



Comisión
Nacional
de Energía

**INFORME SOBRE LA CONSULTA DE LA
DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN RELATIVO
AL CUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS DE
POTENCIA DE LA EMPRESA ALABE-MOINSA**

19 de diciembre de 2000

INFORME SOBRE LA CONSULTA DE LA DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN RELATIVO AL CUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS DE POTENCIA DE LA EMPRESA ALABE- MOINSA

De conformidad con la Disposición Adicional Undécima, apartado tercero, 1, función Sexta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos y el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión del día 19 de diciembre de 2000 ha acordado emitir el siguiente informe:

INFORME

1. OBJETO

El presente informe tiene por objeto responder a la consulta de la Dirección General de Energía y Minas de la Diputación General de Aragón, con fecha de entrada en el registro de la Comisión Nacional de Energía de 9 de octubre de 2000, por el que solicita informe sobre la solicitud de la empresa Alabe-Moinsa para que se considere un hecho de fuerza mayor o extraordinario, previsto en el Real Decreto 2366/1994, como causa eximente de penalización por incumplimiento de potencia garantizada, la avería de una turbina de gas ocurrida en su planta de Teruel el 31 de julio de 1999.

2. ANTECEDENTES

Con fecha 11 de abril de 1995 la Diputación General de Aragón autorizó y otorgó la condición de autogenerador a la instalación de cogeneración a gas natural de 23,8 MW de potencia eléctrica situada en Cella, Teruel, cuyo titular es la UTE Alabe Moinsa (anexo I). El expediente de autorización se inició antes de la entrada en vigor del Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables. No obstante, con

la entrada en vigor de este Real Decreto las instalaciones que estaban acogidas a la legislación anterior quedaron automáticamente adscritas al mismo, una vez que solicitaron la inclusión en los Registros correspondientes.

Con fecha 18 de noviembre de 1996 se firmó el contrato de compra-venta de energía eléctrica con garantía de potencia entre Eléctricas Reunidas de Zaragoza SA (ERZ) y UTE Alabe Moinsa, por el que se garantizaban las potencias y disponibilidades para el periodo 1.4.97 a 31.10.97. A partir de ese periodo Alabe Moinsa ha ido determinado anualmente esos valores para las distintas temporadas eléctricas.

	Punta	Valle	Llano
Potencias garantizadas (MW)	19,1	20,4	19,4
Disponibilidades garantizadas (%)	84%	85%	82%

Con fecha 4 de diciembre de 1998 Alabe Moinsa comunicó a ERZ los parámetros para el cálculo de la potencia garantizada disponible en la temporada eléctrica Noviembre 1998- Octubre 1999.

	Punta	Valle	Llano
Potencias garantizadas (MW)	20,99	20,75	21,66
Disponibilidades garantizadas (%)	93%	92%	93%

Con fecha 31 de julio de 1999, según Alabe Moinsa, a causa de una tormenta (certificada por el Instituto Nacional de Meteorología en el anexo II) y a pesar de las protecciones existentes se produjo una anomalía en el sistema, que provocó la entrada de gas natural en estado líquido en la cámara de combustión de la turbina de gas, dañándola seriamente. Alabe Moinsa sustituyó provisionalmente la turbina original por otra de alquiler con prestaciones inferiores en un 10%, provocando que se incumpliera sistemáticamente las garantías de potencia, dando lugar a una importante penalización en su facturación al final del año eléctrico.

Con fecha 1 de octubre de 1999, Alabe Moinsa remite escrito a la Diputación General de Aragón, solicitando que se considere la avería como excepcional, para que el periodo comprendido entre el siniestro y el final del año eléctrico no fuera computable a efectos de la garantía de potencia. La Diputación General de

Aragón respondió con fecha 22 de noviembre que las potencias garantizadas corresponden al contrato firmado con la compañía eléctrica (anexo III).

Asimismo, con fecha 19 de noviembre de 1999, Alabe Moinsa solicita de ERZ la no aplicación de la mencionada penalización, respondiendo la empresa distribuidora en cartas de 4 y 28 de enero de 2000 que *“interpretamos que la consideración de fuerza mayor contemplada en los artículos 4 y 17 del Real Decreto 2366/1994 como condicionante para la entrega de energía del autoproducer se refiere a la red de distribución eléctrica sin que se contemple las instalaciones de cogeneración”*.

