



Roj: **SAN 2857/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2857**

Id Cendoj: **28079230042020100300**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **16/09/2020**

Nº de Recurso: **202/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000202/2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02563/2017

Demandante: CEGA ENERGIAS, S.L.

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a dieciseis de septiembre de dos mil veinte.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **202/2017** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **CEGA ENERGÍAS, S.L.**, representada por el Procurador D. Juan Antonio Velo Santamaría, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 23 de febrero de 2017, por la que se desestima el recurso de alzada deducido frente al Acuerdo del Director de Energía de 15 septiembre de 2016, sobre liquidación de retribución primada de la central hidroeléctrica de producción de electricidad denominada La Ibiensa, titularidad de la actora.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. **Ignacio de la Cueva Aleu**, quien expresa el parecer de la Sala.

I ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 5 de mayo de 2017, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión mediante Decreto de fecha 8 de mayo de 2017, 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 27 de junio de 2017, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: <<(…)y, en mérito de las alegaciones contenidas en el cuerpo de este escrito, dicte sentencia por la que anule dicha Liquidación, y en consecuencia, ordene a la CNMC que proceda a dictar nueva liquidación en los términos y con los criterios expuestos en el presente escrito de demanda, reconociendo a la Sociedad el derecho a percibir la retribución primada y los complementos que correspondan al periodo de 1 de noviembre de 2009 a 29 de agosto de 2012, y se reconozca igualmente el derecho a percibir los intereses de demora correspondientes. >>.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 22 de septiembre de 2017, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada.

CUARTO.- Fijada la cuantía del procedimiento y admitidas las pruebas propuestas por las partes, se presentaron escritos de conclusiones, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 9 de septiembre de 2020, fecha en que tuvo lugar.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CEGA ENERGÍAS, S.L impugna la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 23 de febrero de 2017, por la que se desestima el recurso de alzada deducido frente al Acuerdo del Director de energía de 15 septiembre de 2016, sobre liquidación de retribución primada de la central hidroeléctrica de producción de electricidad denominada La Ibiensa, titularidad de la actora.

Dicha instalación se encuadra en el subgrupo b.4 (centrales hidroeléctricas con potencia no superior a 10 MW) de los previstos en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Se trata de una instalación con tecnología de turbinas Fancis y alternadores asíncronos.

Según se recoge en la resolución de 31 de mayo de 2002 de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Junta de Castilla y León, por la que se inscribe definitivamente la instalación de referencia en el Registro de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica en Régimen Especial, la instalación consta de dos turbinas con potencia total de 625 KW y una potencia total de los alternadores de 625 KVA.

SEGUNDO. - La resolución impugnada rechaza la solicitud formulada por la actora para que le fuera liquidada la retribución primada de la instalación correspondiente al periodo entre el 1 de noviembre de 2009 y el 29 de agosto de 2012. Los motivos en los que se sustenta la resolución son: i) que las liquidaciones definitivas correspondientes a los ejercicios 2010, 2011 y 2012 fueron aprobadas por la Sala de Supervisión Regulatoria sin que la actora las haya impugnado en vía jurisdiccional; y ii) que en cualquier caso la instalación de la actora es de las correspondientes al tipo 2 de las previstas en el art. 7 del Reglamento Unificado de Puntos de Medida, de 29 de agosto de 2012 (RUPM), razón por la cual el encargado de la lectura es el Operador del Sistema (Red Eléctrica de España, SAU) y no la distribuidora, de modo que se carece de lectura válidamente registrada.

TERCERO. - En esencia la entidad demandante solicita que se anule la resolución impugnada y se le practique liquidación reconociéndole el derecho a percibir retribución primada y los complementos que correspondan al periodo mencionado tomando en cuenta la lectura de la energía producida efectuada por el distribuidor Juan de Frutos García, S.L.

