

ACUERDO RELATIVO A LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PLANTEADA POR EDISON NEXT SPAIN, S.L. EN SU RECURSO DE ALZADA CONTRA EL ACUERDO DE LA DIRECCIÓN DE ENERGÍA DE 25 DE OCTUBRE DE 2023 SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE EFICIENCIA ENERGÉTICA DEL EJERCICIO DE 2019.

(R/AJ/128/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 15 de diciembre de 2023

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Acuerdo adoptado por la Dirección de Energía el 25 de octubre de 2023 acerca del cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética del ejercicio de 2019.

Por escrito de la Directora de Energía de 25 de octubre de 2023 (referencia LIQ/DE/307/15), se comunicó formalmente a [REPRESENTANTE], representante a efectos de liquidaciones de la instalación de cogeneración Zarzalejo (de titularidad de Edison Next Spain, S.L., anteriormente denominada EDF Fenice Ibérica, S.L.), el incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética relativos al ejercicio de 2019, 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:

“El artículo 27 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 (en adelante, RD 413/2014) establece las condiciones de eficiencia energética que deben cumplir las instalaciones de cogeneración que tengan otorgado un régimen retributivo específico, conforme a 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, para lo que deberán calcular y acreditar el ahorro de energía primaria porcentual alcanzado cada año en los términos previstos en este último real decreto, comunicándolo por vía electrónica al organismo encargado de la liquidación del régimen retributivo específico antes del 31 de marzo del año siguiente a aquel al que se refiera el cálculo.

Del mismo modo, el RD 413/2014 establece en su disposición transitoria novena que a las instalaciones que tuvieran reconocida retribución primada a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, no hubieran sido objeto de una modificación sustancial al amparo de lo previsto en el artículo 4.bis del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, y tengan un valor de retribución a la inversión distinto de cero, les serán exigibles las condiciones de eficiencia energética dispuestas en su anexo XIV, relativas al cumplimiento de unos valores mínimos de Rendimiento Eléctrico Equivalente (REE), el cual deberá ser calculado y acreditado cada año en los términos previstos en el citado anexo XIV, comunicándolo por vía electrónica al organismo encargado de la liquidación antes del 31 de marzo del año siguiente a aquel al que se refiera el cálculo.

Asimismo, el artículo 32.3 del RD 413/2014 establece que “el organismo encargado de realizar las liquidaciones notificará al interesado el incumplimiento de las condiciones de eficiencia energética y dará traslado de dicha notificación a la Dirección General de Política Energética y Minas [DGPEM]”.

(...)

Mediante la presente se comunica formalmente por este medio las instalaciones representadas por ustedes que resultan incumplidoras según lo previsto en el artículo 32.3 del RD 413/2014, a los efectos oportunos. El listado de instalaciones —junto con la identificación de su código CIL, su titular y una breve descripción de la causa del incumplimiento— se anexa a esta comunicación; expresamente se detallan las instalaciones para las que se notifica un segundo incumplimiento de las condiciones de eficiencia energética que, en su caso, pudiera dar lugar a la cancelación de la inscripción en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación.

(...)

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; igualmente se ha dado traslado de la presente notificación a la Dirección General de Política Energética y Minas. A este respecto, según el mismo artículo 32.3 del RD 413/2014 “En el caso de que con posterioridad a dicha notificación se produjera un segundo incumplimiento, se iniciará el procedimiento de cancelación de la inscripción en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación, sin perjuicio del procedimiento sancionador correspondiente”.

En lo relativo a la instalación de cogeneración Zarzalejo, el anexo de este escrito especifica el incumplimiento concurrente (el rendimiento eléctrico equivalente no alcanza el valor del 55%, previsto en el anexo XIV del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, para las instalaciones de cogeneración que utilizan como combustible el gas natural, como es el caso de la instalación Zarzalejo), e indica que se trata del segundo incumplimiento (al estar declarado también el incumplimiento de la anualidad de 2018):

“[---]

Fenice Instalaciones Ibérica, S.L. – Zarzalejo

Inspección COG_A081 no da validez a la fórmula utilizada por el titular en el cálculo del calor útil. Propone un nuevo cálculo del calor útil que hace que el Rendimiento Eléctrico Equivalente de la planta no supere el mínimo, y por lo tanto la planta es considerada incumplidora de las condiciones de eficiencia energética REE calculado: 52,30%.

Se trataría del segundo incumplimiento.”

[REPRESENTANTE] accedió a la notificación remitida el 26 de octubre de 2023.

Asimismo, por escrito de esa misma fecha de 25 de octubre de 2023, presentado en registro el día 26 de octubre, de 2023, y en cumplimiento del artículo 32.3 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio ¹, se comunicó a la Dirección General de Política Energética y Minas la relación de instalaciones que en el año 2019 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 de cogeneración Zarzalejo.

Segundo.- Interposición del recurso de alzada.

El 23 de noviembre de 2023 se ha recibido en el registro de la CNMC escrito de Edison Next Spain, S.L. por el que interpone recurso de alzada contra el acuerdo de la Directora de Energía de 25 de octubre de 2023.

