

ACUERDO POR EL QUE SE INADMITE EL RECURSO DE ALZADA interpuesto por EDP ESPAÑA, S.A.U. CONTRA EL ACUERDO DE LA DIRECCIÓN DE ENERGÍA DE 25 DE OCTUBRE DE 2023 SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE EFICIENCIA ENERGÉTICA DE LOS EJERCICIOS DE 2018 Y 2019.

(R/AJ/140/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel García Castillejo

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat
D. Carlos Aguilar Paredes
Dª. María Jesús Martín Martínez
D. Enrique Monasterio Beñaran

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 1 de diciembre de 2025

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 de los ejercicios de 2018 y 2019.

Por escrito de la Directora de Energía de 25 de octubre de 2023 (referencia LIQ/DE/307/15), se comunicó a EDP España, S.A.U., titular de la instalación de cogeneración Nestlé-Sevares, el incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética relativos a los ejercicios de 2018 y 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 julio1, 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 Cog. Nestlé-Sevares, el anexo de este escrito especificaba 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 Cog. Nestlé-Sevares), e indicaba que se trataba de un caso de concurrencia de un segundo incumplimiento (al declararse el incumplimiento de dos anualidades: 2018 y 2019):

2018	<p>Inspección COG_A040 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.</p> <p>REE calculado: 53,26%</p>
2019	<p>Inspección COG_A040 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.</p> <p>REE calculado: 53,50%.</p> <p><u>Se trataría del segundo incumplimiento.</u></p>

EDP España accedió a la notificación remitida el 27 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 los años 2018 y 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 Cog. Nestlé-Sevares.

Segundo.- Interposición del recurso de alzada.

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.”

El 27 de noviembre de 2023 se recibió en el registro de la CNMC escrito de EDP España por el que interpone recurso de alzada contra el acuerdo de la Directora de Energía de 25 de octubre de 2023.

Esencialmente, en su recurso de alzada, EDP España alega lo siguiente:

- Infracción del principio de confianza legítima. Expone que los cálculos alternativos del rendimiento eléctrico equivalente de su instalación de cogeneración realizados por la Inspección de la CNMC “*no han tenido efecto hasta el Acuerdo de la Dirección de Energía aquí recurrido y las Liquidaciones Definitivas de 2018 y 2019*”.
- Irregularidades del procedimiento de inspección, del que derivan los cálculos alternativos. En concreto, alega “*incompetencia de TRAGSATEC, caducidad, falta de motivación y arbitrariedad*”.
- Falta de acreditación de los incumplimientos del rendimiento eléctrico equivalente. En concreto, EDP España indica que, para calcular ese rendimiento, no procede emplear la ecuación 8, sino 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), y que la parte del calor de los motores que se utiliza para calentamiento del agua antes de entrar a caldera debe considerarse también como calor útil.

Por medio de su recurso, EDP España 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 declaración del incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética de su instalación de cogeneración, y que se proceda a dejar sin efecto la comunicación remitida a la Dirección General de Política Energética y Minas:

“SOLICITA que, teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que le acompañan, se sirva admitirlo y, en su virtud tenga por formulado, en tiempo y forma, RECURSO DE ALZADA contra el Acuerdo de la Dirección de Energía de la CNMC notificado a EDP España con fecha 27 de octubre de 2023 y, previos los trámites legales oportunos, en su día, dicte Resolución por la que, con estimación del presente Recurso, anule el Acuerdo recurrido y, deje sin efecto, tanto el incumplimiento de las condiciones de eficiencia energética previsto en el art. 32.3 del RD 413/2014 para los ejercicios 2018 y 2019, como el traslado del mismo a la Dirección General de Política Energética y Minas mediante el trámite que corresponda..”

Los días 26 de febrero de 2024 y el 26 de junio de 2024 EDP España presentó alegaciones complementarias sobre el objeto de su recurso de alzada.

Tercero.- Interposición de recurso contencioso-administrativo contra las liquidaciones definitivas de 2018 y de 2019.

El 26 de diciembre de 2023 se recibió en el registro de la CNMC oficio de la Audiencia Nacional por el que se comunica la interposición por parte de EDP España del recurso contencioso-administrativo 2054/2023, interpuesto contra la resolución de 20 de octubre de 2023 que aprueba la liquidación definitiva del régimen retributivo específico de 2019, previsto para las instalaciones renovables, de cogeneración y residuos (expediente LIQ/DE/024/23), requiriéndose por ello a la CNMC, por parte de la Audiencia Nacional, para que se remita el correspondiente expediente administrativo.

Asimismo, el 25 de enero de 2024 se recibió en el registro de la CNMC oficio de la Audiencia Nacional por el que se comunica la interposición por EDP España del recurso contencioso-administrativo 2052/2023, interpuesto contra la resolución de 20 de octubre de 2023 que aprueba la liquidación definitiva del régimen retributivo específico de 2018 (expediente LIQ/DE/023/23), requiriéndose el correspondiente expediente administrativo.

Con fecha 23 de mayo de 2025 (tras la tramitación de varias actuaciones de complemento de expediente que se proyectaron hasta el mes de marzo de 2025), EDP España formuló la demanda correspondiente al recurso contencioso-administrativo 2054/2023. Los argumentos de esta demanda por medio de la cual se solicita la anulación de la liquidación definitiva de 2019 son esencialmente coincidentes, en su literalidad, con los motivos de impugnación del recurso de alzada presentado contra el Acuerdo adoptado por la Dirección de Energía el 25 de octubre de 2023 acerca del cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética.

Cuarto.- Información remitida por la Dirección General de Política Energética y Minas.

El 30 de julio de 2024 se ha recibido en el registro de la CNMC resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas, de fecha 26 de julio de 2024, acerca de la improcedencia de cancelar la inscripción en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación de la instalación Cog. Nestlé-Sevares. En esta resolución se indica lo siguiente:

“(…)

Que el día 5 de junio de 2024, se recibe en esta Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, comunicación de la CNMC de esa misma fecha relativa a las

fechas de notificación de los incumplimientos de las condiciones de eficiencia energética exigidas en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio. En el anexo de dicha comunicación se complementa la información aportada por ese organismo en fecha 25 de octubre de 2023, que, con relación a la instalación COGENERACIÓN DE NESTLÉ-SEVARES, confirma que el segundo incumplimiento, del ejercicio de 2019, se produjo con anterioridad a la notificación del primero, del ejercicio de 2018.

(...)

Por todo lo expuesto, a la vista de lo alegado, de la documentación que obra en poder de esta Dirección General y de la normativa referenciada, se considera que, habiéndose constatado que el segundo incumplimiento del ejercicio de 2019 no se ha producido con posterioridad a la notificación del primer incumplimiento de 2018, no procede cancelar la inscripción en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación de la instalación de referencia. Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección General de Política Energética y Minas podrá iniciar el procedimiento de cancelación de la inscripción si se produjese un nuevo incumplimiento en los términos previstos en la normativa.

Esta Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio,

RESUELVE

*Primero.- Declarar que no procede la cancelación de la unidad retributiva con código de inscripción ERX-103062-2014-E, perteneciente a la instalación COGENERACIÓN DE NESTLÉ-SEVARES, cuyo titular es EDP ESPAÑA S.A.U., en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación.
Segundo.- Acordar el archivo de las actuaciones.”*

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 3/2103, 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 la inadmisión del recurso de alzada.

De modo esencial, el recurso de alzada de EDP España persigue dos pretensiones:

- Que se anulen las declaraciones de incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética de la instalación de cogeneración Nestlé-Sevares.
- Que se proceda a dejar sin efecto la comunicación remitida a la Dirección General de Política Energética y Minas a los efectos de la posible incoación de un procedimiento de cancelación registral, como consecuencia de la existencia de dos incumplimientos de esos requisitos.

a) Declaración del incumplimiento de los requisitos de eficiencia:

Con relación al primero de los dos aspectos mencionados (el incumplimiento de los requisitos de eficiencia), ha de indicarse que la decisión adoptada no deriva de la comunicación cursada por la Dirección de Energía el 25 de octubre de 2023 (que simplemente comunica el incumplimiento apreciado), sino que deriva en realidad de lo acordado en las resoluciones de la Sala de Supervisión Regulatoria de 20 de octubre de 2023 (precedentes en el tiempo) por las que se aprueban las liquidaciones definitivas de 2018 y 2019 del régimen retributivo específico. Estas resoluciones toman 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”*.

Dicho ajuste (minoración) de la retribución se hace por las mencionadas liquidaciones definitivas.

Estas resoluciones de aprobación de la liquidación definitiva, actos recurribles en vía contencioso-administrativa, han sido efectivamente impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa por el propio EDP, siguiéndose a estos efectos los procedimientos ordinarios 2052/2023 y 2054/2023 en la Audiencia Nacional.

Al respecto del ajuste a aplicar al respecto de las liquidaciones provisionales percibidas en relación con la energía producida en los años 2018 y 2019, el acuerdo de la Dirección de Energía de 25 de octubre de 2023 no contiene ninguna relevancia sustantiva.

En este sentido, hay que recordar que, según doctrina jurisprudencial², los actos de ejecución no son susceptibles de impugnación autónoma, al ser reproducción de otros anteriores. No procede generar dos recursos referidos a una misma cuestión administrativa; razón por la que el recurso de alzada contra el acuerdo de la Directora de Energía de 25 de octubre de 2023 debe ser inadmitido en lo que atañe al aspecto de la declaración del incumplimiento de los requisitos de eficiencia de las anualidades de 2018 y 2019, en la medida en que está basado en un aspecto ya contemplado en las precedentes resoluciones de 20 de octubre de 2023 de la Sala de Supervisión Regulatoria, que aprueban las liquidaciones definitivas de que se trata, las cuales ya han sido recurridas en vía contencioso-administrativa.

Por el contrario, la virtualidad que tiene el acuerdo de la Dirección de Energía 25 de octubre de 2023, es, meramente, comunicar el incumplimiento a la Dirección General de Política Energética y Minas, poniendo de manifiesto, asimismo, la existencia -para esta instalación- de dos incumplimientos anuales.

b) La consideración de que concurren dos incumplimientos anuales:

Es este segundo aspecto (el que se refiere a la comunicación de la existencia de dos incumplimientos anuales de los requisitos de eficiencia energética) el que en

² A título de ejemplo, STS 10 de noviembre 1981 (Apelación nº. 46.506): “...sobre la validez que los recurrentes atribuyeron al acto de la Diputación Provincial, también le es aplicable la inadmisibilidad de referencia, porque no puede prescindirse en este trámite de la calificación o naturaleza jurídica que corresponde a aquél y que es la de un auténtico **acto de ejecución** de otro, y que, por consecuencia, no es legalmente susceptible de impugnación autónoma respecto del definitivo que, directa o indirectamente, se ejecuta, hallándose, por tanto, su validez subordinada a la del mismo y no pudiéndose, por ello, atacar por unos motivos de ilegalidad que afectaban al que resulta ejecutado, como se declaró por este Tribunal, entre otras, en las sentencias de 17 de junio de 1.974 , 5 de diciembre de 1.975 , 9 de octubre de 1.978 y 28 de noviembre de 1.979,...”

realidad cabe referir, como efecto específico, al acuerdo de la Dirección de Energía 25 de octubre de 2023.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 32.3 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, dispone lo siguiente:

"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."

Pues bien, la cancelación de la inscripción registral (que da derecho a la percepción del régimen retributivo específico) no es un efecto automático de la decisión adoptada por la CNMC. Como resulta del precepto que acaba de transcribirse, ese efecto se producirá, en su caso, tras el inicio y tramitación del correspondiente procedimiento de cancelación registral.

No hay, por lo tanto, a este respecto un acto definitivo susceptible de recurso. La Dirección de Energía de la CNMC sólo comunica el dato del incumplimiento a la Dirección General de Política Energética y Minas, a los efectos que ésta considere oportunos.

Lo anterior resulta, además, confirmado desde el momento en que, como consta en los antecedentes, la Dirección General de Política Energética y Minas ha procedido a archivar las actuaciones relativas a la cancelación de la inscripción de la instalación Cog. Nestlé-Sevares en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación, indicando que no procede llevar a cabo esa cancelación, al haberse incurrido en el segundo incumplimiento (2019) cuando aún no había sido declarado el primer incumplimiento (el incumplimiento de 2018).

Por lo demás, en cuanto a lo que eventualmente se menciona en el artículo 32.3 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, acerca de la imposición de una sanción, ha de indicarse que no se ha procedido a incoar ningún procedimiento sancionador a este respecto.

Así, siendo el acto recurrido un acto de trámite (y no decidiendo el fondo del asunto ni determinando la imposibilidad de continuar el procedimiento, y no produciendo tampoco indefensión ni perjuicio irreparable), debe inadmitirse - conforme al artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre- el recurso de

alzada interpuesto contra el Acuerdo de la Dirección de Energía de 25 de octubre de 2023.

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.- Inadmitir el recurso de alzada interpuesto por EDP España, S.A.U. contra el acuerdo de la Dirección de Energía de 25 de octubre de 2023, sobre el incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética de la instalación Cog. Nestlé-Sevares de los ejercicios de 2018 y 2019.

Comuníquese este acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese a EDP España, S.A.U.

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.