

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR EDP ENERGÍA, S.A.U. EN RELACIÓN CON LA LIQUIDACIÓN PRACTICADA AL AMPARO DE LA ORDEN ETU/555/2017, DE 15 DE JUNIO, RESPECTO DE TRES INSTALACIONES DE TRATAMIENTO Y REDUCCIÓN DE PURINES.

R/AJ/066/17

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D.^a María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 21 de febrero de 2019

Visto el recurso de alzada interpuesto por EDP Energía, S.A.U., como representante a efectos de liquidaciones de tres instalaciones de tratamiento y reducción de purines, contra la denegación de la solicitud efectuada por dicha empresa a los efectos de que no se apliquen las penalizaciones por incumplimiento de horas mínimas y horas umbral de funcionamiento, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Liquidación efectuada por la CNMC al amparo de la Orden ETU/555/2017, de 15 de junio.

Habiendo sido anulados por el Tribunal Supremo, en diversas sentencias, los anexos de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, sobre parámetros retributivos del régimen específico de instalaciones renovables, de cogeneración y residuos, en la parte de dichos anexos que se refería a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines, se procedió a aprobar la Orden ETU/555/2017, de 15 de junio, por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines.

La disposición transitoria única de la Orden ETU/555/2017 disponía que la CNMC, como organismo encargado de las liquidaciones, procedería a liquidar

el régimen retributivo específico de acuerdo con los parámetros retributivos establecidos en esta Orden con respeto a la producción realizada desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, el cual determinaba la aplicabilidad del nuevo régimen retributivo específico de las instalaciones renovables, de cogeneración y residuos.

Al amparo de esta disposición transitoria, por medio de la liquidación provisional 8 de 2017, la CNMC procedió a dar aplicación a los parámetros retributivos de las instalaciones de tratamiento y reducción de purines establecidos por el Orden ETU/555/2017.

Con respecto a las instalaciones con código CIL¹ [---] (Iniciativas Tecnológicas de Valorización Energética de Residuos), [---] (Sinova Medioambiental) y [---] (Tratamientos Ambientales Sierra la Tercia), actualmente de titularidad –las tres- de EDP Cogeneración, S.L., y representadas a efectos de liquidaciones por EDP Energía, S.A.U., esta liquidación efectuada por la CNMC aplicaba, en relación con el año 2014, las penalizaciones por horas de funcionamiento conforme a los números de horas establecidos, para cada Instalación Tipo, en los anexos de la Orden ETU/555/2017.

Previamente a la aprobación de la liquidación, se procedió a publicar el cálculo de la misma a efectos informativos en el sistema de liquidaciones.

Segundo.- Solicitud de EDP Energía.

El 20 de septiembre de 2017, y a la vista de los cálculos de la liquidación publicados por la CNMC, EDP Energía, S.A.U. presentó en el registro de la CNMC un escrito en el que, en relación con las tres instalaciones antes mencionadas, exponía lo siguiente:

“Que, dichas instalaciones renunciaron de forma definitiva al régimen retributivo específico regulado en el Real Decreto 413/2014, que acuerdo con lo establecido en el artículo 31 de dicho Real Decreto, por lo que, tal y como consta en el fichero que adjunta esa Comisión, el fin de la retribución específica de las mismas tuvo lugar el día 31 de noviembre de 2014, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 de dicho precepto, el año 2014 pasó a ser el último año natural en el que se produjo el devengo de retribución específica por parte de dichas Instalaciones.

Que, de acuerdo con el artículo 21.8 del referido Real Decreto, el régimen de penalización por incumplimiento de horas mínimas y hora s umbral "no será de aplicación durante el primer y último año natural en los que se produce el devengo del régimen retributivo específico, a pesar de lo cual en la liquidación objeto de este escrito de disconformidad, esa CNMC ha penalizado

¹ Código de Instalación de producción a efectos de Liquidación.

injustificadamente a dichas instalaciones por incumplimiento de las horas umbral de funcionamiento, por lo que procede la devolución de las cantidades que le han sido indebidamente detraídas por dicho concepto.”

Con base en el razonamiento expuesto, EDP Energía solicitaba a la CNMC lo siguiente: “..., se corrijan los datos relativos a las instalaciones referidas en el apartado 1, e incluidos en la Liquidación por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines aprobadas por la Orden IET/1045/2014, en base a la aprobación de la Orden ETU 555/2017, anulando las penalizaciones por incumplimiento de las horas umbral aplicadas en dicha liquidación.”

Tercero.- Contestación del Director de Energía a la solicitud de EDP Energía.

El 26 de octubre de 2017, el Director de Energía de la CNMC denegó la solicitud efectuada por EDP Energía con base en los siguientes fundamentos:

“La previsión contenida en el artículo 21.8 del RD413/2014 sobre “el primer y el último año natural en los que se produce el devengo del régimen retributivo específico”, es una previsión que debe ponerse necesariamente en relación con lo dispuesto en el artículo 28 del propio real decreto, bajo la rúbrica de “Devengo del régimen retributivo”, y por tanto, entenderse referida al primer y último año natural de la vida útil de una instalación. A este respecto, el apartado primero del citado precepto dispone literalmente: “... El devengo de la retribución a la inversión y de la retribución a la operación se producirá hasta la fecha que resulte de añadir a la fecha de inicio del devengo, el periodo correspondiente a la vida útil regulatoria de la instalación tipo, cuyo valor se publicará por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.”