Con fecha 17 de agosto de 2000, Alabe Moinsa se dirige nuevamente a la Diputación General de Aragón solicitando información sobre el estado de su expediente.

Con fecha 9 de octubre tiene entrada en al Comisión Nacional de Energía la solicitud de informe de la Diputación General de Aragón descrita en el objeto de este informe (anexo IV).

3. NORMATIVA APLICABLE

El artículo 9.4 del Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, establece que:

“la cesión de energía excedentaria, dependiendo del tipo y potencia de la central y su incidencia en el sistema eléctrico o en la zona en que está ubicada, podrá estar condicionada por necesidades de explotación eléctrica, debidamente justificadas, tanto en el sistema peninsular como en los extrapeninsulares, y por causas excepcionales o de fuerza mayor”.

Por su parte, el artículo 15.3 del mismo Real Decreto establece:

“El productor fijará para cada año eléctrico (noviembre-octubre) y en su caso para cada periodo horario, la potencia garantizada y el coeficiente de disponibilidad garantizado de su instalación”.

En este artículo 15 se establece, para cada periodo, la fórmula de la potencia a facturar en función directa de la potencia garantizada disponible, y en el artículo 17, el mecanismo para determinar la penalización por el posible incumplimiento de potencia garantizada. Asimismo, se establece lo siguiente:

“No se computarán para el cumplimiento del compromiso de potencia los periodos en los que existan condicionantes para la entrega de energía de acuerdo con el apartado 4 del artículo 9”.

4. DERECHO COMPARADO

4.1. Informe del Servicio Jurídico del Ministerio de Industria y Energía sobre causas excepcionales a que se refiere el artículo 9.4 del Real Decreto 2366/1994

Con fecha de 5 de marzo de 1997 el Servicio Jurídico del Ministerio de Industria y Energía emitió un informe para la Dirección General de la Energía sobre el incumplimiento de potencia garantizada en relación a lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 2366/1994 y la remisión que hace al artículo 9.4 del mismo Real Decreto (anexo V).

En este informe se señala que las causas excepcionales referidas en el artículo 9.4 son aquellas que concurren en la empresa distribuidora que adquiere la energía del autoprodutor, aunque el Real Decreto no contemple el supuesto, nada impide que pueda considerarse concurrencia de fuerza mayor del autoprodutor a tenor de las disposiciones generales sobre la materia.

Respecto a las averías se refiere a que es necesario determinar la causa de la avería y el carácter imprevisible o irresistible de la misma, pues no podrán considerarse causa de fuerza mayor aquellas que puedan considerarse normales o previsibles en el funcionamiento de la instalación, siendo diferente el caso de aquellas que puedan tener su origen en fenómenos anormales o extraordinarios (incendio, rayo, vandalismo, etc).

Por último, el informe alude a la doctrina expuesta en la “Sentencia de 7 de febrero de 1989 sobre un caso de interrumpibilidad”, que señala que el concepto de fuerza mayor está contemplado para librar al deudor de una obligación pero no para que obtenga beneficios. Por ello, se cuestiona en este caso si el componente por incumplimiento de potencia tiene un carácter de penalidad o por el contrario lo que hace es impedir que el productor se beneficie de una ventaja por haber optado en garantizar una potencia relativamente elevada.

4.2. Resolución de la Dirección de Industria y Energía de la Generalitat Valenciana sobre la reclamación formulada por UTE Alabe-Alaplana contra Iberdrola SA en relación a una central de cogeneración en Vila-Real

Con fecha 7 de enero de 1999 la Dirección General de Industria y Energía de la Generalitat Valenciana en relación a una avería de las mismas características en una instalación de cogeneración en la que participa también la empresa Alabe, una de las empresas de la UTE Alabe Moinsa, emite una Resolución (anexo VI) en la que se determina:

“Considerar la avería producida en la central de cogeneración de UTE Alabe-Alaplana de Vila-Real (Castellón) el día 21.01.98 como causa excepcional o de fuerza mayor...”

La Resolución se fundamenta en la documentación aportada por los servicios de mantenimiento, que califican la avería como excepcional, así como en considerar como parte del sistema a los productores en régimen especial.

