

INFORME RELATIVO A LA CONSULTA FORMULADA POR UNA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ELÉCTRICAS RELATIVA A LA REVISIÓN DE LA RETRIBUCIÓN APLICABLE A LOS DISTRIBUIDORES DE MENOS DE 100.000 CLIENTES

I ANTECEDENTES

Con fecha 12 de noviembre de 2009, ha tenido entrada en el registro de la Comisión Nacional de Energía escrito de Don [.....], mediante el que, en su condición de Secretario de LA ASOCIACIÓN, y tras exponer diversas consideraciones acerca de la normativa reguladora de la retribución de las empresas distribuidoras de energía eléctrica, y de la posibilidad de revisión de la retribución para empresas de menos de 100.000 clientes, solicita de la CNE que *“Aclare el informe Sobre la Consulta de una Empresa Distribuidora Relativa a la Retribución de una Nueva Subestación.”*

El Consejo de Administración de la CNE, en su reunión de fecha 18 de febrero de 2009, ha aprobado el presente informe.

II CONSIDERACIONES DE LA CNE

Primera.- La asociación mencionada, en su escrito de 11 de noviembre de 2009, viene a solicitar la modificación o rectificación del criterio establecido por el Consejo de Administración de la CNE en su Informe de 16 de julio de 2009, si bien calificando formalmente sus peticiones como *solicitud de aclaración* de aquél.

La cuestión sobre la que se insta de la CNE el cambio de criterio está relacionada con la posibilidad de las pequeñas empresas distribuidoras de *solicitar la revisión de su coste acreditado*, antes de que finalice cada período

regulatorio de cuatro años, como consecuencia de incrementos singulares de la demanda, o de cualquier otra circunstancia que tenga efectos significativos sobre sus inversiones.

Tal posibilidad está prevista en el artículo 5, apartado 4, último párrafo, del Real Decreto 222/2008, señalándose que en tales casos, *“La Comisión Nacional de Energía valorará estas circunstancias proponiendo al Ministerio de Industria y Energía, en su caso, la retribución correspondiente.”*

El criterio sostenido por la CNE, y que está expresado en la Conclusión Segunda del informe de 16 de julio de 2009, es que, habiéndose aplicado dos métodos alternativos para la fijación del coste acreditado inicial de cada empresa, y habiéndose adoptado finalmente el que resultaba más favorable en cada caso para la empresa distribuidora, la posibilidad de revisión de la retribución acreditada prevista en el precepto de referencia no puede dejar de tomar en cuenta el método por el que resultó fijada la retribución inicial de dicha empresa.

Así, tal como se expresa en el apartado 3.3 del repetido informe de 16 de julio de 2009, *“...cuando a un distribuidor se le ha asignado la retribución de 2009 por el método de las instalaciones, la nueva retribución calculada que incluye estas inversiones significativas siempre será superior a la retribución anterior. Pero cuando se le ha asignado la retribución por el método del margen para 2009, la retribución por el método de las instalaciones podría ser superior o inferior aunque incluya dichas nuevas instalaciones, y si la nueva retribución resultara inferior, se mantendrá la retribución anterior, puesto que la misma ya vendría a cubrir tanto las instalaciones antiguas como las nuevas.”* Por ello, como se indica en la Conclusión segunda del repetido informe, *“el hecho de considerar la nueva inversión no implica necesariamente que la retribución total de la empresa vaya a resultar mayor que la actual.”*

Coherentemente con dicho criterio, los cálculos a efectos de las solicitudes de revisión de la retribución de estas empresas habrán de reproducir los cálculos efectuados para la determinación de la retribución inicial (y por tanto, con los

dos métodos alternativos empleados) de modo que el informe que la CNE emitirá finalmente establecerá la nueva retribución de la empresa en cuestión como la mayor de las dos siguientes: a) la retribución actual basada en el método del margen, ó, b) la resultante de aplicar el método de las instalaciones considerando entre éstas las nuevas inversiones.

Por el contrario, la Asociación consultante sugiere que la base sobre la que se aplique la revisión derivada de la inversión en nuevas instalaciones sea en todos los casos el importe de la retribución publicada en la Orden ITC 3801/2008 con independencia del método utilizado para su cálculo, considerando, por su parte, que dicha retribución base inicial es la única base con relevancia jurídica.

En consecuencia, LA ASOCIACIÓN solicita sucesivamente, a) que no se aplique el contenido del informe de 16 de julio de 2009 hasta que no sea aprobado el modelo de red de referencia; b) que la base utilizada para la revisión de la retribución de 2010 sea la retribución base inicial aprobada en la Orden ITC 3801/2008, c) que dicha base sea utilizada tanto para la revisión ordinaria como para el incremento por inversiones adicionales significativas, en aplicación del art 5.4 del R.D. 222/2008, adicionando a la misma la retribución correspondiente a las inversiones significativas que se acrediten.

Segunda.- Los criterios seguidos hasta la fecha en relación con la determinación inicial y revisión posterior de la retribución de las empresas distribuidoras de menos de 100.000 clientes, han sido recogidos en varios informes del Consejo de Administración de la CNE, siendo el *Informe y Propuesta del coste acreditado definitivo para 2009*, de fecha 11 de diciembre de 2008, el primero de ellos en el que se describe la doble metodología utilizada para la determinación inicial de la retribución de cada una de estas empresas, y las razones por la que se adoptó dicha metodología.

