



Comisión
Nacional
de Energía

**RESOLUCIÓN EN EL
PROCEDIMIENTO DE CONFLICTO
SOBRE LA GESTIÓN ECONÓMICA Y
TÉCNICA DEL SISTEMA INSTADO
POR HIDROELÉCTRICA DEL
CANTÁBRICO, S.A. Y ELÉCTRICA DE
LA RIBERA DEL EBRO, S.A.**

CGET 4/2006

26 de julio de 2006

RESOLUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE CONFLICTO SOBRE LA GESTIÓN ECONÓMICA Y TÉCNICA DEL SISTEMA INSTADO POR HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A. Y ELÉCTRICA DE LA RIBERA DEL EBRO, S.A.

CGET 4/2006

ANTECEDENTES DE HECHO

- I. Con fecha 11 de mayo de 2006 tuvieron entrada en el registro de la Comisión Nacional de Energía dos escritos de Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. (en adelante Hidrocantábrico) y Eléctrica de la Ribera del Ebro, S.A. (en adelante Elerebro) mediante los cuales interponen conflicto sobre la gestión económica y técnica del sistema, frente al Operador del Mercado Ibérico de Energía – Polo Español, S.A. (OMEL), en relación con sus liquidaciones mensuales correspondientes al período de marzo de 2006, en las cuales no se incluyen los derechos de cobro ni los saldos acreedores correspondientes a las unidades de producción de Hidrocantábrico y Elerebro ofertadas y casadas en el pool que, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto Ley 3/2006, fueron posteriormente asimiladas a contratos bilaterales con Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.

De acuerdo con los hechos expuestos en los mencionados escritos, con fecha 7 de abril de 2006, Hidrocantábrico y Elerebro presentaron sendas reclamaciones ante el OMEL mediante las cuales se instaba a ese operador a incluir en las liquidaciones los importes de los derechos de cobro y saldos acreedores de sus unidades de producción. Con fecha 11 de abril, el operador del mercado desestimaba estas reclamaciones con la argumentación de que las liquidaciones cuestionadas habían sido realizadas *“con arreglo a la normativa de aplicación”*. Con fecha 21 de abril de 2006, Hidrocantábrico y Elerebro comunicaron al OMEL su disconformidad con el

sentido de la resolución y, finalmente, con fecha 11 de mayo, plantearon ante esta Comisión sendos conflictos contra la resolución del operador del mercado, argumentando que las liquidaciones practicadas por OMEL perjudican sus derechos que, como partícipes del mercado eléctrico, les reconoce, entre otros, el artículo 26.1.e) de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, esto es, *“percibir la retribución que les corresponda de acuerdo con los términos previstos en la presente Ley”*.

En su escrito de interposición de conflicto las reclamantes solicitan que esta Comisión declare la obligación del OMEL de practicar una nueva liquidación correspondiente al mes de marzo de 2006 que incluya los derechos de cobro y saldos acreedores de su energía afectada de la asimilación dispuesta en el Real Decreto-Ley 3/2006, así como que las siguientes liquidaciones se practiquen de igual forma.

- II. El Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en sus sesiones ordinarias de los días 18 de mayo y 8 de junio de 2006, acordó la iniciación de procedimiento para la resolución de conflictos sobre la gestión económica y técnica del sistema eléctrico, a solicitud de Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. y Eléctrica de la Ribera del Ebro, S.A.; así como la acumulación de ambos conflictos en un único procedimiento, en virtud del artículo 73 de la Ley 30/92, dada su identidad de contenido y de representación. Igualmente, el Consejo de Administración designó órgano instructor del procedimiento a la Subdirección de Mercado Eléctrico de la Dirección de Energía Eléctrica, lo que fue notificado a Hidrocantábrico, Elerebro, Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U., OMEL y Red Eléctrica de España, S.A., mediante escritos de fecha 9 de junio de 2006.

En dichos escritos se hacía constar además el procedimiento a seguir, el plazo y los efectos del silencio administrativo en la resolución del conflicto, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la vez que se ponía de manifiesto el expediente a las partes interesadas por término de diez días hábiles, en cumplimiento del Trámite de Audiencia previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

- III. Con fecha 21 de junio de 2006, tuvo entrada en esta Comisión escrito de alegaciones de OMEL en el cual manifiesta haber actuado en todo momento de manera acorde con la normativa aplicable, ya que en su opinión ni la interpretación literal del Real Decreto-Ley 3/2006 ni su propia finalidad permiten al operador del mercado la realización de las liquidaciones pretendidas por Hidrocantábrico y Elerebro puesto que dicha norma las extrae del ámbito de actuación del OMEL.

