

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE GESTIÓN ECONÓMICA Y TÉCNICA DEL SISTEMA ELÉCTRICO INTERPUESTO POR [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] FRENTE AL OPERADOR DEL SISTEMA EN RELACIÓN CON UNA PENALIZACIÓN RETRIBUTIVA, EN EL MARCO DEL SERVICIO DE INTERRUMPIBILIDAD, POR INDISPONIBILIDAD DEL PROGRAMA DE CONSUMO CORRESPONDIENTE AL MES DE NOVIEMBRE DE 2015 EN SU INSTALACIÓN DE [---]

Expediente CFT/DE/001/16

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo.

En Madrid, a 1 de diciembre de 2016.

Visto el conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico interpuesto por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD], frente al Operador del Sistema en relación con una penalización retributiva, en el marco del servicio de interrumpibilidad, por no superar el índice de disponibilidad de las comunicaciones el 90% de las horas del mes de noviembre de 2015 en su instalación de [---], la Sala de Supervisión Regulatoria, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 12.1.b.2º de la Ley 3/2013 y el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interposición del conflicto

El día 11 de febrero de 2016 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de la sociedad [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] mediante el que se interpone conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico frente a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante «REE»), en su condición de Operador del Sistema (OS), en relación con una penalización retributiva en el

marco del servicio de interrumpibilidad por no superar el índice de disponibilidad de las comunicaciones el 90% de las horas del mes de noviembre de 2015 en su instalación de [---].

[ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] solicita en su escrito que «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.6 de la Orden IET/2013/2013 y el artículo 12.1(b) de la Ley 3/2013, se tenga por presentado este ESCRITO DE CONFLICTO DE GESTIÓN ECONÓMICA Y TÉCNICA contra la Penalización impuesta a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] por Red Eléctrica de España en relación a la instalación de [---] como consecuencia de un eventual incumplimiento por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] de lo dispuesto en el artículo 9.7 de la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre comunicado formalmente con fecha 20 de enero de 2016 y, tras los trámites oportunos, se dicte resolución por la que se acuerde:

- (i) Que se declare que la penalización impuesta a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] por importe de 121.541,67 EUROS sobre la base del artículo 11.5 (b) de la Orden IET 2013/2013 no es conforme a derecho sobre la base de lo argumentado y acreditado en el presente escrito; y
- (ii) Se imponga a REE que proceda a la devolución a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] de la Penalización en forma de contraprestación por servicio de gestión de interrumpibilidad por el mes de noviembre de 2015 por importe de 121.541,67 EUROS».

Con el fin de acreditar que «la falta de disponibilidad en los sistemas de comunicación que ha concurrido durante los primeros días de noviembre de 2015, no pueden ser calificados como un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11 de la Orden IET/2013/2013 atendiendo a las circunstancias excepcionales y no imputables a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] que concurrieron, de forma puntual, durante los primeros 20 días del mes de noviembre» y que por tanto no puede exigírsele «la Penalización aplicada de forma automática y sin motivación en la liquidación de noviembre de 2015», [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] expone los siguientes antecedentes, resumidos de manera sucinta:

- Que la instalación de los nuevos equipos de medida, control y comunicaciones (EMCC) se llevó a cabo por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] en cumplimiento de la Resolución de 29 de octubre de 2014 –en cuyo artículo tercero se «establecía la obligación para los consumidores-proveedores de disponer de nuevos equipos EMCC instalados en los centros de control principal antes del 1 de enero de 2016»-. [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] procedió a «cambiar los equipos durante los 12 meses del 2015 para que los mismos estuvieran operativos antes del 1 de enero de 2016». Es por ello que [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] procedió en

- diciembre de 2014 a contactar con [EMPRESA INFORMÁTICA] como proveedor de estos nuevos equipos.
- Que «a pesar de que [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] cerró con [EMPRESA INFORMÁTICA] el acuerdo comercial a finales de 2014, [...] la falta de disponibilidad de [EMPRESA INFORMÁTICA] llevó a que, hasta finales de octubre de 2015, [EMPRESA INFORMÁTICA] no encontrara disponibilidad real, material y técnica de empezar el cambio de equipos en la instalación de [---]». A este respecto, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] señala que «hasta el momento del cambio de equipos por [EMPRESA INFORMÁTICA], el equipo instalado en [...] [---] cumplía los requisitos de la Resolución de 7 de noviembre de 2007 y no presentó nunca problemas a los efectos de comunicaciones entre REE y [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] en materia de interrumpibilidad» hasta el 1 de noviembre de 2015, fecha en la que «el equipo ya existente [...] sufre una avería intermitente [...] que [EMPRESA INFORMÁTICA] no es capaz de resolver». Dicha avería es comunicada por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] a REE. (el subrayado es nuestro).
 - Que el 11 de noviembre de 2015, «se procede al cambio del nuevo equipo [EMCC] pero sin que [EMPRESA INFORMÁTICA] consiga [dejarlo] operativo y subsistiendo las averías intermitentes del equipo a sustituir (Servitax)».
 - Que «el día 20 de noviembre de 2015 [...] se solucionan definitivamente las incidencias técnicas y queda totalmente operativo el equipo» procediéndose «a la certificación» del mismo, el 27 de noviembre de 2015.
 - «Que con fecha 15 de diciembre de 2015 se recibió por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] una comunicación por parte de REE respecto a su instalación de [---]» mediante la cual «se notifica a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD]» que el índice de disponibilidad de las comunicaciones del mes de noviembre de 2015 no alcanzaba el porcentaje exigido por la Orden IET/2013/2013.
 - «Que [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] [...] remitió comunicación a REE [...] con el objeto de obtener una revisión total por REE de todas las circunstancias extraordinarias que concurrieron durante los primeros días del mes de noviembre en la implementación de los nuevos equipos EMCC» con el fin de que REE procediera a una «recalificación total de la penalización inicialmente comunicada».
 - Que con fecha 30 de diciembre de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado Resolución de 23 de diciembre de 2015 dictada por la Secretaría de Estado de Energía por la que «se modifica el calendario inicial de instalación y verificación de los nuevos equipos EMCC» ampliando el plazo otorgado inicialmente -31 de diciembre de 2015- a los proveedores para llevar a cabo el cambio de los equipos hasta el 1 de abril de 2016 y se otorgaba un nuevo plazo, hasta el 30 de junio de 2016,

para que el Operador del Sistema finalizara el proceso de verificación y certificación de los nuevos equipos instalados».