A tal fin sostiene que la lectura de la energía producida había ido siendo efectuada por el distribuidor, pero que con la publicación del Real Decreto 1110/2007, de 24 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico -en el cual se concedía un plazo para que las instalaciones existentes se adaptaran a las nuevas determinaciones-, se abrió un debate acerca de si la instalación debía considerarse con punto de medida tipo 2 o tipo 3. La solución a este debate determinaría que el encargado de la medida siguiese siendo el distribuidor -tipo 2- o pasase a serlo Red Eléctrica de España SAU (REE) en calidad de Operador del Sistema Eléctrico -tipo 3-.



Para sustentar su pretensión la demandante esgrime que pese a que la potencia nominal de la instalación es de 650 KVA, mediante Resolución de 29 de marzo de 2011, el Jefe del Servicio Territorial de Industria, Comercio y Turismo de Segovia, a petición la actora, concluye expresamente *"que, pese a tener 2 turbinas (Turbina 1 = 520 CV y Turbina 2 = 125 CV, asociadas ambas a Generadores con Cos =0,87), y debido a sus características de diseño y funcionamiento, en el hipotético caso del mayor caudal (4 m3/s) y rendimiento ideal de la turbina (100%), la Potencia Máxima que podría generar la Central Hidráulica de la Ibienda sería de 439,91 KVA"*.

De manera que la potencia nominal de la instalación sería inferior a 450 KVA y, consecuentemente, el punto de medida sería del tipo 3, correspondiendo la lectura al distribuidor de la energía producida, distribuidor que, en efecto, envió oportunamente las lecturas a fin de que fuera liquidada la energía correspondiente conforme a las características de la instalación y la opción por retribución primada oportunamente adoptada.

CUARTO.- Hemos de advertir primeramente que de los dos motivos en los que el Director de Energía sustentó la desestimación de la solicitud de la actora, en la resolución del recurso de alzada que directamente se impugna se abandona este motivo de desestimación -más bien de inadmisión- y que tampoco en la contestación del Abogado del Estado se opone nada con referencia a la supuesta inadmisibilidad de la solicitud formulada en razón a que las liquidaciones definitivas de los años 2009 a 2012 fueron aprobadas definitivamente por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC. Consecuentemente nada ha de abordarse con respecto a esta cuestión, ciñendo nuestro enjuiciamiento a la corrección de la segunda de las razones en que se sustenta la resolución impugnada.

QUINTO.- A tenor de lo dispuesto en el art. 7.2 del Real Decreto 1110/2007, de 24 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico:

"Son puntos de medida de tipo 2: aquellos que no pudiendo clasificarse como tipo 1 sean:

(...) b) Puntos situados en las fronteras de generación, cuya potencia aparente nominal sea igual o superior a 450 kVA.

(...)

3) Son puntos de medida de tipo 3: aquellos que no puedan clasificarse en otra categoría."

Por su parte el art. 3.12 del Reglamento unificado de puntos de medida fija quién es el encargado de lectura de los puntos frontera de generación en régimen especial en los siguientes términos:

"Son encargados de la lectura para todos los tipos de punto de medida:

1.º Puntos frontera de clientes:

(...)

2.º Puntos frontera de generación en régimen especial:

La empresa distribuidora es el encargado de la lectura para las instalaciones de generación en régimen especial conectadas a sus redes que por el valor de su potencia nominal deban ser clasificadas en su conjunto como tipo 3 ó 5, según clasificación establecida en el artículo 7.

3.º Otros puntos frontera:

Para el resto de puntos frontera, el encargado de la lectura será el operador del sistema."

SEXTO.- La normativa acabada de transcribir es clara en cuanto a cuáles son los valores a tomar en cuenta a fin de clasificar los puntos de medida de instalaciones de producción de energía eléctrica: *"la potencia aparente nominal"* -art. 7- con independencia de la potencia que, *de facto*, sea capaz de generar la instalación.

