

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR UNIBAIL RODAMCO SPAIN, S.L.U. CONTRA EL ACUERDO DEL DIRECTOR DE ENERGÍA DE 28 DE JULIO DE 2017 RELATIVO A LA RETRIBUCIÓN PRIMADA DE LOS AÑOS 2010 A 2016.

R/AJ/062/17

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a. María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Xabier Ormaetxea Garai

SECRETARIO DE LA SALA

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 5 de diciembre de 2017

Visto el recurso presentado por Unibail Rodamco Spain, S.L.U. contra el Acuerdo del Director de Energía de 28 de julio de 2017 por el que se deniega la percepción de retribución primada a la instalación de titularidad de esa empresa respecto de los años 2010 a 2016, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Solicitud formulada por Unibail Rodamco Spain a través de su representante.

Mediante escrito de 12 de julio de 2017, [REPRESENTANTE], representante a efectos de liquidaciones de la instalación de cogeneración Los Arcos (CIL ¹ ---), de titularidad de Unibail Rodamco Spain, S.L.U., informó a la CNMC que, por medio de una Resolución de 11 de febrero de 2016, la Dirección General de Política Energética y Minas había reconocido a la instalación el derecho a resultar inscrita en el Registro de Régimen Retributivo Específico en estado de explotación, y había considerado que la fecha a partir de la cual tiene derecho a percibir dicho régimen es la del 1 de enero de 2010. Al amparo de esa

¹ Código de Instalación de producción a efectos de Liquidación.

Resolución, [REPRESENTANTE] solicitaba a la CNMC el abono de las correspondientes retribuciones.

[REPRESENTANTE] adjuntaba a su solicitud la Resolución de 11 de febrero de 2016 de la Dirección General de Política Energética y Minas. Esta Resolución acuerda inscribir a la instalación, como instalación en estado de explotación, en el Registro de Régimen Retributivo Específico, indicando que la inscripción de esa misma instalación en estado de preasignación fue realizada el 14 de julio de 2015 como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recaída en el recurso contencioso-administrativo 4/2013.

Segundo.- Contestación del Director de Energía a la solicitud formulada.

Mediante escrito de 18 de julio de 2017, el Director de Energía de la CNMC remitió a [REPRESENTANTE] la siguiente contestación relativa a la solicitud presentada:

“La CNMC en cuanto tuvo conocimiento de la citada Resolución de inscripción, procedió a realizar con diligencia las actuaciones necesarias para la práctica de las correspondientes liquidaciones a la instalación. Los motivos por los que, no obstante, la instalación de cogeneración denominada Los Arcos no ha percibido retribución, aun estando dada de alta en estado de explotación desde el 1 de enero de 2010, son de diversa índole según se expone a continuación:

1.- Por incumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente (REE) para las cogeneraciones.

- En cuanto al ejercicio 2010, se ha comprobado que, no obstante presentar un documento para la determinación del calor útil, de la electricidad y del ahorro de energía primaria de cogeneración, no puede considerarse cumplida la obligación de acreditación del REE de la instalación al no estar certificado por una entidad reconocida por la Administración competente, de conformidad con lo exigido en el artículo 19.1 del ya derogado RD 661/2007, de 25 de mayo, vigente durante ese año.*
- En cuanto a los ejercicios 2011, 2012 y 2013, no presentaron certificado alguno del cumplimiento del REE al que se refiere el artículo 48 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, en los términos previstos en su artículo 19.*

Tanto en este supuesto de no presentación, como en el anterior correspondiente al ejercicio 2010 de presentación incorrecta, hay que aplicar las penalizaciones previstas en el propio RD 661/2007, que establece como condición necesaria para acogerse al régimen especial el cumplimiento y acreditación del REE en los promedios establecidos.

2.- Por incumplimiento del número de horas equivalentes de funcionamiento.