La excepción (respecto a la aplicación de penalizaciones) contenida en el artículo 21.8 del RD 413/2014 encuentra su justificación en la consideración de que al principio y final de la vida útil de una instalación puede no alcanzarse un desarrollo normal en la producción, lo que justificaría que no se cumpliera con las horas equivalentes de funcionamiento mínimo. Cuando, por el contrario, un sujeto decide voluntariamente renunciar con carácter definitivo al régimen retributivo específico, antes de que finalice la vida útil de la instalación, no concurre la circunstancia expuesta ni procede aplicar la regla contenida en el artículo 21.8 del RD 413/2014.

En virtud de lo señalado, no resulta aplicable lo establecido en el artículo 21.8 del RD 413/2014, de 6 de junio, a la Liquidación practicada por la CNMC a cada una de las instalaciones reclamantes, por no ser el año 2014 el último año natural en el que se produce el devengo del régimen retributivo en atención a la vida útil regulatoria asignada a las instalaciones, conforme las determinaciones recogidas en la Orden ETU/555/2017, de 15 de junio.”

Cuarto.- Recurso administrativo interpuesto por EDP Energía.

El 4 de diciembre de 2017, EDP Energía, S.A.U. interpuso “recurso administrativo” contra la denegación efectuada por el Director de Energía de su solicitud.

Este recurso, que habría de considerarse como recurso de alzada, se basa, esencialmente, en los razonamientos ya expuestos por EDP Energía en la solicitud que fue denegada. Asimismo, en el recurso interpuesto, EDP Energía alude a un auto del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2017 que anula parcialmente la Orden ETU/555/2017, en la que se amparaba la liquidación efectuada por la CNMC.

EDP Energía solicita, por medio de su recurso, la anulación de las penalizaciones aplicadas a sus instalaciones por incumplimiento de las horas umbral en el año 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación competencial.

De conformidad con lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, en relación con la disposición adicional octava, apartado 1.d), de dicha Ley 3/2013, corresponde 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 (*régimen retributivo específico*).

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 a la que se refiere el presente recurso), de conformidad con el artículo 21.2 de la citada Ley 3/2013.

Segundo.- Nuevos parámetros retributivos aprobados para las instalaciones de tratamiento y reducción de purines.

La Orden ETU/555/2017, de 15 de junio, tenía por objeto establecer los parámetros retributivos de las instalaciones de tratamiento y reducción de purines, de acuerdo con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en varias sentencias, que anulaban los parámetros establecidos hasta entonces en la Orden IET/1045/2014 al respecto de las mencionadas instalaciones.

No obstante, planteados incidentes de ejecución de sentencia al respecto a la aprobación de esta Orden ETU/555/2017, con la que se pretendía dar cumplimiento a las sentencias antes aludidas, el Tribunal Supremo, por medio

de diversos autos, aprobados en noviembre de 2017, anuló parcialmente la Orden ETU/555/2017. En concreto, el Tribunal Supremo acordó lo siguiente: *“Anular la Orden ETU/555/2017, de 15 de junio, en lo que se refiere a la reducción a quince años de la vida regulatoria útil de las instalaciones de tratamiento de purines (artículo 5), a la disposición transitoria única y al número de horas equivalentes de funcionamiento mínimo del anexo I, apartado 2, así como de las horas equivalentes de funcionamiento recogidas en el anexo III.”*

Con ello, por el actual Ministerio para la Transición Ecológica se debía proceder a aprobar unos nuevos parámetros para la retribución específica de las instalaciones de tratamiento y reducción de purines, respetando las consideraciones realizadas por el Tribunal Supremo en sus sentencias, y en sus autos sobre la ejecución de tales sentencias.

El 8 de noviembre de 2018 se ha aprobado la Orden TEC/1174/2018, por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines. Su objetivo es dar cumplimiento a lo establecido en las sentencias y autos antes mencionados.

Según el apartado 2 del anexo I de esta Orden TEC/1174/2018, *“De acuerdo a las Sentencias y Autos del Tribunal Supremo no se establecen valores para las horas mínimas (Nh), ni las horas umbrales de funcionamiento (Uf), ni los porcentajes de aplicación en los periodos de 3, 6 y 9 meses para los años 2014, 2015 y 2016 de estas instalaciones tipo”*.

Tercero.- Pérdida de objeto del recurso interpuesto.

La disposición transitoria única de la Orden TEC/1174/2018 establece lo siguiente: *“El organismo encargado de las liquidaciones procederá a liquidar, el régimen retributivo específico de acuerdo con los parámetros retributivos establecidos en esta orden, desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, en la siguiente liquidación que realice desde la entrada en vigor de la presente orden.”*

Al amparo de la nueva Orden TEC/1174/2018 aprobada, la CNMC ha realizado, para las tres instalaciones de tratamiento y reducción de purines a las que se refiere el recurso, la liquidación de su retribución correspondiente al año 2014 sin aplicar penalizaciones por incumplimiento de horas de producción. Esta liquidación se ha producido con ocasión de la liquidación provisional 10 de 2018, aprobada el 10 de diciembre de 2018.