4.3. Comunicación del Director General de la Energía

Con fecha 18 de abril de 2000, el Director General de la Energía del Ministerio de Industria y Energía efectuó una comunicación (anexo VII) a la Asociación de Autogeneradores de Energía Eléctrica relativa al compromiso de entrega de energía de los autogeneradores con garantía de potencia. En la misma se señala:

“Debido a las circunstancias excepcionales para los autogeneradores acogidos a la Disposición Transitoria primera del Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, y por tanto que siguen aplicando transitoriamente el Real Decreto 2366/1994, y en tanto subsistan tales circunstancias, como es que los precios del gas natural y del fuelleo se mantengan por encima de 2 PTA/termia PCS...es necesario revisar el compromiso de entregas anuales que constituyen la garantía de potencia de los autogeneradores, de forma que pueda cambiarse...”

El Director General de la Energía entiende pues que la elevación del precio del combustible puede constituir una circunstancia excepcional en este caso.

4.4. Sentido genérico en derecho de la expresión “causa excepcional o de fuerza mayor”

En el anexo VIII se incluye un informe de la Dirección de Asesoría Jurídica de la Comisión, sobre el sentido genérico en derecho de la expresión “causa excepcional o de fuerza mayor”.

Como conclusión se puede indicar que “la fuerza mayor” se configura en el derecho como un evento externo al ámbito de actuación de un agente, en el que

existe ausencia de responsabilidad, debido fundamentalmente a los elementos de imprevisibilidad e inevitabilidad que concurren.

Sin embargo, la expresión de “causa excepcional” no es una expresión de uso jurídico habitual, aunque puede entenderse que son causas excepcionales “aquellas que se apartan de lo ordinario”, y que se mueven no sólo en el ámbito de lo externo o ajeno al agente (fuerza mayor), sino también en el ámbito de lo interno de actuación del mismo, siempre que sean de todo punto imprevisibles, o que siendo previsibles, no se puedan evitar de ninguna manera.

5. CONSIDERACIONES

Los autoprodutores que se encontraban acogidos al régimen del Real Decreto 2366/1994 a la entrada en vigor de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, pueden mantener dicho régimen durante el periodo transitorio fijado en la misma Ley.

El régimen económico aplicable viene determinado, entre otros, por la potencia a facturar (PF) y por el abono por incumplimiento (AI).

El productor que tiende a maximizar su ingreso, trata de fijar una PF lo más elevada posible, pero para ello debe garantizar una mayor potencia y disponibilidad. Estos parámetros los ha de fijar cada año eléctrico el productor, teniendo en cuenta que en la medida en que incumpla sus compromisos de garantía, se le aplicará una mayor penalización por incumplimiento (AI).

Por lo tanto entre ambos conceptos PF y AI existe una relación de efectos inversos en la retribución, y esta relación la determina año a año el propio productor.

La mayor remuneración se obtendrá cuando la PF sea máxima y se cumplan las mayores garantías de potencia y de disponibilidad que lleva asociada esa PF. Esto se dará en autoprodutores con autoconsumo pequeño, en los que exista una cierta firmeza en el programa de funcionamiento anual, bien porque no se prevean distorsiones en la instalación industrial asociada o bien porque sea posible prever una indisponibilidad fortuita pequeña. Esta última posibilidad se incrementa cuando concurren simultáneamente un equipo de producción fiable y un programa razonable de mantenimiento preventivo, que además se cumple. En estas circunstancias se tendrá una “indisponibilidad fortuita pequeña”, o lo que es equivalente, un “índice pequeño de averías calificadas como normales”.

Sólo en circunstancias tan positivas como las del párrafo anterior, el titular de la instalación de autoproducción podría fijar razonablemente sus garantías máximas de potencia y de disponibilidad.

No obstante, aún en la situación descrita, pueden concurrir determinadas circunstancias negativas externas (como un incendio, un terremoto, una inundación, etc) o internas (como una gran avería no calificada como normal), que no son previsibles ni evitables.

En estos casos, la intención de la norma (art. 9.4 del Real Decreto 2366/1994) al referirse a “*causas excepcionales*” como de “*fuerza mayor*”, es exonerar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del compromiso de potencia, no solo cuando concurren circunstancias ajenas o externas al agente (fuerza mayor), sino cuando la causa excepcional se produce en el ámbito interno de actuación del mismo (caso fortuito). Es decir, la norma está pensando tanto en los eventos externos, como en los internos siempre que en este caso sean de todo punto imprevisibles o, que siendo previsibles, no se puedan evitar de ninguna manera.

