivalente:

- Parámetro H (producción del calor útil): 14.317.729,11 kWh
- Parámetro RefH (Valor de referencia del rendimiento para la producción separada de calor): 90%.

Tras el análisis de este tercer certificado, la CNMC, acepta la corrección del parámetro RefH, pues la misma se corresponde con las previsiones del Reglamento Delegado (UE) 2015/2402 de la Comisión, de 12 de octubre de 2015, para un caso en que no se tiene en cuenta retorno de condensados (tabla del anexo II del Reglamento Delegado). Sin embargo, no acepta la corrección del parámetro H, pues considera evidente que la nueva cantidad no es el resultado de una medición, sino el resultado de alterar los valores ya medidos, recurriendo a estimaciones y suposiciones (como el empleo de valores de entalpía constantes), algo que no se corresponde con las previsiones de la Guía técnica para la medida y determinación del calor útil (Resolución de la Secretaría General de Energía de 14 de mayo de 2008).

Pues bien, para valorar el parámetro H, la CNMC se atiene a las cantidades que resultan de los contadores físicos de la empresa, conforme a los datos aportados por ésta. Por ello, no es aceptable acudir a los cálculos.

Llegados a este punto, debemos recordar los razonamientos contenidos en nuestra sentencia de 12 de mayo de 2022, recurso 615/2020:

"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.

SEXO.- 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."

Las circunstancias contempladas en la citada sentencia, son iguales a las que se plantean en el presente recurso, y las cuestiones discutidas coinciden con las que lo son en el presente proceso, por lo que hacemos nuestros tales razonamientos en relación al supuesto de autos.

Por lo expuesto debemos desestimar el presente recurso.

CUARTO : Procede imposición de costas a la recurrente, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, al ser la sentencia desestimatoria.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de su Majestad el Rey y por el poder que nos otorga la Constitución:



FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **EDF FENICE IBERICA, S.L.** y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Raquel Díaz Ureña, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia de fecha 9 de junio de 2020**, debemos declarar y declaramos ser ajustadas a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia, **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, con imposición de costas a la recurrente.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que 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 y 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; siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.