Frente a la argumentación de la recurrente de que al no realizar las liquidaciones el operador del mercado ha incumplido las obligaciones que le dispone el Real Decreto 2019/97 y las Reglas de Funcionamiento del Mercado, OMEL alega que el principio de jerarquía normativa antepone a estas normas la Ley 54/97, cuyo artículo 24.2 establece que *“el contrato se entenderá formalizado en el momento de la casación y se perfeccionará cuando se haya producido el suministro de energía eléctrica”*.

Respecto al contenido y finalidad del Real Decreto-Ley 3/2006, por el que se modifica el mecanismo de casación de las ofertas de venta y adquisición de energía presentadas simultáneamente al mercado diario e intradiario de producción por sujetos del sector eléctrico pertenecientes al mismo grupo empresarial, OMEL entiende que la voluntad del legislador expresada en el Real Decreto-Ley es que estas operaciones entre sujetos del mismo grupo empresarial se lleven a cabo a través de contratos bilaterales físicos a liquidar por las partes. Para la defensa de este argumento, el operador del mercado se apoya tanto en la literalidad del texto del artículo 1:

“Hasta que se implemente la normativa por la cual las empresas distribuidoras negocien la energía eléctrica a través de contratos bilaterales con entrega física (...)”

Como en las disposiciones más detalladas y técnicas que contiene el propio Real Decreto-Ley, las cuales dan a las transacciones asimiladas a contratos bilaterales el mismo tratamiento que a los propios bilaterales físicos en cuanto a publicación de información, comunicaciones al operador del sistema, constitución de programas ,etc.

Sin embargo, la norma dispone que estas energías sigan siendo ofertadas en el mercado eléctrico, según entiende OMEL, como medida provisional mientras se

desarrolla una regulación completa, tal como en efecto establece el propio Real Decreto-Ley.

- IV.** Con fecha 30 de junio de 2006, tuvieron entrada en esta Comisión escritos de alegaciones de Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. y Eléctrica de la Ribera del Ebro, S.A. mediante las cuales ponen de manifiesto que desde la fecha de la interposición del conflicto que nos ocupa, OMEL ha seguido excluyendo de las liquidaciones mensuales los derechos de cobro de las energías casadas y asimiladas a contratos bilaterales, por lo que solicitan que se extienda el efecto de la presente resolución a todas ellas.

Asimismo indican las reclamantes que han tenido conocimiento de que el Consejo de Administración de esta Comisión ha acordado la apertura de un expediente informativo para el análisis del alcance y las consecuencias de la aplicación del Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero, y por si fuera de utilidad para el presente conflicto, solicitan que se ponga a su disposición y se les de vista del citado expediente.

- V.** El Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, previo estudio del expediente, ha procedido, en su sesión de 24 de julio de 2006, a adoptar la presente Resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCESALES

I. Competencia de la Comisión Nacional de Energía para resolver el presente procedimiento.

La presente Resolución se dicta en ejercicio de la función de “resolución de conflictos en relación con la gestión económica y técnica del sistema” en los términos que viene atribuida a la Comisión Nacional de Energía por la Disposición Adicional Undécima, Tercero, 2, Segundo, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. Asimismo, el artículo 14.1 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, atribuye dicha función a este Organismo.

Dentro de la Comisión Nacional de Energía, corresponde a su Consejo de Administración emitir esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio

II. Procedimiento aplicable.

De conformidad con lo establecido en el apartado primero del artículo 14 del Real Decreto 1339/1999, referenciado anteriormente, el procedimiento aplicable es el establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo, la Disposición Adicional Undécima, Primero, 2, de la Ley 34/1998, determina que este Organismo sujetará su actividad a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando ejerza potestades administrativas.

2.- FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

I. Términos del conflicto planteado por Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. y Eléctrica de la Ribera del Ebro, S.A.

Hidrocantábrico y Elerebro plantean un conflicto sobre la aplicación del Real Decreto-Ley 3/2006, por el que se modifica el mecanismo de casación de las ofertas de venta y adquisición de energía presentadas simultáneamente al mercado diario e intradiario de producción por sujetos del sector eléctrico pertenecientes al mismo grupo empresarial.

Este Real Decreto-Ley dispone la asimilación a contratos bilaterales físicos de las cantidades de energía eléctrica coincidentes de venta y adquisición programadas, para un mismo período de programación, por los sujetos del mercado pertenecientes a un mismo grupo empresarial. Dicha asimilación se produce con posterioridad a la casación del mercado diario, pero con carácter previo al programa resultante de la casación del referido mercado diario. El propio Real Decreto-ley establece la medida con carácter provisional hasta que se implemente la normativa por la cual las empresas distribuidoras negocien la energía eléctrica a través de contratos bilaterales con entrega física.

