

ACUERDO POR EL QUE SE INADMITE EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR NEOLECTRA SC COGENERACIÓN, S.L.U. 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 6 de marzo de 2024

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.”

Tercero.- Denegación de la solicitud de suspensión.

Por acuerdo de 15 de diciembre de 2023, la Sala de Supervisión Regulatoria denegó la solicitud de suspensión planteada por Neoelectra SC Cogeneración en su recurso de alzada.

En el acuerdo de denegación se valoraba, junto a otras consideraciones específicas sobre la solicitud de suspensión, que los efectos perjudiciales que el interesado alegaba en su recurso de alzada, 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 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), y que, como el propio Neoelectra SC Cogeneración venía a reconocer en su recurso de alzada, dicha resolución de 20 de octubre de 2023 -en caso de desacuerdo con la misma- habría de ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En definitiva, no se apreciaba que el acuerdo recurrido en alzada (el acuerdo de la Dirección de Energía de 25 de octubre de 2023) tuviera, de por sí, efectos perjudiciales de tipo sustantivo para el recurrente, no procediendo, en consecuencia, acceder a la suspensión solicitada.

Neoelectra SC Cogeneración accedió a la notificación de este acuerdo denegatorio de la suspensión el 18 de diciembre de 2023.

Cuarto.- Interposición de recurso contencioso-administrativo contra la liquidación definitiva de 2019.

El 18 de enero de 2024 se ha recibido en el registro de la CNMC oficio de la Audiencia Nacional por el que se comunica la interposición por parte de Neoelectra SC Cogeneración del recurso contencioso-administrativo 27/2024, interpuesto contra la resolución de 20 de octubre de 2023 que aprueba la liquidación definitiva del régimen retributivo específico de 2019 (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.

Neoelectra SC Cogeneración adjunta a su escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo la denegación de la suspensión acordada por la CNMC 15 de diciembre de 2023 en el marco del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de la Directora de Energía de 25 de octubre de 2023 sobre el incumplimiento de los requisitos 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 la inadmisión del recurso de alzada.

De acuerdo con el contenido del recurso de alzada interpuesto, los efectos perjudiciales que el interesado alega, resultado del incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética en 2019, no se derivan de la comunicación cursada por la Dirección de Energía el 25 de octubre de 2023, sino que 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 en su recurso de alzada 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”*.

Como anticipaba en el recurso de alzada, la resolución de aprobación de la liquidación definitiva de 2019 ha sido impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa por el propio Neoelectra SC Cogeneración, siguiéndose a estos efectos el procedimiento ordinario 27/2014.

Al respecto de la liquidación de la cantidad antes mencionada ([---] euros), como ajuste a aplicar al respecto de las liquidaciones provisionales percibidas en relación con la energía producida en el año 2019, el acuerdo de la Dirección de Energía de 25 de octubre de 2023 no contiene ninguna relevancia sustantiva. El acuerdo de la Dirección de Energía de 25 de octubre de 2023, que no alude a la liquidación de ese ajuste ni menciona en modo alguno la cantidad de que se trata, se limita a declarar formalmente, como un incumplimiento de los requisitos de eficiencia energética, la circunstancia ya apreciada por la Sala de Supervisión Regulatoria el 20 de octubre de 2023 como fundamentación del ajuste de la liquidación (esto es, la circunstancia consistente en no alcanzar el rendimiento eléctrico equivalente previsto para la tecnología de la instalación de que se trata), y se limita, asimismo, a comunicar tal circunstancia a la Dirección General de Política Energética y Minas.

En este sentido, hay que recordar que, según doctrina jurisprudencial ², los actos de ejecución no son susceptibles de impugnación autónoma, al ser reproducción de otros anteriores.

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 trance 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”*

En concreto, por lo que interesa a los efectos del recurso de alzada interpuesto por Neoelectra SC Cogeneración, el abono de los [---] euros a que hace referencia esta empresa en su recurso de alzada es un aspecto contemplado en el procedimiento de aprobación de la liquidación definitiva de 2019, cuyo trámite de audiencia ya reflejaba la propuesta del ajuste siguiente al respecto de la liquidación provisional percibida:

[CONFIDENCIAL]

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 la medida en que está basado en un aspecto contemplado en la precedente resolución de 20 de octubre de 2023 que aprueba la liquidación definitiva de 2019, la cual ya ha sido recurrida en vía contencioso-administrativa.

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 Neoelectra SC Cogeneración, S.L 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.

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.

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,...