- En lo que se refiere a los ejercicios 2014, 2015 y 2016, el motivo de la no liquidación, no obstante la presentación del certificado del REE para cada ejercicio, es que el número de horas de funcionamiento anual de la instalación no ha superado el umbral de funcionamiento al que se refiere el artículo 21.1 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, de aplicación desde el 14 de julio de 2013.*

En este caso, resulta de aplicación lo dispuesto literalmente en el apartado c) del artículo 21.4 que literalmente dispone:

"En el caso de que el número de horas equivalentes de funcionamiento de la instalación sea inferior al umbral de funcionamiento de la instalación tipo en dicho año, el titular de la instalación perderá el derecho al régimen retributivo específico en ese año"

En conclusión, no obstante estar dada de alta su instalación en el registro de régimen retributivo específico en estado de explotación desde el 1 de enero de 2010 y así constar igualmente en nuestro Sistema de Liquidación (SICILIA), no puede percibir la retribución primada/retributiva específica que pudiera corresponderle durante los años indicados por incumplimiento de las obligaciones exigidas por la legislación, en su momento aplicable, en los términos antedichos."

El Acuerdo adoptado por el Director de Energía fue notificado a [REPRESENTANTE] el 1 de agosto de 2017.

Tercero.- Recurso interpuesto por Unibail Rodamco Spain.

El 31 de agosto de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Unibail Rodamco Spain, S.L. en el que expresa lo siguiente:

- Manifiesta su discrepancia con las consideraciones expuestas por el Director de Energía (esencialmente, porque considera que resulta contrario a Derecho que se le deniegue la retribución con base en el incumplimiento de requisitos formales u obligaciones que no resultaban de aplicación en el momento de que se trataba, dada su falta de inscripción registral).
- Expresa su intención de recurrir contra el Acuerdo adoptado por el Director de Energía (a tal efecto solicita que se le indique qué tipo de recurso cabe y el plazo aplicable).
- Solicita, de nuevo, que se le reconozca su derecho a percibir la retribución regulada desde el año 2010 (solicitud cuya resolución considera que es competencia de la Sala de Supervisión Regulatoria).

Específicamente, respecto a la retribución de los años 2010 a 2013, Unibail Rodamco Spain considera que, dado que hasta la Resolución de 11 de febrero de 2016 de la Dirección General de Política Energética y Minas se le denegó el derecho al régimen de retribución regulada, no se le puede denegar ahora el abono de las liquidaciones correspondientes a dicho régimen con base en las obligaciones formales que dicho régimen establecía. En cualquier caso, Unibail Rodamco Spain adjunta a su escrito documentación que considera que certifica el cumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente.

En cuanto a los años 2014 a 2016, Unibail Rodamco Spain argumenta que fue precisamente la incorrecta actuación de la Administración (la cual no le reconoció derecho al régimen de retribución regulada sino hasta el 11 de febrero de 2016) lo que le impidió explotar con normalidad su instalación y cumplir así con las horas de funcionamiento anual.

Unibail Rodamco Spain termina su argumentación indicando lo siguiente: *“A juicio de esta parte, todo lo anterior conlleva necesariamente el rechazo de la argumentación expuesta por la Comunicación, al ser claramente contraria a Derecho y vulnerar principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, como son los de seguridad jurídica, buena fe y proporcionalidad.”*

Cuarto.- Subsanación del escrito de interposición.

Por escrito de 17 de octubre de 2017, notificado el 20 de octubre de 2017, la CNMC, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 y 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requirió a Unibail Rodamco Spain para que acreditara la representación que ostentaba el firmante del escrito presentado, o subsanase dicho escrito por persona o personas debidamente apoderadas.

El 31 de octubre de 2017 se recibió en el Registro de la CNMC la subsanación requerida, presentada por un representante habilitado de la instalación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CARÁCTER DEL RECURSO INTERPUESTO.

Por medio del escrito presentado el 31 de agosto de 2017, Unibail Rodamco Spain manifiesta su intención de recurrir el Acuerdo del Director de Energía de 18 de julio de 2017, aunque no califica el escrito presentado como recurso de alzada.

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 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.

Según el artículo 115.2 de la citada Ley 39/2015, *“El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*.

Procede, por tanto, considerar como recurso de alzada el escrito presentado por Unibail Rodamco Spain el 31 de agosto de 2017.