Al mismo tiempo, el Real Decreto-Ley 3/2006 también modifica el proceso de liquidación de actividades reguladas de la Comisión Nacional de Energía al disponer que el Gobierno determine el precio al que serán reconocidas las adquisiciones de energía de los distribuidores a través del mecanismo de asimilación antes descrito. Se establece un precio provisional para 2006 de 42,35 €/MWh (coste medio previsto en la tarifa para la energía generada en el régimen ordinario para el territorio peninsular, incluyendo los costes de los servicios de ajuste y la garantía de potencia) que será sustituido por un precio definitivo a definir en función de cotizaciones objetivas y transparentes de mercados de electricidad.

Respecto al proceso de asimilación de energías, el Real Decreto-Ley 3/2006 especifica que los sujetos afectados seguirán presentando sus ofertas de compra o venta en el mercado gestionado por OMEL, por lo que es este operador el encargado de llevar a cabo el cálculo de las asimilaciones a contratos bilaterales con posterioridad a la realización de

la casación del mercado. Además, la norma establece las responsabilidades de intercambio de la información relativa a estas transacciones entre operadores y agentes, las cuales resultan, con las particularidades del caso, equivalentes a las actualmente dispuestas para los contratos bilaterales físicos.

Sin embargo el Real Decreto-Ley 3/2006 no precisa los efectos de la asimilación sobre la liquidación de las energías ofertadas al mercado y asimiladas a bilaterales por el OMEL, más allá de lo ya comentado sobre el reconocimiento de las adquisiciones de los distribuidores. A este respecto, el operador del mercado interpreta que la intención del Real Decreto-Ley es la exclusión del proceso de mercado de las energías compradas y vendidas simultáneamente por sujetos pertenecientes al mismo grupo empresarial y pretende para ello establecer la obligatoriedad para estas partes de contratar y liquidar dichas energías bilateralmente entre sí.

Como consecuencia, OMEL entiende que no le corresponde como gestor del mercado proceder a la liquidación de las energías asimiladas a bilaterales, sino que éstas deberán ser liquidadas entre las partes, como sucede con cualquier contrato bilateral físico, al precio que libremente pacten pero teniendo en cuenta que el coste posteriormente reconocido al distribuidor por la CNE será de 42,35 €/MWh. La participación de estas ofertas en el mercado eléctrico es pues a efectos de determinar las cantidades de energía a asimilar, las cantidades vendidas y compradas por el resto de agentes y el precio del mercado diario, resultante de la casación de las ofertas.

De acuerdo con esta línea argumental, desde la entrada en vigor de la norma el pasado mes de marzo, con el objetivo de cumplir con lo dispuesto por dicha norma, el operador del mercado no asigna derechos de cobro ni obligaciones de pago a los agentes del mercado pertenecientes a un mismo grupo empresarial por la energía que resulta afectada del proceso de asimilación a contrato bilateral físico arriba descrito.

Así, no se incluyeron en la liquidación mensual de marzo ni derechos de cobro ni saldos acreedores de las diferentes unidades de producción de Hidrocantábrico y Elerebro, ambas empresas generadoras pertenecientes al Grupo HidroCantábrico, por la energía que resultó asignada a Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U.

Estos agentes reclaman dichos derechos de cobro alegando que lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 3/2006 no altera el funcionamiento del mercado de producción descrito en el Real Decreto 2019/1997 y en las Reglas de Funcionamiento del Mercado, ya que la asimilación se produce con posterioridad a la casación de dicho mercado, siendo en el momento de la casación cuando quedan determinados tanto el precio marginal para cada periodo de programación como la energía comprometida para cada uno de los agentes, de acuerdo con el artículo 10 Real Decreto 2019/1997, y por tanto es en ese instante cuando se produce la formalización del contrato de adquisición de energía.

Frente a este argumento, además de lo ya expuesto, OMEL contrapone que, si bien es cierto que la regulación dispone que el contrato se formaliza en el momento de la casación, este hecho no es jurídicamente suficiente para que exista liquidación de las transacciones porque también dispone la Ley 54/1997 en su artículo 24 que el contrato se perfeccionará cuando se haya producido el suministro de energía eléctrica.

II. Sobre los cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 3/2006

En el momento previo a la publicación del Real Decreto-Ley 3/2006, las empresas distribuidoras adquieren la energía que necesitan para satisfacer la demanda de sus clientes en el mercado eléctrico de producción, con las excepciones previstas en la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 54/1997. El Real Decreto-Ley 5 /2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, prevé la participación de las distribuidoras en los sistemas de contratación bilateral con entrega física, pero carece del necesario desarrollo. Por su parte los generadores en régimen ordinario venden obligatoriamente en el mercado la parte de la energía que producen no asociada a contratos bilaterales físicos.

