

ACUERDO RELATIVO A LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PLANTEADA POR NEOLECTRA SC COGENERACIÓN, S.L.U. 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/141/23)

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 a efectos de liquidaciones de la instalación de cogeneración Leche Pascual (de titularidad de Neoelectra SC Cogeneración, 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 Leche Pascual, el anexo de este escrito especifica el incumplimiento concurrente (el rendimiento eléctrico equivalente no alcanza el valor del 59%, previsto en el anexo XIV del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, para las instalaciones de cogeneración que emplean gas natural en turbina de gas, como es el caso de la instalación de cogeneración Leche Pascual), sin que conste la existencia de un incumplimiento previo relativo a la instalación de que se trata:

“[---]

Cog. Leche Pascual

Inspección COG_B004 no da validez a la fórmula utilizada por el titular en el cálculo del calor útil ni al valor de RefH. Propone un nuevo cálculo 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: 57,15%.”

[SUJETO 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 Leche Pascual.

Segundo.- Interposición del recurso de alzada.

El 27 de noviembre de 2023 se ha recibido en el registro de la CNMC escrito de Neoelectra SC Cogeneración, 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, Neoelectra SC Cogeneración, S.L. alega lo siguiente:

- Que la comunicación de incumplimiento sobre el rendimiento eléctrico equivalente de la instalación de cogeneración ha de considerarse juntamente con la liquidación definitiva aprobada por la CNMC para el año 2019, la cual, según indica Neoelectra SC Cogeneración, *“aplica a la Instalación COG. LECHE PASCUAL un coeficiente de corrección de ingresos por ajuste de la energía eléctrica generada, resultando un importe total a abonar por NEOPAS de –[---] euros”*. Neoelectra SC Cogeneración aclara que *“contra la Liquidación definitiva de 2019 mi mandante interpondrá el correspondiente recurso contencioso-administrativo al no haber contra la misma, recurso en vía administrativa”*.
- Que la comunicación de incumplimiento es nula de pleno derecho, *i)* por ser, a juicio del recurrente, de contenido imposible (*“ya que se está declarando un incumplimiento de las condiciones de eficiencia energética cuando el REE es superior al previsto normativamente”*), *ii)* por adoptarse por órgano incompetente (al haberse realizado por la Dirección de Energía en lugar de por el Consejo de la CNMC), y *iii)* por depender su contenido de la resolución de la liquidación definitiva de 2019 (la cual, a juicio del recurrente, se ha aprobado con falta de motivación).
- Al respecto de la cuestión de fondo, Neoelectra SC Cogeneración alega que, para la determinación del rendimiento de referencia para la producción separada de calor, no debería considerarse el valor del 90% (tenido en cuenta por la CNMC), ya que no procedería la adición de un 5% al porcentaje 85%, conforme a lo previsto en el Reglamento Delegado (UE) 2015/2402, pues, para la adición de ese 5%, lo relevante, a juicio del titular de la instalación de cogeneración Leche Pascual, no sería que no haya retorno de condensados, sino que -existiendo éste- ese retorno no se haya podido tener en cuenta en el cálculo del calor útil.
- Conforme a los criterios de cálculo que considera el recurrente, el valor del rendimiento eléctrico equivalente sería del 62,4%, siendo superior al mínimo del 59%, requerido.

Por medio de su recurso, Neoelectra SC Cogeneración 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 de cogeneración Leche Pascual, 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, Neoelectra SC Cogeneración 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 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 de 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 COG. LECHE PASCUAL ha cumplido con las condiciones de eficiencia energética.”

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.

Neoelectra SC Cogeneración 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.

Neoelectra SC Cogeneración basa formalmente su recurso en unos motivos de nulidad de pleno de derecho: los previstos en las letras a), b) 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. b) Los dictados por órgano

manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible.”).

La causa de nulidad relativa a la letra a) la refiere en realidad Neoelectra SC Cogeneración, no al acuerdo de 25 de octubre de 2023 de la Dirección de Energía, sino a la resolución de 20 de octubre de 2023 de la Sala de Supervisión Regulatoria por la que se acuerda la liquidación definitiva del régimen retributivo específico de 2019 (expediente LIQ/DE/024/23), al considerar que la misma se dicta sin motivación, lo que le produciría a la empresa indefensión. Pero esa causa de nulidad habrá de examinarse, en su caso, en el marco del correspondiente recurso contencioso-administrativo que se interponga contra la resolución de 20 de octubre de 2023 mencionada.

