
**RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR
HIDROCANTÁBRICO ENERGÍA, S.A.U., RESPECTO A LAS
PENALIZACIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL UMBRAL DE
FUNCIONAMIENTO APLICADAS EN LA LIQUIDACIÓN PROVISIONAL DE
DICIEMBRE DE 2014**

R/AJ/071/15

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

SECRETARIO DE LA SALA

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 22 de octubre de 2015

Visto el expediente relativo al recurso de alzada presentado por Hidrocantábrico Energía, S.A.U. respecto a las penalizaciones por incumplimiento del umbral de funcionamiento aplicadas en la liquidación provisional de diciembre de 2014 relativa a ciertas instalaciones representadas por la empresa mencionada, la Sala de Supervisión Regulatoria adopta la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Presentación de reclamación acerca de las penalizaciones aplicadas en la liquidación provisional de diciembre de 2014.*

El 27 de enero de 2015 Hidrocantábrico Energía, S.A.U. presentó, por registro telemático, un escrito de disconformidad con respecto a la publicación del cálculo de la liquidación provisional de diciembre de 2014 aplicada a las instalaciones de titularidad de Iniciativas Tecnológicas de Valorización Energética de Residuos, S.A. (CIL ---), Sinova Medioambiental, S.A. (CIL ---) y Tratamientos Ambientales Sierra de la Tercia, S.A. (CIL ---); instalaciones todas ellas representadas a efectos de liquidación por Hidrocantábrico Energía, S.A.U.

En su reclamación, Hidrocantábrico Energía exponía, esencialmente, lo siguiente:

- Que las instalaciones indicadas han presentado en noviembre de 2014 renuncia definitiva al régimen retributivo específico regulado en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.
- Que, como consecuencia de esa renuncia, el último año de devengo de ese régimen será el año 2014.
- Que en la liquidación provisional de diciembre de 2014 practicada por la CNMC se prevé la devolución al sistema de la retribución específica obtenida durante el año 2014, como consecuencia del incumplimiento del umbral de funcionamiento.
- Que la aplicación de la penalización del umbral de funcionamiento es, a juicio de Hidrocantábrico Energía, contraria a lo establecido en el artículo 21.8 del Real Decreto 413/2014, que prevé que las penalizaciones por umbral de funcionamiento o por horas equivalentes de funcionamiento no se aplicarán en el último año de devengo del régimen retributivo específico.

Por medio de la reclamación presentada, Hidrocantábrico Energía solicita que *“se corrija para las instalaciones mencionadas en el punto 1) la liquidación provisional practicada, anulando las penalizaciones por incumplimiento de las horas umbral aplicadas en dicha liquidación provisional”*.

Hidrocantábrico Energía adjuntaba a su reclamación copia de las renunciaciones al régimen retributivo específico presentadas por las empresas titulares de las instalaciones de que se trata.

SEGUNDO.- Contestación a la reclamación remitida por el Director de Energía.

Mediante escrito de fecha 10 de marzo de 2015, el Director de Energía de la CNMC contestó a la reclamación presentada por Hidrocantábrico Energía exponiendo lo siguiente:

“La previsión contenida en el artículo 21.8 del RD 413/2014 (acerca de “el primer y el último año natural en los que se produce el devengo del régimen retributivo específico”) es una previsión que debe ponerse en relación con el artículo 28 (“Devengo del régimen retributivo”) del propio Real Decreto, y que debe entenderse referida, por tanto, al primer y último año natural de, la vida útil de una instalación: “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, en cambio, un sujeto decide 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 procede aplicar lo establecido en el artículo 21.8 del RD 413/2014 en relación con el año 2014 a las instalaciones de referencia, por no corresponder ese año al último año de devengo correspondiente a esas instalaciones en atención a la vida útil regulatoria asignada a las mismas, según lo que se prevé en el artículo 28 del citado Real Decreto y conforme a la determinación de las vidas útiles establecidas por virtud de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio."

El escrito de contestación del Director de Energía fue notificado a Hidrocantábrico Energía el 9 de abril de 2015.

TERCERO.- Interposición del recurso de alzada.

El 12 de mayo de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Hidrocantábrico Energía, presentado en la Delegación del Gobierno de Asturias el 8 de mayo de 2015. Por medio de este escrito, Hidrocantábrico Energía interpone recurso de alzada contra el Acuerdo del Director de Energía de 10 de marzo de 2015 por el que se contesta su reclamación acerca de las penalizaciones aplicadas en las liquidaciones provisionales de 2014 relativas a las tres instalaciones antes indicadas, representadas por Hidrocantábrico Energía.