¹ “El organismo encargado de realizar las liquidaciones notificará al interesado el incumplimiento de las condiciones de eficiencia energética y dará traslado de dicha notificación a la Dirección General de Política Energética y Minas.

En el caso de que con posterioridad a dicha notificación se produjera un segundo incumplimiento, se iniciará el procedimiento de cancelación de la inscripción en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación, sin perjuicio del procedimiento sancionador correspondiente.”

Esencialmente, en su recurso de alzada, Edison Next Spain, S.L. alega lo siguiente:

- Estando pendiente la revisión judicial del primer incumplimiento declarado por la CNMC -referido a la anualidad de 2018- (recurso contencioso-administrativo 847/2020, interpuesto ante la Audiencia Nacional), no es posible que la CNMC declare un segundo incumplimiento.
- A los efectos de determinar el rendimiento eléctrico equivalente, el cálculo del calor útil de la instalación de cogeneración se debe realizar conforme a 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), en vez de conforme a la ecuación 8, considerada por la CNMC.
- Al respecto de la determinación del rendimiento de referencia para la producción separada de calor, debe considerarse un valor de 85% (en vez del valor del 90%, considerado por la CNMC), por ser el previsto en el Reglamento Delegado (UE) 2015/2402, sin que proceda la adición de un 5%, ya que en el caso de la instalación de cogeneración Zarzalejo no hay retorno de condensados.
- Conforme a estos criterios de cálculo que considera el recurrente, el valor del rendimiento eléctrico equivalente es del 56,67%, siendo superior al mínimo del 55%, requerido.

Por medio de su recurso, Edison Next Spain solicita a la CNMC que anule el acuerdo de la Dirección de Energía de 25 de octubre de 2023 en lo que se refiere a la instalación Zarzalejo, y que se proceda a corregir la comunicación remitida a tal efecto a la Dirección General de Política Energética y Minas. Asimismo, al amparo del artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, Edison Next Spain solicita la suspensión del acto recurrido hasta tanto se resuelva su recurso de alzada. En este sentido, el recurrente solicita a la CNMC lo siguiente:

“SOLICITO que tenga por presentado este escrito en tiempo y forma, con los documentos que lo acompañan, se sirva admitirlo y, en consecuencia, tenga por interpuesto RECURSO DE ALZADA contra la Comunicación del segundo Incumplimiento y, en su virtud, previos los trámites oportunos:

i) acuerde la suspensión cautelar de la ejecución de la resolución impugnada, de conformidad con el artículo 117.2 de la LPACAP, teniendo en cuenta que la ejecución es susceptible de causar perjuicios de imposible o difícil reparación a mi mandante;

ii) declare nula la Comunicación del segundo Incumplimiento objeto de impugnación en el presente recurso;

iii) requiera a la Directora de Energía de esa CNMC para que comunique a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico que la Instalación de Zarzalejo ha cumplido con las condiciones de eficiencia energética y, por ende, no inicie el procedimiento de cancelación de la inscripción en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial.

Según el artículo 36.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, los actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la normativa general de procedimiento administrativo. A este respecto, el artículo 121.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispone que los actos administrativos podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó.

Conforme al artículo 8.2.d) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), corresponde al Consejo resolver los recursos contra los actos y decisiones de otros órganos de la CNMC.

De acuerdo con el artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, la Sala de Supervisión Regulatoria es, en concreto, competente para resolver el presente recurso de alzada, interpuesto contra una decisión adoptada por la Dirección de Energía.

SEGUNDO.- Sobre las previsiones relativas a la suspensión de las resoluciones recurridas.

Edison Next Spain ha solicitado la suspensión del acuerdo de la Dirección de Energía de 25 de octubre de 2023, en tanto se resuelva el recurso de alzada que ha interpuesto contra el mismo.

El artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, contempla la suspensión de las resoluciones objeto de un recurso administrativo. Prevé que la interposición de un recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, salvo que así se acuerde (previa ponderación de los intereses afectados, en los casos en que la ejecución pueda generar perjuicios de imposible o difícil reparación o en los casos en que la impugnación se sostenga en motivos de nulidad de pleno derecho), o salvo que trascurra el plazo de un mes sin resolverse la solicitud de suspensión:

“1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley.

3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto. En estos casos, no será de aplicación lo establecido en el artículo 21.4 segundo párrafo, de esta Ley.

(...)”

TERCERO.- Sobre la improcedencia de la suspensión.

Edison Next Spain basa formalmente su recurso en unos motivos de nulidad de pleno de derecho: los previstos en las letras a) y c) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (*“Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. c) Los que tengan un contenido imposible.”*). Edison Next Spain considera que estos motivos de nulidad concurren porque se está declarando un segundo incumplimiento cuando el primero estaría pendiente de ser revisado por los Tribunales (lo que, a juicio del recurrente, supone una vulneración de su derecho de defensa y la determinación de un hecho que es irreal).

Sin entrar a valorar el fondo de esta alegación, ha de indicarse que no puede admitirse la inexistencia del primer incumplimiento. Ese primer incumplimiento quedó declarado por la CNMC, y esa declaración no ha sido anulada ni suspendida. El hecho de que se esté revisando por los Tribunales no afecta a su ejecutividad.