Esta interpretación tiene sentido también desde el punto de vista regulatorio, ya que si se adoptara una interpretación rígida y se aplicaran las penalizaciones por incumplimiento en todos los casos de fallo, no sería operativo el mecanismo regulatorio de garantía, puesto que ningún productor estaría incentivado a adoptarlo al no tener una garantía total del funcionamiento de la instalación, por muy intensivo que sea su programa de mantenimiento.

Esta Comisión entiende pues, que siempre que un titular de la instalación haya realizado una utilización razonable de este mecanismo de garantía, y le sobrevenga una avería con características de imprevisibilidad, irresistibilidad e inevitabilidad que justifiquen su carácter excepcional, debe quedar exento de la penalización por incumplimiento de potencia garantizada.

Respecto al caso concreto de la empresa Alabe-Moinsa para el que la Diputación General de Aragón solicita informe, la Comisión considera que debe averiguarse si el fallo en cadena en el sistema del autogenerador, fue consecuencia de un fallo en el sistema de protección contra bajas temperaturas del gas que pudiera calificarse de imprevisible o inevitable, al tiempo que se verifica que en la instalación existía previamente al incidente un programa de mantenimiento razonable, y que éste se ejecutaba. Si esto fuera así, se podría determinar que concurren en este caso circunstancias excepcionales.

La Comisión entiende que los servicios de la Diputación General de Aragón deberían comprobar estos extremos antes de autorizar la exención de penalización referida en el objeto de este informe.

6. CONCLUSIONES

La Comisión Nacional de Energía, en respuesta a la consulta formulada por la Diputación General de Aragón respecto al caso concreto de la empresa Alabe-Moinsa, concluye lo siguiente:

- Cualquier avería en una instalación de régimen especial no puede ser calificada como excepcional, al efecto de exonerar el cumplimiento del compromiso de potencia regulado en el Real Decreto 2366/1994.
- Sólo se tiene sentido exonerar este cumplimiento cuando las averías tienen su origen en una causa externa, o bien si se producen en el ámbito interno del agente concurren las características de irresistibilidad, imprevisibilidad e inevitabilidad, que justifican su carácter excepcional.
- Corresponde a la Diputación General de Aragón, a la vista de las circunstancias del caso concreto plantado por Alabe-Moinsa, determinar si la avería alegada por la empresa reúne o no las características señaladas en el párrafo anterior, al tiempo que se verifica la existencia de un programa de mantenimiento razonable, y que éste se ejecutaba.

Este informe es aprobado con el voto en contra del Consejero D. Juan Ignacio Unda Urzaiz quien emite el siguiente voto particular:

“El Consejero D. Juan Ignacio Unda Urzaiz señala adicionalmente que, el informe considera únicamente el sentido genérico en derecho de la expresión



“causa excepcional al de fuerza mayor” dada la información disponible en la CNE, pero que debiera recordarse en las conclusiones que, si la Diputación General de Aragón considerase oportuno y conveniente un análisis, no solo sobre el sentido genérico en derecho de la citada expresión, sino sobre un análisis específico podría considerar solicitara la CNE la aplicación de la Disposición Adicional Undécima, Tercera, octava relativa a la inspección de las instalaciones.”

ANEXO I

AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

ANEXO II

CERTIFICADO DEL INSTITUTO NACIONAL DE METEOROLOGÍA

ANEXO III

**COPIA DE LAS CARTAS ENTRE ÁLABE-MOINSA Y LA DIPUTACIÓN
GENERAL DE ARAGÓN**

ANEXO IV

**SOLICITUD DE LA DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN A LA
COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA**

ANEXO V

INFORME DEL SERVICIO JURÍDICO DEL MINISTERIO

ANEXO VI

RESOLUCIÓN DE LA GENERALITAT VALENCIANA

ANEXO VII

COMUNICACIÓN DEL DIRECTOR GENERAL DE ENERGÍA

ANEXO VIII

**INFORMES DE LA DIRECCIÓN DE ASESORÍA JURÍDICA DE LA
CNE SOBRE EL SENTIDO GENÉRICO EN DERECHO DE LA
EXPRESIÓN “CAUSA EXCEPCIONAL O DE FUERZA MAYOR” Y
PUNTUALIZACIONES AL MISMO.**