- «Con fecha 20 de enero de 2016» REE «comunicó formalmente [...] a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] la [...] imposición de la penalización prevista en el artículo 11.5 de la Orden IET/2013/2013 tras rechazar, sin motivación alguna, [las] alegaciones previas realizadas por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] con fecha 16 de diciembre de 2015». En dicha comunicación REE establecía que «durante el mes de noviembre de 2015 y respecto a la instalación de [---] [...] el número de horas con disponibilidad en las comunicaciones no ha alcanzado el valor mínimo requerido» procediendo a aplicar «la imposición de la penalización».

Respecto a los antecedentes expuestos anteriormente, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] formula las alegaciones resumidas a continuación:

- Que las incidencias producidas entre el 1 y el 20 de noviembre de 2015 se producen «en días concretos (no en los 20 días), en especial a partir del 11 de noviembre y con espacios temporales de indisponibilidad de escasos minutos», debiéndose dichas incidencias, principalmente, «a la falta de implementación técnica de los equipos» y «a la falta de disponibilidad y capacidad de reacción de [EMPRESA INFORMÁTICA]» a la hora de «solucionar de forma inmediata las incidencias de los equipos antiguos concurrentes en el periodo 1-10 de noviembre de 2015 y las incidencias de la instalación de los nuevos equipos EMCC a partir del 11 de noviembre [...] por estar sobrecargado [EMPRESA INFORMÁTICA] con la instalación de otros equipos en España».
- Que «todas [...] las incidencias fueron inmediatamente detectadas por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] [y] **comunicadas [...] a [EMPRESA INFORMÁTICA] y a REE**», de manera que «no hay falta de diligencia por parte de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] en el proceso de instalación de los nuevos equipos y que las incidencias detectadas se imputan claramente a la labor del proveedor [EMPRESA INFORMÁTICA]». Adicionalmente [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] añade que «a pesar de las incidencias, las mismas únicamente bajaron a un 87,43% la disponibilidad media requerida por Orden IET/2013/2013 y se debió exclusivamente por desarrollar un mandato legal no exigible hasta 1 de enero de 2016 según la Resolución de 29 de octubre de 2014».
- Que [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] no estaba en disposición de poder «consultar, en cualquier momento, en la web de SCECI los índices de disponibilidad en las comunicaciones como cumplida o incumplida durante el mencionado periodo 1-20 de noviembre de 2015 ya que [...] la web aporta [...] un gráfico sin datos concretos y de visualización inmediata (es decir, que no se puede almacenar o grabar los datos

- visualizados)» lo que «impide a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD]» saber «si está o no incumpliendo los índices de disponibilidad en las comunicaciones en un determinado periodo considerado».
- Que, la ampliación del plazo otorgado mediante Resolución de 23 de diciembre de 2015 de la Secretaría de Estado de Energía a los proveedores del servicio de interrumpibilidad para la instalación de los nuevos equipos EMCC demuestra la existencia de una «imposibilidad técnica y temporal» que afecta tanto a los proveedores del servicio, a la hora de «cumplir con garantías el cambio de equipos EMCC en el plazo inicial impuesto atendiendo a la complejidad del cambio», como a REE para «acabar con el proceso de verificación y certificación de los equipos instalados» antes de finalizar el plazo originalmente otorgado, el 31 de diciembre de 2015. Asimismo, «la posibilidad que se ofrece a los proveedores del servicio de optar por los equipos antiguos durante dicho periodo extendido hasta el 1 de abril de 2016 [...] acredita que [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] pudo haber evitado muchas de las interrupciones en noviembre, [...] cuestión que [...] seguramente minimizaría las indisponibilidades».
 - Que, además, en la comunicación de la penalización de fecha 20 de enero de 2016, REE no lleva acabo un «análisis riguroso» de las «alegaciones contenidas en la comunicación remitida por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] con fecha de 16 de diciembre de 2015», de manera que «REE no cumplió con su obligación de transparencia y motivación que, para supuestos análogos, se determina en el artículo 11.6 de la Orden IET/2013/2013».
 - Que, por todo lo anterior, resulta de manera indubitada que durante el periodo del 1 al 20 de noviembre de 2015 concurrió «una imposibilidad sobrevenida e imprevisible no imputable a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] a la hora de desarrollar el cambio de nuevos equipos EMCC». A este respecto, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] señala que a la imposibilidad sobrevenida que ha sufrido le es aplicable lo dispuesto en el artículo 1184 del Código civil sobre la extinción de la obligación «*cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible*».
 - Que, además, el comportamiento de REE ha constituido una «flagrante discriminación en perjuicio de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD], contraria al artículo 14 de la Constitución Española» referido al derecho a la igualdad y a la no discriminación. Asimismo, según [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] han sido vulnerados los artículos 24.2 (sobre la tutela judicial efectiva, los derechos de la defensa y el principio acusatorio) y 25.1 (sobre el principio de tipicidad de las sanciones o penas) de la Constitución Española, así como los artículos 42 (sobre la obligación de resolver de la Administración) y 137 (sobre la presunción de inocencia en los procedimientos sancionadores) de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992). Por último, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] considera que la actuación del OS vulnera el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 131 de la Ley 30/1992.

[ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] finaliza su escrito solicitando que «se declare que la penalización impuesta a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] por importe de 121.541,67 euros sobre la base del artículo 11.5 (b) de la Orden IET/2013/2013 no es conforme a derecho sobre la base de lo argumentado y acreditado en el presente escrito» y que «se imponga a REE que proceda a la devolución a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] de la penalización en forma de contraprestación por servicio de gestión de interrumpibilidad por el mes de noviembre de 2015 por importe de 121.541,67 euros».

[ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] adjunta a su escrito la siguiente documentación.

Doc 1: escritura de representación.

Doc 2: comunicación inicial de REE.

Doc 3: contestación de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD].

Doc 4: comunicación imposición penalización de 20 enero de 2016.

Doc 5: comunicación REE confirmando la penalización (informa de que no se ha girado la factura de noviembre 2015).

Doc 6: contrato de prestación de servicio interrumpibilidad entre REE y [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD].

Doc 7: adendas firmadas por REE y [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD].

Doc 8: documentos suscritos por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] como proveedor del servicio, en el modelo de subasta de asignación.

Doc 9: encargo a [EMPRESA INFORMÁTICA] de la instalación de equipos.

Doc 10: comunicaciones entre [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] y [EMPRESA INFORMÁTICA] sobre el retraso de la instalación.

Doc 11 a) b), c), d), e) y f): comunicaciones entre [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] y [EMPRESA INFORMÁTICA] sobre los fallos de los equipos.

Doc 12: detalle sobre las indisponibilidades de los equipos.

SEGUNDO.- Comunicación de inicio del procedimiento

Mediante escrito de 10 de marzo de 2016, el Director de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia comunicó a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] y al OS el inicio del correspondiente procedimiento administrativo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992.

TERCERO.- Solicitud de ampliación de plazo del OS y de aportación de documentación

Mediante escrito de fecha 4 de abril de 2016, el OS solicitó a esta Comisión que le remitiera el escrito de conflicto planteado por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] y que le fuera concedida una ampliación del plazo establecido para formular alegaciones, al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.1 de la Ley 30/1992. Como respuesta a dicha solicitud, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acordó, mediante oficio de 28 de marzo de 2016, remitir la documentación requerida por REE sobre el escrito de interposición de conflicto interpuesto por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] y conceder la ampliación del plazo establecido para formular alegaciones.

CUARTO.- Alegaciones del Operador del Sistema

El 5 de abril de 2016 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones del OS en el que se indica lo siguiente, de forma resumida:

- Que «la información cargada en SCECI determina que [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] ha incumplido, en el mes de noviembre de 2015, el requisito de disponibilidad de las comunicaciones» al presentar una «disponibilidad de las comunicaciones del 87,4% respecto del 90% exigible», de manera que «el OS ha desestimado la reclamación» de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] «en estricta aplicación de lo previsto en la Orden IET/2013/2013».
- Que «según establece la Resolución de 29 de octubre de 2014, de la Secretaría de Estado de Energía [...] los sujetos son responsables del correcto funcionamiento de los [equipos], debiendo cumplir en todo momento los requisitos técnicos y funcionales indicados, así como del correcto funcionamiento de la comunicación hasta el Sistema de Gestión del OS, SEG-SCECI».
- Que la «falta de comunicación desde el día 1 hasta el día 20 de noviembre [...] se ha producido» no sólo a causa del fallo de los nuevos equipos EMCC, sino también como consecuencia del antiguo «equipo responsable de las comunicaciones (SERVITAX)», de manera que la falta de comunicación de la disponibilidad del programa de consumo se traduce en la siguiente tabla, adjuntada por REE, en la que se establece

el número de horas diarias sin comunicación por parte de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD]:

Día	Nº Horas sin comunicación 2015 Noviembre
01/11/2015	6,61
02/11/2015	4,65
03/11/2015	0,04
04/11/2015	0,00
05/11/2015	0,17
06/11/2015	1,51
07/11/2015	6,62
08/11/2015	5,21
09/11/2015	5,95
10/11/2015	3,78
11/11/2015	2,78
12/11/2015	4,56
13/11/2015	8,14
14/11/2015	3,42
15/11/2015	3,61
16/11/2015	6,56
17/11/2015	4,41
18/11/2015	5,41
19/11/2015	5,31
20/11/2015	8,03
21/11/2015	0,09
22/11/2015	0,18
23/11/2015	0,23
24/11/2015	0,09
25/11/2015	0,14
26/11/2015	0,11
27/11/2015	2,66
28/11/2015	0,05
29/11/2015	0,10
30/11/2015	0,09
Índice de disponibilidad de las comunicaciones	87,4%

- Que «si bien los proveedores del servicio de interrumpibilidad disponen a través de sus equipos [...] de medios suficientes para comprobar el estado e sus comunicaciones, el Operador del Sistema puso a su disposición desde el 23 de enero de 2015 una herramienta web para verificar en

tiempo real el correcto funcionamiento de las comunicaciones en el Sistema de Gestión del Operador del Sistema SG-SCECI» y, además, adicionalmente, «se ha proporcionado por correo electrónico la información relativa a la disponibilidad de las comunicaciones contenida en el sistema de Gestión del OS, SG-SCECI a todos aquellos proveedores que lo han solicitado».

REE concluye su escrito solicitando a esta Comisión que «desestime el conflicto planteado por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] y declare improcedente la devolución a ésta del importe de la penalización aplicada por incumplimiento del requisito de disponibilidad de las comunicaciones en el mes de noviembre de 2015», así como que «declare que REE, en su calidad de Operador del Sistema, ha actuado conforme a Derecho».

El OS acompaña su escrito de la siguiente documentación:

1. Correos electrónicos con [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] tras la imposición de la penalización.

QUINTO.- Trámite de audiencia

Instruido el procedimiento, mediante escritos de 28 de abril de 2016, se confirió a los interesados trámite de audiencia. La apertura del trámite de audiencia fue notificada al Operador del Sistema el 12 de mayo de 2016 y a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] el 15 de mayo de 2016.

Con fecha 23 de mayo de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] mediante el cual reitera las alegaciones presentadas en el escrito de planteamiento del conflicto, insistiendo en la «*falta de responsabilidad de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] [...] como consecuencia de las circunstancias*» al tratarse de una «*imposibilidad sobrevenida*», así como en la «*falta de proporcionalidad de la Penalización impuesta*» y la «*falta de motivación*» por parte de REE.