El objetivo perseguido era respetar el *margen actual* de cada distribuidor, pero, para aquellos casos en que el cálculo de la retribución efectuado en base a las instalaciones, costes de operación y mantenimiento y otros costes de

distribución, resultara superior al *margen actual*, se aplicaría la retribución así calculada. El resultado final es que las cifras propuestas y finalmente publicadas en la Orden ITC 3801/2008, comportaban la aplicación a todas y cada una de tales empresas de la opción que individualmente le resultaba más beneficiosa entre las dos contempladas.

Supuesto lo anterior, resulta obvio que todas las empresas para las que la retribución finalmente se estableció por aplicación del método del *margen*, tienen reconocida para 2009 una retribución superior en su importe a la que hubiera resultado del cálculo por el método *instalaciones*.

Asimismo, es el informe de de 16 de julio de 2009 el primero en que se ha concretado la aplicación de tales criterios al supuesto específico de solicitud de revisión por inversiones significativas.

La propuesta actual de LA ASOCIACIÓN es que el importe de las *nuevas inversiones significativas* resulte adicionado a la retribución fijada para 2009, en todos los casos y, por tanto, también para las empresas cuya retribución se fijó por margen, prescindiendo de los datos y cálculos en su día tenidos en cuenta para determinar la opción más favorable para cada distribuidora.

Dicha propuesta no se soporta en argumentos jurídicos y/o regulatorios suficientes para modificar el criterio ya adoptado por la CNE, señalándose en ella únicamente que la *retribución base inicial* aprobada y publicada en la Orden ITC 3801/2009, “es la única base con relevancia jurídica”, y que, “El procedimiento utilizado para determinar esta base inicial es un procedimiento que ha dejado de tener relevancia jurídica una vez fijada la retribución base inicial.”

Tal argumentación ha de ser rechazada: Si bien la Orden ITC 3801/2008 recoge en su Anexo únicamente la cifra resultante como retribución reconocida para cada empresa, el Informe-Propuesta de la CNE de fecha 11 de diciembre de 2008 que constituye el soporte y explicación de las cifras y que, como se ha dicho, describe la doble metodología aplicada, ofrece una motivación explícita

de la decisión normativa adoptada y, por ello mismo, resulta determinante para la interpretación de dicha norma, conforme a los criterios establecidos en el artículo 3.1¹ del Código Civil.

Si se prescindiera de tales antecedentes y motivaciones, resultaría distorsionada la finalidad de las normas (tanto de la Orden ITC 3801/2008 que fijó las retribuciones iniciales, como del precepto del RD 222/2008 que hace posible la solicitud de revisión de aquéllas), dándose lugar además a la posibilidad de situaciones discriminatorias entre las empresas en cuanto al tratamiento de las *nuevas inversiones significativas* que tales empresas decidieran acometer.

A título de ejemplo, se señalan los siguientes efectos negativos o distorsiones:

- En el caso de las empresas cuya retribución inicial responde al criterio del margen, la adición a la misma del importe de las nuevas inversiones, comportaría sumar conceptos heterogéneos, y ello conllevaría, a su vez, una distorsión de la finalidad del propio precepto que permite la revisión de la retribución, ya que las *“nuevas inversiones significativas”* no se estarían adicionando a las *“antiguas inversiones”* sino a una retribución fijada con independencia de la inicial inversión en instalaciones.
- De ser aceptada la propuesta de LA ASOCIACIÓN, el esfuerzo inversor de las empresas no se estaría retribuyendo en términos equitativos. Para aquéllas empresas cuya retribución inicial se fijó por el criterio de las instalaciones se estaría exigiendo, como condición para incrementar su retribución, tener acreditadas todas y cada una de las inversiones en instalaciones (tanto en el pasado como en sus nuevas inversiones actuales) en tanto que para aquellas otras cuya retribución inicial se fijó por margen, resultaría suficiente con acreditar el esfuerzo inversor presente y futuro, para obtener una mayor retribución. De entre éstas

¹ “3.1 Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

últimas, se estaría dando, a su vez, un tratamiento mejor a aquellas empresas para las que el cálculo inicial de su retribución por inversiones hubiera ofrecido un importe más pequeño, respecto a aquéllas otras que hubieran presentado menor diferencia de importes entre los dos procedimientos alternativos utilizados en el informe-propuesta de 11 de diciembre de 2008. Resultaría así distorsionada la finalidad perseguida por la aplicación de la doble metodología que era garantizar a todas las empresas un “*mínimum*” de retribución y, en ningún caso, asegurar para algunas de ellas un mejor tratamiento de sus inversiones *a futuro*.

III CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, los criterios ya adoptados por el Consejo de Administración de la CNE en relación con este asunto deben ser mantenidos en los mismos términos en que resultan recogidos en anteriores informes, procediéndose, con ocasión de cada solicitud de revisión de retribución por nuevas inversiones, a retomar los cálculos iniciales, adicionando al cálculo inicial por instalaciones las nuevas inversiones y proponiéndose finalmente la revisión de la retribución sólo en el caso de que el resultado de esta operación fuese superior al importe de la retribución inicialmente reconocida, y sólo por el importe de la diferencia.