SEGUNDO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

Por medio del recurso interpuesto, Unibail Rodamco Spain solicita a la CNMC que proceda a liquidarle la retribución regulada correspondiente a la energía producida por su instalación de cogeneración en los años 2010 a 2016. De conformidad con lo establecido en la disposición transitoria cuarta (en relación con la disposición adicional octava, apartado 1.d)) de la Ley 3/2013, de 4 de

junio, de creación de la CNMC, corresponde efectivamente a la CNMC la función de liquidación de la retribución regulada prevista respecto de las instalaciones de producción de energía eléctrica basadas en fuentes renovables, cogeneración o residuos.

Por su parte, el artículo 8.2.d) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), atribuye al Consejo de la CNMC la resolución de los recursos interpuestos contra los actos y decisiones adoptados por otros órganos de la CNMC en el marco de procedimientos cuya decisión o resolución correspondan al Consejo. En particular, esta competencia recae en la Sala de Supervisión Regulatoria (dado el ámbito material de la liquidación de la retribución regulada de la producción de energía eléctrica, a la que se refiere el presente recurso), de conformidad con el artículo 21.2 de la citada Ley 3/2013.

Corresponde, por tanto, a la Sala de Supervisión Regulatoria aprobar la resolución del recurso interpuesto por Unibail Rodamco Spain.

TERCERO.- SOBRE LA ACREDITACIÓN DEL RENDIMIENTO ELÉCTRICO EQUIVALENTE.

Tercero.1.- Normativa aplicable.

Con respecto a los años 2010 a 2013, la falta de reconocimiento de la retribución regulada de la instalación de Unibail Rodamco Spain se debe a la falta de acreditación del rendimiento eléctrico equivalente de la instalación de cogeneración.

El artículo 19.1, párrafo segundo, del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, aplicable a los años de que se trata², contenía la exigencia de acreditación del rendimiento eléctrico equivalente por medio de un certificado emitido por un organismo de control autorizado: *“En el caso de las instalaciones que tengan la obligación del cumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente se remitirá un certificado, de una entidad reconocida por la Administración competente, acreditativo de que se cumplen las exigencias mínimas del anexo I, así como del valor realmente alcanzado de rendimiento eléctrico equivalente, debiendo notificar cualquier cambio producido en los datos aportados para la autorización de la instalación, para la inclusión en el régimen especial o para la inscripción en el registro.”*

Según el artículo 48.1 del mencionado Real Decreto 661/2007 esta exigencia de acreditación del rendimiento eléctrico equivalente es aplicable a las instalaciones de cogeneración: *“Cualquier instalación de cogeneración a la que le sea exigible el cumplimiento de lo establecido en el anexo I del presente real decreto, deberá calcular y acreditar a final de año el rendimiento eléctrico equivalente real alcanzado por su instalación. Para ello además deberá acreditar y justificar el calor útil*

² El Real Decreto 661/2007 quedó derogado por virtud del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, cuya disposición transitoria tercera previó, no obstante, la aplicación transitoria de dicho Real Decreto (aplicación que se extendió hasta junio de 2014), sin perjuicio de la ulterior regularización del régimen económico aplicado durante el período transitorio.

producido por la planta y efectivamente aprovechado por la instalación consumidora del mismo.”

El anexo I al que se refieren los preceptos citados contiene la previsión (apartado 4) de que el cumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente (que se ha de acreditar conforme a la certificación ya mencionada) es condición para la percepción del régimen económico primado: *“Será condición necesaria para poder acogerse al régimen especial regulado en este real decreto, para las instalaciones de producción del grupo a.1 del artículo 2.1 [cogeneraciones] y para aquéllas que estén acogidas a la disposición transitoria segunda del presente real decreto y anteriormente les fuese de aplicación este requisito, que el rendimiento eléctrico equivalente de la instalación, en promedio de un período anual, sea igual o superior al que le corresponda según la siguiente tabla: (...)”*

De este modo, es claro que, para poder percibir la retribución regulada primada, es necesaria la acreditación (por parte de un organismo de control autorizado por la Administración) de que el rendimiento eléctrico equivalente de una instalación de cogeneración respeta los mínimos (que varían en función del tipo de combustible) establecidos en el anexo I del Real Decreto 661/2007.

Tercero.2.- Documentación presentada por Unibail Rodamco Spain.

Unibail Rodamco Spain adjunta a su recurso cierta documentación relativa a su instalación, correspondiente a los años 2010 a 2013, con la que pretende dar por cumplido el requisito de certificación del rendimiento eléctrico equivalente.

Ahora bien, examinada esta documentación se observa que ésta no consiste en certificados acreditativos del rendimiento eléctrico equivalente, sino en la memoria-resumen de cada año, que es un documento previsto en el párrafo primero del artículo 19.1 del Real Decreto 661/2007, y que ha de ajustarse al formulario contenido en el anexo IV del mencionado Real Decreto.

En efecto, el párrafo primero del artículo 19.1 establece lo siguiente: *“Los titulares o explotadores de las instalaciones inscritas en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial deberán enviar al órgano que autorizó la instalación, durante el primer trimestre de cada año, una memoria-resumen del año inmediatamente anterior, de acuerdo con el modelo establecido en el anexo IV.”* El anexo IV (titulado “Memoria-resumen anual”) contiene el formulario que se ha de rellenar anualmente con los datos generales de la instalación, la energía producida, el personal de la planta y las inversiones realizadas; aunque figuren los datos sobre la energía eléctrica producida, la energía primaria empleada y la energía térmica, no figura como tal el dato del rendimiento eléctrico equivalente, y, además, se trata de un documento que, según se indica, debe ser suscrito por el “Representante autorizado” de la instalación.

Los documentos presentados por Unibail Rodamco Spain constituyen dichos resúmenes-anales: Se ajustan al modelo del anexo IV (e incluso llevan dicha rúbrica), no recogen como tal el dato del rendimiento eléctrico equivalente, y, en todo caso, no están emitidos por un organismo de control autorizado (exigencia que es imprescindible para entender cumplido el requisito aplicable,

como ya se puso de relieve en la contestación del Director de Energía), sino que han sido firmados por el “Director of Operations” de la instalación de cogeneración Los Arcos (quien resulta ser la misma persona firmante del escrito original de presentación del recurso de alzada –el escrito de interposición del recurso de 31 de agosto de 2017 que fue objeto de subsanación-).

La presentación de estos documentos no puede, por tanto, considerarse como cumplimiento del requisito establecido en el artículo 19.1, párrafo segundo, y en el artículo 48.1, del Real Decreto 661/2007, sobre certificación del rendimiento eléctrico equivalente. Diferentes fueron los documentos presentados en su momento por Unibail Rodamco Spain con respecto a los años 2014 a 2016, en los que, por medio de un organismo de control autorizado, sí acredita el cumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente exigible.

Cabe considerar que, consciente de ello, Unibail Rodamco Spain emplea el argumento siguiente en su recurso: No puede exigirse a Unibail Rodamco Spain que respete unas exigencias formales previstas en el Real Decreto 661/2007 (en este caso, la acreditación del rendimiento eléctrico equivalente a través de una entidad reconocida) cuando esas exigencias formales en realidad estaban previstas para instalaciones inscritas en el Registro que confiere derecho a retribución primada, algo que no sucedía con la instalación Los Arcos hasta que, tras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así se acuerda por la Dirección General de Política Energética y Minas.

Se analiza seguidamente este argumento del recurrente.

Tercero.3.- Posibilidad de cumplimiento del requisito exigido.

En su Sentencia 649/2014, de 14 de noviembre, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Contencioso-Administrativo; Sección 8ª) estimó el recurso interpuesto por Unibail Rodamco (procedimiento ordinario 4/2013) contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra una resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 26 de enero de 2012 por la que se tuvo a esa empresa por desistida de su solicitud de inscripción en el Registro de Preasignación de Retribución (solicitud que había sido efectuada con respecto a la instalación de cogeneración Los Arcos). La estimación del recurso contencioso-administrativo se produce por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid debido a que el requerimiento de subsanación realizado a Unibail Rodamco respecto de su solicitud de inscripción registral (requerimiento de subsanación cuya falta de cumplimentación determinó la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 26 de enero de 2012) habría sido notificado incorrectamente a Unibail Rodamco, siendo, ulteriormente, cumplimentado el requerimiento por Unibail Rodamco con ocasión del recurso de alzada que interpuso ante el Subsecretario de Industria, Energía y Turismo al conocer la citada resolución de 26 de enero de 2012.