Adicionalmente, en relación con los argumentos presentados por REE en su escrito de alegaciones, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] manifiesta lo siguiente:

- Que si bien «*REE considera que [...] se debe[n] aplicar de forma literal, rigurosa y estricta [...] las previsiones legales que determinan [...] la obligación del proveedor*» en el caso de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD], debería hacerse una excepción en cuanto a «la aplicación estricta [...] de la Orden 2013/2013». A este respecto,

- [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] insiste en que «el incumplimiento [...] no es imputable a [él] mismo, sino a terceros».
- Que «de los hechos probados por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] [...] ninguno de ellos ha sido negado o controvertido por REE».
 - Que resulta *«totalmente acreditado [...] la buena fe [...] y la plena diligencia de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] en el procedimiento de cambios de equipo»*.

En cuanto al sistema de comunicaciones y la instalación de los nuevos equipos EMCC, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] alega, de forma resumida:

- Que [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] *«no pudo consultar, durante el proceso de implementación de los nuevos equipos EMCC, en la web de SCECI, los índices de disponibilidad en las comunicaciones para verificar si estaba cumpliendo o no dichas disponibilidades» durante el mes de noviembre, ya que «con un simple acceso a la web SCECI, lo que la web aporta en un gráfico sin datos concretos y de visualización inmediata», lo que impide a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] saber «si está o no incumpliendo los índices de disponibilidad en las comunicaciones en un determinado periodo considerado». Además, «como bien conoce REE, los únicos equipos que incorporan posibilidad de acceso a la web de SCECI son los nuevos equipos EMCC y no los equipos sustituidos»*.
- Que al imponer la penalización por incumplimiento de la obligación de disponibilidad, REE no ha tenido en consideración «la extensión del plazo que la Secretaría de Estado ha aprobado mediante la Resolución 23 de diciembre de 2015», ampliando el mismo al 1 de abril de 2016, para llevar a cabo el cambio de equipos.
- Que, por tanto, la obligación de «cambio de los equipos EMCC» era «exigible a partir del 1 de enero de 2016», por lo que la penalización impuesta con anterioridad a dicha fecha es «indebida» y sólo debería aplicarse a partir de la fecha límite para tener instalados los equipos EMCC «y no durante el periodo transitorio de cambio de equipos».

Finaliza [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] su escrito, reiterando la petición expresada en el escrito de interposición de conflicto y añadiendo que, además, «se declare la falta de responsabilidad de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] en la falta de disponibilidad de las comunicaciones (por debajo del 90% (87,4%) como consecuencia de las circunstancias (legales y fácticas) e imposibilidad sobrevenida concurrente en noviembre de 2015».

El OS no formuló alegaciones en el trámite de audiencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCESALES

PRIMERO.- Existencia de un conflicto de gestión económica y técnica del sistema

[ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] es un proveedor del servicio de interrumpibilidad, en los términos establecidos en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad (Orden IET/2013/2013). El motivo del conflicto planteado por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] es la disconformidad de este proveedor con la penalización retributiva aplicada por el OS por no alcanzar el número de horas con disponibilidad en las comunicaciones durante el mes de noviembre de 2015 el valor mínimo del 90%, concretamente solo llegó al 87.4%. Dicha penalización resulta de lo establecido en los artículos 10.4.b) y 11.5.b) de la citada Orden, en relación con lo previsto en el artículo 9.7.

La decisión del OS cuestionada por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] ha sido adoptada en su condición de gestor del servicio de interrumpibilidad, condición que le es atribuida directamente por el artículo 49 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (Ley del Sector Eléctrico).

La Orden IET/2013/2013 configura un mecanismo en el que el OS es el encargado de la gestión del servicio, así como de la ejecución, seguimiento y verificación de todos los aspectos relativos a la prestación de dicho servicio de gestión de la demanda por los proveedores.

Las discrepancias en el ejercicio de tales funciones del OS han de ser resueltas por la CNMC, en los términos establecidos en el párrafo 2º del artículo 12.1 b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (Ley 3/2013).

Concurren por ello los presupuestos jurídicos de un conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico, determinantes de la actuación de la CNMC a instancia del sujeto interesado, en este caso, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD].

SEGUNDO.- Competencia de la CNMC para resolver el conflicto

La presente Resolución se dicta en ejercicio de la función de resolución de conflictos planteados relativos a la gestión económica y técnica del sistema que, en relación con el sector eléctrico, se atribuye a la CNMC tanto por el artículo 12.1.b) de la Ley 3/2013, como por el artículo 30.3 de la Ley del Sector Eléctrico.

Dentro de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

TERCERO.- Procedimiento aplicable.

El procedimiento aplicable es el establecido en el artículo 12 de la Ley 3/2013 y, en lo no previsto expresamente en dicho precepto, es de aplicación la Ley 30/1992, según determina el artículo 2 de la citada Ley 3/2013 y la disposición transitoria tercera, apartado a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

CUARTO.- Plazo de interposición del conflicto.

El plazo de interposición del conflicto es de un mes desde que se produce el hecho o decisión correspondiente, según determina tanto el último párrafo del artículo 12.1 de la Ley 3/2013 como el artículo 30.3 de la Ley del Sector Eléctrico.

El plazo de referencia se concreta en el conflicto planteado en los siguientes términos: Tras varios escritos cruzados entre [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] y REE, en fecha 20 de enero de 2016, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] recibe formalmente la comunicación electrónica remitida por el OS en cuya virtud se le traslada que el número de horas con disponibilidad en las comunicaciones para el mes de noviembre solo alcanzó el 87,4%.

El escrito dirigido por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] a la CNMC instando la intervención de esta Comisión para la resolución del conflicto planteado tuvo entrada en el Registro de la CNMC el 11 de febrero de 2016 y, por tanto, dentro del plazo de un mes desde que se produjo el hecho o decisión correspondiente, en este caso la comunicación de REE antes referida. Procede, en consecuencia, admitir a trámite el conflicto planteado por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD].

FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- El modelo del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad establecido en la Orden IET 2013/2013, la obligación de mantenimiento de la disponibilidad de las comunicaciones y la penalización en caso de incumplimiento.

La interrumpibilidad es una herramienta que se ha venido utilizando tradicionalmente en el sistema eléctrico para flexibilizar la operación del mismo y dar respuesta rápida ante eventuales situaciones de emergencia. El texto de la vigente Ley del Sector Eléctrico contempla precisamente en su artículo 49 el

servicio de interrumpibilidad, como una de las medidas de gestión de la demanda.

Dicho servicio se articula mediante la asunción por parte de determinados consumidores de energía eléctrica conectados en alta tensión a proceder, ante la orden cursada al efecto por el OS, a reducir su potencia activa demandada al sistema eléctrico.

Por la prestación de este servicio, sus proveedores perciben una retribución económica constituida por dos términos, uno de ellos fijo asociado a la disponibilidad de potencia y el otro, variable asociado a la efectiva ejecución de la interrupción. Obviamente, a la asunción del compromiso de proveedor del servicio de interrumpibilidad y la consiguiente percepción de una retribución económica corresponden un conjunto de obligaciones, concretadas tanto en la acreditación del cumplimiento de unas condiciones previas para obtener la habilitación para su prestación, como en resultar adjudicatario en el mecanismo competitivo de asignación -desde la Orden IET/2013/2013 y en la acreditación del cumplimiento posterior de unos requisitos para cada periodo de entrega.

En este contexto, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] resultó adjudicataria de una serie de productos como proveedor del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad para la temporada 2015, adquiriendo dicha condición y los correspondientes derechos, obligaciones y compromisos que la misma lleva asociados, en el marco de la regulación de dicho servicio contenida en la Orden IET/2013/2013.

En lo que se refiere al presente conflicto, el artículo 9 de la Orden IET/2013/2013 dispone que, una vez que se ha adjudicado la prestación del servicio, debe acreditarse el cumplimiento de una serie de requisitos en todos y cada uno de los periodos de entrega. Entre los requisitos, el apartado 7, establece que: «El proveedor del servicio deberá mantener un índice de disponibilidad de las comunicaciones superior al 90 % de las horas de cada mes y al 95 % de las horas del periodo de entrega.

El proveedor deberá comunicar al operador del sistema las faltas de comunicación que se produzcan a la mayor brevedad posible, así como las indisponibilidades del sistema de comunicación o de los equipos de medida y control y la previsión de vuelta a la normal operación en cuanto esta se conozca» (el subrayado es nuestro)

Como consecuencia inherente a la obligación del cumplimiento del índice de disponibilidad de las comunicaciones, el artículo 11.5 b) de la Orden IET/2013/2013 dispone que cuando el proveedor no alcance un índice mensual de disponibilidad de las comunicaciones superior al 90 % se producirá la pérdida del componente de la retribución asociado a la disponibilidad del recurso adjudicado de dicho mes para los proveedores del producto 90 MW y de una

doceava parte del componente de la retribución asociado a la disponibilidad del recurso adjudicado para el periodo de entrega para los proveedores del producto 5 MW.

Estas penalizaciones no suponen en modo alguno el ejercicio por parte del OS de una suerte de potestad sancionadora como sostiene [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] en su escrito de planteamiento del conflicto, sino del establecimiento en el marco legal vigente de una serie de requisitos para la obtención de la retribución regulada al que el proveedor del servicio se ha adherido. En consecuencia, las alegaciones sobre la vulneración de los principios constitucionales y legales en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora carecen de sentido en este ámbito.

En consecuencia cumple concluir que una de las obligaciones que han de cumplir los proveedores del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad es que el índice mensual de disponibilidad de las comunicaciones debe ser superior al 90%, de modo que cuando la citada disponibilidad no alcance el límite establecido, la norma dispone la correspondiente penalización que el OS impondrá al proveedor. Siendo además inherente a tal situación la rápida comunicación de cualquier indisponibilidad del sistema de comunicaciones al OS.

En este contexto normativo surge el conflicto de gestión planteado, en cuando se viene a solicitar a esta Comisión que declare la improcedencia de la aplicación por el OS a [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] de la penalización prevista por incumplimiento del índice de disponibilidad de las comunicaciones para el mes de noviembre de 2015.

SEGUNDO.- Desarrollo de la Orden IET 2013/2013 en relación a la disponibilidad de la comunicación y su incidencia en el presente conflicto.

La disposición adicional segunda de la Orden IET/2013/2013 establece que, mediante Resolución, la Secretaría de Estado de Energía (SEE) aprobará, entre otras, una revisión de los procedimientos de operación del sistema eléctrico relativos al servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad y del procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del mismo.

En ejecución de la citada habilitación la SEE dictó las siguientes Resoluciones, con el contenido que se destaca a los efectos de la resolución del presente conflicto:

Resolución de 1 de agosto de 2014, de la SEE, por la que se aprueban los procedimientos de operación del sistema eléctrico 14.11 «Liquidación y facturación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad» y 15.2

«Servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad (Orden IET/2013/2013)». En lo que aquí interesa, el apartado 4.1.4 del procedimiento de operación del sector eléctrico 15.2 «Servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad (Orden IET/2013/2013)» (P.O. 15.2) dispone el conjunto de información que deben comunicar los proveedores de los servicios de interrumpibilidad. Entre ellas destaca la información de consumo cada período horario, así como la comunicación cada 12 segundos de la potencia activa y reactiva de consumo de la instalación. Son estas comunicaciones periódicas las que exigen que la disponibilidad de las comunicaciones entre OS y proveedor del sistema tenga que ser prácticamente continua y en caso de producirse algún tipo de avería o falta de disponibilidad en las mismas se produzca la penalización determinada por la Orden IET/2013/2013, cuando dicha indisponibilidad supere el 10% de las horas del mes. En el caso que nos ocupa, el mes de noviembre tiene a estos efectos 720 horas.