La causa de nulidad relativa a la letra b) se invoca por Neoelectra SC Cogeneración con claro error, pues la misma se refiere a incompetencias materiales o territoriales, y lo que Neoelectra SC Cogeneración está alegando sería meramente una incompetencia de tipo jerárquico, al considerar que el acuerdo de 25 de octubre de 2023 debería haberse adoptado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Finalmente, en cuanto a la causa de nulidad relativa a la letra c) (imposibilidad del acto, al declarar el mismo un incumplimiento cuando, a juicio del recurrente, tal incumplimiento no concurre), ha de indicarse, sin entrar a valorar el fondo de esta alegación, que no puede admitirse, de entrada, un contenido imposible del acto adoptado; el acto no le impone al interesado la obligación de realizar una actuación que sea de imposible realización; se acuerda comunicar al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico una circunstancia, que -como vendría a reconocer el recurrente- resulta en realidad de lo apreciado previamente por la Sala de Supervisión Regulatoria en la liquidación definitiva de 2019. Neoelectra SC Cogeneración podrá no estar de acuerdo con la actuación realizada por la CNMC (la comunicación realizada al Ministerio del incumplimiento de la instalación de cogeneración Leche Pascual), pero eso no implica que el acto sea de imposible realización.

Tampoco aporta el recurrente ningún pronunciamiento de los Tribunales que dé apariencia de buen derecho a los argumentos de impugnación que esgrime acerca de la cuestión de la determinación del rendimiento de referencia para la producción separada de calor, que es la cuestión 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 Neoelectra SC Cogeneración 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:

“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, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, contempla unos efectos específicos para la comunicación que la CNMC realiza a la Dirección de Política Energética y Minas acerca de los requisitos de eficiencia energética, cuando lo que se comunica es un segundo incumplimiento: *“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”.*

Este precepto no es de aplicación a la instalación de Neoelectra SC Cogeneración, respecto de la que, el incumplimiento relativo a la anualidad de 2019, es el primer incumplimiento que se ha apreciado.

Los efectos perjudiciales que el interesado alega, resultado del incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética en 2019, se derivan en realidad de lo acordado en la resolución de 20 de octubre de 2023 por la que se aprueba la liquidación definitiva de 2019. Esta resolución toma en consideración lo que indica el artículo 32.1 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que dispone que *“Para las instalaciones que tengan la obligación del cumplimiento de las condiciones de eficiencia energética exigidas, y que en el cómputo de un año no hayan cumplido con dichas exigencias, se corregirán los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico, atendiendo únicamente a la electricidad producida por la*

instalación de cogeneración que, junto con el calor útil, suponga el ahorro de energía primaria porcentual mínimo exigible para ser considerada de alta eficiencia”.

En este sentido, Neoelectra SC Cogeneración alega que la liquidación definitiva aprobada para el año 2019 *“aplica a la Instalación COG. LECHE PASCUAL un coeficiente de corrección de ingresos por ajuste de la energía eléctrica generada, resultando un importe total a abonar por NEOPAS de –[---] euros”.*

Pues bien, ese efecto, deriva, en realidad, como se ha dicho, de lo acordado en la resolución de esta Sala de Supervisión Regulatoria de aprobación de la liquidación definitiva de 2019, y, como el propio Neoelectra SC Cogeneración viene a reconocer en su recurso de alzada, dicha resolución de aprobación ha de ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por lo que afecta al acuerdo del 25 de octubre de 2023 de la Dirección de Energía, el mismo se limita a declarar formalmente, como un incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética, la circunstancia apreciada por la Sala de Supervisión Regulatoria el 20 de octubre de 2023 (no alcanzar el rendimiento eléctrico equivalente previsto para la tecnología de la instalación de que se trata), y a comunicar tal circunstancia a la Dirección General de Política Energética y Minas. Por su parte, ésta, sólo en el caso de que se adicione un segundo incumplimiento -lo que no concurre en el caso de la instalación de cogeneración de Leche Pascual-, habría de proceder a incoar un procedimiento de cancelación del derecho al cobro de la retribución específica (artículo 32.3 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio):

“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.”

En definitiva, no se aprecia que el acuerdo impugnado (el acuerdo de la Dirección de Energía de 25 de octubre de 2023) tenga, de por sí, efectos perjudiciales de tipo sustantivo para el recurrente, no procediendo, en consecuencia, acceder a la suspensión solicitada.

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), presentada por Neoelectra SC Cogeneración, 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 Neoelectra SC Cogeneración, 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.