Como consecuencia de ello, en ejecución de la Sentencia adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la Dirección General de Política Energética y Minas procede a inscribir la instalación Los Arcos en el Registro de Régimen Retributivo Específico (que es el Registro actualmente existente), primero en estado de preasignación, y luego en estado de explotación, reconociendo efectos a tal inscripción desde el 1 de enero de 2010 (como fecha que corresponde en atención a la fecha de autorización de puesta en explotación de la instalación: 21 de diciembre de 2009), de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 (“Efectos de la inscripción”) del Real Decreto 661/2007 ³.

Ahora bien, ni la Sentencia de 14 de noviembre de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ni la Resolución de 11 de febrero de 2016 de la Dirección General de Política Energética y Minas determinan la necesidad de que haya de procederse, por parte de la CNMC, al abono de la retribución primada por los años 2010 en adelante. Este abono procederá si se cumplen los requisitos necesarios.

De hecho, la propia Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (que estima el recurso interpuesto contra la Resolución de 26 de enero de 2012 que tenía por desistido a Unibail Rodamco de su solicitud) desestimó la pretensión de Unibail Rodamco de que el Tribunal ordenase la inscripción de su instalación en el Registro (aduciendo el Tribunal que ello procedería sólo si la Administración –una vez que se entendía que el solicitante no había desistido– consideraba que se cumplían los requisitos): *“Así pues, lo expuesto, debemos concluir que las Resoluciones recurridas no son ajustadas a derecho. / Ahora bien, la Sala (Sección 8ª) no puede acordar que la Instalación quede inscrita en el Registro de Preasignación de retribución para instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, como solicita la parte recurrente. Deberá ser la Administración quien, previo examen de la documentación aportada, determine si se cumplen o no los requisitos exigidos para proceder , en caso afirmativo a la inscripción y, en este caso acuerde lo procedente respecto de ésta, aplicando los criterios contenidos en el apartado 5 del artículo 4 del RD Ley 6/2009, a cuyo tenor...”*

La Dirección General de Política Energética y Minas procede, en consecuencia, a examinar los requisitos para la inscripción en el Registro que da derecho a la retribución regulada, y, considerando cumplidos los mismos, sí acuerda la inscripción (en el actual Registro de Régimen Retributivo Específico), pero, por su parte, tampoco determina que haya de procederse necesariamente al abono de la retribución primada por las anualidades transcurridas, sino que deja esta cuestión a la CNMC, en función de lo que “corresponda”. Acuerda, así, *“Dar traslado de la presente resolución a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano encargado de las liquidaciones, a fin de que proceda a*

³ *“La inscripción definitiva de la instalación en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial [que, conforme al artículo 12 de este Real Decreto 661/2007, “podrá presentarse simultáneamente con la solicitud del acta de puesta en servicio de la instalación”] será requisito necesario para la aplicación a dicha instalación del régimen económico regulado en este real decreto, con efectos desde el primer día del mes siguiente a la fecha del acta de puesta en marcha definitiva de la instalación.”*

realizar las liquidaciones que correspondan del régimen económico primado existente con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio”.

Pues bien, lo cierto es que tal liquidación no corresponde, ya que Unibail Rodamco Spain incumple uno de los requisitos que eran necesarios para que una instalación de cogeneración causara derecho a la percepción de la retribución: que es la acreditación del rendimiento eléctrico equivalente en los términos del párrafo segundo del artículo 19.1 del Real Decreto 661/2007.

Argumenta Unibail Rodamco Spain que no procede exigirle el cumplimiento de ese requisito porque no estaba inscrita en el Registro de Preasignación de Retribución (por culpa de la Administración), pero ese razonamiento no es correcto. Unibail Rodamco Spain sabía desde el año 2007 (en que se aprueba el Real Decreto 661/2007) cuáles son los requisitos que había de cumplir para obtener la retribución primada, y si pretendía que tal retribución le fuera reconocida debía proceder a cumplir los mismos, sin que se aprecie que de la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 26 de enero de 2012 (que le tuvo indebidamente por desistido de su solicitud de inscripción registral) se derive la imposibilidad material de *i)* producir (percibiendo, entre tanto, por esa producción retribución de mercado), de *ii)* cumplir, al producir, el rendimiento eléctrico equivalente, y de *iii)* certificar ese rendimiento.