Por otra parte, el propio PO 15.2 establece en el apartado 4.1.2 el cómputo de los períodos de disponibilidad. Bien es cierto que lo hace con carácter genérico y referido a la disponibilidad de la instalación para cumplir con las órdenes de reducción de potencia, pero la regulación puede analógicamente aplicarse a los supuestos de indisponibilidad de las comunicaciones. En concreto, el apartado 4.1.2.2 establece para los supuestos de indisponibilidad sobrevenida «El proveedor del servicio deberá comunicar a través del SG-SCECI al Operador del Sistema los periodos de indisponibilidad sobrevenidos tan pronto como éstos se produzcan. Estos periodos de indisponibilidad no programada se contabilizarán en el cómputo del cumplimiento de los requisitos de disponibilidad, salvo fuerza mayor acreditada y justificada».

Por su parte, la Resolución de 29 de octubre de 2014, de la SEE, por la que se aprueba el procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad regulado en la Orden IET/2013/2013 (en adelante Resolución de 29 de octubre de 2014) establece lo siguiente:

- La Resolución preveía su plena aplicación a partir del 1 de enero de 2016; ello, sin perjuicio de la aplicabilidad desde el 1 de enero de 2015 de las obligaciones contempladas en el apartado cuarto y sexto.6 de la citada Resolución (entre las que se encuentra la de los proveedores del servicio de interrumpibilidad de instalar, supervisar y mantener los equipos en el Punto de Presencia, designando el proveedor del sistema de comunicaciones). El plazo establecido hasta el 1 de enero de 2016 fue posteriormente ampliado por la disposición adicional novena de la Orden IET/2735/2015 de 17 de diciembre, por la que por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2016 y se aprueban determinadas instalaciones tipo y parámetros

retributivos de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos hasta el 1 de julio de 2016. Según el apartado quinto de la citada Resolución hasta el 1 de enero de 2016 era de aplicación la Resolución de 7 de noviembre de 2007 de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba el procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del servicio de interrumpibilidad.

- En todo caso, era de aplicación desde el 1 de enero lo referido a equipos de comunicación.
- En el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2015, ampliado hasta el 1 de julio de 2016, aquellos proveedores que dispongan del certificado de los nuevos equipos de medida, control y comunicaciones al que hace referencia el apartado Tercero. 3.5 del procedimiento aprobado por la Resolución, podrán optar por la utilización de dichos nuevos equipos, o bien seguir utilizando los equipos que venían utilizando.
- El punto 5 del citado apartado tercero del procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control establece que: «El EMCC y sus equipos auxiliares, así como su instalación, deberán ser certificados antes de su puesta en servicio y con periodicidad bianual, por el Operador del Sistema, que verificará si reúnen los requisitos que se establecen en la presente resolución y, en su caso, emitirá la certificación correspondiente a efectos de lo dispuesto en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre. El proceso de verificación y certificación será publicado en el sitio Web del Operador del Sistema».
- El apartado 4.4 establece que la disponibilidad de las comunicaciones a que hace referencia el artículo 9.7 de la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, se verificará en los puntos de conexión del sistema de comunicaciones con los equipos del Operador del Sistema localizados en los PoP (punto de presencia del proveedor del servicio de comunicaciones).
- Finalmente y lo más relevante para la resolución del presente conflicto los proveedores del servicio son responsables de conformidad con lo establecido en el apartado séptimo de: «El correcto funcionamiento de sus equipos EMCC, debiendo cumplir en todo momento los requisitos técnicos y funcionales indicados en el presente procedimiento, el correcto funcionamiento de la comunicación hasta el Sistema de Gestión del Operador del Sistema SG-SCECI y de comunicar al operador del sistema cualquier avería o indisponibilidad de sus equipos EMCC o comunicación con el SE-SCECI». Esta redacción era idéntica en el procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del

servicio de interrumpibilidad aprobado por Resolución de 7 de noviembre de 2007.

Como conclusión del desarrollo analizado, resulta lo siguiente a los efectos de resolución del presente conflicto:

- El proveedor del servicio es responsable del correcto funcionamiento del EMCC.
- El proveedor del servicio debe comunicar al operador del sistema de cualquier avería o indisponibilidad de sus equipos EMCC o comunicaciones con el SE-SCECI, en línea con lo señalado en el artículo 9.7 de la Orden IET/2013/2013.
- REE dispone de una herramienta web para que los proveedores del servicio puedan consultar el último Programa de consumo aceptado por el SG-SCECI.

TERCERO.- Análisis de las circunstancias concurrentes en el conflicto.

Analizada la normativa que regula las situaciones de falta de disponibilidad de las comunicaciones de los proveedores del servicio de interrumpibilidad es preciso exponer los hechos acaecidos tal y como resultan tanto del escrito de planteamiento del conflicto como de las alegaciones del OS.

[ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] con el objetivo de cumplir con lo dispuesto en la entonces redacción vigente de la Resolución del SEE de 29 de octubre de 2014, decidió instalar en su fábrica de [---] un nuevo EMCC ya conforme con lo dispuesto en el Apartado tercero del procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, aprobada por la citada Resolución antes del 1 de enero de 2016, fecha entonces prevista para el cambio de equipos.

Para ello contrató, de forma voluntaria entre los dos proveedores de EMCC nuevos a [EMPRESA INFORMÁTICA]. Por razones ajenas a la resolución del conflicto, la instalación del nuevo equipo no se produjo hasta el 11 de noviembre, aunque luego se retrasó hasta el día 20 de noviembre de 2015, no siendo certificado el nuevo equipo hasta el 27 de noviembre.