Como justificación del recurso de alzada interpuesto, Hidrocantábrico Energía afirma, esencialmente, lo siguiente:

- Que la renuncia definitiva al régimen retributivo específico determina el final del devengo de dicho régimen, debiendo aplicarse la excepción del artículo 21.8 del Real Decreto 413/2014 con respecto a las penalizaciones por umbral de funcionamiento o por horas equivalentes de funcionamiento.
- Que la CNMC ha realizado una interpretación carente de justificación normativa que conlleva que cada una de las instalaciones representadas vean minorada su retribución en un valor del entorno al medio millón de euros.

En su recurso, Hidrocantábrico Energía solicita a la CNMC que *"tenga por formulado, en tiempo y forma, RECURSO DE ALZADA contra la contestación de la*

Comisión Nacional de Mercados y la Competencia de fecha 10 de marzo de 2015, lo admita y, previos los trámites legales oportunos, dicte Resolución por la que, con estimación del presente Recurso, anule y deje sin efecto dicha contestación, acordando que se corrijan las liquidaciones provisionales practicadas a INICIATIVAS TECNOLÓGICAS DE VALORIZACIÓN ENERGÉTICA DE RESIDUOS, S.A., SINOVA MEDIOAMBIENTAL, S.A.; y TRATAMIENTOS AMBIENTALES SIERRA DE LA TERCIA, S.A., correspondientes al mes de diciembre de 2014, anulando las penalizaciones por incumplimiento de las horas umbral aplicadas a en las referidas liquidaciones”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- SOBRE EL ACTO OBJETO DEL RECURSO INTERPUESTO.

Hidrocantábrico Energía solicita a la CNMC que corrija la liquidación provisional de diciembre de 2014 realizada con respecto a las tres instalaciones a que se refiere en su recurso. Dicha liquidación provisional (contra la publicación de cuyo cálculo Hidrocantábrico Energía había presentado reclamación de disconformidad) fue finalmente aprobada por la Sala de Supervisión Regulatoria el 10 de febrero de 2015.

En la liquidación provisional realizada con respecto a esas tres instalaciones se ha aplicado -provisionalmente- la consecuencia prevista en el artículo 21.4.c) del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que prevé que *“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”*.

Hidrocantábrico Energía considera que la renuncia definitiva realizada por las tres empresas indicadas impide aplicar el artículo 21.4.c) mencionado (porque, según entiende, rige la excepción sobre último año del devengo establecida en el artículo 21.8).

A estos efectos, el recurso se interpone formalmente como recurso de alzada que se dirige contra el escrito del Director de Energía de 10 de marzo de 2015.

Ahora bien, la contestación dada por el Director de Energía el 10 de marzo de 2015 a Hidrocantábrico Energía sólo puede ser considerada como una aclaración al interesado acerca de la normativa aplicable en cuanto al umbral mínimo de funcionamiento y acerca de los criterios que se siguen por la CNMC. Esta contestación no contiene ninguna decisión o acuerdo sobre cómo proceder a realizar la liquidación (pues fue la Sala de Supervisión Regulatoria quien –el 10 de febrero de 2015- tomó la decisión o acuerdo al respecto). El escrito del Director de Energía no es susceptible, por tanto, de recurso separado, en la

medida en que no tiene un contenido sustantivo –una decisión autónoma- en sentido propio.

El propio escrito del recurrente lo viene a confirmar así, pues lo que –por medio de su recurso- Hidrocantábrico Energía solicita es precisamente la modificación de la liquidación provisional: “...dicte Resolución por la que, con estimación del presente Recurso, anule y deje sin efecto dicha contestación, acordando que se corrijan las liquidaciones provisionales practicadas”.

Señalado esto, ha de aclararse, adicionalmente, que el recurso interpuesto no se sostiene en una posible falta de aceptación de la solicitud de las renunciaciones definitivas hechas por las empresas de referencia, ya que en ningún momento se está discutiendo sobre la existencia o inexistencia de dichas renunciaciones definitivas. Lo que se discute, en sentido propio, es esa liquidación provisional de diciembre de 2014, y la aplicación en la misma de la penalización por incumplimiento del umbral de funcionamiento: A juicio del recurrente, esa penalización es improcedente en atención a la existencia de unas renunciaciones definitivas, mientras que, según considera la CNMC, las renunciaciones definitivas (que no se discuten y que surtirán sus efectos en el sentido de dejar de percibirse la retribución específica) no impiden la aplicación del umbral mínimo de funcionamiento con respecto al año 2014, tal como se ha hecho en la liquidación provisional de diciembre de 2014.