Efectivamente, al respecto de ese primer incumplimiento, la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó el 9 de junio de 2020 una resolución convalidando 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. , y declarando la pérdida de objeto del recurso de alzada interpuesto por esa misma empresa contra el mencionado acuerdo del Director de Energía de 7 de febrero de 2020 (expediente R/AJ/032/20). Si bien, la empresa ha interpuesto el recurso contencioso-administrativo 847/2020 contra esa resolución, la Audiencia Nacional no ha acordado la suspensión de dicha resolución (suspensión que, por lo demás, no consta que fuera solicitada por el recurrente).

Tampoco aporta el ahora recurrente en alzada ningún pronunciamiento de los Tribunales que dé apariencia de buen derecho a los argumentos de impugnación que esgrime acerca de la cuestión del cálculo del calor útil y la determinación del rendimiento de referencia para la producción separada de calor, que son las cuestiones de fondo de su recurso.

Debe indicarse, por el contrario, y sin perjuicio de lo que resulte de la valoración de fondo de sus alegaciones, que el argumento sobre la determinación del rendimiento de referencia para la producción separada de calor que esgrime Edison Next Spain habría sido rechazado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 12 de mayo de 2022, relativa a un recurso (el recurso 615/2022) concerniente a otra instalación diferente, en la que, como en el caso de la cogeneración de Zarzalejo, no hay retorno de condensados:

“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 (...)”

Señalado esto, resta por hacer una ponderación de los intereses implicados en relación con los efectos del acto recurrido:

El párrafo segundo del artículo 32.3 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, dispone que *“En el caso de que con posterioridad a dicha notificación se produjera un segundo incumplimiento, se iniciará el procedimiento de cancelación de la inscripción*

en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación, sin perjuicio del procedimiento sancionador correspondiente”.

La cancelación de la inscripción registral (que da derecho a la percepción del régimen retributivo específico), o la imposición de una sanción, no son efectos automáticos de la decisión adoptada. Esos efectos se producirán, en su caso, tras el inicio y tramitación del correspondiente procedimiento (el de cancelación registral o el sancionador). No hay, por lo tanto, un motivo que en ese sentido justifique la suspensión del acuerdo de la Dirección de Energía recurrido en alzada.

La declaración de un segundo incumplimiento tiene sin embargo un efecto retributivo derivado para el interesado. Se trata de la suspensión del pago de la retribución específica, conforme está previsto en el apartado duodécimo.3 de la Circular 1/2017, de 8 de febrero, de la CNMC, que regula la solicitud de información y el procedimiento de liquidación, facturación y pago del régimen retributivo específico de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE de 23 de febrero de 2017):

“En caso que se produzca un segundo incumplimiento conforme a lo previsto en los artículos 32, 33 y en la disposición transitoria novena del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, de alguna de las obligaciones de las instalaciones descritas en los párrafos anteriores, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia notificará al interesado el incumplimiento y comunicará dicha circunstancia a la Dirección General de Política Energética y Minas a los efectos oportunos. Asimismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia procederá a la suspensión cautelar de la liquidación del régimen retributivo específico para las instalaciones afectadas, hasta la resolución del procedimiento de cancelación de la inscripción en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación por parte del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital.”

Esta medida de suspensión no afecta a las retribuciones ya percibidas por el interesado (sobre esas retribuciones habrá de pronunciarse en su caso la resolución de cancelación registral), sino a las que están por percibir: Se trata de la medida consistente en no continuar pagando de momento una retribución regulada a quien aparece formalmente incurso en una causa para la cancelación del derecho a percibir dicha retribución.

En este sentido, la medida está proporcionada, pues no se trata de obtener del interesado el abono de unas cantidades (el reintegro de lo ya percibido) sino de que la Administración deje de abonarle al mismo cantidades adicionales (esto es, la suspensión del pago de la retribución específica), considerando, además,

que la retribución que se trata de suspender es una retribución regulada (que está supeditada al cumplimiento de unos requisitos, y que es independiente y adicional a la retribución de mercado que corresponda percibir).

En este sentido, teniendo en cuenta el efecto de que se trata (derivado de la declaración del segundo incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética), que el efecto está previsto normativamente en la circular mencionada, y que obedece a un claro interés público (no situar innecesariamente al sistema de liquidaciones en la dificultad de obtener luego el reintegro de unas cantidades cuando había base para suspender de entrada ya su liquidación), no se encuentra justificado acceder a la suspensión solicitada por el recurrente.

En atención a lo recogido en los anteriores antecedentes y fundamentos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ACUERDA

Único.- Denegar la solicitud de suspensión del acuerdo de la Dirección de Energía de 25 de octubre de 2023 (sobre el cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética del ejercicio de 2019), realizada por Edison Next Spain, S.L. en el marco del recurso de alzada interpuesto contra el mencionada acuerdo.

Comuníquese este acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese a Edison Next Spain, S.L.

El presente acuerdo agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrido, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.