Siguiendo el propio relato de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] (páginas 15 y ss del expediente) que no es objeto de discusión por parte del OS, el primer fallo se produjo el día 1 de noviembre de 2015, diez días antes de que se empezara la instalación de los nuevos equipos. Ocurre, por tanto, con el antiguo equipo en funcionamiento –SERVITAX-. Esta incidencia que suponía una indisponibilidad sobrevenida de las comunicaciones por avería del sistema fue comunicada al OS mediante correo electrónico de este mismo día a las

18.18, 33 minutos después de comunicarlo a [EMPRESA INFORMÁTICA]. Cumple con ello con la obligación prevista tanto en el artículo 9.7 de la Orden IET/2013/2013 y en el procedimiento de comunicación, ejecución y control del servicio de interrumpibilidad.

Al día siguiente a las 10.55 horas volvió a enviar al OS comunicación sobre la avería y los distintos problemas con el equipo de comunicación (folio 310 del expediente). Este es el último mensaje al OS que consta en el expediente.

La avería fue reparada por [EMPRESA INFORMÁTICA] el día 3 de noviembre enviando un nuevo equipo, pero como el original había vuelto a funcionar, se mantiene.

El día 6 de noviembre se reproducen los fallos del original, se pide permiso para utilizar el de repuesto, que también falla y se deja el equipo original en observación.

Los días 7 y 8 se siguen produciendo fallos intermitentes de poca duración. Los días 9 y 10 se repiten dichos fallos. No se comunican al OS.

El día 11 de noviembre se instala el nuevo equipo, pero al no funcionar correctamente se mantiene el SERVITAX. Tampoco se comunica al OS.

El 13 de noviembre de 2015 [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] vuelve a intentar cambiar el SERVITAX original por el de repuesto, pero, sin éxito. No se comunica al OS. Se advierte a [EMPRESA INFORMÁTICA] que de no arreglarse pronto pueda incurrir en la penalización por no alcanzar el índice mensual de disponibilidad de las comunicaciones.

El día 16 de noviembre de 2016 [EMPRESA INFORMÁTICA] propone el cambio de fuente de alimentación de SERVITAX, pero el problema no se resuelve. No se comunica al OS. Se reitera el comentario sobre la penalización por no alcanzar el índice mensual de disponibilidad de las comunicaciones.

El día 20 de noviembre se sustituye el viejo SERVITAX por el nuevo equipo, ya adaptado a la todavía vigente Resolución de 29 de octubre de 2014. Los fallos se minimizan, no incurriendo en cortes de comunicación superiores a los diez minutos, salvo el día 27 de noviembre.

El día 27 de noviembre, el OS certifica el nuevo equipo.

De estas incidencias de indisponibilidad de las comunicaciones durante el período comprendido entre el 1 y el 20 de noviembre [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] culpa, en primer término a [EMPRESA INFORMÁTICA] por su falta de disponibilidad y capacidad de reacción (página 18 del expediente),

seguidamente afirma que todas y cada una de las incidencias fueron comunicadas de forma indubitada (sic) a [EMPRESA INFORMÁTICA] y REE y en última instancia, señala que el problema procede de haber cambiado el sistema en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de 29 de octubre de 2014.

Intentemos aclarar los hechos que concurren en el presente conflicto.

En primer lugar, todas las indisponibilidades de la comunicación se produjeron con el antiguo equipo que hasta entonces había funcionado correctamente. Realmente el nuevo equipo no se pone en servicio hasta el día 27 de noviembre que es el día que el OS lo certifica. La necesidad de certificación estaba prevista en la Resolución de 7 de noviembre de 2007 y con más claridad en el punto 5 del apartado tercero de la Resolución de 29 de octubre de 2014: «El EMCC y sus equipos auxiliares, así como su instalación, deberán ser certificados antes de su puesta en servicio».

Con ello, todo el largo debate de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] sobre su voluntad de cumplimiento anticipado de la Resolución de 29 de octubre de 2014 carece de sentido para la resolución del conflicto planteado. El problema de falta de disponibilidad de las comunicaciones no tiene nada que ver con los nuevos equipos y con su instalación, sino con los antiguos.

En segundo lugar, no consta que [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] comunicara al OS, como exige la propia Orden/IET/2013/2013 en su artículo 9.7, segundo párrafo todas las indisponibilidades del sistema de comunicación a la mayor brevedad posible: Este evidente incumplimiento de la obligación principal resulta fundamental para la resolución del presente conflicto.

En tercer lugar, como bien indica el apartado séptimo del procedimiento de comunicación, ejecución y control del servicio de interrumpibilidad tanto en la redacción dada por la Resolución del 7 de noviembre de 2007, aplicable al caso presente, como por la de la Resolución de 29 de octubre de 2014, corresponde al prestador del servicio la responsabilidad por el correcto funcionamiento de sus equipos EMCC, debiendo cumplir en todo momento los requisitos técnicos y funcionales indicados en el presente procedimiento, el correcto funcionamiento de la comunicación hasta el Sistema de Gestión del Operador del Sistema SG-SCECI y de comunicar al operador del sistema cualquier avería o indisponibilidad de sus equipos EMCC o comunicación con el SE-SCECI.

Finalmente [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] alega que los fallos –que no comunicó en su totalidad- eran imprevistos y excepcionales. A la vista de los correos intercambiados con [EMPRESA INFORMÁTICA] más parece lo contrario, que eran fallos habituales y previsibles dentro del complejo sistema de comunicaciones. Asimismo tampoco [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD]

ha aportado prueba alguna en este sentido. Por ello, la alegación al artículo 1184 Código Civil que literalmente señala que «también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible» no parece estar justificada porque no hubo imposibilidad física alguna para cumplir con la prestación por dos motivos, el primero, obvio, la obligación del proveedor del servicio es realmente atender a la orden de reducción de potencia en su caso, siendo la comunicación permanente no una prestación, sino un requisito para obtener la retribución regulada y, en segundo término, es que podía y debía haber comunicado al OS la situación de una manera más diligente. Quién no actuó con diligencia no puede pretender ahora beneficiarse de la citada falta de diligencia.

CUARTO- Responsabilidad en la actuación de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] como proveedor del servicio de interrumpibilidad.