Sin perjuicio de ello, ha de indicarse que en la misma fecha de 10 de diciembre de 2018 se ha iniciado el procedimiento para aprobar la liquidación definitiva del régimen retributivo específico correspondiente al ejercicio de 2014 ², pudiendo los interesados en dicho procedimiento poner de relieve los aspectos

² Expte. LIQ/DE/094/18.

que consideren de su interés en relación con las liquidaciones realizadas, provisionalmente, con respecto a la producción efectuada en el ejercicio mencionado.

Con ello, tras la nueva liquidación a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines, realizada con ocasión de la liquidación provisional 10 de 2018, los actos recurridos en su día por EDP Energía han quedado sin efecto, al margen de que los mismos, en cuanto se refiriesen a liquidaciones provisionales realizadas por la CNMC, tenían el carácter de irrecurribles³.

³ Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que las liquidaciones provisionales no son susceptibles de recurso, al no tener la consideración de actos administrativos definitivos:

"Sin perjuicio de que sobre la cuestión de fondo, y desde la perspectiva de los derechos fundamentales, esta misma Sala se ha pronunciado ya en sentencias de Pleno de 18 de noviembre de 2013 (recursos números 843 y 848/2013), hemos confirmado la validez de autos como los ahora impugnados en la de esta Sección de 11 de febrero de 2014, al desestimar otro recurso de casación análogo (número 1864/2013) interpuesto por "Gas Natural SDG, S.A."

En efecto, deducido aquel recurso de casación contra autos de la misma Sala de la Audiencia Nacional (de fechas 1 de marzo de 2013 y 5 de abril de 2013) que igualmente habían apreciado -en aplicación del artículo 25 de la Ley Jurisdiccional - la inadmisibilidad de sus pretensiones frente a la liquidación 14/2011, girada por la Comisión Nacional de Energía, en nuestra sentencia de 11 de febrero de 2014 confirmamos el criterio de instancia. Recordamos, a su vez, en ella anteriores pronunciamientos de esta Sala del Tribunal Supremo sobre liquidaciones provisionales de las actividades reguladas del sector eléctrico y concluíamos que dichos pronunciamientos eran también aplicables a la denominada "liquidación 14", en los siguientes términos:

(...)

El primer motivo debe ser rechazado por las razones que han quedado transcritas en el fundamento jurídico precedente. La línea argumentativa en él expuesta, a pesar de su sólida apariencia, no logra desvirtuar la provisionalidad de la liquidación 14 y su carácter de estimación preliminar a cuenta de la definitiva, ésta sí recurrible ante los órganos jurisdiccionales. "Iberdrola, S.A." llega a reconocer en su escrito que "ninguna duda existe acerca de que ha de dictarse una liquidación definitiva del ejercicio 2011" (cuyo retraso, por lo demás, censura) y admite asimismo que pueden existir diferencias entre aquella y la liquidación 14/2001. Si auspicia la recurribilidad de esta última -con apoyo en las normas legales y reglamentarias antes citadas, que en realidad no aportan mucho al debate sobre este punto- es porque las consecuencias económicas derivadas del exceso o defecto de una liquidación sobre otra tendrán incidencia efectiva -se materializarán- en el ejercicio en que se concreten.

Dicha circunstancia -la imputación efectiva de las diferencias en un año posterior- no basta para trasmutar la naturaleza provisional de la liquidación 14/2011, cuya impugnación jurisdiccional directa estaría aquejada de una fuerte dosis de incertidumbre pues la Sala llamada a pronunciarse habría de hacerlo sobre conceptos y cifras que aún no gozan de la suficiente "solidez" en la vía administrativa como para anularlos o confirmarlos. Esta es la razón por la que el artículo 25 de la Ley Jurisdiccional niega el carácter de actos recurribles a aquellos que todavía no están dotados de las cualidades de firmeza -en vía administrativa- necesarias para ser sometidos al enjuiciamiento de los tribunales. El primer motivo de casación, por lo tanto, debe ser rechazado, lo que determina sin más la desestimación del segundo."

(Sentencia el Tribunal Supremo de 14 marzo de 2014; Sección 3ª de la Sala Contencioso-Administrativo; recurso de casación 2074/2013)

Según el artículo 21.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los casos de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Declarar la terminación del procedimiento relativo al recurso de alzada interpuesto por EDP Energía, S.A.U. contra la denegación de la solicitud efectuada por la empresa mencionada, al respecto de tres instalaciones de tratamiento y reducción de purines, a los efectos de que no se apliquen las penalizaciones por incumplimiento de horas mínimas y horas umbral de funcionamiento, al haber perdido dicho procedimiento su objeto (tras haberse realizado una nueva liquidación de la retribución aplicable a estas instalaciones al amparo de la Orden TEC/1174/2018, de 8 de noviembre).

Comuníquese esta resolución 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.