Ha de estarse, por tanto, a las características técnicas de la instalación tomadas en cuenta a la hora de ser inscrita en el Registro de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica. A tal efecto, el art. 12 de RD 661/2007, dispone que con la solicitud de inscripción definitiva en el Registro de Instalaciones de régimen especial dirigida a al órgano correspondiente de la comunidad autónoma competente o, en su caso, a la Dirección General de Política Energética y Minas, se acompañará, entre otra documentación, "certificado emitido por el encargado de la lectura, que acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento de puntos de medida de los consumos y tránsitos de energía eléctrica, aprobado por el Real Decreto 2018/1997, de 26 de diciembre. Para todas las instalaciones correspondientes a puntos de medida tipo 3, el encargado de la lectura será el distribuidor correspondiente."

En consonancia con lo anterior, el art. 20.3 del RD 661/2007, dispone que *"Las instalaciones de régimen especial deberán contar, con anterioridad al comienzo del vertido de energía a la red, con los equipos de medida de energía eléctrica necesarios que permitan su liquidación, facturación y control, de acuerdo con lo expresado en este real"*

decreto y en el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico, aprobado por el Real Decreto 1110/2007, de 24 de agosto."

Es por tanto a los datos de la inscripción en el Registro a lo que ha de estarse mientras no se promueva y logre su rectificación. De acuerdo con el art. 3.4 del RUPM, el titular del punto de medida y de las instalaciones de energía eléctrica donde se ubica dicho punto de medida tiene la obligación de mantener y conservar en perfecto estado de funcionamiento los equipos e instalaciones de medida de acuerdo con lo dispuesto en el propio reglamento y sus disposiciones de desarrollo.

De manera que, de acuerdo con los datos del Registro anteriormente transcritos, la instalación tiene instalada una potencia nominal de 625 KVA, esto es, superior a 450 KVA, razón por la cual el punto de medida ha de ser clasificado como "tipo 2" y, consecuentemente, su lectura correspondía a REE.

SEPTIMO.- Pues bien, resulta patente que la retribución primada de la producción eléctrica exige que las instalaciones acogidas a este específico y especial régimen retributivo se acomoden a estrictos requisitos de control. De modo que únicamente si el productor acogido al régimen especial propicia que la lectura de su producción eléctrica se acomode a lo dispuesto reglamentariamente, podrá disfrutar del régimen primado condicionado al cumplimiento de tales exigencias, entre las cuales se encuentra la lectura válida de la electricidad producida por la instalación. De ahí que, al no contar con ella, no pueda efectuarse liquidación alguna con arreglo al régimen primado.

Ya hemos advertido que el titular de la instalación es responsable de la adecuación de la misma al régimen jurídico de los puntos de medida y su lectura. Pero es que además, tal como razona la CNMC, ni siquiera puede afirmarse que la demandante, en cuanto productora de electricidad, sea ajena a la actuación de la distribuidora al comportarse como la encargada de la lectura del punto de medida. El Abogado del Estado ha acreditado que la distribuidora Juan de Frutos García, S.L. y la demandante tienen los mismos administradores y que la demandante está participada al 100 % por la distribuidora. Así pues, no cabe afirmar cabalmente que la actuación de la distribuidora sea ajena a la de la demandante, sino que, antes al contrario, la actuación de ambas entidades es movida por una única voluntad.

Por lo demás, la alegación de un enriquecimiento injusto por parte del Sistema eléctrico como consecuencia de que no se liquide a la actora bajo el régimen primado carecen de justificación. No ha habido aquí atribución patrimonial carente de justificación, sino que la demandante no se ha sujetado a los requisitos para acceder a un régimen retributivo especial y más beneficioso.

OCTAVO.- En materia de costas, a tenor de lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, procede su imposición a la parte actora.

Vistos los preceptos ya citados, así como los de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo núm. **202/2017**, interpuesto por el procurador don Juan Antonio Velo Santamaría, en representación de **CEGA ENERGÍAS, S.L.** contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 23 de febrero de 2017, por la que se desestima el recurso de reposición deducido frente al Acuerdo del Director de energía de 15 septiembre de 2016, sobre liquidación de retribución primada de la central hidroeléctrica de producción de electricidad denominada La Ibiensa, titularidad de la actora.

CONDENAMOS a la demandante al pago de las costas procesales.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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