Del análisis de los hechos ha de concluirse: i) que no se cumplió con el porcentaje de disponibilidad de las comunicaciones, ii) que tal indisponibilidad se produjo por fallos intermitentes en el antiguo sistema de comunicaciones – SERVITAX-, iii) que tales fallos no pueden, de ningún modo, considerarse excepcionales o imprevistos, sino que entran en el marco habitual de los fallos que pueden suceder en sistemas de comunicación complejos como éstos y iv) finalmente, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] no comunicó todas las incidencias al OS.

Efectivamente de la amplísima documentación aportada por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] hay que centrarse en los correos electrónicos en los que se manifiestan todas las incidencias (folios 305 a 330 del expediente).

En los mismos solo hay dos correos al OS. El domingo 1 de noviembre se advierte del fallo en el SERVITAX y se comunica al OS mediante correo a las 18.18 horas (folio 305 del expediente), exactamente 33 minutos después de comunicarlo a [EMPRESA INFORMÁTICA]. El día 2 de noviembre a las 10.55 horas se vuelve a comunicar la continuación de los fallos (folio 310 del expediente), pero ya no consta comunicación alguna más, a pesar de que los fallos intermitentes continuaron produciéndose.

Al contrario en los correos que se envían a [EMPRESA INFORMÁTICA] los días 13 y 16 de noviembre (folios 327 y 330 del expediente), se pone de manifiesto justamente el temor a la posible penalización por no haber alcanzado el 90% del índice mensual de disponibilidad de las comunicaciones. Es decir, [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] era plenamente consciente de la consecuencia de la falta de resolución de los problemas con los equipos de comunicación.

La razón es evidente; [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] no cumplió con la obligación prevista en el apartado 7.1 del procedimiento de comunicación, ejecución y control aprobado por la Resolución de 7 de noviembre de 2007, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba el procedimiento del sistema de comunicación, ejecución y control del servicio de interrumpibilidad, que era la aplicable hasta el día 1 de enero de 2016, de conformidad con el apartado quinto de la Resolución de 29 de octubre de 2014 y que venía a establecer como responsabilidad del proveedor del servicio la obligación de comunicar al operador del sistema cualquier avería o indisponibilidad de sus equipos EMCC o comunicación con el SE-SCECI. Obligación que, en los mismos términos, se incluye en el apartado 7.1 del nuevo procedimiento de comunicación, ejecución y control del servicio de gestión de la demanda aprobado por la Resolución de 29 de octubre de 2014.

Obligación que además se encuadra en la previsión del propio apartado séptimo según la cual el proveedor del servicio es el responsable del correcto funcionamiento de la comunicación hasta el Sistema de Gestión del Operador del Sistema SG-SCECI. Es decir, que los problemas técnicos de los elementos del sistema de comunicación y los problemas que hayan existido entre [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] y [EMPRESA INFORMÁTICA] son responsabilidad de [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD].

De lo anterior ya se puede concluir que la actuación del OS ha sido, en todo momento, conforme a Derecho. Esta Comisión ya se ha pronunciado (por todas Resoluciones de la Sala de Supervisión Regulatoria de 17 de marzo de 2016, CFT/DE/015/15) en casos previos en el sentido de que estos consumidores perciben una retribución económica. A la asunción del compromiso de proveedor del servicio de interrumpibilidad y la consiguiente percepción de una retribución económica corresponden un conjunto de obligaciones, concretadas tanto en el cumplimiento de unas condiciones previas para obtener la habilitación para su prestación, como en resultar adjudicatario en el mecanismo competitivo de asignación y en la acreditación del cumplimiento posterior de unos requisitos para cada periodo de entrega. En consecuencia, resulta exigible a los proveedores del servicio una muy especial diligencia en el cumplimiento de estos requisitos específicos, máxime cuando la retribución que perciben constituye un coste que, a la postre, deben cubrir el resto de consumidores eléctricos. Asimismo, estos proveedores deben asumir las consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones establecidas, tal y como expresa la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de septiembre de 2015, en cuyo fundamento jurídico cuarto se sostiene que «el sistema de interrumpibilidad implica unas evidentes ventajas para quien se acoge al mismo, y por tanto esta situación exige que la empresa afectada se responsabilice de las consecuencias del incumplimiento».

En el presente caso, es claro que [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] no cumplió de una manera diligente con sus obligaciones de comunicación de las averías de su propio EMCC por lo que no puede aceptarse que alegue ahora que no pudo mantener el nivel de comunicación por fallos imprevistos y, sobre todo, de manera sobrevenida y que, pida en última instancia, una interpretación “flexible” de la norma para evitar ser penalizado, según la cual como el incumplimiento fue menor –no llegó al 3% de las horas por encima del límite del 10%- no se le debe penalizar. Tal interpretación no es posible, en primer término, porque supondría dejar sin sentido al propio procedimiento porque si no se penaliza cuando la falta de disponibilidad de las comunicaciones es casi del 13%, qué habría que hacer un 14% o un 20%, quién fijaría el límite, en cada caso, para penalizar o no. No cabe duda que tal operación de flexibilización sería un ejercicio de arbitrariedad evidente. En segundo término, y a mayor abundamiento, tampoco por razones de justicia material a las que acaba apelando [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] porque dichas razones de justicia material no pueden concurrir en un caso como el presente en que el propio proveedor del servicio no cumplió plenamente con sus obligaciones.

Por todo lo anterior, procede rechazar el conjunto de las alegaciones planteadas por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] en relación con el conflicto sometido a esta Comisión y, por consiguiente, debe desestimarse el mismo, confirmando la actuación del Operador del Sistema al respecto.

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar el conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico interpuesto por [ADJUDICATARIO INTERRUMPIBILIDAD] frente al Operador del Sistema en relación con una penalización retributiva, en el marco del servicio de interrumpibilidad, por no cumplir con el índice de disponibilidad de las comunicaciones durante el mes de noviembre de 2015, confirmando la actuación del Operador del Sistema y la procedencia de la penalización impuesta.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados.

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.