En su exposición de motivos, el Real Decreto-Ley 3/2006 se refiere a la necesidad, motivada por la evolución de los precios de la energía eléctrica en el mercado diario desde finales de 2005, de impulsar la negociación de contratos bilaterales físicos, especialmente entre aquellos sujetos del mercado pertenecientes a un mismo grupo empresarial.

Con esta finalidad, y mientras no se implemente la normativa por la cual las empresas distribuidoras negocien la energía eléctrica a través de contratos bilaterales con entrega física, el Real Decreto-Ley dispone la asimilación a contratos bilaterales físicos de las ofertas de venta y adquisición de energía eléctrica presentadas simultáneamente por sujetos pertenecientes al mismo grupo empresarial en los mercados diario e intradiario de producción y en el mismo periodo de programación, por las cantidades coincidentes de venta y adquisición.

La norma describe asimismo el procedimiento de asimilación de ofertas a contratos bilaterales físicos. De acuerdo con lo establecido en el anexo del Real Decreto-Ley 3/2006, los sujetos afectados por sus disposiciones siguen participando en el pool eléctrico mediante ofertas presentadas al operador del mercado, tal como venían haciendo hasta la fecha. Por su parte el operador del mercado realiza la casación de las ofertas recibidas, incluyendo las que posteriormente serán objeto de asimilación, y así determina el precio marginal del mercado.

Finalizado el proceso de casación, el operador del mercado procede a realizar la asimilación a contratos bilaterales de las ofertas que hayan resultado casadas, incorporando al programa resultante de la casación sólo la posición neta resultante de cada grupo empresarial. A continuación dicho operador comunica a cada sujeto la relación de ofertas que han sido asimiladas a contratos bilaterales físicos para que sean éstos los que procedan a su comunicación al operador del sistema para la elaboración del programa diario base de funcionamiento.

Nada dispone el Real Decreto-Ley sobre la forma en que serán liquidadas las energías ofertadas en el mercado que resulten asimiladas por el operador del mercado a contratos bilaterales físicos. Sí establece por el contrario la compensación que recibirán las distribuidoras por los costes incurridos para la adquisición de esta energía en la liquidación de actividades reguladas que realiza la Comisión Nacional de Energía. Para ello la norma fija un precio provisional a aplicar de 42,35 €/MWh, que coincide con el coste medio previsto en la tarifa de 2006 para la energía generada en el régimen ordinario para el territorio peninsular. Dicho precio será sustituido por un precio definitivo basado en cotizaciones de mercados de electricidad que serán objetivas y transparentes.

III. Sobre el alcance de los cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 3/2006

Tal como ya se introduce en el epígrafe anterior, la norma especifica ciertas características del proceso de asimilación pero otras no, quedando en particular sin definir los efectos del Real Decreto-Ley sobre la liquidación de las transacciones asimiladas a contratos bilaterales, cuestión que da lugar al presente conflicto.

La cuestión esencial que hay que aclarar para resolver el presente conflicto es, por tanto, el alcance de la asimilación a contratos bilaterales físicos establecida por el Real Decreto-Ley 3/2006, esto es, si la asimilación conlleva una efectiva conversión de las ofertas en contratos bilaterales, a todos los efectos incluida su liquidación, o si, por el contrario, la asimilación tiene un alcance menor.

Alternativas de interpretación del Real Decreto Ley 3/2006

En relación con el alcance de la asimilación, a efectos del presente conflicto básicamente caben dos opciones: una primera, coherente con la actuación de OMEL, consistente en interpretar que la asimilación a contratación bilateral física supone esencialmente la conversión de las ofertas en contratos bilaterales físicos y, con ello, que la liquidación de las energías involucradas se ha de producir de manera bilateral entre las partes. De esta forma, el precio reconocido al distribuidor es el único ingreso del conjunto productor-distribuidor, debiendo dilucidar entre ellos el precio interno de la transacción. Alternativamente puede interpretarse, en línea con lo argumentado por los recurrentes, que la asimilación de las ofertas a contratación bilateral física, tiene los efectos expresamente previstos en el Real Decreto-Ley que se describen más adelante, pero que no alcanza a la liquidación de la energía que seguiría siendo liquidada por OMEL, como sucedía antes de la promulgación del Real Decreto-Ley 3/2006.