En definitiva, el objeto del recurso no es si se acepta, o no, una renuncia definitiva, sino si la misma tiene o, o no, un determinado efecto respecto de la liquidación provisional de diciembre de 2014 (en la que se aplica la penalización por incumplimiento, en ese año, del umbral mínimo de funcionamiento). Ahora bien, ha de señalarse que la decisión tomada al respecto por la Sala de Supervisión Regulatoria es, en cualquier caso, una decisión provisional, en el sentido de que la liquidación provisional de diciembre de 2014 es meramente una liquidación “a cuenta” de la liquidación definitiva, que se habrá de practicar con respecto al año 2014.

II.- SOBRE LA FALTA DE RECURRIBILIDAD DE LAS LIQUIDACIONES PROVISIONALES.

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:

"[...] Por ello, las cantidades determinadas en la liquidación de la financiación del déficit de tarifa podrán ser compensadas en la liquidación definitiva, con independencia de que tal compensación se traslade a otro ejercicio y conlleve el cierre del ejercicio en el que se aprueba. Las características de la liquidación 14 que se enfatizan en el recurso para sostener su recurribilidad con arreglo al artículo 107.1 LRJPAC, que se refieren a que la liquidación se dicta tras un procedimiento determinado contemplado en el Anexo I del Real Decreto 2017/1997, que su aprobación provisional determina una situación acreedora o deudora, a su carácter inmediatamente ejecutivo al desplegar efectos jurídicos inmediatos sobre el patrimonio de los sujetos al procedimiento, son notas que no inciden en la solución apuntada en las precedentes sentencias reseñadas de irrecurribilidad de las liquidaciones, cuyo criterio jurídico esencial reside en su carácter provisional y no definitivo, de manera que las cantidades resultantes en las liquidaciones provisionales podrán ser compensadas con la definitiva, y si no lo fueran, podrá recurrirse contra esta última, lo que sucede en la liquidación 14, que se hace "a cuenta", sin que tampoco se demuestre que los pagos inmediatos causen perjuicio irreparable a la empresa, que, en su caso, sería siempre indemnizable. En todo caso, no es posible establecer una singularidad relevante de la liquidación 14 respecto a las demás liquidaciones consideradas en nuestras sentencias a los efectos de dotarla de autonomía y sustantividad propias en cuanto a su impugnación, ex artículo 107.1 LRJPAC, pues aun cuando la mencionada liquidación tiene un contenido decisorio, al delimitar una obligación de pago de una cantidad determinada que es inmediatamente ejecutiva, es lo cierto que este contenido se encuentra subordinado a lo que finalmente resulte de la liquidación definitiva, siendo, en fin, la razón esencial de su calificación la característica no discutida de su provisionalidad al realizarse la liquidación "a cuenta". Esta nota de la provisionalidad no resulta desvirtuada por su carácter ejecutivo o por el dato de que su modificación se traslade a un ulterior ejercicio o período o porque las liquidaciones permanezcan "vigentes" durante varios ejercicios, pues son aspectos accesorios que no alteran la naturaleza de la liquidación impugnada que no finaliza ni concluye el procedimiento de liquidación correspondiente al período de facturación, en este caso de 1 de enero de 2011 al 29 de febrero de 2012, que solo concluye con la liquidación definitiva".

(...)

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)

Como se ha indicado, la contestación dada por el Director de Energía el 10 de marzo de 2015 a Hidrocantábrico Energía sólo puede ser considerada como una aclaración, sin que tenga mayores consecuencias que las que se derivan de la liquidación provisional practicada, la cual, tal como ha quedado expuesto, es sólo liquidación a cuenta, que queda a expensas de la liquidación definitiva del año de que se trata (2014); dicha liquidación definitiva sí implicará la decisión definitiva sobre la liquidación del régimen retributivo específico aplicable a esa anualidad, siendo como tal susceptible de los recursos correspondientes.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC,

ACUERDA

Único.- Inadmitir el recurso de alzada interpuesto por Hidrocantábrico Energía, S.A.U. el 12 de mayo de 2015 respecto a las penalizaciones por incumplimiento

del umbral de funcionamiento aplicadas en la liquidación provisional de diciembre de 2014 de las instalaciones con CIL ---, --- y ---.

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.