En cualquier caso, si apreciase ese nexo causal entre la mencionada Resolución de 26 de enero de 2012 de la Dirección General de Política Energética y Minas y las circunstancias indicadas (que determinan la falta de percepción de la retribución primada), lo que procedería es que Unibail Rodamco Spain instara una reclamación de responsabilidad patrimonial, pero no puede pretender de la CNMC que, infringiendo los requisitos previstos en la normativa aplicable, le reconozca una retribución que, en función de las circunstancias concurrentes y lo previsto en dicha normativa aplicable, no le corresponde.

CUARTO.- SOBRE LA NECESIDAD DE SUPERAR EL UMBRAL DE FUNCIONAMIENTO.

Con respecto a los años 2014 a 2016, Unibail Rodamco Spain sí ha acreditado, en debida forma, el cumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente, pero la falta de reconocimiento de la retribución regulada de la instalación, por esos años, se debe a la falta de superación del umbral de funcionamiento aplicable.

El artículo 21 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, prevé que se pueda reducir la retribución regulada que percibe una instalación si ésta no supera las *horas equivalentes de funcionamiento mínimo*, y prevé también que dicha retribución será nula si lo que no se supera es el *umbral de funcionamiento*:

“1.Los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación cuyo número de horas equivalentes de funcionamiento en dicho año

no supere el número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo de la instalación tipo correspondiente, serán reducidos según lo establecido en el presente artículo y serán nulos si no supera el umbral de funcionamiento.

(...)

3.El número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo y el umbral de funcionamiento, se establecerán para cada instalación tipo por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

En todo caso el umbral de funcionamiento será inferior al número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo.

4. Los ingresos anuales procedentes del régimen retributivo específico de una instalación se ajustarán en función del número de horas equivalentes de funcionamiento de la misma como sigue:

(...)

c) En el caso de que el número de horas equivalentes de funcionamiento de la instalación sea inferior al umbral de funcionamiento de la instalación tipo en dicho año, el titular de la instalación perderá el derecho al régimen retributivo específico en ese año.

(...)”

Unibail Rodamco Spain no discute que su instalación no ha alcanzado, en los años 2014 a 2016, el umbral de funcionamiento que le resulta de aplicación. Argumenta, no obstante, que debido a que no estaba inscrita en el Registro de Preasignación de Retribución (conforme a una decisión de la Administración que luego fue anulada) no podía funcionar con normalidad, y por eso no respetó el umbral de funcionamiento.

Con respecto a este argumento, ha de indicarse, en términos parecidos a lo ya señalado, que Unibail Rodamco Spain era consciente de los requisitos que había de cumplir para obtener la retribución regulada, y si pretendía que esa retribución le fuera reconocida debía proceder a cumplir los mismos, sin que se aprecie que de la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 26 de enero de 2012 se derive la imposibilidad material de i) producir, y de ii) cumplir, con esa producción, el umbral de funcionamiento aplicable. En cualquier caso, si Unibail Rodamco Spain apreciase ese nexo causal entre la mencionada Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas y las circunstancias indicadas, lo que procedería es que esa empresa instara una reclamación de responsabilidad patrimonial, pero no puede pretender que la CNMC infrinja los requisitos previstos en la normativa aplicable, para reconocerle una retribución que, conforme a las previsiones de dicha normativa, no le corresponde.

De acuerdo con todo lo anterior, y considerando, en otro orden de cosas, que se trataba de resolver una solicitud sustantiva del interesado (competencia del Consejo de la CNMC), relativa a la liquidación primada de los años 2010 a 2016, procede convalidar, a los efectos de lo establecido en el artículo 52.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁴, el Acuerdo de 28 de julio de 2017 del Director

⁴ “Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.”

de Energía relativo a la falta de liquidación de la retribución regulada de la instalación Los Arcos en los mencionados años 2010 a 2016, al no haberse cumplido los requisitos que permiten percibir dicha retribución.

Vistos los hechos y fundamentos expuestos, la Sala de Supervisión Regulatoria

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso de alzada interpuesto por Unibail Rodamco Spain, S.L.U. contra el Acuerdo del Director de Energía de 28 de julio de 2017 relativo a la retribución regulada de los años 2010 a 2016 correspondiente a la instalación de cogeneración Los Arcos, el cual se convalida.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, 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.