Efectos de las diferentes alternativas de interpretación

Procede, así pues, analizar las implicaciones de estas dos interpretaciones para determinar la que mejor se ajusta a derecho.

La interpretación consistente en que la asimilación se refiera a la efectiva conversión de las ofertas en contratos bilaterales físicos, supondría que el legislador ha obligado a las partes, generador y distribuidor, a establecer entre sí un contrato mercantil de suministro, llámese bilateral físico, simplemente bilateral, o como se quiera, y que ha mantenido el proceso de casación de ofertas del mercado diario, e intradiario, de manera instrumental para determinar las cantidades de energía objeto de dicha contratación mercantil.

Resulta evidente que si la energía asimilada a contratación bilateral no es liquidada por OMEL, lo habrá de ser entre las partes y para ello deberá existir una contratación mercantil. Para reforzar lo anterior cabe señalar que en el sector eléctrico existe lo que se denomina separación actividades, que obliga, conforme al artículo 14 de la Ley 54/97, del Sector Eléctrico, a que las actividades de generación y distribución sean desarrolladas por sociedades diferentes, aunque puedan pertenecer a un mismo grupo empresarial. Bajo este principio, que persigue la igualdad de trato entre todos los productores, no cabe referirse a otro tipo de transacción intragrupo que no sea una relación mercantil como podría realizarse con cualquiera otro productor o distribuidor perteneciente a un grupo diferente.

Continuando bajo el supuesto de que la asimilación se refiera a la efectiva conversión de las ofertas en contratos bilaterales físicos, cabe además apuntar que la simple obligación a productor y distribuidor de contratar entre ellos, determinando la cantidad, y al menos de manera conjunta el precio de la energía, podría llegar a plantear dudas sobre la conformidad a derecho de la medida. A lo anterior cabe añadir, bajo esta interpretación, no sólo se obligaría a realizar la contratación con el OMEL, sino que además se estaría obligando a deshacer unos contratos válidamente realizados para crear unos nuevos sobre la misma energía eléctrica.

Por el contrario, la interpretación consistente en que la asimilación de las ofertas a contratos bilaterales únicamente tiene los efectos expresamente dispuestos por el Real Decreto-Ley, y por tanto no afecta a la liquidación de las energías, resulta menos lesiva para los derechos de las partes, no afectando a su capacidad de contratar libremente la energía eléctrica y, sin embargo, resulta igualmente válida para cumplir los fines razonablemente perseguidos por el legislador al promulgar la norma analizada.

En resumen, en opinión de esta Comisión no existen motivos que permitan interpretar que el legislador haya pretendido modificar la liquidación de las energías asimiladas a contratos bilaterales, toda vez que teniendo posibilidad de disponerlo expresamente no lo ha hecho, que tal actuación no resulta necesaria de cara a alcanzar de un manera equilibrada los fines anunciados por la norma y que la asimilación se produce con posterioridad al perfeccionamiento de los contratos en los mercados diario e intradiario.

De ahí que entienda esta Comisión que las medidas contenidas en el Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero, habida cuenta de su carácter urgente y extraordinario, deben ser interpretadas con carácter restrictivo. Es por ello, que la “asimilación” a la contratación bilateral no debe entenderse referida a aspectos no explicitados en la propia norma. Como consecuencia de lo anterior, y dado que en el Real Decreto-Ley no se establece una previsión específica respecto a la liquidación de esta energía, debe aplicarse el régimen general de liquidación de la energía efectuado por OMEL.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión de 26 de julio de 2006,

ACUERDA

ÚNICO.- Estimar los escritos de disconformidad presentados por Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. y Eléctrica de la Ribera del Ebro, s.A. con fecha 11 de mayo de 2006, contra el Operador del Mercado Ibérico de Energía – Polo Español, S.A., en relación con sus liquidaciones mensuales correspondientes desde marzo de 2006 y, a tal efecto, declarar no ajustada a derecho la actuación del OMEL consistente en excluir de la liquidación los derechos de cobro y saldos acreedores resultantes de aplicar el precio de casación a la energía casada en el pool y asignada a Hidrocantábrico Distribución, S.A., en virtud de la asimilación a contratos bilaterales físicos establecida en el Real Decreto-Ley 3/2006.

La presente decisión agota la vía administrativa pudiendo ser recurrida 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 undécima, Tercero. 5 de la Ley 34/1998 de 7 de Octubre, así como en la Disposición Adicional, cuarta, 6ª de la Ley 29/1998, de 13 de julio, sin perjuicio de la posibilidad de interponer frente a la misma Recurso potestativo de Reposición ante la CNE, en el plazo de un mes, de acuerdo con lo establecido en los artículos 116 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre